

Revista

# Foro FICP

(Tribuna y Boletín de la FICP)

2015-2

(julio 2015)

Especial I Congreso Internacional de la FICP

Univ. de Barcelona, 29 y 30 de mayo de 2015

(ISSN: 2340-2210)

## Consejo de Redacción

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

**Coordinación General:** Prof. Dra. D.<sup>a</sup> Raquel Roso Cañadillas  
Patrona de la FICP. Prof. Titular de Derecho penal.  
Universidad de Alcalá. Madrid. España.

**Coordinación:** Prof. Dr. D. José Zamyra Vega Gutiérrez  
Socio de la FICP. Investigador contratado. Acreditado Ayudante Doctor.  
Universidad de Alcalá. Madrid. España.

**Coordinación técnica:** Prof. D. Enrique F. Luzón Campos  
Secretario de la FICP. Abogado. Máster en Derecho. Prof. asociado Derecho Penal.  
D.<sup>a</sup> Carmen Pérez-Sauquillo Muñoz  
Socia y coordinadora de la FICP. Becaria investigación FPI Derecho Penal. Univ. Alcalá.

**Edición:** Fundación Internacional de Ciencias Penales. Madrid (España). [www.ficp.es](http://www.ficp.es)

*La Fundación Internacional de Ciencias Penales (FICP), que ya creó en 2012 su revista Libertas concebida como revista penal de alto nivel científico y abierta a acoger artículos tanto de miembros de la fundación como externos a ella siempre que cumplan el indicado requisito, ha puesto en marcha en 2013 su revista interna, **Foro FICP (Tribuna y Boletín de la FICP)**, dedicada a la participación de sus miembros, los socios y los patronos, así como de los integrantes del Consejo Científico de Redacción de Libertas, y también con carácter de boletín periódico.*

*Con el número 2013-0 se ha puesto en funcionamiento Foro FICP como Tribuna/Boletín de la FICP, estando previsto que aparezcan varios números anuales, dependiendo de las posibilidades organizativas y del número de colaboraciones que nos vayan llegando de los socios.*

*La revista Foro FICP está abierta permanentemente a los miembros de la FICP, muy especialmente a los Socios, para acoger por una parte y fundamentalmente todas sus colaboraciones sobre temas penales, de opinión o debate o de artículos y estudios, con independencia de su extensión y de que tengan o no notas y bibliografía, y por otra parte, las noticias que los socios y demás miembros quieran aportar en relación con actividades vinculadas al objeto de las ciencias penales.*

*Quedan por tanto **invitados a participar** desde el número 2013-1 y siguientes **en Foro FICP todos los patronos y socios de la FICP**, o miembros del Consejo internacional científico y de redacción de Libertas, que lo deseen, enviando al correo electrónico [contacto@ficp.es](mailto:contacto@ficp.es) **estudios o artículos, trabajos cortos de opinión, reflexión o debate y noticias.***

*Se publicarán los originales **tanto en español como en portugués e italiano.***

*Actualmente se ha decidido que Foro FICP sea una revista **abierta al acceso libre** por cualquiera que visite la web [www.ficp.es](http://www.ficp.es).*

## SUMARIO

<b>I. TRIBUNA (para los miembros de la FICP) .....</b>	<b>8</b>
<b>1. Ponencias mantenidas en el I Congreso Internacional de la FICP .....</b>	<b>8</b>
<b>1ª Sesión.....</b>	<b>8</b>
<i>Prof. Dr. Dr. h.c. mult. E. Raúl Zaffaroni.....</i>	<i>8</i>
Ofensividad, autoría y Estado de derecho	
<i>Prof. Dr. Javier Augusto de Luca .....</i>	<i>19</i>
Bien jurídico	
<i>Prof. Dra. María A. Trapero Barreales.....</i>	<i>43</i>
Delitos de peligro	
<i>Prof. Dra. Soledad Barber Burusco.....</i>	<i>51</i>
La expansión de actos preparatorios en el Derecho penal español	
<b>2ª Sesión.....</b>	<b>62</b>
<i>Prof. Dr. Miguel Díaz y García Conlledo .....</i>	<i>62</i>
Autoría	
<i>Prof. Dr. Víctor Gómez Martín.....</i>	<i>67</i>
Delitos especiales de posición y delitos especiales con elementos de autoría meramente tipificadores: bases para una distinción necesaria	
<i>Prof. Dra. Raquel Roso Cañadillas .....</i>	<i>100</i>
Autoría y participación imprudente	
<i>Prof. Dra. Carolina Bolea Bardon .....</i>	<i>108</i>
El autor tras el autor; autoría y participación en aparatos organizados de poder	
<b>3ª Sesión.....</b>	<b>122</b>
<i>Prof. Dr. Ricardo Robles Planas .....</i>	<i>122</i>
Conductas neutrales	
<b>4ª Sesión.....</b>	<b>129</b>
<i>Prof. Dra. Inés Olaizola Nogales.....</i>	<i>129</i>
El error de prohibición	
<b>5ª Sesión.....</b>	<b>140</b>
<i>Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Santiago Mir Puig.....</i>	<i>140</i>
Las nuevas «penas» para personas jurídicas, una clase de «penas» sin culpabilidad	
<i>Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Luis Gracia Martín .....</i>	<i>149</i>
La inexistente responsabilidad «penal» de las personas jurídicas	
<b>6ª Sesión.....</b>	<b>232</b>
<i>Prof. Dr. Eduardo Demetrio Crespo .....</i>	<i>232</i>
¿Libertad versus determinismo en Derecho penal?	
<i>Prof. Dr. Ángel José Sanz Morán .....</i>	<i>245</i>
Imputabilidad y medidas	
<i>Prof. Dr. Joan J. Queralt .....</i>	<i>249</i>
Derecho penal del amigo	
<b>2. Comunicaciones presentadas al I Congreso Internacional de la FICP .....</b>	<b>252</b>
<b>1ª Sesión.....</b>	<b>252</b>
<i>Gabriela Pallín Ibáñez.....</i>	<i>252</i>
El bien jurídico protegido en los delitos contra la seguridad vial	
<i>Prof. Dra. M.ª Belén Sánchez Domingo.....</i>	<i>261</i>

Actos de provocación y apología en los delitos de terrorismo: artículos 578 y 579 CP	
<b>2ª Sesión</b> .....	<b>270</b>
<i>Prof. Dr. Alejandro Aponte Cardona</i> .....	270
Máximo responsable, selección y priorización: Nuevos lenguajes y nuevos desafíos para el derecho penal en sede macrocriminal	
<i>Alfonso Allué Fuentes</i> .....	299
Formas de codelincuencia: Organización criminal, grupo criminal, asociación ilícita y coautoría. Referencias jurisprudenciales en relación con el delito de tráfico de drogas	
<i>Ana Isabel Betrán Pardo</i> .....	314
Autoría y participación en los delitos de tráfico de drogas: Distintas manifestaciones de la voluntad asociativa	
<i>Francesc Calls Ginesta</i> .....	339
Autoría y participación en los delitos de tráfico de drogas en España	
<i>Prof. Dr. Enrique del Castillo Codes</i> .....	354
Delitos especiales e intervención conjunta	
<i>Prof. Marta Escudero Muñoz</i> .....	373
Autoría, coautoría y cooperación de necesaria en los delitos de terrorismo conforme a la legislación actual	
<i>Prof. Dra. Paz Francés Lecumberri</i> .....	402
La determinación del concepto de administrador de hecho en el art. 290 CP	
<i>Prof. María Jesús Muñoz Company</i> .....	422
Codelincuencia. Concepto y análisis de su tratamiento jurisprudencial. Diferenciación de esta figura de la organización y del grupo criminal, introducidos por la Ley Orgánica 5/2010	
<b>3ª Sesión</b> .....	<b>437</b>
<i>Prof. Dra. Mª Ángeles Rueda Martín</i> .....	437
¿Exclusión de la tipicidad de las acciones cotidianas en la comisión de un hecho doloso a través de los instrumentos de la teoría de la imputación objetiva?	
<i>Prof. Dr. Antonio Mª Javato Martín</i> .....	464
Tipos abiertos, elementos de valoración global del hecho y delito de resistencia	
<i>Francisca Juárez Vasallo</i> .....	475
La imputación objetiva. Evolución doctrinal. La imputación objetiva en las últimas sentencias del Tribunal Supremo	
<i>Prof. Dra. Josefa Muñoz Ruiz</i> .....	493
Una aproximación al delito de homicidio al hilo de la LO 1/2015, de 30 de marzo	
<i>Marta Pantaleón Díaz</i> .....	511
Imputación objetiva e imprudencia en el derecho anglosajón	
<i>Tarija Pozo</i> .....	543
La autopuesta de la víctima en peligro y el consentimiento del ofendido en el crimen de trata de personas con la finalidad de explotación sexual: Un estudio comparado entre el derecho español y el brasileño	
<i>Prof. Dra. Mª José Trenzado Asensio</i> .....	553
La expansión de los supuestos de revisión del art. 954.4 LECr., en relación con la agravante de reincidencia	
<b>4ª Sesión</b> .....	<b>561</b>
<i>Victoria Gallego Martínez</i> .....	561
Error de prohibición en el delito de quebrantamiento de condena o medida cautelar	
<b>5ª Sesión</b> .....	<b>576</b>
<i>Prof. Dr. Dino Carlos Caro Coria</i> .....	576
Compliance y corrupción	

<i>Francisco Javier Bretones Alcaraz</i> .....	594
Bien jurídico protegido en el delito agravado de tráfico de drogas en el seno de la organización delictiva del art. 369 bis del CP	
<i>Dra. Ana María Gil Antón</i> .....	607
La responsabilidad de la persona jurídica tras la reforma del Código Penal según Ley 1/2015	
<i>Ildefonso Manuel Gómez Padilla</i> .....	628
La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el ámbito del derecho deportivo	
<i>María Paz Malpica Soto</i> .....	641
Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Artículo 31 bis CP	
<i>Eva Mª Motos Buendía</i> .....	650
Las personas jurídicas: Su responsabilidad penal	
<i>Pedro Ros Alcaraz</i> .....	659
La frustración de la ejecución dineraria en materia de responsabilidad civil derivada de delito y en otros procesos de ejecución: Nueva tutela penal	
<i>Joana Ruiz Sierra</i> .....	674
La persona jurídica en el juicio oral	
<i>Inmaculada Serrano Pérez</i> .....	686
La evolución legislativa de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho penal español	
<i>Silvia Vivó Cabo</i> .....	698
La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Criterios de imputación	
<b>6ª Sesión</b> .....	<b>711</b>
<i>María Luisa Bayarri Martí</i> .....	711
El delito de conducción temeraria por exceso de velocidad en situaciones de aparente emergencia. ¿Estado de necesidad o causa de inexigibilidad individual? (Comentario a la sentencia del Juzgado de lo Penal nº 20 de Madrid de 14/02/2011)	
<i>Prof. Juan Carlos Díaz Restrepo</i> .....	723
Carga dinámica de la prueba en la actividad procesal civil y penal en Colombia	
<i>Tatiana de Francisco López</i> .....	747
La imputación personal desde distintas perspectivas	
<i>Prof. Andrés Felipe Díaz Arana</i> .....	764
Neurociencias y derecho penal desde una perspectiva funcional de la mente	
<i>Cristina Giralt Padilla</i> .....	801
Exención de la responsabilidad criminal por anomalía o alteración psíquica. Ejecución de la medida de seguridad de internamiento	
<i>Custodia Jiménez Martínez</i> .....	824
No es mi culpa, fue mi cerebro. ¿Es ésta una afirmación válida para aplicar la inimputabilidad a individuos con trastornos de la personalidad y psicópatas?	
<i>Sra. Dra. María José Lescano</i> .....	849
El anteproyecto de reforma al Código Penal argentino. Su incidencia en el régimen de responsabilidad penal juvenil	
<i>Mª Teresa Pedrós Torrecilla</i> .....	859
Causas de inimputabilidad. Alteración de la percepción	
<i>Prof. Dra. Beatriz Romero Flores</i> .....	875
«... wir wollen was wir tun». Reflejo de las neurociencias en el debate sobre la función de la pena en la doctrina italiana	
<i>Sacramento Ruiz Bosch</i> .....	884
Compatibilidad entre la alevosía y la anomalía o alteración psíquica	
<b>II. LEGISLACIÓN</b> .....	<b>896</b>
<b>1. España</b> .....	<b>896</b>
Corrección de errores de la Ley Orgánica 1/2015.....	896
<b>2. Colombia</b> .....	<b>897</b>

---

	Modificaciones del Código Penal colombiano .....	897
<b>III.</b>	<b>NOTICIAS DE LA FICP .....</b>	<b>899</b>
<b>1.</b>	<b>Congresos, seminarios y cursos.....</b>	<b>899</b>
<b>IV.</b>	<b>NOTICIAS DE LOS MIEMBROS DE LA FICP .....</b>	<b>911</b>
<b>1.</b>	<b>Cursos, congresos y conferencias de los miembros de la FICP.....</b>	<b>911</b>

# I. TRIBUNA

## (para los miembros de la FICP)

### Estudios

## 1. Ponencias mantenidas en el I Congreso Internacional de la FICP\*

### 1ª Sesión.

### Bienes jurídicos o deberes y obligaciones (*Obliegenheiten*) como base del Derecho penal. ¿Delitos de peligro o fases previas a la consumación?

#### **Prof. Dr. Dr. h.c. mult. E. Raúl Zaffaroni**

Catedrático consulto de Derecho penal, Universidad de Buenos Aires, Argentina.  
Ex Ministro de la Corte Suprema de la Nación. Presidente de la Asociación Latinoamericana de Derecho Penal y Criminología. Argentina. Socio FICP.

#### **~Ofensividad, autoría y Estado de derecho~**

1. **El principio de ofensividad constitucional.** Séame permitido hacer un breve análisis dogmático en el marco del derecho penal argentino, dado que la dogmática debe elaborarse sobre un texto legal, tal como se indica desde VON JHERING.

La prohibición de imponer pena por una conducta que no afecte un bien jurídico, conocida como *principio de ofensividad*<sup>1</sup>, se deriva directamente del *principio del estado de derecho*, pues es la expresión constitucional de la separación iluminista entre lo ilícito y el pecado (o sea, entre el derecho y la ética)<sup>2</sup>, que prohíbe al estado –en

---

\* En esta sección se reproducen algunas de las ponencias impartidas en el I Congreso Internacional de la FICP, accesibles también en nuestra página web [www.ficp.es](http://www.ficp.es) en la sección de Publicaciones/Actas de Congresos y Seminarios.

<sup>1</sup> En el mundo anglosajón este límite legislativo se conoce como el *harm principle* y su formulación se remonta a John Stuart MILL (en *On liberty*, 1859). El *harm principle* es atacado por los juristas antiliberales anglosajones, conocidos como *paternalistas*. En realidad son *preiluministas* que escriben en inglés y a veces en sentencias judiciales, pasadas piadosamente por alto por quienes pretenden continuamente ilustrarnos de *liberalismo* con sus citas.

<sup>2</sup> Esta es una de las conquistas más importantes de la modernidad, en que WELZEL señala a Christian THOMASIIUS como su pionero, quizá inspirado en alguna lejana medida por Friedrich SPEE, pero sin duda



cualquier materia jurídica– entrometerse en la moral individual, como presupuesto del reconocimiento de *todo ser humano como persona* (ente con autonomía ética). Por ende, prohíbe imponer *una moral*, para preservar y garantizar los espacios de autonomía moral<sup>3</sup>, propios del concepto de *persona*.

El derecho positivo argentino, en el artículo 19º de la Constitución Nacional, contiene una formulación expresa: *Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados*<sup>4</sup>.

Esta fórmula<sup>5</sup> establece el principio de *ofensividad jurídica general*<sup>6</sup> (no limitado a la ley penal sino a toda acción estatal) como pilar del *Estado de derecho* y garantía del carácter *intrascendente* de todo el orden jurídico. En el campo jurídico-penal (como particular *ofensividad penal*) se traduce en la exigencia de que la tipicidad presuponga la *ofensa a un bien jurídico* (por lesión o por peligro).

La *ofensividad penal* es una exigencia dirigida al legislador, pero también al juez, que tampoco puede considerar prohibida la conducta formalmente típica, pero que en el caso concreto no ofenda un bien jurídico (su sentencia sería inconstitucional)<sup>7</sup>.

**2. La (con)fusión del bien jurídico lesionado con el tutelado.** La *ofensividad penal* como límite a la *potentia puniendi*<sup>8</sup> del Estado no presupone ninguna *tutela* al bien jurídico, sino que es simplemente una exigencia constitucional que el legislador y

---

marcada por el pensamiento de Kant y no menos por el del propio Feuerbach en sus primeros trabajos de juventud.

<sup>3</sup> Es la vieja paradoja de RADBRUCH: *el derecho es moral, justamente porque es la posibilidad de lo inmoral*. Sin esa posibilidad no hay espacio para la elección de la conducta y, por ende, no hay mérito moral. Quien hace lo moral porque no tiene otro remedio, no tiene ningún mérito moral.

<sup>4</sup> El artículo continúa con el *principio de reserva*: *Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe*. Nuestra doctrina penal suele denominar a todo el artículo como *principio de reserva*, pero está claro que se trata de una disposición que rige para todo el derecho y, además, que contiene dos claras limitaciones o principios diferentes: el de *ofensividad* en su primera parte y el de *reserva* en la segunda.

<sup>5</sup> Se trata de una fórmula expresa muy poco común en el derecho constitucional comparado, aunque aparece en otros textos latinoamericanos. La redacción del 19º, vigente desde la Constitución de 1853, apareció por primera vez en el Reglamento Provisorio de 1815. Arturo SAMPAY atribuye su autoría a Monteagudo y al presbítero Sanz.

<sup>6</sup> Entre nuestros constitucionalistas del siglo XIX, fue José Manuel ESTRADA quien relevó mejor la importancia de este artículo.

<sup>7</sup> Cabe insistir en que en nuestro derecho positivo, en función de la letra expresa de la Constitución, el *harm principle* no es una regla penal, sino *jurídica general*: es el poder del estado, en cualquiera de sus manifestaciones –y no sólo el poder punitivo–, que no puede entrometerse en la autonomía moral de las personas.

<sup>8</sup> Sostenemos que el estado no tiene ningún *derecho penal subjetivo*, sino una *potentia puniendi*.

el juez deben contemplar: el primero al crear los tipos y el segundo al decidir en cada caso concreto.

Es claro que el legislador hace un tipo penal porque *no quiere* que se lesione un bien jurídico de esa manera, pero eso no significa que el tipo penal lo *tutele*. El pseudoconcepto de *bien jurídico tutelado* es una creación de la doctrina, que no hace más que neutralizar la función limitadora del principio de ofensividad.

El derecho penal no crea bienes jurídicos, porque éstos son tales con total independencia de él, puesto que un ente sin tutela jurídica (constitucional, civil, administrativa, etc.) no es un bien jurídico. *Bien jurídico tutelado* es una expresión redundante, porque el derecho penal lo recibe *tutelado* y sólo se limita a penar algunas formas típicas de lesión<sup>9</sup>.

La pretensión de agregarle una *tutela penal*, tampoco es válida: si lo *tutela o no*, no es un dato normativo, sino óntico, que depende a un juicio fáctico de verificación, salvo en planteos que confundan el *deber ser* con el *ser*, mediante la presunción *juris et de jure* del efecto preventivo de la pena<sup>10</sup>.

Además, la pretendida tutela penal *despersonaliza* al bien jurídico y lo convierte en un *abstracto* interés del Estado: el bien jurídico concreto de la víctima nunca puede ser tutelado por el derecho penal, que interviene después de la ofensa. Lo que se pretende *tutelado* es una *abstracción* que, sin más, se desliza hacia un *interés del Estado*. Esta *confiscación* de los *bienes jurídicos* fue propia del penalismo fascista italiano, que de este modo *estatizó* todos los bienes jurídicos<sup>11</sup>.

---

<sup>9</sup> Es una consecuencia de la función *sancionatoria* y *no constitutiva* del derecho penal, como se sostiene desde BINDING.

<sup>10</sup> La presunciones *juris et de jure* responden a razones prácticas y dan por cierto lo que en muchos casos (o en la mayoría) no es cierto. Es sabido que el derecho penal es en general refractario a este género de presunciones.

<sup>11</sup> Por ejemplo, la violación fue considerada un delito contra el bien jurídico *buenas costumbres*, es decir, que sería una forma de *mala costumbre*. En 1913 Arturo ROCCO había redefinido al bien jurídico como *interés* en L'oggetto del reato. Su hermano Alfredo plasmó en el Codice Rocco de 1930 la estatización completa de los bienes jurídicos, lo que quedó clarísimo en su Proluzione al Re: *Como organismo político y jurídico, el Estado se concibe como la población de un determinado territorio organizado política y jurídicamente bajo un poder supremo en modo tal de adquirir la capacidad de querer y actuar como un todo unitario, para la obtención de sus fines colectivos y adquirir así una distinta y autónoma personalidad, al tiempo social, política y jurídica* (ROCCO, Relazione al Re, Gazzetta Ufficiale, 26 de octubre de 1930). La reacción liberal italiana a la estatización de los bienes jurídicos fue obra principalmente de Giuseppe BETTIOL, que en la posguerra propuso directamente la vuelta al Codice Zanardelli. La doctrina italiana actual deduce el requisito de ofensividad del principio del estado constitucional de derecho de la Constitución de la República de 1947 (por ejemplo, FIANDACCA/MUSCO). No pocas veces e incluso ignorando la fuente, se invierten en sentido estatista las fórmulas de origen garantista, convirtiéndolas en una *garantía de obediencia para la autoridad del estado*. Los primeros

El bien jurídico es siempre una *relación de disponibilidad* de la persona para realizarse en co-existencia social<sup>12</sup>, entendiendo por *disponibilidad* la *posibilidad de uso*. Por ende, la prohibición constitucional de ejercer el poder punitivo cuando la conducta no ofende un bien jurídico, es análoga a otras (legalidad, por ejemplo). No es otra cosa que una limitación constitucional más a la *potentia puniendi* estatal, con el objeto de garantizar la condición de *persona* de todo *ser humano* (conforme con la Declaración Universal).

Esto no significa que tanto jurídica como realmente el derecho penal no cumpla una función de tutela de bienes jurídicos, pues resulta claro que *el derecho penal tutela todos los bienes jurídicos*, toda vez que al imponer límites a la *potentia puniendi* impide su descontrol y evita que el Estado lesione *todos los bienes jurídicos* y, por ende, deje de ser un Estado de derecho y la *persona* desaparezca como tal.

La (*con*)fusión entre bien jurídico *lesionado* por el delito y *tutelado* por el derecho penal fue el caballo de Troya que hizo que el bien jurídico sufriese la *parábola involutiva* que señala FERRAJOLI y que se remonta a los padres fundadores del derecho penal liberal que, en su tiempo, no tuvieron más remedio que caer en la (*con*)fusión<sup>13</sup>,

---

comentadores del Codice Rocco señalaron que la *revolución fascista* procuraba en el campo espiritual suscitar y fortificar en el pueblo sus deberes hacia el estado, la familia y la religión, imprimirle hábitos de disciplina y desarrollar el sentimiento de subordinación del individuo a la nación: el individuo en el estado, no fuera y contra el estado, según la frase de Mussolini (SALTELLI/ROMANO DI FALCO, Commento teorico-pratico del nuovo Codice Penale, 1931, I, p.4).

<sup>12</sup> En buena medida nos ha inspirado la tesis de Michael MARX, Zur Definition des Begriffs “Rechtsgut”. Prolegomena einer materialen Verbrechenslehre, Köln, 1972 y el HEIDEGGER de Sein und Zeit. Lo sostenemos desde la Teoría del delito (1973) y desde el Manual de Derecho Penal (1977). Si los bienes jurídicos son relaciones de disponibilidad, no hay bienes jurídicos *indisponibles*. La vida es, pues, el más *disponible* de todos los bienes jurídicos, pues la usamos a lo largo de toda nuestra existencia; el estado también lo es, pues *usamos* de él permanentemente. La identificación de *disponibilidad* con *posibilidad de destrucción* es falsa, pues la destrucción no es la forma corriente del *uso* ni mucho menos, es sólo un extremo excepcional. De este modo se obtiene un concepto reductor, con el que, entre otras cosas, queda descartado de nuestro derecho positivo todo ejercicio del poder punitivo frente a acciones autolesivas (uso de tóxicos prohibidos, por ejemplo) y a comportamientos personales por contrarios que sean a los valores dominantes. La protección de la *moral pública* a que se refiere la Constitución se agota en que nadie sea obligado a soportar ofensas a sus sentimientos (vilipendio de objetos religiosos o de culto, espectáculos pornográficos que no quiere presenciar, etc.). Nuestra codificación penal nunca tipificó el incesto, la homosexualidad entre adultos ni la blasfemia.

<sup>13</sup> Como no disponían de constituciones, no tuvieron más remedio que crear el Estado de derecho derivándolo de la suprallegalidad (derecho natural), problema que siguió en Europa hasta después de 1945, pues los estados europeos no conocían el control de constitucionalidad, cuyos primeros antecedentes son del período de *entreguerras* (Austria con la *Oktoberverfassung* de 1921, Checoslovaquia y Alemania, bajo la Constitución de Weimar aunque por decisión del *Reichsgericht* con fines reaccionarios). Los padres liberales, partiendo de las *Declaraciones*, asignaron al poder punitivo la función de *tutelar* los derechos subjetivos, lo que implicaba la prohibición legal de tipificar delitos que no los ofendiesen, pues era contradictorio penar lo que se debía tutelar. Al mismo tiempo, esto hacía necesario asignarle a la pena alguna función preventiva. Esta fue la idea originaria de FEUERBACH, reelaborada por BIRNBAUM en 1834, que más conservadoramente prefirió inventar la expresión *bienes*

por carecer de leyes constitucionales<sup>14</sup>, lo que hoy es absolutamente innecesario, en especial cuando nuestra Constitución es clara y terminante y, más aún, cuando desde los orígenes siempre los Estados latinoamericanos han sido *Estados constitucionales de derecho*, por reconocer el control judicial de constitucionalidad de las leyes<sup>15</sup>.

Sin embargo, tanto la doctrina europea actual como la latinoamericana, siguen cayendo en la (*con*)*fusión* de los padres fundadores, con lo cual los europeos se compran un problema del siglo XIX y los latinoamericanos uno que constitucionalmente siempre nos fue ajeno<sup>16</sup>.

Esta (*con*)*fusión* tampoco es inofensiva desde la perspectiva del Estado de derecho, pues la función de contención de la ciencia jurídico penal se debilita tanto con la *confiscación fascista de los bienes jurídicos* como con la vulnerabilidad de un concepto nebuloso<sup>17</sup>, que se presenta como *made in Penal Law* cuando es claramente *made in Constitutional Law*.

En definitiva, la inversión constructiva, que pretende fundar desde lo *made in Penal Law* el principio político institucional del Estado de derecho, lleva a discutir en el

---

*jurídicos* en lugar de *derechos*. Sobre esto la reciente publicación de Guzmán DALBORA y VORMBAUM en la reedición de los trabajos de BIRNBAUM, *Zwei Aufsätze, Über das Erforderniss einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens* (1834); *Bemerkungen über den Begriff des natürlichen Verbrechens* (1836), 2011.

<sup>14</sup> Acabaron construyendo un concepto penal (bien jurídico tutelado), para deducir de él el requisito político del principio de ofensividad. De este modo, los planos constitucional y penal no se vincularon jerárquicamente, sino que se *fundieron* (y *con-fundieron*) en un concepto elaborado en el terreno penal: el bien jurídico *tutelado*. La consecuencia de esta *con-fusión* es la errónea tesis de que nadie puede afirmar el estado de derecho sin legitimar al mismo tiempo al poder punitivo como *tutor de bienes jurídicos* (y tampoco puede desconocer que éste cumple alguna función preventiva). Inversamente, en base a esta *fusión* (*con-fusión*), se estigmatiza como enemigo del estado de derecho a quien desconozca alguna de esas funciones.

<sup>15</sup> Los estados latinoamericanos siempre fueron estados constitucionales de derecho, como resultado del general modelo norteamericano, al que se apelaba como único republicano existente en el tiempo de las organizaciones nacionales del siglo XIX. Esta afirmación, por supuesto, es válida en el plano formal, que es en el que los penalistas elaboraron sus tesis, pues son innegables las deformaciones históricas, como las *repúblicas oligárquicas*, las incontables dictaduras militares y no militares y la larga marginación de las mayorías del protagonismo político, reducida con esfuerzos de ampliación de ciudadanía real.

<sup>16</sup> Esto último obedece a que hemos importado nuestra doctrina penal (y muchas otras) de la europea continental de tiempos de los estados legales de derecho.

<sup>17</sup> Los detalles de los sucesivos y complejos conceptos de bien jurídico elaborados desde el derecho penal se sintetizan en varias obras muy bien documentadas, como por ejemplo la de Miguel POLAINO NAVARRETE, *El bien jurídico en el Derecho Penal*, Universidad de Sevilla, 1974, o la más reciente de Gonzalo D. FERNÁNDEZ, *Bien jurídico y sistema del delito*, Montevideo-Buenos Aires, 2004; la discusión actual en Alemania: Roland HEFENDEHL, *La teoría del bien jurídico, ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego a abalorios?*, Madrid-Barcelona, 2007. La nebulosidad del concepto de bien jurídico tutelado de factura penal acabó dando la sensación de servir para cualquier cosa (o para ninguna), lo que permite que se pretenda suprimir la lesión al bien jurídico (o sea, obviar el principio de ofensividad) en la teoría del delito.

terreno penal el propio modelo de Estado, o sea, que la discusión penal no es tal, sino un debate de *derecho político* en que se juega el modelo de Estado.

El *bien jurídico tutelado* inventado por el derecho penal y (con)fundido con el *lesionado* (establecido como requisito por el constitucional), dio lugar a que se lo redujese a una función *ordenadora* de la parte especial<sup>18</sup>; a que le asignase una función meramente *teleológica* y se *clonasen* bienes jurídicos a gusto, incluso haciendo de la moral y de la ética social un bien jurídico<sup>19</sup>; a que mediante su abstracción estatizante se inventase el peligro *abstracto* (*presunción de peligro* y *peligro de peligro*), por cuya vía se llega a adelantar la tipificación a los actos preparatorios e incluso a los momentos anteriores a la decisión criminal<sup>20</sup>; a que se concibiese una lesión por acumulación y universalización de la conducta<sup>21</sup>, cuando es sabido que no existe comportamiento humano que radicalmente generalizado no sea dañoso<sup>22</sup>.

### 3. Los caminos penales para violar el principio constitucional de ofensividad.

En síntesis: *el derecho penal se ha movido por dos caminos para neutralizar el principio de ofensividad y minar la base del Estado de derecho, ninguno de los cuales es admisible frente a la Constitución vigente:*

(a) la (*con*)fusión con el pseudoconcepto penal de *bien jurídico tutelado*, que lo *despersonaliza*, lo vuelve abstracto, nebuloso y apto para cualquier manipulación;

(b) la consecuencia inevitable de la anterior degradación conceptual abrió el camino para el ataque frontal al Estado de derecho, mediante la supresión lisa y llana del concepto en la teoría del delito y la consiguiente concepción de éste como mera lesión a un deber<sup>23</sup>.

La más clara confrontación entre las *dos negaciones del principio de ofensividad* tuvo lugar en la dogmática alemana principalmente entre 1933 y 1945. En la disputa

<sup>18</sup> En general, según el orden del Decálogo, pero desde Napoleón pusieron al estado en el lugar de Dios.

<sup>19</sup> Ver los casos que señala GIMBERNAT ORDEIG en el prólogo al libro colectivo compilado por HEFENDEHL.

<sup>20</sup> La fabricación de tela púrpura por el riesgo de golpe de estado estaba prevista en el derecho imperial romano; entre nosotros la *asociación ilícita* no parece ser muy diferente, si se considera que se consuma con el puro acuerdo de voluntades.

<sup>21</sup> El pretexto fueron tipos de conductas contra el medio ambiente, individualmente inofensivas, como orinar en un río.

<sup>22</sup> Piénsese qué sucedería si todos nos dedicásemos sólo y exclusivamente a cuidar nuestro cuerpo y salud, parando la producción y desbaratando la economía.

<sup>23</sup> Esta negación reconoce lejanos antecedentes en los hegelianos, en la *teoría de los imperativos* y en el propio BINDING.

acerca de la interpretación de las leyes de ese tiempo<sup>24</sup> discutieron, por un lado, el neokantismo, defendiendo el constructo penal de *bien jurídico tutelado* y, por el otro, DAHM y SCHAFFSTEIN, partiendo de un planteo sistémico y postulando la esencia del delito como lesión al deber<sup>25</sup>.

Nos hemos ocupado antes de esclarecer la forma en que el principio de ofensividad constitucional fue neutralizado desde el derecho penal mediante la (*con*)*fusión* con la invención doctrinaria del bien jurídico *tutelado*. Quedó claro que nuestra Constitución prohíbe imponer pena sin ofensa a un bien jurídico, sin que esto presuponga ninguna afirmación de *tutela*.

Por consiguiente, menos admisible aún resulta la pena a una conducta por la mera violación de la norma o deber. No obstante, y dado que en la dogmática alemana, si bien limitadamente, ha remozado la tendencia sistémica que inevitablemente lleva a concebir al delito como violación al deber, omitiendo toda exigencia de ofensa y, por mucho que eso resulte inconstitucional en nuestro derecho positivo, conviene ver su genealogía, su vinculación con los planteos sistémicos y, finalmente, descartar incluso la utilidad práctica de este renacimiento parcial en nuestro derecho penal.

**4. La primera versión sistémica del delito como lesión al deber.** DAHM y SCHAFFSTEIN construyeron su teoría del delito desde una posición sistémica. El *sistema* era la *comunidad del pueblo (Volksgemeinschaft)*, como ente *natural, como unión vital originaria* formada por el parentesco de todos los presentes más los pasados y futuros; los individuos no decidían ser parte del pueblo, sino que *nacían como tales*<sup>26</sup>, unidos por la *raza* y, por ende, no incluía a quienes no pertenecían a la *raza* aunque viviesen en el territorio<sup>27</sup>, es decir, que había intrasistémicos o *Volksgenossen* (partícipes del pueblo) y extrasistémicos o *Gemeinschaftsfremden* (extraños al pueblo).

---

<sup>24</sup> La nómina de las principales leyes de preguerra y de guerra en VORMBAUM, Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte, pp. 194 y ss.; los textos completos en Gerhard WERLE, Justiz-Strafrecht und polizeiliche Verbrechensbekämpfung im Dritten Reich, Berlin, 1989.

<sup>25</sup> Por el lado neokantiano escribían ZIMMERL y SCHWINGE en Fest.f.Erich Jung y en Wesensschau und konkretes Ordnungsdenken im Strafrecht. También MEZGER, Die Straftat als Ganzes, ZStW, 1938, pp. 675 y ss.; a favor del delito como lesión al deber: DAHM/SCHAFFSTEIN, Methode und System des neuen Strafrechts, 1938; SCHAFFSTEIN, Das Verbrechen als Pflichtverletzung, 1935; GALLAS, Zur Kritik der Lehre vom Verbrechen als Rechtsgutverletzung, en: Fest. f. Gleispach, 1936. Es interesante señalar que en esta polémica llevaban ventaja los de Kiel, pues —en especial DAHM— sostenían algo que es muy difícil rebatir: *el derecho penal se debe corresponder con el modelo político; no es posible elaborar un sistema jurídico adaptable a cualquier modelo.*

<sup>26</sup> Cfr. Georg DAHM, en Deutsches Recht, pp. 206-207.

<sup>27</sup> Pero comprendía a los de la misma *raza* aunque viviesen fuera del territorio.

El derecho era producido por la *Volksgemeinschaft* y el Estado era sólo un instrumento del sistema<sup>28</sup>, concebido en forma de panal u hormiguero, en el que los intrasistémicos (*Volksgenossen*) ocupaban diferentes posiciones y, por ende, les incumbían dispares deberes. La lesión a esos deberes era una *omisión* que revelaba infidelidad (*Untreue*) hacia el sistema *comunidad*, de la que cada uno debía responder conforme a un criterio de gravedad subordinado a su posición en el sistema<sup>29</sup>.

Toda infracción era, en alguna medida, una *traición a la comunidad*, que no debía evaluarse por el resultado, sino por la disposición interna conforme a sentido (*Gesinnung*), lo que daba lugar al *derecho penal de la voluntad (Willensstrafrecht)*<sup>30</sup>, en que lo importante era que el infractor se revelase como *traidor a la comunidad*.<sup>31</sup>

Como la *esencia del delito* era la *lesión al deber* (la *Pflichtverletzung*), la esencia de todo delito sería una *omisión de cumplimiento de un deber*, con lo cual *la teoría del delito pasaba a construirse sobre la base de la estructura omisiva*. Todos los intrasistémicos (*Volksgenossen*) se hallaban –por ser tales- en posición de garante (*Garantenstellung*) respecto de los valores del sistema al que pertenecían, con los respectivos grados de deber, según su posición en el sistema<sup>32</sup>.

---

<sup>28</sup> Esta era la diferencia fundamental con el derecho penal fascista, tal como lo explicaba claramente Georg DAHM, en *Nationalsozialistisches und faschistisches Strafrecht*, 1935. Afirmaba que si bien la característica común era el antiliberalismo, la esencia diferencial provenía del modelo político: para el fascismo *el estado creaba la nación*, que vive con la máxima intensidad y en forma directa en las instituciones estatales, por lo que la ley devenía sin más en una norma ética y nacional. Así como el estado creaba la nación, la ley creaba el derecho, no habiendo nación fuera del estado ni derecho fuera de las leyes. No existía ninguna separación entre el orden legal y el de la comunidad, ni entre el ilícito material y la lesión legal formal. En este sentido, señalaba DAHM que *Binding y la escuela clásica se hallan vivos en el derecho penal fascista*. El estado fascista hacía patente su autoridad mediante la creación del tipo en la ley, por lo cual, si bien mantuvo el principio de legalidad, no lo hizo para limitar el poder del estado, sino con el designio político de poner en evidencia la autoridad y el imperium del estado. *El delito es el choque contra el orden autoritario creado por el estado y con ello contra la ley interior de la nación*. Del allí se desprende que para el fascismo la lesión al bien jurídico haya sido considerada una lesión a la autoridad del estado. De esa diferencia se deriva la legalidad autoritaria fascista y la analogía nazi: si el estado estaba subordinado a este ente, no era admisible el principio de legalidad, pues los jueces debían responder a la *comunidad del pueblo* antes que a la ley del estado; de allí la indicación de atenerse al *sano sentimiento del pueblo alemán* más que a la letra de la ley.

<sup>29</sup> Aunque se reconocía la dificultad metodológica, se llegó a proponer dejar de clasificar legalmente las infracciones por los bienes lesionados y pasar a hacerlo en razón de los deberes violados según la *posición en la comunidad*.

<sup>30</sup> La referencia a la *Gesinnung* es muy anterior (por ejemplo, ALLFELD, *Der Einfluss der Gesinnung des Verbrechers auf die Bestrafung*, 1909), pero en los autores de Kiel se radicalizó.

<sup>31</sup> El derecho penal no se ocupaba de los *extraños a la comunidad del pueblo*, a los que se les podía exigir fidelidad, pues eran *no personas* y no se les podía considerar *traidores*. No eran sujetos del delito conforme al tipo de autor del traidor. Más bien eran objetos del derecho administrativo, pues la función del derecho penal era la de depurar a la comunidad de traidores.

<sup>32</sup> Reconocían incluso pertenencia a entes interiores de los que emergían posiciones de garantes con deberes de actuar más estrictos: familia, ejército, funcionariado, etc.

**5. La renovación limitada de la tesis del delito de lesión al deber.** El renacimiento actual de la idea de *delitos de mera violación de deber* se plantea fundamentalmente con relación a la autoría.

La versión más difundida es la de ROXIN, que distingue entre autores por dominio del hecho y otros que lo son en razón del especial deber que les incumbe<sup>33</sup>. Se trata de una versión *parcialmente sistémica*, aunque el sistema no tiene nada que ver con la *Volksgemeinschaft* ni con ese signo político. Los deberes derivados de la posición de deber son *legales* (y no *éticos*, como en el planteo sistémico de los años treinta), pero si se pretende que fundan *autoría* por su mera violación<sup>34</sup>, necesariamente emergen de la propia posición en el sistema, en especial los funcionarios públicos, los médicos, el padre, etc., según los ejemplos que se mencionan, con la consecuencia de que en estos casos suprime para el titular del deber toda diferencia con la participación, considerándolo siempre autor<sup>35</sup>.

Para JAKOBS, en el fondo, todos los delitos tienen por esencia la violación del deber (de la norma), pues la función del derecho penal sería la reafirmación de la vigencia de la norma. En este sentido, el planteo sistémico general de este autor, está más cercano a la construcción originaria, aunque anclado en la legalidad, pese a que la cuestión de los roles excede el marco del mero deber legal. No obstante, establece también una diferencia entre los delitos que importan la violación a un deber general (deberes en virtud de *competencia de organización*) y los que se producen por violación de deberes especiales<sup>36</sup>.

Más allá de las cuestiones metodológicas que estas clasificaciones suponen<sup>37</sup>, y aunque no todos los *Sonderdelikte* son *Pflichtdelikte*, lo cierto es que las categorías no

---

<sup>33</sup> La distinción la formuló en 1963, desarrollándola hasta el presente (v. ROXIN, *Strafrecht, Allg. Teil*, München, 1997, p. 283, donde formula la diferencia que luego releva a los efectos de la autoría).

<sup>34</sup> Además de ROXIN admiten esta forma de autoría, entre otros, Johannes WESSELS, *Strafrecht, Allg. Teil*, Heidelberg, 1990, p. 148 (igual WESSELS/BEULKE, Heidelberg, 2011, p. 195); HELMUT FRISTER, *Strafrecht, Allg. Teil*, München, 2011, p. 378 (aunque con otros fundamentos: los considera delitos de omisión, al igual que en la primera versión señalada); SCHÖNKE/SCHRÖDER, *StGB Kommentar*, München, 2010, p. 488. No parecen admitirlo Kristian KÜHL, *Strafrecht, Allg. Teil*, München, 1997; Rolf SCHMIDT, *Strafrecht, Allg. Teil*, Hamburg, 2011; Urs KINDHÄUSER, *Strafrecht, Allg. Teil*, 2011, p. 328; Günter STRATENWERTH, *Strafrecht, Allg. Teil*, Berlin, 1971, p. 221.

<sup>35</sup> Cfr. Rudolf RENGIER, *Strafrecht, Allg. Teil*, München, 2011, p. 372.

<sup>36</sup> Günther JAKOBS, *Strafrecht, Allg. Teil*, Berlin, 1983, pags. 541, 645, 675.

<sup>37</sup> Conforme a las teorías del conocimiento que se manejan en las construcciones de los autores más citados, no es posible ignorar que ROXIN, que en el fondo sigue una línea muy cercana al neokantismo, de pronto irrumpe con una construcción de clara procedencia sistémica y, en cuanto a JAKOBS, que en general se acerca más a lo sistémico originario, de pronto adopta un concepto bastante óntico con el dominio del hecho, que si bien le cambia la denominación, no oculta su genealogía.



siempre son claras<sup>38</sup>. Por otra parte, se corre el riesgo de que en la violación del deber especial del funcionario, por ejemplo, se esconda una suerte de reproche de *traición* o, al menos, de *Untreue* con respecto a la administración, aunque no por ello se llegue al tipo de autor, pero erigiendo en *bien jurídico* una supuesta *fidelidad a la administración*.

#### 6. ¿Es necesaria la categoría de *delitos de deber* o de *mera violación del deber*?

No pretendemos incursionar en la necesidad o conveniencia de esta construcción en la dogmática alemana, pero cuando se toma una teoría extranjera es menester preguntar si se ajusta a la ley sobre la que se trabaja, es decir, si corresponde a la ley argentina o si presenta utilidad en la construcción dogmática del derecho penal nacional, en particular cuando viene precedida por una genealogía problemática y, además, ofrece una casuística que en el propio país de origen es discutida y tampoco queda demasiado clara.

Todo parece indicar que ROXIN construyó la tesis de la autoría en los delitos de mera violación del deber, con el objeto de cubrir posibles *huecos de punibilidad*<sup>39</sup>. El código penal alemán contiene en su parágrafo 25º una definición de *autoría* (*Täterschaft*)<sup>40</sup> y es bastante difícil aceptar que el *intra-neus* sin dominio del hecho *comete* (*begeht*) el delito, sin apartarse de algún modo de la teoría básica del dominio del hecho (*Tatherrschaft*) como definatoria de la autoría.

¿Acaso tenemos el mismo problema en el código penal argentino? Decididamente no, porque las escuetas disposiciones de los artículos 45º y 46º no definen la autoría ni las dos formas de participación<sup>41</sup>, sino que, inteligentemente, se limitan a establecer

---

<sup>38</sup> No parece ser razonable que el hijo que instiga a un *extraneus* a matar al padre (o viceversa) resulte autor de parricidio, al menos sin caer en algún problema de legalidad que roza la integración analógica. Por otra parte, podría pensarse que el *caso de la bañera* estaría bien resuelto o, al menos, que la autora era la parturienta.

<sup>39</sup> Así expresamente Rudolf RENGIER, *Strafrecht, Allg. Teil*, 2011, p. 372.

<sup>40</sup> & 25. **Autoría.** (1) *Será penado como autor quien cometa el hecho penal por sí mismo o por medio de otro.* (2) *Cometiendo el hecho penal varios en común, será penado cada uno como autor (co-autoría).*

& 25. **Täterschaft.** (1) *Als Täter wird bestraft, wer die Straftat selbst oder durch einen anderen begeht.* (2) *Begehen mehrere die Straftat gemeinschaftlich, so wird jeder als Täter bestraft (Mittäter).*

<sup>41</sup> La instigación está mencionada sólo en la parte especial: artículos 83º (instigación al suicidio), 99º (instigación al duelo) y el art. 209º (instigación a cometer un delito determinado contra una persona o institución), en tanto que se refiere a “inducción” el art. 148º (inducción de menor a la fuga del hogar).

*reglas para la punición*<sup>42</sup>, conforme a cuatro figuras: *ejecutor, cooperador necesario, determinador y cooperador no necesario*<sup>43</sup>.

A nuestros efectos nos interesan las categorías de *cooperador necesario* y de *determinador*, que abarcan los supuestos que crean problemas a la dogmática alemana.

Queda claro que el co-autor toma parte en la ejecución del hecho pero tiene las características del autor. El que tiene dominio del hecho sin estas características, no puede ser co-autor, pero como presta una cooperación necesaria al autor, es un *cooperador necesario* y es penado como el autor.

El *determinador*, por su parte, puede ser instigador, pero si bien *todo instigador es determinador, no todo determinador es instigador*, porque también *determina directamente a otro* el autor mediato que se vale de quien no actúa con dolo, de quien actúa sin culpabilidad, de quien actúa con dolo y culpabilidad pero no reúne las características del autor típico y, aún, el autor directo que se vale de un ser humano como instrumento que no realiza conducta<sup>44</sup> o de otro en los delitos de propia mano. En varias de estas hipótesis, cuando el interpuesto no reúne las características típicas del autor, el determinador no es autor del delito, pero *es autor de la directa determinación al delito* y recibe la misma pena del autor<sup>45</sup>

En síntesis, no tiene sentido hacer una compleja construcción dogmática sin consecuencias prácticas, pues entre nosotros no soluciona ningún *hueco de punibilidad*, dado que están todos cubiertos con las sintéticas fórmulas legales que, por fortuna, han omitido las definiciones que deja libradas a la doctrina.

\* \* \* \* \*

---

<sup>42</sup> Artículo 45º. *Los que tomasen parte en la ejecución del hecho o prestasen al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse, tendrán la pena establecida para el delito. En la misma pena incurrirán los que hubiesen determinado directamente a otro a cometerlo.*

Artículo 46º. *Los que cooperen de cualquier otro modo a la ejecución del hecho y los que presten una ayuda posterior cumpliendo promesas anteriores al mismo, serán reprimidos con la pena correspondiente al delito, disminuida de un tercio a la mitad.*

<sup>43</sup> La dogmática puede mantener el concepto de autor conforme al dominio del hecho, pues cuando el participante no sea autor pero resulte cooperador necesario o determinador, se le impone la pena correspondiente al autor, salvo el caso de cooperación no necesaria, que obviamente es de complicidad, en que opera la escala penal reducida.

<sup>44</sup> *Ad demonstrationem* demos por cierto que el hipnotizado no realiza conducta y es determinado a violar a una mujer.

<sup>45</sup> Esta elaboración la sostenemos desde 1977 y puede verse ligeramente corregida y reiterada *in extenso* en ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, Derecho Penal, Parte General, EDIAR, Bs. As., 2000, pp. 737 y ss.

## Prof. Dr. Javier Augusto de Luca

Catedrático de Derecho penal y Procesal Penal, Universidad de Buenos Aires, Argentina.  
Presidente del Grupo Argentino Asociación Internacional Derecho Penal (AIDP). Socio FICP<sup>1</sup>.

### ~Bien jurídico~

#### I. ACLARACIONES TERMINOLÓGICAS

Es prioritario aclarar los conceptos empleados. Ley penal no es sinónimo de Derecho Penal. Este último es un área de saber que explica a la primera y otras muchas cosas más. Las expresiones ley penal, derecho penal positivo, ordenamiento jurídico penal, conjunto de preceptos y normas dotados de una consecuencia punitiva, son aquellas que ilustran sobre medios por los que se habilita poder punitivo. Son objeto de crítica del Derecho Penal. La identificación de ley penal y derecho penal lleva a malentendidos. Por ejemplo, la expansión del Derecho Penal no es sinónimo de mayor habilitación de poder punitivo, porque ésta sólo ocurre a partir del dictado de nuevas leyes penales, que es el fenómeno que conocemos desde hace 200 años producto de políticas criminales de coyuntura, y que CARRARA llamaba irónicamente *nomomanía* o *nomorrea*<sup>2</sup>.

#### II. PUNTO DE PARTIDA

Participo de la idea de que las potestades y los límites de actuación del Estado, como sociedad jurídicamente organizada, deben extraerse de su función instrumental y social en búsqueda del bienestar de los individuos que la componemos. El Derecho Penal es un instrumento para el desarrollo de esas funciones. De modo que todo aquello que no cumple ese cometido no debe concretarse en Derecho Penal positivo. El ordenamiento jurídico no es un fin en sí mismo. Esa función social es la convivencia pacífica, libre, segura, y la ley penal debe aparecer sólo cuando esos objetivos no se puedan conseguir mediante otras medidas menos intrusivas en las libertades de los ciudadanos. Nuestras democracias están imbuidas de esa ideología, que viene dada desde el pensamiento de la Ilustración. La búsqueda constante de un equilibrio entre los

---

<sup>1</sup> Ex Presidente de la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal. Miembro de la Comisión de Juristas del Digesto Jurídico Argentino y de la Comisión Redactora del Anteproyecto de Código Penal Argentino de 2006. Fiscal General ante la Cámara Federal de Casación Penal de la República Argentina.

<sup>2</sup> CARRARA, Francisco. Un nuevo delito, en: Opúsculos de Derecho Criminal, Edit. Temis, Bogotá, 1978, t. IV, p. 397

poderes de intervención estatal y el ámbito de libertad de los ciudadanos<sup>3</sup>.

La idea se materializa en principios tales como el que dice que la ley injusta no obliga<sup>4</sup>. Y para lograr ello, detrás debe haber un contenido. El desarrollo de esta idea es conocido. Para VON IHERING el derecho subjetivo es un interés jurídicamente protegido. Ese interés proviene de la vida (individual o social). Es sencillo encontrar el derecho subjetivo correspondiente en los hechos ilícitos cotidianos (homicidio, violación, hurto, etc.), y también para aquellos delitos donde se lesionan derechos subjetivos públicos, cuyo titular es el Estado (traición, corrupción de funcionarios públicos, etc.), pero existen casos en los que no puede hallarse un claro titular de un derecho subjetivo (casos de asociación ilícita, inundación, incendio, etc.), pese a que nadie duda de que hay algo más, hay algo detrás de las leyes que castigan esos hechos, que justifican la sanción penal<sup>5</sup>.

Entonces la pregunta fue si podía castigarse un ataque a un “interés”, y aparecen ideas como las de VON LISZT que desplaza la atención del derecho subjetivo al interés que éste sustenta<sup>6</sup>.

El interés debe existir antes. La ley se limita a captarlo e incriminar solo algunas formas de ataque. Ese interés surge de la sociedad, es preexistente a la norma. El interés es el reflejo subjetivo de un bien porque “bien” es el concepto, lo abstracto. De ahí que cuando algo es “bueno” nos “interesa” su conservación.

Claro está, para que exista delito la conducta de ataque a un bien debe ser captada por la ley penal que la reprima, lo que viene mandado por el principio constitucional de

---

<sup>3</sup> ROXIN, Claus. ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal? En AA.VV. La Teoría del Bien Jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2007, p. 443.

<sup>4</sup> AGUIRRE OBARRIO, Eduardo, Preludio al bien jurídico. Lecciones y Ensayos, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Segunda Época, Núm. 1, Diciembre de 1981. El mismo autor en Sobre ‘Nullum Crimen Sine Injuria’ y algún otro principio. Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, t. 56, diciembre de 1996, p. 29. Así, desde hace cuatro siglos se viene hablando de esto. Francisco DE VITORIA, Alfonso DE CASTRO, Domingo DE SOTO, Francisco SUÁREZ; ROMAGNOSI, FILANGIERI, Mario PAGANO, FEUERBACH, PACHECO, ROSSI, BLANCHE, ORTOLAN, RAUTER, CHAVEAU, y en la Argentina Carlos TEJEDOR, Manuel OBARRIO, entre muchísimos más.

<sup>5</sup> AGUIRRE OBARRIO, Eduardo. Preludio, Lecciones y Ensayos, 1981.

<sup>6</sup> VON LISZT. Tratado de Derecho Penal: “Si el derecho tiene como misión principal el amparo de los intereses de la vida humana, el Derecho Penal tiene como misión peculiar la defensa más enérgica de los intereses especialmente dignos y necesitados de protección, por medio de la amenaza y ejecución de la pena, considerada un mal para el delincuente”. “Llamamos bienes jurídicos a los intereses protegidos por el derecho. Bien jurídico es el interés jurídicamente protegido. Todos los bienes jurídicos son intereses vitales del individuo o de la comunidad. El orden jurídico no crea el interés, lo crea la vida; pero la protección del derecho eleva el interés vital a bien jurídico... la necesidad crea la defensa y con el cambio de intereses varía el número y la especie de los bienes jurídicos”

legalidad y se concreta en la tipicidad<sup>7</sup>. La ley es un requisito necesario para que una conducta sea considerada delictiva, pero no es suficiente, porque delito es más que el simple quebrantamiento de una ley. Si se prescinde de esto último, se habilita la intervención del poder punitivo ante conductas no lesivas y, de ahí al estado totalitario, hay un paso, porque la función instrumental siempre lo es a un “algo”, y si ese algo no se refiere a derechos individuales y sociales de los demás, el estado queda descontrolado y puede llenarlo con cualquier fin.

Esa idea se desarrolló paralelamente en diversos lugares. Según la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789, artículos 4º y 5º, la libertad consiste en poder hacer todo lo que no dañe a los demás; los límites de los derechos naturales son los que establecen el aseguramiento del ejercicio de sus derechos a los demás miembros, y sólo pueden prohibirse las acciones dañosas para la sociedad.

Y la llamada Escuela Toscana (CREMANI, CARMIGNANI, CARRARA, etc.) pasó a clasificar las leyes del Estado en dos grandes grupos: de prosperidad y de seguridad. Las primeras son la mayoría, y comprenden todo lo que los gobernantes consideran necesario para el desarrollo de la sociedad. Las segundas, en cambio, se refieren al aseguramiento por el derecho de situaciones o valores que la sociedad considera muy importantes, perennes, no de criterios de momento, valores que los precedieron y sobrevivirán en el tiempo. Sólo a esta segunda categoría pertenecen los delitos<sup>8</sup>.

En el mundo anglosajón el principio de lesividad viene de autores como John Stuart MILL (1859) con su “*harm principle*”, al que se suma la prohibición al estado de entrometerse en la moral individual<sup>9</sup>.

Los derechos o bienes que reclamaban lesión son los que vienen dados por la naturaleza y que a través de un acto político son reconocidos por el derecho positivo y,

---

<sup>7</sup> Por eso CARRARA definía el delito como un “ente jurídico”. El delito para Carrara es “la infracción a la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, y que resulta de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso” (Programa de Derecho Criminal).

<sup>8</sup> AGUIRRE OBARRIO, Preludio, Lecciones y Ensayos, 1981.

<sup>9</sup> VON HIRSCH, Andrew, El concepto de bien jurídico y el “principio del daño. En AA.VV. “La Teoría del Bien Jurídico. Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?”. Roland Hefendehl (ed.). Marcial Pons, Madrid, 2007. La edición alemana es de 2003, en referencia a la obra de John Stuart MILL “On Liberty”, Capítulo IV, de 1859.

también, los derechos creados por la sociedad civil, llamados sociales, porque lesionan derechos que no tendríamos como individuos<sup>10</sup>.

Esto es así en la Argentina desde 1815 y finalmente concretado en la Constitución Nacional de 1853/60 que en el art. 19 dispone: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados”. “Ningún habitante de la nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

Se complementa con el Art 33: “Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”.

Esa vieja idea subsiste con la misma fuerza en nuestros tiempos, porque la historia ha demostrado que la penalización de conductas debe tener una legitimación distinta que la de la mera potestad de hacer la ley<sup>11</sup>. A partir de esa idea, el Estado sólo puede intervenir por ley en acciones de los hombres y mujeres que perjudiquen de algún modo a terceros, y los derechos individuales son anteriores a su reconocimiento por las leyes. La consecuencia para la dogmática penal que de ello se deriva es que los bienes jurídicos no son creados por la ley penal (derecho penal sancionatorio y no constitutivo) y que la tipicidad debe presuponer la ofensa por lesión o por peligro a un bien jurídico<sup>12</sup>.

En la Europa continental contemporánea el principio de ofensividad se deriva del principio de estado de derecho, que propone la separación iluminista entre lo ilícito y el pecado<sup>13</sup>.

---

<sup>10</sup> CARRARA, Francisco. Lección sobre la Ontología (dictada en 1881), publicada en castellano en la traducción de Sebastián Soler de los Opúsculos, como apéndice del Programa del curso de Derecho Criminal, por editorial Depalma, Buenos Aires, 1949, Tomo III, página 21. Allí explica la necesidad de admitir que el único criterio para clasificar los delitos es el de la escuela ontológica que define a las cosas con arreglo a lo que constituye su esencia, esta es, la diversidad del derecho lesionado, porque donde no hay violación de un derecho, unida a la ofensa de la opinión de seguridad, no puede el legislador, sin incurrir en tiranía, encontrar un delito y conminar una pena. No puede existir delito sin derecho lesionado, solo la objetividad jurídica permite su diferenciación.

<sup>11</sup> ROXIN, en: La Teoría del Bien Jurídico, 2007.

<sup>12</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Apuntes sobre el bien jurídico: fusiones y (con)fusiones. Revista de Derecho Penal y Criminología, Año II, Núm. 3, Abril 2012, Editorial La Ley, Buenos Aires, p. 3.

<sup>13</sup> LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, Lecciones de Derecho Penal, Parte General, Edit. Tirant Lo Blanch, 2da edición, Valencia, 2012, p. 5

ROXIN recuerda que bienes jurídicos son realidades o fines necesarios para la vida social que no tienen por qué tener realidad material. No son bienes físicos pero sí realidades necesarias para la vida. HASSEMER remarca que sólo son legítimos cuando reconducen al individuo. Los fines son los creados por el legislador<sup>14</sup>. Y estos fines no se deben confundir con la *ratio legis* penal<sup>15</sup>.

La consecuencia es que el legislador actual, aunque goce de legitimidad democrática, no está habilitado a incriminar algo sólo por el sólo hecho de que no le guste<sup>16</sup>. Aquella idea permite una crítica de la legislación y supera el mero servicio metodológico. Permite descartar leyes autoritarias que sólo castigan disidencias con la mayoría coyuntural, también las autolesiones porque el delito reclama ofensa a bienes de terceros; deslegitima los criterios paternalistas, o la incriminación de conductas que quedan dentro de la esfera de autodeterminación de las personas, o que sólo son contrarias a la moral, las leyes penales simbólicas, o los tabúes. Se trata de una función de delimitación negativa<sup>17</sup>. Al permitir distinguir entre grados de lesión o puesta en peligro a los bienes jurídicos, dota de un criterio para mensurar la proporcionalidad de la retribución, y permite distinguir la tentativa de la consumación y los delitos de peligro de los de lesión.

Ahora bien, la necesidad de ofensa a un bien jurídico sólo predica que el castigo de una conducta es posible, no que es obligatorio<sup>18</sup>. La limitación de la potestad de castigar (*potentia puniendi*) de ningún modo significa que se le pueda asignar alguna función positiva al poder punitivo<sup>19</sup>. Cuando se prohíbe a alguien entrar al baile, no se lo obliga a bailar afuera<sup>20</sup>.

---

<sup>14</sup> ROXIN, en: La Teoría del Bien Jurídico, 2007.

<sup>15</sup> La *ratio legis* penal para HASSEMER es totalmente contraria a la del normativismo. Dice: “políticamente sólo puede ser usado en forma subsidiaria como ultima ratio y debe limitarse a unas pocas lesiones especialmente graves. Ha superado el escepticismo que siempre acompañó a las “manos torpes” del sistema penal....La consecuencia es, más bien, que estos ámbitos del derecho penal “eficiente” están permanentemente acompañados de déficits de ejecución específicos, que buscan paliarse con mas agravaciones y derecho penal simbólico (HASSEMER, “Crítica al Derecho Penal de hoy”, pp. 59 y 60).

<sup>16</sup> ROXIN, en: La Teoría del Bien Jurídico, 2007.

<sup>17</sup> HEFENDEHL, Roland. De largo aliento: el concepto de bien jurídico. En AA.VV. La Teoría del Bien Jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Edit. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2007, p. 459 y ss.

<sup>18</sup> ROXIN, en: La Teoría del Bien Jurídico, 2007.

<sup>19</sup> MIR PUIG, Santiago, Derecho Penal, parte general. 4ta. edición, Barcelona, 1996, pp. 90 y ss. La 8va. edición, también consultada, es de editorial IBdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2010, p. 119. La cuestión se da en otro nivel de análisis, el del “merecimiento de pena” de determinadas conductas que perjudican a terceros.

<sup>20</sup> ZAFFARONI, Revista de Derecho Penal y Criminología, Año II, Núm. 3, Abril 2012.

Pero se razona que si para ejercer poder punitivo se exige un bien jurídico lesionado, es porque el poder punitivo tiene la función de tutelar o proteger bienes jurídicos<sup>21</sup>. La explicación está dada por lo que FERRAJOLI llama la parábola involutiva, perversión del concepto, que de su función limitadora pasó a ser una herramienta de legitimación de la expansión del poder punitivo<sup>22</sup>.

A ello cabe sumar lo que me permito llamar la auto-legitimación o auto-justificación psicológica o moral del castigo, pensamiento muy común en los operadores judiciales, que consiste en fundamentar la pena a imponer *porque* en el caso se respetan las garantías procesales y penales, lo cual permite sortear cualquier discusión sobre la fundamentación del castigo, que debe ser externa al sistema punitivo mismo.

A partir de esa creencia mágica en la utilidad de la ley penal y su aplicación, desde hace unos cuantos años se han naturalizado expresiones de tipo bélico, tales como que el derecho penal es un instrumento de lucha contra determinados fenómenos sociales, como el trabajo ilegal, la contaminación ambiental, la corrupción estatal y privada, el narcotráfico, el terrorismo, etc.

Y como la cuestión de la seguridad se convirtió en un concepto clave de las sociedades occidentales, la discusión en Derecho penal ya no se limitó al tratamiento de problemas y solución de conflictos, sino que se estudia la contención de riesgos aparentes o reales, con un amplio control social anticipado. El estado interviene en

---

<sup>21</sup> ZAFFARONI, Revista de Derecho Penal y Criminología, Año II, Núm. 3, Abril 2012.

<sup>22</sup> FERNÁNDEZ, Gonzalo D. Bien Jurídico y Sistema del Delito. IBdeF, Montevideo-Buenos Aires, marzo 2004, p. 5. Nos enseña que el principio de lesividad u ofensividad significa la ruptura con la concepción del injusto entendido como pura lesión a un deber de obediencia. Cita a MIR PUIG para decir en el Estado moderno el principio de lesividad (dañosidad social connatural al ilícito, concretada en lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido) pasa a convertirse en uno de los principios políticos centrales del derecho penal de la democracia, al lado de legalidad y culpabilidad, está en el *nullum crimen sine injuria* que se ajuntan al Estado constitucional de derecho. Los principios de proporcionalidad y de prohibición de exceso como pilares del derecho penal y límites infranqueables al *ius puniendi*. La parábola involutiva recorrida por la teoría del Bien Jurídico, que nació con vocación limitadora, de freno a la arbitrariedad legislativa, se manifiesta en la actualidad con la aparición de usos del concepto de bien jurídico exactamente contrarios, tendientes a legitimar “científicamente” cualquier nueva incriminación (p. 5 y 6). Ante una nueva sanción los juristas penales corren presurosos a la búsqueda de un bien jurídico capaz de convalidarla y, con ello de un concepto limitativo, el bien jurídico pasa a funcionar en sentido inverso, como pivote de legitimación (cita a FERRAJOLI, Luigi, Derecho y Razón p. 468. Críticamente a SILVA SÁNCHEZ en “La expansión...” p. 91 y a YACOBUCCI, Guillermo, La deslegitimación de la potestad penal. La crítica al poder sancionador del Estado, Edit. Abaco, Buenos Aires, 2000, p. 94). De esta manera ha servido la mayoría de las veces para legitimar la inflación penal, en lugar de ser elemento limitador y reductor del *ius puniendi* (p. 6).



forma proactiva<sup>23</sup>.

### III. EL DELITO COMO MERA INFRACCIÓN AL DEBER

A la anterior concepción se le critica que el concepto de bien jurídico sólo proporciona una legitimación aparente, ya que es vacío de contenido e irrelevante para la correcta interpretación del Derecho Penal<sup>24</sup>.

Esto no es nuevo. Desde HEGEL se viene desplazando el objeto de tutela mediante un proceso de abstracción e idealización que pone al Estado como centro. La pena como negación de la negación del derecho. En Italia, para Rocco el bien jurídico se reduce a la norma jurídica<sup>25</sup>. Similar en BINDING. Se dice que como no es posible encontrar un concepto único de bien jurídico para todos los delitos, éste debía ser identificado con el fin de la norma concebido por el legislador o *ratio legis*<sup>26</sup>. De ahí se pasa a que el delito es una violación a un deber de obediencia y fidelidad hacia esas normas. Lo que determina la responsabilidad criminal no es el resultado dañoso, sino la exteriorización de una voluntad delictiva<sup>27</sup>.

Y aparecen construcciones que le agregan una visión funcionalista de la sociedad, que predicen que la ley penal no tiene su fundamento en la protección de bienes jurídicos, sino como garantizadora de la vigencia de las normas. Entonces, el establecimiento por el legislador de los comportamientos penalmente relevantes se efectúa en razón de su disfuncionalidad con el sistema.

Esta concepción, claro está, parte de una fundamentación distinta de la pena estatal. Responde a una corriente de la sociología que asume a la sociedad desde la perspectiva funcionalista, como un sistema orientado a su propio mantenimiento. De ese modo, los comportamientos que ponen en peligro ese mantenimiento amenazan al sistema como tal y deben ser evitados mediante la pena. La pena refuerza la vigencia de las normas, desautorizada por el autor. El único bien jurídico es el de la firmeza de las expectativas normativas frente a su defraudación.

---

<sup>23</sup> HEFENDEHL, en: La Teoría del Bien Jurídico, 2007.

<sup>24</sup> HEFENDEHL, en: La Teoría del Bien Jurídico, 2007.

<sup>25</sup> ROCCO, Arturo, El Objeto del delito y de la tutela jurídica Penal, Editorial BdeF año, 2013, p. 167: “...La tutela jurídica, que el orden jurídico presta a los intereses de la existencia, es tutela de normas. “Bien Jurídico” y “norma” son dos conceptos fundamentales del derecho. Pero no es sólo organización de paz, sino también y contemporáneamente, según su íntima naturaleza, una organización de lucha. Para alcanzar su fin necesita de la fuerza que rechace las contrarias voluntades de los particulares. Detrás de la organización de paz de las relaciones de vida está el Poder Soberano de Estado...”

<sup>26</sup> HONIG 1919.

<sup>27</sup> Escuela de Kiel.

A esa cosmovisión es servil la idea de que todos los delitos son concebidos como incumplimientos o infracción de deberes (negativos y positivos) que, se dice, preexisten en la sociedad. La estructura básica de todos los delitos son las omisiones.

Luego, sencillo es para esta concepción sumarse a la idea de que las omisiones pueden ser castigadas aunque no se encuentren descritas expresamente en la ley penal, especialmente si el deber que se dice infringido está fuera del ordenamiento penal<sup>28</sup>.

Se sostiene que en la atribución de un quebrantamiento normativo, lo trascendente es la competencia del autor, que se verifica cuando se le puede “cargar” como cosa suya el riesgo jurídico-penalmente desaprobado, ya sea por expandir su libertad comunicativa mas allá de lo permitido, lesionando el ámbito de libertad de terceros, *neminem laedere*, deberes negativos, o por no haber cumplido con alguna de las situaciones de deber positivo de procurar por otro, esto es, la solidaridad. Para ello el legislador se vale del lenguaje prescriptivo, deontológico, de prohibiciones o mandatos, que derivan en los modos acción/omisión.

La idea se completa con el recurso lingüístico de considerar que los verbos típicos tienen un sentido mucho más adscriptivo de atribución de responsabilidad, imputación, que descriptivos de la causalidad. Se sostiene que en ellos no se encuentra solamente una prohibición de riesgos para el bien jurídico, sino también de evitación de riesgos que los amenazan<sup>29</sup>.

Queda así despejado el camino para llegar con autores como JAKOBS a la distinción entre delitos de organización y de delitos de competencia institucional, lo cual crea partiendo de supuestas obligaciones positivas de los ciudadanos, cuyos incumplimientos tendrían consecuencias no sólo políticas, sino punitivas, como si todo incumplimiento de las obligaciones de los habitantes de determinada sociedad derivara necesariamente en un delito, de omisión.

---

<sup>28</sup> Para ello, se parte de la base de que es posible trasladar sin filtros al campo penal las discusiones y conclusiones iusfilosóficas sobre equivalencias entre acciones y omisiones. Se argumenta que como el Derecho Penal moderno se ha alejado de una visión mecanicista de las ciencias del siglo XIX, se encuentra habilitado a construir sus criterios de imputación en base a pautas normativas que concretizan criterios de lealtad comunicativa.

<sup>29</sup> Son modos de dominio (control) sobre el riesgo típico. Se parifican ambas situaciones desde una superior, de equivalencia, que permite ver el dominio sobre el fundamento del resultado, es decir un control actual sobre el suceso equiparable en intensidad al dominio del autor comisivo. Lo que determina que detrás de un tipo de comisión se encuentre también un mandato de acción para ciertos y determinados casos, es el fin de la norma, en relación a la cual se construye el tipo.

Se concluye que el problema no es de prohibición o mandato, sino de imputación y de su legitimidad en un Estado de Derecho: no es la prohibición el supraconcepto normativo adecuado, sino el de competencia (el ser competente) en virtud de una organización<sup>30</sup>.

Y así queda conformada la idea de que todos los delitos son concebidos como basados en deberes infringidos por los ciudadanos, sea de su propia organización, de su rol, institucionales, o como quiera llamárselos.

#### IV. EVALUACIÓN CRÍTICA

Estas últimas consideraciones amplían la punibilidad de una manera notable. Al concebirse que todos los delitos consisten en la infracción a un deber, la posibilidad de encuadrar conductas en la tipicidad pasa a ser infinita. No será punible solamente la conducta prohibida, sino que lo serán todas las demás distintas a la debida y expresamente escrita en la ley penal. Se delega la búsqueda de un autor en el arbitrio del intérprete, ya que con su mayor o menor ingenio encontrará a alguna persona que, según su escala de valores y no la del legislador, debió garantizar la indemnidad o incolumidad del bien jurídico lesionado o puesto en peligro.

Sin embargo, la concepción de la sociedad en la cual todos los habitantes tenemos deberes (positivos y negativos) no se apoya en ninguna verificación empírica, sino que es un mero constructo teórico. De esa construcción es de la cual se pretenden fundamentar algunas medidas, como las de las viejas tesis organicistas que predicaban la eliminación, la separación o la corrección de la “manzana podrida”. Pero aunque esa forma de ver a cualquier comunidad fuese aceptada, esa imagen lo único que fundamentaría sería la necesidad de establecimiento de un ordenamiento jurídico en general, para la convivencia pacífica y en aras del bien común, pero de ningún modo justificaría qué a la infracción a algún deber le debe corresponder una consecuencia punitiva.

Y como se adelantó, es similar a una concepción sociológica organicista que por definición es inverificable, porque como dice ZAFFARONI, nadie puede establecer si es verdadera o falsa. Se toma como real un mero recurso metodológico de la sociología y de ahí se deducen imperativos. Se objetiva el método como si fuese un ente real. Así, se

---

30 La cita de JAKOBS es tomada de "La Imputación penal de la acción y de la omisión", Univ. Externado de Colombia, p.48.

concluye que todos deberíamos respetar nuestros deberes y protegernos como conjunto de quienes no se adaptan, y expulsar a los extraños o diferentes<sup>31</sup>.

Como se ve, el problema está en la toma de posición previa sobre cuestiones que hacen a la teoría política del estado mismo. Quienes consideran a la pena como algo valioso, positivo, no necesitan del bien jurídico para legitimar la pena estatal<sup>32</sup>. Pero por la misma razón, no pueden fundamentar la distinción entre la autoridad que conllevan todas las normas de cualquier rama del derecho positivo, de la de las penales. Porque el quebrantamiento de normas laborales, mercantiles, civiles, administrativas, etc., no justifica una respuesta penal para comunicar que la violación del derecho no es una conducta atendible y de esa manera dotar de confianza al sistema. La gente no tiene más remedio que confiarse al derecho laboral, civil, comercial, etc. , lo cual no es lo mismo que decir que la gente confía en que le resolverá sus problemas. La ley penal no proporciona confianza en el sistema y por ello, la confianza no puede elevarse a bien jurídico de normas de conducta. La confianza en el comportamiento de otras personas sería la suposición de que los otros no se comporten de manera contraria a las expectativas<sup>33</sup>. Pero esto no funciona así. Lo que en todo caso proporciona algún tipo de confianza en el sistema penal es su aplicación, es decir, el derecho procesal penal, las leyes de organización judicial y la buena gestión de los operadores judiciales. Quienes violan normas penales no se preocupan tanto de la prohibición y sus consecuencias, sino de la relevante posibilidad de ser descubiertos y procesados.

Tanto es así que la confianza sólo se puede quebrantar cuando las circunstancias que la ponen en duda son conocidas y no si los actos permanecen ocultos o cuando la población perdió la confianza en la justicia.

La ley penal no garantiza la existencia de los bienes. Es claro que en muchísimos casos la redacción y la técnica empleadas es inconveniente, como por ejemplo, cuando se recurre a conceptos amplios e indeterminados como la paz o la seguridad públicas que pueden ser identificados como bienes jurídicos aparentes<sup>34</sup>. CORCOY BIDASOLO explica esta cuestión al poner de manifiesto que existen muchos delitos que son

---

<sup>31</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Apuntes sobre el bien jurídico: fusiones y (con)fusiones. Revista de Derecho Penal y Criminología, Año II, Núm. 3, Abril 2012, Edit. La Ley, Buenos Aires, p. 3.

<sup>32</sup> SEHER, Gerhard. La legitimación de normas penales basada en principios y el concepto de bien jurídico AA.VV. “La Teoría del Bien Jurídico. Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?”. Roland Hefendehl (ed.). Marcial Pons, Madrid, 2007. La edición alemana es de 2003. P. 67.

<sup>33</sup> HEFENDEHL en: La Teoría del Bien Jurídico, 2007.

<sup>34</sup> HEFENDEHL, en: La Teoría del Bien Jurídico, 2007.

clasificados como de peligro, cuando en realidad son de lesión a un bien jurídico colectivo o supraindividual abstracto<sup>35</sup>. Es el bien jurídico (y ya no los tipos penales) el que identifica una situación de peligro para bienes concretos, como puede ser la seguridad común, el orden público, la administración pública, etc., de modo que los delitos que ofenden esos bienes jurídicos "etéreos" lo lesionan directamente. La idea es evitar los fraudes de etiquetas a que dicha técnica legislativa puede conducir<sup>36</sup>.

El delito como mero quebrantamiento o violación de las normas, se queda en el respeto del principio de legalidad, y omite considerar lo que está detrás de él, que también tiene jerarquía constitucional. Y así, no logra distinguir la tentativa de la consumación, ni la tentativa idónea de la inidónea ni entre autores y partícipes (concepto unitario de autor).

## V. SE TRATA DE UNA TAUTOLOGÍA. MUESTRA CON UN EJEMPLO ARGENTINO

Como ya dije el art. 19 de la Constitución Nacional argentina dice: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la nación será obligado a hacer **lo que** no manda la ley, ni privado de **lo que** ella no prohíbe”.

Es común repetir esta fórmula como “todo lo que no está prohibido está permitido”, pero ello es incorrecto. No dice eso la Constitución. Esa expresión deriva de la concepción que predica la completitud del orden jurídico, el principio de clausura de Kelsen, un orden jurídico sin lagunas, exhaustivo. Pero además de que el texto no dice eso, en Derecho Penal eso no es valioso. El penal es un sistema discontinuo de ilicitudes.

---

<sup>35</sup> CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. Límites objetivos y subjetivos a la intervención penal en el control de riesgos. En AA.VV. Política Criminal y Reforma Penal, coord. Víctor Gómez Martín, edit. IBDeF/EDISOFER, Buenos Aires, 2007, p. 33.

<sup>36</sup> Por ejemplo, una posesión de armas o explosivos sin autorización legítima, es claro que pone en peligro la vida e integridad corporal (homicidios, lesiones) y psicológica de las demás personas (coacciones) y los bienes materiales en general (daños, etc.). Pero si el delito de posesión ilegal de armas o explosivos está inserto en el Título Seguridad Pública o Común, que refleja una situación objetiva y subjetiva de peligro contra personas y cosas consideradas de manera indeterminada, ya la sola conducta de la posesión ilegal lesiona ese bien. No lo pone en peligro, sino que lo ha lesionado. (No me refiero al asunto de los delitos de mera actividad, porque lo que quiero escudriñar es la cuestión peligro/lesión). Bueno, por supuesto, tengo en cuenta que puede haber "fraudes de etiquetas" y el recurso a crear bienes jurídicos muy volátiles, etc. etc. Pero lo cierto es que ese tipo de bienes jurídicos han estado desde hace cien años en nuestros códigos penales. Son una barrera de incriminación previa a la lesión concreta de bienes jurídicos que tienen un correlato material. Luego, la pregunta es: por qué los autores siguen llamando delitos de peligro a estas figuras que no son contra la vida, integridad corporal o propiedad?

La fórmula debe ser leída como “todo lo que no está prohibido, es libertad”, porque el Estado, en materia penal, no nos permite nada, sino que sólo nos prohíbe o manda a hacer bajo amenaza de pena<sup>37</sup>.

Este ejemplo muestra de manera patente la tautología en la que incurre la concepción que no exige perjuicios a los bienes jurídicos de terceros.

Veamos. Lo importante en ambas proposiciones es el “**lo que**”, específicamente, **qué es lo que** la ley manda o prohíbe.

La tautología es una “ley lógica”, una proposición necesariamente verdadera, pero vacía. No tiene contenido informativo alguno. Es como decir “lo bueno es bueno”, o “la puerta está abierta o está cerrada”, o “inimputable es aquél que el derecho declara que lo es”.

Así, el hecho de que la tautología “todo lo que no está prohibido está permitido” sea verdadera, de ello no se deriva que tenga algún contenido, porque no sabemos de qué está compuesto el “**lo que**”.

Si se dice “Todo lo que no está prohibido está permitido”, entonces, lógicamente, lo prohibido equivale a lo no permitido. En tal caso, la fórmula nos quedaría “Todo lo que no está permitido, no está permitido”, lo cual rigurosamente verdadero, pero ¡chocolate por la noticia!<sup>38</sup>.

Pero el contenido del “**lo que**” lo proporciona la primera parte del mismo artículo, que exige la ofensa y perjuicio a los derechos de terceros. Para ello, debemos leer el texto en clave de derecho político constitucional y no como un mero ejercicio lingüístico<sup>39</sup>.

---

<sup>37</sup> Sólo nos permitiría hacer algo mediante las causas de justificación si previamente estuviera prohibido o mandado hacerlo. Por tal razón, tampoco es buena la expresión riesgo permitido en materia penal, cuando se quiere denotar que se trata de situaciones donde existen riesgos aceptados por la sociedad y que, por ello, no están prohibidos o amenazados con pena.

<sup>38</sup> FERREIRA, Marcelo. Estas reflexiones surgen de una charla con el profesor de derechos humanos y de filosofía de la UBA, Marcelo FERREIRA. A continuación, otra ocurrencia de su autoría: Es obvio que hay un distinto impacto psicológico de las palabras “prohibido” y “no permitido”, ya que el primer concepto “pega más” que el segundo. Pese a que dicen lo mismo, tiene más impacto proscriptivo decir “está prohibido fumar”, que “no está permitido fumar”. De algún juego de palabras: “En Inglaterra todo lo que no está prohibido está permitido. En Alemania todo lo que no está permitido está prohibido. En Francia está todo permitido, hasta lo prohibido. En Rusia está todo prohibido, hasta lo permitido. Y en la Argentina nunca se sabe”.

<sup>39</sup> Porque como enseña DIEZ RIPOLLÉS a partir de alguna interpretación, también es posible sostener lo contrario. Lo dijo en el Congreso Internacional de Derecho Penal por el 75 Aniversario del Código Penal argentino, celebrado en 1995 en Buenos Aires. Señaló que en la Constitución era un marco, como una cancha de fútbol, en la que el contenido, los jugadores, los debe poner la teoría del derecho penal. Y

## VI. VUELTA AL BIEN JURÍDICO. REVALORACIÓN DE LA IDEA

La historia es conocida. Los juristas tuvieron que inventarse límites al poder punitivo estatal, porque no había leyes supremas que así lo prescribiesen. Límites supralegales, jusnaturales, suprapositivos<sup>40</sup>. Ante la ausencia de leyes positivas supremas, la limitación política del poder punitivo la derivaron del poder punitivo considerado como tutor de bienes jurídicos. Y de ahí derivaron la función de la pena como proveedora de prevención. Del bien jurídico lesionado pasaron al bien jurídico tutelado. De FEUERBACH a BIRNBAUM<sup>41</sup>.

La presencia o la falta de perjuicio a un bien jurídico de terceros deben verificarse en cada caso concreto y resolverse en la tipicidad. Sólo si existe lesión o peligro a un bien jurídico, podrá pasarse al análisis de las posibles colisiones con otros derechos, lo cual se resolverá en la categoría antijuridicidad/justificación. De lo contrario, no habría forma de distinguir entre ambos estadios de la teoría del delito, entre la lesión al bien jurídico recogida en la prohibición y el permiso constitucional o legal para producirla<sup>42</sup>.

---

efectivamente, la triste experiencia de nuestro país nos ha enseñado que es posible construir un derecho penal parcialmente autoritario invocando la Constitución. Basta con repasar los argumentos de los jueces de las mayorías y minorías de las distintas épocas de la Corte Suprema argentina en los casos de tenencia de estupefacientes para consumo personal, fallos “Basterrica”, “Capalbo”, “Montalvo” y ahora “Arriola”, para anoticiarse acerca de que la expresión “de algún modo” en el artículo 19 de nuestra Ley Fundamental puede ser interpretada restrictiva o ampliamente y, con ello, que a partir de ella es posible legitimar la punición de gran cantidad de conductas por su mera calidad de externas, que se llevan a cabo en el plano de la interacción o comunicación con nuestros semejantes, aunque solo afectan y todavía no ofenden los bienes jurídicos de terceros. El problema de la constitucionalidad de los delitos de peligro abstracto comienza aquí.

<sup>40</sup> SEHER, Gerhard. La legitimación de normas penales basada en principios y el concepto de bien jurídico AA.VV. “La Teoría del Bien Jurídico. Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?”. Roland Hefendehl (ed.). Marcial Pons, Madrid, 2007. La edición alemana es de 2003. P. 67.

<sup>41</sup> BIRNBAUM, Johann Michael Franz. Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito. (Traducción directa del alemán y estudio preliminar por José Luis GUZMÁN DALBORA). Edit. IbdeF, Buenos Aires, 2010. En la introducción GUZMÁN DALBORA recuerda que la noción de bien jurídico fue atacada durante el totalitarismo europeo. El olfato político de los juristas nazis y fascistas percibió allí una barrera al poder absoluto del Estado en el cariz objetivo inherente a la teoría del bien jurídico, rasgo que la tornaba incompatible con la imperante subjetivización del delito, que quería hacer de éste una infracción de deberes y del delincuente un traidor a la comunidad popular. También fue atacada porque implica colocar al individuo en cuanto titular de bienes garantizados por el Derecho, en una relación igualitaria y coordinada con la entidad estatal, no ya en una posición subordinada a su majestad (con cita de BETTIOL, “Bene giuridico e reato”, quien en 1938 defendió el bien jurídico de los arrestos totalitarios). Ver también ZAFFARONI, Revista de Derecho Penal y Criminología, Año II, Núm. 3, Abril 2012.

<sup>42</sup> La diferencia entre lesión a un bien jurídico y el permiso para hacerlo, se ve clara en casos de libertad de expresión. Así, Tribunal Europeo de Derechos Humanos caso “Stankov and the United Macedonian Organisation Ilinden v. Bulgaria”, 2 October 2001; “Freedom and Democracy Party (OZDEP) v. Turkey”. Lo mismo ocurre en los casos de piquetes por protestas sociales. En la Argentina, art. 197 CP. En España art. 557 CP como delito contra el orden público y el art. 633 CP que reprime la perturbación del orden como una falta, y la reglamentación del derecho de reunión por Ley Orgánica 9/1983. Ver QUERALT

Ninguno de los autores clásicos pensó seriamente que la ley penal iba a proteger bienes en la realidad. Sólo si se presume *iure et de iure* que la pena cumple una función preventiva podremos afirmar la tutela penal del bien.

Ahora bien, es evidente que la palabra “protección” tiene una fuerza significativa propia. Esa fuerza se la sigue proporcionando la creencia en la teoría preventiva general negativa de la pena, la disuasión, la intimidación, la amenaza de pena, la coacción psicológica, los contramotivos, que funcionan como un escudo mental que impedirá futuros daños a los bienes. Sin embargo, los mismos autores al advertir a dónde podría conducir esa legitimación, la complementaron con la exigencia de recurrir a la ley penal como ultima ratio, a su aplicación a unas pocas conductas lesivas de bienes ajenos<sup>43</sup>.

El delito no puede ser solamente una infracción culpable a una norma<sup>44</sup>. El principio de culpabilidad no es suficiente, sino que necesitamos del de Lesividad que, entre otras cosas, permite impedir la creación de los llamados delitos de pensamiento<sup>45</sup>. Sin Lesividad no hay referencia para la Culpabilidad.

## VII. MÁS PROBLEMAS Y CONSECUENCIAS DEL FUNCIONALISMO EN DERECHO PENAL

La teoría funcionalista ve al sistema social como un bien autónomo, en cuya conservación se establece la pena<sup>46</sup>.

El déficit más grave que atribuye a tal postura es su prédica de que el establecimiento por el legislador de los comportamientos penalmente relevantes se efec-

---

JIMÉNEZ, Joan J. Derecho Penal Español, Parte Especial. Edit. Atelier, 5ta. Edición, Barcelona, 2008, p. 1144 y ss.

<sup>43</sup> CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. Límites objetivos y subjetivos a la intervención penal en el control de riesgos. En AA.VV. Política Criminal y Reforma Penal, coord. Víctor Gómez Martín, edit. IBdeF/EDISOFR, Buenos Aires, 2007, p. 33. Desarrolla el problema de que esta segunda característica está siendo dejada de lado. Aparece toda la teorización sobre la necesidad de la intervención penal en la protección de los llamados nuevos riesgos en sociedades complejas, y el empleo de la ley penal como modelo de solución de conflictos similar al de otras ramas del derecho. Donde hay un bien jurídico se tiende a pensar que necesita tutela penal. El final es triste: proliferan las normas de llamado derecho penal simbólico. Ahí encaja la crítica a los delitos de peligro abstracto, entendidos como presunción de peligro y peligro de peligro.

<sup>44</sup> LUZÓN PEÑA, Lecciones, 2012.

<sup>45</sup> El “crimetal” de George ORWELL en su famosa novela 1984... y lo que deriva de ello, que es peor: “la policía del pensamiento”.

<sup>46</sup> ROXIN, en: La Teoría del Bien Jurídico, 2007, p. 457. Si la pena debe ser en beneficio de los individuos que viven en la sociedad, las normas no pueden pretender la obediencia de los ciudadanos por el sólo hecho de ser normas, sino que siempre debe dirigirse a la obtención de un estado de cosas, a una acción u omisión. En la formulación funcionalista, se elude cualquier afirmación sobre la legitimidad o la ilegitimidad del contenido de las normas, bajo la idea de que ese tipo de consideraciones no son científicas. Sin embargo, como dice ROXIN, ese concepto restringido de ciencia pone a los juristas a merced del capricho y la arbitrariedad del legislador.



túa en razón de su disfuncionalidad para con la totalidad del sistema. De ese modo, se termina adoptando una postura políticamente neutra respecto de la naturaleza del sistema del que ese comportamiento es disfuncional<sup>47</sup>.

Como señalan HASSEMER y MUÑOZ CONDE, los criterios de prevención general positivos que predicen la confianza normativa, la fidelidad al derecho, la aceptación de las consecuencias de la infracción normativa, permiten que la confirmación del reconocimiento normativo se pueda conseguir también con medios contrarios a los valores sociales, como sucede con el derecho penal terrorista que intenta reducir la criminalidad (sin lograrlo) a costa de reducir las libertades personales y el respeto a la dignidad humana.

Como sugiere FERRAJOLI, lo que ocurre es que concepciones como la de JAKOBS son descriptivas (método de la Sociología), y existe un salto metodológico indebido al querer transformar todo ese andamiaje argumentativo en prescriptivo, que es el ámbito del Derecho. Se termina cayendo en tautologías o argumentos circulares que se sustentan a sí mismos. Que las cosas sean de tal o cual modo, no explica por qué deberían ser así<sup>48</sup>.

La “bajada” de toda esta teorización a la teoría del delito produce efectos notables. JAKOBS sostiene que la denominación de lesión de un bien jurídico es completamente inadecuada para delitos que están diseñados como infracciones de deber. La categoría que impulsó ROXIN (delitos de infracción al deber) que mantenía el dominio del hecho y sólo tenía como propósito cubrir aspectos de la autoría de determinados delitos<sup>49</sup>, se transformó en el centro neurálgico del ilícito penal: todos los delitos pasaron a ser concebidos como de infracción de deberes que surgen de un único bien jurídico, el ordenamiento jurídico.

---

<sup>47</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La Culpabilidad en el Siglo XXI. En “Hacia un realismo jurídico penal marginal”. Monte Avila Editores Latinoamericana. Caracas, Venezuela, 1993, p. 89 y ss.

<sup>48</sup> Gran cantidad de autores la han criticado desde su anclaje en la teoría de la prevención general positiva. ROXIN, BARATTA, FERRAJOLI, ZAFFARONI, entre otros, denuncian que mediatiza a la persona utilizando su dolor como un símbolo. Curiosamente, termina justificando la pena para delitos toscos o burdos, que son los únicos que se conocen y, por ende, los únicos que lesionan esa confianza en el sistema normativo. Los delincuentes económicos agradecidos. A partir de ello, no se entiende cómo se puede reclamar desde ese lugar la expansión del derecho penal a estas áreas.

<sup>49</sup> ROXIN, en: La Teoría del Bien Jurídico, p. 457/8. Recuérdese que para ROXIN la infracción de un deber típico especial sólo es un elemento de la autoría. El hecho además requiere la lesión al bien jurídico de que se trate, por ejemplo, Administración de Justicia por el juez prevaricador. De esa manera, a los inductores y cooperadores, aunque no sean jueces, se les pena por el mismo artículo del prevaricato, y ello no sería posible si la lesión al bien jurídico no trajera consigo la punibilidad.

En cuanto a la fundamentación subjetivista del ilícito penal, los problemas de esta concepción no son menores<sup>50</sup>.

### VIII. BALANCE

El balance final arroja que el Derecho penal se ha llenado de contenidos ajenos a su especialísima función, y que la teoría que concibe al delito como infracción al deber es apta para legitimar ese proceso.

Aquello que tradicionalmente el principio de subsidiariedad<sup>51</sup> deparaba al viejo derecho de policía, también llamado derecho penal accesorio, de intervención, derecho administrativo sancionador, de faltas y contravenciones, o como sea, por vía de la teoría del mero quebrantamiento de la norma, reaparece en tipos penales que engrosan los textos del derecho penal simbólico, selectivo, e inoperante<sup>52</sup>.

---

<sup>50</sup> Se trata de una posición que no ve al principio constitucional de Culpabilidad como una limitación, sino que le asigna un carácter fundante del ilícito penal. Expositores de la tesis extrema subjetivista son ZIELINSKI y en la Argentina, Marcelo SANCINETTI. Para ellos la lesión a un objeto de bien jurídico, el resultado, no tiene lugar alguno en el concepto de ilícito, porque aquello a lo que el autor se ha motivado negativamente permanece invariado con resultado o sin él. El ilícito es la desautorización de una norma, y el resultado es un mito, es azar, es responsabilidad objetiva. El derecho penal es de culpabilidad, de modo que no hay lugar para el desvalor de resultado. La teoría del ilícito ha de ser la teoría de la tentativa y para ello alcanza con el respeto del principio del hecho. El principio de lesividad debe ser interpretado en el sentido de que la norma se sustente en un fin legítimo: el tender a evitar lesiones a terceros. El test que demostraría todo esto es la tentativa inidónea de omisión que, para esta concepción, es punible.

<sup>51</sup> Conforme al cual sólo puede amenazarse una conducta con una pena cuando no bastan otras medidas menos drásticas adoptadas por otras ramas del derecho.

<sup>52</sup> Fuerza es reconocer que existe un ámbito donde se entremezclan cuestiones de derecho administrativo, civil, comercial, medioambiental, procesal, etc., y donde el fundamento de las consecuencias jurídicas de varias ramas del derecho tiene pizcas de prevención general, de prevención especial y de retribución. Allí aparece la coacción directa administrativa para hacer cesar cursos lesivos en marcha (aunque no estén encaminados a la comisión de un delito), asunto totalmente desatendido por la doctrina tanto administrativa como penal; los criterios de reparación daños leves sin necesidad de recurrir a procesos civiles ordinarios extensos y costosos, como los asuntos que atañen a los consumidores (el fracaso de la justicia civil); la identificación y tratamiento de situaciones de anticipación de riesgos y lesiones mediante acciones concretas y sanciones leves pero efectivas; supuestos de mediación y de control estatal del cumplimiento de obligaciones asumidas por los infractores, etcétera.

No se trata de un fraude de etiquetas o de sacar del Derecho Penal cosas que podemos explicar o fundamentar dentro de él, sino de sacar de ahí cosas que nunca debieron estar en él. Las apelaciones a expresiones emotivas como que el derecho penal “lucha” contra tal o cual mal social que se pretende erradicar o prevenir, sólo habilitan la exploración de territorios donde el Derecho Penal fracasará rotundamente.

El argumento de que es preferible llevar todas estas cuestiones al ámbito del Derecho Penal y Procesal Penal porque con ello les alcanzarán todas las garantías, es falso. Justamente la expansión del derecho penal a ámbitos desconocidos para él es lo que ha generado el relajamiento de las garantías constitucionales del derecho penal y procesal penales, descrito claramente como un derecho penal de nuevas velocidades, del enemigo, etcétera.

La paradoja es que se fracasa en la solución de los problemas de los ciudadanos. El derecho penal y el procesal penal pierden su sentido instrumental para la realización de los seres humanos. Miles de situaciones que pueden y deberían solucionarse antes que acudir al Derecho Penal. Hostigamientos, apoderamientos de cosas ínfimas, conducciones de vehículos temerarias o bajo la influencia de drogas o alcohol, fraudes pequeños pero masivos a los consumidores, creación de riesgos de daños y lesiones leves

Y al fracasar el derecho en general, y el penal en particular con su producto, la ley penal, en su tarea de concretar la felicidad de los habitantes, se termina recurriendo a la violencia directa o a la simbólica que ofrece la ley penal. Por ello, es preferible la teoría que exige perjuicio al bien jurídico. Con ello, retornamos al punto de partida, y esta charla vuelve a empezar.

Muchas gracias.

### *EXCURSUS*

## **UNA VIEJA LECCIÓN. EL ERROR DE QUERER SOLUCIONAR TODO CON LA LEY PENAL**

La amenaza penal y la concreción de esa amenaza en casos concretos mediante la imposición de una pena a un habitante, no impiden el delito. Sólo se limitan a poner contramotivos, contrapesos psíquicos que pueden o no lograr su efecto disuasorio<sup>53</sup>. Como se cree que la misión de la ley penal es evitar la comisión de delitos, ante la persistente ocurrencia de hechos ilícitos, se critica a la ley vigente por su inoperancia o deficiencia y se propicia su reforma. El proceso que CARRARA llamaba *nomomanía* o *nomorrea*<sup>54</sup>,

No se atiende el hecho de que cada ley penal que se dicta, restringe nuestra libertad. El procedimiento de multiplicación de delitos desconoce el principio del derecho penal mínimo, de *ultima ratio* o subsidiario de las otras ramas del ordenamiento jurídico, el de que las lagunas de punibilidad deben ser toleradas por aquello de que *De minimis non curat praetor* (El pretor no se preocupa por asuntos mínimos)<sup>55</sup>, y por una regla de la vida que opera casi como una ley física: quien mucho manda, mucho es desobedecido.

---

al ambiente; evasiones tributarias simples; violación de normas administrativas creadas para la regulación de diversos ámbitos de la economía, la salud y la seguridad públicas, y de otros sectores de la vida social; ocupaciones de espacios públicos; escraches en lugares residenciales; ofensas a la moral de terceros como el adulterio o la zoofilia<sup>52</sup>, grafitis, etcétera.

<sup>53</sup> HASSEMER, Winfried. Fundamentos del Derecho Penal. Edit. Bosch, Barcelona, 1984, p. 384. Con palabras similares que las empleadas por CARRARA, cien años después HASSEMER dice: La capacidad motivadora de la conminación penal y de la ejecución de la pena tampoco está exenta de objeciones. Estas objeciones se derivan de la rigidez jurídicoracionalista de la idea preventiva general, que desprecia soberanamente la “irracionalidad” fáctica de las personas. La teoría de la prevención general espera un homo oeconomicus que generalmente no existe. Supone que el delincuente potencial pondera los inconvenientes y ventajas de su hecho y que luego desiste de cometerlo porque el sistema jurídicopenal, con la conminación penal y con la posibilidad de ejecución de la pena, ha tenido cuidado de que no merezca la pena cometerlo. Esta construcción olvida una serie de datos empíricos que la contradicen contundentemente”, y pone como ejemplo los delitos violentos, la criminalidad patrimonial de escasa gravedad. También: HASSEMER. Crítica al Derecho Penal de Hoy. Edit. Ad-Hoc, 1995, p. 65

<sup>54</sup> CARRARA, Francisco. Un nuevo delito. En: Opúsculos de Derecho Criminal, Edit. Temis, Bogotá, 1978, Tº IV, p. 397. Ya citado.

<sup>55</sup> CARRARA, Un nuevo delito, 1978.

Pensar que la ley penal tiene la misión de suprimir el delito mediante el escarmiento conduce al autoritarismo, porque como decía CARRARA, esos son sueños del vulgo, que busca en el juez al hombre destinado a asegurarle perpetuamente su persona y sus bienes. Y agregaba, “La estafalaria idea de que la medicina debe extirpar todas las enfermedades, conduciría a la ciencia de la salud al empirismo, así como conduce al pueblo a tener fe en los curanderos. Y la insensata idea de que el derecho punitivo debe extirpar de la tierra todos los delitos, lleva a la ciencia penal a la idolatría del terror, y al pueblo a la fe en el verdugo, que es el verdadero curandero del derecho penal”<sup>56</sup>.

Como se ve, siempre existió una tendencia generalizada, a recurrir al derecho penal para solucionar problemas que no han podido ser satisfechos mediante otras ramas del derecho y nuestra época no constituye una excepción, la consecuencia necesaria es la creación de un cuerpo bien nutrido y heterogéneo de disposiciones laxas<sup>57</sup> y simbólicas cuya única justificación radica en la prevención general negativa y positiva, es decir, en hacerle creer a la gente que el conflicto social generado por una conducta desviada se encuentra solucionado con el dictado de una ley penal, aunque en la práctica éstas nunca se realicen en casos concretos o, lo que es peor, se apliquen selectivamente a los sectores más vulnerables para mostrar a la opinión pública que el sistema funciona y que pueden confiar en él.

En nombre de la eficiencia de la posmodernidad se intentaron justificar o legitimar una serie de instituciones inconvenientes a través de medios que podrían generar consecuencias insospechadas. La sociedad posmoderna es una sociedad de la comunicación generalizada por los medios de comunicación<sup>58</sup>.

Pero esta concepción del presente, no está exenta de reparos. Nuevamente, de un método descriptivo de la realidad, se pretenden extraer conclusiones para el derecho, que es eminentemente prescriptivo. La llamada era posmoderna funda la legitimidad de un sistema político en la eficacia, eliminando toda discusión sobre los fines últimos del

---

<sup>56</sup> CARRARA Francisco. Programa de Derecho Criminal. Edit. Temis, Bogotá, 1977, T<sup>o</sup>III (vol. I Parte Especial), “Introducción”, p.14

<sup>57</sup> HASSEMER, Winfried. Rasgos y crisis del Derecho Penal Moderno. ADPCP, t<sup>o</sup> XLV, fasc.1, enero-abril 1992, pp. 235/49.

<sup>58</sup> VATTIMO. Gianni. Posmodernidad: ¿Una Sociedad Transparente?. AAVV: En Torno a la Posmodernidad. Edit. Anthropos, Barcelona y Santafé de Bogotá, 1994, pp. 9 y ss. Sigo en este punto a este filósofo de la Universidad de Turín.

Estado<sup>59</sup>. El pragmatismo del Estado posmoderno, al cancelar la discusión sobre los fines mismos del Estado, deja abierto el camino para que cada rama de su burocracia procure sus fines en forma empresarial, sin un objetivo de conjunto que las subordine en forma limitativa. Se privilegia la eficacia sectorial de las burocracias oficiales y así se deterioran los principios penales liberales o del Estado de derecho de la modernidad en aras a la eficacia policial tanto represiva como preventiva.

La llamada crítica de los posmodernos a la modernidad, no es tal, porque para ello debería partir de algún ideal, de lo contrario no hay posibilidad de crítica alguna. El posmodernismo conduciría a un sujeto débil y fatigado para la rememoración de las barbaries de la historia, que no se deben repetir. Lo despoja de criterios para hacer frente a la deshumanización y se acaba sin sujeto. Un sujeto débil es presa fácil para la aceptación de los mitos del momento, por vía de un relativismo cultural donde cada cultura ha de ser juzgada exclusivamente según sus propios principios, y todas serán igualmente legítimas. Es el fin de la ética, y de los proyectos de libertad y justicia, porque todo vale y quedamos presos de lo que hay, de lo que existe y se impone. Los posmodernos nos dejarían en manos de un funcionamiento sistémico de la sociedad en el que el sujeto desaparece, al dejar de ser un sujeto constituyente para ser un agente constituido en un proceso de selectividad contingente.

Bien, este pequeño e incompleto relato sólo intenta poner de manifiesto que detrás de cada propuesta existe una posición ideológica de la que se parte. En el campo del poder punitivo no hay nada muy nuevo, y ya tenemos suficiente experiencia como para conocer de antemano qué ocurrirá con tal o cual sugerencia. Si ser posmoderno conduce a dejar de lado las garantías constitucionales y los logros de toda la novedosa teoría de los derechos humanos (que apenas tiene 70 años, es decir, nada en términos históricos), por ser tachados de valores o ideologías centrales impuestas por las historias dominantes, prefiero seguir en la modernidad.

No es valiosa la idea que entiende que la misión del Derecho Penal consiste en la prevención general confirmando el reconocimiento normativo, porque los ciudadanos necesitan que su fe en las normas sea confirmada cuando esas normas son infringidas, de modo que el proceso crea cierta conciencia jurídica. Tampoco lo es considerar que debe

---

<sup>59</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Impunidad del Agente Encubierto y del Delator: una tendencia legislativa latinoamericana. *Revue Internationale De Droit Penal*. Association Internationale de Droit Penal, Érés, 3º y 4º cuatrimestre de 1996, p. 725.

procurarse fe en las normas porque la gente tiene que aprender que la infracción normativa no es una alternativa de conducta discutible (fe en el Derecho) y que si se comete alguna infracción debe soportar las consecuencias que se derivan de ella (aceptación de las consecuencias)<sup>60</sup> A esta concepción se llega mediante la depuración de los conceptos básicos del derecho penal de todo componente descriptivo, esto es, referido a la realidad. La culpabilidad es extraída de la prevención general y no del poder actuar de otro modo. No es posible recurrir a criterios psicológicos para delimitar el dolo de la imprudencia, porque sólo el defecto cognoscitivo permite exonerar de la pena más grave del delito doloso. El concepto de autor excede el de un individuo que actúa en el ámbito social, pues se define de un modo puramente normativista-funcionalista como sujeto de normas de imputación, al igual que el aplicado a las personas jurídicas. Al extraer el contenido conceptual exclusivamente de las funciones del sistema social en cuestión, su concepción se adapta a cualquier política criminal y puede asumir sin problema alguno cualquier modernización del Derecho Penal, en cualquier caso que resulta beneficioso en el contexto social.

La crítica más punzante a esta posición está en que la confirmación del reconocimiento normativo se puede conseguir también con medios tales como los de un derecho penal terrorista que consiga la reducción de la criminalidad a costa de reducir también las libertades personales y el respeto a la dignidad humana<sup>61</sup>. Y esto se deduce sin esfuerzo del fundamento organicista, funcionalista y transpersonalista de las teorías de la prevención que sobreponen la sociedad a la persona.

Como se vio más arriba al hablar de la tautología, puede comprobarse que el método del funcionalismo en materia penal conduce en última instancia al establecimiento de toda una serie de argumentaciones circulares, detrás de cuya fachada las verdaderas decisiones son tomadas de modo puramente decisionista. Así, el concepto de culpabilidad presentado como resultado de la imputación jurídico-penal, conduce a que la imputación se explica por la culpabilidad y la culpabilidad por la imputación, estableciéndose un círculo vicioso. La acción y omisión equiparadas bajo la fórmula de adquirir culpablemente competencia por una lesión de la vigencia de la norma, carece por completo de núcleo descriptivo que no es otra cosa que un concepto de delito puramente normativo. Su concepto de

---

<sup>60</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana. En Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Edit. Ad-Hoc, Buenos Aires, Año II, 1996, Núm. 1 y 2, pp. 17 y ss.

<sup>61</sup> HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco. Introducción a la Criminología y al Derecho Penal. Edit. Tirant lo Blanch. Valencia. 1989, pp. 100/3.

competencia carece de cualquier connotación natural ya que es el resultado de una imputación realizada exclusivamente desde el Derecho<sup>62</sup>.

HIRSCH<sup>63</sup> ha demarcado muy bien la cuestión que nos convoca. El aumento del Derecho Penal y Procesal Penal se debe a: 1) el avance técnico y científico. 2) la inclusión de nuevas situaciones y con ello, conductas, que vienen del derecho administrativo y del derecho penal accesorio, como la ecología y la economía. 3) El aumento de conductas punibles ya existentes, lo cual lleva al aumento de las penas o al adelanto de la punición, como los casos de drogas, de violencia, de conductas que se internacionalizan y el llamado crimen organizado. ZAFFARONI por su parte<sup>64</sup> ha encontrado los principales rasgos del derecho penal de emergencia: se funda en un hecho nuevo, pretendidamente nuevo o extraordinario; la opinión pública reclama un solución; la ley penal no resuelve el problema, pero tiene por objeto proporcionar a la opinión pública la sensación de que tiende a resolverlo o a reducirlo; adopta reglas que resultan diferentes de las tradicionales en el derecho penal liberal. ZAFFARONI participa la opinión de que las emergencias no son nuevas en los discursos legitimantes del poder punitivo: el ataque de Satán y las brujas, los males cósmicos que requieren soluciones extremas y no convencionales, de allí la Inquisición y el defensismo, el simplismo conceptual, la renuncia a los planteos fundamentales y el desprecio por toda la doctrina que no los legitime, características propias de la legislación de los estados de policía. Esta legislación responde a ideologías antiliberales que ponen en jaque el estado de derecho y es preciso remarcar que hoy día, los principios liberales del derecho penal no necesitan derivarse de la razón como en CARMIGNANI o CARRARA, sino que están positivizados en las constituciones y tratados internacionales de derechos humanos que son obligatorios.

Pese a que la concepción de un derecho penal reconducido a sus postulados clásicos no está exenta de críticas<sup>65</sup>, HIRSCH<sup>66</sup> sostiene que no se puede perder el concepto de bien

---

<sup>62</sup> SCHÜNEMANN, Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Edit. Ad-Hoc, Buenos Aires, Año II, 1996, Núm. 1 y 2.

<sup>63</sup> HIRSCH, Hans Joachim. Seminario Internacional de Derecho Penal sobre “Problemas actuales de las ciencias penales” organizado por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Belgrano entre el 19 y 23 de mayo de 1997.

<sup>64</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La creciente legislación penal y los discursos de emergencia, conferencia en el Congreso Internacional de Derecho Penal, 1997, ya citado.

<sup>65</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana. Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Edit. Ad-Hoc, Buenos Aires, Año II, 1996, Núm. 1 y 2, p. 17 y ss.

<sup>66</sup> HIRSCH, Hans J., ideas vertidas en el Seminario Internacional de Derecho Penal sobre “Problemas actuales de las ciencias penales”, organizado por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Belgrano, Buenos Aires, entre el 19 y 23 de mayo de 1997, con la participación de los

jurídico porque haciéndolo difuso se va en retroceso y que la ciencia debe esforzarse para concretar los bienes de derecho. En cuanto a los delitos de peligro abstracto y concreto, señala que debe evitarse caer en meras violaciones a una norma. Los delitos de peligro abstracto, detrás deben tener uno concreto. En cuanto a la accesoriedad del derecho penal respecto del administrativo, sostiene que debido a la gran industrialización sólo es posible regular con permisos y autorizaciones, ya que es imposible lo haga un juez penal. Se debe remitir al juez administrativo. El juez penal no es una instancia superior para controlar la actividad del Estado. El derecho penal debe ser subsidiario, estar atrás, no adelante.

En definitiva, las discusiones se reciclan, pero siguen siendo las mismas de quienes nos precedieron en el camino de la vida.

### **BIBLIOGRAFÍA GENERAL**

Aquí se incluyen otras obras de consulta, ya que no todas fueron citadas al pie de cada texto. Al final se mencionan algunas publicaciones donde todos los autores se refieren a temas directamente relacionados con esta exposición, y por tal razón no se detallan cada uno de sus trabajos.

AGUIRRE OBARRIO, Eduardo. De paseo con el peligro. Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Año II, Nº 3, Edit. Ad Hoc, Buenos Aires 1996, pág. 47.

AGUIRRE OBARRIO, Eduardo. Segundo paseo con el peligro. Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Año III, Nº 4-5, Edit. Ad Hoc, Buenos Aires, 1997, pág. 47.

ALCÁCER GUIRAO, Rafael. Sobre el concepto de delito: ¿lesión del bien jurídico o lesión del deber? Edit. Ad Hoc, Buenos Aires, 2003.

ALCÁCER GUIRAO, Rafael. ¿Protección de bienes jurídicos o protección de vigencia del ordenamiento jurídico? Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Ad Hoc, Buenos Aires, nº 11, p. 293.

BUTELER (H.), José Antonio. Garantías y bien jurídico. En AA.VV. Teorías Actuales en el Derecho Penal, 75º Aniversario del Código Penal, Edit. Ad Hoc, Buenos Aires, 1998, p. 405.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. Límites objetivos y subjetivos a la intervención penal en el control de riesgos. En AA.VV. Política Criminal y Reforma Penal, coord. Víctor Gómez Martín, edit. IBDeF/EDISOFER, Buenos Aires, 2007.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. Delitos de Peligro y Protección de Bienes Jurídico-penales Supraindividuales. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Crítica al funcionalismo normativista. Estudios Críticos de Derecho Penal Moderno (Patricio N. Sabadini compilador), edit. Fabián Di Plácido, Buenos Aires, abril 2011, Pág. 17.

DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. La contextualización del bien jurídico protegido en un Derecho Penal garantista. En AA.VV. Teorías Actuales en el Derecho Penal, 75º Aniversario del Código Penal, Edit. Ad Hoc, Buenos Aires, 1998, p. 431.

DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. La política criminal en la ecrujijada. IBDeF. Montevideo-Buenos Aires, 2007.

DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. La racionalidad de las leyes penales. Edit. Trotta, Madrid. 2003.

---

profesores Karl HEINZ GÖSSEL y Hans Joachim HIRSCH (Alemania), Miguel POLAINO NAVARRETE y José CEREZO MIR (España), Edgardo DONNA, Marco Antonio TERRAGNI, Norberto SPOLANSKY y Guillermo NAVARRO (Argentina).



- ESER, Albin. El bien jurídico en los análisis dogmáticos y políticos criminales. Edit. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Santa Fe, 1999.
- FERNÁNDEZ, Gonzalo D. Bien jurídico y sistema de delito. En AA.VV. Teorías Actuales en el Derecho Penal, 75º Aniversario del Código Penal, Edit. Ad Hoc, Buenos Aires, 1998, p. 417
- FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón. Editorial Trotta, Madrid, 1995.
- FIANDACA, Giovanni/MUSCO, Enzo, Derecho Penal, parte general. Edit. Temis, Bogotá, 2006.
- GONZÁLEZ GUERRA, Carlos. Delitos de Infracción de un Deber. Edit. Ad Hoc, Buenos Aires, 2006.
- GÜNTHER, Klaus. De la vulneración de un derecho a la infracción de un deber. ¿Un “cambio de paradigma” en el Derecho penal?. AA.VV. “La insostenible situación del Derecho Penal”. Edit. Comares, Granada, 1999, p. 489.
- HASSEMER, Winfried. Seguridad por intermedio del Derecho Penal. Pág. 11. ¿Tiene un futuro el Derecho Penal? (compiladores Julio B.J. Maier y Gabriela Córdoba), Edit. Ad Hoc, Buenos Aires, 2009.
- HASSEMER, Winfried. ¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal? AA.VV. “La Teoría del Bien Jurídico. Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?” Roland Hefendehl (ed.). Marcial Pons, Madrid, 2007. La edición alemana es de 2003. Pág. 97 y ss.
- JAKOBS, Günther. ¿Cómo protege el Derecho Penal y qué es lo que protege? Contradicción y prevención; protección de bienes jurídicos y protección de la vigencia de la norma. ¿Tiene un futuro el Derecho Penal? (compiladores Julio B.J. Maier y Gabriela Córdoba), Edit. Ad Hoc, Buenos Aires, 2009. Pág. 53.
- JAKOBS, Günther. ¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma? Ediciones Cuyo, Mendoza, 2000.
- JAKOBS, Günther. Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico. En Estudios de Derecho Penal, UAM Ediciones, Edit. Civitas, Madrid, 1997, p. 293 y ss.
- JAKOBS, Günther. Fundamentos del Derecho Penal. (traducc. Manuel Cancio Meliá y Enrique Peñaranda Ramos), Edit. Ad Hoc, Buenos Aires, 1996.
- JAKOBS, Günther. Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional. Edit. Ad Hoc. Buenos Aires, 2013.
- KARGL, Walter. Protección de bienes jurídicos mediante protección el derecho. Sobre la conexión delimitadora entre bienes jurídicos, daño y pena. AA.VV. “La insostenible situación del Derecho Penal”. Edit. Comares, Granada, 1999, p. 19.
- LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, Lecciones de Derecho Penal, Parte General, Edit. Tirant Lo Blanch, 2da edición, Valencia, 2012
- MIR PUIG, Santiago, Derecho Penal, parte general. 4ta. edición, Barcelona, 1996, pág. 90 y ss. La 8va. edición, también consultada, es de editorial IBdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2010, pág. 119
- NESTLER, Cornelius. La protección de bienes jurídicos y la punibilidad de la posesión de armas de fuego y de sustancias estupefacentes. AA.VV. “La insostenible situación del Derecho Penal”. Edit. Comares, Granada, 1999, p. 63.
- NIÑO, Luis Fernando. El bien jurídico como referencia garantista. Edit. Del Puerto, Buenos Aires, 2008.
- POLAINO NAVARRETE, Miguel. El bien jurídico en el Derecho Penal. Edit. Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1974
- PRITTWITZ, Cornelius. El derecho penal alemán: ¿Fragmentario? ¿Subsidiario? ¿Ultima ratio? Reflexiones sobre la razón y límites de los principios limitadores del Derecho penal. AA.VV. “La insostenible situación del Derecho Penal”. Edit. Comares, Granada, 1999, p. 427.
- QUERALT JIMÉNEZ, Joan J. Derecho Penal Español, Parte Especial. Edit. Atelier, 5ta. Edición, Barcelona, 2008,
- ROXIN, Claus. El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen, traducción de Manuel Cancio Meliá, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología ARTÍCULOS. ISSN 1695-0194 RECPC 15-01 (2013). RECPC 15-01 (2013) – <http://criminet.ugr.es/recpc> – ISSN 1695-0194.

ROXIN, Claus. El injusto penal en el campo de tensión entre protección de bienes jurídicos y libertad individual. ¿Tiene un futuro el Derecho Penal? (compiladores Julio B.J. Maier y Gabriela Córdoba), Edit. Ad Hoc, Buenos Aires, 2009. Pág. 73.

SABADINI, Patricio Nicolás. De entropía y enemigos. Un ensayo sobre directivas hobbesiana, modernidad y discursos de exclusión (prologo de Eduardo Demetrio Crespo). Edit. ConTexto, Resistencia, Chaco, 2013.

SAMPAY, Arturo Enrique. La Filosofía Jurídica del Artículo 19 de la Constitución Nacional. Edit. Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1965.

SERRANO-PIEDRECASAS FERNÁNDEZ, José Ramón y Demetrio Crespo, Eduardo. Del Estado de Derecho al Estado Preventivo. Estudios Críticos de Derecho Penal Moderno (Patricio N. Sabadini compilador). Edit. Fabián Di Plácido, Buenos Aires, abril 2011, pág. 123.

SCHÜNEMANN, Bernd. Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana. Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal. Edit. Ad Hoc, Año II, Nº 1-2, Buenos Aires, 1996, p. 17.

TAVARES, Juarez E. X. Bien jurídico y función en Derecho penal (traduc. Mónica Cuñarro). Edit. Hammurabi, Buenos Aires, 2004.

YACOBUCCI, Guillermo, La deslegitimación de la potestad penal. La crítica al poder sancionador del Estado, Edit. Abaco, Buenos Aires, 2000, p. 94

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Derecho Penal, Parte General. EDIAR, Buenos Aires, 2000.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Política y dogmática jurídico penal*. INACIPE, México, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Origen y Evolución del Discurso Crítico en el Derecho Penal (Lectio Doctoralis en la Universidad Nacional de Rosario). Ediar-Universidad Nacional de Rosario. Buenos Aires, 2004.

AA.VV. El Derecho Penal ante la Criminalidad de Núcleo Duro. (textos de Günther Jakobs, Miguel Polaino Navarrete, Miguel Polanino-Orts. Presentación de Jorge Buompadre). Edit. ConTexto, Resistencia, Chaco, 2011.

AA.VV. Normativismo en Derecho Penal. (textos de Urs Kindhäuser, Miguel Polaino-Orts Presentación de Jorge Buompadre). Edit. ConTexto, Resistencia, Chaco, 2011.

AA.VV. Fundamentos de la dogmática penal y de la política criminal (ontologismo y Normativismo). Textos de José Cerezo Mir, Günther Jakobs, Bernd Schünemann, Moisés Moreno Hernández, Eugenio Raúl Zaffaroni. Centro de estudios de política criminal y ciencias penales, Edit. Jus Poenale, México, 2002.

\* \* \* \* \*

## Prof. Dra. María A. Trapero Barreales

Catedrática acred. de Derecho Penal. Universidad de León, España. Patrona de la FICP.

### ~Los delitos de peligro~

1. Antes de realizar la exposición en torno a los delitos de peligro conviene hacer referencia a los presupuestos y premisas de las que se parte:

Presupuesto previo: la función principal del Derecho Penal (DP) sigue siendo la protección de bienes jurídicos a través de la prevención.

De ello se derivan dos premisas que han de cumplirse de manera cumulativa:

Premisa a) Sigue teniendo plena validez el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, principio limitador y legitimador del *ius puniendi*. A través de este principio cabe realizar una distinción cualitativa entre el Derecho Administrativo sancionador y el DP<sup>1</sup>. Además, y combinando otros principios, es preciso recordar que tal principio no implica que el DP haya de ser utilizado para la protección de todos los bienes jurídicos. Aquel principio se ha de completar o matizar con la idea de que se trate de un bien jurídico-penal, en expresión acuñada en la doctrina española por MIR PUIG y LUZÓN PEÑA.

Premisa b) Derivado del principio de ofensividad, vinculado al anterior (o formando parte de su sustrato), el DP solo debe intervenir en la prevención de conductas que lesionan o ponen en peligro un bien jurídico-penal.

2. Existe una relación estrecha entre la teoría del bien jurídico-penal y la técnica utilizada para su protección (a través de delitos de lesión o de peligro). Quiere esto decir que la formulación del bien jurídico-penal protegido, o protegible, es condición previa a la valoración de la técnica utilizada. Esta idea tiene especial relevancia en la discusión sobre la autonomía o no de ciertos bienes jurídicos colectivos o supraindividuales (los bienes jurídicos colectivos o supraindividuales orientados a la protección de bienes

---

<sup>1</sup> No se entra a valorar si entre el Derecho Administrativo sancionador y el DP existe o no una diferencia cualitativa, aparte de la cuantitativa, pues la decisión en torno a esta cuestión exige previamente analizar si son aplicables y en qué medida los principios limitadores del *ius puniendi* también al Derecho Administrativo. En esta exposición sí se parte de la existencia de tal diferencia cualitativa entre estos dos sectores del ordenamiento jurídico, de ahí que para la legitimación del DP sea necesario el cumplimiento de principios más estrictos, pues a fin de cuentas en este ámbito se tiene que justificar la limitación de la libertad ambulatoria, derecho fundamental que se ve afectado con la imposición de la consecuencia jurídica por excelencia que se deriva de la comisión del delito, la pena privativa de libertad, en particular la pena de prisión.

jurídicos individuales –vida, libertad, patrimonio, principalmente-), tales como la seguridad colectiva y sus manifestaciones concretas como la salud pública y la seguridad vial, o la seguridad laboral, por citar solo ejemplos que repercuten en delitos de muy frecuente aplicación judicial.

3. Como consecuencia inmediata de lo anteriormente mencionado, no cabe legitimar la utilización del DP para la tipificación de delitos que no protegen auténticos bienes jurídicos. Ejemplificativamente, desde esta perspectiva no se pueden justificar los delitos en los que se castigan sentimientos (delitos de odio), o conductas moralmente reprobables (algunos delitos sexuales en los que se protege la moral sexual) o conductas relacionadas con el maltrato (explotación sexual) y abandono de animales domésticos.

4. Tampoco se puede legitimar la utilización del DP si la conducta tipificada no resulta lesiva ni peligrosa para el bien jurídico-penal. Esta perspectiva es, precisamente, la que ha de atenderse en la explicación de los delitos de peligro, particularmente en la modalidad más controvertida, los delitos de peligro abstracto.

5. Evidentemente, los delitos de peligro no son un invento del denominado DP moderno o postmoderno (el DP de la sociedad del siglo XXI), pues en el DP clásico o liberal han existido delitos de peligro. Basta ojear el CP 1822 español y ver que en este CP ya aparecían diversas modalidades de los delitos de incendio en los que se castigaba el peligro para bienes jurídicos.

6. En el DP moderno o postmoderno se utiliza de manera muy habitual el delito de peligro para la protección de bienes jurídicos individuales y, particularmente, bienes jurídicos supraindividuales, los que, además, también van apareciendo a medida que se producen avances y cambios en la sociedad, bienes jurídicos no siempre fáciles de delimitar y definir y aun de reconocer como tales.

Un DP moderno o postmoderno que se identifica (en su formulación, orientaciones político criminales y planteamientos dogmáticos) a través de la expresión acuñada por SILVA SÁNCHEZ la expansión del DP. Expansión que, en lo que aquí nos interesa destacar, tiene una doble manifestación: ampliación de las conductas que van a ser prohibidas por esta rama del Derecho e intensificación de la intervención, esto último traducido en el incremento de la duración de las sanciones, principalmente de la pena de prisión.

7. A este aumento significativo de la técnica de los delitos de peligro, sobre todo de los delitos de peligro abstracto, se llega desde diversas vías, cada una de ellas identificada con unos términos que sirven perfectamente para identificar sus rasgos más característicos. Un punto común a todas ellas, la seguridad como objetivo o ¿cómo bien jurídico, con autonomía y sustantividad?:

7.1. Inicialmente este aumento considerable de los delitos de peligro ha sido un efecto o consecuencia del denominado DP de la sociedad del riesgo.

Estamos ante la aparición de nuevos riesgos derivados de los avances científicos y tecnológicos, que afectan a un número indeterminado y generalizado de personas, riesgos que normalmente proceden de actividades que solo determinados grupos de poder pueden llevar a cabo.

Consecuencia: si estas actividades implican peligro para bienes jurídicos, los tradicionales (individuales) y los nuevos bienes jurídicos colectivos que van apareciendo, parece razonable que se anticipe su protección, a través de la prohibición de conductas que implican un peligro ya intolerable (no justificable en virtud del riesgo permitido principalmente).

Aceptada esta consecuencia tan esquemáticamente planteada, la discusión es ¿dónde ha de intervenir el DP? ¿Para proteger bienes jurídicos individuales? ¿También para proteger los bienes jurídicos colectivos? ¿Y cómo se han de proteger? No parece que sea suficiente, ni eficaz, a través de los delitos de lesión, es necesario el recurso a los delitos de peligro. Asumible resulta el recurso a los delitos de peligro concreto (si efectivamente nos encontramos ante un auténtico bien jurídico-penal), pero, ¿es también asumible el recurso al delito de peligro abstracto? Más adelante se tratará de responder a esta última cuestión.

Este DP de la sociedad del riesgo también tiene otra vertiente (con cierta autonomía, en la que confluyen también las explicaciones del DP de la seguridad ciudadana y DP del enemigo): la globalización y la transnacionalización del DP. Algunos delitos de peligro (concreto y, sobre todo, abstracto), responden a sus planteamientos y consideraciones político-criminales

Este DP de la sociedad del riesgo se manifiesta en los delitos socioeconómicos, delitos contra la salud de los consumidores (alimentos y medicamentos), medio ambiente, delitos de riesgo catastrófico, etc. Ámbitos en los que también repercute

claramente la actividad legislativa de la UE, influyendo en los DP de los países miembros.

7.2. Inicialmente, en este DP de la sociedad del riesgo el debate se centra sobre el castigo o no de delitos de peligro en el entendimiento de que, efectivamente, se pueden identificar las conductas que ponen en peligro los bienes jurídicos. Hay base científica para afirmar que las conductas seleccionadas por el legislador penal sí comportan dicho peligro: el juicio de peligro se puede realizar a través de probabilidades estadísticas (con independencia de si esto es o no suficiente).

Desde la perspectiva que nos ocupa (la tipificación o no de los delitos de peligro), el problema de legitimación estriba en la manera como se traslada “este peligro” al tipo penal. O dicho de otra manera, el debate se centra en la fundamentación y legitimación de los delitos de peligro abstracto.

Pero los avances científicos y tecnológicos también nos enfrentan a otra situación: la sospecha del peligro. En este caso, a través de los conocimientos científicos existentes en este momento, no se puede saber si una determinada actividad es o no peligrosa para bienes jurídicos, o si puede o no lesionar, incluso gravemente, tales bienes jurídicos; pero sí se sospecha que puede serlo. En este momento el DP ya no se ocupa solo de la prevención del peligro para bienes jurídicos, se da un paso más: se ha mudado y se ha convertido en el DP de la precaución ante riesgos.

El principio de precaución se introduce en el DP desde una doble perspectiva (en lo que aquí interesa): en primer lugar, para la tipificación de delitos de peligro presunto, o de sospecha, o delitos de riesgo. Se tipifican conductas de las que se presume, sin base científica que lo apoye, su peligrosidad para bienes jurídicos importantes, como la vida, la salud, el medio ambiente. En segundo lugar, se utiliza este principio en la interpretación de los delitos de peligro abstracto (concretamente, en la definición de la conducta peligrosa desde la perspectiva *ex ante*).

En uno y otro caso en la tipificación del delito se utiliza como técnica regulativa la de la accesoria administrativa, de ley o de acto, lo que lleva a que el incumplimiento de la normativa administrativa o de la autorización administrativa se convierte en delito. Es decir, ¿estamos ante un delito sin bien jurídico? ¿se tipifica como delito una mera desobediencia administrativa?

Este DP de la precaución se plantea, por ejemplo, en delitos contra la salud de los consumidores (alimentos), en las “manipulaciones” genéticas (utilizando la rúbrica del CP español), en delitos de riesgo catastrófico como los relacionados con la energía nuclear, etc.

7.3. Los delitos de peligro también son el efecto o consecuencia del denominado DP de la seguridad ciudadana.

Aquí no se trata de intervenir frente a nuevos peligros que se derivan de los avances científicos y tecnológicos. Y tampoco se trata de intervenir frente a las conductas peligrosas de “los grupos poderosos”. El DP se ha ocupado de la delincuencia tradicional, pues el ciudadano se identifica claramente como potencial víctima de este tipo de conductas.

Desde este DP de la seguridad ciudadana puede explicarse las modificaciones de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, en particular conductas relacionadas con la pornografía infantil. O la tipificación de delitos de organización y grupos criminales, pero para perseguir no la delincuencia transnacional, sino los grupos criminales relacionados con los delitos patrimoniales “tradicionales” (robos principalmente).

7.4. Como ha advertido DÍEZ RIPOLLÉS, desde el DP de la seguridad ciudadana se puede llegar a los postulados del DP del enemigo. También desde esta última fundamentación es fácilmente entendible que en el DP se utilice como técnica de tipificación para la protección de bienes jurídicos (con una difuminación de lo que es un bien jurídico) a los delitos de peligro, en particular de peligro abstracto.

7.5. En este DP moderno o postmoderno, donde confluyen los planteamientos de la sociedad del riesgo, la seguridad ciudadana, el DP del enemigo, pueden aparecer delitos de peligro abstracto híbridos, en el sentido de que en su “fundamentación” se pueden utilizar argumentos de una y otra vía:

Ejemplos, los delitos contra la seguridad vial, particularmente los delitos de conducción con excesiva velocidad, superando una determinada tasa de alcohol, conducción sin permiso, se pueden explicar desde tesis de la sociedad del riesgo, pero también de la seguridad ciudadana, incluso desde su fundamentación más radical, DP del enemigo (en el año 2007, cuando se reforman de manera sustancial los ahora denominados delitos contra la seguridad vial, se habla de terrorismo vial).

Otro ejemplo, en el delito de pornografía infantil, en la modalidad de posesión de material pornográfico, el principio de precaución ya no se basa en la incertidumbre ante los avances científicos y tecnológicos: la incertidumbre, la sospecha es que hay conexión entre consumo de este material y los abusos sexuales de menores.

8. Para concluir esta exposición, En el DP se diferencian las siguientes tipologías de delitos de peligro:

- Delitos de peligro concreto: tomando como referencia la definición de MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, la acción realizada por el sujeto activo ha de causar un resultado consistente en la creación de un concreto peligro de lesión para el bien jurídico protegido. Se tienen que producir unas condiciones que sirvan para afirmar que el bien jurídico estuvo en una situación próxima a la lesión, bien porque el objeto material ha entrado en el radio de acción de la acción peligrosa, bien porque el sujeto pasivo ha entrado en el radio de acción de la acción peligrosa.

Esta técnica se utiliza de dos maneras: para tipificar el delito dirigido a proteger el bien jurídico (colectivo o individual) o para tipificar una modalidad agravada consistente en la puesta en peligro de determinados bienes jurídicos.

Ejemplos, en el CP español, delito contra la seguridad e higiene en el trabajo, art. 316 y 317 (modalidades dolosa e imprudente); delito de contaminación ambiental, art. 325.1 in fine. De la segunda clase: delito de lesiones del art. 148.1, delitos de trata de personas y eufemísticamente “delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, peligro concreto para la vida o salud.

- Delitos de peligro abstracto en las modalidades de delitos de aptitud, o de peligro abstracto-concreto (SCHRÖDER), o de peligro potencial (ZIESCHANG), o de peligro hipotético (término utilizado por TORÍO LÓPEZ), o de peligrosidad expresa (LUZÓN PEÑA), o de peligrosidad concreta o de acción peligrosa (HIRSCH).

Se requiere la efectiva comprobación de que la conducta, en un juicio *ex ante*, ha supuesto peligro para el bien jurídico. Dicho en palabras de MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, requiere la infracción del deber objetivo de cuidado en relación con la eventual lesión del bien jurídico. Se exige la prueba de la peligrosidad de la acción para el bien jurídico protegido, demostrándose la idoneidad o aptitud de la conducta para lesionar el bien jurídico (sin que tal lesión se llegue a producir).



Ejemplos. Delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, delito de adulteración de alimentos con sustancias susceptibles de causar daños a la salud de las personas.

- Delitos de peligro abstracto puro. Esta es la clasificación más controvertida, pues su legitimación está condicionada a la forma como se fundamente tal tipología delictiva. Si se hace un planteamiento desde la presunción de que estamos ante conductas peligrosas (presunción basada en probabilidades estadísticas, efectivamente se trata de acciones generalmente peligrosas), y la peligrosidad de la acción es mero motivo para la tipificación penal, o es una presunción *iuris et de iure* de que es una acción peligrosa, en tal caso no hay legitimación para el recurso a esta técnica para la protección de bienes jurídicos. Pues en definitiva se puede estar castigando penalmente conductas de las que no se ha probado en el caso concreto su peligrosidad para el bien jurídico, tan solo se ha probado que se trata de una conducta que, generalmente, estadísticamente, entraña dicho peligro.

Si se hace un planteamiento en el que se exija la constatación de que la acción no solo es generalmente peligrosa, sino que, en el caso concreto, efectivamente, la acción es peligrosa, su legitimación está salvada. Pues se respetan los dos principales principios limitadores del *ius puniendi* destacados al inicio de esta exposición: el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos (para el caso de que, efectivamente, se trate de proteger un bien jurídico que merece el calificativo de penal) y el principio de ofensividad (frente a una conducta de la que se ha probado su peligrosidad).

En el intento de legitimar los delitos de peligro abstracto “puros” (parece más acertada la denominación de delitos de peligro abstracto con peligrosidad tácita empleada por LUZÓN PEÑA) se han propuesto varias fundamentaciones: el delito de peligro abstracto considerado como la tipificación de una tentativa respecto del delito imprudente, o como la tipificación de la infracción del deber objetivo de cuidado, o la tesis más radical, la que plantea la seguridad como bien jurídico, reformulando los delitos de peligro abstracto en delitos de lesión respecto del bien jurídico seguridad (CORCOY BIDASOLO)

Ejemplos de delitos de peligro abstracto, los delitos de conducción sin permiso, delitos de conducción a excesiva velocidad, conducción superando una tasa de alcohol, tenencia de armas, explosivos, algunos delitos societarios, etc.

- Delitos de sospecha, de peligro presunto o de riesgo. Se tipifican conductas de las que se sospecha su peligrosidad para bienes jurídicos, sin prueba científica contrastada que lo corrobore. Como se ha indicado con anterioridad, se trata de la utilización del principio de precaución en la tipificación del delito de riesgo. O de la “reinterpretación” de los delitos de peligro abstracto utilizando el citado principio

La vigencia de los principios de exclusiva protección de bienes jurídicos y de ofensividad ponen en entredicho la legitimidad de esta técnica de tipificación (o de interpretación).

\* \* \* \* \*

## Prof. Dra. Soledad Barber Burusco

Profesora Titular de Derecho penal. Universidad Pública de Navarra, Pamplona, España.  
Patrona de la FICP.

### ~La expansión de actos preparatorios en el Derecho penal español<sup>1</sup>~

#### I. INTRODUCCIÓN

Los actos preparatorios se encuentran en los márgenes del castigo y en este contexto de los márgenes, casi todas las cuestiones relacionadas con el sí y el cómo del castigo de conductas que puedan caracterizarse como “preparación” de otros “delitos” pueden ser objeto de debate, y tal vez sea un tema que nunca pueda ser considerado pacífico y resuelto, pues es uno de los ámbitos en los que más claramente se manifiesta la pugna entre los principios limitadores del poder punitivo del Estado (cada vez más abandonados en las sucesivas reformas legislativas) y las políticas criminales preventivas que, con enorme fuerza, caracterizan el clima político-criminal actual.

Con la expresión “actos preparatorios”, se designan múltiples “situaciones”: conductas impunes desde la perspectiva del *iter criminis*, tipos autónomos regulados en el Libro II del CP, y, también se suele denominar de esta manera (aunque para nada es éste un criterio unánime) a la conspiración, proposición y provocación para cometer determinados delitos<sup>2</sup>. En esta breve exposición me referiré a estos “actos preparatorios” recogidos en los arts. 17 y 18 del CP, pero no a todos ellos. Centraré mi exposición en la proposición y en la reforma introducida en su definición por la LO 1/2015; y, si el tiempo me lo permite, en las nuevas formas de incitación a cometer delitos de terrorismo incorporadas por la LO 2/2015, a las que el legislador parece haber dado la naturaleza de actos preparatorios asimilables a la conspiración, proposición y provocación.

---

<sup>1</sup> El presente texto se corresponde con la ponencia presentada en el I Congreso Internacional de la FICP: “Retos actuales de la teoría del delito”, celebrado en Barcelona los días 29 y 30 de mayo de 2015.

<sup>2</sup> Ver, entre otros, y con amplias referencias, SILVA SÁNCHEZ, La regulación del *iter criminis*” en el nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales, Barcelona, 1997; REBOLLO VARGAS, La provocación y la apología en el nuevo Código Penal, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997; MIRA BENAVENT, ¿Ha despenalizado el Código Penal de 1995 la inducción frustrada?, en: Quintero Olivares/Morales Prats (coord.) Estudios penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz, 2002, 507-538; BARBER BURUSCO, Los actos preparatorios del delito, Comares, Granada, 2004; FUENTES OSORIO, La preparación delictiva, Comares, Granada, 2007; el mismo: Formas de anticipación de la tutela penal, en: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 08-08- 2006; DEL ROSAL BLASCO, La regulación legal de los actos preparatorios en el Código Penal de 1995, en: Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo, 2005, 950-967; ALCÁCER GUIRAO, La proposición como inducción frustrada. Actualidad dogmática y político-criminal, en: Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat, I, 2008, 693-718.

## II. CARACTERIZACIÓN DE LA PROPOSICIÓN, CONSPIRACIÓN Y PROVOCACIÓN

La caracterización por parte de la doctrina de la conspiración, proposición y provocación, no es unívoca: un sector minoritario los ha considerado delitos autónomos. Esta posición a mi criterio no resulta adecuada, entre otras razones porque no desarrolla criterios seguros que impidan sostener que se puede intentar o participar en la conspiración, proposición o provocación. Otro sector, de gran relevancia, sin negar el carácter de preparación de estas figuras, considera que el tratamiento adecuado de las mismas se encuentra en el ámbito de la teoría de la autoría y participación. Esta posición me parece que no puede ser rechazada, aunque presenta como inconvenientes, en primer lugar, el hecho de que posterga en el análisis el carácter de “actos” de estas figuras; y, en segundo lugar, el hecho de que todas ellas (conspiración, proposición y provocación) no pueden ser caracterizadas en común como conductas previas a la participación en sentido estricto, aunque la provocación guarde similitudes con la inducción. La tercera posición, de la que participo, pone el acento en el carácter de actos preparatorios de la codelincuencia ya que parece adecuado integrar las conductas de conspiración, proposición y provocación en este ámbito desde la perspectiva del *iter criminis*, en la medida en que las tres descripciones requieren de una actuación claramente externa, dirigida a la realización de un delito concreto, y la actividad que se despliega para la comisión de ese delito concreto (en términos generales) es la búsqueda de intervinientes (mediante las modalidades descritas: acuerdo para la ejecución de un delito y resolución de ejecutarlo (conspiración); el que resuelto a cometer un delito invita a otro u otros a ejecutarlo (proposición); incitación directa por medios que faciliten la publicidad o ante una concurrencia de personas a la perpetración de un delito (provocación)). Esta precaria caracterización permite deslindar estos actos de cualquier otra expresión individual o grupal de comunicación de una actividad delictiva (previa al comienzo de ejecución) que, en la medida en que no reúna los requisitos de los arts. 17 y 18 y se conecte con los delitos expresamente previstos en el Libro II CP carecerá de relevancia penal.

Pero, en la medida en que pensamos en la progresión de estos actos y los observamos desde la perspectiva del delito consumado o intentado, la relación con la teoría de la autoría y la participación resulta incuestionable, y aquí también encontramos

importantes discrepancias en el análisis desde esta perspectiva. A algunas de ellas me referiré más adelante.

Tal y como se regularon estas conductas en el CP de 1995, se puede postular que nos encontramos ante una ampliación de la tipicidad definida en el Libro I del CP que se conecta con los delitos a través de la declaración de que sólo se castigarán en el caso de que la Ley expresamente lo prevea. Esto permite afirmar que en relación a estos actos, no se pueden aplicar las normas relativas a la tentativa y a la participación, en el sentido de que ni la tentativa de conspiración, proposición y provocación resultan punibles, ni tampoco la participación en tales actos, es decir que cierran el ámbito de la punible más allá de lo fijado en sus descripciones.

### **III. FUNDAMENTO DEL CASTIGO**

La anticipación penal puede analizarse de formas diversas según la finalidad que se le asigne al Derecho penal. Desde la perspectiva de un Derecho penal vinculado a la protección de bienes jurídicos, es decir, si se parte de un núcleo de injusto vinculado a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, considero que la legitimación del castigo de estas conductas debe ir precedida de la idea de excepcionalidad. Entre los múltiples objetos, intereses, relaciones, etc., que pueden ser elevados a la categoría de bienes jurídicos, podrá encontrar legitimación la amenaza de pena en el estadio previo al comienzo de ejecución del delito sólo la protección de aquellos bienes jurídicos que, en sus respectivas esferas de protección resulten fundamentales para garantizar con un mínimo de dignidad la existencia y desarrollo de las personas tanto en su ámbito privado como social, atendiendo además al hecho de que, en caso de que como consecuencia de la conspiración, proposición o provocación se llegara a la consumación del delito proyectado, el concreto objeto sobre el que recaiga el ataque no tenga la posibilidad de ser reparado o de retornar a la situación previa al ataque, es decir que se trate de un daño irreparable.

En relación a esta última exigencia, si bien el legislador del 95 restringió el castigo de estos actos preparatorios a determinados delitos, el criterio de selección que empleó no se ajusta en muchos casos a esta exigencia de grave afectación al bien jurídico en caso de consumación. En algunos casos, pese a la importancia del bien jurídico la entidad del ataque no parece poseer la suficiente gravedad, en otros se seleccionan delitos de peligro abstracto, en otros se castigan conductas de preparación o

de participación que han sido elevadas a la categoría de tipos autónomos. Por ello en algunos casos la elección es arbitraria, en otros de descuidada y, en algunos, infundada. Sólo un número muy reducido de casos encuentra clara legitimación.

Pero en la línea de expansión de actos preparatorios sin atender a criterios de gravedad del delito respecto del que se castigan, la LO 1/2015 ha introducido el castigo de la conspiración, proposición y provocación en el art. 445 del CP, respecto de todos los delitos contenidos en el Título XIX del CP que contiene los Delitos contra la Administración Pública.

Por otra parte, desde la perspectiva de la pena prevista para los mismos, el legislador no ha respetado las exigencias de proporcionalidad, en la medida en que prevé el mismo castigo que para la tentativa, es decir la disminución en uno o dos grado de la pena prevista para el delito consumado.

En cuanto a la clase de peligro para el bien jurídico del delito de referencia, no cabe hablar de riesgo directo ni de peligro inmediato como en la tentativa, ¿Qué clase o intensidad de peligro resulta suficiente, qué podría justificar el castigo de estas conductas?

Un importante sector de la doctrina al que me adhiero, considera que el contenido de peligro o la lesividad potencial de la proposición, viene dada por la puesta en marcha de un curso causal independiente (en la medida en que se considere que esta recoge la inducción previa (intentada o frustrada) acerca del cual el proponente ya no posee el dominio en el sentido del control (al menos indiviso) del acontecimiento delictivo puesto en marcha. Respecto de la conspiración, si bien el dominio del curso causal ya es compartido e incide en la decisión de abandonar el plan delictivo, cobra mayor importancia el contenido de peligro (la intensidad) de la mayor potencialidad de realización que ese compromiso de ejecución puede contener (las razones pueden ser diversas: influencia psicológica, cálculo de ventajas, más altas posibilidades de realización ante delitos complejos). En cuanto a la provocación, en el fundamento del castigo cobra exclusiva relevancia la puesta en marcha de un curso causal independiente que, debido a los medios requeridos para realizar la incitación, permite que la misma llegue a un número indeterminado de personas.

#### **IV. LA PROPOSICIÓN**

Como ya anticipé, paso ahora a analizar la proposición que, conforme al CP de

1995, requiere la resolución de cometer un delito e invitar a otra u otras personas a ejecutarlo. Esta fórmula ha sido entendida de tres maneras:

1) La que considera que se trata de una invitación a la coautoría y exige que el proponente se reserve el papel de coautor en el futuro hecho,

2) La que señala que recoge supuestos de inducción no seguida de realización del delito, aunque admita que el texto legal nada prejuzga acerca de la intervención en el futuro hecho de quien invita a otro a ejecutarlo.

3) La que considera que sólo recoge supuestos de inducción previa (tentativa acabada de inducción o inducción frustrada)

Considero que el texto legal del 95 admitía sin mayores dificultades interpretativas la segunda posición, aunque desde la perspectiva de la mayor cercanía de peligro para el bien jurídico se puede justificar mucho más fácilmente el castigo de la conducta de inducción previa (pagar a un sicario para que mate a otro) que la de invitación a la coautoría, porque en la mayoría de los casos (si no en todos) esa invitación deberá pasar por la fase de “conspiración” (acuerdo y resolución de ejecución) antes del inicio de la tentativa, por lo que la invitación a la coautoría podría verse como un acto previo a la conspiración y en consecuencia no necesitado de sanción desde la perspectiva de la exigencia de proximidad de peligro para el bien jurídico.

La jurisprudencia que durante bastante tiempo y durante la vigencia del CP anterior concibió a la proposición como una invitación a la coautoría, exigiendo que quien invita se reserve el papel de coautor, en el año 2002<sup>3</sup> dio un claro vuelco que ha tenido continuidad, y que incluye en la proposición la inducción previa, sin requerir, en el futuro hecho, la intervención del proponente. Además, ha efectuado una interpretación del precepto que podría caracterizarse de extensiva, en la medida en que en algunos casos admite la proposición en cadena. En el supuesto resuelto<sup>4</sup>, un individuo en prisión preventiva idea un plan de matar al fiscal encargado del caso y a otras personas, pidió a otro interno -a cambio de una compensación económica- que buscara a un sicario para que realizara los crímenes, comprara el arma, etc. Este interno sale de permiso y no regresa a fin de ocuparse de estas tareas. Quien ideó el plan se vale de otro interno (que recibía visitas) para transmitir información, instrucciones y

<sup>3</sup> Ver STS nº 1994/2002, de 29 de noviembre.

<sup>4</sup> STS nº 891/2006, de 22 de septiembre.

documentación al encargado de contratar al sicario, a quien finalmente contrata, facilitándole la documentación aportada, fotografías y dinero con el que comprar el arma con la que ejecutar el crimen, comunicándole que era apremiante la muerte del Fiscal, que debía realizarse a primeros de año. El sicario denuncia los hechos (inducción a la inducción frustrada). Tanto la audiencia como el TS condenan a estos tres sujetos como proponentes del delito de asesinato. Aunque el TS no alude a una posible inducción en cadena, sino que los considera coautores de proposición.

También al AP de Barcelona mediante sentencia nº 521/2011 de 23 junio, castiga por proposición al asesinato la conducta de un interno que ingresado en un centro penitenciario que envía una carta a otro interno en la que le encargaba firmemente que mandara a alguien a Martorell para que matase a su ex mujer y en la misma le proporcionaba datos concretos para su localización, horarios, fotografías de ella, de su coche con la matrícula, ofreciéndole a cambio satisfacerle con el importe necesario para ello. La citada carta, recibida, abierta, y leída por el destinatario, fue interceptada al mismo durante un traslado de centro penitenciario. En este caso, la Audiencia define la proposición como la propuesta o invitación para que “lo lleve a cabo conjuntamente con el proponente, a través de otro, o en sustitución del proponente” (Inducción en cadena frustrada).

### **1. La ampliación de la proposición**

Pues bien, en este estado de cosas, en la reciente reforma del CP mediante LO 1/2015, se introduce, de forma “casi clandestina”, vía enmienda (nº 873) del PP en el Congreso (se publica en el BOCG de 10 de diciembre de 2014), un cambio en la definición de la proposición. A partir del 1 de julio, “La proposición existe cuando el que ha resuelto cometer un delito invita a otra u otras personas a participar en él”.

De la justificación que el legislador aporta para introducir la modificación, lo único que puede sacarse en claro es que se pretende ampliar este acto preparatorio. Se dice: “se parte de un concepto más amplio en el que se es suficiente la participación en el delito que otro ha resuelto cometer”. Y se añade: “no siendo necesario que la persona ejecute la conducta delictiva” sin que quede claro a qué persona se refiere, si a la que “ha resuelto cometer el delito” o a la persona que se invita a “participar en él”. Ninguna explicación se da acerca de la necesidad de la reforma.



El primer problema que aparece es el de qué significado asignar a la expresión “participar”.

1) Si le asignáramos un significado estricto, deberíamos entender que se puede invitar a inducir, a cooperar de forma necesaria y no necesaria, y excluir la invitación a la autoría y sus formas. Esta interpretación no parece razonable desde ningún punto de vista, ya que significaría que se deroga el precepto anterior en relación a la mayoría indiscutida de los casos en que hasta ahora se aplicaba: invitación a la autoría o coautoría.

2) La otra opción es la de interpretar la expresión “participación” en sentido amplio, como equivalente a “intervención” en el delito, y dotándola de ese significado cabría la invitación a la inducción, a la autoría y cualquiera de sus formas, a la cooperación necesaria y a la complicidad, pudiendo o no, quien invita, reservarse algún papel en la ejecución del delito de que se trate. Esta interpretación permite mantener dentro de la proposición las conductas que indiscutidamente han encajado hasta ahora, que por otra parte muchas de ellas son las más claramente peligrosas en relación al bien jurídico protegido; pero, por otra parte, abre un abanico de posibilidades, amplía de tal manera el campo de lo punible, que resultará de muy difícil delimitación.

Se deroga la invitación a la ejecución y se incorpora la invitación a la participación, y al no requerirse necesariamente que el invitado ejecute el delito, el nuevo artículo puede abarcar supuestos ya admitidos por la jurisprudencia como la inducción en cadena que con la redacción anterior tenía peor encaje. Ahora bien, puede abarcar también situaciones en las que el resuelto a cometer el delito, reservándose el papel de autor, busque cooperadores (necesarios o no necesarios). Quien entendía que la figura de la proposición consistía en una invitación a la coautoría en exclusiva, tal vez desde la perspectiva de la literalidad del precepto pueda encontrar más argumentos que antes. La literalidad del texto legal parece admitir estos supuestos. En cuanto a la inclusión en la acción típica de la búsqueda de cooperadores necesarios y no necesarios, tanto desde la perspectiva de la proximidad del peligro como de la pérdida de control del curso causal que puede generar esta clase de invitación, no parece que pueda justificarse el castigo de estas conductas. Si ya la invitación a la coautoría se cuestionaba como forma de proposición punible, debido a que parecían necesarios múltiples pasos intermedios para llegar a la inmediatez de la lesión, la invitación a la cooperación necesaria y no necesaria resulta claramente un acto previo a la

conspiración, que castigaría -a quien resuelto a cometer uno de los delitos castigados en etapa de preparación- cualquier búsqueda de colaboración. LLABRÉS FUSTER ya ha publicado un trabajo analizando esta reforma, y propone incluir como supuestos de proposición exclusivamente la inducción en cadena frustrada, la inducción a la inducción frustrada y el ofrecimiento a delinquir aceptado. Este último caso parece coincidir con el supuesto de “declararse dispuesto...” previsto en el parágrafo 30.II del StGB, por darse un pacto entre el inductor inducido (futuro autor) y el inducido-inductor que lo hace especialmente peligroso<sup>5</sup>.

## V. LA INCORPORACIÓN DE LA INCITACIÓN INDIRECTA

Pero esta expansión de actos preparatorios no termina aquí. Si bien desde la entrada en vigor del CP de 1995 la provocación no ha tenido aplicación; muy prontamente se incorporaron en el CP las amenazas del 170.2 CP (también de escasa aplicación) y la apología del terrorismo (art. 578 CP) (actualmente de creciente aplicación). Pues bien, la LO 5/2010, incorporó en el art. 579 del CP en el Capítulo de los delitos de terrorismo un precepto que castigaba la distribución o difusión pública por cualquier medio de mensajes o consignas dirigidos a provocar, alentar o favorecer la perpetración de cualquiera de los delitos previstos en el Capítulo, generando o incrementando el riesgo de su efectiva comisión; y siempre que la conducta no encajara en otro precepto que estableciera mayor pena, se preveía para tal conducta la pena de seis meses a dos años de prisión.

Este precepto residual y de aplicación subsidiaria presenta serios problemas de legitimación desde más de una perspectiva, entre ellas la relacionada con la libertad de expresión e información y, por otra parte, importantes problemas de diferenciación de otras figuras delictivas: desde la provocación, a la reclamación pública de acciones violentas por organizaciones terroristas del art. 170.2, hasta la apología del terrorismo. Parece querer recoger incitaciones indirectas al favorecimiento (¿participación?) y a la ejecución de cada uno de los delitos tipificados en el capítulo.

Ahora, el nuevo pacto antiterrorista que, a través de la LO 2/2015, modifica sustancialmente los delitos de terrorismo, reforma también el art. 579 que queda redactado de la siguiente manera: “1. Será castigado con la pena inferior en uno o dos

---

<sup>5</sup> LLABRÉS FUSTER, La nueva regulación de la proposición para delinquir (art. 17.2), en: González Cussac (dir.), Comentarios a la reforma penal de 2015, Tirant lo Blanch, 2015, 83-118.

grados a la prevista para el delito de que se trate, el que, por cualquier medio, difunda públicamente mensajes o consignas que tengan por finalidad o que, por su contenido, sean idóneos para incitar a otros a la comisión de alguno de los delitos de este capítulo./2. La misma pena se impondrá al que, públicamente o ante una concurrencia de personas, incite a otros a la comisión de los delitos de este capítulo, así como a quien solicite a otra persona que los cometa./3. Los demás actos de provocación, conspiración y proposición (...) se castigarán también con la pena inferior en uno o dos grados a la que corresponda respectivamente a los hechos previstos en este capítulo...”. Claramente, ya no estamos ante un acto preparatorio autónomo (su pena depende del delito al que se incite) y el legislador lo ha caracterizado como una forma de “provocación”, al señalar “los demás actos de provocación, conspiración, etc.). Claro que si el hecho al que se ha incitado se llegara a cometer, a estas conductas no les afectaría las previsiones del art. 18.2 segundo párrafo del CP que determina que “si a la provocación hubiese seguido la perpetración del delito, se castigará como inducción”.

¿Qué se castiga?:

1) Por cualquier medio, difundir públicamente mensajes o consignas que tengan por finalidad incitar a otros a la comisión de alguno de los delitos del capítulo (inc.1)

2) Por cualquier medio, difundir públicamente mensajes o consignas que, por su contenido, sean idóneos para incitar a otros a la comisión de alguno de los delitos del capítulo (inc. 1)

3) Públicamente o ante una concurrencia de personas, incitar a otro a la comisión de alguno de los delitos del capítulo (inc.2).

4) Solicitar a otra persona que cometa los delitos del capítulo ¿públicamente o ante una concurrencia de personas? (inc. 2).

La difusión pública de mensajes o consignas del inciso primero tiene una variante alternativa: en el primer caso se exige un elemento subjetivo consistente en la finalidad de incitar, y en el segundo esta exigencia desaparece y se reemplaza por el requisito de que el mensaje o consigna resulte idóneo para la incitación. A diferencia del delito de difusión que se deroga, ya no se exige que los mensajes o consignas incrementen el riesgo de la efectiva comisión de los delitos del capítulo, y, por otro lado, se destipifica la conducta consistente en la difusión de mensajes o consignas dirigidos a “alentar” o “favorecer” la perpetración de cualquiera de los delitos del capítulo.

En el inciso 2 se recogen también dos conductas diferenciables. La primera consiste en incitar a otro a la comisión de alguno de los delitos del Capítulo. ¿En qué se diferencia de lo recogido en el inc.1?: la incitación no debe hacerse a través de un mensaje o consigna, admite otras modalidades, e incluye otro ámbito de la incitación: el de la concurrencia de personas (¿aunque no se trate de un ámbito público?). La segunda conducta, la de “solicitar a otro que cometa los delitos del capítulo (no deja claro si requiere que sea públicamente o ante una concurrencia de personas), obliga a intentar delimitar esta conducta del acto preparatorio de proposición.

A mi criterio, esta desmesurada ampliación de actos preparatorios merece, amplificadas, las críticas que ya he comentado que se efectuaron al delito de difusión cuando se incorporó en la reforma de 2010, y digo que amplificadas, porque debemos añadir la de la extrema desproporción de la pena prevista. Existe un solo caso de condena de difusión de delitos de terrorismo continuado que ha llegado al TS<sup>6</sup> (éste confirmó la SAN<sup>7</sup>) y que fue castigado con 2 años de prisión. De cometerse este mismo hecho a partir del 1 de julio, resultará merecedor de una pena de entre 10 y 30 años de prisión. Los hechos probados fueron los siguientes: un usuario de foros jihadistas colocó varios post en uno de estos foros con una firma digital consistente en un ordenador, con una pistola simulada que había adquirido para ello y de un Corán, además de un gesto con la mano amenazante, en los que incorporaba textos tales como “Atacad a los que rezan a la cruz...” “... a por las armas del combate contra el enemigo en el corazón de Europa, América, y donde los encontréis, atacad sus tierras, envenenad sus aguas, explotad su mercados...” etc.

Pero además, la expansión se produce también y principalmente por el aumento de delitos que se castigan en esta etapa preparatoria, entre ellos: “Quien con la finalidad de capacitarse para cometer alguno de los delitos del capítulo adquiriera o tenga en su poder documentos que estén dirigidos o, por su contenido, resulten idóneos para incitar a la incorporación a una organización o grupo terrorista, o a colaborar con cualquiera de ellos o con sus fines” (art. 575.2 último párrafo); “llevar a cabo cualquier actividad de captación, adoctrinamiento o adiestramiento, que esté dirigida o que, por su contenido, resulte idónea para incitar a incorporarse a una organización o grupo terrorista, o para cometer cualquiera de los delitos comprendidos en este capítulo” (577.2. primer

---

<sup>6</sup> STS nº 114/2014, de veinte de febrero.

<sup>7</sup> SAN nº 24/2013, de doce de julio (Sala de lo Penal, Sección segunda).

párrafo); “el enaltecimiento o la justificación públicos de los delitos comprendidos en los arts. 572 a 577 o de quienes hayan participado en su ejecución” (578 .1). Éstos son sólo algunos de los ejemplos de delitos respecto de los que se castigan, no sólo la conspiración, proposición y provocación, sino también estas nuevas incitaciones públicas indirectas y solicitudes de comisión. Entiendo que en ningún caso se acercan al cumplimiento de los criterios más arriba planteados que permitan justificar su castigo.

Para terminar, sólo voy a señalar que una vez más se confirma una tendencia legislativa que explota de forma intencionada la ambigüedad y vaguedad del lenguaje generando serios problemas en relación a las exigencias de determinación en la redacción de los tipos penales y que subjetiviza cada vez más el Derecho penal.

\* \* \* \* \*

## 2ª Sesión.

### **Codelincuencia: autoría y participación. Concepto y formas. Problemática en los delitos especiales y en delitos imprudentes.**

#### **Prof. Dr. Miguel Díaz y García Conlledo**

Catedrático de Derecho penal. Universidad de León, España. Patrono fundador de la FICP y Director de Libertas. Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales.

#### **~Autoría\*~**

1. Es un honor intervenir en el I Congreso Internacional que organiza la FICP, de cuyo patronato formo parte, por lo que me siento honrado. Felicito a los organizadores del Congreso y al Presidente y Presidentes de Honor de la FICP por la iniciativa y por la elección de la difícil, pero necesaria, línea temática del Congreso.

2. Me ha correspondido inaugurar la mesa sobre autoría y participación, concretamente con una ponencia titulada “Autoría”, cuyo desarrollo en los quince minutos de que dispongo es francamente difícil. También es difícil –tal vez más aún- de resumir aquí por escrito, por lo que la expongo sintéticamente en esta especie de decálogo (por usar números redondos, que siempre parece elegante, si se me permite la broma).

3. Había pensado tratar, aunque fuera de forma somera, temas polémicos, como la llamada autoría mediata en aparatos organizados de poder (y su posible extensión al ámbito empresarial), los llamados delitos de infracción de deber o la autoría y la participación imprudentes. Pero, con gran acierto, los organizadores se los han encargado a otros componentes de esta mesa. Puedo pronunciarme sobre ellos en el debate, no obstante.

4. Me tomo por tanto el encargo, bajo el nombre de “Autoría” que se me ha asignado, como una presentación general y de expresión muy resumida de mi opinión global sobre el tema.

---

\* Resumen de la ponencia presentada en el I Congreso Internacional de la FICP, celebrado en Barcelona los días 29 y 30 de mayo de 2015.

5. Deseo destacar que, aunque sigue tratándose de tema central de la teoría del delito, existe bastante acuerdo en muchas cosas y hay que quitar algo de hierro al debate.

6. En España, como en otros países, se defienden casi todas las posiciones; sin afán de exhaustividad: 1) La teoría objetivo formal (clásica –de VIVES ANTÓN, aunque ahora cree que no se puede identificar un único concepto de autor, a GÓRRIZ ROYO, en la misma línea- o modificada –de GIMBERNAT o, con matices, RODRÍGUEZ MOURULLO a GARCÍA DEL BLANCO-); 2) la teoría de la pertenencia del hecho (de MIR PUIG a ÁLVAREZ BAUTISTA, pasando, entre otros y con gran relevancia, por BOLEA BARDON); 3) Las teorías normativizadoras (en dos sentidos: tendentes a concepto unitario de autor unas – de FEIJOO SÁNCHEZ a SÁNCHEZ VERA-, restrictivas otras –SÁNCHEZ LÁZARO o MARAVER GÓMEZ-, con matices intermedios –p. ej. ROBLES PLANAS-); 4) La teoría del dominio del hecho (con el fundamental impulso de ROXIN), la mayoritaria también en España; 5) La teoría de la determinación objetiva y positiva del hecho (de mi maestro, LUZÓN PEÑA, yo mismo y seguidores, mereciendo destacarse su desarrollo en el ámbito de la imprudencia por ROSO CAÑADILLAS). 6) Otras, como la cercana a la nuestra, del acceso al tipo y el control del suceso típico, sustentada por DÍEZ RIPOLLÉS.

7. Las líneas generales de mi concepto de autoría son muy resumidamente: a) Preferencia de un concepto restrictivo de autor, como más adecuado al Derecho penal propio de un Estado de Derecho (si bien no el único compatible con él), pero, con ello, exigencia de coherencia; b) Concepción de la conducta de autoría como aquella que la norma pretende evitar con mayor urgencia o perentoriedad, la que se enfrenta más directamente a la norma, la que más directamente afecta al bien jurídico, etc.; c) En delitos puramente resultativos, sobre todo: autor es quien con su conducta (solo o con otros) determina objetiva y positivamente el hecho, el acontecer típico.

8. Ello supone coincidencias, pero también diferencias con la doctrina dominante y, en concreto, con la más influyente concepción dentro de ella, la de mi maestro alemán, ROXIN; entre las diferencias: creo que esta extrae excesivas consecuencias de la idea en sí misma no desdeñable del autor como figura central tomada como principio rector o imagen regulativa; aunque con dudas, acabo rechazando la figura de una autoría mediata por utilización de aparatos organizados de poder (desde luego, en la delincuencia en la empresa generalmente “legal”, aunque esto es una coincidencia con ROXIN, incluso si se admite su, en todo caso, genial construcción de esta forma de

autoría mediata); también rechazo algunos –no todos- casos de autoría mediata mediante inducción a menores –ROXIN habla normalmente, es verdad, de “niños”-; aunque reconozco gran parte de corrección material en ella, rechazo (por razones derivadas del principio de legalidad, que creo que serían superables con mínimas previsiones legislativas) la admisión generalizada, con sus consecuencias, de delitos de infracción de deber –aunque más aún en las versiones que exageran las tesis de ROXIN-; etc. Pero sobre todo dos:

a) El criterio de autoría que sustento posee carácter objetivo, frente a la concepción objetivo-subjetiva del dominio del hecho, con mayor (por ejemplo, WELZEL) o menor (por ejemplo, ROXIN) acento de la faceta subjetiva: ello supone importantes consecuencias en el ámbito de la imprudencia, con posibilidad para nosotros de distinguir entre autoría y participación imprudente. Sostengo, siguiendo principalmente a LUZÓN PEÑA, la impunidad de esta última, básicamente por razones de política criminal con apoyo en la ley, pero no por incompatibilidad clara del castigo de la participación imprudente con la regulación legal española (en concreto, con el art. 12 CP, como sostienen autorizadas voces), pero este es otro tema, que no puedo desarrollar aquí.

b) Exigimos un carácter positivo de la determinación del hecho, frente al meramente negativo que exigen los partidarios del dominio del hecho para la coautoría, incluido el más restrictivo de ROXIN del dominio funcional del hecho (que exige acuerdo en sentido amplio, esencialidad de la contribución y actuación en fase ejecutiva, de modo que, retirando la contribución de un sujeto, caería la empresa criminal común; veo en ello insuficiencias y contradicciones). Sin poder desarrollar aquí esta idea (lo que significa negativo, que la ley no señala expresamente el umbral de dominio o determinación que requiere la coautoría, la preferencia por el máximo nivel, que sería el positivo frente al negativo –que, desde luego, es más que mero poder de interrupción, al menos en la concepción de ROXIN y sus seguidores-, etc.), que he explicado ampliamente en diversos trabajos en distintos países y he ido matizando a lo largo del tiempo y al hilo del debate con otros autores, incluido el propio ROXIN, ello conduce a un concepto bastante más estrecho de coautoría que el de la doctrina dominante, incluido el que se deriva de la tesis del dominio funcional del hecho, aun desarrollada estrictamente (que no es la más extensiva de la coautoría, sino la más estricta dentro de la general del dominio del hecho). Creo que con nuestro concepto de coautoría se



guarda la máxima coherencia con el concepto restrictivo de autor al que tantas ventajas se le atribuyen (con razón, aunque, en mi caso, lejos de la demonización generalizada de un concepto unitario de autor –quizá mejor un concepto unitario de intervención delictiva, como ha apuntado ya hace tiempo entre nosotros, con argumentos dignos de atención y análisis, PEÑARANDA RAMOS- para los delitos dolosos, demonización que ha sido –y aún es, aunque ya con más brechas- tan común). Ciertamente (como el propio ROXIN ha venido finalmente a reconocer en el debate que conmigo ha sostenido), este concepto tan restrictivo de autor también en la coautoría es mucho más fácil de sostener en legislaciones que, como la española (y no solo ella), consagran una forma de cooperación o complicidad equiparada en pena a la autoría, pero sometida al principio de accesoriedad, la comúnmente llamada cooperación necesaria (art. 28, 2º inciso, letra b CP español), inexistente hoy en Alemania (y en otros países), cuya existencia reivindicó, si bien creo debe formularse en la ley de forma positiva y no hipotética y en la que cabe discutir (como en la otra forma de participación equiparada en pena a la autoría, la inducción) si el marco penal legal debe ser exactamente igual que el de la autoría.

9. Al margen del concepto de autoría que se mantenga, deseo aprovechar este importante foro para realizar una llamada de atención contra lo que, en este y en muchos temas, hacen a veces los tribunales de diversos países: no basta citar una teoría o construcción para resolver un problema en un caso al que en realidad se da una respuesta intuitiva (correcta o incorrecta). Esto es frecuente en materia de autoría. Así, a modo de ejemplo, señalaré que dos construcciones de ROXIN se emplean a menudo mal: a) autoría mediata por aparatos organizados de poder (como, p. ej., ha sucedido en buena medida en el famoso caso de corrupción conocido como MENSALÃO en Brasil, como han puesto de relieve distintos autores –algunos brasileños pero con peso también en Alemania, como GRECO, y el propio ROXIN): ni se prueba la existencia de aparato, ni su carácter inequívocamente criminal ni la fungibilidad de sus eslabones, ruedecillas del engranaje o “instrumentos” ni la alta disposición de los ejecutores al hecho; b) coautoría por dominio funcional del hecho (p. ej., en algunos supuestos de la llamada “coautoría impropia” en Colombia o bastantes sentencias de la jurisprudencia española): no se prueban los tres elementos (acuerdo en sentido amplio, esencialidad de la contribución, prestación de esta en fase ejecutiva) y a veces casi existe solo acuerdo previo (denostada antigua construcción de nuestro TS) y actuación conjunta, a lo sumo con cierta división

del trabajo o acumulación de esfuerzos. Si se comparte una construcción sólida, como las señaladas (yo no las comparto del todo, pero eso es lo de menos), no basta con citar su nombre como un lema; hay que demostrar que se cumplen en el caso sus requisitos.

10. Para que esto sea un decálogo, acabaré diciendo que, aun alcanzándose altos grados de consenso, los temas penales, incluso los más clásicos, nunca se cierran del todo y lo que parecía superado vuelve a menudo al debate, a veces con gran fuerza y de la mano de notables penalistas. Podría citar, por ejemplo, la pugna de teorías y el aparente declive hace algunos años de la teoría del dolo en materia de error de prohibición (yo mismo erré claramente al pronosticar que esa parte del debate estaba bastante superada en el último cambio de siglo), pero, por ceñirme al tema que nos ocupa, el de la autoría, mencionaré el resurgir, naturalmente con matices, de un concepto unitario de autor en los delitos dolosos, fundamentalmente de la mano de concepciones normativistas “fuertes” que ven las diferencias entre formas de intervención delictiva más bien como cuantitativas y no cualitativas. Esa es una grandeza del debate penal, especialmente en materias –a menudo centrales- propias de la teoría del delito. De ahí el gran acierto en la elección del tema general de este Congreso por sus organizadores, a los que agradezco mucho que me hayan el hecho el honor de llamarme para intervenir en él.

\* \* \* \* \*

## Prof. Dr. Víctor Gómez Martín

Catedrático aced. de Derecho penal. Universidad de Barcelona, España.  
Patrono de la FICP.

### ~Delitos especiales de posición y delitos especiales con elementos de autoría meramente tipificadores: bases para una distinción necesaria~

#### I. PLANTEAMIENTO

El presente trabajo tiene por objeto dar respuesta a tres de las principales cuestiones concernientes a la teoría general de los delitos especiales. En primer lugar, se trata de conocer en qué consiste esta categoría delictiva. Esto es, abundar en el *concepto de delito especial*. En segunda instancia, resulta obligado saber cuál es el *fundamento material* de la restricción del círculo de posibles autores que caracteriza a los delitos especiales. Y, por último, es preciso preguntarse si el *extraneus* que participa en un delito especial debe responder penalmente, y, en caso afirmativo, si debe hacerlo con la misma pena que el *intraneus* o bien con una pena atenuada. Todo ello se desarrollará con especial atención al actual art. 65.3 CP, el precepto que nació con la vocación de dar respuesta, al menos en parte, a las cuestiones que han sido formuladas, y que tanta controversia viene generando en la doctrina española prácticamente desde el momento en que entró en vigor.<sup>1</sup>

---

(\*) ABREVIATURAS: act.: actualización; ADPCP: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales; AAP: Auto de la Audiencia Provincial; AAPP: Audiencias Provinciales; AE: Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, AT, 1966 (2ª ed., 1969); AFD: Anuario de Filosofía del Derecho; AP: Actualidad Penal; Ar.: Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi; AT: Allgemeiner Teil; BayOLG: Oberlandsgericht Bayern; BGH: Bundesgerichtshof; BGB: Bürgerliches Gesetzbuch; BIMJ: Boletín de Información del Ministerio de Justicia; BSeuchenGesetz: Ley Federal de Epidemias; BT: Besonderer Teil; CADMC: Colección Análisis y Documentos del Ministerio de Cultura; CC: Código civil; CDJ: Cuadernos de Derecho Judicial; CE: Constitución española; CFGE: Circular de la Fiscalía General del Estado; coord./coords.: coordinador/coordinadores; CP: Código penal español; CPC: Cuadernos de Política Criminal; D: Directiva; DStr.: Deutsches Strafrecht; dir.: director, directora; ed.: edición, editor; E. de M.: Exposición de Motivos; EGOWiG: Einführungssetz in das Gesetz über Ordnungswidrigkeiten; EPC: Estudios Penales y Criminológicos; FGE: Fiscalía General del Estado; FS-: Festschrift für; FG-BG 50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft, IV, Strafrecht, Strafprozeßrecht, 2000; FS-Binding: Festschrift für Karl Binding zum 4. Juni 1911; FS-Bruns: Festschrift für Hans-Jürgen Bruns zum 70. Geburtstag, 1978; FG-Frank: Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag, II, 1930 (reimpr. 1969); FS-Gallas: Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag, 1973; FS-Gleispach: Festschrift zum 60. Geburtstag von Graf v. Gleispach, 1936; FS-Heinitz: Festschrift für Ernst Heinitz zum 70. Geburtstag, 1972; FS-Honig: Festschrift für Richard M. Honig zum 80. Geburtstag, 1970; FS-Jescheck: Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag, I, 1985; FS-Klug: Festschrift für Ulrich Klug zum 70. Geburtstag, 1983; FS-Lange: Festschrift für Richard Lange, 1976; FS-Maurach: Festschrift für Reinhard Maurach, 1972; FS-Mezger: Festschrift für Edmund Mezger zum 70. Geburtstag, 1954; FS-Rittler: Festschrift für Theodor Rittler zu seinem 80. Geburtstag, 1957; FS-Triffterer: [Festschrift für Otto Triffterer zum 65. Geburtstag](#), 1996; GA: Goltdammer's Archiv für Strafrecht; GD-Armin: Kaufmann Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, 1989; GG: Grundgesetz; GS: Der Gerichtssaal; JuS: Juristische Schulung; JR: Juristische Rundschau; Jura: Juristische Ausbildung; JW: Juristische Wochenschrift; JZ:

## II. SOBRE EL FUNDAMENTO DE LA RESTRICCIÓN DEL CÍRCULO DE POSIBLES AUTORES EN LOS DELITOS ESPECIALES

### 1. Un presupuesto metodológico: el rechazo de criterios clasificatorios exclusivamente formales

1. Definidos, pues, los delitos especiales como aquellos delitos de los que sólo puede ser autor, en el sentido ontológico del término, aquel sujeto en quien concurren los elementos, cualidades, relaciones o propiedades *exigidos por la Ley*, e incorporado a dicho concepto el elemento consistente en que la delimitación del círculo de posibles

---

Juristische Zeitung; L: Ley; LH-Libro-Homenaje a; LH-Beristain: Criminología y Derecho penal al servicio de la persona. Libro-Homenaje al Profesor Antonio Beristain, 1989; LH-Bacigalupo: Dogmática y Ley penal. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo, I y II, 2004; LH-Barbero Santos: Marino Barbero Santos. *In memoriam*, 2001; LH-Cerezo Mir: La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro-Homenaje al Profesor José Cerezo Mir, 2002; LH-Jiménez de Asúa: Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del derecho. En homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa, 1970; LH-Pérez de Vitoria: Estudios jurídicos en honor del profesor Octavio Pérez de Vitoria, I, 1983; LH-Ruiz Antón: Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón, 2004; LK: Leipziger Kommentar; LL: La Ley; LO: Ley Orgánica; LPI: Ley de Propiedad Intelectual; MDR: Monatschrift für deutsches Recht; MK: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, I, 2003; NJW: Neue Juristische Wochenschrift; núm. marg.: número marginal; OLG: Oberlandesgericht; OwiG: Gesetz über Ordnungswidrigkeiten; ÖstGB: österreichisches Strafgesetzbuch; párr.: párrafo; PE: Parte Especial; PG: Parte General; PJ: Poder Judicial; RCDI: Revista Crítica de Derecho Inmobiliario; RDL: Real Decreto Legislativo; RDPC: Revista de Derecho penal y Criminología; RECPC: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea: [www.criminet.ugr.es/recpc](http://www.criminet.ugr.es/recpc)); REFUG: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada; reimpr.: reimpresión; Rev. DP: Revista de Derecho penal; Rev. P: Revista Penal, La Ley; RG: Reichsgericht; RGLJ: Revista General de Legislación y Jurisprudencia; RGSt.: Sentencia del Reichsgericht; RJCAt: Revista Jurídica de Cataluña; RStGB: Reichsstrafgesetzbuch; SAN: Sentencia de la Audiencia Nacional; SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial; SK: Systematischer Kommentar; SSAP: Sentencias de la Audiencia Provincial; SSTs: Sentencias del Tribunal Supremo; STC: Sentencia del Tribunal Constitucional; StGB: Strafgesetzbuch; STS: Sentencia del Tribunal Supremo; trad.: traducción, traducido; TS: Tribunal Supremo; WK: Wiener Kommentar zum StGB; WStG: Wehrstrafgesetz; ZakDR: Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht; ZSchR: Zeitschrift für Schweizerisches Recht; ZStW: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.

<sup>1</sup> Todas estas cuestiones ya han sido ampliamente analizadas en otras numerosas contribuciones, entre las que cabe destacar las siguientes: GÓMEZ MARTÍN, V., La doctrina del “*Delictum sui generis*”: ¿Queda algo en pie?, RECPC, 7 (2005); EL MISMO, Pertenencia del hecho, instrumento doloso no cualificado y delitos de propia mano, RDPC, 2ª Época, 17 (2006), pp. 11 ss.; EL MISMO, El delito urbanístico (art. 319 CP): ¿delito común o especial?. RDUMA, 223 (2006), pp. 11 ss.; EL MISMO, Falsedad en documento oficial cometida por autoridad o funcionario público y participación de *extraneus*, ADPCP, LX, 2007, pp. 539 ss.; EL MISMO, La actuación por otro y la participación de *extranei* en delitos especiales. Un estudio sistemático de los arts. 31 y 65.3, CP, en LH-Cobo del Rosal, 2005, pp. 421 ss. (= en MIR, S. / CORCOY, M. (dirs.) / GÓMEZ, V. (coord.), Nuevas tendencias en Política Criminal. Una auditoría al Código Penal español de 1995, BdeF, 2006, pp. 49 ss.; en MIR, S. / CORCOY, M. (dirs.) / GÓMEZ, V. (coord.), Política criminal y reforma penal, BdeF, 2007, pp. 153 ss.); EL MISMO, Delito especial con autor inidóneo ¿Tentativa punible o delito putativo?, Dykinson, 2006; EL MISMO, Los delitos especiales, Edisofer-Bdef, 2006; EL MISMO, Sobre el fundamento material de los delitos especiales, RDP, 2006-1 (*Autoría y Participación-III*), pp. 33 ss.; EL MISMO, ¿Es autor de un delito especial quien domina el hecho?, en SALAZAR SÁNCHEZ, N. (coord.), Dogmática actual de la autoría y la participación criminal, Idemsa, 2007, pp. 324 ss.; EL MISMO, ¿Es el delito urbanístico un delito especial? (art. 319 CP), en SERRANO PIEDECASAS, J.R.; DEMETRIO CRESPO, E. (dirs.): Cuestiones actuales de Derecho penal económico. Colex, 2008, pp. 277 ss.; EL MISMO, El enigmático art. 318 CP: diez cuestiones controvertidas, en MIR PUIG, S. / CORCOY BIDASOLO, M. (dirs.) / HORTAL IBARRA, J.C. (coord.), Protección penal de los derechos de los trabajadores. Bdf, 2009, pp. 227 ss.

autores se encuentre justificada en términos de protección del bien jurídico, procede conocer ahora cuándo puede considerarse que esto último ocurre. Planteado en otros términos: ¿Cuál es la razón material que impulsa al legislador a restringir el círculo de posibles autores de un delito con el objeto de proteger adecuadamente el correspondiente bien jurídico?

El análisis de esta cuestión, que no es otra que la relativa al *fundamento material* de la restricción legal del círculo de posibles autores operada por la Ley, permitirá conocer el auténtico contenido de injusto de dicha clase de delitos. La realización de dicho análisis de la mano de una parte importante de la doctrina y la jurisprudencia española y alemana conduce a afirmar que el objeto de la misma se encuentra se encuentra lejos de estar resuelto. A tal circunstancia ha contribuido decisivamente la más que habitual aplicación de un método fundamentalmente *clasificador, formal y, casi siempre, de acuerdo con razonamientos lógicos predominantemente tautológico*.

2. Un claro ejemplo de aquello a lo que acabo de referirme se encuentra, por ejemplo, en el modo en que ha abordado la problemática que ahora nos ocupa una parte de la doctrina alemana. Partiendo de la premisa de que los “*elementos personales especiales*” del § 28 StGB se refieren, fundamentalmente, a los elementos de autoría de los delitos especiales, la doctrina alemana viene defendiendo, a este respecto, *cinco posturas* fundamentales.<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> El tema de los “elementos personales especiales” fue objeto de análisis con motivo de la elaboración de un gran número de tesis doctorales y artículos a finales del siglo XIX y, sobre todo, durante la primera mitad del siglo XX. Además de los trabajos que sirven de base al desarrollo del presente Capítulo, que irán siendo citados *infra*, son merecedores de ser reseñadas las siguientes aportaciones doctrinales: SONANINI, F.A., Die Teilnahme von Civilisten an militärischen Verbrechen und Vergehen (tesis doctoral de Düren), 1897; KRUG, P., Die besonderen Umstände der Teilnehmer (tesis doctoral de Breslau), 1899; KOPPMANN, F., Die Strafbarkeit der Teilnahme von Zivilpersonen an rein militärischen Delikten unter besonderer Berücksichtigung der Teilnahme von Nichtebeamten an reinen Amtsdelikten (tesis doctoral de Munich), 1903; KOHLER, J., Deliktsteilnehmer und persönliche Beziehungen, GA 1904, pp. 169 ss.; DOERR, F., Der Einfluß persönlicher Verhältnisse auf die Strafbarkeit der Teilnahme, Blätter für Rechtsanwendung, 1906, pp. 342 ss.; REDSLOB, R., Die persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse, welche die Strafbarkeit erhöhen oder vermindern, nachgestellt nach deutschen und französischen Recht (tesis doctoral de Breslau), 1909; SUCKEL, F., Der Einfluß persönlicher Eigenschaften und Verhältnisse auf die Strafbarkeit der Teilnehmer (tesis de Breslau), 1910; JANKOVITSCH, M., Der Einfluss besonderer Umstände auf Täterschaft und Teilnahme. Kritische Studie zur Behandlung dieser Frage in der deutschen Literatur und Gesetzgebung (tesis doctoral de Munich), 1911; SCHREIBER, R., Täterschaft und Teilnahme bei Straftaten, die aus physischen Gründen nur von bestimmten Personen begangen werden können (tesis doctoral de Breslau), 1913; COHN, L., Strafschärfungs- und Strafminderungsgründe, GS 1920, pp. 343 ss.; KIRCH, F., Die persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse im Sinne des § 50 StGB unter besonderer Berücksichtigung der Entwürfe (tesis doctoral de Colonia), 1927; OESTERHELT, J., Findet die Vorschrift des § 50 Abs. 2 StGB auch auf das eigenständige Delikt (delictum sui generis) Anwendung? (tesis doctoral de Munich), 1959; BÖRKER, Zur Abhängigkeit der Teilnahme von der Haupttat, Juristische

2.1. Según un primer sector doctrinal, los elementos de autoría de los delitos especiales pueden consistir en elementos *referidos al hecho* o *referidos al autor*. La principal consecuencia de esta clasificación bipartita debe verse en que los elementos pertenecientes al primer grupo serían comunicables a todo aquel interviniente que los conozca, con independencia de su condición de *intraneus* o *extraneus*, mientras que los segundos, en cambio, solo serían imputables al *intraneus*, por tratarse de elementos de naturaleza altamente personal.<sup>3</sup>

A mi modo de ver, este primer punto de vista no puede ser aceptado. Se trata, en primer lugar, de un planteamiento conducente a un tautológico círculo vicioso. No basta con afirmar que ciertos elementos se refieren al hecho y otros al autor, sino que se hace preciso, como es lógico, establecer los criterios materiales que permitan conocer cuándo ocurre lo primero y cuando, en cambio, lo segundo. Por lo demás, como ya destacara en su momento Armin KAUFMANN, partir de la distinción entre elementos referidos al hecho y al autor supone ignorar una circunstancia esencial de los delitos especiales: en la mayor parte de esta clase de delitos, *autor y conducta típica constituyen dos elementos del tipo difícilmente dissociables*.<sup>4</sup>

---

Rundschau, 1953, pp. 166 ss.; STEINKE, W., Welche persönlichen Merkmalen des Haupttäters muß sich der Teilnehmer zurechnen lassen?, MDR 1977, pp. 365 ss.

<sup>3</sup> Defienden este criterio, entre otros, GALLAS, W., Die moderne Entwicklung der Begriffe *Täterschaft und Teilnahme* im Strafrecht. Gutachten für den VIII Internationalen Strafrechtskongreß in Athen, en EL MISMO, Beiträge, 1968, p. 156 (= Deutsche Beiträge, 1957, pp. 3 ss.); LANGE, R., Niederschriften, II, AT, 1958, pp. 96 s.; HERZBERG, R.D., Täterschaft und Teilnahme. Eine systematische Darstellung anhand von Grundfällen, Beck, 1977, p. 123; CRAMER, en SCHONKE, A. / SCHRÖDER, H. / CRAMER, P., StGB, 25ª ed., 1997, § 28/15; CRAMER / HEINE, en SCHÖNKE, A. / SCHRÖDER, H. / CRAMER, P., StGB, 26ª ed., 2001, § 25/85; TRONDLE, H., StGB, 48ª ed., 1997, § 28/3; TRONDLE, H. / FISCHER, T., StGB, 49ª ed., cit., § 28/2 ss.; LENCKNER, T. / ESER, A. / CRAMER, P. / STREE, W., en SCHONKE, A. / SCHRÖDER, H. / CRAMER, P., StGB, 25ª ed., 1997, StGB, 25ª ed., 1997, § 28/15; JESCHECK, H.-H. / WEIGEND, T., AT, 5ª ed., 1996, p. 658; SAMSON, E., SK, 5ª ed., 1991, § 28/5; HOYER, A., SK, 5ª ed., 2000, § 28/21; WESSELS, J. / BEULKE, W., AT, 28ª ed., 1998, § 13/558; LACKNER, K. / KÜHL, K., StGB, 23ª ed., 1999, § 28/3. En la jurisprudencia alemana, el planteamiento que ahora nos ocupa ha encontrado eco, entre otras muchas resoluciones, en las BGHStr 3 139/00, de 9 agosto 2000 (“intención de cometer otro hecho delictivo” como elemento “referido al autor” que agrava la pena del delito de incendio *ex* § 306 b.2, núm. 2 StGB); 3 339/99, de 9 agosto 2000 (“con la colaboración de otro miembro de la banda” del § 244 (1) 2 StGB como “elemento referido al hecho”); 3 372/00, de 21 febrero 2001 (“intención de destruir, total o parcialmente, un grupo nacional, étnico o determinado por su nacionalidad” del delito de genocidio previsto en el § 220 a 1 StGB como elemento “referido al hecho”); 3 140/02, de 11 Junio 2002 (“porte de arma” como elemento referido al hecho); 2 62/02, de 12 julio 2002 (“codicia” —*Habgier*— como elemento “referido al autor” fundamentador de la pena del asesinato); 1/02, de 4 febrero 2003 (“tráfico de armas con sustancias estupefacientes” como elementos referidos al hecho); 2 68/03, de 16 julio 2003 (“codicia” como elemento “referido al autor” fundamentador de la pena del asesinato); y 2 300/03, de 15 octubre 2003 (“alevosía” —*Heimtücke*— como elemento del asesinato “referido al hecho”).

<sup>4</sup> KAUFMANN, Armin, Fundamento del deber jurídico y delimitación de la tipicidad (trad. J. CUELLO CONTRERAS), ADPCP 1984, pp. 12 s.

2.2. Este primer punto de vista ha tratado de ser concretado por un segundo grupo de autores, que consideran más adecuado distinguir entre *elementos personales* (no comunicables) y *elementos objetivos* (comunicables).<sup>5</sup>

Tampoco este segundo criterio logra convencer. Ninguno de sus partidarios consigue explicar de forma satisfactoria cuáles son las reglas que permiten reconocer a los elementos que nos ocupan como pertenecientes a una u otra categoría. Además, puesto que esta concepción considera que el injusto de los delitos especiales tiene una parte objetiva y otra personal, se trata de conocer, precisamente, cuál de estas partes es comunicable al partícipe *extraneus* y cuál no, así como las razones materiales que conducen a lo primero o a lo segundo. Los autores que apuestan por la teoría de los elementos personales del injusto o bien dejan esta pregunta sin respuesta, o bien la contestan de una forma no unitaria.<sup>6</sup>

2.3. De conformidad con un tercer criterio, los delitos especiales ven limitado el círculo de posibles autores a través de *elementos referidos* o bien *al autor*, o bien *al bien jurídico*. Los primeros no serían comunicables al *extraneus*, mientras que los segundos, en cambio, sí.<sup>7</sup>

Contra este criterio puede afirmarse que, al igual que el que distingue entre los elementos referidos al autor y los referidos al hecho, se trata de un planteamiento que ignora por completo la estrecha relación existente entre el autor y la conducta típica en un gran número de delitos especiales. No obstante, la postura que ahora nos ocupa cuenta entre sus activos con el de mostrarse plenamente respetuosa con dos de los instrumentos básicos para la resolución de los casos de participación de *extranei* en delitos especiales: la teoría del favorecimiento del injusto ajeno como fundamento de la

---

<sup>5</sup> La concepción que ahora se expone ha sido sostenida, entre otros autores, por WELZEL, H., *Zur Systematik der Tötungsdelikte*, JZ 1952; HARDWIG, W., § 50 StGB und die Bereinigung des Strafgesetzbuches, GA 1954, pp. 65 ss.; EL MISMO, *Über die unterschiedlichen Unrechtsgehalte und die Abgrenzung von Unrecht und Schuld*, JZ 1969, pp. 459 ss.; PIOTET, P., *Systematik der Verbrechenstelemente und Teilnahmelehre*, ZStW 59 (1957), pp. 14 ss.; MAIHOFER, W., *Der Unrechtsvorwurf. Gedanken zu einer personalen Unrechtslehre*, en FS-Rittler, 1957, p. 145; WESSELS, J. / BEULKE, W., AT, 28ª ed., 1998, § 13/558. Y, recientemente, por WESSELS / BEULKE. En la actual jurisprudencia se encuentra contenida, entre otras resoluciones, en las BGHStr. I 215/01, de 6 diciembre 2001 y 5 441/03, 5 529/03, de 17 febrero 2004, relativas al delito de administración desleal (§ 266 StGB).

<sup>6</sup> GÓMEZ MARTÍN, V., *Los delitos especiales*, 2006, *passim*.

<sup>7</sup> Han sostenido este criterio, entre otros autores, GRÜNWARD, G., en GD-Armin Kaufmann, 1989, pp. 555 ss.; JÄHRIG, W.A., *Die persönlichen Umstände*, 1974, *passim*.; DOWLAD, A., *Die Strafbarkeit der aktiven Beteiligung*, 1981, p. 92; PIOTET, P., ZStW 59 (1957), pp. 17 s. y 30 ss.

participación delictiva y la teoría de la accesoriadad limitada como tesis explicativa de los límites de la responsabilidad delictiva del partícipe.<sup>8</sup>

2.4. Uno de los penalistas que más activos se ha mostrado en la discusión sobre el fundamento material de los elementos delimitadores de la autoría en los delitos especiales es HERZBERG. En la primera y segunda formulación de su concepción, HERZBERG propuso distinguir entre dos clases de elementos: los “*referidos a valores*” y los “*valorativamente neutrales*”. Los primeros serán personales y, por tanto, no comunicables, mientras que los segundos, en cambio, sí podrían ser imputados al partícipe *extraneus*, siempre y cuando, claro está, conozca su concurrencia en el autor.<sup>9</sup>

Del planteamiento de HERZBERG resulta plenamente compartible la idea de que, ciertamente, en algunos delitos especiales, la ausencia en el *extraneus* del elemento cualificante no determina una disminución del injusto de su conducta. No obstante, la terminología empleada por HERZBERG para aludir a los elementos en los que ello ocurre —los “*valorativamente neutrales*”— resulta altamente cuestionable. Ya que, como correctamente destacó en su momento ROXIN, en los tipos penales no hay, en realidad, elementos valorativamente neutrales. En efecto, si se entiende que el tipo no constituye algo meramente formal, ni un mero indicio de la antijuricidad, sino la expresión de un primer juicio de valor provisional, de tal modo que los elementos típicos son, al mismo tiempo, elementos fundadores del injusto, deberá admitirse, necesariamente, que todos y cada uno de los mismos se encuentran dotados de contenido valorativo.<sup>10</sup>

2.5. En la tercera formulación de su concepción, HERZBERG considera que los elementos cualificantes de los delitos especiales deben ser clasificados en tres grupos: elementos “*funcionalmente objetivos*”, elementos “*meramente tipificadores*” y, por último, elementos “*relevantes para el desvalor del hecho*”. Según HERZBERG, las dos primeras clases de elementos son comunicables al partícipe *extraneus*, mientras que la tercera, en cambio, no lo es.<sup>11</sup>

Desde mi punto de vista, la nueva propuesta de HERZBERG tiene la virtud de poner de manifiesto la existencia de dos clases de delitos que hasta entonces habían pasado

---

<sup>8</sup> GÓMEZ MARTÍN, V., Los delitos especiales, 2006, *passim*.

<sup>9</sup> HERZBERG, R.D., Grundfälle zur Lehre von Täterschaft und Teilnahme, (3), JuS 1975, pp. 647 ss.; EL MISMO, ZStW 88 (1976), pp. 68 ss.; EL MISMO, Täterschaft und Teilnahme. Eine systematische Darstellung anhand von Grundfällen, 1977, pp. 126 s.; EL MISMO, Der agent provocateur und die «besonderen persönlichen Merkmale» (§ 28 StGB), JuS 1983, p. 738.

<sup>10</sup> GÓMEZ MARTÍN, V., Los delitos especiales, 2006, *passim*.

<sup>11</sup> HERZBERG, R.D., Akzesorietät der Teilnahme und persönliche Merkmale, GA 1991, pp. 168 ss.



inadvertidas: los delitos con elementos de autoría funcionalmente objetivos y meramente tipificadores. La primera clase comprende a aquellos delitos caracterizados por que, en ellos, los elementos que limitan el círculo de posibles autores, a pesar de su *apariencia personal*, consisten en *elementos objetivos encubiertos*. Esto es, en *elementos aparentemente personales, pero funcionalmente objetivos*. Un claro ejemplo de esta constelación delictiva en el Código penal español puede encontrarse, entre otros posibles ejemplos, en el ya referido art. 319 CP, que tipifica el delito urbanístico refiriéndose a sus autores como los “*promotores, constructores o técnicos directores*”. Por su parte, los delitos con elementos de autoría *meramente tipificadores* son aquéllos en los que los aparentes elementos personales de autoría tipifican situaciones fenomenológicas prejurídicas frecuentes o típicas, cuyo contenido de injusto no es necesariamente mayor que el de las conductas que quedan excluidas del tipo. Son claros exponentes de ello, por ejemplo, el elemento “*hombre*” del delito de exhibicionismo masculino previsto en el § 183 StGB, o el elemento “*deudor*” del delito de alzamiento de bienes (art. 257.1 CP).<sup>12</sup>

No obstante, debe recordarse que, en su tercera formulación, HERZBERG opone las categorías de los elementos “*funcionalmente objetivos*” y los “*meramente tipificadores*” a la de los elementos “*relevantes para el desvalor del hecho*”, de lo que se deduce que, para el autor que ahora nos ocupa, las dos primeras clases de elementos son *irrelevantes para el desvalor del hecho*, o *valorativamente neutrales*. Esta última conclusión resulta, sin embargo, difícilmente compartible, ya que también mediante estas dos clases de elementos el legislador realiza una selección de los comportamientos humanos que considera penalmente relevantes. Esto es, un juicio de valor sobre la relevancia penal de los supuestos de hecho caracterizados por tales elementos.<sup>13</sup>

## **2. Un punto de partida: la asunción del criterio material de las teorías del injusto especial**

### **a) Planteamiento**

1. De acuerdo con una de las líneas de pensamiento más extendidas entre la doctrina alemana, el elemento diferencial de los delitos especiales frente a los comunes reside, precisamente, en su *injusto*. Los delitos especiales se caracterizan por un contenido de *injusto especial*, distinto al injusto propio de los delitos comunes, y

<sup>12</sup> GÓMEZ MARTÍN, V., Los delitos especiales, 2006, *passim*.

<sup>13</sup> GÓMEZ MARTÍN, V., Los delitos especiales, 2006, *passim*.

únicamente realizable, a título de autor, por los sujetos específicamente previstos en el tipo. Esta tesis ha sido articulada, fundamentalmente, a través de *cuatro ideas*: a) la *norma especial*; b) el *deber jurídico especial*; c) la *posición especial*; y, d) el *dominio normativo del hecho*.

**b) Las teorías de la norma especial**

1. Según la teoría de la norma especial, que cuentan con BINDING y NAGLER como principales representantes, el elemento que permite distinguir los delitos comunes de los especiales es de naturaleza *normológica*. Los delitos especiales consistirían en la infracción por parte del *intra-neus* de una *norma especial*. Dicha norma se caracterizaría por tener un ámbito de destinatarios limitado. A diferencia de las *normas comunes*, que podrían ser cumplidas o infringidas por cualquiera, el cumplimiento o la infracción de las normas especiales únicamente estaría al alcance de aquellos sujetos en los que concurren los elementos, propiedades, cualidades o relaciones exigidos por el tipo, esto es, de los *intra-nei*. De este modo, en esta última clase de delitos, la norma tendría un círculo limitado de destinatarios.<sup>14</sup>

2. En mi opinión, una concepción del delito de conformidad con la cual la esencia del mismo venga representada por la infracción de una norma favorecerá la aparición de un Derecho penal *autoritario* en mayor medida de lo que lo haría otra que lo contemple como la lesión o puesta en peligro penalmente desvalorada de un bien jurídico. Además, la descripción de los delitos especiales propuesta por la teoría de la norma especial como delitos que consisten en la infracción de normas con un círculo limitado de destinatarios es tan cierta<sup>15</sup> como *formal y tautológica*.<sup>16</sup>

---

<sup>14</sup> BINDING, K., *Die Normen und ihre Übertretung*, I, Felix Meiner, 1922 (reimpr. Scientia, 1991), p. 126; NAGLER, J., *Die Teilnahme am Sonderverbrechen. Ein Beitrag zur Lehre von der Teilnahme*, Engelmann, 1903, pp. 4 ss. y 111 ss. La concepción de BINDING y NAGLER fue seguida por una parte de la doctrina de la época partidaria de la teoría de los imperativos. Tal es el caso, entre otros, de autores como FINGER, OETKER, SCHOETENSACK, KOHLRAUSCH, DEYHLE, NIETHAMMER, FRÜHAUF y BAMBACH, aunque estos tres últimos autores emplearon una terminología algo discrepante. Sobre esto *vid.* KAUFMANN, Armin, *Teoría de las normas. Fundamentos de la dogmática penal moderna* (traducción al castellano del original alemán *Lebendiges und totes in Bindings Normentheorie*, Schwartz, 1954, a cargo de E. BACIGALUPO ZAPATER y E. GARZÓN VALDÉS), Depalma, 1977, p. 162; LANGER, W., *Das Sonderverbrechen*, Duncker & Humblot, 1972, pp. 54 s.

<sup>15</sup> Considero incorrecta, por ello, la tesis según la cual todas las normas (incluidas, por tanto, las de los delitos especiales) se dirigen a todo el mundo, defendida, entre otros, por KAUFMANN, A., *Teoría de las normas*, 1977, pp. 165 s.; LANGER, W., *Das Sonderverbrechen*, 1972, pp. 259 ss.; recientemente RUDOLPHI, SK, 5ª ed., Metzner, 2001, § 22/27. En España representan este punto de vista, entre otros autores, QUINTERO OLIVARES, *Los delitos especiales y la teoría de la participación*, Cymys, 1974, pp. 48 s.; FERRÉ OLIVÉ, J.C., en LH-Barbero Santos, 2001, I, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, p. 1017.

<sup>16</sup> GÓMEZ MARTÍN, V., *Los delitos especiales*, 2006, pp. 73 ss.

c) *Las teorías del deber jurídico especial*

1) *La concepción de WELZEL y KAUFMANN*

1. Según Hans WELZEL y Armin KAUFMANN, el tipo consiste en la descripción de la *acción prohibida* (delitos de acción) o *preceptiva* (delitos de omisión). El tipo penal incorpora, por tanto, el “contenido / materia de la norma” (“*Norminhalt / Normmaterie*”).<sup>17</sup> El tipo penal describe la acción de matar, de lesionar o de robar como acciones prohibidas. La realización de la acción prohibida por la norma da lugar a la realización del tipo. De este modo, con la mera realización del tipo, esto es, con la realización de la acción prohibida, o la no realización de la acción preceptiva, el sujeto infringe la norma de conducta. Con la realización del tipo, la conducta entra en contradicción con la norma prohibitiva. La acción típica se convierte, así, en una conducta “*antinormativa*” (“*normwidrig*”).<sup>18</sup>

Sin embargo, desde la perspectiva finalista, ello no significa todavía que dicha conducta sea *antijurídica*. No todo comportamiento antinormativo es antijurídico. Según el finalismo, el ordenamiento jurídico no solo consta de normas prohibitivas o preceptivas, sino también de *proposiciones permisivas* (“*Erlaubnissätzen*”). Cuando una conducta realice el tipo, esto es, infrinja la norma de prohibición, pero se encuentre, en cambio, permitida, esta conducta será, según la doctrina finalista, antinormativa, pero no, en cambio, antijurídica. A pesar de que la conducta infrinja la norma prohibitiva, esta infracción de la norma se produciría *en general, en abstracto*. La conducta infringe una norma general abstracta. Pero en el caso concreto, esta norma general abstracta no se convierte para el sujeto, sin embargo, en un deber jurídico concreto. En ausencia de este deber jurídico concreto, el comportamiento del sujeto es antinormativo, esto es, contrario a la norma de prohibición general y abstracta, pero “conforme a derecho” (“*rechtmässig*”). Para que una conducta pueda ser considerada antijurídica, el finalismo exige no solo que constituya la realización de un tipo, esto es, la infracción de una norma individual, sino que dicha realización típica sea “contraria al ordenamiento jurídico como un todo” (“*Widerspruch einer Verbotstatbestandsverwirklichung zur Rechtsordnung als Ganzes*”).<sup>19</sup> A partir de este razonamiento, descendiendo ya a los

---

<sup>17</sup> WELZEL, H., *Das deutsche Strafrecht*, 11ª ed., 1969, pp. 49 s.; KAUFMANN, Armin, *Teoría de las normas*, 1977, p. 141.

<sup>18</sup> WELZEL, H., *Das deutsche Strafrecht*, 11ª ed., 1969, p. 50.

<sup>19</sup> WELZEL, H., *Das deutsche Strafrecht*, 11ª ed., 1969, pp. 50 s.

delitos especiales, el finalismo considera conducta “prohibida”, pero no antijurídica, la realización de la conducta típica de un delito especial por parte de un *extraneus*.<sup>20</sup>

2. En contra de las concepciones sobre el fundamento material de los delitos especiales defendidas por WELZEL y ARMIN KAUFMANN, debe afirmarse, en primer lugar, que no es posible entender los elementos de la autoría de los delitos especiales sin atender a la acción típica, ni cabe concebir elementos fundadores de la antijuricidad que no pertenezcan al tipo. Según mi parecer, la premisa de la que parte la teoría de los elementos de deber jurídico especial, esto es, aquélla según la cual los elementos que limitan la autoría en los delitos especiales no pertenecerían al tipo, sino a la antijuricidad, es incorrecta. En mi opinión, los elementos que limitan la autoría en los delitos especiales son *auténticos elementos del tipo*. Es cierto que en la mayor parte de los casos, los elementos que restringen el círculo de autores consisten en elementos normativos.<sup>21</sup> Sin embargo, en contra de lo que insinúa la teoría de los tipos “abiertos” de WELZEL, ello no significa que dichos elementos pertenezcan a la antijuricidad, sino a la tipo;<sup>22</sup> ni tampoco que los elementos en cuestión deban ser tratados de modo distinto a los restantes elementos normativos.<sup>23</sup>

A mi juicio, la teoría de los elementos de deber jurídico especial de los tipos “abiertos” defendida por WELZEL, participa del defecto común del que adolecen las teorías “normológicas” del delito: es incapaz de aportar un criterio válido que permita discernir las diferencias *valorativas* existentes entre la *tipicidad* y la *antijuricidad*. Es preferible sostener, en contra de lo que entiende el finalismo ortodoxo, que todos los

<sup>20</sup> KAUFMANN, Armin, Teoría de las normas, 1977, p. 210.

<sup>21</sup> MAURACH, R., Die Beiträge der neueren höchstrichterlichen Reschsprechung zur Bestimmung des Wahnverbrechens, NJW 1962, p. 767.

<sup>22</sup> MAURACH, R., NJW 1962, p. 768: EL MISMO, Tratado de Derecho penal, PG, I y II, (trad. del original alemán Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil. Ein Lehrbuch, y notas Derecho español, a cargo de J. CÓRDOBA RODA), Ariel, 1962, p. 197; MAURACH, R. / GÖSSEL, K.H. / ZIPF, H., MAURACH, R. / GÖSSEL, K.H. / ZIPF, H., Strafrecht. Allgemeiner Teil, II, 7ª ed., Müller, 1989, § 40/173. En opinión de ROXIN, C., Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale, 2ª ed., De Gruyter, 1970 (=Teoría del tipo penal: tipos abiertos y elementos del deber jurídico, trad. de E. BACIGALUPO ZAPATER), Depalma, 1979, p. 188, la doctrina finalista tuvo la virtud de advertir la “especialidad” de ciertos elementos del tipo. Pero no acertó al considerarlos elementos exclusivamente pertenecientes a la antijuricidad, en lugar de concebirlos como integrados por un substrato fáctico (elemento del tipo) y una consecuencia de derecho (elemento de la antijuricidad). Por esta razón, ROXIN consideró preferible entender que elementos tales como “funcionario” o “cónyuge” serían “conceptos normativos de carácter específicamente jurídico” (GRÜNHUT), y que los delitos de los que formarían parte deberían ser contemplados como “delitos de valoración jurídica” (MEZGER): *vid.* ROXIN, C., Offene Tatbestände, 2ª ed., 1970, p. 76.

<sup>23</sup> Así MEZGER, E., LK, 7ª ed., De Gruyter, 1954, § 59, p. 435, criticando el concepto de “elemento de deber jurídico especial” de WELZEL, así como su tratamiento diferenciado de los restantes elementos normativos del tipo. En idéntico sentido VON WEBER, H., Negative Tatbestandsmerkmale, en FS-Mezger, Beck, 1954, p. 189. Sobre todo ello cfr. BACIGALUPO ZAPATER, E., Delitos impropios de omisión, Pannedille, 1970, pp. 102 y 105.

elementos *fundamentadores* de la antijuricidad se encuentran recogidos en el tipo, y que éste se erige, por tanto, en auténtica *ratio essendi* del juicio de antijuricidad penal.<sup>24</sup> La tipicidad es la categoría que permite imputar objetiva y subjetivamente a un sujeto una conducta o resultado como *dañosa*, por consistir en la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, así como emitir sobre ella un juicio de desvalor por su *dañosidad*. En la tipicidad se trata, por tanto, de *imputar* y *desvalorar* una conducta o un resultado como lesión o puesta en peligro de un bien jurídico. Para ello también será necesario *imputar* al sujeto las condiciones que permiten conectar con éste el objeto de imputación (lesión o puesta en peligro de un bien jurídico)<sup>25</sup> y *desvalorar* estas condiciones.<sup>26</sup> Esta doble exigencia se debe a lo siguiente: para poder *imputar* a un sujeto una conducta o un resultado *desvalorado* como la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, será necesario imputarle todas aquellas condiciones, elementos o características del autor que influyen en el ataque al bien jurídico. Tal es el caso de las cualidades requeridas por el autor en los delitos especiales,<sup>27</sup> o, al menos, de la mayor parte de éstas. Frente a la tipicidad, la antijuricidad consiste, en cambio, en la imputación objetiva y subjetiva a un sujeto de la lesión o puesta en peligro típicas de un bien jurídico no necesaria para la salvaguarda de intereses jurídicos prevalentes en el caso, así como en la formulación de un juicio de desvalor sobre aquélla por este último motivo. En la antijuricidad se trata, en suma, de ponderar los intereses en juego.<sup>28</sup>

Pues bien: si todo esto es así, como creo, salta a la vista que la cuestión relativa a si se produce o no la concurrencia de los presupuestos objetivos de la cualidad del autor de un delito especial nada tiene que ver con esta ponderación de intereses. Los intereses en juego en el caso concreto podrán ser unos u otros con completa independencia de si se da o no aquella cualidad. Ignorarlo significaría equiparar como supuestos análogos casos que nada tienen que ver entre sí. Desde una tal concepción, por ejemplo, tanto la conducta consistente en revelar un secreto profesional en una situación de estado de necesidad como hacerlo sin ser el sujeto activo el profesional requerido por el tipo

---

<sup>24</sup> En este sentido MIR PUIG, S., PG, 8ª ed., 2008, 6/29; EL MISMO, en LH-Cerezo Mir, 2002, pp. 83 s. *Cfr.* ya WEBER, H. von, en FS-Mezger, Beck, 1954, p. 189.

<sup>25</sup> MIR PUIG, S., Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho penal, en Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología (Congreso Internacional Facultad de Derecho de la UNED, Madrid, 6 al 10 de noviembre de 2000), Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2001, p. 402.

<sup>26</sup> MIR PUIG, S., en LH-Cerezo Mir, 2002, p. 89 s.

<sup>27</sup> MIR PUIG, S., en VV.AA., Modernas tendencias, 2001, p. 402; EL MISMO, en LH-Cerezo Mir, 2002, pp. 89 s.

<sup>28</sup> MIR PUIG, S., en LH-Cerezo Mir, 2002, p. 84.

serían merecedoras, pese a su evidente disparidad, de la misma calificación jurídica: conducta típica, pero no antijurídica. Para evitar esta insatisfactoria consecuencia, estimo preferible entender que los elementos de autoría de los delitos especiales configuran el objeto del juicio de imputación y de la valoración de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico que tiene lugar en la *tipicidad*; y son, a la vez, *presupuestos* de la antijuricidad de la conducta, en tanto que ésta y, en su caso, el resultado objetivo y subjetivamente *imputables* y *desvalorados* como lesión o puesta en peligro representarían el objeto del juicio de imputación y la valoración de este juicio que tendría lugar en la *antijuricidad*. En suma: los elementos de autoría de los delitos especiales no son, por consiguiente, *elementos* de la antijuricidad, sino solo *presupuestos* de la misma.<sup>29</sup>

## 2) *La teoría de los Pflichtdelikte*

1. A partir de la idea del deber jurídico especial, algunos autores conciben los delitos especiales como “delitos consistentes en la infracción de un deber” (“*Pflichtdelikte*”). Pertenecen a este sector doctrinal, entre otros, ROXIN,<sup>30</sup> CORTÉS ROSA,<sup>31</sup> WAGNER,<sup>32</sup> OTTO,<sup>33</sup> STRATENWERTH,<sup>34</sup> STRATENWERTH / KUHLEN,<sup>35</sup> VOGEL,<sup>36</sup> JAKOBS<sup>37</sup> y SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES.<sup>38</sup> Como es lógico, la exposición y valoración crítica de cada una de estas concepciones rebasa, con mucho, los límites razonables del presente trabajo.<sup>39</sup> Debido a ello, el mismo se centrará en la formulación original de la teoría de los *Pflichtdelikte*: la defendida por Claus ROXIN.

<sup>29</sup> En un sentido parecido al aquí defendido, ya ROXIN, C., *Täterschaft und Tatherrschaft*, 1ª ed., De Gruyter, 1963; 7ª ed., De Gruyter, 2000 (existe traducción al castellano, bajo el título “Autoría y dominio del hecho en Derecho penal”, de las ediciones 6ª (1998) y 7ª (2000) a cargo de J. CUELLO CONTRERAS y J.L. GONZÁLEZ DE MURILLO), pp. 432 s.

<sup>30</sup> ROXIN, C., *Autoría y dominio del hecho*, 7ª ed., 2000, *passim*. Una exposición detallada de la teoría de los *Pflichtdelikte* de ROXIN se encuentra, por ejemplo, en GÓMEZ MARTÍN, V., *Los delitos especiales*, 2006, pp. 129 ss.

<sup>31</sup> CORTÉS ROSA, M., *Teilnahme am unechten Sonderverbrechen*, ZStW 90 (1978), pp. 413 ss.

<sup>32</sup> WAGNER, H., *Amtsverbrechen*, Duncker & Humblot, 1975, *passim*.

<sup>33</sup> OTTO, H., *Täterschaft, Mittäterschaft, mittelbare Täterschaft*, Jura 1987, p. 257.

<sup>34</sup> STRATENWERTH, G., *Strafrecht*, AT, I, 4ª ed., 2000, 11/66; EL MISMO, *Der Versuch des untauglichen Subjekt*, en FS-Bruns, 1978, p. 66; STRATENWERTH / KUHLEN, *Strafrecht*, AT, I, 5ª ed., 2004, 11/66

<sup>35</sup> STRATENWERTH / KUHLEN, *Strafrecht*, AT, I, 5ª ed., 2004, 12/22.

<sup>36</sup> VOGEL, J., *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, Duncker & Humblot, 1992, pp. 27-56 y 125-145.

<sup>37</sup> JAKOBS, G., PG, 2ª ed., 1995, 25/44.

<sup>38</sup> SÁNCHEZ-VERA, J., SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J., *Pflichtdelikt und Beteiligung. Zugleich ein Beitrag zur Einheitlichkeit bei Tun und Unterlassen*, Duncker & Humblot, 1999, *passim*; EL MISMO, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Marcial Pons, 2002, *passim*.

<sup>39</sup> La misma puede encontrarse en GÓMEZ MARTÍN, V., *Los delitos especiales*, 2006, pp. 128 ss.

2. Según ROXIN, atendiendo al criterio para la determinación de la autoría, los delitos deben ser clasificados en delitos de dominio (*Herrschaftsdelikte*) y delitos de infracción de un deber (*Pflichtdelikte*). En los primeros, el criterio de acuerdo con el cual debe determinarse la autoría consiste en comprobar cuál de los sujetos intervinientes en el hecho ostenta el dominio fáctico del mismo. En los segundos, en cambio, se trata, simplemente, de constatar sobre cuál de ellos recae el deber jurídico extrapenal que subyace al tipo penal, con absoluta independencia de quién controle o domine fácticamente el hecho delictivo.<sup>40</sup>

3. La formulación de ROXIN toma como punto de partida algo difícilmente rechazable: en delitos especiales como el de administración desleal o el de revelación de secreto profesional o los delitos de funcionario público, el sujeto cualificado, esto es, el funcionario público, el administrador o el profesional correspondiente, se encuentra sometido a un *deber jurídico especial*. El contenido de injusto de estos delitos, así como la relación de imputación de la acción típica en que consiste la relación de autoría, puede ser explicada de modo más preciso a partir de la idea de la infracción del deber jurídico especial que recae sobre el sujeto. Resulta obligado admitir, además, que el criterio de los *Pflichtdelikte* de ROXIN se presenta como un instrumento de una innegable utilidad práctica. En efecto, el criterio de referencia constituye, sin duda, un utilísimo mecanismo para resolver, de forma sencilla, algunas de las más complejas constelaciones de supuestos prácticos que planten los delitos que consisten en la infracción de un deber jurídico especial. Una de estas constelaciones es la representada, por ejemplo, por los supuestos de “*instrumento doloso no cualificado*”.<sup>41</sup> En estos casos, la única solución coherente desde la perspectiva de la teoría del dominio del hecho es la impunidad tanto del sujeto de delante como del de detrás. A falta de dominio del hecho, ni uno ni otro responderán, ni como autor ni como partícipe. Una forma de evitar esta insatisfactoria consecuencia consiste en entender, al menos en estos supuestos, que la teoría conducente a aquella inconsecuencia, esto es, la del dominio del hecho, debe ser sustituida por otra.

Con respecto a esto puede adelantarse lo siguiente. En mi opinión, la tesis de ROXIN según la cual la teoría del dominio del hecho fracasa en los supuestos de

---

<sup>40</sup> ROXIN, C., *Autoría y dominio del hecho*, 7ª ed., 2000, *passim*. Una exposición detallada de la teoría de los *Pflichtdelikte* de ROXIN se encuentra, por ejemplo, en GÓMEZ MARTÍN, V., *Los delitos especiales*, 2006, pp. 129 ss.

<sup>41</sup> ROXIN, C., *Autoría y dominio del hecho*, 7ª ed., 2000, p. 745; HERZBERG, R.D., *Täterschaft und Teilnahme*, 1977, p. 33.

instrumento doloso no cualificado es plenamente atendible. El criterio del dominio fáctico del hecho se presenta, ciertamente, como un criterio que, al menos en algunos supuestos de la delincuencia especial, no consigue explicar adecuadamente la relación de autoría existente entre sujeto y conducta típica. Frente a este criterio, no cabe duda de que el de la infracción del deber puede contemplarse como un criterio más avanzado.<sup>42</sup>

No obstante, contra la teoría de los *Pflichtdelikte* de ROXIN pueden ser dirigidas algunas importantes *objeciones*. En este punto merece la pena recordar las que siguen.<sup>43</sup>

La teoría de ROXIN ha sido justamente acusada, en primer lugar, de consistir en una concepción que conduce, no a *un* concepto de autor aplicable a toda clase de delitos, sino a *dos* diferentes: uno vinculado a la idea de dominio del hecho y otro a la de infracción de un deber especial. No se trata, por tanto, de una teoría general o un sistema unitario sobre la autoría, sino de una construcción esencialmente utilitarista entregada a la tónica de la resolución del caso concreto. En su defensa, ROXIN ha invocado el argumento de que, al fin y al cabo, sí defiende un único concepto de autor como figura central del suceso de la acción, al que se someten por igual los elementos del dominio y del deber, preservándose, de este modo, la unidad sistemática de su concepción: el autor como “*personaje central*” o “*protagonista*” del hecho.<sup>44</sup> Sin embargo, comparto con la doctrina dominante lo siguiente. Afirmar que los conceptos de autor como sujeto “dominador del hecho delictivo” (delitos de dominio), por una parte, y como sujeto “infractor de un deber jurídico especial extrapenal” (delitos de infracción de deber), por otra, pueden reconducirse a un supraconcepto de autor como “*personaje central*” o “*protagonista*” del hecho delictivo conduce, inevitablemente, a una petición de principio. Cuando sobre el concepto de autor se discute, la idea de que éste es la *figura central* del delito debe ser contemplada, más que como una conclusión, como una premisa o punto de partida absolutamente necesitado de concreción. En efecto, de lo que se trata no es de si el autor es, o no, el personaje central o el protagonista del hecho delictivo, sino, precisamente, de determinar cuál es el criterio que permitirá conocer quién ocupa dicha posición central.<sup>45</sup>

La necesidad de un criterio adicional que permita concretar cuáles son aquellos tipos en los que el legislador ha limitado el círculo de posibles autores a ciertos sujetos

---

<sup>42</sup> ROXIN, C., *Autoría y dominio del hecho*, 7ª ed., 2000, p. 742 s.

<sup>43</sup> *Vid.* más extensamente, en GÓMEZ MARTÍN, V., *Los delitos especiales*, 2006, *passim*.

<sup>44</sup> ROXIN, C., *Autoría y dominio del hecho*, 7ª ed., 2000, p. 431.

<sup>45</sup> GÓMEZ MARTÍN, V., *Los delitos especiales*, 2006, *passim*.



atendiendo a la existencia de un deber jurídico extrapenal convierte a la concepción de ROXIN, así, en una *construcción incompleta*. ROXIN emplea para su concepción un método inductivo consistente en el análisis de los tipos concretos en los que se plantea la problemática que nos ocupa. Sobre la base de este análisis, ROXIN distingue entre aquellos delitos en los que el legislador deja clara la existencia de los referidos “deberes jurídicos extrapenales”; aquéllos en los que ello ocurre, pero no de forma evidente, sino más oculta (por ejemplo, el delito de alzamiento de bienes del § 288 StGB); y, por último, los tipos en los que no sucede ni lo uno ni lo otro. Este método inductivo, que sin duda tiene la virtud de huir de categorías abstractas supralegales propias de la denostada “jurisprudencia de conceptos”,<sup>46</sup> exige, sin embargo, un análisis detenido, uno por uno, de todos los tipos en juego, análisis que, como el propio ROXIN reconoce, todavía se encuentra pendiente de realización.<sup>47</sup> Sin él, la determinación de cuándo un tipo es de infracción de deber y cuándo no, se convierte en un ejercicio fundamentalmente intuitivo y generador de un elevado nivel de inseguridad jurídica.<sup>48</sup>

Por otro lado, tampoco es definitivo el argumento de ROXIN según el cual en algunos delitos especiales el legislador viene a reconocer que lo que importa en estos delitos no es la concreta entidad de la aportación al hecho, sino la infracción del deber especial, al equiparar conductas de autoría con otras que no pasarían de ser simples conductas de cooperación (incluso no necesaria) desde el punto de vista del criterio del dominio del hecho. A mi juicio, contra esta tesis cabe oponer, como mínimo, tres argumentos.

Puede afirmarse, en primer lugar, que la equiparación entre autoría y participación mencionada por ROXIN no tiene lugar en todos los delitos especiales, de tal modo que la tesis de este autor sólo resultaría válida, en el mejor de los casos, con respecto a los delitos especiales en que aquello sí ocurre.<sup>49</sup> No en vano, constituyen amplia mayoría los delitos especiales en los que el principio de legalidad impide considerar autores a todos los sujetos cualificados intervinientes en el hecho, con total independencia de cuál

---

<sup>46</sup> Así lo recuerda el propio ROXIN, C., *Autoría y dominio del hecho*, 7ª ed., 2000, p. 431.

<sup>47</sup> ROXIN, C., *Autoría y dominio del hecho*, 7ª ed., 2000, p. 743.

<sup>48</sup> GÓMEZ MARTÍN, V., *Los delitos especiales*, 2006, *passim*.

<sup>49</sup> En España se han mostrado críticos con la formulación de ROXIN con argumentos parecidos a los que acaban de ser expuestos, entre otros autores, RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *El autor mediato en Derecho penal español*, ADPCP 1969, p. 473 y, más recientemente, FERRÉ OLIVÉ, J.C., en LH-Barbero Santos, I, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2001, p. 1023. De otra opinión, entre otros, BACIGALUPO SAGESSE, S., *Autoría y participación en delitos de infracción de deber. Una investigación aplicable al Derecho penal de los negocios*, Marcial Pons, 2007, pp. 118 ss.

sea la entidad de sus respectivas contribuciones.<sup>50</sup> Además, la equiparación de conductas de autoría con conductas de participación a la que se refiere ROXIN no sólo se produce en algunos delitos especiales, sino también en algunos comunes.<sup>51</sup> Sin embargo, esta circunstancia no ha impedido que algunos autores hayan llamado la atención sobre lo siguiente: en un sistema diferenciador entre autoría y participación como el que consagra nuestro CP, no solo sigue siendo posible, sino, incluso, necesario distinguir, también en estos casos, entre contribuciones de autoría y de participación.<sup>52</sup> Por último, en los delitos especiales no todos los *intranei* tienen por qué ser, necesariamente, autores, sino que tiene pleno sentido distinguir entre autores y partícipes en función de la concurrencia o ausencia en sus respectivas conductas de elementos adicionales, tales como, por ejemplo, el del dominio del hecho en sus distintas manifestaciones.<sup>53</sup> Una cosa es que en los delitos especiales sólo puedan responder como autores los *intranei* y otra que todo *intraneus* deba ser, necesariamente, autor del delito, siendo completamente irrelevante, por tanto, el *quantum* de la aportación de cada uno de los *intranei* que intervienen en el hecho delictivo.<sup>54</sup>

Por lo que se refiere a las críticas que se han formulado contra el carácter *extrapenal* que, en opinión de ROXIN, debe tener el deber jurídico especial infringido por el autor, debe recordarse, en primer lugar, que la necesaria infracción de dicho deber extrapenal presenta al tipo penal como una ley dependiente —incluso accesoria— de la correspondiente rama del Derecho. Sin embargo, esta relación de accesoriadad brilla por su ausencia en la mayor parte los delitos especiales.<sup>55</sup> También en un sentido crítico,

---

<sup>50</sup> También invocan el principio de legalidad como argumento en contra de la teoría de los *Pflichtdelikte* de ROXIN, entre otros autores, GIMBERNAT ORDEIG, E., Autor y cómplice en Derecho penal. Sección de Publicaciones e Intercambio de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, 1966, p. 298; RODRÍGUEZ MOURULLO, G., ADPCP 1969, p. 473; REBOLLO VARGAS, R., Algunas consideraciones sobre autoría y participación en los delitos especiales. Particular referencia al delito de tortura, ADPCP 2000, p. 150; FERRÉ OLIVÉ, J.C., en LH-Barbero Santos, 2001, p. 1023; ROBLES PLANAS, R., La participación en el delito, 2003, p. 227, nota 123; y en Alemania STRATENWERTH, G., AT, I, 4ª ed., 2000, 12/40, y STRATENWERTH, G. / KUHLEN, L., AT, 5ª ed., I, 2004, 12/40.

<sup>51</sup> Tal es el caso, por ejemplo, de los delitos contra la propiedad intelectual (arts. 270 ss. CP) o de tráfico de drogas (arts. 368 ss. CP), en los que el legislador recurre a un concepto unitario o extensivo de autor de conformidad con el cual prácticamente toda aportación al hecho que revista un mínimo de relevancia deberá ser calificada como una contribución de autoría.

<sup>52</sup> Especialmente significativa en relación con los delitos de tráfico de drogas me parece en este contexto la aportación doctrinal de JOSHI JUBERT, U., Los delitos de tráfico de drogas, I, Bosch, 1998, *passim*.

<sup>53</sup> De esta opinión, por ejemplo, OTTO, H., Jura 1987, p. 257; EL MISMO, Strafrecht, AT, 6ª ed., De Gruyter, 2000, § 21/107.

<sup>54</sup> GÓMEZ MARTÍN, V., Los delitos especiales, 2006, *passim*.

<sup>55</sup> SCHÜNEMANN, B., Unternehmenskriminalität und Strafrecht. Eine Untersuchung der Verantwortlichkeit der Unternehmen und ihrer Führungskräfte nach geltendem und geplantem Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht, Heymann, 1979, p. 92; EL MISMO, - Die Bedeutung der «Besondere persönliche Merkmale» für die strafrechtliche Teilnehmer- und Vertreterhaftung, (2), Jura 1980, p. 577,

DEICHMANN recuerda, con razón, que si los delitos especiales se distinguen del resto de delitos —como cree un importante sector doctrinal— por su *especial contenido de injusto*, entonces su esencia no podrá residir, por definición, en la infracción de un deber extrapenal, esto es, *ajeno al Derecho penal*.<sup>56</sup>

Suele invocarse, por fin, un último argumento en contra de la teoría de los *Pflichtdelikte* de ROXIN. Se trata de lo siguiente: puesto que según esta teoría el fundamento de la autoría en los *Pflichtdelikte* consiste en la infracción del deber jurídico extrapenal, el *infractor* de dicho deber jurídico especial debe ser reconocido, en todo caso, como autor directo. Así, por ejemplo, en los supuestos de instrumento doloso no cualificado, el *intraneus* que induce al *extraneus* no debería responder como autor mediato del delito especial, sino como autor directo.<sup>57</sup>

#### d) *Las teorías de la posición especial*

1. Según un tercer sector doctrinal, la restricción del círculo de posibles autores que tiene lugar en los delitos especiales obedece a la voluntad del legislador de circunscribir la autoría en tales delitos a aquellos sujetos que se encuentren en una *posición especial* en una *relación de confianza* con respecto al bien jurídico protegido o a su titular, respectivamente. Representan esta línea de argumentación, entre otros, VOGLER,<sup>58</sup> LANGER,<sup>59</sup> DEICHMANN,<sup>60</sup> HAKE<sup>61</sup> y GERL.<sup>62</sup>

---

nota 124. A esta crítica se ha sumado recientemente en España FERRÉ OLIVÉ, J.C., en LH-Barbero Santos, 2001, p. 1015.

<sup>56</sup> DEICHMANN, M., *Grenzfälle der Sonderstrafat*, 1994, pp. 29 s. En un sentido parecido, en España, HERNÁNDEZ PLASENCIA, U., *La autoría mediata en Derecho penal*, Comares, 1996, p. 315. Recientemente ROBLES PLANAS, R., *La participación en el delito*, 2003, p. 227, nota 124.

<sup>57</sup> STRATENWERTH, G. / KUHLEN, L., *AT*, I, 5ª ed., 2004, 12/40; PIZARRO BELEZA, T., *La estructura de la autoría en los delitos consistentes en la infracción de un deber: ¿Titularidad versus domino del hecho* (trad. de D. FELIP I SABORIT), en SILVA SÁNCHEZ, J.M. (ed. española) / SCHÜNEMANN, B. / FIGUEIREDO, J. DE (coords.), *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal*, J.M. Bosch, 1995, pp. 337 ss.; FERRER OLIVÉ, J.C., en LH-Barbero Santos, 2001, p. 1022, nota 32; HERNÁNDEZ PLASENCIA, U., *La autoría mediata*, 1996, pp. 316 s. En idéntico sentido SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J., *Pflichtdelikt und Beteiligung*, 1999, pp. 162 s.; EL MISMO, *El denominado “delito de propia mano”*, 2004, pp. 154 ss., aunque relativizando la importancia de la cuestión planteada: para SÁNCHEZ-VERA, a efectos pedagógicos podría ser incluso conveniente recurrir a la figura de la autoría mediata para explicar los casos de “instrumento doloso no cualificado”, ya que estructuralmente, estos supuestos responde a la idea de que hay un “sujeto de detrás” y otro “de delante” que no puede responder penalmente, en este caso, por tratarse de un sujeto no cualificado; y desde un punto de vista material, una de las consecuencias de la teoría de los *Pflichtdelikte* consiste, precisamente, en la equivalencia total entre la autoría mediata y la directa (p. 156). En la jurisprudencia española sigue esta dirección las SSAP Barcelona 23 de abril 1993 y Burgos 29 marzo 1999 (Ar. 1152).

<sup>58</sup> VOGLER, T., *Zur Bedeutung des § 28 StGB für die Teilnahme am unechten Unterlassungsdelikt*, en FS-Lange, 1976, pp. 277 ss.

<sup>59</sup> LANGER, W., *Zum Begriff der «besonderen persönlichen Merkmale»*, en FS-Lange, De Gruyter, 1976, pp. 258 ss.; EL MISMO, *Das Sonderverbrechen*, 1972, pp. 229, 261, pp. 390 ss. y *passim*.

<sup>60</sup> DEICHMANN, M., *Grenzfälle der Sonderstrafat*, 1994, pp. 32 ss. y *passim*.

2. Con el recurso a esta idea, la teoría de la posición especial se opone, con razón, a una de las más antiguas y pesadas rémoras que han lastrado a la teoría de los delitos especiales a lo largo de gran parte de su historia. Se trata de la idea de que los delitos especiales serían delitos de naturaleza *estamental* o *de clase*. En el Derecho penal del Antiguo Régimen, e incluso en el Derecho penal liberal clásico, los delitos especiales fueron merecedores, ciertamente, de este calificativo. En sus orígenes, los delitos especiales fueron concebidos como uno de los más claros paradigmas del llamado Derecho penal *estamental*. Esta forma de Derecho penal fue defendida hasta principios del siglo XX en Alemania por algunos de los más destacados representantes de la Escuela Clásica de Derecho penal, como Karl BINDING o Johannes NAGLER.<sup>63</sup>

Con la llegada de la idea de *Estado social* al Derecho penal se pasa a entender que el Estado solo estará legitimado para intervenir penalmente cuando persiga la protección de la sociedad mediante la evitación de conductas que lesionen o pongan en peligro de bienes jurídicos. Desde el punto de vista del Derecho penal de un Estado *social* de derecho que persiga la protección de la sociedad mediante la evitación de conductas que lesionen o pongan en peligro intereses socialmente valiosos, toda limitación legal arbitraria del círculo de posibles autores de un delito operada a partir de criterios desvinculados de la función de protección de bienes jurídicos resulta sencillamente *ilegítima*. Si lo que se pretende es evitar la lesión de bienes jurídicos, ello solo podrá conseguirse mediante el castigo de quienes puedan incidir especialmente sobre aquéllos, en atención a la *posición social* que ocupen y la *función social* que desempeñen. Desde esta perspectiva social, huelga decir que la idea de la restricción del círculo de autores como acto de soberanía del legislador basado en la pertenencia formal del sujeto activo del delito a una determinada clase de sujetos debe ser, por tanto, superada.<sup>64</sup> La teoría que se encargó de poner de manifiesto esta circunstancia, así como de materializar la referida superación, fue la doctrina de la *posición especial*.<sup>65</sup>

---

<sup>61</sup> HAKE, M., *Beteiligtenstrafbarkeit und «besondere persönliche Merkmale»*. Ein Beitrag zur Harmonisierung des § 28 StGB, Duncker & Humblot, 1994, pp. 102 ss.

<sup>62</sup> GERL, A., *Die besonderen persönlichen Merkmale im Sinne des § 28 StGB*. Tesis doctoral de la Universidad de Berlín, 1975, pp. 72 ss.

<sup>63</sup> BINDING, K., *Die Normen*, I, 1922 (reimpr. 1991), p. 127; NAGLER, J., *Die Teilnahme*, 1903, pp. 8 ss.

<sup>64</sup> WAGNER, H., *Amstverbrechen*, 1975, p. 67.

<sup>65</sup> Así lo cree también SÁINZ DE ROBLES, C., *Sobre la tentativa del sujeto inidóneo*, en LH-Beristain, Instituto Vasco de Criminología, 1989, p. 628. Según esta autora “(...) los elementos del tipo de injusto del delito especial tienen que justificar la decisión de la ley. La acción descrita y el objeto de la acción, en su caso, por su relación con la posición del sujeto y con el bien jurídico, han de constituir la explicación objetiva de por qué hay un delito especial, que no una manifestación de Derecho estamental. (...) Es

No obstante, la idea de que la restricción del círculo de autores debe fundamentarse en la existencia de una determinada relación *material* entre el sujeto y el bien jurídico protegido, defendida por la teoría de la posición especial, no solo encaja correctamente en el marco de un Derecho penal *social* protector de bienes jurídicos. La teoría de la posición especial también tiene la virtud de mostrar a los delitos especiales como una constelación delictiva compatible con el Derecho penal de un Estado *democrático* respetuoso con el principio de igualdad. La dirección que ahora se analiza demuestra que los delitos especiales no contradicen, por definición, el principio de igualdad ante la ley. Según la teoría de la posición especial, es cierto que en los delitos especiales la ley solo se dirige contra determinadas personas, y no, en cambio, contra todas. Sin embargo —prosiguen los defensores de esta tesis—, ello no sucede de un modo *arbitrario*, sino en atención a la *posición social* especial ocupada por tales sujetos, así como a la relación de éstas con el bien jurídico protegido que dicha posición permite ostentar. De acuerdo con esta comprensión de los delitos especiales, si solo ciertos sujetos pueden ser autores de un delito especial, ello no se debe a que sean *como son* o *quienes son*, o a que pertenezcan a una determinada clase social, sino a la especial *situación o posición en la que se encuentra*. Sujeto activo de un delito especial no solo podrá serlo el sujeto perteneciente a una determinada *clase* o *especie* de personas, sino *cualquier sujeto que alcance la cualidad, la condición, o la situación referida por la ley*.<sup>66</sup> Un claro ejemplo de ello son, entre otros, los *delitos impropios de omisión*, considerados por un amplio sector de la doctrina como delitos especiales.<sup>67</sup>

Ciertamente, es razonable poner en duda que *todos* los delitos puedan ser explicados a partir de la referencia a la especial relación del sujeto con el bien jurídico protegido determinada por su posición o situación en la sociedad. Sin embargo, no cabe negar que ello puede ocurrir —y, de hecho, ocurre— en un número importante de delitos especiales. En relación con estos últimos, sucede que la limitación de la autoría a sujetos que toma como base la existencia de determinadas posiciones sociales no sólo

---

fundamental, pues, que la ley haya tomado en consideración la posición del sujeto”. *Vid.* SÁINZ DE ROBLES, C., en LH-Beristain, 1989, p. 629. En sentido parecido VÁZQUEZ-PORTOMEÑE, F., Los delitos contra la Administración Pública, Servicio de Publicaciones e Intercambio Científico de la Universidad de Santiago de Compostela/Instituto Nacional de Administración Pública, 2003, p. 337.

<sup>66</sup> WAGNER, H., *Amstverbrechen*, 1975, p. 67.

<sup>67</sup> En este sentido ROXIN, C., *Autoría y dominio del hecho*, 7ª ed., 2000, pp. 498 ss.; EL MISMO, *LK-StGB*, 11ª ed., 1994, § 28, p. 28 (núm.marg. 64), nota 132; HERZBERG, R.D., GA 1991, pp. 161 ss.; SÁINZ DE ROBLES, C., en LH-Beristain, 1989, pp. 628 s. De acuerdo solo en algunos casos OTTO, H. / BRAMMSEN, J., *Die Grundlagen der strafrechtlichen Haftung des Garanten wegen Unterlassens (Schluß)*, Jura 12 (1985), p. 653 ; JAKOBS, G., PG, 2ª ed., 1995, 25/45 s.; VOGEL, J., *Norm und Pflicht*, 1992, pp. 136 ss.

no se opone al principio de igualdad ante la ley, sino que constituye, en realidad, el único modo de respetarlo. Ello sucede, por ejemplo, en los llamados delitos especiales impropios, por ejemplo en el delito de malversación de caudales públicos en relación con el delito de apropiación indebida. También en algunos delitos comunes agravados por razón del sujeto activo. Así, por ejemplo, seleccionar de entre los sujetos que podrían cometer un delito de detención ilegal, esto es, *todos*, a aquéllos que ocupan una posición social, la de autoridad o funcionario público, que les permita hacerlo con mayor facilidad, castigándoles con mayor dureza (art. 167 CP), es plenamente respetuoso con el postulado *positivo* del principio de igualdad (*lo desigual debe ser tratado de forma desigual*).

Lo mismo ocurre en los delitos especiales *proprios*. Así, por ejemplo, en el caso del delito de prevaricación judicial, si el CP 1995 ha decidido restringir el círculo de autores de dicho delito como infracción contra la Administración de Justicia, en sus distintas modalidades, a los Jueces, Magistrados y Secretarios Judiciales (arts. 446-449 CP), es porque la realización de la conducta típica que lesiona el bien jurídico solo se encuentra al alcance de los sujetos pertenecientes a alguna de las tres esferas sociales señaladas. En efecto, por la propia naturaleza de la Administración de Justicia y el modo en que ésta se encuentra organizada, resulta evidente que carecería de todo sentido una norma que prohibiese *dictar una resolución judicial* injusta a cualquier otra clase de sujeto. Esto es, a alguien que, por no ser ni Juez, ni Magistrado, ni Secretario Judicial, carezca de toda capacidad competencial para dictar resoluciones en el marco de un proceso judicial. De todo ello se extrae la conclusión de que la parte más importante de los delitos especiales son *delitos de posición*.

#### **e) Las teorías del dominio del hecho**

1. Por último, algunos autores consideran que el dominio del hecho constituye un criterio válido no sólo para la determinación de la autoría, sino, incluso, del *contenido de injusto* de toda clase de delitos. También, por tanto, del contenido de los delitos especiales. Según este punto de vista, una de las tesis centrales de las concepciones que ahora nos ocupan es la siguiente: en gran parte de los delitos especiales la cualificación del autor expresa la circunstancia de que el bien jurídico que la norma quiere proteger mediante la tipificación del delito en cuestión se encuentra implicado, o especialmente implicado, en un *ámbito de responsabilidad que depende del intraneus*. Algunas de las

principales formulaciones doctrinales que siguen esta dirección son las sugeridas por SCHÜNEMANN,<sup>68</sup> GRACIA MARTÍN<sup>69</sup> y RUEDA MARTÍN.<sup>70</sup>

2. Estas concepciones<sup>71</sup> resultan atendibles, al menos parcialmente, por diversas razones. En primer lugar, debe reconocerse que estas teorías constituyen loables esfuerzos en pos de lo que podríamos llamar la *reconstrucción* de una teoría *unitaria* de la autoría. Este extremo ha sido reconocido incluso por uno de los principales representantes de la teoría de los *Pflichtdelikte*: Claus ROXIN.<sup>72</sup> Desde que en 1963 este último autor empezara a distinguir entre los *Herrschaftsdelikte* (en los que la autoría debería determinarse de acuerdo con el criterio del dominio del hecho) y los *Pflichtdelikte* (caracterizados, en cambio, por la infracción de un especial deber jurídico extrapenal), la teoría de la autoría quedó fragmentada, dividida, en dos partes. Frente a esto, las teorías normativas del dominio del hecho se presentan como concepciones que permiten *recomponer* la teoría de la autoría. Explican la relación de autoría que debe existir entre el sujeto que realiza el tipo y la conducta típica de acuerdo con un *único criterio aplicable a toda clase de delitos*. Se recupera para la teoría de la autoría, de esta forma, la idea de *sistema*, abandonada, en cierto modo, por la concepción tópica o casuística de ROXIN.

Ya se ha señalado *supra* que una de las tesis centrales de las concepciones que ahora nos ocupan es la siguiente: en gran parte de los delitos especiales la cualificación

---

<sup>68</sup> Vid. SCHÜNEMANN, B., Grund und Grenzen, 1971, p. 146 y passim; EL MISMO, Unternehmenskriminalität, 1979, pp. 88 ss.; EL MISMO, Besondere persönliche Verhältnisse und Vertreterhaftung im Strafrecht, ZSchR, 2ª Época, 97 (1978), 1978, pp. 152 ss.; EL MISMO, Jura 1980, pp. 576 ss., nota 124; EL MISMO, en SCHÜNEMANN, B., (dir.), Deutsche Wiedervereinigung (III): Unternehmenskriminalität, III, Carl Heymanns, 1996, pp. 93 y 145 ss. (propuestas *de lege ferenda*) y 153 ss. (fundamentación de las propuestas); SCHÜNEMANN, B., Unternehmenskriminalität, en ROXIN, C. / WIDMAIER, G. (dir.), en FG-BGH, 2000, pp. 634 ss.

<sup>69</sup> GRACIA MARTÍN, L., El actuar en lugar de otro, I, 1985, pp. 403 ss.; EL MISMO, Die Strafbarkeit von Handlungen und Unterlassungen im Unternehmen nach spanischem und deutschem Recht, en SCHÜNEMANN, B. / SUÁREZ GONZÁLEZ, C. (dir.), Bausteine, 1994, p. 19. Le sigue RUEDA MARTÍN, M.A., REDPC, 2ª Época, (8), 2001, pp. 139 s.; LA MISMA, Recensión a Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Delito de infracción de deber y participación delictiva, RDPC, 2ª Época, 13 (2004), pp. 509 ss.

<sup>69</sup> Vid. GRACIA MARTÍN, L., El actuar en lugar de otro, I, 1985, pp. 350 ss., 361 ss., 403 ss.; EL MISMO, Die Strafbarkeit von Handlungen und Unterlassungen im Unternehmen nach spanischem und deutschem Recht, en SCHÜNEMANN, B. / SUÁREZ GONZÁLEZ, C. (dir.), Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrechts. Madrid-Symposium für Klaus Tiedemann, Heymann, 1994, p. 19.

<sup>70</sup> RUEDA MARTÍN, M.A., “Reflexiones sobre la participación de extraños en los delitos contra la Administración pública”, REDPC, 2ª Época, 8 (2001), pp. 139 ss.; LA MISMA, Recensión a Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Delito de infracción de deber y participación delictiva, RDPC, 2ª Época, 13 (2004), pp. 509 ss.

<sup>71</sup> Un amplio resumen de las mismas, así como de otras afines, se encuentra en GÓMEZ MARTÍN, V., Los delitos especiales, 2006, pp. 201 ss.

<sup>71</sup> ROXIN, C., Autoría y dominio del hecho, 7ª ed., 2000, p. 744.

<sup>72</sup> ROXIN, C., Autoría y dominio del hecho, 7ª ed., 2000, p. 744.

del autor expresa la circunstancia de que el bien jurídico que la norma quiere proteger mediante la tipificación del delito en cuestión se encuentra implicado, o especialmente implicado, en un *ámbito de responsabilidad que depende del intraneus*. A mi modo de ver, esta idea es ampliamente compartible. Y lo es porque explica de modo satisfactorio el fundamento material de la limitación de la autoría en los delitos especiales en sentido estricto, sin caer en el formalismo y la circularidad propios de las formulaciones puras de las teorías de los *Pflichtdelikte*. Frente a la rígida fundamentación de estas últimas teorías, las del dominio normativo se presentan como construcciones más flexibles. Este menor grado de rigidez les permite defender soluciones que atienden correctamente al diferente contenido de injusto existente, en algunos casos, entre la intervención del *intraneus* y la del partícipe *extraneus* en algunos delitos especiales.

En este contexto, considero especialmente interesante una de las ideas que se encuentran presentes en la formulación propuesta por GRACIA MARTÍN: para interpretar correctamente aquellos tipos especiales en los que el legislador ha limitado el ámbito de protección de la norma mediante la redacción de la conducta típica resulta de utilidad distinguir entre los conceptos de *status* y función.<sup>73</sup> Es cierto, como afirma GRACIA, que si en la mayor parte de los delitos especiales es posible asegurar que el *intraneus* es el sujeto que ostenta el dominio del riesgo típico, ello no se debe al hecho formal de que el sujeto ostente un determinado *status*, sino a la función que materialmente desarrolla. En los delitos especiales, la esencia del dominio del riesgo típico no reside en la formalidad del *status*, sino en la *función materialmente realizada* por el sujeto. Lo que al sujeto le confiere dominio, capacidad de disposición sobre el bien jurídico, no es, en suma, el *status*, sino el ejercicio de la función en que se encuentra implicado el bien jurídico.

También me parece acertada la distinción entre los delitos especiales en los que el bien jurídico incide en la función desempeñada por el sujeto *de forma esencial*, y aquéllos en los que ello ocurre solo *ocasionalmente*. Creo, además, que dicha distinción puede ser de utilidad en un sentido no advertido por estos autores. Desde mi punto de vista, el criterio que ahora nos ocupa puede ser empleado, además, para delimitar los delitos especiales impropios de funcionarios de los tipos cualificados o agravados por razón de la condición de funcionario del sujeto activo. Según GRACIA, cuando el sujeto realice la conducta típica *en el ejercicio de sus funciones*, o *con ocasión* de ellas, la lesión del bien jurídico será, respectivamente, *esencial* u *ocasional* al incumplimiento

---

<sup>73</sup> GRACIA MARTÍN, L., El actuar en lugar de otro, I, 1985, pp. 364 ss.



de la función del autor. En cualquiera de los dos casos, el autor se encontrará en una relación de dominio social con respecto a la vulnerabilidad del bien jurídico. Se tratará de un delito especial *distinto, sui generis*. En cambio, cuando la conducta típica de un delito *no* sea realizada en el ejercicio de sus funciones, ni siquiera con ocasión de aquélla, entonces el delito en cuestión será un simple tipo agravado por razón de la mayor facilidad de ejecución de la que se favorece el funcionario público.<sup>74</sup>

La aplicación de este criterio permite fundamentar correctamente, además, otra conclusión, ya adelantada *supra*: también en los mal llamados delitos especiales *impropios*, el elemento que restringe el círculo de posibles autores es un elemento *esencial* que da lugar a la aparición de un *nuevo delito*. Ejemplificativo a este respecto es el caso del delito de falsedad en documento público, oficial o mercantil cometido por autoridad o funcionario público en el ejercicio de sus funciones (art. 390.1 CP). Tal y como correctamente señala un importante sector doctrinal, este delito no consiste en un simple subtipo agravado por razón del sujeto activo del delito de falsedad en documento público, oficial o mercantil cometido por particular (art. 392 CP), sino en un delito *distinto* a éste.<sup>75</sup>

---

<sup>74</sup> Comprobémoslo con un ejemplo. En la discusión sobre si los delitos previstos en los arts. 167, 198 y 204 CP deben ser calificados como delitos especiales impropios o bien constituyen simples tipos agravados por la condición de funcionario público del autor, un argumento a favor de esta segunda alternativa es el siguiente. A diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, en los delitos “*cometidos por los funcionarios públicos contra la libertad individual*” (arts. 529 ss. CP) y los delitos “*cometidos por los funcionarios públicos contra la inviolabilidad domiciliaria y demás garantías de la intimidad*” (arts. 534 ss. CP), en los delitos tipificados en los arts. 167, 198 y 204 CP la autoridad o funcionario público comete la conducta típica “*fuera de los casos permitidos por la Ley, y sin mediar causa por delito*”. Esto es, *como si de un particular se tratase*. Por esta razón, puede afirmarse que estos últimos delitos son *simples tipos agravados* de los delitos de detenciones ilegales, descubrimiento y revelación de secretos, y allanamiento de morada, mientras que los delitos previstos en los arts. 529 ss. CP y 534 ss. CP son en cambio, *delitos especiales propios*. Para la doctrina española, la diferencia esencial del elemento “autoridad o funcionario público” como elemento de los delitos previstos en los arts. 167, 198 y 204 CP y como elemento de los delitos contra la Administración Pública no reside, en cambio, en que en los primeros tenga naturaleza *personal* y en los segundos naturaleza *objetiva*. Considero dudoso, por ello, que los elementos “autoridad o funcionario público” de los arts. 167, 198 y 204 CP deban ser calificados como elementos típicos accidentales personales y, por tanto, no comunicables al particular que intervenga en aquellos delitos. En mi opinión, aquellos elementos tienen *naturaleza objetiva*, y guardan una evidente analogía con la circunstancia genérica agravante prevista en el art. 22.7ª CP. Como es sabido, el fundamento de esta circunstancia reside en el incremento de la peligrosidad *ex ante* de la conducta por la mayor facilidad de ejecución que aquella condición proporciona al sujeto que la ostente. En este sentido se pronuncian, por todos, MIR PUIG, S., PG, 8ª ed., 2008, 26/19, y VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F., La circunstancia agravante de prevalimiento del carácter público, 2001, p. 31, en la doctrina; y en la jurisprudencia las SSTs 12 de mayo de 1992, 18 mayo 1993, 6 octubre 1995, 24 noviembre 1995, 2 diciembre 1997, 14 febrero 1998 y 19 octubre 2001.

<sup>75</sup> Claramente reveladoras de ello son, por ejemplo, las palabras de BACIGALUPO ZAPATER, E., El delito de falsedad documental, 1999, p. 5: “*El legislador, en realidad, ha estructurado dos delitos diferentes. El del particular, en el que protege la fe del público en los soportes materiales de la declaración y el del oficial o funcionario público, en el que protege la creencia en la veracidad de lo declarado. Ambos delitos*

### III. UNA DISTINCIÓN NECESARIA: *DELITOS DE POSICIÓN* (DELITOS ESPECIALES EN SENTIDO ESTRICTO) Y *DELITOS CON ELEMENTOS DE AUTORÍA MERAMENTE TIPIFICADORES* (DELITOS ESPECIALES EN SENTIDO AMPLIO)

1. De todo lo anteriormente expuesto cabe deducir que la restricción legal del círculo de posibles autores que caracteriza a los delitos especiales no siempre tiene el mismo fundamento material. A este respecto, considero no sólo posible, sino, incluso, necesario, distinguir entre *dos clases de delitos especiales*: los *delitos especiales en sentido estricto* y los *delitos especiales en sentido amplio*. Los primeros se caracterizan por que, en ellos, sólo pueden ser autores del delito determinados sujetos que se encuentran en una *posición especial con respecto al bien jurídico protegido*. En los delitos especiales en sentido amplio, la restricción del círculo de posibles autores obedece, fundamentalmente, a *razones de tipificación de una determinada realidad fenomenológica habitual*. Cabe afirmar, por tanto, que la categoría de los delitos especiales puede dividirse en dos clases de infracciones penales: los *delitos especiales de posición* (delitos especiales en sentido estricto)<sup>76</sup> y los *delitos especiales con elementos meramente tipificadores* (delitos especiales en sentido amplio).

2. La primera de estas dos clases de delitos especiales, la representada por los delitos especiales en sentido estricto, o *delitos especiales de posición*, debe comprender, a su vez, dos distintos grupos de delitos: los consistentes en el *incumplimiento de una función institucionalizada* (*delitos especiales de posición institucional*); y los que se fundamentan en el *incumplimiento de una función social no institucionalizada* dimanante de una determinada posición social no institucional (*delitos especiales de posición no institucional*). Tanto los primeros como los segundos son delitos de posición, porque tanto en unos como en otros el elemento fundamental explicativo de la restricción del círculo de posibles autores consiste, como ya se ha dicho, en la *posición*

---

*tienen una acción diversa: mientras que la falsificación del particular requiere una intervención material en el objeto protegido (el documento o soporte material de la declaración), en el delito de funcionario se trata, en primer lugar, de una falsa documentación de hechos”.*

<sup>76</sup> También defienden la categoría de los delitos especiales de posición, aunque desde presupuestos dogmáticos distintos a los que sirven de base al presente trabajo, ROBLES PLANAS, R., *Garantes y cómplices*, 2007, pp. 125 s., PEÑARANDA RAMOS, E., *Sobre el alcance del art. 65.3 CP*. Al mismo tiempo: una contribución a la crítica de los delitos de infracción de deber, en LH-Gimbernat, II, 2008, p. 1429; ROBLES PLANAS, R. / RIGGI, E.J., *El extraño artículo 65.3 del Código penal. Un diálogo con Enrique Peñaranda sobre sus presupuestos dogmáticos y su ámbito de aplicación*, Indret 4/2008, pp. 15 s.; HADWA, M., *El sujeto activo en los delitos tributarios y los problemas relativos a la participación criminal*, PCrim. 3 (2007), p. 17.

*de especial accesibilidad* en que se encuentra el autor con respecto al bien jurídico protegido.

3. No obstante, el contenido de injusto de tales delitos no siempre se encuentra configurado exclusivamente por el ya referido *elemento organizativo*, esto es, el relativo a la posición especial que ocupa el sujeto activo con respecto al bien jurídico protegido. En algunos delitos especiales de posición, junto al mencionado elemento organizativo, aunque ocupando un segundo nivel de relevancia penal, se encuentra un segundo elemento: el relativo a la *infracción* por parte del autor *de un deber jurídico especial* de naturaleza *extrapenal*. Así las cosas, en los delitos especiales en sentido estricto o de posición, el elemento, cualidad o relación empleado por el legislador para la delimitación del círculo de posibles autores puede presentar una *doble dimensión objetivo-personal*. Por una parte, *objetiva*, esto es, comunicable a todo aquel interviniente en el hecho que la conozca. Por otra, *personal*, es decir, incomunicable al *extraneus*, de tal modo que la ausencia en éste puede descargarle de una parte de su responsabilidad por la intervención en el hecho.<sup>77</sup>

4. Comprobemos la capacidad de rendimiento de lo que acaba de ser afirmado por medio de algunos ejemplos. Probablemente, la constelación delictiva más característica de lo que hemos llamado los delitos especiales de *posición institucional* son los *delitos de funcionarios*. En ellos, y salvo en determinados supuestos específicamente previstos por la Ley, la indemnidad del bien jurídico protegido depende de determinados sujetos (los funcionarios públicos) que ostentan la titularidad formal y material de la esfera funcional pública particularmente formalizada en la que aquél se encuentra inmerso, y a la que difícilmente tendrá acceso el no funcionario. Por esta razón, cuando esto último suceda, la contribución al hecho del no funcionario será, por definición, de menor intensidad, por lo que la atenuación de su pena estará plenamente justificada.

No obstante, de acuerdo con lo que se ha afirmado *supra*, los delitos especiales de posición institucional se caracterizan, además, por la concurrencia en el *intraneus* de un *deber especial personalísimo* de naturaleza extrapenal. Así, por ejemplo, el Juez que

---

<sup>77</sup> En términos parecidos, refiriéndose ya concretamente a aquellos elementos que ocuparían un status intermedio entre los puramente personales y los completamente impersonales como ámbito natural de aplicación del art. 65.3 CP, en atención al fundamento material de este precepto, PEÑARANDA RAMOS, E., en LH-Gimbernat, II, 2008, p. 1449. También de la opinión de que una buena parte de los delitos especiales (los por él denominados delitos especiales de deber) son de naturaleza mixta, compuesta por un elemento organizativo de dominio y un elemento institucional de deber especial, SILVA SÁNCHEZ, J.M., El nuevo escenario del delito fiscal en España, Atelier, 2005, p. 69.

dicta una resolución injusta, además de contribuir con su conducta a un incorrecto funcionamiento de la Administración de Justicia, quebranta por medio de su comportamiento el deber de fidelidad y lealtad inherente a su cargo que le vincula a la función pública que presta. En mi opinión, a pesar de no ser éste el elemento determinante del injusto de la conducta típica,<sup>78</sup> tiene pleno sentido afirmar que la ausencia de dicho elemento en el *extraneus* servirá para descargar su conducta de una parte del injusto de la realizada por el *intraneus*: aquélla que, por tener contenido personalísimo, no le resulta comunicable.<sup>79</sup>

5. Por su parte, en los delitos especiales de posición no institucional dimanante de una determinada posición social no institucional, el fundamento del dominio del riesgo típico reside, como en los delitos especiales de funcionario, en el ejercicio de una función social que coloca al autor del delito especial en una *posición especial* de dominio respecto del bien jurídico. En virtud de esta circunstancia, el bien jurídico se presenta frente al *intraneus* como *especialmente vulnerable*. Ello sucede, por ejemplo, en el delito de descubrimiento y revelación de secreto profesional (art. 199 CP), en los delitos societarios (arts. 290-295 CP) o en el delito fiscal (art. 305 CP), entre otros muchos.

También en estos delitos, quien se encuentra en la posición especial descrita por el tipo, esto es, el *intraneus*, se encuentra obligado por un *deber jurídico extrapenal*. Así,

---

<sup>78</sup> De otra opinión ROBLES PLANAS, R., *Garantes y cómplices*, 2007, p. 133. Este autor acepta que también en los “delitos especiales de deber” —que vendrían a corresponderse, en lo sustancial, con los aquí denominados “delitos de posición institucional”— el legislador selecciona una serie de posiciones de afectación al bien jurídico, aunque acaba concluyendo que el injusto de estos delitos consiste, “*primariamente*”, en el incumplimiento del haz de deberes que define dicha posición. No en vano, ROBLES llega a afirmar, por fin, que “los únicos delitos especiales en sentido estricto son aquellos en los que el contenido de injusto se agota en la infracción de *determinados* deberes especiales”. Puede concluirse, por tanto, que en la concepción de ROBLES, aunque también en los delitos especiales de deber el *intraneus* se encuentra en una especial posición de afectación al bien jurídico, el elemento determinante del contenido de injusto de esta constelación de delitos no reside en dicha posición especial, sino en el quebrantamiento personal de los correspondientes deberes jurídicos especiales que recaen sobre el *intraneus*. Sin embargo, si en todos los delitos puros de funcionario el injusto viene determinado por el quebrantamiento de la confianza depositada por el Estado en el *intraneus*, y no por la concreta posición de afectación al bien jurídico que éste ocupa, no se alcanza a ver, entonces, dónde reside la concreta diferencia entre el específico contenido de injusto de, por ejemplo, el delito de prevaricación judicial, y el correspondiente a cualquier otro delito puro de funcionario, como, por ejemplo, el de cohecho o infidelidad en la custodia de documentos. En contra de la existencia de delitos especiales *puros* de infracción de deber en el sentido defendido por ROBLES, se muestra también PEÑARANDA RAMOS, E., en LH-Gimbernat, II, 2008, p. 1429 s., nota 30.

<sup>79</sup> De esta opinión SILVA SÁNCHEZ, J.M., *El nuevo escenario del delito fiscal en España*, 2005, pp. 72 y 74, que considera, además, que debe tratarse de una “*atenuación trascendente al marco penal típico del autor intraneus, que, desde el mínimo hasta el máximo, viene determinado por la infracción del deber institucional por parte de dicho intraneus*”. Discrepa de este planteamiento ROBLES PLANAS, R., *Garantes y cómplices*, 2007, p. 121, que considera que “*el mantenimiento de la unidad del título de imputación no casa con la posterior atenuación de la pena del extraneus*”.

por ejemplo, en el delito previsto en el art. 199 CP, el profesional que tiene conocimiento de la información sensible como consecuencia del ejercicio de su profesión se encuentra vinculado por una serie de reglas especiales de naturaleza deontológica, entre las que se encuentra aquélla que le obliga a mantener en secreto la información sensible del paciente. Ello guarda relación, como es lógico, con la posición que ocupa el profesional con respecto al titular de la mencionada información sensible, que deposita su confianza (y su intimidad) en el profesional, con la expectativa de que dicha información no sea revelada. Algo parecido sucede con los delitos societarios, en los que el administrador, en correspondencia con la posición que ocupa en la sociedad, se encuentra obligado por deberes jurídicos especiales, tales como, por ejemplo, el consistente en no realizar las funciones propias de su cargo con deslealtad hacia sus socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren (art. 295 CP).

6. No obstante, entre los deberes extrapenales disciplinarios que se encuentran en la base de los delitos especiales de posición institucional y los que se infringen en los restantes delitos especiales de posición existen algunas diferencias cualitativamente relevantes dignas de ser destacadas.

En la primera clase de delitos especiales de posición, el deber extrapenal infringido por la autoridad o funcionario público mediante la comisión del delito consistirá, habitualmente, en un deber personal de lealtad o fidelidad derivado de la especial vinculación que une al sujeto con el cuerpo administrativo del que depende. Se trata, por tanto, de un deber jurídico de naturaleza *disciplinaria* resultante de la *relación especial de sujeción* en la que se halla la autoridad o funcionario público con respecto a la Administración.<sup>80</sup>

En cambio, en el caso de los delitos especiales de posición no institucional, los deberes extrapenales paralelos suelen entremezclarse con los deberes jurídico-penales cuya infracción constituye el núcleo mismo del injusto de la conducta típica, hasta el punto de resultar prácticamente imposible separar unos de otros. En el caso de esta segunda clase de delitos especiales de posición, las dos dimensiones del elemento delimitador de la autoría, la *objetiva* u organizativa y la *personal* o relativa a la infracción del deber extrapenal, se hallan entrelazadas de forma prácticamente indisoluble. En los delitos de posición no institucional, los deberes especiales paralelos

---

<sup>80</sup> En un sentido parecido ROBLES PLANAS, R. / RIGGI, E.J., *Indret* 4/2008, p. 26.

*de naturaleza extrapenal* que conviven con los correspondientes deberes jurídico-penales (los que obligan al sujeto a organizar su esfera de dominio de modo que no resulte lesionado el bien jurídico) resultan, precisamente, de la especial posición organizativa que ocupan determinados sujetos con respecto al fomento y la indemnidad del bien jurídico protegido.

7. Así, por ejemplo, en el ya mencionado *delito de revelación de secreto profesional*, el deber extrapenal consistente en la obligación deontológica de mantener en secreto la información transmitida por el cliente, presente en la práctica totalidad de los Estatutos Generales reguladores de las diferentes profesiones, participa de *idéntico objeto y fundamento* que la prohibición en que consiste la norma primaria que subyace al tipo penal. Lo mismo ocurre, en los *delitos societarios* con los deberes especiales previstos para el administrador de una sociedad en la legislación mercantil. Esto es, tanto los *deberes de fidelidad* (art. 127 bis LSA), extensivos a quien actúe como administrador de hecho (art. 133.2 LSA), y consistentes en la obligación general de actuar a favor del interés de la sociedad, como los *deberes de lealtad* (art. 127 ter LSA).<sup>81</sup> Como ya se apuntó *supra*, también debe ser calificado como delito especial de posición no institucional el *delito fiscal*. En este delito, el obligado tributario, único posible autor del delito, ocupa frente a otros sujetos ajenos a dicha relación (asesores fiscales, etc.) una posición especial con respecto al fomento y la indemnidad del bien jurídico protegido en dicho delito, esto es, el Erario público,<sup>82</sup> de la que se desprende un deber jurídico-penal especial de no defraudación tributaria.<sup>83</sup> Dicho deber coincide, sustancialmente, con el deber extrapenal que la Ley General Tributaria le impone, consistente en la obligación de contribuir al sostenimiento de las cargas públicas.<sup>84</sup>

---

<sup>81</sup> Que consisten, según este precepto, en la prohibición de utilizar el nombre de la sociedad ni invocar su condición de administradores para la realización de operaciones por cuenta propia o de personas a ellos vinculadas; la de realizar en beneficio propio o de personas vinculadas operaciones ligadas a los bienes de la sociedad, de las que haya tenido conocimiento con ocasión del ejercicio del cargo, cuando la inversión o la operación hubiera sido ofrecida a la sociedad o la sociedad tuviera interés en ella, siempre que la sociedad no haya desestimado dicha inversión u operación sin mediar influencia del administrador; el deber de comunicar al consejo de administración las situaciones de conflicto (directo o indirecto) que pudieran tener con el interés de la sociedad; el deber de comunicar la participación que tuvieran en el capital de una sociedad con el mismo, análogo o complementario género de actividad al que constituya el objeto social, así como los cargos o funciones que en ella ejerzan; y, por último, el deber de comunicar la realización del mismo, análogo o complementario género de actividad del que constituya el objeto social.

<sup>82</sup> *Vid.*, a este respecto, entre otras muchas resoluciones, la STC 50/95 y la STS 12-3-86.

<sup>83</sup> Gráfico es, a este respecto, el art. 19 LGT: “La obligación tributaria principal tiene por objeto el pago de la cuota tributaria”.

<sup>84</sup> En este sentido, por ejemplo, SILVA SÁNCHEZ, J.M., El nuevo escenario del delito fiscal en España, 2005, pp. 70 s.; HADWA, M., El sujeto activo en los delitos tributarios y los problemas relativos a la participación criminal, PCrim. 3 (2007), pp. 6 y 17.

También en estos delitos el carácter personal del deber extrapenal podría contribuir a la eventual atenuación de la pena del *extraneus* partícipe. Sin embargo, en la medida en que, según se ha dicho, en los delitos especiales de posición no institucional los deberes especiales extrapenales de referencia son prácticamente inherentes al injusto penal, en estos casos la atenuación de la pena del *extraneus* dependerá, fundamentalmente, del mayor o menor grado de hermetismo de la esfera organizativa en la que se encuentre inmerso el bien jurídico, y, por ende, de la mayor o menor distancia que separe a *intraneus* y *extraneus* de la accesibilidad al bien jurídico. Esto es, del elemento organizativo del injusto del delito.

8. Las dos clases de delitos especiales de posición difieren, además, en lo que respecta a la posibilidad de que un *extraneus* pueda responder como autor mediato del correspondiente delito. Por ejemplo: ¿Puede responder como autora mediata de un delito de prevaricación judicial la esposa del Juez, experta en derecho, que redacta personalmente una resolución injusta favorable a una amiga suya, y que el Juez procede a firmar sin advertir el cambio realizado por su esposa?<sup>85</sup> ¿Es autor de un delito contra la Hacienda Pública el asesor fiscal que elabora una declaración fiscal fraudulenta presentada ante la Agencia tributaria por su cliente, el obligado tributario, sin advertir el carácter irregular de la misma? Desde una perspectiva *de lege lata*, la respuesta es clara: no puede ser autor de un delito, ni directo ni mediato, aquel sujeto en quien no concurren los elementos de autoría previstos en el correspondiente tipo.<sup>86</sup> Así, si el art. 446 CP, en el que se encuentra tipificado el delito de prevaricación judicial, exige la concurrencia en el autor del elemento “*Juez o Magistrado*”, es evidente que sólo un sujeto en quien concorra alguno de estos elementos podrá ser autor, directo o mediato. Del mismo modo, cuando el art. 305 CP describe la conducta típica como la “*elusión del pago de tributos*”, es obvio que se está refiriendo a la falta de cumplimiento de una obligación propia, de tal modo que sólo podrá ser autor del delito el *obligado tributario*,<sup>87</sup> por lo que tampoco el asesor que provoca que su cliente presente una

---

<sup>85</sup> El ejemplo es de HERZBERG, R.D., *Täterschaft und Teilnahme*, 1977, p. 119.

<sup>86</sup> De otra opinión, entendiéndose que delitos como el fiscal o los societarios no son auténticos delitos especiales, de tal modo que cualquiera que ocupe la posición especial de afectación al bien jurídico en la que se encuentra inicialmente el obligado tributario o el administrador podrá acabar respondiendo como autor CHOCLÁN MONTALVO, J.A., *Responsabilidad de auditores de cuentas y asesores fiscales. Tratamiento de la información societaria inveraz*, Bosch, 2003, pp. 175 ss.; ROBLES PLANAS, R., *Garantes y cómplices*, 2007, p. 132. Defiende una postura aparentemente similar HADWA, M., *El sujeto activo en los delitos tributarios y los problemas relativos a la participación criminal*, PCrim. 3 (2007), p. 15.

<sup>87</sup> Defiende también esta postura, refiriéndose al carácter personal del verbo “*eludir*”, *vid.*, por todos, SILVA SÁNCHEZ, J.M., *El nuevo escenario del delito fiscal en España*, 2005, pp. 53 s., nota 42. De otra

declaración defraudatoria podría ser castigado como autor de un delito especial. La razón es clara: *el principio de legalidad lo impide*.

9. ¿Resulta aplicable el art. 31 CP para colmar estas aparentes lagunas de punibilidad? De conformidad con este precepto “*el que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre*”.

Según se acepta comúnmente, el art. 31 CP dispone una regla de extensión de la autoría al *extraneus* cuando actúa en nombre o representación del *intraneus* en el marco de un *delito especial propio*.<sup>88</sup> Pues bien: suele entenderse, con razón, que cuando el art. 31 CP se refiere a las “*condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo*”, no alude a los elementos de autoría de *todos* los delitos especiales propios, sino, como es lógico, sólo a aquellos *susceptibles de representación*. De acuerdo con esta forma de entender el art. 31 CP, perfectamente compartible, quedarán excluidos del precepto, por tanto, aquellas “*condiciones, cualidades o relaciones*” que, por su carácter personalísimo, sólo pueden ser imputadas de forma personalísima, esto es, en quien concurren personalmente.

La aplicación de este precepto a casos como los que han sido expuestos *supra* puede encontrarse con inconvenientes de difícil resolución. Uno de ellos es, por ejemplo, el *carácter irrepresentable* del elemento de autoría del correspondiente delito especial de posición. No es susceptible de representación, por ejemplo, el elemento “*autoridad o funcionario público*” del delito de infidelidad en la custodia de documentos (art. 413 CP), dado el carácter altamente personal de este elemento. Tampoco será extensible la condición de obligado tributario del delito fiscal (art. 305

---

opinión ROBLES PLANAS, R. / RIGGI, E.J., Indret 4/2008, pp. 33 y 37. De otra opinión HADWA, M., PCrim. 3 (2007), pp. 6 y 17, negando el carácter personalísimo de este deber jurídico extrapenal, por no vincular exclusivamente, en su opinión, al obligado tributario, sino a “*todas las personas en general*”.

<sup>88</sup> *Vid.*, entre otras muchas resoluciones, las SSTS 24 marzo 1997; 29 noviembre 1997; 16 julio 1999; 18 diciembre 2000; SSAP La Rioja 10 marzo 1997; Asturias 26 febrero 1998; Las Palmas 22 marzo 1998; Barcelona 4 abril 2001 y 12 septiembre 2001; Pontevedra 17 diciembre 2001; Palencia 11 febrero 2002; Valencia 27 enero 2003; SJP Murcia 30 diciembre 1999. En sentido contrario, sin embargo, se pronuncian las SSTS Tarragona 8 octubre 1999; 14 octubre 1999 y 22 mayo 2000; Segovia 29 noviembre 1999; SSAP Huelva 12 mayo 1999; Ávila 8 febrero 2000; Toledo 2 enero 2001; Huesca 12 febrero 2001; Alicante 29 julio 2002; Guipúzcoa 12 agosto 2003, que consideran aplicable el art. 31 CP a toda clase de delitos, incluidos, por tanto, los delitos especiales impropios y los delitos comunes.



CP) al asesor fiscal. Como se ha apuntado supra, la elusión del deber de contribuir a la Hacienda Pública prevista por el legislador para el delito que nos ocupa consiste en una conducta exclusivamente realizable de propia mano por el contribuyente. Debido a ello, el asesor fiscal carece en este ámbito, por principio, de toda capacidad para actuar en nombre o representación legal o voluntaria del sujeto pasivo del tributo.

10. Cuestión distinta a lo anteriormente expuesto es si, desde una perspectiva *de lege ferenda*, sería dogmáticamente correcto que el legislador penal convirtiera al *extraneus* en autor mediato de un delito de posición con el objeto de colmar supuestas lagunas de punibilidad. En mi opinión, esta pregunta debe ser contestada *afirmativamente*. No obstante, no cabe ignorar que el ámbito en el que el legislador encontrará mayores inconvenientes para proceder de este modo será el de los delitos especiales de posición institucional.<sup>89</sup> En esta clase de delitos, no sería dogmáticamente sostenible, por ejemplo, una redacción típica que concibiese el elemento altamente personal relativo a la “*autoridad o funcionario público*” como un elemento susceptible de ser realizado de forma no directa, esto es, a través de otro. Tampoco lo sería una redacción que entendiera realizable mediatamente la conducta típica indisolublemente vinculada a la condición personal de su autor. Así, por ejemplo, resultaría frontalmente contradictorio con el carácter altamente personal del deber extrapenal infringido por el *intraneus* un hipotético tenor literal del art. 446 CP como el que sigue: “*el particular que, utilizando a un Juez o Magistrado, dictare sentencia o resolución injusta...*”. Ya que, como es lógico, el dictado de resoluciones judiciales es competencia exclusiva y personal del Juez o Magistrado. Por esta razón, un particular nunca podrá llevarla a efecto, ni directamente ni a través de otra persona. A lo sumo, únicamente podrá *provocar* que un Juez o Magistrado la realice, por ejemplo utilizándolo como un instrumento que actúe en error o sin libertad.<sup>90</sup>

11. La última clase de delitos especiales, los que sólo pueden ser calificados como tales en un sentido amplio, se caracteriza por que, en ellos, la limitación legal del círculo

---

<sup>89</sup> En un sentido parecido SILVA SÁNCHEZ, J.M., *El nuevo escenario del delito fiscal en España*, 2005, pp. 65 ss. Con la tesis defendida en el texto principal se da respuesta a la siguiente cuestión, planteada ROBLES PLANAS, R., *Garantes y cómplices*, 2007, p. 137: “*Quien admita el castigo por un delito de prevaricación al particular que induce a un juez a dictar una sentencia injusta, deberá admitir —a fortiori— el castigo por el mismo delito si lo que hace es engañarle dolosamente para que la dicte*”. En mi opinión, no existe inconveniente en admitir el castigo del *extraneus* en ambos supuestos, aunque en el segundo caso únicamente desde una perspectiva *de lege ferenda*.

<sup>90</sup> En un sentido similar, aunque calificando como “*delitos especiales de deber o delitos especiales en sentido estricto*” los aquí denominados “delitos de posición institucional”, SILVA SÁNCHEZ, J.M., *El nuevo escenario del delito fiscal en España*, 2005, p. 67.

de autores no se fundamenta en la posición ocupada por el *intraneus* con respecto al bien jurídico, ni en el incumplimiento de función institucional o social alguna resultante de aquella posición especial. Tal limitación se produce a través de *elementos de autoría meramente tipificadores de una realidad fenomenológica habitual*. Ello ocurre, por ejemplo, en delitos como el de alzamiento de bienes (art. 257.1.1º CP) o el de exhibicionismo masculino en Alemania (§ 183 StGB). Huelga decir que ni en el primero de estos delitos el deudor infringe mediante la realización del acto de alzamiento un deber jurídico especial consistente en no insolventarse en perjuicio de acreedores, ni en el segundo el exhibicionista infringe deber jurídico alguno que tenga por objeto la no realización de actos de exhibicionismo. En estos delitos, la restricción del círculo de posibles autores obedece, antes bien, a la constatación empírica por parte del legislador de que ciertas conductas delictivas *acostumbran a ser realizadas* por determinados grupos de sujetos.

Que en estos delitos sólo ciertos sujetos puedan ser autores no significa, por tanto, que cuando sujetos ajenos a dichos grupos intervengan en la ejecución del hecho delictivo sus conductas deban ser merecedoras de una atenuación de la pena. Del mismo modo que ocurre en los delitos de posición, también en los delitos con elementos de autoría meramente tipificadores resultaría dogmáticamente defendible, desde una perspectiva exclusivamente *de lege ferenda* —no, por tanto *de lege lata*, como consecuencia del principio de legalidad— la comisión del delito por autoría mediata de un *extraneus*.

12. *De lege ferenda*, la clasificación bipartita de delitos especiales defendida en el presente trabajo (delitos especiales de posición y delitos especiales con elementos de autoría meramente tipificadores) puede producir importantes efectos en orden a la solución del problema relativo a si debe responder el *extraneus* que participa en el delito especial con una pena atenuada con respecto a la prevista para el *intraneus*.

Según entiendo, en los delitos especiales de posición, la atenuación de la pena del *extraneus* puede encontrarse, en principio, justificada, porque el sujeto no cualificado se halla más alejado que en los delitos comunes del dominio del riesgo típico ostentado por el *intraneus*. Concretamente, en el marco de este grupo de delitos, en los delitos de posición no institucional (delito de descubrimiento y revelación de secreto profesional, delitos societarios, delito fiscal, etc.), es posible afirmar que la “distancia” que existe entre el *intraneus* funcionario y el partícipe *extraneus* en los delitos de posición

institucional es *inferior*.<sup>91</sup> Tal eventualidad obedece a que en esta clase de delitos, las esferas o estructuras sociales en la que se encuentra el bien jurídico no son tan cerradas, ni están tan formalizadas como en los delitos de posición institucional. Por esa razón, tales esferas resultan *más penetrables* por terceros extraños, de modo que éstos últimos podrán realizar —y normalmente realizarán— *aportaciones al hecho más relevantes* que en los ya mencionados delitos de posición institucionalizada. No obstante, también en la tipología delictiva que ahora nos ocupa la aportación del partícipe extraño tendrá, en algunos supuestos, un *menor contenido de injusto*. Concretamente, en aquellos casos en los que la falta de dominio del riesgo por parte del *extraneus* resulte difícilmente subsanable, por no ocupar —a diferencia de lo que ocurre con el *intraneus*— una posición especial de garante con respecto a la vulnerabilidad del bien jurídico. En tales supuestos, procederá la atenuación de la pena del *extraneus*, por aplicación del art. 65.3 CP.

Lo anterior no se cumple, en cambio, en los delitos especiales en sentido amplio. En esta tercera clase de delitos especiales, no existe razón alguna para una atenuación de la pena, ya que, en tales supuestos, el contenido de injusto de la conducta del *extraneus* no es inferior al que caracteriza a la conducta del *intraneus*. Siguiendo en este extremo a HERZBERG, en los delitos especiales con elementos de autoría meramente tipificadores, la ausencia del referido elemento en el partícipe no determina que el contenido de injusto de la conducta de éste sea menor que el de la conducta del autor cualificado.

De esta clasificación se deduce, en suma, la existencia de ciertos delitos especiales en los que la participación de *extranei* merece una pena inferior a la del *intraneus*, y la de otros en los que, en cambio, ello no ocurre. Teniendo en cuenta esta circunstancia, debe considerarse *preferible* el carácter *facultativo* (y no obligatorio) de la atenuación de la pena del *extraneus* previsto en el actual art. 65.3 CP frente al carácter *obligatorio* de la atenuación prevista en el § 28.1 *StGB*.

\* \* \* \* \*

---

<sup>91</sup> De otra opinión PEÑARANDA RAMOS, E., en LH-Gimbernat, II, 2008, p. 1428.

## **Prof. Dra. Raquel Roso Cañadillas**

Prof. Titular de Derecho penal. Universidad de Alcalá, España. Patrona de la FICP

### **~Autoría y participación imprudente~**

#### **I.**

Desde que terminé mi tesis doctoral allá por el año 1999 y después se publicó mi libro sobre autoría y participación imprudente en el 2002, ha habido muchos autores que se han ocupado de este mismo tema, por lo que se han desarrollado y tratado muchas cuestiones y aspectos propios de la autoría y participación imprudentes. Ello es de aplaudir, pues durante mucho tiempo el delito imprudente ha estado relegado y sin embargo, actualmente, en mi opinión, se ha convertido en el paradigma de la sociedad del riesgo.

En mi trabajo defendí un concepto restrictivo de autor también para los delitos imprudentes, en contra de toda la doctrina alemana del momento, no tanto así la española. Defendí que se podía mantener, es más, que era conveniente un tratamiento unificado de los delitos dolosos e imprudentes bajo un mismo sistema: el restrictivo. Para delimitar la autoría de la participación imprudente me basé en el criterio de la **determinación objetiva y positiva del hecho**, que había sido formulado por LUZÓN PEÑA y despojado de la carga subjetiva propia del criterio del dominio del hecho. Con el estudio de este criterio llegué a las siguientes conclusiones:

- 1) En el delito imprudente la determinación de la autoría no se puede realizar por medio de la imputación objetiva, ya que esta categoría no sirve para diferenciar entre la capacidad y cualidad de cada intervención en un hecho imprudente. Los criterios de autoría y los criterios de la imputación objetiva pueden ser y son perfectamente complementarios, según mi construcción.
- 2) En cuanto al criterio diferenciador de la determinación objetiva y positiva del hecho consideré que, atendiendo al principio de legalidad y a una premisa incontestable, que es que la autoría es realización de acciones típicas, premisa que se enraíza en la teoría objetivo-formal, pero cuya realización de la acción típica requiere la determinación objetiva y positiva del hecho, en los casos en que la propia ley defina las conductas típicas, esas son las que determinarán el hecho objetiva y positivamente y no otras.

- 3) En los casos en que la ley no nos haya hecho ese “favor”, describo la determinación del hecho como intervención en el hecho realizando la acción a la que le es inherente en sí misma la producción del concreto resultado, y por esa **inherencia-riesgo-resultado concreto**, ese comportamiento resulta ser el más apto, el más idóneo, el más peligroso, el más adecuado *ex ante*; y entonces quien lo lleva a cabo tiene en sus manos consciente o inconscientemente objetivamente el curso de los acontecimientos. De tal modo que cualquier otro sujeto que intervenga en el hecho, por mucho que quiera y desee ser autor, no podrá usurpar el puesto de aquel que determina la dirección de la acción, ya que ésta posee la cualidad intrínseca de producción de un concreto resultado, y ello pese a que las demás conductas que están relacionadas con el hecho también *ex ante* sean peligrosas, pero no son las más idóneamente peligrosas, no existe en ellas esa **relación de inherencia al riesgo más idóneo para la realización del resultado lesivo**. En otras palabras: existe una escisión posible entre lo objetivo y lo subjetivo en el criterio del dominio del hecho, que permite hablar sólo de determinación, de tal modo que quien realiza la acción que reúne las condiciones más óptimas para llevar a cabo lo prohibido por una norma de la parte especial del Derecho penal, será una acción que automáticamente le convierte en autor. Y es que hay conductas que son la *ratio essendi* de la autoría y otras que no y ello con absoluta independencia de lo que haya querido el interviniente, porque las cualidades de la acción son previas, preexistentes y autónomas respecto a la voluntad del sujeto.
- 4) El criterio de la determinación objetiva y positiva del hecho no es un criterio causal o fenomenológico, anclado en descripciones causalistas, que no puedan explicar las nuevas realidades criminológicas que se producen por ejemplo en la delincuencia económica. Tampoco está basado exclusivamente en el automatismo de considerar autor al que actúa en último lugar, aludiendo a ello a la inmediatez espacio-temporal. Se puede tener en cuenta este subcriterio para dar contenido en determinados casos y determinadas clases de autoría a la determinación objetiva del hecho, pero no sin tener en cuenta otros factores o conceptos que confluyen en la conformación concreta del hecho. Por el contrario, concibo el criterio como un **criterio abierto** que

alberga una idea rectora que se desarrolla y matiza atendiendo a las circunstancias de cada caso concreto y que admite formulaciones tanto fenomenológicas como normativas, dependiendo de si nos encontramos ante delitos de resultado ontológico o delitos de resultado normativo.

## II.

Hasta aquí el criterio de la determinación objetiva y positiva del hecho, pero en mi trabajo no abordé **el otro gran criterio de la autoría, que deriva de los delitos de infracción del deber** y que ROXIN mantuvo como criterio de los delitos imprudentes en ~~su~~ la primera y segunda edición de su obra *Täterschaft und Tatherrschaft*, conduciéndole a un concepto unitario de autor una vez más para el delito imprudente. Ésta es la tarea que me he propuesto abordar actualmente y aquí y ahora les voy a exponer al respecto una serie de tesis iniciales y en fase embrionaria.

1. Como es sabido, los delitos de infracción del deber fueron elaborados por ROXIN al enfrentarse con las características propias de los delitos especiales, y posteriormente desarrollados por JAKOBS, hasta el punto de complementar los iniciales planteamientos de ROXIN. En estos delitos existe un deber especial o estamos ante delitos por competencia institucional que contienen un deber derivado de una institución jurídica y que convierte en autor al que incumple lo determinado por el deber normativo-institucional. Desde este momento, se produce una bicefalia en el sistema de la autoría, puesto que el dominio del hecho con su adaptación, la determinación del hecho, no es el único criterio que define la autoría, de tal modo que aquel que infringe el deber especial o institucional se convierte también en autor, aunque no tenga el dominio del hecho.

2. Pero desde hace unos años me llevo cuestionando el carácter irreconciliable entre una forma de delito y otra, y me pregunto por qué el criterio del dominio excluye necesariamente la existencia de un deber y si no podemos dominar infringiendo deberes especiales. La respuesta se me antoja afirmativa. Pensemos que para ROXIN los delitos en comisión por omisión son delitos de infracción de un deber y resulta que los delitos tradicionalmente llamados de dominio también se pueden cometer en comisión por omisión. Si los delitos cometidos en comisión por omisión son delitos de infracción de un deber, cualquier delito que admita esta forma de lesionar el bien jurídico también es un delito de infracción de un deber, y por tanto hay que concluir que el homicidio no es

un delito de dominio. E incluso hay delitos especiales que no son delitos de infracción de un deber, si consideramos con JAKOBS que el deber extrapenal no debe ser aislado y particular para el caso concreto, sino que debe estar institucionalizado, y si es así hay que terminar por aceptar que no todos los delitos especiales son delitos de infracción del deber y que muchos delitos comunes pueden ser cometidos infringiendo un deber. Y por último, hay delitos en el CP español en los que su injusto reside en la infracción de un deber, pero el tipo expresa el modo y forma de realizar esa conducta, es decir, de infringir ese deber, teniendo así un carácter mixto entre el dominio y la infracción del deber.

Después de estas reflexiones me atrevo a realizar la siguiente clasificación provisional y con reservas y considero que hay tres tipos de delitos atendiendo a la forma de autoría:

- 1) **Delitos de infracción de deber puros:** son los que definen la autoría sólo y exclusivamente a través de la infracción de un deber.
- 2) **Delitos de dominio o determinación objetiva del hecho puros:** en ellos se configura la autoría a través de la conducta más apta y más capaz para realizar el resultado en el caso concreto y sin que aparezca la categoría de un deber especial o institucionalizado. Lo que importa en estos delitos son las cualidades intrínsecas de la acción, que la convierte en la más lesiva posible dentro del contexto delictivo concreto.
- 3) **Delitos polivalentes de autoría:** estos delitos pueden ser cometidos por un sujeto que domine o determine el hecho o por un sujeto que infrinja un deber especial o institucionalizado. Están redactados de tal modo que es posible admitir los dos criterios de autoría.

3. Es precisamente en esta última clase de delitos donde considero que el antagonismo con el que se ha presentado el sistema de autoría roxiniano y jakobsiano se pone en entredicho, al igual que lo cuestionan los autores que admiten la participación en comisión por omisión en un delito, los cuales necesariamente están afirmando que pese a la existencia de la infracción de un deber especial y una posición de garantía, no hay autoría.

En efecto, en estos delitos polivalentes de autoría pueden concurrir varias intervenciones y cada una de ellas obedecer a un criterio de autoría diferente. Esta puede ser una hipótesis. La otra posibilidad es que ambos criterios concurren en una misma conducta y sujeto y fundamentar así la autoría. Los delitos imprudentes son, como he mencionado anteriormente, el paradigma de la sociedad del riesgo, y es precisamente en su ámbito donde han proliferado definiciones de deberes especiales con el fin de fijar los estándares del riesgo permitido. No obstante, se puede dar un paso más y mantener que en los delitos polivalentes de autoría nos podemos encontrar con que el dominio o la determinación del hecho se pueden configurar a través de la infracción del deber especial o institucionalizado, y ello porque la infracción del deber especial sea la forma más capaz y más idónea para lesionar el bien jurídico, por lo que determina el hecho. **Es decir, la infracción del deber, según la configuración de algunos hechos, es una forma de dominio o de determinación objetiva del hecho, porque no se castiga la mera infracción del deber o la infracción del deber en términos absolutos, sino que se castiga la infracción del deber que crea un riesgo o eleva un riesgo.**

Por ejemplo, pensemos en un padre que facilita de un modo imprudente el cuchillo o la pistola al homicida de su hijo. En este caso, JAKOBS considera que el padre también es autor de un homicidio por infringir el deber especial que dimana de la relación paterno-filial. El padre se tenía que haber organizado conforme a la institución y no lo ha hecho. No obstante, según la posición que sostengo el padre es un partícipe. Es garante, ha infringido un deber institucional, que le obliga a comportarse de una manera determinada, pero su conducta, que podía haber consistido también en un no hacer, no es una conducta de autoría, ya que con la infracción de su deber no ha dominado el hecho y en un delito polivalente de autoría hay que tener en cuenta, según los casos, sobre todo cuando hay varias intervenciones, ambos criterios. Así en el ejemplo propuesto, la conducta más apta para matar es clavar el cuchillo y ésta es la conducta relevante de autoría. El riesgo que se crea infringiendo el deber no es el que origina el resultado lesivo.

No se me escapa que esta solución no satisface del todo y, pese a castigar al padre, el castigo parece insuficiente, y ello porque el padre no es un tercero, sino que el padre está para proteger los bienes jurídicos de sus hijos y se establece una relación de confianza, de incumbencia, que queda completamente transgredida. El injusto de este



partícipe es claramente mayor que el de un tercero cualquiera, ya que ha aceptado voluntariamente una posición especial frente al bien jurídico, pero no ha cumplido las expectativas de la institución, que le otorga competencias intensivas de protección del bien jurídico. No obstante, en mi opinión no se puede dar el salto cualitativo de considerarle autor. Ahora bien, se me ocurren tres posibilidades para que la pena sea proporcional a ese plus de desvalor derivado de su estatus institucionalizado:

- 1) Se puede crear delitos de omisión pura de garante, como han defendido SCHÜNEMANN y SILVA.
- 2) Se puede introducir *una agravante en los Códigos penales* que recoja este plus de injusto de los partícipes-garantes, que infringen su deber especial, pero no son autores del hecho.
- 3) O para el caso de los delitos imprudentes, se puede defender la punición de la participación imprudente en determinados supuestos.

4. Soy partidaria de esta última solución para el delito imprudente. En mi trabajo defendí la no punibilidad de la participación imprudente basándome en un argumento jurídico-legal como lo es el art. 12 CP y en argumentos de política-criminal, como el considerar el delito imprudente como un delito de evidente menor desvalor subjetivo que el delito doloso, o como el del *telos* que reside en la norma penal del sistema de *numerus clausus* para castigar la imprudencia, que vuelve a ser otra manifestación de la menor gravedad del delito imprudente, o la falta de castigo de la tentativa imprudente. Este planteamiento tiene sus **excepciones** y dejé apuntado que no en todos los casos la participación imprudente podía ser impune, haciendo alusión ya al criterio de la infracción de un deber.

Desarrollando esta posición, actualmente considero que *la participación imprudente que no se corresponde con una infracción del deber especial* o institucionalizado *no es una participación imprudente punible*. Es decir, aquella participación imprudente que se ha organizado en contra del principio básico del *neminem laedere* y en la que ese es su único límite no es una participación imprudente con la suficiente entidad para tener relevancia jurídico-penal. Sin embargo, *la participación imprudente del sujeto que infringe un deber especial*, o sea, de aquél respecto de quien el ordenamiento ha dispuesto que tiene que organizarse de una determinada manera conforme a la institución, con una forma especial de conducirse, con unos deberes especiales y distintos derivados de su rol especial y con una relación

estrecha y especial de protección con el bien jurídico, debe ser una *participación imprudente punible*. Y con ello no abogo por abrir la lista de delitos imprudentes punibles, si ello no es necesario, pero una vez que se castigan estos delitos se debe castigar la autoría y en su caso su participación, cuando la gravedad del comportamiento del partícipe imprudente reside en no seguir lo prescrito por las normas que definen el modo de conducirse dentro de una institución, en la que la persona se ha integrado voluntariamente. En otras palabras: la infracción de su deber especial derivado de la configuración de la institución ha supuesto el favorecimiento de la lesión del bien jurídico, *que el partícipe imprudente por su rol institucionalizado o protocolizado está llamado a proteger en cualquier caso*.

En conclusión, el delito de infracción del deber imprudente *tiene un ámbito de punibilidad mayor* que el delito de dominio imprudente.

5. A estos efectos y como idea final me gustaría reparar en la **delegación de funciones** tan propia del ámbito empresarial y de la delincuencia económica. El delegado, en mi opinión, pasa a tener funciones residuales de vigilancia y control, cuando hace uso de la delegación como principio organizativo. En estos supuestos quien tiene el núcleo del deber es el delegado y por tanto será él y no otro el que está ahora ocupando una posición especial frente al bien jurídico, nadie le puede disputar esta situación. La relación delegado-delegante debe transcurrir conforme al principio de confianza. En consecuencia, si el delegado infringe su deber y determina así la actuación delictiva, el único responsable será él, en el caso de que el control y vigilancia del delegante se haya realizado correctamente y haya servido de modo efectivo para fiscalizar y analizar la labor del delegado.

En el caso de que no sea así, porque se ha hecho una dejación absoluta de estos deberes o bien, sin haber dejación, se ha realizado un control inadecuado por parte del delegante, el principio de confianza habría decaído y no podría ser alegado, y hay que analizar entonces la responsabilidad de los delegantes por su comportamiento negligente. En este caso hay varias posiciones de garantía y correlativamente varios sujetos en la posición especial respecto del bien jurídico. Si aplicamos conjuntamente la infracción del deber especial con la determinación objetiva del hecho, el sujeto autor debería ser exclusivamente el delegado y partícipes imprudentes los delegantes, que con su conducta descuidada y negligente no han determinado, sino contribuido a que la

imprudencia del sujeto delegado se mantenga. Otra posible solución se basa en considerar a ambos sujetos autores accesorios o yuxtapuestos, porque el delegante podía rescatar en cualquier momento, por medio del ejercicio de su derecho de avocación, el dominio o la determinación sobre su deber especial delegado. Pero ello sólo prueba que el delegante tiene un *dominio o determinación potencial sobre el hecho*, pero no un dominio actual como lo tiene el delegado justo en el momento en que se produce la lesión al bien jurídico. En el momento en que el delegante transfiere su deber, su función no es cumplir el deber positivo y central que ha delegado, sino el deber de cuidar que se cumpla convenientemente el deber delegado, y ello lo impone la organización y funcionalidad de la actividad de que se trate, con el fin de que el delegante sea cuidadoso a la hora de elegir y mantenga un control periódico de las funciones delegadas. Por tanto, en mi opinión, el delegante tiene unas *funciones* de protección que en este contexto y en todo el engranaje son *secundarias, por lo que no determina el hecho*. Ello no significa que sea impune. Por el contrario, como he señalado, cabe la punibilidad de la participación imprudente en los casos en que el partícipe infringe deberes especiales de protección.

\* \* \* \* \*

## Prof. Dra. Carolina Bolea Bardon

Prof. Titular de Derecho penal. Universidad de Barcelona, España. Socia de la FICP.

### ~El autor tras el autor (autoría y participación en aparatos organizados de poder)\*~

#### I. REVISIÓN CRÍTICA DE LA CONSTRUCCIÓN DE ROXIN DE LA AUTORÍA MEDIATA A TRAVÉS DE APARATOS ORGANIZADOS DE PODER

La construcción de ROXIN del dominio a través de aparatos organizados de poder nace para dar respuesta a un modelo de criminalidad caracterizado por la comisión de delitos organizados desde el Estado. Desde un primer momento se aprecia en ROXIN la necesidad político-criminal de condenar como autores a los mandos dirigentes de organizaciones criminales. Cuando en el año 1963 ROXIN desarrolla su teoría del “*dominio de la voluntad a través de aparatos organizados de poder*” tiene muy presentes casos como los del agente Staschynskij y el proceso contra Eichmann<sup>1</sup>. Precisamente, del proceso contra Eichmann extrae ROXIN algunos de los elementos que, según él, conforman el dominio de la organización: así, por ejemplo, la idea de que la falta de presencia en el lugar de los hechos queda compensada con el poder de mando que otorga el puesto de dirección en la organización<sup>2</sup>. Esta clase de dominio supone, según ROXIN, tener a disposición un aparato organizado de poder que permite llevar a cabo delitos sin necesidad de dejar su realización a una decisión independiente del ejecutor<sup>3</sup>. La persona que bajo estas circunstancias dicta las órdenes tiene el dominio del hecho porque la propia estructura del aparato garantiza el cumplimiento de la orden independientemente de la individualidad del que actúa inmediatamente<sup>4</sup>. Siguiendo este planteamiento, quien finalmente ejecuta el hecho de propia mano es sólo una «ruedecilla intercambiable» en el mecanismo del aparato de poder. En caso de fallar éste, se coloca

---

\* Ponencia presentada en la 2.ª sesión del I Congreso Internacional de la FICP sobre Retos actuales de la teoría del delito, Univ. de Barcelona, 29-30 mayo 2015.

<sup>1</sup> Versión escrita: ROXIN, Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate, GA, 1963, pp. 193 ss. Para una reciente formulación de su construcción sobre el dominio de la organización, vid. ROXIN, Zur neuesten Diskussion über die Organisationsherrschaft, GA, 7/2012, pp. 395 ss.

<sup>2</sup> ROXIN, Täterschaft und Tatherrschaft, 8ª ed., 2006, p. 247; EL MISMO, Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate, GA, 1963, p. 202. Según este autor, la pérdida de proximidad al hecho del hombre de detrás se compensa por la medida de dominio organizativo, que va aumentando según asciende en la escala jerárquica del aparato.

<sup>3</sup> ROXIN, Täterschaft und Tatherrschaft, 8ª ed., 2006, pp. 242 y 243; EL MISMO, en: LK-StGB, 11ª ed., 1993, § 25, n. 128, p. 61.

<sup>4</sup> ROXIN, en: LK-StGB, 11ª ed., 1993, § 25, n. 128, p. 61.

inmediatamente a otro en su lugar, de manera que normalmente el que dicta la orden ni siquiera conoce a la persona del ejecutor<sup>5</sup>.

En realidad, los dos requisitos básicos que permiten fundamentar el dominio de la organización en la construcción de ROXIN son la fungibilidad del ejecutor inmediato y la desvinculación del aparato del Derecho. Lo característico del criterio de la fungibilidad es el hecho de que el hombre de detrás puede contar con que la orden por él dictada va a ser cumplida sin necesidad de emplear ni coacción ni engaño. Al no depender la organización de la persona individual del ejecutor, se dice de ella que funciona de forma «automática». En efecto, la clave está en la posible sustitución de un ejecutor por otro en caso de que uno se negara a cumplir las órdenes, asegurándose, así, la ejecución del plan en su conjunto<sup>6</sup>.

El segundo requisito básico en la tesis de ROXIN sobre el dominio de la organización es la exigencia desvinculación del Derecho. El aparato de poder debe actuar completamente al margen del ordenamiento jurídico, con lo que el reconocimiento de este tipo de dominio se limita a casos muy concretos<sup>7</sup>. De hecho, el autor sólo menciona supuestos en los que son los propios portadores del poder estatal los cometen delitos o aquellos otros en que se desarrolla un «Estado dentro del Estado» frente al ordenamiento jurídico, como puede suceder con organizaciones terroristas o mafiosas<sup>8</sup>. Para ROXIN, en cuanto la dirección y órganos de ejecución se hallan vinculados a un ordenamiento jurídico independiente, las leyes adquieren su máximo rango y excluyen normalmente el cumplimiento de órdenes antijurídicas y, con ello, el dominio de la voluntad del hombre de detrás. De este modo, califica como inducción la

---

<sup>5</sup> ROXIN, en: LK-StGB, 11ª ed., 1993, § 25, n. 128, p. 61; EL MISMO, Täterschaft und Tatherrschaft, 8ª ed., 2006, p. 245; EL MISMO, Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate, GA, 1963, p. 201; EL MISMO, Anmerkung, JZ, 1995, p. 50.

<sup>6</sup> ROXIN, Täterschaft und Tatherrschaft, 8ª ed., 2006, pp. 244 y 245; EL MISMO, en: LK-StGB, 11ª ed., 1993, § 25, n. 128, p. 61; EL MISMO, Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate, GA, 1963, pp. 200-203; EL MISMO, Anmerkung, JZ, 1995, p. 50.

<sup>7</sup> ROXIN, en: LK-StGB, 11ª ed., 1993, § 25, n. 129, p. 62; EL MISMO, Täterschaft und Tatherrschaft, 8ª ed., 2006, p. 249; EL MISMO, Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate, GA, 1963, p. 204; EL MISMO, Anmerkung, JZ, 1995, pp. 51 y 52.

<sup>8</sup> ROXIN, en: LK-StGB, 11ª ed., 1993, § 25, n. 129, p. 62; EL MISMO, Täterschaft und Tatherrschaft, 8ª ed., 2006, p. 250; EL MISMO, Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate, GA, 1963, p. 205. En un sentido todavía más restrictivo, SCHUMANN, Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen, 1986, p. 76, para quien la figura de la autoridad mediata a través de aparatos organizados de poder no es aplicable a cualquier organización criminal o terrorista que simplemente se haya separado del Derecho, ni tampoco es extensible al ámbito de la empresa, cuando se trata del cumplimiento de órdenes antijurídicas (a no ser que se pueda apreciar un delito consistente en la infracción de un deber, *vid.* p. 76, nota 15). También en favor de una interpretación restrictiva, BOTTKE, Täterschaft und Gestaltungsherrschaft, 1992, pp. 72-74.

conducta de quien, en el marco de un Estado de Derecho y con autoridad de jefe, determina a su subordinado a cometer una acción punible, siempre que la autoría mediata no se base en otras razones<sup>9</sup>. ROXIN sostiene que no se puede hablar de intercambiabilidad cuando el sujeto debe ganarse cada vez un partícipe individual para el plan delictivo<sup>10</sup>.

Cabe destacar que desde el año 2006 ROXIN añade a estos dos requisitos un tercer elemento adicional: la disposición incondicional al hecho por parte del ejecutor material, criterio que fue inicialmente defendido por SCHROEDER<sup>11</sup>. En el fondo ambos criterios son, a mi juicio, perfectamente compatibles, puesto que cuantos más sujetos dispuestos (“determinados incondicionalmente”) a cometer el hecho existan, más se asegura la fungibilidad de los ejecutores materiales.

Visto a grandes rasgos el planteamiento básico de ROXIN sobre el dominio de la organización, conviene realizar algunas objeciones al mismo. El punto más débil de la construcción de ROXIN gira, en mi opinión, en torno a la doble calificación que se otorga a la conducta del ejecutor material. Por una parte, se afirma su capacidad de tomar una decisión libre y responsable y, por otra, en lo que afecta al hombre de detrás, acaba negándose dicha capacidad<sup>12</sup>. En efecto, respecto al individuo que ejecuta las órdenes dictadas en el marco de una organización criminal, afirma ROXIN que no faltándole ni la libertad, ni la responsabilidad, debe ser castigado como autor. Y añade que esto no afecta al dominio del hecho del hombre de detrás porque, desde el punto de vista de este último, el ejecutor no aparece como persona libre y responsable, sino que se presenta como figura anónima e intercambiable<sup>13</sup>. Esta es una contradicción difícil de superar. ¿Cómo es posible que quien es considerado plenamente responsable de su hecho puede al mismo tiempo ser considerado instrumento de otra persona? La respuesta que da ROXIN a esta objeción no convence porque se limita a repetir el argumento de que en el marco de los aparatos organizados de poder la voluntad responsable, que normalmente

---

<sup>9</sup> ROXIN, en: LK-StGB, 11ª ed., 1993, § 25, n. 129, p. 62; EL MISMO, Täterschaft und Tatherrschaft, 8ª ed., 2006, p. 249; EL MISMO, Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate, GA, 1963, p. 204.

<sup>10</sup> ROXIN, Täterschaft und Tatherrschaft, 8ª ed., 2006, pp. 249 y 250; EL MISMO, Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate», GA, 1963, pp. 204 y 205; EL MISMO, Anmerkung, JZ, 1995, pp. 51 y 52.

<sup>11</sup> ROXIN, Organisationsherrschaft und Tatentschlossenheit, ZIS, 2006, p. 298.

<sup>12</sup> En el mismo sentido, vid., por todos, RENZIKOWSKI, Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, 1997, pp. 88-90, advirtiendo que la construcción del dominio de la organización apenas tiene en cuenta la propia responsabilidad del ejecutor inmediato frente a la responsabilidad de los hombres de detrás.

<sup>13</sup> ROXIN, Täterschaft und Tatherrschaft, 8ª ed., 2006, p. 245.

se mueve como «muralla infranqueable» entre el hombre de detrás y el hecho, pierde dicha eficacia, circunstancia ésta que fuerza, según el autor, a admitir el dominio del hecho y, con ello, la autoría mediata de los instigadores<sup>14</sup>. Por consiguiente, es evidente que en el ámbito de los aparatos organizados de poder ROXIN abandona definitivamente el «principio de responsabilidad». En efecto, la plena responsabilidad criminal del ejecutor material no le sirve ya como límite de la autoría mediata, abriendo de par en par la puerta a la figura del autor tras el autor; y aquí, no de forma excepcional, como admite en algunos casos de error, sino como criterio general. El problema es cómo fundamentar dicha figura.

## II. REPERCUSIÓN DE LA CONSTRUCCIÓN DEL DOMINIO DE LA ORGANIZACIÓN DENTRO Y FUERA DE ALEMANIA

La autoría mediata basada en el dominio de la organización ha tenido un seguimiento destacable por parte de la doctrina alemana. Sin embargo, también ha contado con importantes detractores que han criticado, con distintos argumentos, la construcción de ROXIN<sup>15</sup>. Algunos de ellos, como HERZBERG y ROTSCH, se mantienen como firmes defensores de la inducción a la hora de resolver estos supuestos, no admitiendo, según dicen, que el rigor dogmático se vea sacrificado para dar respuesta a necesidades político-criminales<sup>16</sup>. Especialmente criticado ha sido el criterio de la fungibilidad con el argumento de que es precisamente la fungibilidad del hombre de delante la que puede impedir en el caso concreto la comisión del hecho exigido por el

<sup>14</sup> ROXIN, *Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate*, GA, 1963, p. 201; EL MISMO, *Anmerkung*, JZ, 1995, p. 50.

<sup>15</sup> Cfr. las críticas de HERZBERG, *Mittelbare Täterschaft und Anstiftung in formalen Organisationen, en Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft* (dir. Amelung), 2000, p. 39; RENZIOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, 1997, p. 89; ROTSCH, *Täterschaft kraft Organisationsherrschaft?*, ZStW 112 (2000), pp. 526 ss.; EL MISMO, *Neues zur Organisationsherrschaft*, NSTZ 2005, Heft 1, pp. 14 ss.; HAAS, *Die Theorie der Tatherrschaft und ihre Grundlagen*, 2008, pp. 23 s. (p. 26: “La teoría del dominio del hecho oscila de un modo incoherente y racionalmente no comprensible entre normatividad y facticidad, por ello el dominio del hecho no es finalmente un concepto, sino únicamente un principio conductor (*Leitprinzip*)”; AMBOS, *Transfondos políticos y jurídicos de la sentencia contra el ex presidente peruano Alberto Fujimori*, en Ambos/Meini (eds.), *La autoría mediata. El caso Fujimori*, 2010, pp. 82 ss.

<sup>16</sup> HERZBERG, *Mittelbare Täterschaft und Anstiftung in formalen Organisationen, en Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft* (dir. Amelung), 2000, p. 48; ROTSCH, *Täterschaft kraft Organisationsherrschaft?*, ZStW 112 (2000), pp. 561 s.; EL MISMO, *De Eichmann hasta Fujimori. Sobre la recepción del dominio de la organización después de la Sentencia de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema del Perú*, en Ambos/Meini (eds.), *La autoría mediata. El caso Fujimori*, 2010, p. 41; RENZIOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, 1997, pp. 87 ss. A favor de la inducción, también, KÖHLER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 1996, p. 510, para quien la calificación como inductores del autor de despacho y del jefe de la banda de una organización criminal resulta plenamente acertada por lo que respecta a las consecuencias jurídicas (idéntica pena que la del autor).

aparato. Asimismo se le reprocha que acaba utilizando dos conceptos materiales de hecho diferentes: uno, en sentido estricto, realizado a través del instrumento y, otro, en sentido amplio, que abarca el curso del suceso global hasta la realización del resultado típico.

Lo que en cualquier caso no deja de sorprender es la fuerte proyección que ha conseguido la construcción de ROXIN fuera de las fronteras alemanas. Concretamente, en el proceso contra los miembros de la Junta General argentina emplea el Tribunal algunas de las tesis del dominio a través de aparatos organizados de poder<sup>17</sup>. Pero el máximo reconocimiento de la construcción de ROXIN sobre el dominio de la organización llega a través de la sentencia de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú de 7-04-2009, en la que se condena al expresidente Alberto Fujimori como autor mediato a través del dominio de la voluntad en un aparato de poder organizado<sup>18</sup>. Se puede decir que esta sentencia ha reabierto en Alemania el debate sobre la figura del autor tras el autor<sup>19</sup>. También el reconocimiento expreso en el Estatuto de Roma de la autoría mediata a través de un ejecutor material plenamente responsable en el art. 25.III a) ha avivado la polémica en torno a dicha figura<sup>20</sup>.

### III. LA UTILIZACIÓN DEL CRITERIO DEL DOMINIO DE LA ORGANIZACIÓN POR PARTE DEL BGH ALEMÁN

La jurisprudencia alemana acoge en el año 1994 la construcción de ROXIN de los aparatos organizados de poder en la célebre sentencia de los “disparos en la frontera”<sup>21</sup>. Es en esta sentencia donde por primera vez el BGH admite la figura de la autoría

---

<sup>17</sup> Cfr. ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 8ª ed., 2006, p. 653; EL MISMO, en: LK-StGB, 11ª ed., 1993, § 25, n. 130, p. 62; AMBOS, *Tatherrschaft durch Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate*, GA, 1998, pp. 238 y 239.

<sup>18</sup> Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, Sala Penal Especial, Exp. Nº AV 19-2001 (acumulado), 7-04-2009, Casos Barrios Altos, La Cantuta y Sótanos SIE.

<sup>19</sup> Prueba de ello es que la revista ZIS dedica un número (el de noviembre 2009) al análisis del tratamiento de la autoría mediata en el caso Fujimori, reuniendo para ello a ilustres penalistas de diversas nacionalidades. Vid. una versión en español de los diversos trabajos en torno a la Sentencia mencionada en Ambos/Meini (eds.), *La autoría mediata. El caso Fujimori*, 2010.

<sup>20</sup> Art. 25 del Estatuto de Roma: “De conformidad con el presente Estatuto, será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de la competencia de la Corte quien: (a) cometa dicho crimen por sí sólo, junto con otro o a través de otro, sea éste o no penalmente responsable” (*Commits such a crime, whether as an individual, jointly with another or through another person, regardless of whether that other person is criminally responsible*). Sobre la interpretación de este precepto que viene haciendo la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional, vid. GIL GIL, *Imputación de crímenes internacionales, ¿expansión o universalización? Problemas y vías de solución*, en Gil Gil (dir.) y Maculan (coord.), *Intervención delictiva y Derecho penal Internacional*, 2013, pp. 518 ss.

<sup>21</sup> BGHSt 40, pp. 218 ss.



mediata a través de un aparato organizado de poder. Y es precisamente en esta misma sentencia dónde se menciona la posibilidad de extender la construcción de la autoría por dominio de la organización al ámbito de las empresas<sup>22</sup>. En forma de *obiter dictum* el Tribunal afirma expresamente que acudiendo a la autoría mediata “se puede resolver también el problema de la responsabilidad en la actividad de empresas económicas”.

La sentencia de los “disparos en la frontera” marca un claro punto de inflexión, pues a partir de ese momento la jurisprudencia posterior del BGH no muestra reparos a la hora de adoptar la solución propuesta por el Tribunal<sup>23</sup>. En efecto, son numerosas las sentencias en las que el BGH acude a la autoría mediata por dominio de la organización en la empresa, apartándose de los postulados de la teoría de ROXIN. El BGH renuncia de este modo a uno de los elementos clave de la construcción de ROXIN, a saber, que la organización esté desvinculada del Derecho. Se conforma para la autoría mediata con el “aprovechamiento, a través de las estructuras de la organización, de determinadas condiciones-marco (*Rahmenbedingungen*) que generan cursos causales regulares”<sup>24</sup>. En realidad, el BGH prescinde de la propia categoría de los aparatos de poder, considerando suficientes las meras relaciones contractuales para afirmar la autoría mediata<sup>25</sup>. Una sentencia (BGH de 3-07-2003) alude expresamente al abandono por parte de la jurisprudencia de la concepción del dominio de la organización de ROXIN<sup>26</sup>. El Tribunal condena al acusado como autor mediato por dar instrucciones a sus empleados (veterinarios) para que, cambiando el nombre de determinados medicamentos, pudieran ser utilizados para el tratamiento de animales de forma no autorizada. El dominio del hecho del acusado se basa en que, “a través de la fuerte organización jerarquizada de su praxis”, consigue “las condiciones–marco para la prescripción de medicamentos”. El tribunal no niega el dominio del hecho de los empleados, quienes sabían perfectamente que los productos en cuestión no estaban

---

<sup>22</sup> BGHSt 40, pp. 218-240 (NJW, p. 2706).

<sup>23</sup> Vid., entre otras, BGHSt 45, 270, pp. 296 ss.; BGHSt 43, pp. 219, 231 ss. Vid. el análisis de la jurisprudencia del BGH que lleva a cabo ROTSCH, *Täterschaft kraft Organisationsherrschaft?*, ZStW 112 (2000), pp. 536 ss.; EL MISMO, *Zur Hypertrophie des Rechts. Plädoyer für eine Annäherung von Wissenschaft und Praxis*, ZIS 2008, p. 3. Vid., también, RÜBENSTAHL, *Die Übertragung der Grundsätze zur Tatherrschaft kraft Organisationsherrschaft auf Unernehmen durch den BGH*, HRR-Strafrecht, 10/2003, pp. 210 ss.

<sup>24</sup> BGHSt 48, pp. 331 y 347; BGHSt 49, pp. 147 y 163.

<sup>25</sup> Así, SCHÜNEMANN, *El dominio sobre el fundamento del resultado: base lógico-objetiva común para todas las formas de autoría incluyendo el actual en lugar de otro*, en LH-Rodríguez Mourullo, 2005, p. 982. Con este proceder, el autor ve un acercamiento del BGH a las teorías subjetivas.

<sup>26</sup> BGH de 3-07-2003 (1 StR 453/02). Sobre esta sentencia, vid., críticamente, ROTSCH, *Neues zur Organisationsherrschaft*, NStZ 2005, Heft 1, pp. 16 ss.

permitidos. A pesar de ello, entiende el BGH que “por razón de la posición que su empleador ostentaba”, los empleados estaban vinculados o ligados fácticamente a éste<sup>27</sup>.

#### IV. VALORACIÓN CRÍTICA DE LA A UTILIZACIÓN EXPANSIVA DE LA AUTORÍA MEDIATA

Resulta muy significativo que el propio ROXIN rechace la posibilidad de aplicar las reglas del dominio de la organización a los delitos cometidos en la empresa<sup>28</sup>. La mayoría de los autores alemanes partidarios de la construcción de ROXIN comparten idéntico rechazo. Sin ir más lejos, SCHÜNEMMAN, acérrimo defensor del criterio del dominio de la organización en el marco de los aparatos de poder, se muestra totalmente contrario a trasladar la solución de la autoría mediata al ámbito empresarial<sup>29</sup>. Ahora bien, en el marco de las organizaciones criminales, SCHÜNEMANN llega más lejos que el propio ROXIN, pues sigue defendiendo el dominio de la organización allí dónde su maestro, asumiendo algunas de las críticas a su construcción, abandona la tesis de la autoría en favor de la inducción, concretamente en lo que se refiere al criterio de la fungibilidad en aquellos supuestos en que los ejecutores que reciben órdenes son especialistas no intercambiables<sup>30</sup>. En cambio, en el ámbito empresarial SCHÜNEMANN rechaza de pleno la tesis del BGH, adhiriéndose así a la corriente contraria a la aplicación de la autoría mediata en la empresa promovida por el propio ROXIN y seguida, con diversos argumentos, por la doctrina mayoritaria.

SCHÜNEMANN parte de la premisa de que es necesario hacer responder como autor a la persona que dirige la empresa por los hechos delictivos (vinculados a la actividad empresarial) cometidos por sus empleados en cumplimiento de sus órdenes, pero acaba

---

<sup>27</sup> En relación con esta misma sentencia, apunta ROTSCHE, Neues zur Organisationsherrschaft, NStZ 2005, Heft 1, p. 18, que con este entendimiento de la autoría mediata se vulnera el mandato de determinación de los tipos, añadiendo que “con una autoría mediata a través de la utilización de condiciones-marco” ya no cabe seguir defendiendo un concepto restrictivo de autor.

<sup>28</sup> Vid., ROXIN, Täterschaft und Tatherrschaft, 8ª ed., 2006, pp. 715 ss.; EL MISMO, El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata, RP 18, 2006, pp. 247 s., donde se inclina por fundamentar la autoría de los directivos de la empresa al margen de la teoría del dominio del hecho, atribuyéndoles una posición de garante para la salvaguarda de la legalidad (*Garantenstellung zur Wahrung der Legalität*) vinculada a la teoría de los delitos de infracción de un deber.

<sup>29</sup> SCHÜNEMANN, en: LK-StGB, 12ª ed., 2010, § 25, NM, 131, p. 1917.

<sup>30</sup> SCHÜNEMANN, en: LK-StGB, 12ª ed., 2010, § 25, NM, 127, p. 1914, quien considera que se trata de una concesión innecesaria que hace ROXIN a las críticas a su postura (p. 1914, nota 291). Vid. las matizaciones que introduce ROXIN a su postura inicial en relación con las exigencias de fungibilidad y de desvinculación del aparato de poder del Derecho, en ROXIN, Zur neuesten Diskussion über die Organisationsherrschaft, GA, 7/2012, pp. 409 ss.

decantándose por la solución de la coautoría<sup>31</sup>. Llega a esta forma de autoría a partir de la doble valoración de la intervención del hombre de detrás: como garante y como partícipe activo<sup>32</sup>. Una opción, la de la coautoría, por la que en su día se decantaron en el ámbito de las organizaciones criminales autores como JESCHECK y, posteriormente y con distinta fundamentación, JAKOBS<sup>33</sup>. Cabe precisar, no obstante, que JAKOBS, ha abandonado su postura mantenida durante años a favor de la coautoría, inclinándose ahora por la autoría directa por infracción de deberes positivos. Así, sostiene en la actualidad que “Fujimori no únicamente se ha limitado a *organizar* algo de alguna manera delictiva –en tanto coautor o, según otra opinión, como autor mediato mediante el empleo de un aparato organizado de poder- sino que ha actuado como obligado especial, como titular de un estatus especial y eso tiene un valor superior: *Fujimori no es solamente un caso capital de delincuente común, sino un jefe de gobierno y de Estado criminal*”. Siguiendo este planteamiento, acaba JAKOBS acogiendo la figura del autor (por infracción de deberes positivos) detrás del autor (por infracción de deberes negativos)<sup>34</sup>. Se separa, de este modo de su postura anterior, contraria a la admisión del autor tras el autor plenamente responsable. Y opta por un modelo que, según ROXIN, renuncia a la precisión que aporta la teoría del dominio de la organización, “metiendo en un mismo saco a comandantes, que han utilizado un aparato de poder para cometer asesinatos, junto a superiores jerárquicos que únicamente han lesionado de forma culpable su deber de vigilancia”<sup>35</sup>. Tras esta afirmación, no deja de sorprender que el propio ROXIN en el ámbito empresarial se incline por fundamentar la autoría de los directivos de la empresa al margen de la teoría del dominio del hecho, atribuyéndoles una posición de garante para la salvaguarda de la legalidad (*Garantenstellung zur*

<sup>31</sup> SCHÜNEMANN, en: LK-StGB, 12ª ed., 2010, § 25, NM, 132, p. 1917. En España se muestra a favor de la opción de la coautoría, MUÑOZ CONDE, Problemas de autoría y participación en el derecho penal económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial?, RP, 2002, p. 94.

<sup>32</sup> SCHÜNEMANN, en: LK-StGB, 12ª ed., 2010, § 25, NM, 132, pp. 1917 s.

<sup>33</sup> Vid. JESCHECK, Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil, 3ª ed., 1978, p. 546; JAKOBS, Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, 2ª ed., 1991, 21/103, p. 649.

<sup>34</sup> JAKOBS, Sobre la autoría del acusado Alberto Fujimori Fujimori, en Ambos/Meini (eds.), La autoría mediata. El caso Fujimori, 2010, pp. 111 ss. Según el autor (p. 113 s.), Fujimori no se ha limitado a organizar algo de manera delictiva, sino que ha actuado como obligado especial. Y añade que figuras como la coautoría o la autoría mediata son innecesarias para el enjuiciamiento de la conducta de Fujimori, porque éste ha actuado como titular de un estatus especial, infringiendo una relación positiva, lesionando el deber funcional.

<sup>35</sup> ROXIN, Zur neuesten Diskussion über die Organisationsherrschaft, GA, 7/2012, p. 407.

*Wahrung der Legalität*) vinculada a la teoría de los delitos de infracción de un deber<sup>36</sup>. En efecto, resulta que ROXIN acaba adoptando en el marco de la delincuencia empresarial una postura muy próxima a la que propone JAKOBS para las organizaciones criminales y que él mismo viene criticando.

En España no cabe afirmar que la figura del autor tras el autor haya conseguido el respaldo de la doctrina mayoritaria<sup>37</sup>. Si bien es cierto que hay quienes la admiten en el marco de las organizaciones criminales, siguiendo la construcción de ROXIN, otros la rechazan y siguen defendiendo la tesis de la participación (inducción o cooperación necesaria)<sup>38</sup>. A diferencia de la jurisprudencia alemana, los tribunales españoles no han visto en la autoría mediata una solución para resolver la delimitación de responsabilidades en el marco de aparatos de poder. De hecho, la jurisprudencia

---

<sup>36</sup> ROXIN, El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata, RP 18, 2006, pp. 247 s.

<sup>37</sup> A favor de la figura del autor tras el autor plenamente responsable en el seno de aparatos organizados de poder, basándose en el dominio de la voluntad ejercido a través del aparato de poder del que dicta las órdenes, GÓMEZ BENÍTEZ, Teoría jurídica del delito. Derecho penal. Parte general, 1ª ed., 1984 (reimpresión de 1987), pp. 141 y 142; EL MISMO, El dominio del hecho en la autoría (validez y límites), ADPCP, 1984, pp. 112 y 113. Cfr., también, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, La autoría en Derecho penal, 1991, pp. 647 y 648, quien no se conforma, cuando se trata de afirmar la autoría mediata a través de la utilización de aparatos organizados de poder, con el criterio de la fungibilidad, insistiendo en la necesidad de que concurren otras circunstancias; MUÑOZ CONDE, La autoría mediata por dominio de un aparato de poder como instrumento para la elaboración jurídica del pasado, en Gil Gil (dir.) y Maculan (coord.) Intervención delictiva y Derecho penal Internacional, 2013, pp. 288 s., aceptando la construcción de ROXIN “para fundamentar la responsabilidad penal como autores mediatos de los principales responsables del aparato de poder criminal, bien en la cúspide, bien en niveles intermedios, pero no para calificar a todos los integrantes del mismo”; FARALDO CABANA, Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas: la autoría mediata con aparatos organizados de poder, 2004, pp. 188 y 189; FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, La autoría mediata en aparatos organizados de poder, 2006, pp. 7 ss., siguiendo la construcción de ROXIN, pero rechazando la “obligatoriedad del criterio de la desvinculación jurídica y ello porque no aporta ningún dato esencial en la fundamentación del dominio del hecho” (p. 235). A favor de la figura del autor tras el autor, pero excluyendo la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder, CUELLO CONTRERAS, Dominio y deber como fundamento común a todas las formas de la autoría y modalidades del delito, InDret 1/2011, p. 25: “Si existe una posibilidad contemplada en el ordenamiento jurídico de que alguien responda penalmente por los hechos realizados a través de otro debido a que organiza el ámbito en el que esa actividad delictiva tiene lugar, la organización de la misma actividad delictiva, piénsese en la organización terrorista ETA o en los narcotraficantes, ha de ser cubierta necesariamente por la norma penal que extiende la responsabilidad de esa forma más allá de quienes actúan directamente”.

<sup>38</sup> En contra de la autoría mediata a través de aparatos de poder y a favor de la inducción se manifiesta GIL GIL, La autoría mediata por aparatos jerarquizados de poder en la jurisprudencia española, ADPCP, 2008, p. 84; LA MISMA, Imputación de crímenes internacionales, ¿expansión o universalización? Problemas y vías de solución, en Gil Gil (dir.) y Maculan (coord.), Intervención delictiva y Derecho penal Internacional, 2013, p. 578, nota 243. También en contra de la autoría mediata, HERNÁNDEZ PLASENCIA, La codelinquencia en organizaciones criminales de estructura jerarquizada, RDPC, 2ª época, 17 2006, pp. 52 ss. Este último autor se manifiesta a favor de la tesis de la participación para calificar a los dirigentes de la organización, rechazando, no obstante, la inducción “por resultar incompatible con nuestro ordenamiento jurídico que no admite la inducción en cadena”, acaba decantándose por la complicidad o la cooperación necesaria “en función de la aportación que realicen al delito” (p. 78).

tradicional no ha empleado la figura del autor tras el autor<sup>39</sup>. Sin embargo, la situación ha cambiado recientemente, pues en los últimos años el Tribunal Supremo ha empezado a utilizar la figura en cuestión, con mención expresa del dominio de la organización como criterio válido para su configuración por vía de la autoría mediata, y no precisamente en casos de aparatos organizados de poder desvinculados del Derecho, sino más bien en supuestos de codelincuencia en delitos patrimoniales<sup>40</sup>. Y, últimamente, también en materia de contaminación acústica (vid. STS 152/2012, 02-03: condenados como coautores mediatos de un delito ecológico los titulares del pub por incumplir los deberes legales en materia de ruidos). Con ello, el Tribunal Supremo español está contribuyendo a desdibujar los límites de la autoría mediata de modo, según creo, inaceptable, pues está aplicando esta forma de autoría a supuestos en que no se aprecia ninguna forma de instrumentalización.

La tendencia que se aprecia en los últimos años a ampliar la autoría mediata más allá de los límites derivados del fundamento de esta forma de autoría es preocupante. La postura que sostengo actualmente se separa en parte de la mantenida por mí misma hace unos años, favorable a extender la autoría mediata a los aparatos organizados de poder<sup>41</sup>. Parto ahora del rechazo de la autoría mediata no sólo en el marco de las organizaciones empresariales, sino también en organizaciones criminales. La razón principal para excluir la autoría mediata en estos casos se basa en la premisa de que la instrumentalización de otro se consigue con la manipulación de la situación a través de la provocación en otra persona de un déficit de conocimiento o de libertad<sup>42</sup>. Déficit respecto al cual es responsable la persona de detrás. Trasladado este planteamiento a los aparatos organizados de poder, no queda más opción que rechazar la autoría mediata basada en el dominio de la organización. En efecto, no se aprecia en el ejecutor material ni un déficit de conocimiento ni de libertad que permita afirmar que está siendo instrumentalizado por el hombre de detrás.

---

<sup>39</sup> Vid. un detallado análisis de la cuestión en la jurisprudencia española en GIL GIL, *La autoría mediata por aparatos jerarquizados de poder en la jurisprudencia española*, ADPCP, 2008, pp. 53 ss.

<sup>40</sup> Vid. SSTS 1022/2012, 19-12 y 852/2012, 30-10.

<sup>41</sup> Sobre ello, vid. BOLEA BARDON, *La autoría mediata en algunos supuestos de error*, RDPC, 2ª época, 12, 2003, pp. 13 ss.; LA MISMA, *Autoría mediata en Derecho penal*, 2000, pp. 153 ss.

<sup>42</sup> Parcialmente de acuerdo con este planteamiento, MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 9ª ed., 2011, pp. 388 ss., puesto que admite la instrumentalización y, en consecuencia, la autoría mediata más allá de los casos de error y coacción; concretamente, en supuestos de falta idoneidad del ejecutor material para ser autor (“instrumento doloso no cualificado”).

Sentado lo anterior, sigue pareciendo evidente la necesidad de considerar al hombre de detrás autor tanto por razones político-criminales como criminológicas<sup>43</sup>. Pero la construcción de una autoría partiendo de dichas consideraciones no puede prescindir de una fundamentación dogmática. Abandonando, como se ha mencionado, la postura defendida por mí en el pasado, me inclino en estos momentos por solucionar los casos de organizaciones criminales a través de la figura del autor tras el autor pero no por vía de la autoría mediata, ya que falta la instrumentalización consustancial a dicha forma de autoría, sino a través de la coautoría. La tesis defendiendo actualmente es entender que en estos casos se debe llegar a la figura del autor tras el autor desde la coautoría (vertical)<sup>44</sup>. Coautoría vertical porque no se establece una relación horizontal entre los sujetos. En efecto, hombre de detrás y ejecutor material actúan desde posiciones bien diferenciadas: una, con poder de mando y otra, con poder de ejecución. La autoría del ejecutor material es incuestionable porque ejecuta el hecho con plena responsabilidad, decidiendo llevar a cabo los actos ejecutivos que le vienen ordenados desde instancias superiores. Por su parte, el fundamento de la responsabilidad como autor del hombre de detrás se basa en la consideración de que el ejecutor material no determina el hecho en todos sus elementos esenciales, y ello, pese a su plena responsabilidad penal. Calificar la actuación del hombre de detrás como partícipe por inducción no recogería el completo desvalor del hecho<sup>45</sup>. Ambos sujetos, desde sus distintas posiciones, configuran el hecho global en sus elementos esenciales. Por ello, entiendo que sólo la coautoría (vertical) expresa el injusto completo del (único) hecho. En este proceso de espiritualización de la coautoría no operaría el principio imputación recíproca, propio de la coautoría horizontal, puesto que si bien al hombre de detrás se le puede imputar lo ejecutado por el ejecutor material, a éste no se le podría imputar de forma legítima la aportación del que ostenta el poder de mando, quien sin duda ha organizado mucho más. A lo sumo, se le podrá atribuir el servir de cauce para que lo

---

<sup>43</sup> En esta misma línea entiende que la pena que merece el hombre de detrás en estos casos es la de la autoría, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ TRELLES, En los límites de la inducción, InDret 2/2012, p. 13, rechazando expresamente su calificación como inductor (aunque tenga prevista la misma pena) por entender que debe ser considerado un verdadero (co)autor.

<sup>44</sup> A favor de la admisión de la coautoría vertical en la doctrina española, ROBLES PLANAS, La participación en el delito: fundamento y límites, 2003, pp. 269 ss.

<sup>45</sup> Como acertadamente señala ROBLES PLANAS, Los dos niveles del sistema de intervención en el delito (El ejemplo de la intervención por omisión), InDret 2/2012, p. 6, en los casos de aparatos organizados de poder, “la responsabilidad del superior no es de menor intensidad que la del inferior, pese a la distancia y autorresponsabilidad del ejecutor, pues sus actos organizativos tienen una dimensión de injusto desde el punto de vista normativo particularmente grave, reflejándose plenamente en el injusto del hecho que exterioriza el ejecutor”. Tampoco considera ROBLES PLANAS que la responsabilidad del hombre de delante sea un obstáculo a la valoración de la autoría del hombre de detrás (p. 7).

decidido y planificado por otro (el hombre de detrás) se acabe ejecutando. Por tanto, en la coautoría vertical estaríamos ante una imputación del hecho global a cada uno de los intervinientes y no ante una imputación recíproca de las distintas aportaciones<sup>46</sup>.

Desde el punto de vista de la legislación vigente en España, acudir a la autoría mediata para calificar como autores a los mandos dirigentes de la organización criminal es problemático puesto que el art. 28 CP utiliza la expresión “por medio del otro del que se sirven como instrumento” (frente a su homóloga alemana: “a través de otro”, sin utilizar el término instrumento en su definición de autoría mediata). Por el contrario, la coautoría vertical resulta perfectamente encuadrable en el término “conjuntamente” del art. 28.I (II). Coautoría que, a diferencia de la horizontal, no requiere intervención en la fase ejecutiva. Con ello se consigue además mantener intacto el concepto de instrumentalización propio de la autoría mediata.

La tesis planteada por SCHÜNEMANN en relación con la atribución de responsabilidad individual en el marco de la empresa es ciertamente sugerente pues vincula la posición de garante del empresario (administrador, directivo, etc.) con su intervención activa en el hecho. Comparto plenamente el rechazo expresado por él y otros autores a la autoría mediata en este ámbito. A mi juicio, no hay autoría mediata porque no se da ninguna forma de instrumentalización<sup>47</sup>. La cuestión es si esa intervención activa estando en posición de garante no le convierte en autor directo sin necesidad de pasar por la coautoría. La respuesta depende de la conexión que se establezca entre autoría y ejecución del hecho. Si se parte de que la acción ejecutiva descrita en el tipo es la base de la autoría (expresado en su sentido más tradicional: el que ejecuta el hecho es siempre autor), la solución de la coautoría parece inicialmente adecuada para captar la responsabilidad del de detrás dada la ejecución a título de autor del de delante<sup>48</sup>. Sin embargo, en realidad se trataría de una autoría no ejecutiva en relación al garante y en muchos casos ni siquiera el sujeto que ejecuta el hecho cumpliendo órdenes del superior jerárquico responderá como coautor (actos neutrales),

---

<sup>46</sup> De forma gráfica habría que dibujar dos círculos concéntricos ya que comparten un mismo centro (la ejecución). Mientras la ejecución es imputable a ambos, quedan elementos que sólo son imputables al hombre de detrás (planificación, organización y decisión sobre la comisión del delito).

<sup>47</sup> En efecto, dicha instrumentalización se dará cuando el hombre de detrás genere en el ejecutor material un déficit de conocimiento o un déficit de libertad, pero sin que se pueda trasladar sin más al ámbito de la delincuencia empresarial.

<sup>48</sup> Cfr. SCHÜNEMANN, El dominio sobre el fundamento del resultado: base lógico-objetiva común para todas las formas de autoría incluyendo el actual en lugar de otro, en LH-Rodríguez Mourullo, 2005, pp. 986 s.

por lo que decae el presupuesto de la autoría. Si, en cambio, se admite la posibilidad de una autoría no ejecutiva más allá de los casos de autoría mediata, especialmente en relación a aquellos delitos en los que la ejecución físico-corporal del hecho no sea un elemento esencial en la configuración del injusto típico, la ejecución del hecho deja de equiparse a la autoría, pudiendo dar lugar a una participación o, incluso, a no generar responsabilidad penal<sup>49</sup>. Siguiendo este planteamiento, la discusión acerca de las formas de intervención en el delito decae en estos supuestos a favor de la autoría directa.

La opción por la autoría directa va en la línea de la tesis que se va imponiendo en la dogmática más moderna de que la ejecución físico-corporal del hecho no siempre determina la figura central del delito, es decir, que no necesariamente es autor el que realiza los últimos actos que conducen a la lesión del bien jurídico. Ya en trabajos anteriores me pronuncié en contra de extender al ámbito de la empresa la construcción de la autoría mediata basada en el dominio de la organización<sup>50</sup>. Tampoco cabe afirmar que en la doctrina española haya prosperado dicha propuesta<sup>51</sup>. Seguramente, ello se deba a que la solución haya que buscarla por otra vía. Así, por regla general, no es correcto acudir a la figura de la autoría mediata para hacer responder como autor a la persona que, desde una clara posición de mando, toma las decisiones que determinan la comisión de hechos delictivos en el marco de la empresa. En efecto, como se ha afirmado, en la mayoría de casos en que el delito cometido en la empresa se pueda imputar a la dirección de la misma, la atribución de responsabilidad a la persona física será a título de autor directo y no mediato. Esta conclusión conduce necesariamente a

---

<sup>49</sup> Cfr., en este sentido, ROBLES PLANAS, Los dos niveles del sistema de intervención en el delito (El ejemplo de la intervención por omisión), *InDret* 2/2012, pp. 3 ss., partidario de admitir la autoría no ejecutiva en los casos de ausencia de desaprobación en la conducta fácticamente ejecutiva, siempre que se pueda afirmar que el no ejecutor ha generado de forma desaprobada el riesgo de producción del resultado; EL MISMO, La autoría no ejecutiva, editorial, *InDret*, 2/2012.

<sup>50</sup> Vid. BOLEA BARDON, Autoría mediata en Derecho penal, 2000, pp. 397 ss. Interpreta incorrectamente mi posición FARALDO CABANA, Posibilidades de aplicación de la autoría mediata con aparatos organizados de poder en la empresa, en *Cuestiones actuales de Derecho penal económico*, (dir. Serrano-Piedecabras y Demetrio Crespo), 2008, p. 98, nota 37, cuando afirma que acabo admitiendo la autoría mediata en este ámbito en algunos casos. Tampoco acierta GIL GIL, La autoría mediata por aparatos jerarquizados de poder en la jurisprudencia española, *ADPCP*, 2008, p. 73, nota 80, al mencionarme entre los partidarios de prescindir del requisito de la desvinculación al derecho.

<sup>51</sup> En contra del traslado del dominio del hecho mediante aparatos organizados de poder al ámbito empresarial, FEIJOO SÁNCHEZ, Imputación de hechos delictivos en estructuras empresariales complejas, en *Estudios monográficos. Empresa y Derecho penal*, *La Ley Penal*, 40, 2007, p. 12. Ampliamente, sobre los argumentos esgrimidos por la doctrina para rechazar la utilización de la autoría mediata a través del dominio de la organización en la criminalidad de empresa, vid. FARALDO CABANA, Posibilidades de aplicación de la autoría mediata con aparatos organizados de poder en la empresa, en *Cuestiones actuales de Derecho penal económico*, (dir. Serrano-Piedecabras y Demetrio Crespo), 2008, pp. 97 ss.; GÓMEZ-JARA, ¿Responsabilidad penal de los directivos de empresa en virtud de su dominio de la organización? Algunas consideraciones críticas, *CPC*, 88, 2006, pp. 138 ss.



plantearse la cuestión de las posiciones de garantía en la empresa y más concretamente, a debatir la relevancia normativa para el hecho de las conductas activas y omisivas realizadas en la empresa desde posiciones de superioridad jerárquica.

\* \* \* \* \*

### 3ª Sesión.

## Problemas actuales de la imputación objetiva y exclusión de la tipicidad. Imputación a la conducta de la víctima. Límites del riesgo permitido. Imputación objetiva en la omisión. Comportamientos neutros

### Prof. Dr. Ricardo Robles Planas

Catedrático acred. de Derecho penal Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, España.  
Socio de la FICP.

#### ~Conductas neutrales\*~

#### I.

Las formas de participación en el delito han sufrido en los últimos años una importante revisión a la luz de un destacado grupo de casos: el constituido por las denominadas “conductas neutrales”<sup>1</sup>. En efecto, hasta hace un par de décadas, la doctrina concebía las formas de participación en el delito de manera causal-psicologicista. Así, se predicaba la responsabilidad penal a título de participación por el simple hecho de prestar un favorecimiento causal y consciente a un hecho delictivo ajeno. Según este punto de vista, si la conducta de un sujeto contribuye a que el autor cometa el delito y aquél conoce esta circunstancia, entonces realiza una conducta de participación. Este entendimiento extensivo de la participación ha sido prácticamente abandonado, pues supone una limitación a la libertad general de acción imposible de justificar desde el punto de vista de la actual configuración de las relaciones sociales. En efecto, aplicada coherentemente lleva a castigar cualquier conducta lícita en la que se llega a tener como probable que puede favorecer la actividad delictiva de un tercero. Por este motivo, la doctrina actual sostiene que determinadas conductas que implican un riesgo de favorecimiento de un tercero no constituyen participación en el delito. Sin embargo, como se verá a continuación, no existe acuerdo todavía sobre cómo deben articularse tales restricciones.

---

\* Ponencia presentada en la 3.ª sesión del I Congreso Internacional de la FICP sobre Retos actuales de la teoría del delito, Univ. de Barcelona, 29-30 mayo 2015.

<sup>1</sup> Esta discusión irrumpe modernamente de la mano de JAKOBS y tiene su máximo apogeo a finales de la década de los 90 y a comienzo de este siglo. Se trata de una de las discusiones más intensas que ha habido en las últimas décadas en el seno de la teoría de la atribución de responsabilidad.

Bajo el término “conductas neutras”<sup>2</sup> se aborda el tratamiento jurídico que debe merecer un grupo de supuestos con una estructura constante, a saber, aquellos en los que de algún modo puede identificarse un efecto favorecedor en términos causales al autor del delito mediante conductas estándar, estereotipadas o ejecutadas conforme a un rol o posición social o profesional. Para el correcto tratamiento de estos supuestos la doctrina absolutamente dominante es partidaria de restringir su punibilidad en el nivel de la tipicidad. A partir de aquí las opiniones se dividen entre quienes ubican la restricción en el seno del tipo subjetivo y quienes lo hacen ya en el propio tipo objetivo del partícipe.

En las “perspectivas subjetivas” la distinción entre participación punible y la atipicidad depende, sobre todo, del grado de conocimiento que quien ejecuta la acción de cooperación tiene sobre la comisión futura del delito por parte del que resulta favorecido. En este sentido, se distingue entre acciones llevadas a cabo con *dolo directo* o y las efectuadas con *dolo eventual*. Las primeras darían lugar siempre a participación punible, las segundas en cambio la excluirían. Se trata, como puede comprobarse de una versión modificada –restringida– del clásico principio de confianza. Pese a lo extendido de esta posición, el recurso al dolo eventual como factor de delimitación merece, por lo menos, dos objeciones. Por un lado, en los casos de conocimiento seguro de la comisión futura del delito se afirma la responsabilidad penal pese a que la conducta se mueva objetivamente en el plano de la neutralidad. Esto es, el mero conocimiento convierte en penalmente relevante una aportación que en sí no lo era. Por otro lado, implica trazar una diferencia entre las formas de dolo que nuestro Ordenamiento jurídico desconoce por completo. No parece consistente el mensaje de que el deber de abstenerse de favorecer desaparezca en casos de duda, sospecha o probabilidad y en cambio, no suceda lo mismo cuando haya un conocimiento seguro o prácticamente seguro. Y ello porque, si no existe el deber de informarse ante la situación, tampoco podrá admitirse su relevancia cuando la información se posea por el sujeto. En términos del principio de confianza: de lo que se trata no es de si el sujeto que sabe algo puede o no confiar, sino de si el sujeto tiene o no el deber de tener en cuenta ese saber. Esto es, de si formaba parte de su círculo de deberes (posición de garante) el adquirir y activar el

---

<sup>2</sup> Esta denominación me sigue pareciendo más acertada que la de “conductas neutras”, pues, en realidad, no estamos ante conductas “neutras” para el Derecho penal, sino ante conductas relevantes, sólo que el reproche no es el de la autoría o la participación en el delito, sino por la infracción de deberes de solidaridad (vid. *infra* en el texto). En efecto, en estos casos el sujeto se mantiene “neutral”. No se pone de parte del delincuente, ni tampoco de la víctima y lo que se le reprocha al sujeto es precisamente haberse mantenido “neutral”, esto es, no haberse decantado por la víctima.

conocimiento. Por ello, presupuesto operativo del principio de confianza es la posición de garante.

Como puede observarse el problema dogmático de fondo está en la relevancia de los subjetivo para la determinación de lo objetivo y más concretamente en el denominado problema de los “conocimientos especiales”. Las tesis objetivistas (que en este punto hablan de una “prohibición de regreso”) no les otorgan ningún valor fundamentador de la responsabilidad y ello resulta ampliamente convincente. En efecto, para imputar responsabilidad por la organización no se trata de lo que el sujeto efectivamente sabía, sino de aquello que tenía que saber en la posición jurídica en la que obraba. Un saber superior, no debido, no puede gravarle. El deber de respetar a los demás (*neminem laedere*) implica sólo emplear aquellos conocimientos y capacidades que son necesarias y suficientes de forma estandarizada para mantener una situación libre de riesgos. Tener en cuenta todos los conocimientos va mucho más allá que esa obligación general de respeto. Como recientemente ha afirmado PAWLIK con razón: “el mero hecho de que uno posea recursos no otorga al otro un título jurídico para el empleo de tales recursos a su favor”. Lo contrario implicaría afirmar que todos deben hacer todo lo que puedan para proteger bienes jurídicos. Esto es, implicaría recurrir a un argumento utilitarista. Esta visión hace mucho tiempo que se abandonó en la dogmática del estado de necesidad, donde los límites al deber de solidaridad (pasiva) no coinciden con los límites de las posibilidades fácticas del sujeto afectado de beneficiar al necesitado, sino que se erige un baremo normativo delimitador. Por tanto, del hecho de que uno *pueda* maximizar el mundo de los bienes jurídicos no se sigue que también *deba* hacerlo.

Sí creo, en cambio, que seguramente es necesario seguir discutiendo acerca de lo que es un conocimiento especial y lo que no; aquello que debe ser tenido en cuenta para la situación y lo que es irrelevante a los efectos de la imputación del resultado. De hecho creo que hay que afinar más de lo que hasta ahora se hecho y en este sentido son de nuevo sugerentes algunas ideas recientes del propio JAKOBS. De entrada la distinción no puede estar, como en algunas ocasiones se ha afirmado, en que el conocimiento se posea por casualidad o no. Creo que puede partirse del conocimiento que puede esperarse que tenga una persona cuidadosa en la posición del autor. A este conocimiento también habría que añadir aquellos conocimientos que se adquieren casualmente por la situación concreta en la que obra el sujeto y por tanto se incorporan a la base de

enjuiciamiento de la conducta del autor en esa situación. El conocimiento adquirido casualmente forma parte del conocimiento general y por tanto es relevante. Ejemplo: el conductor de un camión detecta antes de ponerlo en marcha en un día de lluvia que hay un mendigo durmiendo bajo el camión. El conductor tiene el deber de garantizar que de su ámbito de organización no surjan peligros para los demás, de forma que si adquiere conocimiento casualmente de esa peligrosidad debe tener en cuenta ese conocimiento.

Más bien por conocimientos especiales hay que entender solamente aquellos que no son esperables en modo alguno que se posean y por tanto, derivan de una capacidad o conocimiento personal del sujeto que son por completos ajenos a la situación. Ello es lo que sucede en el conocido y discutido caso del camarero estudiante de biología que sirve una ensalada con setas venenosas. De nuevo en este punto hay que tener especialmente en cuenta la estandarización. Allí donde hay posiciones jurídicas o roles altamente estandarizados, también los conocimientos vinculados a esos roles estarán estandarizados, de modo que será más sencillo identificar los conocimientos que nada tienen que ver con el desempeño de ese rol y, por tanto, que no son esperables. Tal es el caso de las denominadas prestaciones cotidianas como la venta de bienes o productos en sí permitidos que son utilizados por otro para cometer un delito. En suma, son conocimientos relevantes aquellos que son esperables que se posean y se activen en relación con los riesgos que como garante se deben gestionar. Nada más, pero tampoco nada menos.

## II.

La delimitación entre una conducta “socialmente adecuada” y una delictiva es, en realidad, una cuestión que afecta a la delimitación de esferas de acción o de responsabilidad en cuanto esferas de libertad. En última instancia, lo que debe ponerse de manifiesto es qué contextos son aquellos que delimitan las esferas de actuación de los ciudadanos en forma de especiales deberes de abstención (negativos). Los contextos propios de los casos de conductas neutrales (profesionales, estándares, comerciales, etc.) no modifican negativamente la posición del potencial favorecedor frente a los terceros, sino que, en todo caso, se mueven en el marco de una relación positiva, eventualmente intensificada, entre aquel y la víctima. Esto último no da lugar a la sanción de la conducta en forma de participación (si el favorecimiento llega a producirse), sino, en su caso, como omisión pura (art. 195 CP: omisión del deber de socorro; y art. 450 CP: omisión del deber de impedir la comisión de determinados delitos).

Teniendo en cuenta lo anterior, lo relevante para admitir la participación en el delito es la propia configuración objetiva de la conducta en el contexto en el que se verifica. A tal efecto, entra en escena el instrumento de la “teoría del imputación objetiva” con el fin de deslindar aquellas conductas que crean un riesgo desaprobado de intervención en el delito de aquellas otras que se mueven en el ámbito del riesgo permitido (neutralidad). Este, como se viene diciendo, es el punto de vista más adecuado. Así, puede concluirse que deberá negarse la participación en el delito, siempre que no existiendo posiciones jurídicas específicas (también denominadas posiciones de garantía) para evitar que determinados bienes o determinadas actividades pasen a formar parte de proyectos delictivos ajenos, no se realice una conducta inequívoca de adaptación o acoplamiento al hecho que va a ser cometido. En especial habrá que atender a datos objetivos como puntos de apoyo para interpretar el sentido de la acción en cada contexto.

En los casos de prestaciones profesionales se trata de conductas que no contienen, en sí mismas, un riesgo especial de continuación delictiva, esto es, no pueden entenderse como conductas que se adapten al hecho que va a ser cometido, sino que se agotan en el estándar normativo que define el contexto en el que se verifican. El profesional que se mueve estrictamente en el marco de su actividad laboral se comporta estructuralmente como un omitente, que simplemente deja o no impide que el autor le sustraiga el instrumento necesario para cometer el delito. Tan sólo cuando pueda afirmarse la infracción de un deber específico (las aludidas posiciones de garantía) o bien cuando su conducta deje de moverse en el ámbito de lo estrictamente profesional y pase a ser parte integrante del hecho mediante una adaptación específica al mismo podrá hablarse de intervención penalmente relevante.

Ello no sucede por regla general, pues por un lado, los profesionales no son garantes de evitar que la realización de conductas delictivas de sus clientes o de terceros. Y por otro, la prestación profesional se agota en la simple creación de las condiciones a partir de las que otro puede llegar a cometer un delito, lo que no es suficiente para constituir participación punible, por muy útil que ello le resulte al autor. Por este motivo, el tratamiento adecuado de las aportaciones efectuadas en el marco de actividades profesionales se mueve al margen de la complicidad en el delito (aunque no, en su caso, de la responsabilidad por no impedir la comisión de ciertos hechos delictivos, cuando ello está expresamente tipificado como delito independiente). Estas

actividades caracterizadas por la prestación de utilidad al autor del delito mediante procedimientos disponibles de modo general para cualquiera, bienes ubicuos, servicios estándar, medios socialmente adecuados o reconocidos por el Ordenamiento jurídico no poseen objetivamente ni la relevancia ni la especificidad necesarias para convertir el hecho antijurídico del autor en hecho propio de quien las realiza. La aplicación delictiva de la prestación es, pues, exclusiva autorresponsabilidad del autor.

Como se ha afirmado, la intervención punible en el delito comienza allí donde es posible fundamentar en el interviniente un deber de evitar que su prestación pase a formar parte de un proyecto delictivo ajeno. Tal deber no surge de los conocimientos que pueda tener el agente, sino que es previo: del mero conocer no surgen deberes, sino que éstos deben existir con anterioridad y tener como contenido, precisamente, el abstenerse de realizar aportaciones cuando se conoce o se debe prever que facilitarán un delito. Tales deberes se suelen estandarizar en forma de posiciones de garantía que ciertos agentes asumen en las relaciones sociales. El contenido de esas posiciones de garantía es el de evitar que un tercero utilice o derive la prestación hacia lo delictivo. Por ejemplo, en materia de blanqueo de capitales existen importantes obligaciones tendentes a la comprobación de la licitud del origen de los activos dirigidas a distintos operadores del sector económico (entidades de crédito, notarios, etc.). Más allá de estos supuestos, sólo existirá intervención punible cuando la conducta pierda los contornos del estándar en cuestión: el propietario de un restaurante no responde por la estafa que en él se comete, agasajando a la víctima, pero sí si baja las cortinas para evitar que la policía reconozca a los estafadores. Lo contornos del estándar se pierden tan pronto el sujeto realiza una aportación específica al hecho, adaptando su conducta a las necesidades del autor o teniendo en cuenta sus especificidades, cuando ello no es lo propio del rol o estándar desde el que se lleva a cabo la prestación. Por ello, quien asesora objetivamente sobre las posibilidades de pagar menos al fisco, no participa en el eventual delito contra la Hacienda Pública, pero quien diseña una compleja y personalizada operación societaria con ese fin, no puede apelar a que es ajeno al fraude.

### III.

La jurisprudencia española, al igual que la de otros países europeos, ha acogido la institución de las conductas neutrales. En este sentido, la STS 34/2007 afirma:

«La teoría y algunas jurisprudencias europeas han elaborado diversos criterios para establecer las condiciones objetivas en las que un acto “neutral” puede constituir una acción de participación. En este sentido se atribuye relevancia penal, que justifica la punibilidad de la cooperación, a toda

realización de una acción que favorezca el hecho principal en el que el autor exteriorice un fin delictivo manifiesto, o que revele una relación de sentido delictivo, o que supere los límites del papel social del cooperante, de tal forma que ya no puedan ser consideradas como profesionalmente adecuadas, o que se adapte al plan delictivo del autor, o que implique un incremento del riesgo, etc.».

Y la STS 199/2012 se aparta claramente de las posturas subjetivistas en los siguientes términos:

«Con carácter general hemos de convenir en que la imputación de responsabilidad penal a un primer sujeto por los actos que otro segundo ejecuta en el ámbito de su autorresponsabilidad exige que, respecto del comportamiento del primero, pueda predicarse algo más que la mera condición de favorecedores del adoptado por el autor del delito. Incluso si el primero es consciente de esa eventualidad de favorecimiento. De otra suerte se extralimitaría el ámbito de mínima intervención del Derecho penal. Y ello porque actos neutrales, de los que tal favorecimiento puede predicarse sin esfuerzo, vendrían a ser sancionados de manera no justificada con intolerables restricciones de la libertad de actuación de los ciudadanos».

A partir de ahí es destacable como el Tribunal Supremo, utilizando esta construcción dogmática, ha llegado a la absolución en supuestos como el de un gestor administrativo por una insolvencia punible causada por los responsables de la empresa pese a conocer la inexistencia de causa en los reconocimientos de deudas e intervenir en diversas gestiones encaminadas a la despatrimonialización (STS 1300/2009). O en el de un Director General de área de un Ayuntamiento que emite distintos informes-propuestas para que el alcalde levante reparos de la intervención de fondos al pago de facturas por obras realizadas sin ajustarse a un procedimiento de adjudicación, amparándose las obras en un contrato de mantenimiento que no podía incluirlas, motivando así una resolución injusta (STS 597/2014).

También las Audiencia Provinciales se han hecho eco de lo anterior y han absuelto haciendo expresa alusión a la teoría de las conductas neutrales, por ejemplo, a quien facilita el vehículo y acompaña durante la conducción a una persona que carecía de la licencia para conducir (SAP de Madrid, Sección 7, núm. 44/2015 de 22 enero); a quien vende terrenos rústicos a un estafador que después los vende a su vez a un particular afirmando poseer la licencia para construir (SAP de Alicante, Sección 2ª, núm. 239/2013 de 2 mayo); a quien realiza unos giros a Brasil a petición de un traficante de drogas a quien el primero le debía dinero por el traspaso de un negocio (SAP de Santa Cruz de Tenerife, Sección 2ª, núm. 329/2011 de 20 junio); o a quien acompaña a un traficante de drogas al aeropuerto y factura a su propio nombre las maletas, además de realizar gestiones para comprar los billetes de avión (SAP de Santa Cruz de Tenerife, Sección 2ª, núm. 319/2009 de 13 abril).

\* \* \* \* \*



## 4ª Sesión.

### La imputación subjetiva en la actualidad. Dolo: requisitos, límites y prueba. Error. Ignorancia deliberada. Imprudencia.

#### Prof. Dra. Inés Olaizola Nogales

Catedrática de Derecho penal, Universidad Pública de Navarra, España. Patrona de la FICP.

#### ~El error de prohibición~

## I. INTRODUCCIÓN

### 1. Premisas

El presente trabajo se corresponde íntegramente con la ponencia impartida en Barcelona el 29 de mayo de 2015 en el congreso organizado por la FICP bajo el título de *Los retos actuales de la Teoría del delito*. El desarrollo más extenso de las ideas con un desarrollo más exhaustivo de la doctrina y de la jurisprudencia se puede consultar en la monografía que sobre el error de prohibición publiqué hace unos años<sup>1</sup>.

Se puede definir el error como aquella discrepancia existente entre el conocimiento del sujeto y la realidad. Esta falta de coincidencia puede deberse que el sujeto no tiene representación alguna de la realidad (ignorancia) o a que tiene una representación equivocada de la realidad (equivocación).

### 2. Regulación del error en el CP

El art. 14 CP, heredero del anterior art. 6 CP 1973, regula el error:

“1. El error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente.

2. El error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá su apreciación.

3. El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuera vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados.”

Salvo alguna excepción<sup>2</sup> que luego explicaré, se puede afirmar que la doctrina casi unánimemente acepta que en los párrafos 1 y 2 del art. 14 se recoge el error de tipo y en el párrafo 3 el error de prohibición. Se puede reconocer también como terminología

<sup>1</sup> OLAIZOLA NOGALES, Inés, *El error de prohibición. Especial atención a los criterios para su apreciación y para la determinación de su vencibilidad e invencibilidad*, La Ley Wolters Kluwer, Madrid, 2007.

<sup>2</sup> FAKHOURI, Yamila, *Delimitación entre el error de tipo y el error de prohibición, las remisiones normativas: un caso problemático*, Civitas, Madrid, 2009, 447 s.

asentada la del error de tipo y error de prohibición que viene a sustituir a la antigua de error de hecho y error de Derecho precisamente porque con esta no se acababa de aclarar bien alguna cuestión tal como por ejemplo el hecho de que algunos errores sobre elementos normativos provenían del desconocimiento del Derecho y sin embargo podrían calificarse como error de tipo y por otro lado, algunos errores sobre presupuestos objetivos de una causas de justificación, a pesar de ser errores fácticos, se consideraban (en mi opinión erróneamente) error de prohibición.

En cuanto al concepto de error de tipo se puede decir que es el desconocimiento de o la equivocación sobre la concurrencia en el hecho de aquellos elementos que pertenecen al tipo objetivo del delito y por tanto fundamentan la prohibición de la conducta. El sujeto desconoce un elemento que, con independencia de que él lo sepa o no aparece como constitutivo de un tipo penal. Efectos inmediatos: la exclusión del elemento intelectual o cognoscitivo del dolo. Si el error es invencible se excluye la imprudencia.

Parto, siguiendo a LUZÓN PEÑA<sup>3</sup>, entre otros, de la teoría de los elementos negativos del tipo. Esto es, entiendo que el sujeto debe conocer, para poderle imputar dolo, todos los elementos fundadores de la prohibición, tanto los positivos como los negativos (dolo objetivamente malo), porque si el sujeto desconoce la concurrencia en su hecho de alguno de los presupuestos de la prohibición o de la desvaloración lo que él se representa ya no es una conducta que esté desvalorada y prohibida por el Derecho, actuando sin dolo.

Cuando hay dolo se conocen todos los presupuestos de la prohibición y por tanto “el hombre medio ideal” desde el punto de vista del Derecho debería reconocer también la desvaloración y la prohibición jurídica. Esto no es siempre así. A veces por circunstancias personales del sujeto éste no llega a conocer la prohibición (error de prohibición) A veces también este desconocimiento de la prohibición proviene de la propia regulación (nefasta o compleja en algunos ámbitos) sobre ello volveré luego.

Se puede distinguir entre el error de prohibición razonable: aquel que proviene de un error de tipo y el error de prohibición no razonable: aquel que no proviene de un error de tipo y por tanto es inconsecuente con el conocimiento del sujeto de los presupuestos de la prohibición.

---

<sup>3</sup> LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, Curso de Derecho Penal. Parte General I, Universitas, Madrid, 1996, 473 s.: Lecciones de Derecho Penal. Parte General, 2ª, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, 160s; 281 s.

Como se puede deducir, el error de tipo medido con parámetros objetivos afecta al injusto típico y no a la culpabilidad. El error objetivamente vencible conduce a la imprudencia punible o no según esté o no tipificado el delito en su modalidad imprudente. Si se trata de un error objetivamente invencible nos encontramos ante un caso fortuito (causa de justificación que excluye el desvalor de acción). ¿Qué consecuencias se derivan de esto? Excluye la responsabilidad civil por delitos; aunque ponga en peligro bienes jurídicos ajenos no constituye una agresión ilegítima por lo que no cabe frente a ella legítima defensa; cabe sin embargo (al no excluir el desvalor del resultado) una autoría mediata. No cabe la participación si el error es invencible y si es vencible el hecho es imprudente y la participación imprudente no es punible (sí que cabría la participación dolosa en un hecho imprudente, aunque frecuentemente en estos casos se tratará de una autoría mediata).

## II. EL ERROR DE PROHIBICIÓN

El error de prohibición se produce cuando el sujeto, pese a conocer todos los presupuestos positivos y negativos de la prohibición, que llevarían al hombre medio ideal a reconocer tal prohibición, sin embargo, por circunstancias particulares suyas, desconoce tal prohibición.

### 1. Efectos y ubicación del error de prohibición: teoría del dolo/teoría de a culpabilidad

#### a) *Teoría del dolo*

No me detendré demasiado en explicar las distintas teorías que tratan de ubicar dentro de la teoría del delito el error de prohibición. Como todos sabemos son básicamente dos. La teoría del dolo, de origen causalista, según la cual, el error de prohibición excluye el dolo (*dolus malus*). Si el error es invencible quedará excluida la imprudencia, mientras que esta subsistirá (como *imprudentia iuris*) si el error es vencible. Frente a la teoría estricta del dolo, que excluye el dolo siempre que no hay conocimiento actual de la antijuridicidad, surge la teoría restringida del dolo que se conforma con una conciencia no exacta, sino aproximada y actualizable sin precisar que sea actual, sin excluir la conciencia de la antijuridicidad en los supuestos de error por ceguera jurídica y hostilidad al Derecho.

Más allá de otras posibles objeciones, considero que la teoría del dolo es difícilmente compatible con la regulación legal, art. 14.3, según la cual el error de

prohibición vencible no da lugar a la imprudencia, sino que se castiga en su forma dolosa, pero atenuada. Algunos autores partidarios de la teoría del dolo tratando de compatibilizar la teoría del dolo con la regulación legal hablan de la culpa o *imprudencia iuris*<sup>4</sup>. En este punto destaca la particular interpretación de FAKHOURI sobre lo que recoge el art. 14.1 CP. Esta autora entiende que cuando el art. 14.1 habla de “hechos constitutivos de la infracción penal” no se refiere sólo a las circunstancias fácticas, sino también a aquellos elementos que designan hechos sociales de relevancia jurídica. El conocimiento de tales elementos lleva aparejado, por regla general, el conocimiento del injusto, por lo que permite exigir la concurrencia de *dolus malus* para afirmar la responsabilidad dolosa. Sin embargo, en aquellos casos en los que la perturbación social no resulta evidente, el componente valorativo decaería, identificándose el conocimiento de la prohibición, exclusivamente con el conocimiento de la antijuridicidad formal. En estos casos “el hecho de la prohibición” adquiriría respecto de estos tipos penales, entidad propia, y debería ser abarcado por el dolo para considerar que el autor comprende el sentido social de su conducta. De este modo, el error acerca del “hecho de la prohibición” encontraría cabida en el art. 14.1 CP. Consecuencia: la prohibición debe ser conocida por el autor y el desconocimiento de la misma llevaría a la exclusión del tipo doloso. El art. 14.3 quedaría reservado para aquellos supuestos en los que el sujeto, si bien conoce el carácter antijurídico de su conducta, yerra acerca del carácter penal de la prohibición<sup>5</sup>. Probablemente esta idea esté relacionada con la idea que reconocen muchos autores, incluso defensores de la teoría de la culpabilidad, acerca de que en algunos ámbitos del Derecho penal, del derecho penal accesorio se castigan conductas cuya desvaloración jurídica no son reconocibles por la generalidad de las personas con el mero conocimiento de la concurrencia de los elementos típicos, sino sólo con el conocimiento efectivo de la prohibición, por lo que en estos casos el dolo exigiría el conocimiento efectivo de la antijuridicidad (resurrección de la teoría del dolo en estos ámbitos)<sup>6</sup>.

Se critica también las posibles lagunas de punibilidad que podrían producirse dado el sistema de *numerus clausus* de la imprudencia. Frente a esta crítica también se han ofrecido algunas posibles soluciones (incrementar el número de supuestos en los

---

<sup>4</sup> SCHRÖDER, Horst, Der Irrtumsrechtsprechung des BGH, en: ZsTW (65) 1953, 199 ss.

<sup>5</sup> FAKHOURI, Yamila, Delimitación entre el error de tipo y el error de prohibición, 2009, 474 ss.

<sup>6</sup> BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, El error de prohibición en el Derecho Penal Económico, en: Derecho de sociedades, Libro Homenaje a Fernando Sánchez Calero, vol. 5, 2002, 5489 ss.

que se sancione la conducta imprudente o volver al sistema de *numerus apertus*)<sup>7</sup>. O como se ha visto se acepta la posibilidad de castigar con la pena atenuada que indica el art. 14.3, entendiendo que ello es una *imprudencia iuris* y como tal castigar.

**b) Teoría de la culpabilidad**

La teoría de la culpabilidad, de origen finalista, encaja mejor en la regulación legal actual. Sostiene que el error de prohibición no afecta al dolo, sino a la culpabilidad, que queda excluida cuando el error es invencible y atenuada cuando el error es vencible, por ello el art. 14.3 no sanciona la conducta amparada por un error de prohibición vencible como imprudente, sino que ordena (de manera obligatoria a diferencia del parágrafo 17 StGB) la rebaja de la pena en uno o dos grados.

Dentro de la teoría de la culpabilidad se distinguen también dos líneas según se apoye una posición u otra sobre el error sobre causas de justificación. La teoría estricta de la culpabilidad se basa en la concepción del dolo como dolo natural o dolo neutro para el que basta el conocimiento de los elementos objetivos del tipo en sentido estricto. Para ellos todo error sobre una causa de justificación será error de prohibición. La teoría limitada de la culpabilidad sostiene que el error sobre los presupuestos objetivos de las causas de justificación constituye un error de tipo o al menos, debe tratarse como un error de tipo. Así conforme a la teoría de los elementos negativos del tipo, el tipo es un tipo global de injusto que contiene todos los presupuestos que fundamentan la específica y definitiva desvaloración y prohibición de la conducta<sup>8</sup> Conforme a la teoría de la analogía, MIR PUIG defiende que aunque el error sobre los presupuestos de una causa de justificación no sea un error de tipo sí que es un error sobre un elemento de la “infracción penal”, concepto que englobaría el tipo en sentido estricto más la ausencia de las causas de justificación. Sin embargo el error sobre los límites o la existencia misma de una de causa de justificación sería un error de prohibición, en estos casos el sujeto no se representa circunstancias objetivas que de concurrir serían efectivamente presupuestos de una causa de justificación, sino sobre la prohibición o valoración misma<sup>9</sup>.

En mi opinión el distinto tratamiento que reciben el error e tipo y el error de prohibición es que en el primero de ser realidad lo que el sujeto erróneamente percibe,

<sup>7</sup> FAKHOURI, Delimitación entre el error de tipo y de prohibición, 2009, 480.

<sup>8</sup> LUZÓN PEÑA, Curso I, 1996, 473; Lecciones, 2ª, 2012, 160 s; 281 s.

<sup>9</sup> MIR PUIG, Santiago, Manual de Derecho penal. Parte General, 9ª, Reppertor, Barcelona, 2011, 563 s.

su conducta sería perfectamente conforme a Derecho. Y ello ocurre tanto cuando el sujeto desconoce un elemento del tipo en sentido estricto como cuando se equivoca sobre un presupuesto objetivo de una causa de justificación.

Esta consideración del dolo como dolo objetivamente malo trae por otro lado como consecuencia que para que se castigue la conducta como dolosa sea necesario que el sujeto tenga un conocimiento de todos los presupuestos (positivos y negativos) que conforman la prohibición, por lo que la función de llamada será mayor que con la sola exigencia del dolo neutro (en respuesta a los defensores de la teoría del dolo).

La crítica más importante que se ha vertido sobre la teoría de la culpabilidad ha sido de carácter político-criminal. Así afirma TORÍO LÓPEZ que la teoría de la culpabilidad presenta implicaciones ideológicas y sociales criticables, puesto que sanciona con pena de dolo todo caso de error de prohibición vencible convirtiéndose en la heredera de la doctrina de *error iuris criminales nocet*, puesto que coopera al fortalecimiento del principio de inexcusabilidad de la ignorancia de la ley haciendo predominar sobre el valor de la justicia el valor lógico de la certeza y el valor pragmático de la utilidad. En consecuencia, la teoría de la culpabilidad obliga al ciudadano a estar en permanente alerta jurídica. Probablemente la teoría de la culpabilidad parte de la escasa probabilidad de un error de prohibición en delitos tradicionales en los que la conciencia de la antijuridicidad forma parte del conjunto de las reglas éticas que conforman el comportamiento ordinario del sujeto. Pero en otros ámbitos del Derecho el conocimiento de la antijuridicidad depende exclusivamente del conocimiento de la norma y la extensión de la pena a todo error de prohibición vencible supone una violación del principio de intervención mínima, supone un abuso del *ius puniendi* y un retroceso histórico que lleva a una acentuación de la represión criminal sin justificación alguna<sup>10</sup>.

Desde el ámbito del Derecho penal económico autores como BAJO FERNÁNDEZ<sup>11</sup> proponían la siguiente regla interpretativa: El error de prohibición es invencible cuando se desconoce la norma jurídica y el conocimiento de la antijuridicidad (conocimiento de la prohibición jurídica) no puede derivarse de las reglas ético-sociales que rigen el comportamiento en comunidad.

---

<sup>10</sup> TORÍO LÓPEZ, Ángel, El error evitable de prohibición en el Proyecto de Código Penal, en: La Reforma Penal y Penitenciaria, 1980, 250 ss.

<sup>11</sup> BAJO FERNÁNDEZ, LH-Sánchez Calero, 2002, 5491 s.

c) *Opinión personal*

Creo que el problema central está en determinar si con el conocimiento por parte del sujeto de los presupuestos de la prohibición se produce o no un efecto llamada que al hombre medio ideal le haría saber que la conducta está prohibida.

Parece que este efecto llamada se producirá con mayor facilidad en unos ámbitos que en otros del Derecho penal, pero sí quiero hacer algunas observaciones.

Comparto con DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO que me parece exagerado en relación con algunos ejemplos que se citan, la idea de que en estos ámbitos el dolo exija el conocimiento de la antijuridicidad. Precisamente estos sectores se incorporan al Derecho penal después de una concienciación social previa (medios de comunicación, iniciativas ciudadanas, trabajo de Organizaciones), provienen las conductas de una intervención extrapenal previa, esto es se trata de conductas que en muchas ocasiones ya constituían ilícitos previos<sup>12</sup>. Además, en muchos de estos ámbitos, hay profesionales del Derecho, auténticos expertos en las materias con labores de asesoramiento, todo ello hace posible que la generalidad reconozca como desvalorada y prohibida una conducta a partir del conocimiento de la concurrencia de los elementos típicos.

Puede haber casos, incluso dentro del D penal más tradicional, en los que el conocimiento de la concurrencia de los elementos típicos no implique para la generalidad el conocimiento de la prohibición. Siguiendo a DÍAZ y García Conlledo, entiendo que esta situación puede deberse a dos razones: o la conducta descrita por el tipo no contiene la antijuridicidad material suficiente, o bien el legislador no ha acertado a describirla correctamente. En el primer caso lo que habría de promoverse es la despenalización de la conducta y en el segundo caso o bien también la reformulación del tipo o tratar de solucionarlo mediante la interpretación cuando sea posible.

En todo caso, creo que buena parte de estos problemas se arreglan con la teoría de la culpabilidad más elástica propuesta por ROXIN y a la que ya adelanto que me adhiero. Para este autor “en sentido jurídico un error de prohibición no sólo es invencible cuando la formación de dudas era materialmente imposible, sino también cuando el sujeto poseía razones sensatas para suponer el carácter permitido de su hecho, de modo que la actitud hacia el Derecho que se manifiesta en su error no precisa sanción, a pesar de que

---

<sup>12</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, El error sobre elementos normativos del tipo penal, La Ley Wolters Kluwer, Madrid, 2008, 152 ss.

tuviera dudas sobre la antijuridicidad del hecho<sup>13</sup>. Cuando se analice la vencibilidad e invencibilidad del error de prohibición se pondrá de manifiesto la mayor extensión que con esta teoría se produce del error invencible, generándose en la práctica un claro acercamiento a la teoría del dolo en cuanto a resultados, pero sin abandonar la idea de que el conocimiento de la antijuridicidad se mantiene en la culpabilidad, lo que dogmáticamente me parece más correcto y además más acorde con la regulación positiva.

## 2. Contenido

Otra cuestión discutida es el contenido que debe otorgarse al conocimiento de antijuridicidad. En España la discusión se ha planteado básicamente en torno a si dicho contenido se refiere a la prohibición general de la conducta si el sujeto debe conocer el carácter de prohibición penal, pudiéndose por tanto apreciar error de prohibición cuando el sujeto sólo conozca la prohibición extrapenal.

La mayoría de la doctrina en España comparte la opinión de que basta con el conocimiento de la prohibición general sin que tenga ninguna relevancia el que el sujeto no conozca la prohibición penal.

Otro sector doctrinal<sup>14</sup> afirma que el contenido del conocimiento debe identificarse con el conocimiento de la prohibición penal porque sólo entonces habrá conocido plenamente el significado antijurídico del mismo. Desde una perspectiva motivacional no está igualmente motivado un sujeto que conoce la prohibición penal que aquel que sólo conoce la prohibición general.

En mi opinión deben hacerse algunas consideraciones previas. En la mayoría de las ocasiones en las que un sujeto conoce la prohibición general de la conducta, se planteará al menos eventualmente la prohibición penal. En la práctica suelen ser más habituales los casos en los que un sujeto amplía los casos de prohibición penal que los que los reduce. En todo caso si el sujeto conoce la prohibición general, entiendo que ello ya supondrá un motivo para informarse, por lo que si no lo hace podremos como mucho estar ante un error de prohibición vencible.

---

<sup>13</sup> ROXIN, Strafrecht Allgemeiner Teil I Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre, 3ª, München, 1997, § 21, 811 s. (Traducción y notas a la 2ª edición de 1994, LUZÓN PEÑA/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/DE VICENTE REMESAL, Derecho Penal. Parte General, 1997, 865 s.)

<sup>14</sup> MIR PUIG, PG, 9ª, 2011, 559; FELIP Y SABORIT, David, Error iuris. El conocimiento de la antijuridicidad y el artículo 14 del Código Penal, Atelier, Barcelona, 2000, 153 ss.



Se puede afirmar que desde el punto de vista de la regulación, el art. 14 “el error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal” es menos riguroso que el anterior art. 6 bis CP 1973 que exigía “creencia errónea de estar obrando lícitamente”, aunque desde un punto de vista literal sigue siendo más lógico interpretar que el error debe recaer sobre la ilicitud del hecho. Infracción penal será el adjetivo de hecho, pero no el objeto sobre el que recae la prohibición.

Ahora bien, sí que creo que la motivación es diferente según se trate de normas penales o de otro tipo de normas y ello, en la medida en que afecta a la culpabilidad del sujeto deberá tenerse en cuenta. Pero también entiendo que, en la medida en que el sujeto conoce la prohibición, su motivación por las normas no desaparece del todo. Por ello me sumo a la propuesta de LUZÓN PEÑA con la matización de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO en el sentido de que debe tenerse en cuenta esa menor culpabilidad cuando la hubiera pero a través de una atenuante analógica al error de prohibición incluso muy cualificada<sup>15</sup>.

### **3. Vencibilidad o invencibilidad del error de prohibición**

Siguiendo a ROXIN<sup>16</sup> y su teoría más elástica de la culpabilidad creo que este apartado puedo resumirlo así: el error de prohibición es invencible para el Derecho no sólo cuando fuera imposible la formación de dudas, sino también, cuando a pesar de las dudas, el sujeto posea razones sensatas para creer que su conducta está permitida y por tanto con su conducta demuestre una actitud de respeto hacia el Derecho.

Los medios para evitar un error de prohibición son la reflexión o la información, ahora bien, para juzgar sobre la vencibilidad o invencibilidad del error se pueden señalar tres requisitos:

- a) Que el sujeto tenga un motivo para informarse. El motivo puede provenir: 1) de dudas del propio sujeto (bien espontáneas o bien por terceros)/ 2) bien porque, aun no teniendo dudas, el sujeto sabe que está actuando en un ámbito específicamente regulado/ 3) bien cuando sabe que con su conducta daña a un tercero o a la colectividad. En este sentido, el dolo de una conducta normalmente hará que el sujeto reconozca la dañosidad social de la conducta y ello supondrá un motivo para informarse. Ahora bien, son pensables casos, tanto en el Derecho penal

---

<sup>15</sup> LUZÓN PEÑA, Curso I, 1996, 463 Lecciones, 2ª, 2012, 273; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, El error sobre los elementos normativos, 2008, 163 s.

<sup>16</sup> ROXIN, AT I, 3ª, 1997, § 21, 816 ss (PG I, 1997, 885 s.)

accesorio, como incluso en el Derecho penal nuclear (relaciones sexuales con menores de 13 años en supuestos de sujetos educados en otras culturas más permisivas al respecto) en el que no sea tan evidente dicho reconocimiento de la dañosidad. Si no hay motivo, el error será invencible.

- b) Existiendo el motivo, el ciudadano deberá consultar a una persona versada en Derecho (abogado, juez, catedrático, instancia oficial, consultando la jurisprudencia, o incluso, en algunos casos, intentando aclararlo él por sí mismo).
- c) Incluso existiendo motivo y no realizando suficientes esfuerzos, el error seguirá siendo vencible si se confirma que una persona versada en derecho al sujeto le hubieran confirmado su conformidad con el Derecho.

Habrá error de prohibición invencible cuando la normativa es confusa o poco clara o cuando desde instancias fiables se le da una información equivocada al ciudadano que pregunta. También será invencible aquel error en los que el sujeto recibe informaciones contradictorias desde instancias del mismo rango, puesto que se trataría de un supuesto de duda irresoluble causada por una situación no imputable al sujeto. No podemos exigir más al sujeto que se informa exhaustivamente y descubre que hay informaciones contradictorias, que al sujeto menos exhaustivo que sólo consulta a un experto (fiable)

Una interpretación así, más la atenuación obligatoria en caso de error vencible permite una aplicación amplia del error de prohibición y a mi modo de ver soluciones satisfactorias en el denominado ámbito del Derecho penal accesorio.

#### **4. Los supuestos de conciencia eventual de la antijuridicidad**

Habrá ocasiones en que el sujeto no tenga clara la situación jurídica: considera probable que su conducta esté permitida, pero también cuenta con la posibilidad de que esté prohibida. Es lo que denominamos conciencia eventual de la antijuridicidad.

Tradicional el BGH y el TS han afirmado que para excluir el error no basta con un conocimiento cierto y seguro, sino que basta con que el sujeto considere altamente probable el carácter prohibido de la conducta.

Ante la duda abstención: se equipara el conocimiento seguro al conocimiento eventual (de forma paralela al dolo directo dolo eventual) y se rechaza la posibilidad de cualquier error de prohibición.

Sin embargo creo que esta posición debe matizarse, distinguiendo tres grupos de casos:

- 1) El sujeto tiene dudas y decide no informarse, actuando a pesar de las dudas. La falta de conocimiento le es achacable completamente al sujeto y desde mi punto de vista esta situación de duda es equiparable al conocimiento seguro. Los factores como la menor importancia del bien jurídico, la falta de dañosidad social pueden servirle al sujeto para disipar las dudas y pensar razonablemente que la conducta está permitida, pero en la medida en que actúe con dudas y no las disipe equivaldrá al conocimiento seguro.
- 2) El sujeto actúa con dudas pero objetivamente irresolubles: error de prohibición (invencible). El sujeto aunque se hubiera informado exhaustivamente no habría podido disipar las dudas.
- 3) Supuesto de dudas subjetivamente irresolubles: por razones de decisión rápida el sujeto no puede informarse. Si se abstiene de actuar la conducta le puede generar perjuicios. Por ejemplo el caso de un joyero al que le entran a robar en su joyería y decide mantener encerrado al ladrón hasta que llegue la policía. No sabe si puede hacerlo, pero si deja salir al ladrón perderá sus joyas. En los casos de importantes perjuicios se puede entender la posibilidad de apreciar analógicamente un error de prohibición. El otro supuesto es aquel en el que el sujeto duda ante dos posibilidades y piensa que ambas pueden ser ilícitas y en el momento no puede informarse, pero debería haberse informado previamente. Por ejemplo un policía que no sabe si puede usar la fuerza o qué cantidad de fuerza frente a un delincuente. La cuestión variará según esa situación de incertidumbre sea imputable a una falta de diligencia previa del propio sujeto (caso del policía, por su profesión, porque la situación era previsible, etc.) en este caso no habrá posibilidad de atenuación.

\* \* \* \* \*

## 5ª Sesión.

### ¿Nueva forma de imputación de la responsabilidad penal: responsabilidad penal de las personas jurídicas?

**Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Santiago Mir Puig**

Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Barcelona, España.

Presidente de Honor de la FICP

**~Las nuevas “penas” para personas jurídicas,  
una clase de “penas” sin culpabilidad\*~**

#### I

Hasta la reforma de junio de 2010 el derecho español había respetado la doble prohibición expresada en el aforismo latino “*societas delinquere nec puniri potest* (la sociedad no puede delinquir ni ser penada). La LO 5/2010 previó, por primera vez en nuestra historia legislativa, “penas” para personas jurídicas. Con ello el CP abandonó el principio “*societas puniri non potest*” (la sociedad no puede ser penada), pero *no* así el principio según el cual las personas jurídicas no pueden cometer delitos (“*societas delinquere non potest*”). En efecto, la responsabilidad penal que establece el nuevo art. 31 bis CP no se basa en delitos cometidos por las personas jurídicas, sino en delitos *cometidos por personas físicas* por cuenta y en provecho de las personas jurídicas.<sup>1</sup> Lo dice bien claramente el mencionado precepto, que en este punto fundamental no ha sido alterado por la reforma del CP de 2015:

“En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables:

“a) De los delitos *cometidos* en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, *por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma.*” (Art. 31 bis, 1 a).

“b) De los delitos *cometidos*, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, *por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso.*” (Art. 31 bis, 1 b).

\* Texto actualizado y algo modificado de mi ponencia en el I Congreso Internacional de la FICP sobre Retos actuales de la teoría del delito, Univ. de Barcelona, 29-30 mayo 2015.

La bibliografía sobre responsabilidad penal de personas jurídicas se ha hecho difícil de abarcar. Una amplia referencia puede encontrarse en GÓMEZ MARTÍN, Falsa alarma. O sobre por qué la Ley Orgánica 5/2010 no deroga el principio *societas delinquere non potest*, en MIR PUIG/CORCOY (dirs.)/GÓMEZ MARTÍN (coord.), Garantías constitucionales y Derecho penal europeo, Madrid (Marcial Pons), 2012, pp. 333 s. Aquí se renuncia a un tratamiento completo del tema. Únicamente persigo manifestar mi opinión sobre qué naturaleza pueden tener unas “penas” *sin culpabilidad*.

<sup>1</sup> Así, GÓMEZ MARTÍN, op.cit., 2012, pp. 370 ss.

En este segundo caso el delito debe haberse cometido como consecuencia de haberse incumplido gravemente los deberes de supervisión, vigilancia y control. La ley especifica que este incumplimiento ha de tener lugar “por aquellos”, esto es por las personas físicas mencionadas en la letra a). Por tanto, debe evitarse entender que la falta de control deba corresponder a la *persona jurídica*, pues ésta como tal no tiene capacidad de acción ni de omisión. Sólo pueden ejercer control u omitirlo personas físicas, y, en efecto, el CP se refiere expresamente a las *personas físicas* a cuya autoridad están sometidos quienes cometen uno de los delitos que pueden generar responsabilidad penal de las personas jurídicas.

La omisión del debido control a que se refiere el precepto que comentamos *no* ha de verse, pues, como una forma de imprudencia de la propia persona jurídica que permitiría basar la responsabilidad penal de ésta en una verdadera *culpabilidad de la persona jurídica*. Ni ésta ni ninguna otra forma de culpabilidad de la persona jurídica se exige cuando comete el delito un representante legal o administrador de hecho o de derecho. Lo coherente es no exigir tampoco una imposible culpabilidad de la persona jurídica cuando el autor del delito es otra persona sometida a la autoridad de aquéllas.

De los dos modelos que se manejan en materia de responsabilidad de las personas jurídicas, el de *autorresponsabilidad* (por hecho propio de la persona jurídica) y el de *heterorresponsabilidad* (por hechos de personas físicas distintas a la persona jurídica), la LO 5/2010 acogió, pues, el segundo.<sup>2</sup> Tanto en el supuesto de la letra a) del art. 31 bis 1, como en el de su letra b), los delitos que pueden servir de base a la responsabilidad penal de personas jurídicas no han de ser delitos de éstas, esto es, de personas no humanas.

Ello tiene una consecuencia dogmática fundamental: La responsabilidad penal de las personas jurídicas que ahora se admite no obliga a modificar la concepción del delito que sirve de base al Derecho penal vigente, como comportamiento humano típicamente antijurídico y personalmente imputable. No es necesario prescindir de las exigencias de comportamiento *humano*, de una imputación verdaderamente *subjetiva* del hecho típico no justificado y de un *sujeto imputable* capaz de recibir la llamada de las normas jurídicas y de autocontrolar de forma normal su conducta.

---

<sup>2</sup> Así SILVA SÁNCHEZ, La Ley, 2010-4, p. 1791; ROBLES PLANAS, Diario La Ley, nº 7.705 (29 sep. 2011), pp. 10 s.; GÓMEZ MARTÍN, Falsa alarma, en MIR PUIG/CORCOY (dirs.)/GÓMEZ MARTÍN (coord.), Garantías constitucionales, 2012, pp. 346 ss.; BOLDOVA, en ROMEO CASABONA / SOLA RECHE / BOLDOVA (coord.), Derecho Penal, Parte General, Introducción. Teoría del delito, Granada (Comares), 2013, p. 337.

No es necesario, pues, construir una nueva teoría del delito que incluya actuaciones no humanas como las de las personas jurídicas, que son incapaces de actuar por sí mismas, de conocer y de querer hechos y de captar prohibiciones o mandatos. No es necesario sustituir el concepto de *culpabilidad* humana por el de alguna forma de “culpabilidad” de entes no humanos como son las personas jurídicas. Todo ello sería necesario si el Código penal requiriese, para las “penas” que ha previsto para personas jurídicas, que *éstas cometieran los delitos* a los que se asocian. Pero no es así, porque el Código penal no impone “penas” a “delitos” de las personas jurídicas, sino que hace responder a éstas por delitos cometidos por personas humanas. Ahora bien, esto supone que la responsabilidad penal que se prevé para personas jurídicas es una forma *de responsabilidad por el hecho de otro*, por un delito no cometido por ella, sino por una persona física.<sup>3</sup>

## II

Pero ¿no se opone frontalmente al *principio de culpabilidad* imponer una pena por un delito a quien no lo ha cometido y no es, por tanto, culpable del mismo? ¿No es la primera exigencia del principio de culpabilidad, entendido en su sentido político-criminal amplio, la de que sólo cabe castigar por un delito a quien lo ha cometido?

No hace falta recordar que el principio de culpabilidad es un principio fundamental en nuestro modelo de Estado social y democrático de Derecho, al servicio de un ciudadano dotado de dignidad humana y del conjunto de derechos fundamentales que la integran. El Tribunal Constitucional ha reconocido repetidamente *rango constitucional* al principio de culpabilidad. Por todas cabe citar la STC 246/1991 de 19 de diciembre: “...este Tribunal ha declarado que, en efecto, la Constitución Española consagra sin duda el principio de culpabilidad como principio estructural básico del Derecho penal...” En el caso enjuiciado la Sentencia confirmó expresamente la exigencia de *responsabilidad personal* en el ámbito del Derecho penal. Siguió la doctrina de esta Sentencia el Auto del TC 193/2007 de 26 de marzo.

---

<sup>3</sup> El Derecho español sigue así el modelo norteamericano de *responsabilidad vicaria*, que en dicho país se considera una forma de responsabilidad sin culpa. Así, la obra de referencia de LAFAVE, *Criminal Law*, 3ª ed. 2000., pp. 272 ss., incluye la responsabilidad de las empresas entre los casos de “*liability without fault*” (responsabilidad sin culpa), que en su exposición agrupa en tres apartados: “*strict liability*” (responsabilidad objetiva) (pp. 257 ss.), “*vicarious liability*” (responsabilidad vicaria) (pp. 265 ss.) y “*enterprise liability*” (responsabilidad de empresa) (pp. 272 ss), considerando ésta última básicamente una forma específica de *vicarious liability* (p. 274). Este modelo de responsabilidad por el hecho de la persona física que realiza el hecho suele ser también el preferido por la normativa de la Unión Europea: cfr. GÓMEZ MARTÍN, en MIR/CORCOY/GÓMEZ MARTÍN, *Garantías constitucionales*, 2012, p. 337.

Ahora bien, este principio de culpabilidad no impide toda forma de responsabilidad objetiva ni por hecho ajeno:

No se opone a que la responsabilidad *civil* por daño pueda ser de carácter objetivo, esto es, sin dolo o culpa y sin imputación personal, ni que pueda extenderse a personas no penalmente responsables, en forma de responsabilidad subsidiaria.

Tampoco presuponen culpabilidad las *medidas de seguridad* previstas en el Código penal ni las *consecuencias accesorias* del Título VI del Libro I CP. Asimismo, la Jurisprudencia constitucional ha admitido que puedan imponerse *sanciones administrativas* a personas jurídicas por la actuación de sus representantes legales.

Aunque el Tribunal Constitucional ha declarado en numerosas ocasiones que las *sanciones administrativas* también están sujetas al principio de culpabilidad, lo cierto es que su imposición no supone la grave censura ético-jurídica propia de la pena, de modo que no presupone la misma posibilidad de *culpar* que las penas criminales. Las sanciones administrativas pueden implicar algún grado de censura por la infracción, pero inferior a la que implica una pena criminal. Por ello, el principio de culpabilidad puede tener exigencias diversas en uno y otro ámbito. Así, el propio Tribunal Constitucional se ha visto obligado a reconocer que la aplicación de los principios del Derecho penal al Derecho administrativo requiere su adaptación a la distinta naturaleza de ambas ramas del Derecho. Así, la STC 246/1991, Fundamento jurídico 2, reconoció que los principios de personalidad de la sanción y de responsabilidad subjetiva deben aplicarse al Derecho administrativo de forma que permitan la responsabilidad de las personas jurídicas –admitida expresamente por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en su artículo 130, 1.

El principio de culpabilidad penal no impide, pues, toda forma de responsabilidad sin culpabilidad, sino sólo la imposición de una pena criminal clásica a quien no es culpable subjetiva y personalmente del hecho penado. El Derecho civil y el administrativo permiten *imputar* a una persona jurídica lo que hacen sus representantes. Pero este criterio de imputación por representación no puede *trasladarse* al Derecho penal, de modo que dicho criterio no penal baste para permitir castigar con verdaderas penas criminales sin culpabilidad penal.<sup>4</sup> ¿Por qué? Porque la pena criminal clásica

---

<sup>4</sup> Cfr. en este sentido recientemente FRISCH, W., *Strafbarkeit juristischer Personen und Zurechnung*, en

tiene un significado de reproche ético-jurídico *fuerte* que sólo es *justo* dirigir a quien ha infringido una norma penal (fundamental) personalmente, con dolo o imprudencia e imputación personal. Sin estas exigencias del principio penal de culpabilidad sólo cabe imponer consecuencias jurídicas desprovistas del mismo carácter simbólico de censura ético-jurídica que tienen las penas previstas para personas físicas.<sup>5</sup>

Si se atribuye a las nuevas penas previstas para personas jurídicas la misma naturaleza de castigo al culpable que caracteriza a las penas previstas para personas físicas, será inevitable considerarlas abiertamente contrarias al principio de culpabilidad penal. Sólo hay una forma de evitar esta conclusión y preservar la compatibilidad de los nuevos preceptos con aquel principio de rango constitucional: *las “penas” previstas para personas jurídicas sólo pueden admitirse sin infringir gravemente el principio de culpabilidad si se distinguen claramente de las penas para personas físicas y se les priva del significado simbólico de reproche fuerte que las caracteriza.*<sup>6</sup> Sólo pueden admitirse si se aproximan a las sanciones administrativas, de una parte, y a las medidas de seguridad y a las consecuencias accesorias, de otra. Pues bien: la regulación legal de las nuevas “penas” para personas jurídicas no sólo permite, sino que propicia esta interpretación.

### III

Habría sido preferible que el legislador español no hubiera empleado el término “pena” para las sanciones que ha introducido para la persona jurídica, sino algún otro como “medidas” o “sanciones” para personas jurídicas.<sup>7</sup> Pero la observación de los

---

Festschrift f. J. Wolter, Berlin (Duncker&Humblot), 2013, pp. 357-359, que considera una “confusión” conceptual trasladar al Derecho penal el criterio civil de la imputación por representación como base suficiente para una pena. Con anterioridad ya en esta línea MIR PUIG, S., Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas, en RECPC (Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología), 2004, nº 01-06, p. 10 <http://criminol.ugr.es/recpc/06/recpc06-01.pdf>.

<sup>5</sup> Cfr. MIR PUIG, S., Tercera vía cit., RECPC 2004, nº 01-06., p. 9

<sup>6</sup> Cfr. MIR PUIG, S., Bases constitucionales del Derecho penal, Madrid (Iustel) 2011, pp. 127 s. También en esta línea de negar que las “penas” para personas jurídicas tengan verdadera naturaleza de penas como las previstas para personas físicas: LUZÓN PEÑA, Lecciones de Derecho Penal, Parte General, 2ª ed., Valencia (Tirant lo Blanch), 2012, 1/35, pp. 12 s.: “no son penas”, y más ampliamente en 11/41 ss., 2/12 y 30, 26/55; ROBLES PLANAS, La Ley, nº 7.705 (29 sep. 2011), pp. 8 ss., 14: “...no es más que un incentivo preventivo que no tiene nada que ver con las penas”; GÓMEZ MARTÍN, en MIR/CORCOY/GÓMEZ MARTÍN, Garantías constitucionales, 2012, p. 383.; GRACIA MARTÍN, en GRACIA/BOLDOVA/ALASTUEY, Lecciones de consecuencias jurídicas del delito, 4ª ed., Valencia (Tirant lo Blanch), 2012, p. 216: “no son penas”; BOLDOVA, en ROMEO/SOLA/BOLDOVA (coord.), DP, PG, 2013, p. 343.

<sup>7</sup> Con anterioridad a la introducción de las nuevas penas para personas jurídicas algún autor había relativizado la importancia de que el CP no denominase “penas” a las consecuencias accesorias previstas en el anterior art. 129, entendiéndose que esta designación legal no impedía considerar que tenían naturaleza de penas (así ZUGALDÍA, Las penas previstas en el art. 129 del CP para las personas jurídicas, PJ, 46 (1997), pp. 332 ss. ; EL MISMO, Delitos contra el medio ambiente y responsabilidad criminal de las



presupuestos y el contenido de las nuevas “penas” para personas jurídicas son suficientes para poner de manifiesto que su significado real es bien distinto al de las penas clásicas. Todo en las nuevas “penas” es básicamente *preventivo y económico*.

a) Por lo que respecta a los *presupuestos* de las nuevas “penas”, no sólo suponen responsabilidad *sin culpa de la persona jurídica* –responsabilidad objetiva por hecho ajeno–, sino que tampoco requieren culpabilidad en el administrador o empleado que realice el hecho típico: pueden imponerse *aunque la persona física que cometa el “delito” actúe sin “culpabilidad”* (art. 31 ter, 2 CP). Ello aproxima estas “penas” a las medidas de seguridad, que desde luego no requieren culpabilidad.

Y las únicas atenuantes que se prevén son incentivos para el descubrimiento o la prevención (confesar a tiempo la infracción, colaborar en la investigación de forma decisiva, haber establecido antes del juicio oral medidas eficaces para prevenir y descubrir posible delitos), o para la reparación económica del daño: art. 31 quater CP. En la misma línea, el art. 66 bis, 1º CP establece que debe tenerse en cuenta para graduar las “penas” para personas jurídicas (salvo la multa) un criterio puramente preventivo como su necesidad para prevenir la continuidad delictiva u otro estrictamente económico como las consecuencias económicas y sociales. En cualquier caso se trata de presupuestos distintos de los de las demás penas.

b) En cuanto al *contenido* de las nuevas penas, o bien coincide con el de las “consecuencias accesorias” que el CP ya preveía en su art. 129 antes de la LO 5/2010, o bien tiene una de naturaleza puramente económica, como la multa. Coinciden con las “consecuencias accesorias” para entes sin personalidad la mayor parte (*cinco de las siete*) “penas” que prevé el art. 33, 7: las que incluye en sus letras c) a g). Según el actual art. 129, estas “penas” se pueden imponer también como “consecuencias accesorias”. Pues bien: las “consecuencias accesorias” se distinguen claramente de las penas en el CP de 1995, empezando por el comiso, que ha dejado de considerarse una pena para pasar a verse como una medida preventiva o económica que impide

---

personas “, en CDJ (Cuadernos de Derecho Judicial), 1997, pp. 226 ss.; le siguió S. BACIGALUPO, La responsabilidad penal de las personas jurídicas, Barcelona, 1998, pp. 284 ss. Aquí coincidimos en negar que el *nomen juris* deba decidir la naturaleza de estas sanciones, pero para llegar a la conclusión en cierto modo contraria: que, a pesar de su nombre, las nuevas “penas” deben distinguirse de las penas criminales para personas físicas. En este sentido, y siguiendo el mismo razonamiento, GRACIA MARTÍN, en GRACIA/BOLDOVA/ALASTUEY, Lecciones de consecuencias jurídicas del delito, Valencia (Tirant lo Blanch), 2012, p. 216, tras recordar las SSTC 164/1995 y 276/2000, según las cuales el *nomen iuris* que el legislador asigne a una institución no es decisivo para su naturaleza jurídica. También recoge estas SSTC ROBLES PLANAS, La Ley, nº 7.705 (29 sep. 2011), p. 14.

enriquecerse con el delito. Las “consecuencias accesorias” del art. 129 nacieron como medidas preventivas próximas a las medidas de seguridad, entre las cuales se habían incluido inicialmente en el Proyecto de CP de 1980.<sup>8</sup> Es significativo que el criterio que debía orientar su aplicación, puramente preventivo, siga indicándose para su imposición y graduación en el actual art. 66 bis, 1º a) para las “penas” previstas para personas jurídicas, con la única excepción de la multa.<sup>9</sup>

A propósito de esta excepción, que expresa un tratamiento de la multa distinto al de las demás “penas” para personas jurídicas: es posible que la multa fuese la que decidió la denominación de “penas” para las medidas aplicables a personas jurídicas. La opción de añadir la multa a las consecuencias accesorias del art. 129 pudo encontrar la objeción de que toda multa encierra un significado *punitivo* distinto al de las consecuencias accesorias. Su inclusión entre las “penas” abría la puerta a la responsabilidad *penal* (en sentido estricto) de la persona jurídica y a poder prever también otras “penas” –aunque fueran las mismas que se siguen previendo como consecuencias jurídicas para las entidades desprovistas de personalidad jurídica.

Es cierto que, a diferencia de las medidas de seguridad y las consecuencias accesorias, la multa tiene carácter *punitivo*, pero también tienen este carácter las sanciones administrativas y las “penas” civiles (como las acordadas en las “cláusulas penales” de un contrato) y, no obstante, no comparten el significado de reproche ético-jurídico *fuerte* propio de la pena criminal clásica. De hecho, en el Derecho italiano actual las sanciones que los jueces penales pueden imponer a las personas jurídicas se consideran de naturaleza materialmente *administrativa*<sup>10</sup> –así como también en nuestro país los jueces penales pueden imponer sanciones *administrativas* a quien perturba el orden en las vistas orales.

Si bien la multa también existe como pena para personas físicas, es necesario distinguirla de la multa prevista para personas jurídicas, de modo parecido a cómo debe distinguirse entre la multa administrativa y la penal. Aunque en todas ellas se impone el pago de una cantidad económica, la multa administrativa no tiene el mismo significado

---

<sup>8</sup> Sobre el origen legislativo y el sentido de las consecuencias accesorias ver mi trabajo: Tercera vía cit., RECPC 2004, nº 01-06 p. 4.

<sup>9</sup> Por todo ello, algunos autores consideran que las nuevas “penas” siguen teniendo naturaleza de “consecuencias accesorias” y comparten su finalidad de prevenir la peligrosidad objetiva, en este caso de la persona jurídica: GRACIA MARTÍN, en GRACIA/BOLDOVA/ALASTUEY, Lecciones de consecuencias jurídicas, 4ª, 2012, p. 216; LUZÓN PEÑA, Lecciones PG, 2ª 2012, 1/35, p. 12, 11/41 ss.; BOLDOVA, en ROMEO/SOLA/BOLDOVA (coord.), DP, PG, 2013, p. 343.

<sup>10</sup> Así se estableció por el *Decreto legislativo* de 8 junio 2001, nº 231.

de reproche ético-jurídico que la multa penal clásica, sino que es puramente *coercitiva*. Del mismo modo, puede y debe distinguirse la nueva multa para personas jurídicas de la prevista para personas físicas *por no poder tener aquélla el sentido de reproche al autor culpable* de un hecho –puesto que se impone a quien no es autor ni partícipe en el hecho y tampoco requiere culpabilidad de la persona física responsable–. La “pena” para personas jurídicas ha de verse, igual que la administrativa, como un medio coercitivo.<sup>11</sup>

#### IV

*En conclusión:* las “penas” previstas para personas jurídicas deben distinguirse de las penas para personas físicas, tanto por sus presupuestos como por su significado simbólico. Ninguna de las nuevas “penas” puede concebirse como *castigo al culpable* de un hecho.

La nueva multa para personas jurídicas habrá de reducir su carga punitiva a la propia de la multa administrativa, con la que compartirá su naturaleza puramente *coercitiva*.

Las demás “penas” previstas por el art. 33, 7 CP siguen teniendo la naturaleza de medidas preventivas que poseían y poseen las consecuencias accesorias, con cuyo contenido significativamente coinciden y con cuyo mismo nombre pueden imponerse a los entes sin personalidad jurídica.<sup>12</sup> Cabrá considerarlas como una forma de “responsabilidad penal” sólo a condición de que esta expresión se entienda en un

---

<sup>11</sup> Consideran que la “pena” de multa para personas jurídicas tiene una naturaleza material jurídico-administrativa: GRACIA MARTÍN, GRACIA MARTÍN, en GRACIA/BOLDOVA/ALASTUEY, Lecciones de consecuencias jurídicas, 4ª, 2012, p. 217; BOLDOVA, en ROMEO/SOLA/BOLDOVA (coord.), DP, PG, 2013, p. 343.

<sup>12</sup> La cuestión es, entonces: ¿era verdaderamente necesario prever unas *mismas* medidas con *dos nombres* distintos? ¿no bastaba con la designación unitaria de “consecuencias accesorias”, ampliando y precisando en la medida necesaria sus presupuestos? Aunque la nueva multa pueda tener un significado punitivo, nada habría impedido en realidad incluirla también entre las consecuencias accesorias, como una medida económica y preventiva más (como de todos modos la considera un sector importante de la doctrina). Por otra parte, más importante que la posesión o no de personalidad jurídica es la realidad organizacional de la empresa o de otras realidades colectivas. Por ello, el derecho estadounidense habla de *enterprise liability*, de responsabilidad de la *empresa*, como auténtica realidad. Y el propio CP español viene a reconocer la importancia preeminente de la realidad empresarial cuando su art. 130, 2 establece que “la transformación, fusión, absorción o escisión de una persona jurídica no extingue su responsabilidad penal, que se trasladará a la entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida y se extenderá a la entidad o entidades que resulten de la escisión” (nótese que los términos “entidad o entidades” incluyen a las que no tengan personalidad jurídica, lo que puede tener por objeto alcanzar a posibles casos de transformación en una empresa propiedad de una persona física). Y sobre todo cuando el párrafo segundo del citado art. 130, 2 declara: “No extingue la responsabilidad penal la disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica. Se considerará que existe disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica *cuando se continúe su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados, o de la parte más relevante de todos ellos.*” Se viene a reconocer aquí que la realidad de la empresa es más relevante que la titularidad formal de la personalidad jurídica.

*sentido amplio* que permita incluir todas las distintas consecuencias jurídicas no civiles que la ley penal asocia a hechos típicamente antijurídicos, tanto las penas para personas físicas, que requieren una completa culpabilidad personal, como las consecuencias *penales* que no presuponen la culpabilidad del sujeto, como las medidas de seguridad, las medidas-penas para menores, las consecuencias accesorias y las nuevas “penas” para personas jurídicas.<sup>13</sup> En este sentido amplio utiliza el Tribunal Europeo de Derechos Humanos el término “pena” cuando incluye en él toda “medida” que “se impone por una condena a causa de un hecho penal” (Sentencia 17-12-2009, 19359/04 – M. contra Alemania).<sup>14</sup>

\* \* \* \* \*

---

<sup>13</sup> También LUZÓN PEÑA, Lecciones PG, 2.<sup>a</sup> 2012, 1/35, p. 13, 11/41, pp. 153 s., admite que pueda utilizarse la expresión “responsabilidad penal de las personas jurídicas” en un sentido amplio, igual como la “Ley de *responsabilidad penal* del menor” incluye las “medidas” para menores de 18 años y mayores de 14. Según ROBLES PLANAS, La Ley, nº 7.705 (29 sep. 2011), p. 14, “cabría interpretar el adverbio “penalmente” contenido en el art. 31 bis CP (...) referido no al fundamento o naturaleza de la responsabilidad, sino al contexto en que ésta se deriva (esto es, en el seno de un procedimiento penal). El fundamento y naturaleza de esa responsabilidad de la persona jurídica es, por el contrario, ajeno al Derecho penal.”

<sup>14</sup> Cfr. FRISCH, W., Festschrift f. Wolter, 2013, p. 353, nota 14.

## Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Luis Gracia Martín

Catedrático de Derecho penal. Universidad de Zaragoza, España. Socio de la FICP.

### ~La inexistente responsabilidad “penal” de las personas jurídicas\*~

**Sumario:** I. Introducción. II. Pero ¿qué podría impedir la transubstanciación y la transfiguración de la persona jurídica en un sujeto jurídico-penal? ¿La Dogmática?: Sí, pero como la Dogmática ésta equivocada, entonces prescindase de ella, *sic et simpliciter*. III. Los vicios claramente manifiestos de la doctrina de la responsabilidad de las personas jurídicas en los órdenes penal y sancionador administrativo. IV. Equiparación de la persona jurídica y de la natural y negación de la capacidad de acción y de culpabilidad de la primera en la Dogmática del Derecho civil. V. La negación de la capacidad de acción y de culpabilidad de la persona jurídica en la Dogmática del Derecho sancionador administrativo. VI. Acción, (infracción), culpabilidad y responsabilidad. VII. Conclusiones. *Bibliografía citada*.

### I. Introducción

1. En su esfuerzo por alcanzar la cabeza de una desbocada carrera de relevos emprendida por desnortados legisladores de nuestro tiempo con el testigo de la arbitrariedad hacia la meta del desmantelamiento del Estado de Derecho<sup>1</sup>, que la cursan a modo de representación de un espectáculo político grotesco sin la mínima gracia y además martirizante para la mayor parte de la ciudadanía en general, y en particular para el saber jurídico que piensa<sup>2</sup>, el legislador español se decidió en 2010 a favor del

\* Texto ampliado de mi ponencia en el I Congreso Internacional de la FICP sobre Retos actuales de la teoría del delito, Univ. de Barcelona, 29-30 mayo 2015. El trabajo se ha realizado en el curso de la ejecución del Proyecto de investigación DER2013-46071-P, sobre “La responsabilidad de las personas jurídicas y las consecuencias jurídicas aplicables a ellas por la comisión de hechos delictivos”, correspondiente al Subprograma de generación de conocimientos, Proyectos de “excelencia”, de la Subdirección General de Proyectos de Investigación del Ministerio de Economía y Competitividad.

**Abreviaturas utilizadas:** *ADPCP* = Anuario de Derecho penal y Ciencias penales; *AP* = Revista Actualidad penal; *AT* = Allgemeiner Teil; *C.c.* = Código civil; *CP* = Código penal; *CPC* = Cuadernos de Política Criminal; *CuCGPJ* = Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial; *EDJ* = Estudios de Derecho judicial; *EPC* = Estudios penales y criminológicos; *FS* = Festschrift; *GA* = Goldammer's Archiv; *GS* = Gedächtnisschrift; *JpD* = Jueces para la Democracia; *JZ* = Juristenzeitung; *Lb.* = Lehrbuch; *LH* = Libro Homenaje; *LP* = La Ley penal. Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario; *LRJAPP* = Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento Administrativo común; *NJW* = Neue Juristische Wochenschrift; *PE* = Parte Especial; *PG* = Parte General; *PJ* = Revista Poder Judicial; *RAP* = Revista de Administración Pública; *RDP* = Revista de Derecho penal; *RDPC* = Revista de Derecho penal y Criminología (UNED); *RECPC* = Revista Electrónica de Ciencias penales y Criminología: <http://criminnet.ugr.es/recpc>; *RJCyL* = Revista Jurídica de Castilla y León; *RP* = Revista penal; *RPCP* = Revista Peruana de Ciencias penales; *RXG* = Revista Xurídica Gallega; *SCHÖNKE/SCHRÖDER*<sup>28ª</sup> = Strafgesetzbuch. Kommentar, 28ª ed., C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1991; *SchZStr.* = Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht; *SK I*<sup>5ª</sup> = Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. I, Allgemeiner Teil, 5ª ed., Alfred Metzner Verlag, Frankfurt am Main; *StV* = Strafverteidiger; *wistra* = Zeitschrift für Wirtschaft-Steuer-Strafrecht; *ZschR* = Zeitschrift für schweizerische Recht; *ZIS* = Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik – [www.zis-online.com](http://www.zis-online.com); *ZStW* = Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft..

<sup>1</sup> Así la compilación de estudios de BERND SCHÜNEMANN, *Europäisierung der Strafrechtspflege als Demontage des demokratischen Rechtsstaats*, 2014 (cita completa en la bibliografía); véase también EL MISMO, *ZStW* 2014, p. 2.

<sup>2</sup> Téngase en cuenta que todo saber tiene ciertamente una “intencionalidad”, pero como expone y advierte ZAFFARONI *PG*<sup>2ª</sup> 2002, pp. 266 ss., el saber está a menudo fuertemente condicionado y limitado por el

extraviado y disparatado constructo de una conceptualmente inconcebible e imposible —y por esto, sólo *nominalmente* denominada— responsabilidad “penal” de las personas jurídicas. En efecto, asumiendo y practicando algo así como el rol de un hechicero de vudú haitiano, por medio de la L.O. 5/2010, de 22 de junio, de reforma del Código penal, el legislador español quiso dotar a las personas jurídicas de un espíritu que, como el de los humanos, tendría la capacidad y la fuerza de realizar y de omitir antijurídica y culpablemente acciones jurídico-penalmente relevantes, y transfigurarlas así en sujetos jurídico-penales completos que, por esto mismo, tendrán que responder soportando y padeciendo una pena como consecuencia jurídica de las fechorías criminales que cometerían *ellas mismas*, si bien esto sólo sería así, naturalmente, según las alucinantes representaciones y suposiciones del legislador y —lo que es más grave y peor— de un sector ya demasiado amplio y creciente de la doctrina penal. Pero no conforme ni satisfecho con este dar rango de ley a un error común<sup>3</sup>, perseverando aún en éste, y —para decirlo con una paráfrasis de las sentencias de AGUSTÍN DE HIPONA y de SÉNECA EL RECTOR— acelerando así su diabólica marcha<sup>4</sup>, el legislador español del actual relevo en aquella carrera, ha dado una nueva —y enésima— vuelta de tuerca con el uso de la fuerza de la arbitrariedad legisladora socialmente lesiva, pues por medio de su reciente L.O. 1/2015<sup>5</sup> ha dado un nuevo paso hacia su obstinadamente pretendida meta

---

poder, y en concreto, dentro del saber jurídico-penal, hay que distinguir al racional del irracional y, en definitiva, al que “piensa” del que “no piensa”; según ZAFFARONI, loc. cit., p. 266, “el *saber para poder* no es un *pensar*”, y el saber jurídico-penal que “no piensa” es aquél que elabora sus productos al margen de “la pregunta ontológica y antropológica” y que, a continuación, los “racionaliza” (p. 269).

<sup>3</sup> De acuerdo con el brocardo de DIGESTO, 33, 10, 3, 5: *error communis facit ius*. Según explica A. M. ZANOVER, Frases latinas, p. 70, esta fórmula jurídica denota el dato o hecho de la experiencia que se resume en que “de una culpa generalizada puede nacer una norma”, lo cual acaece generalmente “en periodos de decadencia y degradación moral”.

<sup>4</sup> Conforme a la sentencia de AGUSTIN DE HIPONA (Sermones, 164, 14): “*errare humanum est, perseverare autem diabolicum*”, y conforme a la de SÉNECA EL RECTOR (Controversias, 7, 15): “*errare humanum est, sed in errore perseverare dementis*”; sentencias tomadas del diccionario de A. M. ZANOVER, Frases latinas, p. 70. Como una “locura” o “insensatez” (*Torheit*) califica SCHÜNEMANN a la pretensión de “penar” a la persona jurídica; véase SCHÜNEMANN, ZIS 1/2014, p. 2 *in fine*.

<sup>5</sup> Con esta L.O. 1/2015 (B.O.E. núm. 77, de 31 de marzo de 2015), el actual legislador español ha dado lugar a un grave atentado, sin precedente en nuestra democracia, a principios básicos del Derecho y, por esto, a los derechos civiles y políticos de los ciudadanos. Pero más allá de esto, al sumarse este atentado a otros que resultan de otras varias leyes dictadas en la actual X Legislatura y Gobierno de un insoportablemente corrupto y antidemocrático Partido Popular —muy especialmente a los que derivan de la inadmisibles y terrorífica L.O. 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, que complementando a la reforma penal instaura o refuerza un auténtico e intolerable “derecho penal administrativo del enemigo”—, se puede decir sin remilgos que este Gobierno ha producido todo un auténtico “sistema legislativo de atentados” dinamitadores del Estado social de Derecho y de los derechos fundamentales y socioeconómicos consubstanciales a él; véanse el *Manifiesto íntegro de Catedráticos de Derecho penal* (descargable por ejemplo de <http://estaticos.elmundo.es/documentos/2015/01/22/texto.pdf>); el *Manifiesto del Grupo de Estudios de Política Criminal ante la reforma del código penal* intitulado “No hay Derecho. Por un Código penal de todos” (descargable por ejemplo de [150](http://www.icab.cat/files/242-481220-</a></p></div><div data-bbox=)

de consolidar un completo sistema “legal” de aquella inconcebible e imposible responsabilidad penal de las personas jurídicas a costa de dinamitar y de aniquilar de ese modo al Derecho y a la Ciencia jurídica con la que éste se identifica<sup>6</sup>.

2. Como queda dicho, la mencionada L.O. 5/2010 introdujo en el Código penal español una pluralidad de disposiciones con las que se pretendió *constituir* una responsabilidad penal de las personas jurídicas, se establecieron las correspondientes “penas” aplicables a ellas y se fijaron reglas específicas para la aplicación y para la determinación de éstas. Y ahora, la reciente L.O. 1/2015 ha incorporado a la regulación legal una explícita y detallada descripción de los requisitos de eficacia —la previsión y la observancia ¡“por la persona jurídica misma”!— de los llamados “programas de cumplimiento” como causas eximentes o atenuantes de la responsabilidad penal de la persona jurídica, y, en concordancia con esto, ha dado un nuevo y, a mi juicio, asistemático orden formal y numérico a la articulación legal de la totalidad de la regulación. Tras la reforma de la L.O. 1/2015, la regulación ha quedado como sigue:

a) En lo que respecta al “supuesto de hecho”, el art. 31 *bis*.1 CP afirma en general la responsabilidad penal de las personas jurídicas por los delitos en que así se determine expresamente y define los “tipos” determinantes de aquélla, que consisten básicamente en la probada comisión de un hecho delictivo en nombre, por cuenta y en beneficio de la persona jurídica por algunas clases de individuos que tengan una determinada “relación” con ella (directivos o empleados subordinados)<sup>7</sup>; en el art. 31 *ter*

---

[DOCUMENTO/ManifestGEPC\\_2015\\_02\\_%20sobre%20reforma%20penal.pdf](#)); y el *Prólogo* de FCO. JAVIER ÁLVAREZ GARCÍA a la 22ª edición del “Código penal y Ley penal del menor”, de Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 17 ss.

<sup>6</sup> Precisamente una variante de la sentencia de AGUSTÍN DE HIPONA —“*Errare humanum est, sed perseverare diabolicum*”—, fue el título de la magnífica ponencia mantenida por ROBLES PLANAS sobre la reforma —a la sazón en Proyecto— del art. 31*bis* CP, en la sesión del día 2 de abril de 2014 del XXI Congreso de Estudiantes de Ciencias penales de la Universidad de Barcelona sobre “La reforma del Código penal: la historia interminable”, en la cual el autor, con la expresión “incultura Dogmática” se reafirmó con razón en su certero juicio, que él ya antes había expresado por escrito, de que el constructo de la responsabilidad penal de la persona jurídica supone “una involución monumental en nuestra cultura jurídica”; véase ROBLES PLANAS, *Diario La Ley* nº 7705, 29 Sep. 2011, p. 15.

<sup>7</sup> *Art. 31 bis.1* (modificado por la L.O. 1/2015): En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables: a) De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma. b) De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso. La literatura al respecto es ya sobreabundante y prácticamente inabarcable; sobre tales supuestos de hecho véase ahora solo, y por ejemplo, las exposiciones de FEIJÓO, *Presupuestos 2012*, pp. 102 ss.; DÍEZ RIPOLLÉS, *InDret 1/2012*, pp. 14 ss., 20 ss.; URRUELA, *Personas jurídicas 2012*, pp. 470

CP se amplía el supuesto de hecho a casos en que no pueda individualizarse a la persona física que tuvo que cometer el delito (¿?), y a casos en que a pesar de estar individualizada, el procedimiento no pueda dirigirse contra ella por distintas razones<sup>8</sup>; el art. 31 *quinquies* CP excluye del régimen general de responsabilidad penal a determinados entes con personalidad jurídica y restringe su aplicación para algunos otros<sup>9</sup>; en los apartados 2 a 5 del art. 31 *bis* CP —la gran novedad de la reforma de 2015— se regula la que podríamos llamar “eximente —completa o incompleta— de cumplimiento de programas de prevención de la comisión de delitos”<sup>10</sup>; en el art. 31

---

ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN PG<sup>4</sup> 2014, pp. 587 ss.; y para la reforma de 2015, véase GONZÁLEZ CUSSAC, *Personas jurídicas 2015*, pp. 160 ss.

<sup>8</sup> Art. 31 *ter* (introducido por la L.O. 1/2015 trasladando a él sin modificación los anteriores apartados 2 y 3 del art. 31 *bis*) : 1. La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el artículo anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella. Cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de multa, los jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos. 2. La concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, o el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia, no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin perjuicio de lo que se dispone en el artículo siguiente. Sobre este supuesto específico, en el cual se pretende apoyar la independencia o autonomía de la responsabilidad de la persona jurídica con respecto a la de la física, véase por ejemplo, GARCÍA ARÁN, *Comentarios 2012*, pp. 401 ss.

<sup>9</sup> Art. 31 *quinquies* (introducido por la L.O. 1/2015 modificando el contenido del anterior apartado 5 del art. 31 *bis*): 1. Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades públicas Empresariales, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas. 2. En el caso de las Sociedades mercantiles públicas que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general, solamente les podrán ser impuestas las penas previstas en las letras a) y g) del apartado 7 del artículo 33. Esta limitación no será aplicable cuando el juez o tribunal aprecie que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal. Sobre estas exclusiones, véase por ejemplo, para la situación anterior a la reforma de 2015, GARCÍA ARÁN, *Comentarios 2012*, pp. 411 ss.; URRUELA, *Personas jurídicas 2012*, pp. 488 ss.; Díez RIPOLLÉS, *InDret 1/2012*, pp. 10 ss. y ZUGALDÍA, *Responsabilidad 2013*, pp. 106 ss.; y para la situación actual después de la reforma, GONZÁLEZ CUSSAC, *Personas jurídicas 2015*, pp. 205 ss.

<sup>10</sup> Art. 31 *bis* 2, 3, 4 y 5 (introducidos por la L.O. 1/2015): 2. Si el delito fuere cometido por las personas indicadas en la letra a) del apartado anterior, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si se cumplen las siguientes condiciones: 1.ª el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión; 2.ª la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica; 3.ª los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención y 4.ª no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la condición 2.ª. En los casos en los que las anteriores circunstancias solamente puedan ser objeto de acreditación parcial, esta circunstancia será valorada a los efectos de atenuación de la pena. 3. En las personas jurídicas de pequeñas dimensiones, las funciones de supervisión a que se refiere la condición 2.ª



*quater* CP se reconocen como circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de la persona jurídica a determinados supuestos de confesión de la infracción, de reparación o de adopción de medidas de prevención y descubrimiento de delitos futuros<sup>11</sup>; y, finalmente, el art. 130.2 CP completa el supuesto de hecho global con la negación de la extinción de la responsabilidad penal en los casos de transformación, fusión, absorción, escisión y disolución, encubierta o aparente, de la persona jurídica responsable<sup>12</sup>.

---

del apartado 2 podrán ser asumidas directamente por el órgano de administración. A estos efectos, son personas jurídicas de pequeñas dimensiones aquéllas que, según la legislación aplicable, estén autorizadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada. 4. Si el delito fuera cometido por las personas indicadas en la letra b) del apartado 1, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si, antes de la comisión del delito, ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión. En este caso resultará igualmente aplicable la atenuación prevista en el párrafo segundo del apartado 2 de este artículo. 5. Los modelos de organización y gestión a que se refieren la condición 1.ª del apartado 2 y el apartado anterior deberán cumplir los siguientes requisitos: 1.º Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos. 2.º Establecerán los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquéllos. 3.º Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos. 4.º Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención. 5.º Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo. 6.º Realizarán una verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios. La literatura sobre la eficacia de los llamados programas de cumplimiento en este ámbito es inabarcable; véase, por ejemplo, las obras colectivas de KUHLEN/MONTIEL/ORTIZ DE URBINA (eds.), y de SILVA SÁNCHEZ (dir.)/MONTANER FERNÁNDEZ (coord.), citadas en la bibliografía; y para la introducción de la eximente en la reforma del CP español de 2015, véase GONZÁLEZ CUSSAC, *Personas jurídicas 2015*, pp. 180 ss.

<sup>11</sup> *Art. 31 quater* (introducido por la L.O. 1/2015 trasladando a él sin modificación el anteriores apartado 4 del art. 31 bis): Sólo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes actividades: a) Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades. b) Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos. c) Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito. d) Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica. Sobre esto, véase por ejemplo, GARCÍA ARÁN, *Comentarios 2012*, pp. 407 ss.; DÍEZ RIPOLLÉS, *InDret 1/2012*, pp. 25 ss.; URRUELA, *Personas jurídicas 2012*, pp. 480 ss.; GÓMEZ-JARA, *Atenuación 2012*, pp. 181 ss.

<sup>12</sup> *Art. 130.2* (no modificado por la L.O. 1/2015): La transformación, fusión, absorción o escisión de una persona jurídica no extingue su responsabilidad penal, que se trasladará a la entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida y se extenderá a la entidad o entidades que resulten de la escisión. El Juez o Tribunal podrá moderar el traslado de la pena a la persona jurídica en función de la proporción que la persona jurídica originariamente responsable del delito guarde con ella. No extingue la responsabilidad penal la disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica. Se considerará en todo caso que existe disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica cuando se continúe su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados, o de la parte más relevante de todos ellos. Al respecto, véase por ejemplo, FEIJÓO, *Extinción 2012*, pp. 262 ss.; CUGAT, *Comentarios 2012*, pp. 1005 s.

b) En lo concerniente a las “consecuencias jurídicas” del delito, si a la persona jurídica se la hace penalmente responsable por la comisión de un determinado delito, lo lógico, en principio, tendría que ser que se le impusieran las penas *típicas* con que está conminada su realización; mas como esto es por la propia naturaleza de la cosa simplemente imposible —piénsese especialmente en la pena privativa de libertad<sup>13</sup>—, el legislador español ha previsto en el art. 33.7 CP un catálogo específico de consecuencias jurídicas específicas para las personas jurídicas, a las cuales meramente denomina “penas” sin serlo realmente<sup>14</sup>, y cuyo contenido es la privación o la

---

<sup>13</sup> Como dice KELSEN, Teoría pura, p. 195, “parece, en realidad, una representación absurda pensar que pueda imponerse una pena de privación de libertad, o una pena de muerte, a una persona colectiva”; no obstante, hay que advertir que a pesar de esto, mediante una argumentación de la que aquí ahora se puede prescindir, y que, en mi opinión, tiene demasiados saltos lógicos, KELSEN llega a sostener la absurda tesis de que “el orden jurídico puede estatuir una responsabilidad colectiva que se hace efectiva a través de una pena privativa de libertad o una pena de muerte”; véase KELSEN, loc. cit., p. 196 y la crítica al respecto de BACIGALUPO ZAPATER, Teorías 2005, pp. 53 s., con la advertencia de que el modelo de referencia de KELSEN para tal afirmación es el de la responsabilidad del Estado por la guerra (p. 53). ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Enjuiciamiento de animales, pp. 35 s., que considera al proceso penal contra personas jurídicas más próximo a los procesos contra animales que al proceso contra personas físicas (p. 35), ironiza al respecto diciendo que “si un día nos dijese —basta un botón de muestra— que el Banco Nacional de México se hallaba preso en Lecumberri por haber raptado y violado a la Fundidora de Monterrey, soltaríamos la carcajada, y el juez que llegase a dictar tan disparatado auto, no sería mantenido en su cargo más de veinticuatro horas” (p. 36).

<sup>14</sup> Véase en este sentido, fundamentando su naturaleza jurídica de “consecuencias accesorias”, a pesar de su denominación como “penas” por el Código, GRACIA MARTÍN, LCJD<sup>4</sup> 2012, pp. 201 ss. y especialmente pp. 212 ss.; en el mismo sentido de ver a estas penas como consecuencias accesorias, también BOLDOVA, EPC XXXIII (2013), pp. 259 s. y especialmente pp. 261 s.; EL MISMO, LCJD<sup>4</sup> 2012, p. 82; EL MISMO, PG 2013, pp. 343 s.; BOLDOVA/RUEDA, Personas jurídicas, p. 276; y asimismo MIR PUIG, Bases constitucionales 2011, pp. 127 s.; EL MISMO, en Foro FICP nº 2014-1 (abril), p. 28 s.; negándoles también todo carácter y naturaleza de penas, véase SILVA SÁNCHEZ, Persona jurídica 2013, pp. 32 s.; LUZÓN PEÑA, LPG<sup>2</sup> 2012, pp. 12 s., 25, 32, 154 s. y 514 s.; GÓMEZ MARTÍN, Falsa Alarma 2012, pp. 382 s.; ROBLES PLANAS, Diario La Ley nº 7705, 29 Sep. 2011, p. 14. DÍEZ RIPOLLÉS, JpD nº 73 2012, pp. 48 y 49, mantiene al respecto una postura próxima pero indeterminada en su conjunto, pues aunque advierte que se trata de penas “diferenciadas de las penas previstas para las personas físicas” (p. 48), y también que “corresponden sustancialmente con las *consecuencias accesorias*” (p. 49), no obstante “doctrinalmente” las llama en todo momento “penas” (*passim*); y por su parte, URRUELA, Personas jurídicas 2012, p. 501, duda de la naturaleza jurídica de estas “penas” sin pronunciarse al respecto. Como se dirá insistentemente a lo largo de esta exposición, puesto que el Derecho se identifica con la Ciencia o Dogmática jurídicas, y no con la legislación, la doctrina científica debe hacer un uso de la nomenclatura jurídica *conforme con la naturaleza de la cosa*; sobre esta cuestión taxonómica y de nomenclatura, véase ahora sólo por ejemplo, DUBBER, Strafrechtsdogmatik als Botanik 2005, p. 254, quien, si bien en actitud crítica respecto del método de la Dogmática, llama la atención acerca de cómo de acuerdo con él, en comparación con el angloamericano, si “no se pueden censurar las multas de cuantías millonarias contra corporaciones”, ello se debe —dice el autor— a que en el sistema dogmático “ellas son clasificadas como ‘Busse’ (sanción pecuniaria) en lugar de como ‘Strafe’ (pena) para una ‘contravención’ (en lugar de para un ‘hecho punible’)”. Pero como se dirá, esto que parece criticar DUBBER es justamente lo que *debe* hacerse en la Ciencia jurídica, porque como ha dicho con razón SCHÜNEMANN, ZIS 1/2014, p. 15, si “la lengua es el medio no sólo de la Ciencia jurídica, sino también del Derecho mismo”, entonces “toda errónea nomenclatura es también un error sobre (la substancia de) las cosas”, y porque como en sentido similar advierte DELGADO ECHEVERRÍA, Vigor de las leyes, pp. 11 s., en el metalenguaje de los juristas “sin palabra adecuada no hay concepto preciso”; sobre el lenguaje científico-técnico en general, y sobre el carácter especializado del lenguaje jurídico en particular, véase ahora solo HORN, Rechtssprache 1966, *passim*, especialmente, pp. 21 ss. y 97 ss., y también SOLER COSTA, Poder 2014, pp. 26 ss. y,

restricción de bienes y de derechos de los que son titulares semejantes entes en cuanto sujetos de derecho<sup>15</sup>; y puesto que, también por la misma naturaleza de las cosas, ni el

---

especialmente, p. 33. Por esto, *en una parte* no me parece asumible la completa y *generalizada* “identidad” que establece BACIGALUPO ZAPATER, Teorías 2005, p. 57, entre sanción pecuniaria o multa administrativa (*Geldbusse*) y sanción pecuniaria o multa penal (*Geldstrafe*). Sin duda, BACIGALUPO tiene toda la razón en que ambas son iguales y sólo cabe ver en ellas diferencias de grado, es decir, de carácter cuantitativo o de gravedad, pero esto será así sólo cuando la multa administrativa —al igual que la multa penal— sea la consecuencia jurídica que siga a un supuesto de hecho en el que necesariamente tiene que estar presente como elemento *constitutivo* la “culpabilidad del infractor”; pero si la multa administrativa es la consecuencia jurídica de un supuesto de hecho del que está ausente la culpabilidad del infractor —y del que también podría estar ausente incluso una “acción”—, entonces ya no puede verse ninguna “identidad” o “igualdad” —ahora ya en sentido “cualitativo”— entre la multa administrativa y la penal. Pues en tal caso, la similitud entre aquellos dos tipos o clases de multa, es sólo y meramente externa o fáctica —ambas consisten en el “pago” de una suma pecuniaria—, pero ya no hay similitud o identidad “cualitativas” ni de “significado”, sino diferencias materiales o substanciales que ya vienen dadas por las diferencias asimismo substanciales existentes entre los respectivos “supuestos de hecho” de la multa penal —uno consistente en la realización culpable de una acción antijurídica— y de la multa administrativa —otro distinto del que está ausente la culpabilidad e incluso una acción—, y que además tendrán su reflejo también en los *finés específicos* de la una y de la otra; en este sentido, véase ROBLES PLANAS, Diario La Ley nº 7705, 29 Sep. 2011, p. 9; y para el Derecho alemán, véase claramente en este sentido, por ejemplo, ROXIN, AT I<sup>4</sup> 2006, § 8 C nº 60, p. 263, quien considera que la multa contra personas jurídicas prevista en el § 30 OWiG tiene la naturaleza jurídica de una “consecuencia accesoria” (*Nebenfolge*) para cuya aplicación no es precisa —como tampoco para otras “sanciones” del Derecho de contravenciones— ni siquiera la concurrencia de una “acción”. Y es que, como tan acertadamente explicó ENGISCH, Einführung<sup>7</sup> 1977, pp. 33, 119 s., entre el “supuesto de hecho” y la “consecuencia jurídica” de toda proposición jurídica debe existir una exacta y perfecta correspondencia estructural y funcional, y concretamente en el sentido de que *todos* los elementos que *fundamentan* y gradúan la consecuencia jurídica, y sólo ellos, tienen que estar comprendidos en el supuesto de hecho. Por mucho, pues, que dos o más reacciones jurídicas tengan la misma e idéntica forma externa, esto sólo las hace similares en el plano meramente fáctico, mientras que en el plano cualitativo y substancial de su “significado” y en el de sus “finés específicos” condicionados por el significado, las diferencias substanciales de los supuestos de hecho que las justifican y de los que cada una trae su causa las hacen consecuencias jurídicas también “diferentes”. Tal vez el ejemplo más apropiado para explicar todo esto —por su extrema simplicidad y sencillez— sea el de la llamada “multa administrativa coercitiva”, la cual, aún consistiendo en el pago de una suma pecuniaria, como la multa sanción o la multa penal, de ningún modo tiene el carácter ni la naturaleza de una sanción en sentido estricto; al respecto véase, por ejemplo, T.R. FERNÁNDEZ, Curso I<sup>15</sup> 2011, pp. 824 ss.; SUAY RINCÓN, Sanciones 1989, pp. 62 ss.; I. PEMÁN, Sistema 2000, pp. 88 ss.; GRACIA MARTÍN, Tratado 2006, pp. 546 s.; y en la doctrina alemana, para la multa coercitiva del Derecho de policía, véase, por ejemplo, RACHOR, en Polizeistrafrecht<sup>5</sup> 2012, E nm. 829, p. 562.

<sup>15</sup> Art. 33.7 (no modificado por la L.O. 1/2015): “Las penas aplicables a las personas jurídicas, que tienen todas la consideración de graves, son las siguientes: a) Multa por cuotas o proporcional; b) Disolución de la persona jurídica. La disolución producirá la pérdida definitiva de su personalidad jurídica, así como la de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita; c) Suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años; d) Clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años; e) Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá ser temporal o definitiva. Si fuere temporal, el plazo no podrá exceder de quince años; f) Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder de quince años; g) Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años. La intervención podrá afectar a la totalidad de la organización o limitarse a alguna de sus instalaciones, secciones o unidades de negocio. El Juez o Tribunal, en la sentencia o, posteriormente, mediante auto, determinará exactamente el contenido de la intervención y determinará quién se hará cargo de la intervención y en qué plazos deberá realizar informes de seguimiento para el órgano judicial. La intervención se podrá modificar o suspender en todo momento previo informe del interventor y del Ministerio Fiscal. El interventor tendrá derecho a acceder a todas las instalaciones y locales de la empresa o persona jurídica y a recibir cuanta información estime necesaria para el ejercicio de sus funciones.

fundamento ni los fines de estas meramente llamadas penas para personas jurídicas pueden ser los mismos que los de las auténticas penas en sentido material<sup>16</sup>, en el art. 66 *bis* CP se han previsto unas reglas específicas de determinación de aquéllas conforme a criterios que materialmente no tienen casi nada en común con los relativos a la determinación de las auténticas penas<sup>17</sup>.

**3.** Con esta positivación legal de un pretendido —y, sin embargo, como veremos, fallido— Derecho penal de personas jurídicas o de agrupaciones, el legislador español ha ignorado o pasado por alto a la más altamente cualificada y científicamente más

---

Reglamentariamente se determinarán los aspectos relacionados con el ejercicio de la función de interventor, como la retribución o la cualificación necesaria. La clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa. Sobre ello, véase ahora solo, por ejemplo, BAUCELLS, Comentarios 2012, pp. 424 ss.; Díez RIPOLLÉS, JpD nº 73 2012, pp. 48 ss.; FEIJÓO, Consecuencias 2012, pp. 235 ss.; URRUELA, Personas jurídicas 2012, pp. 492 ss.; ZUGALDÍA, Responsabilidad 2013, pp. 131 ss.

<sup>16</sup> En este sentido, véase SCHÜNEMANN, ZIS 1/2014, pp. 6 s., 10 ss.; HERNÁNDEZ PLASENCIA, Función 2012, pp. 558 ss. y especialmente pp. 562 ss.; BOLDOVA, EPC XXXIII (2013), p. 261; y MIR PUIG, Foro FICP nº 2014-1 (abril), pp. 28 ss.

<sup>17</sup> *Art. 66 bis CP* (modificada la regla 2ª por la L.O. 1/2015): En la aplicación de las penas impuestas a las personas jurídicas se estará a lo dispuesto en las reglas 1.ª a 4.ª y 6.ª a 8.ª del primer número del artículo 66, así como a las siguientes: 1.ª En los supuestos en los que vengan establecidas por las disposiciones del Libro II, para decidir sobre la imposición y la extensión de las penas previstas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33 habrá de tenerse en cuenta: a) Su necesidad para prevenir la continuidad de la actividad delictiva o de sus efectos; b) Sus consecuencias económicas y sociales, y especialmente los efectos para los trabajadores; c) El puesto que en la estructura de la persona jurídica ocupa la persona física u órgano que incumplió el deber de control. 2.ª Cuando las penas previstas en las letras c) a g) del apartado 7 del artículo 33 se impongan con una duración limitada, ésta no podrá exceder la duración máxima de la pena privativa de libertad prevista para el caso de que el delito fuera cometido por persona física. Para la imposición de las sanciones previstas en las letras c) a g) por un plazo superior a dos años será necesario que se dé alguna de las dos circunstancias siguientes: a) Que la persona jurídica sea reincidente. b) Que la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales. Se entenderá que se está ante este último supuesto siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal. Cuando la responsabilidad de la persona jurídica, en los casos previstos en la letra b) del apartado 1 del artículo 31 bis, derive de un incumplimiento de los deberes de supervisión, vigilancia y control que no tenga carácter grave, estas penas tendrán en todo caso una duración máxima de dos años. Para la imposición con carácter permanente de las sanciones previstas en las letras b) y e), y para la imposición por un plazo superior a cinco años de las previstas en las letras e) y f) del apartado 7 del artículo 33, será necesario que se dé alguna de las dos circunstancias siguientes: a) Que se esté ante el supuesto de hecho previsto en la regla 5.ª del apartado 1 del artículo 66. b) Que la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales. Se entenderá que se está ante este último supuesto siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal. Sobre las reglas de determinación de estas llamadas “penas” para personas jurídicas, véase, por ejemplo, GARCÍA ARÁN, Comentarios 2012, pp. 638 ss.; ZUGALDÍA, Responsabilidad 2013, pp. 143 ss.; Díez RIPOLLES, JpD nº 73 2012, pp. 61 ss., quien estima, sin embargo, que en principio son aplicables los criterios generales de medición relativos a las penas para las personas físicas (p. 62); de otra opinión, que suscribo, SILVA SÁNCHEZ, Persona jurídica 2013, pp. 32 s.; BOLDOVA, EPC XXXIII (2013), p. 261; EL MISMO, LCJD<sup>4</sup> 2012, pp. 129 s.; EL MISMO, PG 2013, p. 343; y MIR PUIG, Foro FICP nº 2014-1 (abril), p. 29, porque para graduar estas “penas” —advierte MIR— el art. 61 bis.1 establece que hay que tener en cuenta el criterio puramente preventivo de su necesidad para evitar la continuidad delictiva y criterios económicos y sociales, por lo que —concluye MIR con razón— “en cualquier caso se trata de *presupuestos distintos* de los de las demás penas” (cursiva mía).

rigurosa doctrina jurídica (española y extranjera) del sistema jurídico continental<sup>18</sup>, que se ha caracterizado siempre por su contundente rechazo de un constructo como aquél que no podía ser tomado y aquélla no lo tomó nunca en serio<sup>19</sup>. Aún menos en serio debería tomarlo hoy en día la Ciencia jurídica del presente si se tiene en cuenta el refuerzo dado a la doctrina tradicional por recientes y decisivas aportaciones doctrinales contra los pretendidos nuevos argumentos favorables al constructo, entre las cuales destacan sobre todo las de BERND SCHÜNEMANN, quien por medio de una rigurosa observancia del *método* de construcción jurídica de conceptos ha demostrado de un modo irrefutable su imposibilidad dogmática y también su inconveniencia político-criminal<sup>20-21</sup>, caracterizándolo genialmente como un “zombi político-criminal”<sup>22</sup>. Por el

<sup>18</sup> Véase el juicio de SCHÜNEMANN, ZIS 1/2014, p. 14: “contra la protesta del sector predominante de la Ciencia jurídico penal (española)”.

<sup>19</sup> Como recuerda SCHÜNEMANN, ZIS 1/2014, p. 1, en el pasado los fundamentos del rechazo de la responsabilidad penal de la persona jurídica no fueron nunca rebatidos *en serio*, y como afirmara KELSEN, Teoría general 1995, p. 114: “no se puede negar *en serio* que actos y omisiones sólo pueden existir en relación con los seres humanos”; véase además KELSEN, Teoría pura 1979, pp. 186 ss.

<sup>20</sup> Para citar de su voluminosa obra sólo una selección relevante de lugares donde ha desarrollado en general el método de construcción jurídica de conceptos, véase SCHÜNEMANN, Unterlassungsdelikte 1971, pp. 39 y 41; EL MISMO, FS Klug 1983, pp. 169 ss.; EL MISMO, FS Arthur Kaufmann 1993, pp. 299 ss.; EL MISMO, FS Roxin 2001, pp. 23 ss.; y EL MISMO, Ontologismo y normativismo 2000, pp. 654 ss., y 660 ss. Sobre mi postura metodológica, no coincidente en todo, pero muy próxima a la de SCHÜNEMANN, véase GRACIA MARTÍN, Fundamentos 2006, pp. 75 ss. y 115 ss.; EL MISMO, RECPC 06-07 (2004), pp. 4 ss., 8 ss.; EL MISMO, Prólogo a M<sup>a</sup> Ángeles Rueda Martín 2001, pp. 22 ss.; EL MISMO, Horizonte 2005, pp. 44 ss. y 232 ss.; EL MISMO, Adecuación social 2013, pp. 203 ss., 210 ss. y 228 ss. Para los argumentos de SCHÜNEMANN contra la posibilidad de construir una responsabilidad penal de las personas jurídicas, los cuales están estrechamente vinculados al método de construcción jurídica de conceptos, véase SCHÜNEMANN, Unternehmenskriminalität 1979, pp. 155 ss., 172 ss. y 232 ss.; EL MISMO, wistra 1982, pp. 41 ss. (= ADPCP 1988, pp. 551 ss.); EL MISMO, Madrid Symposium für Klaus Tiedemann 1994, pp. 265 ss. (= en Jornadas, pp. 565 ss.); EL MISMO, Deutsche Wiedervereinigung III 1996, pp. 129 ss. y 168 ss.; EL MISMO, ADPCP 2002, pp. 9 ss.; EL MISMO, Constitución europea 2006, pp. 151 ss.; EL MISMO, LK I<sup>12a</sup> 2006, pp. 1841 ss.; EL MISMO, FS Tiedemann 2008, pp. 429 ss.; EL MISMO, GA 2013, pp. 193 ss.; EL MISMO, Verfassungswidrigkeit 2013, *passim*; EL MISMO, ZIS 1/2014, pp. 1 ss. Sobre mi postura al respecto, ampliamente coincidente con la de SCHÜNEMANN, véase GRACIA MARTÍN, Actuar I 1985, p. 8; EL MISMO, Personas jurídicas 1996, pp. 40 ss. y 63 ss.; EL MISMO, Prólogo a Castillo Alva 2001, pp. 59 s.; EL MISMO, Tratado 2006, pp. 546 ss. y 576 s.; EL MISMO, LCJD<sup>4</sup> 2012, pp. 216 ss.; EL MISMO, en LH-Schünemann II 2014, pp. 107 ss.; EL MISMO, en Foro FICP nº 2014-2, pp. 16 ss.

<sup>21</sup> Por esto, es inexplicable que ZUGALDÍA, Responsabilidad 2013, en nota 35 de pp. 30 s., incluya a SCHÜNEMANN —y también a ¡ROXIN!— en la lista de autores alemanes que, según él, proporcionarían “apoyo doctrinal” “a la introducción de la pena para asociaciones”; y aún lo es más, si cabe, que ZUGALDÍA (*loc. cit.*, p. 62) atribuya a SCHÜNEMANN ser partidario de una responsabilidad nada menos que ¡“penal”! de la persona jurídica. Dado que cualquiera que conozca superficialmente el pensamiento de BERND SCHÜNEMANN al respecto sabe de su vehemente y severo rechazo del constructo, como se irá exponiendo a lo largo de esta investigación, en este momento huelga cualquier comentario sobre la a todas luces errónea afirmación de ZUGALDÍA; no obstante, como simple muestra véase lo que dice SCHÜNEMANN al respecto, reforzando su postura en contra mantenida con firmeza y sin cambios desde su primer escrito —precisamente el citado por ZUGALDÍA— sobre la materia, en SCHÜNEMANN, ZIS 1/2014, *passim*, a saber y por ejemplo: que hablar de acción y de culpabilidad de la persona jurídica y llamar “pena” a la sanción de la empresa supone una “contaminación semántica del lenguaje” que quebranta “los principios del habla racional” (pp. 4 y 11).

<sup>22</sup> En el sentido de que una propuesta que tras un minucioso examen ha sido ampliamente rechazada en un momento histórico determinado, es desenterrada después de un periodo de latencia y se provoca así una

contrario, el legislador español, como ya antes sucedió con otros, y como probablemente aún sucederá con algunos más en el futuro, se dejó seducir por la maraña de opiniones circulantes en la doctrina jurídico-penal a favor del reconocimiento de la persona jurídica como un sujeto jurídico-penal, y con las cuales sus defensores tratan ahora de avalar y de legitimar a esta desafortunada decisión y también de precisar y determinar el alcance de los textos legales positivos en los que se ha concretado<sup>23</sup>.

4. A favor de su decisión, el legislador español quiso argüir que ella venía exigida —demandada— así por numerosos instrumentos internacionales<sup>24</sup>. Pero esta —sin la menor duda— infundada y fraudulenta motivación<sup>25</sup>, que junto al argumento del Derecho comparado ha estado presente desde siempre en cierta doctrina favorable a dicha decisión<sup>26</sup>, puede y debe quedar relegada aquí y ahora a un plano secundario y sin la menor trascendencia. Pues aun suponiendo que semejante motivación tuviera un fundamento real y cierto —que como queda dicho, no lo tiene en absoluto—, ella en modo alguno podría justificar ni legitimar una decisión que, como ésta, es frontalmente contraria a la Razón y al Derecho, ya que ninguna decisión irracional de uno mismo puede justificarse ni ampararse de ningún modo en el argumento de que ella es la misma que ya han tomado y realizado prácticamente otros, porque esto, evidentemente, para nada elimina la irracionalidad de quienes ya antes han procedido de ese modo y, por

---

discusión renovada, pero en realidad con muy pocos argumentos nuevos y más bien con una preponderancia de los viejos argumentos recalentados; véase SCHÜNEMANN, ZIS 1/2014, p. 1. En el presente trabajo, cuando venga al caso, utilizaré también la metáfora del “zombi” para referirme al constructo de la responsabilidad penal de la persona jurídica, pero en otros posibles sentidos (en el apartado 1 de este epígrafe ya he comparado al legislador español con un “hechicero de vudú haitiano”, y lo mismo cabe hacer con quienes tratan de dotar a la persona jurídica de una subjetividad —¿espíritu?— jurídico-penal).

<sup>23</sup> Así expresamente, véase por todos ZUGALDÍA, Responsabilidad 2013, p. 64: para “encontrar vías y cauces para su razonable aplicación”.

<sup>24</sup> Véase el apartado VII de la Exposición de motivos de la L.O. 5/2010, BOE nº 152, de 23 de junio de 2010. Sobre los instrumentos europeos al respecto, véase, a fecha de 2005 el estudio de BACIGALUPO ZAPATER, Derecho europeo 2005, pp. 61 ss. exhaustivamente, DE LA CUESTA ARZAMENDI/PÉREZ MACHÍO, Marco europeo 2013, p. 133.

<sup>25</sup> Al respecto, véanse las argumentadas desacreditaciones de la misma formuladas por FERNÁNDEZ TERUELO, RDP (31) 2010, pp. 45 ss. y por OCTAVIO DE TOLEDO, ADPCP 2009, pp. 109 ss., éste último en relación con las Exposiciones de motivos de los precedentes Proyecto de 2007 (BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A: Proyectos de Ley, nº 119-1, de 15 de enero de 2007) y Anteproyecto de 2008; véase asimismo URRUELA, Personas jurídicas 2012, pp. 465 s.; ORTIZ DE URBINA, Sanciones penales 2013, pp. 275 ss.; BOLDOVA, EPC XXXIII (2013), pp. 224 s.; EL MISMO, en PG 2013, p. 332; BOLDOVA/RUEDA, Personas jurídicas, p. 287; también en el sentido de negar que de los instrumentos europeos se derive la “obligación” para los Estados de introducir un sistema de responsabilidad “penal” de la persona jurídica en sus legislaciones nacionales, véase DE LA CUESTA ARZAMENDI/PÉREZ MACHÍO, Marco europeo 2013, pp. 136 ss.

<sup>26</sup> Con anterioridad a la L. O. 5/2010, véase, por ejemplo, sobre recomendaciones de organismos internacionales ZUGALDÍA, CPC (11) 1980, pp. 70 ss.; EL MISMO, CPC (53) 1994, pp. 617 ss., y con posterioridad a dicha Ley, EL MISMO, Responsabilidad 2013, pp. 30 ss.; véase también ZUÑIGA, Responsabilidad 2012, pp. 440 ss.

consiguiente, ni siquiera mitiga la de quienes, imitándoles, les siguen luego miméticamente por su misma senda equivocada<sup>27</sup>.

5. En cambio, lo que aquí y ahora sí debe ser objeto de atención y de preocupación es más bien el contenido y el sentido de la decisión legislativa misma, y en razón de su coincidencia en lo esencial con lo demandado desde hace un tiempo por una doctrina que, ya desde su punto de partida, ha tomado una dirección equivocada y visiblemente extraviada hacia una meta imposible de alcanzar, y en cuyo extraviado recorrido, como no puede ni podría ser de otra manera, va formulando y dejando como hitos a constructos conceptuales que, si bien materialmente carecen absolutamente de todo y del mínimo contenido *real* de naturaleza jurídica penal, pretende mostrar no obstante con el ropaje nominal correspondiente a ella. Pues del análisis de la materia elaborada y luego dada como contenido a dichos constructos por sus artífices, resulta con la mayor claridad y evidencia que nada de lo que se obtiene después de él muestra ni una sola partícula de materia prima *real* con naturaleza jurídico-penal; o dicho de otro modo: porque de los substratos u objetos *reales* que se descubren e identifican irremisiblemente al final de la desnormativización o deconstrucción de cada uno de los conceptos de la doctrina de la responsabilidad penal de la persona jurídica, resulta que no puede ser destilada ni obtenida *ni siquiera una* sola gota de fluido jurídico-penal, pues todo el que se obtiene es, con toda seguridad y certeza, uno de naturaleza inequívocamente civil o administrativa policial (no sancionadora)<sup>28</sup> incluso en los planos de la morfología y de la sintaxis de su descripción y formulación lingüísticas<sup>29</sup>.

---

<sup>27</sup> En sentido similar, véase SCHÜNEMANN, *Verfassungswidrigkeit*, pp. 18 s. y EL MISMO, ZIS 1/2014, p. 12, quien contra el argumento de la “marcha triunfal” (*Siegeszug*) del constructo en el Derecho comparado, que muchos alegan a su favor con la afirmación de que un Estado que no lo introdujera se quedaría “al final de la cola” (*Schlusslichtthese*), replica con el acertado contraargumento de que “aunque fuera así, en un Estado de Derecho (ello) no podría llevar a que fueran copiadas leyes erróneas de otros países”.

<sup>28</sup> En el mismo sentido, véase por ahora, en la Dogmática penal, por ejemplo, ROBLES PLANAS, *Diario La Ley* nº 7705, 29 Sep. 2011, pp. 8 s.; GÓMEZ MARTÍN, *Falsa alarma* 2012, p. 383; y BOLDOVA/RUEDA, *Personas jurídicas*, p. 287; y en la Dogmática del Derecho administrativo, véase ZORNOZA, *Sistema*, pp. 48 s., 50 ss., 182 y 184, y A. NIETO, *DAS*<sup>5</sup> 2012, pp. 421 s. Sobre la inequívoca raíz y procedencia civilística de la *corporate criminal liability* en el Derecho penal de los E.E.U.U., véase EHRHARDT, *Unternehmensdelinquenz*, pp. 94 y 95 ss.

<sup>29</sup> La naturaleza jurídica *civil* del supuesto de hecho de la llamada responsabilidad “penal” de la persona jurídica, la revela con toda claridad y de modo inequívoco ya la misma descripción o formulación lingüística y sintáctica de aquél en el art. 31 bis.1 CP, cuya *identidad* —o si se quiere *analogía*— lingüística y sintáctica con las descripciones legales de los supuestos de hecho de responsabilidad *civil* por hecho *ajeno* en el art. 120.3º y 4º CP y en el art. 1903.4º Cc. salta a la vista hasta el punto de que bastaría con sustituir en el art. 31 bis.1 la expresión “penalmente” por la de “civilmente” para que dicho precepto legal quedaría como uno sustancialmente *idéntico* —sólo con diferencias de vocabulario— a los de la responsabilidad civil por hecho ajeno de aquéllos artículos. Así por ejemplo, según el art. 120 CP:

## II. Pero ¿qué podría impedir la transubstanciación y la transfiguración de la persona jurídica en un sujeto jurídico-penal? ¿La Dogmática?: Sí, pero como la Dogmática ésta equivocada, entonces prescindase de ella, *sic et simpliciter*.

1. Qué oscuros e inconfesables —o simplemente a la conciencia no aflorados— motivos impulsan a la disparatada invención jurídica de una responsabilidad penal de la persona jurídica, ésta es una cuestión que aquí tiene que quedar imprejujada<sup>30</sup>. La

---

“Son también responsables *civilmente* ...: 3.º Las personas naturales o jurídicas, en los casos de delitos cometidos en los establecimientos de los que son titulares, cuando *por parte de los que los dirijan o administren* [similar art. 31 bis 1. a)], *o de sus dependientes o empleados* (similar art. 31 bis 1. b), se hayan infringido los reglamentos de policía o las disposiciones de la autoridad que estén relacionados con el hecho punible cometido (similar o equivalente a la infracción de los deberes de organización implícitos en el art. 31 bis 1), de modo que este no se hubiera producido sin dicha infracción (similar o equivalente a la conexión exigida por el art. 31 bis 1. b, entre la comisión del hecho y la infracción de los diferentes deberes de control y de vigilancia); 4.º Las personas naturales o jurídicas ..., por los delitos que hayan cometido *sus empleados o dependientes, representantes o gestores* [o sea, sujetos similares a los del art. 31 bis.1 a) y b)] *en el desempeño de sus obligaciones o servicios* (o sea, en el ámbito funcional objetivo análogo al descrito en el art. 31 bis.1 b) como “ejercicio de actividades sociales”). Lo que en cualquier caso está fuera de discusión, es que de acuerdo con la regulación del art. 31 bis CP, el hecho penalmente típico debe cometerlo siempre y necesariamente una persona *física*, y que por lo tanto, el supuesto de hecho legal de la llamada responsabilidad penal de la persona jurídica es *idéntico* al de la responsabilidad civil por hecho ajeno; en este sentido, véase entre otros y por ejemplo, GÓMEZ MARTÍN, Falsa alarma, pp. 370 ss. y MIR PUIG, Foro FICP nº 2014-1 (abril), pp. 24 s. En la Dogmática alemana, JAKOBS, FS Lüderssen 2002, p. 574, advierte también la similitud con la responsabilidad civil del § 31 BGB.

<sup>30</sup> NIETZSCHE contraponen la “invención” (*Erfindung*) en cuanto ruptura histórica, al “origen” (*Ursprung*) en cuanto continuidad metafísica; por ejemplo, Nietzsche sostiene con razón, en contra de SCHOPENHAUER, que la religión no tiene ningún origen, sino que en ella no cabe ver nada más que una fabricación o invención debida a *oscuras relaciones de poder*; véase NIETZSCHE, Fröhliche Wissenschaft, 1982, nº 99 (pp. 112 ss.), nº 151 (p. 151), nº 353 (pp. 234 s.); también FOUCAULT, Verdad, 1980, pp. 20 ss., al comentar el concepto nietzscheniano de invención, advierte que toda invención “posee un comienzo pequeño, bajo, mezquino, inconfesable” (p. 21). En todo caso, independientemente de cuáles sean los oscuros y perversos motivos que impulsan a la formación del constructo, sociológicamente parece que el fenómeno puede explicarse a partir del estado alcanzado por la Ciencia jurídico-penal en la actualidad, el cual ha sido descrito magistralmente por Bernd SCHÜNEMANN. Según él, la Ciencia jurídico-penal alemana se caracterizó hasta los años 60 del siglo pasado, por la gran coherencia y homogeneidad de un pensamiento cultivado y desarrollado por un número reducido de participantes en la discusión científica, formados en el seno de auténticas escuelas que podrían compararse con los bloques compactos, y relacionados entre sí, de la gran muralla de Cuzco; a partir de esa época comenzaría la desintegración y la entropía de la Ciencia jurídico penal hacia una situación como la actual, que SCHÜNEMANN compara con “una fachada churrigueresca, un suelo de terrazo o un techo de marquetería”, porque como él describe, el número de participantes en la discusión científica se ha multiplicado ampliamente, “se ha reducido sustancialmente la formación de escuelas, y la sociedad postmoderna produce una continua cadena de mensajes valorativos cambiantes, contradictorios o que discurren en círculos, y que en su conjunto tienden, igual que los ideales estéticos, hacia la arbitrariedad absoluta”, todo lo cual sería posible porque, según concluye SCHÜNEMANN, “la Ciencia jurídica, a diferencia de las empíricas, apenas dispone de un conjunto de reacciones que permitan comprobar la corrección de las tesis sostenidas en ella”, y porque “no existe previsión institucional alguna en contra de que los argumentos fuertes sean sustituidos al cabo de algún tiempo únicamente por el motivo de un cambio de moda por argumentos débiles”; véase SCHÜNEMANN, GA, 5/1995, p. 221 s. = ADPCP, 1996, pp. 209 s. En sentido similar, véase A. NIETO, El Derecho y el revés 1999, pp. 217 ss., donde describió la tendencia en la producción jurídica, ya suficientemente marcada cuando hizo la advertencia, y que no se ha detenido ni cambiado de rumbo, con observaciones como estas: la producción de pensamiento —dice Alj. Nieto— tiene “un enemigo letal: la prisa”, pues “antes nos lo tomábamos con calma porque sabíamos que era una



cuestión importante aquí es: ¿cómo puede llegarse a tan “milagrosa” transfiguración o transubstanciación de la persona jurídica en un sujeto jurídico-penalmente idóneo? A los defensores de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, la respuesta a semejante pregunta les parece obvia: porque —así lo dicen— quienes la negamos, primero, seguimos un método incorrecto y equivocado; y, segundo, porque al negarla y proponer otras soluciones, “jugamos con las etiquetas”. Nadie ha sido tan explícito al respecto como ZUGALDÍA, al criticar mis tesis contrarias a la responsabilidad de la persona jurídica tanto en el orden penal como también en el sancionador administrativo. En contra de esto, para él —como sin duda también para todo el que explícita o implícitamente vaya en su misma dirección extraviada— parece que para llegar a fundamentar una responsabilidad penal de la persona jurídica “todo debe valer”. Creo que ni FEYERABEND se atrevería a tanto. Veámoslo.

2. a) Según ZUGALDÍA, mi rechazo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas sería sólo la consecuencia de que, en su contundente afirmación, *no es metodológicamente correcto* “considerar que existe un *único* concepto válido y verdadero de acción (ni) un *único* concepto válido y verdadero de culpabilidad”; porque —dice— es cierto que “tales concepciones son —lógicamente— *posibles*, pero no excluyen ni mucho menos *otros* conceptos distintos de acción y de culpabilidad”<sup>31</sup>. Pero mis errores metodológicos no se agotarían en esto, pues según *Zugaldía*, aún incurriría en otro más que consistiría en que inicialmente yo me habría preguntado “por la capacidad de acción y de culpabilidad de las personas jurídicas partiendo de un concepto de acción y de culpabilidad *ya dado —y exclusivamente válido— para las personas físicas*”, y esto, *sic et simpliciter*, sería erróneo porque así “la pregunta está mal formulada”, ya que a partir de semejante planteamiento de la cuestión, “la respuesta será inexorablemente negativa”<sup>32</sup>. Así pues —concluye ZUGALDÍA— esta “suma de

---

carrera de fondo”, pero hoy “en esta etapa veloz”, se puede pasar “en cuatro o cinco años de los bancos del aula al estrado profesoral, (se hacen) doctores, (se cumplen) los rituales de estancia en el extranjero, (se escribe) media docena de artículos y (se publica) un libro” (p. 217, en los paréntesis he cambiado el tiempo verbal utilizado por NIETO en pasado). En fin, que no estaría mal recordar la advertencia hecha por el gran físico alemán *Wolfgang Pauli (1900-1958)* a algún discípulo suyo, de que “*no me importa que usted piense despacio, sino que publique más rápido de lo que piensa*”.

<sup>31</sup> Véase ZUGALDÍA, CPC, (53) 1994, p. 621.

<sup>32</sup> Véase ZUGALDÍA, CPC, (53) 1994, pp. 621 s. En el mismo sentido, GALÁN MUÑOZ, Persona jurídica, pp. 534 s., quiere afirmar ahora exactamente lo mismo respecto de la misma tesis de SCHÜNEMANN, al decir que éste “parte de una premisa equivocada” cuando llega a la conclusión y afirma que la persona jurídica no puede infringir normas de conducta o de determinación (p. 534).

sendas metodológicamente incorrectas”, por supuesto, “no puede llevar, en última instancia, más que a la obtención de conclusiones equivocadas”<sup>33</sup>.

b) Pero es que en su “avistamiento” de mi tesis, ZUGALDÍA detecta aún otro defecto, que de ser cierto, a quienes negamos la responsabilidad penal de las personas jurídicas nos tendría que forzar a renunciar definitivamente a dicha negativa. Ahora se trata de la cuestión —que no puede desvincularse del método— del “etiquetamiento” de los conceptos. Según entiende él, yo también habría naufragado y fracasado en esto, o si se quiere decir de otro modo, pareciera que yo no conozco el lenguaje, ni la taxonomía ni los códigos de nomenclatura jurídicos, lo cuál significaría *a sensu contrario* que él sí los conoce y que los domina. Pues según ZUGALDÍA, al negar yo primero toda posibilidad de que la persona jurídica pueda ser un sujeto responsable tanto criminalmente como en todo y en cualquier orden sancionador, y al acabar empero proponiendo después todo un arsenal de reacciones jurídicas de carácter (en mi opinión) no sancionador para ellas, para las cuales incluso evito cuidadosamente los términos “pena” y “sanción” en sentido estricto<sup>34</sup>, con esto último estaría yo “jugando con las etiquetas”, porque en opinión de ZUGALDÍA, después de afirmar yo que a las personas jurídicas “no se les puede imponer absolutamente de nada”, en realidad termino imponiéndoles “absolutamente de todo”, y esto, en definitiva, sería algo que podría “hacer las delicias de cualquier partidario de exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas”<sup>35</sup>.

<sup>33</sup> Véase ZUGALDÍA, CPC, (53) 1994, p. 622.

<sup>34</sup> Porque yo, contra lo que parece suponer o insinuar ZUGALDÍA, sí creo conocer la taxonomía y la nomenclatura jurídicas, y por eso no frivolizo con tan decisivo y trascendente modo de adquirir y de comunicar conocimiento y, en consecuencia, ni se me ocurriría decir que es “propio” de un sujeto, el hecho que ha realizado “otro” sujeto distinto. Vamos, que creo tener muy clara la diferencia entre el Derecho civil y el penal.

<sup>35</sup> Véase ZUGALDÍA, CPC (53) 1994, p. 622 y EL MISMO, Responsabilidad 2013, p. 61; véase también, en sentido parecido, NIETO MARTÍN, Responsabilidad 2008, pp. 19 s., y especialmente nota 10 en p. 20, donde a mí y a otros autores que razonan del mismo modo que yo nos atribuye haber caído en el ¡“mal del nominalismo”!. Pero con esto, a ZUGALDÍA —y también a NIETO— le queda pendiente, sin embargo, como cuestión decisiva, la de pronunciarse —pero razonadamente, es decir, con argumentos de la Ciencia jurídica, y no con simples afirmaciones— acerca de si también estarán jugando con las etiquetas todos quienes, por ejemplo, no llamen “penas”, sino consecuencias *civiles*, por ejemplo a la devolución del producto de un enriquecimiento injusto o a la indemnización del daño —así por ejemplo JAKOBS, FS Lüderssen 2002, pp. 572 y 574, y si también juegan con las etiquetas todos quienes no llaman “penas” —y ni siquiera “sanciones”— sino *medidas de coacción directa administrativa*, por ejemplo, a la retirada de la vía pública de un animal peligroso que es propiedad de una persona, a los comisos y requisas, al desahucio administrativo, a las incautaciones de industrias, a las intervenciones administrativas de empresas, a las llamadas “multas coercitivas” o, en general, a todos los instrumentos por medio de los cuales se ejercen y realizan las llamadas potestades administrativas ablatorias (reales) o, finalmente, a todos los diferentes dispositivos o medidas de *policía*, como hacen por ejemplo, entre otros muchos, T.R. FERNÁNDEZ, Curso I<sup>154</sup> 2011, pp. 807 ss., y especialmente, pp 821 ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA, Curso II<sup>122</sup>

c) Naturalmente, si un método es incorrecto y lleva a conclusiones equivocadas, entonces lo que cabe esperar de quien así lo percibe no puede ser consecuentemente nada más que buscar otro —para él, quizá “el” único y definitivo— método “correcto”, porque sólo éste, y precisamente por su corrección, podrá y tendrá que llevar a las conclusiones correctas, es decir: ¡justamente a las mismas que por ya estar pensadas *a priori* como queridas a toda costa en una supuestamente “bien formulada” pregunta inicial!, se van a deducir luego inexorablemente, pero ¡ahora ya como “demostradas” *a posteriori*! gracias al método correcto que se encontró porque la pregunta inicial se formuló “bien”. Así pues, quienes no aceptamos, sino que rechazamos contundentemente las conclusiones de ZUGALDÍA, obramos así porque no hemos visto o no nos hemos percatado del método correcto que, sin embargo, al parecer, él sí ha encontrado y ahora nos quiere dar a conocer. Este método “correcto” sería uno que tendría que partir naturalmente de la pregunta distinta y “bien formulada” relativa a “si puede existir un concepto de acción y de culpabilidad válido (también o exclusivamente) para las personas jurídicas”, y que cuando se haga operativo permita “elaborar un concepto de acción y de culpabilidad válido (también o exclusivamente) para las personas jurídicas”<sup>36</sup>. Así pues, el método correcto que ahora ZUGALDÍA nos da a conocer, y el cual nos invita a seguir, es el que permite construir los mencionados conceptos y, de la mano de éstos, llegar luego hasta donde ya en el principio él quería y se había propuesto llegar a toda costa, es decir, a poder cargar a la persona jurídica de una responsabilidad *criminal* y a cargarle las penas correspondientes<sup>37</sup>. Pero ¿en qué se

---

2011, pp. 109 ss., y 124 ss.; SUAY RINCÓN, Sanciones 1989, pp. 60 ss.; I. PEMÁN, Sistema 2000, pp. 88 ss.; sobre todo esto, véase GRACIA MARTÍN, Tratado 2006, pp. 546 s. Si ZUGALDÍA hubiera entrado en debate y así tratado de rebatir mis extensos y detallados argumentos —lo que no ha hecho en lo más mínimo—, entonces en lugar de atribuirme lo que yo no digo en absoluto, tendría que haber tratado de rebatir lo *realmente* dicho por mí bajo la cobertura de la más rigurosa y seria doctrina jurídica, a saber: que a la persona jurídica, lo que *no* se le puede imponer absolutamente es *nada* que tenga naturaleza *penal o sancionadora*, y que, por el contrario, lo que *sí* puede serle impuesto es *todo* lo que tenga naturaleza *civil y administrativa (no sancionadora)*. No alcanzo a ver ni a lo lejos —y esto es un verdadero enigma— qué delicia podrían encontrar en mi tesis los partidarios de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

<sup>36</sup> Véase ZUGALDÍA, CPC, (53) 1994, p. 622.

<sup>37</sup> Como ZUGALDÍA ya había propuesto inicialmente de *lege ferenda* en un primer trabajo de 1980, véase ZUGALDÍA, CPC, (11) 1980, *passim*. Con posterioridad a éste y al citado en notas anteriores, y con motivo de la introducción en el CP 1995, de un sistema de “consecuencias accesorias”, especialmente para las personas jurídicas en el art. 129, ZUGALDÍA quiso ver realizada su propuesta ya de *lege lata* en ese momento, si bien para salvar el obstáculo terminológico que le planteaba aquella denominación legal, tuvo que llevar a cabo ciertas interpretaciones trascendentes al sentido gramatical; véase ZUGALDÍA, PJ, (46) 1997, pp. 332 ss.; el mismo, en Cobo (dir.), ComCP IV, pp. 1053 y ss.; el mismo, LH Valle 2001, pp. 896 ss.; el mismo, Vigencia, 2001, pp. 252 ss. Se adhirió a las interpretaciones de ZUGALDÍA, Silvina BACIGALUPO, Responsabilidad, 2001, pp. 284 ss.; la misma, en Curso, pp. 71 ss.; la misma, en Bajo/S. Bacigalupo, Derecho penal económico, 2001, nota 33 de p. 152; véase también ZUÑIGA RODRÍGUEZ,

concreta dicho método “correcto”? En un primer momento, ZUGALDÍA encontró al parecer *dos* posibles versiones correctas del método porque a su parecer operarían con “mejor criterio” que los que utilizamos el método que él tacha de incorrecto. La primera vía estaría representada por la construcción puramente “normativa” de unos conceptos de acción y de culpabilidad *idénticos* para la persona natural y para la jurídica, que fue la propuesta por JAKOBS<sup>38</sup> antes de su espectacular giro hacia el sentido contrario de negarle a la persona jurídica toda subjetividad jurídico penal (en particular, la capacidad de culpabilidad) con el argumento ontológico de la ausencia en ella de toda “conciencia de sí misma”, la cual sería un presupuesto necesario de la culpabilidad<sup>39</sup>. La segunda vía, que es la que siguen la mayoría de los defensores de la responsabilidad penal de la persona jurídica, consistiría en construir unos conceptos de acción y de culpabilidad para ella *distintos pero en paralelo* a los de la persona física<sup>40</sup>.

3. a) Desde luego hay que reconocer que en una primera lectura de las “percepciones” y afirmaciones de ZUGALDÍA, resulta cuando menos impactante su categórica doble afirmación de contrarios, es decir, por un lado, que los unos —entre los que me encuentro yo— no formulamos bien la pregunta inicial, y por eso desarrollamos luego un método incorrecto que lleva a conclusiones equivocadas, y por otro lado, que los otros —entre los que se encuentra él— sí saben formularla bien, y por eso con un “mejor criterio” encuentran luego el método correcto que lleva a las conclusiones correctas. Si esto fuera así como lo ve ZUGALDÍA, desde luego quienes rechazamos de plano el inconcebible constructo que él quiere edificar, tal vez debiéramos plantearnos seriamente renunciar a tratar de —y ni siquiera intentar— producir conocimiento jurídico, pues ¿qué clase de conocimiento podríamos producir y aportar quienes

---

Bases, 2003, p. 213, si bien esta autora, a diferencia de los anteriores, sólo reivindicó la naturaleza de pena de las consecuencias accesorias del art. 129 de *lege ferenda*. Finalmente, con la introducción en el CP vigente de una responsabilidad penal de la persona jurídica y de las correspondientes penas por la L.O. 5/2010, ahora *nominalmente*, ZUGALDÍA cree que se ha realizado ya de un modo pleno su propuesta; véase ZUGALDÍA, La Ley penal, (76) 2010, pp. 5 ss.; el mismo, Responsabilidad 2013, *passim*.

<sup>38</sup> Véase JAKOBS, AT<sup>2</sup> 1991, p. 149; y en sentido similar, ahora en la doctrina española, a partir de un “concepto de persona jurídico penal” que incluye “tanto a individuos como a organizaciones empresariales”, véase GÓMEZ-JARA, Culpabilidad 2005, pp. 220 ss.

<sup>39</sup> Véase JAKOBS, FS Lüderssen 2002, pp. 568, 570 s. En el mismo sentido KÖHLER, AT 1997, p. 562 y VON FREIER, Verbandstrafe 1998, p. 120.

<sup>40</sup> Así por ejemplo los conceptos de acción y de culpabilidad *análogos* propuestos por TIEDEMANN, NJW 1988, pp. 1172 ss. Con posterioridad al artículo de ZUGALDÍA, cfr. por ejemplo el ensayo de construcción en paralelo de categorías jurídicas penales para la persona jurídica “funcionalmente análogas” a las correspondientes a la persona física, de HEINE, Verantwortlichkeit 1995, pp. 271 ss. y 310 ss.; y en la doctrina española, cfr. el método de los “equivalentes funcionales” que al efecto hace operativo GÓMEZ-JARA, Culpabilidad 2005, pp. 52 s., y extensamente *passim* en el capítulo V de esta obra, pp. 201-300, y así para el equivalente funcional de la acción pp. 229 ss., y para el de la culpabilidad, pp. 262 ss.

seguimos un método incorrecto porque no formulamos bien las preguntas iniciales sobre los problemas a tratar? Y esto, consecuentemente, no sólo me lo tendría que plantear yo, sino que al incurrir en los mismos vicios, también deberían hacerlo todos y cada uno de los gigantes y modélicos juristas y filósofos que haré desfilar a lo largo de este escrito con sus opiniones radicalmente contrarias al inconcebible y perverso constructo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Y es que ya hace tiempo que ZUGALDÍA nos lo había advertido: si la Dogmática se opone a este proyecto de convertir a la persona jurídica en sujeto jurídico-penal, entonces, “peor” para ella<sup>41</sup>, porque sólo debe ser cuestión de tiempo la derogación del Derecho penal tradicional y sin futuro<sup>42</sup>.

b) En el tiempo subsiguiente a la publicación de las científicamente insostenibles e inadmisibles “percepciones” y descalificaciones de ZUGALDÍA, me he vuelto a ocupar parcialmente de cuestiones relativas al tratamiento de la persona jurídica en el Derecho penal<sup>43</sup>, pero durante todo este largo periodo, por diversos motivos, he considerado que darles expresamente la respuesta contundente de que son acreedoras era innecesario porque en mi opinión, y después de una primera reflexión y ponderación sobre ellas, resultaba claramente perceptible que ellas mismas ya eran portadoras —es decir, intrínsecamente— de su propia inconsistencia objetiva y, con ésta, también de su propia autodescalificación. Pero hoy día, las circunstancias ya no son las mismas que hace una década, y las actuales sí hacen ya necesaria aquella respuesta contundente por exigencias científicas, ya que la doctrina de la responsabilidad penal de las personas jurídicas parece estar imponiendo sus disparatados enunciados y contribuyendo así de un modo notable a la aceleración de la entropía de la Ciencia jurídico-penal, iniciada ya hace unas tres décadas, y precisamente en lo que concierne al método en su doble aspecto del tratamiento del objeto del conocimiento y de los procedimientos prácticos de la investigación, tal y como han denunciado ya varios eximios juristas que con su modélico trabajo se han ganado el más elevado prestigio y autoridad en la comunidad

<sup>41</sup> Véase ZUGALDÍA, CPC (11) 1980, p. 87.

<sup>42</sup> Véase ZUGALDÍA, CPC (11) 1980, p. 86.

<sup>43</sup> El artículo en que sustenté la tesis de la irresponsabilidad de la persona jurídica en cualquier orden jurídico de tipo sancionador, apareció publicado en AP (39) 1993, pp. 583 ss., y las “percepciones” de ZUGALDÍA son, como se ve, de 1994. Después de la publicación de éstas, me he ocupado particularmente de la cuestión de las “consecuencias accesorias” previstas para personas jurídicas en el art. 129 CP, en Consecuencias, 1996, pp. 437 ss. y 456 ss.; en Lecciones<sup>1</sup>, 1998, pp. 367 ss. y 385 ss.; en Lecciones<sup>2</sup>, 2000, pp. 385 ss. y 403 ss.; en Lecciones<sup>3</sup> 2004, pp. 469 ss. y 512 ss.; en RPCP, (17) 2005, pp. 195 ss. y 234 ss.; en Tratado, 2006, pp. 536 ss. y 576 ss.; en Homenaje a Klaus Tiedemann, 2011, pp. 159 ss., 168 ss., 176 ss.; y finalmente, ya después de la entrada en vigor del nuevo art. 31 bis CP y concordantes introducidos por la LO 5/2010, sosteniendo que pese a la denominación de las consecuencias jurídicas previstas para las personas jurídicas como “penas”, ello no modifica en nada su naturaleza material de “consecuencias accesorias”, en Lecciones<sup>4</sup>, 2012, pp. 201 ss. y 212 ss.

científica. Y es que lo que en algún momento comenzó como un presagio, hoy se ha tornado ya en una realidad práctica que domina: se desprecia la lenta y trabajosa formación en el saber jurídico más elevado, se ignoran los textos y fuentes de conocimiento más relevantes y éstos son reemplazados por todo tipo de opiniones y de comentarios apresurados, frívolos y sin fundamento alguno, y en fin, se ha desatendido y despreciado definitivamente la advertencia hecha por el gran físico alemán Wolfgang PAULI (1900-1958) a un discípulo suyo, de que “no me importa que usted piense despacio, *sino que publique más rápido de lo que piensa*”<sup>44</sup>. Que la doctrina de la responsabilidad penal de la persona jurídica es un exponente especialmente significativo de todo esto, se mostrará hasta la saciedad en el curso de este trabajo.

### **III. Los vicios claramente manifiestos de la doctrina de la responsabilidad de las personas jurídicas en los órdenes penal y sancionador administrativo**

1. a) Para evitar malentendidos, quiero dejar aclarado ya ahora, que los argumentos metodológicos muy severos y contundentes que voy a desarrollar aquí contra la doctrina de la responsabilidad penal de la persona jurídica, no tienen por objeto en ningún caso ninguna opinión ni tesis particular de ningún autor individual, sino exclusivamente los contenidos y el modo de producción del “discurso”, es decir —y como bien he aprendido de Michel FOUCAULT— con absoluta independencia de quién o de quiénes sean el o los “sujetos” particulares que hablan *en el* o *adentro* del discurso de una manera *determinada* y *singular*. En fin, y dicho de otro modo tal vez más claro y fácil de entender: que lo único que importa aquí es “lo que” se dice, y no “quien” lo dice, y por esto, que lo que se aprueba o reprueba es “lo que” se dice y para nada a “quien” lo dice, porque solo esto puede merecer el valor de crítica objetiva, racional y científica<sup>45</sup>. Por lo demás, y parafraseando a WELZEL, de ningún modo se trata de

---

<sup>44</sup> Como explica FOUCAULT, *Discurso*<sup>2</sup>, 1980, p. 22, en la producción de cualquier discurso, a veces tiene lugar el hecho de que “bastantes textos importantes se oscurecen y desaparecen, y ciertos comentarios toman el lugar de los primeros”. Sobre la práctica que hoy parece ya dominar como modo de la producción jurídica, de ignorar las grandes —y para muchos conceptos y soluciones, también *definitivas*— obras (clásicas) de la Dogmática penal, y de sustituirlas por discursos y opiniones huérfanos de todo respaldo científico y, por eso, absolutamente carentes de fundamento, y sobre las consecuencias negativas que de ahí se derivan para la elaboración del sistema penal, véase GIMBERNAT, *Ensayos* 1999, p. 375. Véanse de nuevo las opiniones al respecto de Alejandro NIETO y de SCHÜNEMANN ya reproducidas *supra* en la nota 30.

<sup>45</sup> Lo que digo, podrá entenderse cabalmente si se tiene en cuenta que, desde que lo aprendiera de FOUCAULT, y así trato de hacerlo, se ha de tratar de analizar el significado y la materialidad objetivos o externos de los discursos, esto es, los acontecimientos, objetos y enunciados discursivos, su funcionamiento real *objetivo* y *material*, y, por ello, sus interconexiones, sus rechazos, sus contradicciones, exclusiones, inclusiones, etc., con independencia de *quién* los ha dicho. FOUCAULT dice al respecto: “como yo no me intereso por los autores sino *por el funcionamiento de los enunciados* poco importa quién lo dijo o cuándo”; véase FOUCAULT, *Verdad* 1980, p. 138 (cursiva mía). A mayor

proponer ni defender ningún método ni unos principios jurídicos de corrección y de validez “inmutables”, sino que de lo que trata es más bien de que “la lucha en torno a la conformación justa de las relaciones sociales sea siempre una polémica *entre ideas*”<sup>46</sup>. Por esto, en principio parto de la premisa de que casi todas las obras y creaciones del espíritu y del pensamiento humanos desarrolladas en el marco de lo socialmente adecuado y a partir de unos valores de referencia básicos y fundamentales compartidos por la comunidad, como es el caso de la producción de doctrina jurídica, siempre tienen valor en cuanto que nunca suele darse el caso de que no aporten algún conocimiento útil por mínimo que sea éste. Por esto creo que ningún rechazo ni discrepancia de una idea, de una tesis o de una doctrina formuladas en el marco de aquellos valores deben ni pueden pretender ni aspirar —ello sería absurdo e irracional— a invalidarla totalmente y en lo absoluto, pues también de las ideas o razonamientos que no se comparten, el que discrepa de ellas tiene que saber extraer los contenidos valiosos de que, sin duda, tienen que estar cargadas las propuestas que sólo no se comparten en *una cierta medida* y no en lo absoluto.

b) Y así, mi rechazo severo y contundente de la doctrina de la responsabilidad penal de las personas jurídicas que aquí desarrollaré, para nada me impide reconocer y aceptar como muy valiosas a muchas de las aportaciones debidas a ella ni incorporarlas a mi propia Dogmática con las adaptaciones exigidas por ésta, como por lo demás ya he hecho y dado pruebas claras de ello. En efecto, pues como puede comprobarse, en mis ya conocidas construcciones doctrinales sobre la “responsabilidad” y tratamiento de la persona jurídica a consecuencia de los delitos e infracciones cometidos por quienes actúan para ella, acepto y utilizo un buen número de conceptos *materiales* y de

---

abundamiento, entiendo, también con FOUCAULT, que un enunciado es un acontecimiento que no se agota en las palabras que lo expresan ni en su sentido, pues entre otras cosas está ligado no sólo con las situaciones que lo provocan y con las consecuencias que produce, sino también con enunciados que lo preceden y que lo siguen; véase, FOUCAULT, *L'archéologie*, 1969, pp. 40 s. Además, hay que aislar los enunciados de la lengua y del pensamiento para desvincularlos de sus conexiones psicológicas, como por ejemplo de la intención del autor, de la forma de su intelecto, del rigor de su pensamiento, de los temas que le obsesionan, del proyecto que guía su existencia, etc., para a continuación poder captar en él *otras* formas de regularidad y otras conexiones: relaciones de unos enunciados con otros aunque no sean del mismo autor, relaciones entre grupos de enunciados incluso aunque no se refieran al mismo dominio o campo formal, relaciones entre grupos de enunciados con acontecimientos de ordenes distintos, como el técnico, económico, político, etc.; en suma, al *enunciado* hay que “hacerle libre para describir *en él* y *fuera de él* juegos de relaciones”; *cfr.* FOUCAULT, *L'archéologie*, 1969, p. 41 (cursiva mía). Ahora bien, pese a todo esto, hay que tener en cuenta que, como advierte FOUCAULT, es inevitable que haya terrenos como la literatura, la filosofía y la ciencia, en que “la atribución a un autor es indispensable”; véase FOUCAULT, *Discurso*<sup>2</sup>, 1980, p. 25. Lo que, de todos modos, no modifica en nada que la crítica tenga como objeto exclusivamente a los *enunciados* del autor, y de ningún modo *al autor* de los enunciados.

<sup>46</sup> Véase WELZEL, *Introducción*, 1971, p. 267.

estructuras de *imputación* coincidentes en parte con los que maneja la doctrina de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, ya que los considero en principio como empírica y valorativamente correctos, y también como instrumentos de política jurídica válidos y útiles para la lucha contra la criminalidad empresarial. Y así, por ejemplo, al concepto material del “defecto de organización”, debido en lo esencial a Klaus TIEDEMANN<sup>47</sup>, le he dado el valor de substrato —y de base y sostén— del juicio de “peligrosidad objetiva de la cosa”, que en mi construcción doctrinal constituye lo esencial del supuesto de hecho de toda posible consecuencia jurídica aplicable a las personas jurídicas por razón —o derivada— de la comisión de un delito<sup>48</sup>. De la doctrina de las personas jurídicas he tomado también —y desarrollado, aunque de un modo incompleto y no exhaustivo— distintos criterios de determinación del “hecho de conexión” y de “imputación” a la persona jurídica del hecho específico que puede justificar su “responsabilidad” y la aplicación a ella de la consecuencia jurídica típica de esa clase y forma de responsabilidad (en ningún caso penal ni sancionatoria)<sup>49</sup>. También me he hecho eco de la acertada observación de ZUGALDÍA, quien anticipándose a JAKOBS, advirtió con razón que la necesidad de establecer reacciones jurídicas contra la propia persona jurídica deriva, entre otros motivos, del hecho de que debe fundamentarse una exclusión de la responsabilidad para las personas físicas que actúan en el ejercicio de competencias sólo fragmentarias o parciales en un contexto que organiza otro, pues esta circunstancia real dificulta considerablemente la aplicación de los instrumentos dogmáticos tradicionales<sup>50</sup>. Finalmente, también he formulado, y ahora quiero reiterarlo aquí, un juicio muy favorable y claramente elogioso —porque sin duda lo merecen— sobre ciertas brillantes y, sin duda, sumamente aprovechables y operativas elaboraciones doctrinales debidas a la producción de Carlos GÓMEZ-JARA en su decidido empeño, que lleva a cabo con tenaz esfuerzo, para construir un concepto —no

<sup>47</sup> Véase TIEDEMANN, NJW, 1988, pp. 1172 ss.; y en el mismo sentido, BRENDER, Verbandstäterschaft 1989, pp. 110 ss.

<sup>48</sup> Véase GRACIA MARTÍN, Responsabilidad, 1986, pp. 104 s., aquí sin vincular aún la peligrosidad objetiva de la cosa, en el caso de la persona jurídica, al defecto de organización de ésta, pero vinculando y concretando ya la peligrosidad objetiva de la persona jurídica con el defecto de organización, véase GRACIA MARTÍN, Personas jurídicas, 1996, pp. 68 y 70 s.; el mismo, Consecuencias, 1996, pp. 457, 459 y 462; el mismo, Tratado, 2006, pp. 584 s.; y el mismo, Lecciones<sup>4\*</sup>, 2012, pp. 219 ss., aquí incluso de *lege data* en relación con el supuesto de hecho regulado en el art. 31 bis y concordantes introducidos en el CP por la L.O. 5/2010.

<sup>49</sup> Véase, extensamente, GRACIA MARTÍN, Tratado, 2006, pp. 580 ss.

<sup>50</sup> Véase ZUGALDÍA, CPC, (11) 1980, p. 85; cfr. la idea similar de JAKOBS, en GS Armin Kaufmann, 1989, pp. 271 ss.; y véanse también las consideraciones de MARXEN, JZ 1988, pp. 287 ss. y de SCHÜNEMANN, Unternehmenskriminalität, 1979, pp. 22 ss.; EL MISMO, wistra 1982, pp. 42 s. (= ADPCP 1988, pp. 531 ss.); EL MISMO, Jornadas, 1992, p. 38; asimismo, véase GRACIA MARTÍN, AP (16) 1993, pp. 214 s.



obstante imposible— de culpabilidad propia de la persona jurídica como fundamento de un supuesto e imaginado Derecho penal de agrupaciones<sup>51</sup>. En definitiva, que mi absoluto y radical rechazo de la responsabilidad de la persona jurídica y de que las consecuencias jurídicas que le sean aplicables tengan naturaleza “penal”, para nada me impide acoger “ideas” y “conceptos” de la doctrina rechazada y asumirlos como válidos y correctos para la construcción de los supuestos de hecho de la responsabilidad *civil*, puramente administrativa o en el orden policial o coercitivo administrativo de la persona jurídica por la comisión de hechos delictivos de las personas físicas que actúan para ella. En este mismo sentido, y como se verá con más detalle en su momento, ALEJANDRO NIETO ha advertido y fundamentado con razón que lo que la mayor parte de la doctrina presume y cree que es una responsabilidad de tipo punitivo o sancionador, en realidad no es más que una forma de responsabilidad *civil*<sup>52</sup>.

2. a) Contra lo que parece suponer ZUGALDÍA, hay que decir ya que el objeto de su crítica se lo ha creado e inventado él mismo, y de este modo que al no existir tal objeto, su crítica —para decirlo con las bellas e impactantes expresiones heideggerianas y sartreanas— se queda sólo en el “nadar a la nada”<sup>53</sup>. Contra lo que dice ZUGALDÍA hay que responder ya que por supuesto que la pregunta inicial que formulamos no es la de si pueden determinarse conceptos de acción y de culpabilidad de la persona jurídica *a partir de los ya preestablecidos para la persona física*, pues ésta sería evidentemente una pregunta analítica que ya contendría la respuesta negativa que solo habría que derivar de ella tautológicamente. Muy al contrario, y esto tendría que verse como una obviedad, la pregunta que inicialmente me formulo es precisamente la misma que ZUGALDÍA dice que es la “correcta”, es decir, la de “si pueden formularse conceptos de acción y de culpabilidad *para la persona jurídica distintos de los preestablecidos para*

---

<sup>51</sup> Véase GRACIA MARTÍN, Diccionario, 2008, p. 811.

<sup>52</sup> Véase el acertado criterio de Alejandro NIETO, DAS<sup>5ª</sup> 2012, pp. 421 s., quien apela para tal fin a los saberes jurídicos que proporcionan el Derecho civil y la teoría general del Derecho, y considera que aquí deben dejarse atrás “las aguas del Derecho penal” y adentrarse “en las de la responsabilidad civil” (p. 421); en el mismo sentido, SCHÜNEMANN entiende que los fundamentos de las reacciones jurídicas contra la persona jurídica tienen naturaleza civil o policial; véase SCHÜNEMANN, en Constitución europea 2006, p. 157; véase también en el mismo sentido, GÓMEZ MARTÍN, Falsa alarma 2012, p. 383 y ROBLES PLANAS, Diario La Ley nº 7705, 29 Sep. 2011, p. 8: “estructura de responsabilidad no basada en la culpabilidad y anclada en principios jurídicos extrapenales” (cursiva mía); para ZAFFARONI, PG<sup>2ª</sup> 2002, p. 428, contra las personas jurídicas son admisibles únicamente consecuencias jurídicas reparadoras o de coacción administrativa directa, mientras que las penas serían inconstitucionales..

<sup>53</sup> Véase MARTIN HEIDEGGER, Was ist Metaphysik?, Verlag Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main 2006, pp. 1 ss., donde acuña la expresión “la nada nada” (*Das Nichts nichtet*); posteriormente —la conferencia de HEIDEGGER es de 1929— Jean Paul SARTRE, L'Être et le Néant, Ed. Gallimard, Paris, 1943, p. 58, utiliza la misma expresión en francés (*le néant néantisse*).

*la persona física*”. Esto no puede estar más claro en mi trabajo cuando lo que planteo expresamente en el punto de partida es precisamente “si entre las posibles respuestas jurídicas a este fenómeno cabe optar por el establecimiento y, en su caso, por la imposición de penas *a la propia persona jurídica*”<sup>54</sup>, es decir, un interrogante sin respuesta aún conocida en ese momento y que, por eso mismo, me lleva a continuación a proseguir en busca de ella y a proponer como primer paso de esa búsqueda tener que “determinar cuáles son los elementos estructurales de la realidad de la persona jurídica”, porque únicamente “si dichos elementos son susceptibles de recibir las valoraciones del Derecho penal podrá fundamentarse la imposición de las consecuencias jurídicas de éste a la persona jurídica”<sup>55</sup>. Pero lo que ZUGALDÍA pasa completamente por alto es que lo que ha ocurrido es que tras el minucioso y *metódico* análisis efectuado, lo que ha resultado es que en el sustrato real de la persona jurídica no se ha encontrado absolutamente nada que se parezca ni en una mínima partícula a la acción y a la culpabilidad del Derecho penal y de ningún Derecho de sanciones, y que así ha quedado contestada precisamente la pregunta inicialmente correcta, sólo que lo ha sido en el sentido de que *no se pueden construir en absoluto ningún concepto de acción ni de culpabilidad de la persona jurídica sin quebrantar las reglas del pensamiento y del habla racionales*, y por añadidura —lógicamente— que absolutamente nada de lo que pueda imponerse a ella podrá tener la naturaleza de una sanción en sentido estricto y menos aún una pena<sup>56</sup>. Naturalmente, a esta conclusión se llega sólo —y sólo a ella tendrá que llegarse necesariamente— si se respeta y no se ignora o elude al *minimum minimorum* permanentemente válido del saber jurídico y si se respetan también las estructuras del mundo para el que se construyen los conceptos jurídicos que tienen que operar en él. Si, por el contrario, como plantea y hace de hecho ZUGALDÍA, se prescinde de aquél saber (de la Dogmática) en tanto en cuanto represente un obstáculo que impida llegar al fin inicialmente querido y pretendido de hacer a la persona jurídica un sujeto jurídico-penal completo<sup>57</sup>, así entonces sí quedará allanado el camino para elaborar ya

<sup>54</sup> Véase GRACIA MARTÍN, *Personas jurídicas*, 1996, p. 37.

<sup>55</sup> Véase GRACIA MARTÍN, *Personas jurídicas*, 1996, p. 38.

<sup>56</sup> Cfr. en el mismo sentido SCHÜNEMANN, ZIS 1/2014, pp. 2, 3 s. y especialmente p. 12, donde afirma que “hay una total abundancia de razones que marcan como tentativa inidónea a la construcción de una sanción contra agrupaciones en paralelo a la pena criminal”.

<sup>57</sup> Véase de nuevo ZUGALDÍA CPC (11) 1980, p. 86 s.: “si aun subsiste alguna dificultad para compaginar la responsabilidad criminal de las personas jurídicas con la llamada teoría jurídica del delito, pues *peor para ésta última*” (p. 87), pues dada “la conveniencia político-criminal de exigir responsabilidad criminal a las personas jurídicas” y dado que la Dogmática jurídico-penal impide la realización de tal conveniencia, lo que hay que hacer es ¡“prescindir de las categorías de un Derecho penal sin futuro y allanar el camino para dar en el futuro nuevas soluciones”! (p. 86).

*cualquier* construcción de una responsabilidad penal de la persona jurídica diferente en sus contenidos y en su estructura a la del ser humano, pero así no será menos cierto también que semejantes constructos ya no serán admisibles por varias razones.

aa) Contra el modo de proceder expuesto y las conclusiones a las que se llega con él, hay que decir ya en primer lugar, ante todo, y parafraseando a HIRSCH, que “una minimización de la Dogmática abre el camino a la arbitrariedad y consecuentemente a la pérdida del Estado de Derecho”<sup>58</sup>, y esto es justamente lo que sucede con todo y cualquier constructo de responsabilidad penal de la persona jurídica, porque éste, como es palmario, no es —ni podría ser— más que el producto de una construcción puramente normativa elaborada completamente al margen —o bien con una grosera y ostensiblemente arbitraria manipulación— del saber jurídico (de la Dogmática)<sup>59</sup>, y por esto, al no ser consecuencia de ninguna investigación verdaderamente científica, su resultado no es científicamente verificable<sup>60</sup>.

bb) En segundo lugar, y a consecuencia de lo anterior, hay que llamar la atención sobre la alta peligrosidad política de las construcciones normativas realizadas arbitrariamente por encima de la Dogmática. Porque nada impediría que la fuerza centrífuga encerrada en la propia “lógica” interna del constructo puramente normativo

---

<sup>58</sup> Véase HIRSCH, *Strafrechtsdogmatik*, p. 64 (= Dogmática penal, p. 17).

<sup>59</sup> Por esto, como dice con toda la razón SCHÜNEMANN, *ZIS* 1/2014, p. 4 nota 17, es inconsecuente —y a mi juicio es absolutamente incomprensible e inexplicable— que HIRSCH, *Straffähigkeit*, pp. 10 ss., cayera precisamente en un abandono de la Dogmática al reconocer —insisto en que de modo incomprensiblemente e incoherente— capacidad de acción y de culpabilidad a la persona jurídica.

<sup>60</sup> Con carácter general, como en referencia a Welzel recuerda HIRSCH, *ZStW* (116) 2004, p. 2: “una metódica que trabaja con objetos de regulaciones jurídicas formados de manera normativa-constructivista hace a estas regulaciones insoportablemente manipulables e impide una Dogmática penal que satisfaga aspiraciones científicas”. Por otro lado, Hirsch, *ZStW* (116) 2004, pp. 1 s., llamó la atención sobre el hecho de que en las últimas dos —actualmente ya tres— décadas ha disminuido considerablemente el interés por la investigación sobre los *fundamentos* del sistema jurídico penal, y que por esto (véase HIRSCH, *Dogmática penal*, p. 19) hoy dominan nuestra disciplina el caos y la inseguridad resultantes de un normativismo “idealmente más cómodo y científicamente más difícil de verificar”; en el mismo sentido, véase GEORG KÜPPER, *Strafrechtsdogmatik*, p. 12; GIMBERNAT, *ADPCP* 1992, p. 833; EL MISMO, *Estudios*<sup>3</sup> 1990, pp. 158 ss.; EL MISMO, *Ensayos* 1999, p. 375; por su parte SCHÜNEMANN, en *Constitución europea* 2006, pp. 151 s. advierte que “centrarse en soluciones pragmáticas y dejar de lado las cuestiones teóricas” —que es justamente lo que de modo abiertamente confesado hace ZUGALDÍA, es decir, prescindir de la Dogmática en aras de la conveniencia político-criminal— “constituiría naturalmente la *aniquilación de toda ciencia jurídica* que se considere seriamente ciencia” (p. 151, cursiva mía); véase además la descripción de SCHÜNEMANN, ya reproducida *supra* en nota 30, del panorama *acientífico* que muestra nuestra disciplina desde hace aproximadamente tres décadas, y que muy probablemente hay que ver recedido en el presente; asimismo véase la cita de ALEJANDRO NIETO en la misma nota 40; y *supra* en nota 44 para la cita también en sentido semejante de FOUCAULT; véase también ROBLES PLANAS, *Diario La Ley* nº 7705, 29 Sep. 2011, p. 15, quien ve a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, con razón, como “una involución monumental en nuestra cultura jurídica”; y finalmente, véanse mis propias consideraciones al respecto a partir de las advertencias de *Hirsch* y de *Georg Küpper*, en GRACIA MARTÍN, *Horizonte*, pp. 86 s.

de la responsabilidad penal de la persona jurídica se desarrollara y extendiera como una mancha de aceite en una dirección expansiva<sup>61</sup> que diera lugar a que la *intensio* de sus ficticios conceptos de acción y de culpabilidad diera lugar a una ilimitada ampliación del campo de su *extensio* abarcando a otras realidades distintas<sup>62</sup> pero sin la menor duda completamente *análogas* a la persona jurídica precisamente en el substrato real y en las valoraciones de éste que dan lugar al constructo de la responsabilidad penal de la persona jurídica, y que de ese modo dichas realidades análogas fueran capturadas en la órbita del poder punitivo en cuanto sujetos jurídico-penales con la misma capacidad (ficticia) de acción, de culpabilidad y de ser penados que la persona jurídica<sup>63</sup>. Así podría suceder, por ejemplo, con la familia, pues como ya ha sugerido tan agudamente y con toda la razón ROBLES PLANAS, la lógica del fundamento del constructo bien podría convertir en sujeto penalmente responsable a una familia “inadecuadamente organizada”

---

<sup>61</sup> Pues es evidente que toda afirmación y reconocimiento de una capacidad de acción y de culpabilidad a la persona jurídica sólo puede resultar de una metódica que no respeta ni en lo más mínimo los límites ónticos y antropológicos del Derecho; véase ZAFFARONI PG, 2ª ed., pp. 427 s., donde advierte, con razón, que la incapacidad de acción de la persona jurídica resulta necesaria y naturalmente solo de los conceptos de acción que, aunque sea solo mínimamente, *respetan los límites ónticos*. Pero cuando no se respetan estos límites, como dice ZAFFARONI PG, 2ª ed., p. 387, los conceptos que se construyen así resultan perversos porque no son mas que invenciones de “lo que en el mundo no existe”, porque “al inventar el mundo lo único que se puede obtener es una coherencia interna del discurso, pero nunca se sabrá cuál es su función y, por lo tanto, no podrá ser dotado de intencionalidad (teleológica), o sea saber a dónde va políticamente”. Por lo demás, como advierte ZAFFARONI PG, 2ª ed., pp. 386 ss., la necesidad de respetar datos ónticos resulta ya de la aspiración a que se realicen en la realidad social los objetivos político-criminales en función de los cuales se construye el concepto jurídico, porque representaría “una incoherencia metodológica pretender esa construcción negando datos de esa misma realidad” (p. 386) —o afirmando la presencia de datos inexistentes—, y porque así se “caería en la ilusión o en la alucinación”, y esto “equivaldría a inventar el mundo mismo” dando lugar a “un discurso desconcertante y desorientador, capaz de insertarse en cualquier marco más amplio de ocultamiento ideológico del mundo mismo, al servicio de cualquier objetivo político” (p. 387). Sobre los peligros de extensión ilimitada de los conceptos jurídicos en virtud de su arbitraria construcción al margen de la analogía, véase PHILIPPS, Rechtsbegriffe, pp. 91 ss.

<sup>62</sup> Pues como dice con razón JAKOBS, FS Lüderssen 2002, p. 571, una fundamentación de la culpabilidad propia de la persona jurídica, “mediada por una conciencia ajena como medio de organización propio ..., si es que existiera, no podría estar limitada a las personas jurídicas”.

<sup>63</sup> Que ello es así, lo demuestra claramente el hecho de que en la regulación legal de la responsabilidad penal de la persona jurídica se hayan tenido que declarar excluidas de ella de un modo expreso en el apartado 5 del art. 31 bis a algunas organizaciones colectivas singulares y determinadas (Administraciones públicas, Organismos reguladores, Entidades públicas empresariales, Sociedades mercantiles estatales, etc.), pues la necesidad de semejante exclusión expresa sólo puede explicarse a partir de la completa *analogía* existente entre las realidades de los entes expresamente excluidos con la abarcada por la proposición legal general del núm. 1 del art. 31 bis. A mayor abundamiento, dicha analogía la demuestra el hecho de que el actual artículo art. 31 quinquies introducido por la LO 1/2015, haya ampliado el supuesto de hecho general de responsabilidad del núm. 1 del art. 31 bis, a las Sociedades mercantiles públicas que con anterioridad estaban excluidas expresamente.

y cuya desorganización, precisamente, propicia la comisión de delitos por alguno o por varios de sus miembros individuales<sup>64</sup>.

cc) Y en tercer lugar, porque ninguna arbitrariedad y ninguna acrobacia ni manipulación verbales en el metanivel lingüístico pueden dar lugar a la mínima alteración ni modificación del objeto real que se designa —deliberada o inconscientemente— con el término erróneo que corresponde a otro objeto diferente de acuerdo con el código de nomenclatura que venga en consideración (en nuestro caso el de la Ciencia jurídica)<sup>65</sup>. Como enseña el dicho popular, el vestir a una mona de seda no altera ni modifica en lo más mínimo el *ser* de la mona, que sigue mona a pesar de su inapropiada vestimenta de seda. Por esto, y como se insistirá con detalle más adelante, con la acrobacia metalingüística de llamar acción y culpabilidad propias de la persona jurídica a los substratos reales<sup>66</sup> en que se sustentaría su responsabilidad, tampoco se logra alterar ni modificar en lo más mínimo el *ser* de aquellos substratos en el nivel de los objetos reales, ya que tras la *desnormativización* de los conceptos a los que erróneamente se les han colgado aquellas etiquetas, lo que sale a la luz como substrato real de la responsabilidad de la persona jurídica son objetos de la realidad subyacente que no consisten nada más que en “estados o situaciones” ambientales, “relaciones intersubjetivas” o “procesos sistémicos”<sup>67</sup> puramente objetivos a los cuales únicamente podría pretenderse denominar acción y culpabilidad acaso de un modo meramente

---

<sup>64</sup> Véase ROBLES PLANAS, Diario La Ley nº 7705, 29 Sep. 2011, p. 5, pues si se afirma que lo injusto propio de la persona jurídica radica en su situación desorganizada, entonces “¿lo sería (también) el que una familia estuviera ‘inadecuadamente organizada’ por los delitos de sus miembros?”

<sup>65</sup> Véase de manera similar SCHÜNEMANN, *Unterlassungsdelikte* 1971, p. 37.

<sup>66</sup> Así por ejemplo una actitud criminal o una cultura de falta de fidelidad al Derecho de la agrupación, un defecto de organización, un riesgo de continuidad o de reiteración delictivas, etc.

<sup>67</sup> En este sentido, véase por ejemplo, SCHÜNEMANN, ZIS 1/2014, p. 4 (“con la expresión culpabilidad por la organización se describe un mero estado de la organización, pero no una lesión de la norma”, y la expresión “cultura empresarial marcada por la falta de fidelidad al Derecho” —semejante a la de “actitud criminal de la agrupación”— hace referencia a los actos *individuales* de organización deficiente, y no a actos de la persona jurídica misma; en el mismo sentido véase además SCHÜNEMANN, *Constitución europea*, pp. 154 s. Por otra parte la “relación jurídica” existente entre la persona jurídica y la física que necesariamente tiene que haber realizado el hecho, que es el verdadero elemento del substrato de la persona jurídica constitutivo de toda posible responsabilidad de ella, para nada tiene que ver ni remotamente con ninguna acción ni culpabilidad propias de la persona jurídica; pues como enseña KELSEN, *Teoría general* 1995, pp. 81 s., “cuando los miembros de una sociedad son responsables de un hecho antijurídico cometido por un órgano de la misma (...) *no es su conducta*, sino *su relación específica* con los autores del acto lo que constituye el supuesto de la sanción dirigida contra ellos” (p. 81); y en todo caso, “la *responsabilidad* por un acto antijurídico cometido por *persona distinta del responsable nunca* puede basarse en la *culpa de éste*” (p. 82); véase además, KELSEN, *Teoría pura* 1979, pp. 189 ss. Por otra parte, sólo el atrevimiento o la osadía pueden explicar que se cuelguen las etiquetas de la acción y de la culpabilidad a factores de la dinámica de procesos meramente “sistémicos” que, en lo esencial, en nada se distinguen de los procesos causales desencadenados por la naturaleza; véase en este sentido, con razón, SCHÜNEMANN, FS-Tiedemann, p. 437; EL MISMO, ZIS 1/2014, pp. 2, 5-6, 11, y en un sentido similar SILVA SÁNCHEZ, *Derecho penal*, p. 283: “no tiene nada que ver con un injusto personal”.

poético metafórico —por no decir delirante— exclusivamente en un metanivel lingüístico que no refleja en nada ni para nada a los objetos reales del nivel empírico que corresponden realmente a los auténticos conceptos que se denominan propiamente con los términos acción y culpabilidad. Por lo mismo, si la *pena* como consecuencia jurídica tiene como presupuesto necesario exclusivamente a la culpabilidad, y si ésta está siempre referida también exclusivamente a la realización personal (por el autor) de un hecho (acción) injusto (típico y antijurídico)<sup>68</sup>, de aquí tiene que resultar que absolutamente ninguna consecuencia jurídica que se anude al substrato de la responsabilidad de la persona jurídica (estados o situaciones, relaciones intersubjetivas, procesos sistémicos, etc.) podrá tener —ni siquiera remotamente— la forma, el contenido, la finalidad y, en definitiva, la naturaleza jurídica de una *pena*<sup>69</sup> (así como tampoco la de una sanción en sentido estricto), por lo que denominar así a semejante consecuencia solo puede verse, asimismo, como el resultado de una acrobacia metalingüística o de una contaminación semántica del lenguaje que, sin embargo, para nada altera el ser del objeto real en el nivel empírico, es decir, el ser de la consecuencia jurídica realmente anudada al supuesto de hecho, que en ningún caso será una *pena* ni una sanción en sentido estricto, sino una consecuencia de naturaleza estrictamente jurídico-civil<sup>70</sup>. Como queda dicho, aún se insistirá en esto más adelante.

b) Tal vez se suscite la tentación de oponer a lo que acaba de exponerse, que de ese modo se produce un retorno al principio, pues si se llega a tales resultados, la razón no puede ser otra —así podría decirse— que durante todo el proceso del análisis las herramientas utilizadas han sido precisamente los conceptos de acción y de culpabilidad de la persona *física* y por eso no se ha podido ver a ninguna acción ni a ninguna

---

<sup>68</sup> Véase en sentido similar SCHÜNEMANN, ZIS 1/2014, p. 3: “la inflicción de un mal ... que encuentra una condición suficiente en el hecho que está emplazado en el pasado, sin capacidad de acción y de culpabilidad del autor, no puede ser pensada sin contradicción al mismo tiempo con la esencia de lo racional”.

<sup>69</sup> Véase en este sentido STRATENWERTH, FS-R. Schmitt, p. 302: “aquí falta todo substrato de una pena”; en el mismo sentido JAKOBS, FS Lüderssen 2002, pp. 573 s.

<sup>70</sup> Véase en este sentido SCHÜNEMANN ZIS 1/2014, p. 4: “la pena individual por la infracción culpable de una norma que protege bienes jurídicos y el pago de una suma de dinero impuesto a una empresa por su deficiente organización son tan diferentes por su contenido, por sus fines y por su legitimación, que da lugar a que se acabe en una ‘legitimación artera’ con la ayuda de una contaminación semántica del lenguaje y de un arbitrario tratamiento igual de lo que es desigual, cuando se llama ‘pena’ también a la sanción de la empresa y en lugar de una deducción teleológica del sistema del Derecho penal se cita una figura del Derecho civil, ignorando con una recaída atávica en el *common law*, su analíticamente forzosa separación racional teleológica y valorativa del Derecho penal”. En el mismo sentido, afirma JAKOBS, FS Lüderssen 2002, p. 573 que “si está excluida una pena por la culpabilidad contra la persona jurídica, entonces, para evitar confusiones, una sanción eventualmente legitimable” —*sic.* contra la persona jurídica— “tampoco debería designarse como pena”.

culpabilidad de la persona jurídica. Una pretendida objeción como ésta, sin embargo, carecería de todo rigor y de la mínima seriedad, pues con ella sería precisamente el que la hiciera quien volvería de un modo circular a su mismo punto inicial, es decir, a plantear otra vez la misma objeción inicial de que si se niega la capacidad de acción y de culpabilidad de la persona jurídica es porque se piensa sólo en unos conceptos de acción y de culpabilidad preestablecidos únicamente para la persona física. Pero si después de lo dicho hasta aquí se volviera a formular esta “misma” objeción con vuelta al mismo y tergiversado punto inicial de la crítica, como sucede en el baile circular de la sardana, entonces ya no quedaría otro remedio que descubrir y mostrar la falta de seriedad y de rigor de esa vuelta a la misma objeción que *ya ha sido contestada*. En primer lugar, porque como ya dije más atrás, hay que insistir en que *el punto de partida* —¡la pregunta inicial correcta!— para el análisis de quienes rechazamos finalmente toda subjetividad jurídicopenal de la persona jurídica *no son en absoluto ni remotamente* los conceptos de acción y de culpabilidad de la persona física como, sin embargo, imagina y supone erróneamente ZUGALDÍA<sup>71</sup>. Muy por el contrario, el punto de partida de la doctrina que *termina* negando la subjetividad penal de la persona jurídica es justamente la pregunta misma propuesta por ZUGALDÍA como la correcta, es decir, la de “si pueden construirse unos conceptos de acción y de culpabilidad válidos para la persona jurídica”<sup>72</sup>. Ahora bien, entre esa pregunta y la misma de quienes —como ZUGALDÍA— ya tienen una respuesta *a priori* positiva para ella, existen dos grandes diferencias. La primera radica en que en el momento inicial de formular la pregunta, es decir, *a priori*, la respuesta es absolutamente desconocida, y la segunda, consecuencia forzosa de la anterior, que para buscar esa respuesta, la doctrina que termina encontrando una de signo negativo hace uso y trabaja justo con todo lo que ignora o que deliberadamente pasa por alto la doctrina favorable al constructo, es decir, con todo el patrimonio de conceptos y de nociones jurídicas permanentes e indisponibles que proporcionan la Teoría general del Derecho y las Dogmáticas del Derecho civil, del administrativo y, finalmente, del penal, y por si esto fuera poco, haciendo operar a dicho patrimonio conceptual por medio de las herramientas e instrumentos que proporcionan la lógica formal y material y los principios del habla racional. De este modo, pues, parece claro que es ZUGALDÍA quien “no formula bien” el que es nuestro punto de partida, ya que es

---

<sup>71</sup> Véase ZUGALDÍA, CPC (53) 1994, pp. 621 s., y persistiendo en ello, ZUGALDÍA, Responsabilidad 2013, p. 61.

<sup>72</sup> Véase ZUGALDÍA, CPC (53) 1994, p. 622.

evidente que lo que él califica como tal es en realidad y a todas luces —justo al revés— el *punto de llegada* de la doctrina que niega la subjetividad penal de la persona jurídica. Esto es así, naturalmente, porque precisamente ha sido la trabajosa y laboriosa aplicación de todo aquel instrumental conceptual y metodológico que se ha hecho operar desde el *punto de partida*, lo que ha llevado al final a la única *conclusión* objetiva que era posible, y que no es otra que en el sentido técnico jurídico no puede haber ningún otro concepto de acción ni de culpabilidad que no sean precisamente los pensados respecto de la persona física, y por esta razón, a la *conclusión*, también en el *punto de llegada*, de una respuesta rotundamente negativa a la pregunta *inicial correcta* que ZUGALDÍA entiende con razón —porque no hay otra posible— que hay que plantear acerca de si puede pensarse en “*otros* conceptos distintos de acción y de culpabilidad”<sup>73</sup>, y en particular acerca de “si puede existir un concepto de acción y de culpabilidad válido (también o exclusivamente) para las personas jurídicas”<sup>74</sup>; una respuesta que es rotundamente negativa porque entre otras muchas razones, reiterando ahora sólo el tajante y apodíctico juicio de KELSEN —como también los de HENKEL y ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO— “no se puede negar *en serio* que actos y omisiones *sólo* pueden existir en relación con los *seres humanos*”, y que “cuando se habla de actos y omisiones de una persona jurídica, se trata en realidad de actos y omisiones de *seres humanos*”<sup>75</sup>. Y que esto es así, se explica, en definitiva, porque al substrato real de la persona jurídica en cuanto tal le falta absolutamente toda propiedad con potencial adecuado para realizar u omitir *acciones* y, por consiguiente, como es obvio, para obrar de modo culpable en el sentido del Derecho penal. Como dice JAKOBS, con toda razón, y de modo claro y contundente, la persona jurídica misma no puede producir ella misma “ninguna desautorización de la norma”, porque ella “no puede desempeñar el rol de un autor, en el sentido del Derecho penal, por carecer de una dotación suficiente para ello”<sup>76</sup>, y

---

<sup>73</sup> Véase ZUGALDÍA, CPC, (53) 1994, p. 621.

<sup>74</sup> Véase ZUGALDÍA, CPC, (53) 1994, p. 622.

<sup>75</sup> Véase KELSEN, Teoría general, 1995, p. 114 (cursiva mía); además KELSEN, Teoría pura, 1979, pp. 186 ss.; en sentido similar, HENKEL, Introducción, pp. 267-308 y especialmente pp. 309 ss. argumenta profunda y prolijamente en la dirección de que el estrato “espiritual” del ser humano, es la *única* dimensión respecto de la que es *posible* pensar normas jurídicas de conducta y conceptos de acción (injusto) y de culpabilidad; y también en sentido similar, en este caso desde el punto de vista procesal, el sorprendente opúsculo de ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Enjuiciamiento de animales, pp. 26 ss. y 35 s., afirmando que el proceso “se compone de una serie de actos o actuaciones, concebidos como *manifestaciones de voluntad*, atinentes a su marcha y finalidad, que sólo pueden emanar de seres *racionales*” (p. 26, cursiva mía) y que, por esto, un proceso “relacionado con *la responsabilidad penal de las personas morales o jurídicas*” (cursiva del autor), estaría más próximo a “los procesos contra animales” que a “los seguidos contra personas físicas” (p. 35)

<sup>76</sup> Véase JAKOBS, FS Lüderssen 2002, p. 571.



porque, además, “el concepto de culpabilidad, que se desarrolló para las personas naturales, cuya identidad se establece por medio de la unidad de la conciencia atribuida a ellas, no se puede extender o torcer de tal modo que comprenda también a las personas jurídicas, cuya identidad se garantiza por medio de su constitución”<sup>77</sup>.

c) Pero no sólo es que la doctrina contraria a la subjetividad penal de la persona jurídica *no* parte en absoluto —como erróneamente le atribuye ZUGALDÍA— de unos conceptos de acción y de culpabilidad *preestablecidos* con respecto a la persona física, pues como queda dicho, tales conceptos son, por el contrario, el *punto de llegada* de aquélla. Es que, contra la errónea objeción de ZUGALDÍA hay que replicar ahora que es él mismo quien justo y precisamente incurre de un modo palmario en el error metodológico que imputa sin fundamento alguno a la doctrina contraria personalizada en mi propio discurso y en mi propia exposición. Pues cuando él meramente afirma sin más argumentación que los conceptos de acción y de culpabilidad de la persona física “*no excluyen ni mucho menos otros conceptos distintos de acción y de culpabilidad*”<sup>78</sup>, y a continuación plantea la pregunta correcta de “si puede existir un concepto de acción y de culpabilidad válido (también o exclusivamente) para las personas jurídicas”<sup>79</sup>, es mucho más que obvio que es él quien *sí* está partiendo claramente de unos conceptos de acción y de culpabilidad *de la persona jurídica* ya absolutamente “*preestablecidos*” por él mismo<sup>80</sup>. Pues es evidente que éstos, que no consisten en otra cosa que en la acción y en la culpabilidad de la persona física que haya cometido el hecho *imputadas* luego de algún modo a la jurídica<sup>81</sup>, se encuentran ya implícitos y latentes tanto en su inicial

<sup>77</sup> Véase JAKOBS, FS Lüderssen 2002, p. 570.

<sup>78</sup> Véase ZUGALDÍA, CPC, (53) 1994, p. 621.

<sup>79</sup> Véase ZUGALDÍA, CPC, (53) 1994, p. 622.

<sup>80</sup> Que esto es así, lo prueba apodícticamente su mera y simple categórica afirmación en absoluto argumentada de que al margen de los conceptos de acción y de culpabilidad de la persona física “*¡existen! también unos conceptos de acción y de culpabilidad propios de la persona jurídica*”; véase ZUGALDÍA, Responsabilidad 2013, p. 61. Es cierto que como hacen todos los defensores del constructo, ZUGALDÍA trata de explicar en qué consisten esa acción y esa culpabilidad de la persona jurídica, pero el juicio que merecen tales explicaciones corresponde al plano del método de construcción jurídica de conceptos y será formulado más adelante al tratar de tal cuestión, cfr. *infra* III.7.

<sup>81</sup> Véase ZUGALDÍA, Responsabilidad 2013, pp. 73 ss., y 75 ss., para quien se trata de “valorar el soporte humano en su justa medida fijando los criterios (normativos) de imputación que permitan poner a cargo de la persona jurídica, como propio de ella, el comportamiento llevado a cabo en su seno por una persona física” (p. 74), es decir, que la responsabilidad propia de la persona jurídica consiste en una “transferencia de responsabilidad (o de responsabilidad por contaminación) de la persona física a la jurídica” (p. 75); de este modo la persona jurídica actúa con dolo cuando se le pueda *imputar* “el conocimiento poseído por las personas competentes” (p. 90) y su culpabilidad propia trae su causa de “la actitud reprochable del autor (el defecto de organización)”, porque es esa actitud “lo que permite imputar a la persona jurídica el hecho ilícito (de conexión o de referencia), realizado por una persona física” (p. 92). Es realmente asombroso cómo algo “ajeno” queda transformado en “propio” en virtud de una simple y sencilla “imputación”; sin embargo, y afortunadamente, disponemos del auxilio del gran KELSEN para salir de ese asombro con la

afirmación como en su subsiguiente pregunta, de modo que ZUGALDÍA ya no tiene más que deducirlos tautológicamente *a posteriori* de su afirmación y pregunta previas en las que ya las había incluido *a priori*. Este proceder, sin embargo, no es otro que el propio del conocido vicio lógico del *quaternio terminorum*, porque como afirma con razón SCHÜNEMANN, “quien intenta agrupar a una acción propia (o a una culpabilidad propia) y a la imputación de una acción ajena (o de una culpabilidad ajena) bajo uno y el mismo concepto de la acción (o de la culpabilidad) sucumbe absolutamente ante el error lógico del *quaternio terminorum* (que conduce a una argumentación circular)”<sup>82</sup>. Esto es así porque, como dice con el mayor acierto JAKOBS, “en el caso de las acciones no permitidas del órgano, la transmisión a la persona jurídica del interés determinante de una ampliación de la masa de la responsabilidad, no tiene lugar alguno en el Derecho penal *de la culpabilidad*”<sup>83</sup>. ZUGALDÍA me ha imputado incurrir en errores metodológicos, pero después de lo dicho no creo que pueda haber ni una mínima duda sobre el hecho de que es él mismo quien incurre real y palmariamente en errores de esa clase.

d) También en el discurso de la doctrina jurídica tiene que ser válido que quien afirma algo tiene por eso solo la carga de la prueba, por no decir una “obligación” de probar impuesta por el rigor científico. De este modo, quien afirma que no es metodológicamente correcto partir de los conceptos de acción y de culpabilidad preestablecidos para la persona física, no puede quedarse en esta simple afirmación, sino que tiene la carga de probar personalmente —y debe exigírsele que lo haga— primero que *existe la posibilidad* de prescindir de aquellos conceptos preestablecidos, y si lograra probarlo, entonces a continuación tendrá que probar y demostrar que con la

---

comprobación de que semejante transformación es simplemente imposible, pues como nos enseña el máximo artífice de la teoría pura del Derecho “referir un acto de un individuo a la comunidad como orden personificado, es *imputar* dicho acto a la comunidad misma”, pero siendo esto sí, lo que no hay que perder de vista es que “ésta es, sin embargo, *otra* especie de imputación, *diferente* de aquella a que nos referimos al tratar el problema de la *imputabilidad* como capacidad jurídica de cometer un *acto violatorio*”; véase KELSEN, Teoría general, 1995, p. 116 (cursiva mía).

<sup>82</sup> Véase SCHÜNEMANN, FS Tiedemann 2008, pp. 431 s.; ya antes EL MISMO, Unternehmenskriminalität 1979, pp. 234 s.; EL MISMO, en LK<sup>12</sup>, 2006, comentario previo al § 25 n° 23, p. 1840, y ahora de nuevo EL MISMO, ZIS 1/2014, pp 3 s., afirmando que el modelo de la imputación, “no consiste en algo distinto al *quaternio terminorum* del concepto de acción y del de culpabilidad, pues la imputación de una acción ajena justamente no es una acción, y la imputación de una culpabilidad ajena no puede crear un presupuesto de culpabilidad ausente”, de modo que así “ni se responde a la pregunta por la legitimación, ni se respetan las premisas racionales teleológicas y valorativas del Derecho penal, y por consiguiente” en todo esto “no existe nada más que un círculo vicioso tanto ontológica como valorativamente” (p. 4). Y en el mismo sentido, ROXIN, AT I<sup>4</sup>, 2006, § 8 C n° 63, p. 264 y GRACIA MARTÍN, en Foro FICP N° 2014-2 (septiembre), pp. 36 y 47 y en LH-Schünemann II 2014, pp. 112 y 123 s.

<sup>83</sup> Véase JAKOBS, FS Lüderssen 2002, p. 572.

materia distinta que encuentra en el ser de la persona jurídica y a la cual no se pueden adaptar para nada aquellos conceptos preestablecidos, no obstante es posible, primero formar unos conceptos de acción y de culpabilidad *proprios* de esa otra materia distinta, y luego someter a éstos a las valoraciones específicas del Derecho penal. Pero probarlo —y esto tendría que ser obvio— no en un sentido vulgar o en uno poético metafórico, sino en uno técnico y científico. Pues si bien en un sentido vulgar no supone ningún uso incorrecto del lenguaje (vulgar), ni da lugar a ninguna desorientación ni desconcierto en la comunicación, hablar y decir por ejemplo que un tornado ha “actuado” violenta y destructivamente y que él ha tenido la “culpa” y ha sido el “culpable” y el “responsable” de los daños que ha causado<sup>84</sup>, pretender dar a tales predicados del lenguaje vulgar los sentidos técnico jurídicos que tienen en el Derecho penal<sup>85</sup>, y proponer aplicar una pena al tornado como consecuencia, sí sería ya un disparate tan formidable como todos los que derivaban del delirio del ingenioso hidalgo Alonso de Quijano, o como el traído a colación en relación con el tema que nos ocupa por SCHÜNEMANN, del Rey persa Jerjes, quien según relata Herodoto, mandó flagelar (penar) con 300 azotes a una parte del mar de Dardanelos en el Helesponto porque (por medio de la acción de) un temporal (fue el culpable de que éste) destruyera el puente que había construido para paso de sus ejércitos<sup>86</sup>.

3. Anticipando en relación con lo que acabo de decir algo que en el momento oportuno será tratado con mayor detalle, también tengo que expresar ya mi más radical y enérgico rechazo a las opiniones de quienes, como ZUGALDÍA o NIETO MARTÍN, quieren ver en la negación de la responsabilidad penal de la persona jurídica un simple “juego de etiquetas”<sup>87</sup> o el “mal del nominalismo”<sup>88</sup>. Estos autores, presuponen erróneamente que quienes rechazamos la naturaleza “penal” de todo lo que concierne a la persona jurídica incurrimos en los dos graves vicios de que adolece precisamente la doctrina de la que ellos participan.

<sup>84</sup> Véase NINO, Introducción, 1984, pp. 184 ss.

<sup>85</sup> Pues como observa con razón SOLER COSTA, Poder 2014, p. 33, en el Derecho se utilizan ciertamente “numerosos términos simples” (quiere decir del lenguaje cotidiano), pero no obstante “especializados”, lo que apunta claramente a que una palabra o expresión del lenguaje vulgar, una vez que ha adquirido un sentido técnico-jurídico especializado, porque con ella se designa a un “concepto” jurídico preciso que se ha formado previamente, ya no puede utilizarse *en su sentido técnico* para llamar o designar con ella a cualquier fenómeno real al que pueda remitir —y en relación con el cual continúa siendo válido— *su uso vulgar*, sino sólo para designar al sector de la realidad que ha sido recortado y acotado por el concepto respecto del que se la usa ahora en aquel sentido técnico.

<sup>86</sup> Véase SCHÜNEMANN, ZIS, 1/2014, pp. 2 s.

<sup>87</sup> Así ZUGALDÍA, CPC, (53) 1994, p. 622

<sup>88</sup> Así NIETO MARTÍN, Responsabilidad, 2008, pp. 19 s. y especialmente la nota 10 en p. 20.

a) Sin perjuicio de volver a esto con más detalle en su momento, el primer vicio de dicha doctrina consiste en su ignorancia o desprecio y falta de respeto a la imprescindible taxonomía jurídica y a sus precisos códigos de nomenclatura, que por medio de claras y precisas *diferencias* nominales —si se quiere por medio de *diferentes* etiquetas— clasifica con sus nombres propios y no fungibles a la multitud de figuras jurídicas existentes en virtud de las diferencias de *materia* y de *substancia* de las cosas y de los fenómenos reales a los que remite el nombre propio de cada una. No se puede llamar gigante a un molino de viento, toro bravo a uno castrado, compraventa a una donación, y en fin tampoco acción ni culpabilidad a nada de lo que sólo metafóricamente puede denominarse “actividad” de la persona jurídica. Contra lo que quiere decir y hacer ver ZUGALDÍA, es absolutamente falso que yo haya dicho en ninguna parte que a la persona jurídica no se le pueda aplicar nada y que luego termine proponiendo aplicarle absolutamente todo, pues lo cierto y correcto, como pone claramente de manifiesto una superficial lectura de mis propuestas, es que lo que yo sostengo es, primero que a la persona jurídica no se le puede aplicar absolutamente *nada* que tenga naturaleza *penal* y que, en cambio, *sí* se le puede aplicar *todo* lo que tenga naturaleza *civil* o *administrativa policial y coercitiva*<sup>89</sup>. Por eso, también aquí la crítica de ZUGALDÍA se queda en un “nadar de la nada”. Más desafortunados si cabe son la percepción y el juicio de NIETO MARTÍN sobre la misma cuestión. Según este autor, aquí estaríamos ante un “debate puramente nominal” porque —así lo dice NIETO— cuando se deja de llamar “pena” a la consecuencia jurídica y se la “denomina con otro nombre, como el de medida de seguridad, consecuencia accesoria, etc., *los obstáculos se esfuman*”<sup>90</sup>. Pero esto no es así en absoluto. Cuando se llama a algo con un nombre propio y determinado es para distinguirlo claramente de todo lo demás que es diferente en la *substancia*, y a lo cual, por eso mismo, se lo tiene que denominar con otro nombre propio y distinto. Ignoro si NIETO daría aprobado al estudiante o al opositor a la judicatura que en un examen u oposición llamaran pena a lo que es realmente una medida de seguridad o una reparación del daño; yo desde luego que no. Cuando se habla de “pena” se piensa en algo substancialmente distinto a lo que se piensa cuando se habla de “medida de seguridad”, lo mismo que también se piensa en un objeto substancialmente diferente a los anteriores cuando se habla de “reparación, restitución o

---

<sup>89</sup> Cfr. *supra* nota 35.

<sup>90</sup> Así NIETO MARTÍN, *Responsabilidad*, 2008, p. 19.

indemnización”, y también cuando se habla de “consecuencia accesorias”<sup>91</sup>. Y es que, como advierte DELGADO ECHEVERRÍA, en el metalenguaje de los juristas “sin palabra adecuada no hay concepto preciso”<sup>92</sup>. Por esto, contra lo que afirma NIETO, si el llamar “consecuencias accesorias” a las reacciones jurídicas contra personas jurídicas da lugar a que —como él dice— los obstáculos se esfumen, esto se debe simplemente a que, como han puesto de relieve BOLDOVA/RUEDA, “la responsabilidad (de la persona jurídica) sería de carácter no penal (civil o administrativa)”<sup>93</sup>, y por esta razón si aquél nombre de “consecuencias accesorias” hace que los obstáculos “se esfumen”, ello no se debe sólo a la mera corrección denotativa del significante, sino sobre todo y primordialmente a su exacta y precisa connotación del objeto real al que se refiere, o dicho de otro modo: a la exacta y precisa correspondencia o concordancia *analógicas* del término (“consecuencias accesorias”) con la *naturaleza de la cosa*<sup>94</sup>. Pues el delito que comete el que actúa para la persona jurídica, y por el que *sólo* su autor responderá —él sí— *criminalmente*, es un acto relacionado con la administración del patrimonio de aquélla por éste, y por ello el patrimonio de la persona jurídica también debe *responder* de las consecuencias derivadas de los actos relativos a su administración, pero una

---

<sup>91</sup> Sobre todo esto, véase por ahora sólo BOTTKE, *Assoziationsprävention*, 1995, pp. 10 ss., donde enfatiza con razón en la importancia de la terminología en relación con los “fundamentos” del análisis “conceptual” de los *diferentes* tipos de consecuencias jurídicas que pueden entrar en consideración a partir de la comisión de un hecho punible, y con la *diferente* finalidad de cada tipo de consecuencia; véase además BOTTKE, LH Roxin, 1977, pp. 43 ss., donde explica que la apertura de un proceso conlleva consecuencias jurídicas de distinta naturaleza y finalidad que en concreto, según los casos, y *de acuerdo con su terminología*, podrán ser consecuencias *condictivas*, esto es, de incautación de las ventajas reportadas por el hecho punible, consecuencias de carácter *restitutorio*, o sea, de reparación de los perjuicios ocasionados por el hecho delictivo, y consecuencias “consistentes en la producción de costes”, en forma de pérdida de libertades o de fortuna, las cuales pueden ser, a su vez, de carácter *retributivo* de la culpabilidad o *preventivo* de la peligrosidad.

<sup>92</sup> Véase DELGADO ECHEVERRÍA, *Vigor de las leyes*, pp. 11 s., quien advierte, con razón, que el Derecho es dependiente del lenguaje natural y éste lo contamina; y dado, sin embargo, que en el Derecho “sin palabra adecuada no hay concepto preciso”; entonces a todo esto debe seguir que “en ocasiones, habrá que estipular sentidos técnicos de términos de uso común”, pero también que “en ciertos casos, se (tenga que crear) un término más o menos artificial, específico de este lenguaje técnico”. Dada la grave hostilidad entre las palabras y las cosas que genera la doctrina de la responsabilidad penal de la persona jurídica en el ámbito científico-técnico del Derecho, sobre la importancia del lenguaje científico-técnico en el Derecho se volverá de modo insistente más adelante; por ahora véase sólo HORN, *Rechtssprache* 1966, *passim*, especialmente, pp. 21 ss. y 97 ss., y sobre los caracteres del lenguaje científico-técnico, que lo diferencian, por un lado, de los usos cotidianos del lenguaje en la vida común, especialmente de los “argots” y de las “jergas”, y por otro lado, de los lenguajes “sectoriales”, propios de las actividades profesionales, véase la interesante y penetrante investigación de SOLER COSTA, *Poder* 2014, pp. 26 ss. y, especialmente, p. 33, donde la autora precisa que una propiedad del lenguaje científico-técnico es “que su léxico específico es semánticamente único”, lo cual significa que “en un término científico-técnico, no cabe esperar polisemia”; en el Derecho —observa la autora— se utilizan ciertamente “numerosos términos simples” (quiere decir del lenguaje cotidiano), pero no obstante “especializados”.

<sup>93</sup> Véase BOLDOVA/RUEDA, *Personas jurídicas*, p. 287.

<sup>94</sup> Sobre esto, véase ahora solo ARTHUR KAUFMANN, *Analogie*<sup>2a</sup> 1984, pp. 44 ss.; y sobre el concepto de “consecuencias accesorias”, véase GRACIA MARTÍN, *LCJD*<sup>4a</sup> 2012, pp. 201 ss.

intervención en un patrimonio que está administrado por otro, como afirma clara y contundentemente JAKOBS, “no tiene absolutamente nada que ver con una *pena*”<sup>95</sup>, y por esto, “para evitar confusiones, no se debería bautizar con el nombre de *pena*”<sup>96</sup>.

b) Pero es que este vicio semántico, lleva irremisiblemente a un segundo vicio que es su consecuencia, y que consiste en ignorar o en pasar por alto y no respetar de un modo inadmisibles para el pensamiento y para la construcción jurídicos, la elemental y fundamental exigencia, tan acertada y brillantemente explicada por ENGISCH, de que entre el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica de toda proposición jurídica debe existir una perfecta correspondencia estructural y funcional, y concretamente en el sentido de que *todos* los elementos que fundamentan y gradúan la consecuencia jurídica, y *sólo* ellos, tienen que estar comprendidos en el supuesto de hecho, y ello por cierto en relación con cualquier ámbito del Derecho y no sólo en el penal<sup>97</sup>. Esta indeclinable exigencia, sin embargo, se burla del modo más absoluto cuando, como hace la doctrina de la responsabilidad penal de la persona jurídica, a un supuesto de hecho del cual están completamente ausentes una acción y una culpabilidad materiales —es decir, reales y no inventadas y sólo así arbitrariamente denominadas— se le quiere asociar luego una “pena” como consecuencia jurídica. Es, pues, la doctrina de la responsabilidad penal de la persona jurídica, y no la de quienes la rechazamos, la que realmente juega arbitrariamente con etiquetas al llamar acción, culpabilidad y pena a lo que carece de la mínima substancia para poder serlo<sup>98</sup>. Así pues, quienes afirman como ZUGALDÍA, que somos los demás quienes jugamos con las etiquetas, siendo así que son ellos quienes no sólo hacen ese juego de un modo ostensible sino que más allá de esto incluso ponen en una relación de grave hostilidad a las palabras y a las cosas, deberían reflexionar sobre que con esto solo proceden a un ejercicio de lo que en psicoanálisis se conoce desde FREUD como “proyección”, es decir, a una atribución de las propias deficiencias a quienes no las tienen en absoluto.

**4.** La doctrina que pretende construir un supuesto de hecho de responsabilidad penal de la persona jurídica como fundamento de la aplicación a ella de consecuencias jurídico-penales, en particular “penas” y también sanciones administrativas, es una que quebranta de un modo demasiado grosero e irritante todas las reglas de la construcción

<sup>95</sup> Véase JAKOBS, FS Lüderssen 2002, p. 573.

<sup>96</sup> Véase JAKOBS, FS Lüderssen 2002, p. 574.

<sup>97</sup> Véase ENGISCH, Einführung<sup>7a</sup> 1977, pp. 33, 119 s.

<sup>98</sup> Cfr. a continuación en el siguiente párrafo 4. las severas críticas de SCHÜNEMANN a este inadmisibles proceder de la doctrina de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

jurídica racional, es decir, no arbitraria, así como las de la taxonomía y de los códigos de nomenclatura jurídicos, y más allá de esto también quebranta las reglas generales de la lógica formal y material, y en definitiva, las reglas y los principios del habla y del pensamiento racionales. Que todo esto no son afirmaciones gratuitas y unilaterales del autor de este artículo, lo prueban las opiniones que al respecto han vertido tantos grandes juristas que han legado un saber jurídico —que los aún vivos y activos enriquecen y hacen progresar en el presente— con conocimientos cuya validez y permanente vigencia nadie puede discutir y que, por esto, son de conocimiento y de respeto obligados e indispensables para todo el que se proponga desarrollar o producir verdadero conocimiento jurídico en vez de contaminar o destruir la semántica y los conceptos jurídicos con meras e infundadas opiniones propias de la arbitrariedad y de la doxología sin substancia. Para citar solo algunas de las graves descalificaciones hechas por supremas autoridades del saber jurídico, podemos comenzar aquí con el gran KELSEN. Éste asimila a determinadas concepciones de la persona jurídica con las creencias animistas del hombre primitivo, porque duplican o desdoblan —con precisión: hipostasian— el objeto del conocimiento al separar de él, por una parte, una substancia independiente y, por otra, las cualidades de la substancia<sup>99</sup>, y después de haber analizado todos los pormenores y detalles relativos al modo de ser y de actuar de la persona jurídica (una ficción del Derecho), concluye que “la idea de que las corporaciones son seres reales dotados de voluntad real, se halla en el mismo plano de las creencias animistas que llevaron al hombre primitivo a atribuir un ‘alma’ a los objetos de la naturaleza”<sup>100</sup>. Desde el punto de vista del Derecho procesal, Alcalá-Zamora y Castillo, al comparar los procesos penales contra animales con los que pudieran seguirse contra las personas jurídicas, afirma que éstos estarían más próximos a los primeros que a los procesos contra personas físicas<sup>101</sup>. El gran civilista italiano FERRARA calificó a la descripción antropomórfica de la persona jurídica como una “hipótesis fantástica de un artista del Derecho”<sup>102</sup>. Ya en tiempos recientes, el genial

<sup>99</sup> Véase KELSEN, Teoría general, 1995, p. 109.

<sup>100</sup> Véase KELSEN, Teoría general, 1995, p. 127; véase también KELSEN, Teoría pura, 1979, p. 187.

<sup>101</sup> Véase ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Enjuiciamiento de animales, p. 35: “estas peculiaridades procedimentales, al alejar en ciertos aspectos los procesos contra animales de los seguidos contra personas físicas, *los aproximan*, a su vez, hasta cierto punto, a un tipo de enjuiciamiento también sobremanera discutible y discutido: el relacionado con la responsabilidad penal de las personas morales o jurídicas” (cursiva mía).

<sup>102</sup> Cita tomada de LACRUZ/DELGADO, Elementos I-2<sup>6</sup>, 2010, p. 267 (FERRARA se refería obviamente a la construcción de GIERKE); véase también KELSEN, Teoría pura, 1979, p. 187, donde habla de la “metáfora antropomórfica” que “conduce a problemas ficticios, en cuya solución la ciencia se afana inútilmente”.

iusadministrativista español Alejandro NIETO, con razón y sin empacho alguno, descalifica los intentos de fundamentar una imposible e inconcebible culpabilidad de las personas jurídicas en el ámbito del Derecho administrativo sancionador, con juicios tales como que así se da “un salto funambulesco apoyándose en la cuerda floja de la ficción”<sup>103</sup>, o afirmando que tales intentos no serían nada más que simples “artilugios”<sup>104</sup> y “fórmulas habilidosas teóricamente vulnerables”<sup>105</sup> con las que, en definitiva, se termina recurriendo a “una especie de hipocresía”<sup>106</sup>. Por su parte SCHÜNEMANN no ha ahorrado descalificaciones tan contundentes como severas respecto del modo de construir una responsabilidad penal de las personas jurídicas. Contra los conceptos de acción y de culpabilidad de las personas jurídicas que se formulan, sostiene con razón que no son otra cosa que productos de la falacia del *quaternio terminorum*, pues una acción y una culpabilidad “imputadas” no son en modo alguno ni acción ni culpabilidad<sup>107</sup>. La construcción de conceptos de acción y de culpabilidad para la persona jurídica, según SCHÜNEMANN, sería una completa *arbitrariedad*, pues con ellos se trataría igual a lo que evidentemente es desigual, y además, emplear las mismas expresiones para llamar a objetos que son completamente diferentes es quebrantar las “reglas de la lógica entendidas como los principios del habla racional”<sup>108</sup>. Y en cuanto a la denominación de “pena” a lo que de ningún modo que se lo mire puede serlo, advierte SCHÜNEMANN que ello conduce a una contaminación semántica que arrastra consigo graves defectos del pensamiento y que produce también graves consecuencias dogmáticas y político-criminales<sup>109</sup>.

5. Particularmente en el Derecho, casi todo es opinable y discutible. Sin embargo, la severidad de los juicios descalificativos que acaban de transcribirse sobre los intentos de construir una responsabilidad penal de las personas jurídicas, parece insinuar que el saber jurídico tendría un *minimum minimorum* que trazaría algún límite a lo que puede ser objeto de discusión y de debate, y particularmente a que plantear precisamente la

<sup>103</sup> Así, literalmente, Alejandro NIETO, DAS<sup>5</sup> 2012, p. 398.

<sup>104</sup> También así Alejandro NIETO, DAS<sup>5</sup> 2012, p. 402, refiriéndose literalmente a “los artilugios que está utilizando la jurisprudencia”, y p. 427: “con este sencillo artilugio ya tienen un culpable”; NIETO, se refiere aquí al artilugio de llamar culpabilidad a la *culpa in eligendo* y a la *in vigilando*, que como es sabido son conceptos de la responsabilidad civil objetiva que nada tienen que ver con la culpabilidad, véase GRACIA MARTÍN, Responsabilidad, 1986, pp. 113 ss.

<sup>105</sup> Así Alejandro NIETO, Derecho sancionador<sup>5</sup>, 2012, p. 427.

<sup>106</sup> Así, literalmente, Alejandro NIETO, DAS<sup>5</sup> 2012, p. 427 (se refiere NIETO a la hipocresía de llamar “culpabilidad” a algo que no puede ser tal ni en lo más mínimo).

<sup>107</sup> Véase SCHÜNEMANN, LK<sup>12</sup>, 2006, comentario previo al § 25 n° 23, p. 1840; el mismo, ZIS, 1/2014, p. 4; en el mismo sentido ROXIN, AT I<sup>4</sup>, 2006, § 8 C n° 63, p. 264.

<sup>108</sup> Véase SCHÜNEMANN, ZIS, 1/2014, p. 4.

<sup>109</sup> Véase SCHÜNEMANN, ZIS, 1/2014, p. 15.



cuestión de una posible responsabilidad penal de la persona jurídica sería algo tan disparatado que no podría ser objeto de ningún debate serio<sup>110</sup>, sino sólo de descalificaciones tan severas y contundentes como las formuladas por juristas tan eximios como los citados. Personalmente me identifico con tales descalificaciones, y para aportar la mía propia, en la línea sugerida por SCHÜNEMANN de tildar al Derecho penal de agrupaciones como “zombi político-criminal”<sup>111</sup>, yo diría que la doctrina de la responsabilidad penal de las personas jurídicas se podría comparar con un manual práctico de hechicería de vudú haitiano para dotar a la persona jurídica del cuerpo y del espíritu que naturalmente le faltan, para poder afirmar así que ella misma realiza acciones antijurídicas de un modo culpable y, con esto, para poder hacer de ella un sujeto idóneo para soportar una pena como consecuencia jurídica de sus *propias* fechorías criminales.

6. La respuesta a la pregunta planteada acerca de cómo la doctrina que quiere hacer penalmente responsable a la persona jurídica logra transfigurar a ésta en sujeto jurídico-penal, se obtiene sin ninguna dificultad con la observación de los modos en que opera en su afán de producir semejante transubstanciación de aquélla. De estos modos advierten explícita o implícitamente las epistemológica y científicamente rigurosas y, como no podría ser de otro modo, también severas descalificaciones de la más alta doctrina que, como ya se ha visto, se resumen en que para fundamentar una responsabilidad penal de la persona jurídica, se ignora o pasa por alto todo el saber jurídico válido y vigente que se opone a semejante extravío, se recurre a todo tipo de manipulaciones, de artilugios y de falacias lógicas, y finalmente se cuelga luego a los productos que se han elaborado así arbitrariamente los nombres o las etiquetas — acción, culpabilidad, pena— que únicamente admiten las facultades humanas de las que la persona jurídica carece absolutamente y hasta en el mínimo infinitesimal imaginable<sup>112</sup>.

---

<sup>110</sup> Así KELSEN, *Teoría general*, 1995, p. 114: “no se puede negar *en serio* que actos y omisiones sólo pueden existir en relación con los seres humanos”; véase además KELSEN, *Teoría pura*, 1979, pp. 186 ss.

<sup>111</sup> Véase SCHÜNEMANN, *ZIS*, 1/2014, pp. 1 y 18.

<sup>112</sup> Sobre la completa ausencia en la persona jurídica incluso de un solo dato tangible que pudiese ser comparable con alguno de la persona natural, véase por ejemplo, KELSEN, *Teoría general*, 1995, pp. 109 ss.: “hombre es un concepto de la biología y de la fisiología, en una palabra, de las ciencias naturales; persona es un concepto de la jurisprudencia, una noción derivada del análisis de normas jurídicas” (p. 111); Federico DE CASTRO, *Persona jurídica*, 1981, p. 264: “la persona jurídica no tiene la misma realidad que la persona humana”; LACRUZ/DELGADO, *Elementos I-2<sup>o</sup>*, 2010, pp. 267 ss.: a las personas jurídicas “les faltan la conciencia y voluntad en sentido psicológico, y con eso la capacidad de autodeterminación”, ya que éstas son “facultades (exclusivamente) humanas que necesariamente han de tomar prestadas a

7. a) Según los más conspicuos defensores de la subjetividad jurídico-penal de la persona jurídica, por una parte el legislador no estaría limitado por la Dogmática jurídica, sino que estaría legitimado democráticamente para la determinación del Derecho de un modo libre y soberano, y así entonces para configurar un injusto de la acción y una culpabilidad propios de la persona jurídica, esto es, desviados y diferentes de los correspondientes a la persona natural<sup>113</sup>. Por otra parte, como la imposibilidad de fundamentar una responsabilidad penal de la persona jurídica derivaría únicamente del hecho de que los contenidos y la estructura de todas las categorías dogmáticas del concepto del delito se han determinado históricamente en referencia exclusivamente a la persona física, esto no debería ser obstáculo alguno para que la teoría del Derecho penal construya ahora “otra” teoría del delito análoga o paralela a la de la persona física con “las mismas” categorías dogmáticas, pero “revisándolas” para “adaptar” o para “modular” sus contenidos y sus estructuras hasta donde lo requieran la naturaleza del ser y el modo de actuar peculiares de la persona jurídica<sup>114</sup>. En todo caso —se dice— la Dogmática jurídica —es decir, el saber jurídico— no debe ser ningún obstáculo para ello, y si pretendiera serlo, entonces “peor para ella”<sup>115</sup>, porque de lo que aquí se trata es de dar una respuesta práctica a un problema de criminalidad, y entonces la Dogmática tiene que perder en favor de la política criminal<sup>116</sup>.

b) Sólo de las expresiones utilizadas en defensa de una decisión meramente política a favor de la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas debiera resultar ya la autodescalificación que conllevan semejantes declaraciones desde cualquier punto de vista que quiera adoptarse. Desde el punto de vista epistemológico, ahora resulta que esta doctrina parece tener nada menos que un superpoder en virtud del cual podría dotar a un ente —la persona jurídica— de las “mismas”, pero a la vez sorprendentemente “distintas” (j) capacidades —de acción y de culpabilidad— que, sin

---

hombres” (p. 268). En el mismo sentido, desde la Dogmática jurídico penal, véase BOLDOVA, EPC vol. XXXIII (2013), pp. 227 y 230, quien con toda la razón advierte que “es completamente imposible hablar de acción, omisión, dolo, imprudencia o culpabilidad en las personas jurídicas, dado que estas categorías tienen un sentido psicológico por estar vinculadas hasta ahora únicamente con el ser humano” (p. 227); asimismo, BOLDOVA, en PG 2013, p. 333 y BOLDOVA/RUEDA, Personas jurídicas, p. 286.

<sup>113</sup> Véase en este sentido, VOGEL, StV 7/2012, p. 428.

<sup>114</sup> Así CRAMER/HEINE, en Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch. Kommentar, 27ª ed., 2006, comentario previo al § 25 nº 129 = HEINE, en la 28ª ed., 2010; ZUGALDÍA, CPC (11) 1980, pp. 86 s.; el mismo, CPC, (53) 1994, pp. 620 s.

<sup>115</sup> Así, lisa y contundentemente, y sin más, ZUGALDÍA, CPC, (11) 1980, p. 87.

<sup>116</sup> Véase en este sentido, VOGEL, StV 7/2012, p. 428; en el mismo sentido NIETO MARTÍN, Responsabilidad, 2008, p. 17: “la responsabilidad penal de las personas jurídicas es una decisión de política criminal en manos del legislador”; y ya antes ZUGALDÍA, CPC, (11) 1980, p. 86, donde propuso —*¡sic et simpliciter!*— “prescindir de las categorías de un Derecho penal sin futuro”.

embargo, sólo y exclusivamente posee “otro” ente absolutamente “diferente” a él. Con esto, sin embargo, esta doctrina liquida de plano y sin el menor empacho la milenaria diferencia entre lo “mismo” y lo “otro” que, como tan magistralmente ha estudiado y demostrado Michel FOUCAULT, constituye la referencia y la guía de la episteme y del conocimiento, y que es, en definitiva, el criterio rector y determinante de todo posible “orden de las cosas”<sup>117</sup>. A excepción de la *analogía*, todas las demás “figuras de la semejanza” (epistemológicas) constituyen formas completamente arbitrarias de relacionar entre sí y de ligar cosas completamente diferentes y sin nada en común. La *convenientia* es la semejanza que se establece entre objetos diferentes solo por su “proximidad”, por ejemplo entre un ciervo y las hojas de los árboles que se le enredan en la cornamenta. La *aemulatio* es la semejanza que se establece entre objetos distintos, y además distantes, como “imitándose” los unos a los otros (*imitatio*), y así por ejemplo entre las estrellas del cielo y las luces de una gran ciudad divisada por la noche desde una cierta lejanía. La *analogía*, en cambio, es la semejanza que se establece entre objetos por la “identidad” de sus proporciones o de sus propiedades en referencia a algo determinado, como por ejemplo entre una tijera y un cortaúñas como instrumentos funcionalmente equivalentes para producir el “mismo” efecto del corte de uñas<sup>118</sup>. Así pues, debería verse como algo que desborda la evidencia, que la doctrina de la responsabilidad penal de las personas jurídicas no puede establecer ninguna semejanza ni paralelismo *jurídicos* entre la persona jurídica y la natural *per analogiam*, sino que por el contrario, todas las que liga y describe no pueden ser vistas más que como puras arbitrariedades propias de la *convenientia* o de la *aemulatio*. Sin embargo, y como ya demostrara Arthur KAUFMANN con una validez epistemológica hasta ahora no rebatida en lo más mínimo, únicamente *la analogía* es apropiada para la correcta construcción jurídica y para la producción de auténtico conocimiento jurídico, pues “sin concordancia, esto es, en la completa heterogeneidad y total falta de reciprocidad de las cosas, no existiría ninguna posibilidad de comparación ni, con esto, de conocimiento”<sup>119</sup>. Por otra parte, como advierte FOUCAULT “los enunciados diferentes

<sup>117</sup> Sobre ello véase FOUCAULT, Mots, 1966, *passim*, pero para lo dicho en el texto, basta con una lectura superficial del prefacio (pp. 7-16), y sobre todo pp. 32 ss.

<sup>118</sup> Sobre todas estas figuras de la semejanza, a la que aún habría que añadir la de la “simpatía”, véase FOUCAULT, Mots, 1966, pp. 32 ss.

<sup>119</sup> Véase Arthur KAUFMANN, *Analogie*<sup>2</sup>, 1982, *passim*, especialmente pp. 21 ss., y para la cita p. 22; véase también en el mismo sentido, y para el caso de la identidad entre acción y omisión, SCHÜNEMANN, *Unterlassungsdelikte*, 1971, p. 232, donde habla de la necesidad de que entre los términos a comparar — en su caso la acción y la omisión— exista una “comunidad” [sic.; identidad] previa; y en general, SCHÜNEMANN, *FS-Arthur Kaufmann*, 1993, pp. 312 s.; en el mismo sentido me he pronunciado también

en su forma, distintos en el tiempo, constituyen un conjunto si se refieren a un solo y mismo objeto”<sup>120</sup>, y por eso hace inmediatamente la importante observación de que los conjuntos de enunciados mismos no se refieren siempre al *mismo* objeto<sup>121</sup>. Que los enunciados de la doctrina de la responsabilidad de las personas jurídicas son unos que tienen a “otro” o a “otros” objetos completamente distintos y de diferente naturaleza que los que corresponden al *Derecho penal*, esto es algo tan evidente que no precisa aquí de ninguna argumentación.

c) Por otra parte, la premisa de que el legislador *pueda* crear libremente unos conceptos jurídicos de acción y de culpabilidad para la persona jurídica divergentes de los correspondientes a la persona natural es racionalmente indefendible desde cualquier punto de vista que se la mire. En primer lugar, tanto los legisladores que, como el español, han querido introducir una responsabilidad “penal” de las personas jurídicas y llamar “penas” a las consecuencias jurídicas aplicables a ellas, como —y esto es ya más grave— la doctrina que avala semejante extravío legislativo —extravío que lo es nada menos que con respecto al *Derecho*<sup>122</sup>—, incurren en un grosero y muy grave fraude de etiquetas en el sentido más serio y estrictamente riguroso de la expresión, y no en el distorsionado y frívolo con que se la utiliza en demasía. Un fraude de etiquetas se da cuando se llama a lo *mismo* de distinta manera, pero también cuando se emplea un único y *mismo* nombre para denominar a objetos completamente *diferentes*, y esto último precisamente es lo que sucede cuando se llaman acción y culpabilidad a los substratos reales de los que se pretende luego derivar una responsabilidad de la persona jurídica en el orden “penal” y en cualquiera otro orden “sancionador”, especialmente en el administrativo. Ya Francis BACON advirtió con carácter general sobre el pernicioso vicio de aplicar indiferentemente “un mismo y único nombre a cosas que no son de la misma naturaleza”<sup>123</sup>. En contra de la insostenible e inadmisibles habilitación que se

---

para la identidad entre la acción y la omisión, véase GRACIA MARTÍN, *Delitos*, 1993, pp. 78 ss.; el mismo, *Comisión por omisión* 1994, pp. 82 ss.; y más recientemente, el mismo, *Prólogo* 2013, pp. 23 ss.

<sup>120</sup> Véase FOUCAULT, *L'archéologie*, 1969, pp. 45 s. (para la cita, cfr. p. 45).

<sup>121</sup> Pues por ejemplo el objeto de los enunciados médicos de los siglos XVII y XVIII sobre la locura no es el mismo objeto que se dibuja a través de las sentencias jurídicas o de las medidas policíacas; y es que simplemente: “no son los mismos locos”; véase FOUCAULT, *L'archéologie*, 1969, pp. 45 s.

<sup>122</sup> Pues como en seguida razonaré, a una legislación que establezca la responsabilidad penal de las personas jurídicas no se le puede reconocer el carácter de *Derecho*, dado que ella no puede ser más que un producto de la arbitrariedad y porque ésta es incompatible con el *Derecho*.

<sup>123</sup> Véase el resumen que hace FOUCAULT del pensamiento de F. BACON en su *Novum organum* de 1620, del cual me parece necesario reproducir aquí algunos fragmentos del propio BACON y de la glosa de FOUCAULT sobre ellos. Según FOUCAULT, *Mots*, 1966, p. 65), la crítica de la semejanza en BACON concierne “a los tipos de espíritu y a las formas de ilusión a los que pueden estar sujetas”, de modo que no serían más que “los *ídolos de la caverna* y los del *teatro*” los que nos harían “creer que las cosas se

pretende reconocer y dar al legislador para formular unos conceptos de acción y de culpabilidad adaptados a la persona jurídica, advierte SCHÜNEMANN con toda la razón, y de un modo que no puede ser más contundente, sobre cómo ello daría lugar a una violación clara de la “prohibición de la arbitrariedad”, toda vez que de ésta forman parte “(1.) la prohibición de tratar igual a lo que es evidentemente desigual, y (2.) el respeto de las reglas de la Lógica, por encima de las cuales no está el legislador igual que César tampoco lo está por sobre las de la Gramática, y por cierto entendiendo aquí a la Lógica no en sentido formal, sino como los principios del habla conforme a la razón, los cuales se conculcan cuando se utiliza una y la misma expresión para dos objetos completamente diferentes”<sup>124</sup>. Si esto sucede, entonces tiene que ser evidente que el concepto que se dice estar aplicando ya no es *él mismo*, pues en tal caso el objeto material de su contenido está completamente ausente de la realidad, y por esto el que realmente se estará aplicando será “otro” completamente diferente que tendrá que tener también “otro” nombre propio y distinto<sup>125</sup>. Por esto, empeñarse en continuar llamando al concepto que *realmente* se está aplicando con el nombre del inexistente que se dice estar aplicando, supone terminar en un ostensible fraude de etiquetas, y en una violación de las reglas de la Lógica formal y material que dará lugar a graves confusiones lingüísticas y semánticas, las cuales, en definitiva, tendrán que llevar a graves errores del pensamiento y del conocimiento<sup>126</sup>, pues toda “contaminación semántica” induce a errores en el razonamiento (lógicos)<sup>127</sup> y en el conocimiento y comprensión de las cosas, porque si “la lengua es el medio no sólo de la Ciencia jurídica, sino también del Derecho mismo”, entonces “toda errónea nomenclatura es también un error sobre las

---

asemejan entre sí”, pues —y esta es cita textual de BACON, *loc. cit.*, pp. 65 s.— “el espíritu humano se inclina naturalmente a suponer en las cosas un orden y una semejanza mayores de los que en ellas se encuentran; y en tanto que la naturaleza está llena de excepciones y de diferencias, el espíritu ve por doquier armonía, acuerdo y similitud”. Pero esto —ahora según interpreta FOUCAULT, *loc. cit.*, p. 66— no son más que “*ídolos de la tribu*, ficciones espontáneas del espíritu” y “a ellos se añaden —efectos y a veces causas— las confusiones del lenguaje: un mismo y único nombre se aplica indiferentemente a cosas que no son de la misma naturaleza, son los *ídolos del foro*, y” —concluye FOUCAULT advirtiendo— “sólo la prudencia del espíritu puede disiparlos, si renuncia a su prisa y a su ligereza natural para hacerse ‘penetrante’ y percibir finalmente las diferencias propias de la naturaleza”. Puesto que lo transcrito es todo claridad y de la más diáfana, aquí huelga todo comentario o apostilla al respecto.

<sup>124</sup> Véase SCHÜNEMANN, ZIS, 1/2014, p. 4.

<sup>125</sup> Véase en este sentido SCHÜNEMANN, *Unterlassungsdelikte*, 1971, p. 37: “con dicha manipulación se mantendría la denominación, la expresión utilizada, pero se habría modificado el *concepto*” (cursivas del mismo autor).

<sup>126</sup> Así ya, y precisamente respecto de la doctrina de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, véase SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität*, 1979, pp. 234 s.; y más recientemente, el mismo, FS-Tiedemann, 2008, 431 ss.; el mismo, GA, 2013, p. 200; el mismo, ZIS, 1/2014, pp. 4, 8, 11, 12, 15, 16; en sentido similar véase ROBLES PLANAS, *Diario La Ley*, nº 7705, 29 Sep. 2011, pp. 7, 8 s., 12 s., 14 s.

<sup>127</sup> Véase SCHÜNEMANN, ZIS, 1/2014, p. 11 y también en *Verfassungswidrigkeit* 2014, p. 15.

cosas”<sup>128</sup>. En este sentido se pronuncia también Alejandro NIETO respecto de la pretensión de fundamentar la culpabilidad de la persona jurídica en el Derecho administrativo sancionador. Pues como observa el eximio administrativista español, todos los intentos de construir una culpabilidad de la persona jurídica se llevan a cabo eliminando algún elemento esencial del concepto de culpabilidad y haciéndole perder a éste toda substancia<sup>129</sup>. Pero así, dice con razón Alejandro NIETO, la culpabilidad “se ha desvanecido como el humo”<sup>130</sup> y entonces ya no hay razón alguna que permita hablar de la “culpabilidad”, porque —así lo explica con este símil de su genialidad— “si se suprimen los huevos de las tortillas para adaptarlas a un enfermo de colesterol, ya no será tortilla y habrá que ser más sincero y dar *otro nombre* al alimento que se le prepare”<sup>131</sup>.

d) La premisa de que el legislador podría configurar libremente unos conceptos de acción y de culpabilidad adaptados a la persona jurídica y divergentes de los correspondientes a la persona natural, es no sólo insostenible epistemológicamente, sino que también tiene que ser *política* y *jurídicamente* inadmisibles, pues un ejercicio por el legislador de semejante libertad daría lugar a una arbitrariedad completamente antijurídica porque ello supondría una clara violación del Derecho y de los límites que el Estado de Derecho impone al poder político<sup>132</sup>. Esta premisa es propia del más extremo positivismo jurídico, conforme al cual sería Derecho absolutamente *todo* lo que el poder decida que lo sea y así como tal lo imponga. El positivismo jurídico —al menos el extremo— es, sin embargo, incompatible con el *Derecho* mismo desde el momento en que con él éste queda entregado totalmente a la arbitrariedad del poder establecido<sup>133</sup>. En un Estado de *Derecho* empero es inadmisibles identificar al *Derecho* con la *legislación* emanada del poder establecido<sup>134</sup>. La legislación es ante todo un instrumento *político* de carácter técnico para la *concreción* del *Derecho* en los distintos ámbitos de relación y de la interacción sociales<sup>135</sup>. Sólo pueden ser reconocidas como

---

<sup>128</sup> Véase SCHÜNEMANN, ZIS, 1/2014, p. 15.

<sup>129</sup> Véase Alejandro NIETO, DAS<sup>5ª</sup> 2012, p. 416.

<sup>130</sup> Véase Alejandro NIETO, DAS<sup>5ª</sup> 2012, p. 398.

<sup>131</sup> Véase Alejandro NIETO, DAS<sup>5ª</sup> 2012, p. 416 (subrayado mío).

<sup>132</sup> Sobre la arbitrariedad como negación del Derecho por el poder público y sus distintos órganos, véase LEGAZ, Filosofía del Derecho<sup>4ª</sup>, 1975, pp. 651 ss.: “la arbitrariedad es, pues, la negación del Derecho como legalidad ... (y) presupone el concepto del Derecho” (p. 651).

<sup>133</sup> Véase en este sentido WELZEL, Introducción, 1977, p. 259.

<sup>134</sup> En este sentido, véase ZAFFARONI, PG<sup>2ª</sup>, 2002, pp. 4 ss.

<sup>135</sup> Cfr. sobre este complejo problema ENGISCH, Konkretisierung, 1953, *passim*, y ahora especialmente pp. 75 ss. y pp. 85 ss. Según ENGISCH “se da también concreción como determinación en el plano de la

Derecho las leyes que realmente determinan una verdadera y auténtica concreción de éste, pero no aquellas que, porque lo contradicen, son sólo por esto *antijurídicas*<sup>136</sup>. No es posible en este espacio abordar la compleja cuestión de adónde hay que ir para llegar al encuentro del Derecho. Para lo que aquí interesa debe bastar con dejar indicado que el *Derecho* en general, y el penal en particular, tiene que ser concebido, por así decirlo, como una “instancia superior” que proporciona los criterios materiales de justicia que han de operar como medida de enjuiciamiento de los actos del poder político, particularmente los del *legislador* penal<sup>137</sup>, y en virtud de los cuales tiene que determinarse si los mismos son realmente actos *de Derecho* o si son, por el contrario, algo distinto, es decir, actos de *no-Derecho*<sup>138</sup>, o para decirlo con ZAFFARONI, si son realmente actos del Estado de *Derecho* o si, por el contrario, no son más que actos *antijurídicos* de fuerza y de coacción del Estado de *policía*<sup>139</sup>. De este modo, el *Derecho* penal se tiene que concebir y entender como el conjunto de principios y de reglas que tienen que limitar y reducir el ejercicio del poder punitivo en todas sus manifestaciones, y puesto que la competencia para la formulación, desarrollo y concreción de dichos principios y reglas corresponde al “saber” jurídico-penal, el *Derecho* penal se tiene que identificar con la Ciencia o Dogmática jurídico-penal<sup>140</sup>, esto es, como dice WELZEL en

---

*legislación*, allí donde ‘ideas abstractas’ o ‘planes inconcretos’ pretendan alcanzar la ‘forma concreta’ de normas jurídicas” (p. 77).

<sup>136</sup> Véase en sentido parecido SCHÜNEMANN, *Unterlassungsdelikte*, 1971, p. 40: “el legislador se encuentra en cada etapa histórica ciertos *valores básicos* preexistentes, que surgen de las relaciones sociales y culturales sobre la base de un convencimiento común en la sociedad y, por tanto, a la postre, sobre la base de la naturaleza de las cosas. El catalizador reside aquí en la *evidencia* de estos valores, avalada por la convicción general. El respeto a estos valores básicos lo consideramos —enlazando aquí con MAIHOFFER— como condición previa para la validez de cualquier ley positiva, (y) para el *Derecho penal* de ahí se deduce sólo que las leyes penales que vulneran estos valores básicos ... *no alcanzan a crear Derecho*” (las últimas cursivas son mías, las demás del propio autor citado).

<sup>137</sup> Véase, en particular respecto de la relación entre Derecho y legislación, GARCÍA DE ENTERRÍA, *Curso I<sup>15</sup>*, 2011, p. 38: “el Derecho no es un producto de la ‘voluntad del Estado’, sino una función de la comunidad ... que nunca puede encerrarse en un catálogo cerrado de Leyes y de Reglamentos”. El art. 103.1 CE 1978 distingue claramente entre *ley* y *Derecho* como instancias a las que debe someterse la actividad de la Administración, y los arts. 1.1, 9.1 y 96.1 remiten al “ordenamiento jurídico”, es decir, al Derecho, como instancia superior a la que deben someterse todos los poderes públicos, y por tanto, también el legislador; véase GARCÍA DE ENTERRÍA, *Curso I<sup>15</sup>*, 2011, pp. 77 y 95; en el mismo sentido para la Ley Fundamental de Bonn, véase BENDA, *Estado social*, 2001, pp. 498 ss.

<sup>138</sup> Cfr. en sentido parecido, aunque desde una postura iusnaturalista que no comparto, WÜRTENBERGER, *Geistige Situation<sup>2</sup>*, 1959, pp. 26 ss., quien remite al valor de la dignidad del ser humano —y esto sí lo comparto sin reserva— como medida y punto de apoyo últimos para la determinación y configuración del *Derecho* como referencia y límite del poder y de la legislación positiva.

<sup>139</sup> Véase ZAFFARONI, *PG<sup>2</sup>* 2002, pp. 37 ss., 41 ss., 44 ss., y 101 ss.

<sup>140</sup> En este sentido véase amplia e insistentemente ZAFFARONI, *PG<sup>2</sup>* 2002., pp. 4 ss., 21 s., 28 ss., y 101 ss.; en sentido similar SCHÜNEMANN, *FS-Herzberg*, 2008, *passim*, donde enfatiza que la función social de la Ciencia del Derecho es “el control mediante la razón de la arbitrariedad de quienes ostentan el poder” (p. 40), y sostiene también que en relación con determinados principios, como por ejemplo el de protección de bienes jurídicos, la Dogmática jurídico-penal “incluso tiene que hacer las veces de la legislación” (p. 49).

general, con “la *explicación sistemática* de los principios jurídicos que se encuentran en la base de un orden jurídico o de algunas de sus partes; así, p. ej., ‘autonomía privada’ y ‘propiedad privada’, ‘culpa y pena’, ‘principio de escuchar a las dos partes’, ‘pluralismo de partidos’, ‘Estado de Derecho’, etc.”<sup>141</sup>. Frente a las fáciles tentaciones de ver en estas afirmaciones alguna suerte de perspectiva o de reminiscencia iusnaturalista, he de advertir que entenderlas así sería un craso e inaceptable error, pues a parte de que ya en otros lugares me he pronunciado decididamente contra todo iusnaturalismo y he defendido al método del finalismo de las infundadas filiaciones iusnaturalistas que se le quieren atribuir<sup>142</sup>, no reconozco a más Derecho que al *positivo*. A mi juicio, la fuente del Derecho (positivo) es el *contrato social*<sup>143</sup>, y el cometido de la Ciencia del Derecho es precisamente desarrollar por medio de la razón los contenidos generales y demasiado abstractos de sus estipulaciones, en principios y en reglas *concretos* para organizar la convivencia social y para limitar el ejercicio de todos los poderes políticos, especialmente el del punitivo, conforme *debe ser* en Derecho. Por lo demás, en el presente se debe partir de que muchos de los principios de Derecho se encuentran positivizados con fuerza vinculante en los instrumentos de Derecho internacional, sobre todo en los concernientes a los derechos humanos, así como también en las Constituciones políticas de los Estados que reconocen derechos fundamentales y derechos sociales y económicos de los individuos y de los grupos de individuos<sup>144</sup>. Los principios *nulla iniuria sine “actione”* y *nulla iniuria sine “culpa”* constituyen exigencias indeclinables de la ética republicana y del Estado de Derecho<sup>145</sup>. Ningún

---

<sup>141</sup> Así WELZEL, Introducción, 1971, p. 193, añadiendo que “la dogmática jurídica aísla los principios jurídicos implícitos en un orden jurídico, expone los diversos preceptos jurídicos como componentes o consecuencias de estos principios, y permite así entender el orden jurídico o sus partes como una estructura de sentido de carácter concreto con una determinada pretensión de verdad”; véase también ENGISCH, Konkretisierung, 1953, pp. 231 ss.

<sup>142</sup> Véase GRACIA MARTÍN, RECPC, 06-07 (2004), pp. 2-3 nota 6.

<sup>143</sup> Véase GRACIA MARTÍN, Fundamentos, 2006, pp. 215 ss., 224 ss.-; y más recientemente el mismo, GA, 6/2010, pp. 344 s. = RDPC, 3ª época (3) 2010, pp. 60 s.

<sup>144</sup> Véase, en este sentido, ZAFFARONI, PG<sup>2ª</sup>, 2002, p. 102, quien propone “la construcción del *tipo normativo de leyes penales constitucionalmente admitidas* (como instrumento que permita excluir por inconstitucionales las restantes)”, y para lo cual indica la necesidad de recurrir al Derecho constitucional y al Derecho internacional de los derechos humanos. Véase asimismo PAREDES CASTAÑÓN, Justificación, 2013, pp. 51 ss. Véase también el importante libro de Díez RIPOLLÉS, Racionalidad, 2003, *passim*, y especialmente, pp. 109-163, donde analiza los principios de la racionalidad *ética* de las leyes penales, que a mi juicio deben operar como los criterios de *juridicidad* y, por tanto, de *validez* de las leyes penales. Además, FERRAJOLI, Derecho y razón<sup>5ª</sup>, 2001, pp. 851 ss., y especialmente sobre el “derecho ilegítimo”, pp. 868 ss.; el mismo, Derechos y garantías<sup>2ª</sup> 2001, *passim*, y especialmente pp. 28 ss., y 152 ss.

<sup>145</sup> Véase en este sentido ZAFFARONI, PG<sup>2ª</sup>, 2002, pp. 399 ss. (para la acción), y 139 ss. (para la culpabilidad), y en particular para el concepto de acción p. 414, donde dice con razón que “el *nullum crimen sine conductu* reclama un concepto pretípico de acción que, por imperativo constitucional e internacional, debe imponerse incluso al poder criminalizante primario, pero si para construirlo se lo



concepto de acción y de culpabilidad *en el sentido del Derecho penal* que se elabore para la persona jurídica puede ser más que una invención cuyos contenidos no pueden tener lugar en el mundo de lo real en que tiene que operar e influir el Derecho<sup>146</sup>. Por esto, toda construcción de cualquier supuesto de hecho de responsabilidad “penal” de las personas jurídicas y toda previsión de consecuencias jurídicas “sancionadoras” para ellas no puede ser más que producto de la arbitrariedad incompatible con el Derecho y, por esto, *inconstitucional*. Frente a la creencia de NIETO MARTÍN, de que no pueda mantenerse “seriamente” que una decisión del legislador a favor de la imposición de sanciones a las personas jurídicas sea contraria a la Constitución<sup>147</sup>, hay que decir, pues, todo lo contrario, es decir, que la falta de “seriedad”, por falta de todo rigor dogmático y político, reside precisamente en la configuración de una más que evidentemente *inconstitucional* figura de responsabilidad *penal* de las personas jurídicas acompañada de *sanciones* para ellas<sup>148</sup>.

8. a) La imposible transformación de lo “otro” y “diferente” (la persona jurídica) en lo “mismo” de un ente completamente distinto (la persona natural), o el establecimiento también imposible de un paralelismo penal entre ambos, como pretende hacer la doctrina de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sólo puede intentarse, sin embargo, si se ignora o se pasa por alto y desprecia al *minimum minimorum* del saber jurídico válido y vigente sin la mínima duda<sup>149</sup> y si, por añadidura, se esquivo a toda crítica fundada en dicho saber, ignorándola y no entrando en debate

---

funda en los actos de criminalización primaria (los tipos legales), el refugio no será otra cosa que una jaula de leones”; véase además FERRAJOLI, *Derecho y razón*<sup>5</sup>, 2001, pp. 480 (para la acción) y pp. 487 (para la culpabilidad); DíEZ RIPOLLÉS, *Racionalidad*, 2003, pp. 147 s. (para la acción) y 152 ss. (para la culpabilidad); PAREDES CASTAÑÓN, *Justificación*, 2013, pp. 298 s. y 304 ss.

<sup>146</sup> Véase por todos ZAFFARONI, *PG*<sup>2</sup>, 2002, pp. 386 ss. en general, y en particular sobre los intentos de construir un concepto de acción para la persona jurídica, p. 428: “los argumentos que estos discursos punitivos ensayan no alcanzan a inhibir el peligro de una tesis que altera gravemente el concepto de acción y su función política limitante”.

<sup>147</sup> Véase NIETO MARTÍN, *Responsabilidad*, 2008, pp. 17 y 102 ss.

<sup>148</sup> Véase en este sentido SCHÜNEMANN, *ZIS*, 1/2014, pp. 8 ss. donde advierte que un supuesto de hecho legal de responsabilidad penal de las personas jurídicas podría ser inconstitucional por vulnerar los principios de igualdad y de proporcionalidad (pp. 8 s., 15 ss.), el derecho fundamental de asociación (pp. 9 s. y p. 16), el principio de culpabilidad (pp. 10 y 11), y en definitiva el principio del Estado de Derecho (pp. 17 ss.); véase en el mismo sentido, en relación con la regulación del art. 31 bis CP, ROBLES PLANAS, *Diario La Ley*, nº 7705, 29 Sep. 2011, pp. 13 ss., por suponer una clara vulneración del principio de culpabilidad; véase también MIR PUIG, *Bases constitucionales*, 2011, pp. 127 s.

<sup>149</sup> En el sentido que indica FOUCAULT, *Discurso*<sup>2</sup>, 1980, pp. 22 y 44, de que “bastantes textos importantes se oscurecen y desaparecen, y ciertos comentarios toman el lugar de los primeros” (p. 22), y así “los discursos deben ser tratados como prácticas discontinuas que se cruzan, a veces se yuxtaponen, pero que también *se ignoran o se excluyen*” (p. 44). En este sentido parece apuntar ROBLES PLANAS, *Diario La Ley*, nº 7705, 29 Sep. 2011, p. 15, al ver en la doctrina de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, con razón, “una involución monumental en nuestra cultura jurídica”.

con ella, es decir, no respondiendo ni a uno solo de los argumentos contrarios<sup>150</sup> o tratando de rebatirlos a partir de una irritante tergiversación de sus enunciados fundamentales o, como mucho, poniendo el acento sólo en aspectos absolutamente superficiales e irrelevantes de ellos. Y que el proceder de la doctrina favorable a una responsabilidad penal y sancionadora administrativa de las personas jurídicas es uno como el descrito, esto es algo que resulta comprobado con la mayor certeza mediante una mera y superficial mirada a sus productos y, en particular, con una mera observación de los procedimientos mediante los que aquellos son elaborados y derivados. Así lo han puesto de relieve con la mayor severidad y contundencia algunos de los más eximios juristas que se han pronunciado críticamente sobre los extravíos de dicha doctrina. Y así, respecto de lo primero —la ignorancia o el desprecio del saber jurídico válido— Alejandro NIETO, invocando la famosa frase de VON KIRCHMANN, advierte con razón que todo intento de fundamentar una culpabilidad de las personas jurídicas, solo puede emprenderse si se “envían a la papeleras bibliotecas enteras de literatura jurídica”<sup>151</sup> y si se ignoran los saberes jurídicos que proporcionan el Derecho civil y la teoría general del Derecho<sup>152</sup>. Y en efecto, sólo si se prescinde de estos saberes jurídicos, se pueden explicar ciertas afirmaciones absolutamente infundadas que, sólo a partir de presunciones o de suposiciones no contrastadas en lo más mínimo, los defensores de la responsabilidad penal de la persona jurídica atribuyen sin el menor empacho a aquellos saberes sin haber comprobado que éstos dicen más bien y categóricamente justo lo *contrario* de lo que se les atribuye.

b) Y así, por ejemplo, y con independencia ya de su intrínseca inconsistencia lógica, debida a la falacia del *quaternio terminorum* que encierra la deducción, es rechazable y absolutamente inadmisibles afirmar —como lo hacen entre otros ZUGALDÍA

---

<sup>150</sup> Al respecto, véase SCHÜNEMANN, en Constitución europea, 2006, pp. 151 s. donde critica en general a este modo de proceder de algunos sectores de la doctrina en el sentido de que, primero “el criterio siempre extendido en el common law y en aumento en el continente europeo, de que hay que centrarse en soluciones pragmáticas y dejar de lado las cuestiones teóricas, constituiría naturalmente la aniquilación de toda ciencia jurídica que se considere seriamente ciencia” (p. 151); y segundo, en relación con la extendida tendencia a “ignorar la crítica y posiciones de los opositores”, que “la ciencia jurídica no sólo vive, sino que consiste incluso en la discusión vívida mantenida con opositores y críticos de modo que quien merece reprimenda es ... en realidad quien se sustrae a ese debate, y no así sus críticos” (p. 152). No obstante, en lo que concierne al tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, debe reconocerse como una excepción a ese rechazable modo de proceder, sobre todo al trabajo valioso de GÓMEZ-JARA, pues este autor *sí* se ha tomado en serio a los argumentos contrarios, y ha tratado de rebatirlos, si bien a mi juicio infructuosamente; véase GÓMEZ-JARA Culpabilidad 2005, pp. 77, 82 ss., 109 ss., 118 ss., y 128 ss., quien advierte con razón que “representa un error considerable prescindir de las serias objeciones planteadas por la dogmática a la responsabilidad penal empresarial” (p. 77).

<sup>151</sup> Véase Alejandro NIETO, DAS<sup>5ª</sup> 2012, p. 404 s.

<sup>152</sup> Véase Alejandro NIETO, DAS<sup>5ª</sup> 2012, pp. 421 s.

y GÓMEZ TOMILLO— que dado que entre el Derecho penal y el sancionador administrativo no existen diferencias substanciales, y por esto ambos se rigen por los mismos principios, y dado que en el último se ha reconocido siempre y se reconoce la capacidad de la persona jurídica para cometer infracciones, de esto debería resultar que no tendría que haber ni la mínima dificultad para admitir a la persona jurídica como sujeto activo en el Derecho penal<sup>153</sup>. Sin embargo, sólo con una toma de razón superficial del estado del saber jurídico general y de las Dogmáticas civil y administrativa, salta a la vista que no sólo el Derecho sancionador administrativo, sino que tampoco el civil, reconocen a la persona jurídica ni capacidad de acción ni capacidad de culpabilidad, y que incluso existe una rigurosa doctrina debidamente documentada que pone en serias dudas que las consecuencias jurídicas que se aplican a la persona jurídica en el Derecho sancionador administrativo sean verdaderas sanciones. De esto me ocuparé de inmediato, pero antes veamos lo que dice al respecto la teoría general del Derecho que también es ignorada escandalosamente por la doctrina de la responsabilidad penal de la persona jurídica.

c) En la teoría general del Derecho, KELSEN no puede ser más claro y explícito. Según él, “no se puede negar en serio que actos y omisiones *sólo* pueden existir en relación con los *seres humanos*”, y “cuando se habla de actos y omisiones de una persona jurídica, se trata en realidad de actos y omisiones de *seres humanos*”<sup>154</sup>. Pero es que contra la opinión que afirma sin la menor comprobación ni verificación de lo afirmado, que podría hablarse de dos posibles modelos de responsabilidad de la persona jurídica, a saber: el de transferencia o imputación, y el de autorresponsabilidad, es decir, *¡por el hecho propio!*<sup>155</sup>, hay que oponer con la mayor contundencia que, como no podría ser de otro modo, absolutamente *todo* aquello por lo que se pueda hacer responder en algún sentido a una persona jurídica, no puede ser nunca, y sin ninguna

---

<sup>153</sup> Véase ZUGLADÍA, Responsabilidad, 2013, pp. 16 ss.: “admitida la posibilidad de sancionar a las personas jurídicas en el Derecho Administrativo sancionador, no existen verdaderos impedimentos dogmáticos para negar su responsabilidad penal” (p. 17); GÓMEZ TOMILLO, Introducción, 2010, p. 32: “si se acepta la unidad ontológica de infracciones administrativas y delitos, los criterios utilizados en ese marco jurídico pueden ser especialmente útiles ahora en Derecho penal”; en el mismo sentido, el mismo, Derecho sancionador 2008, pp. 377 s. En sentido parecido, también NIETO MARTÍN, Responsabilidad 2008, p. 17: “si estos principios [sic.: los del Derecho penal] son de aplicación ya a las sanciones administrativas que se imponen a las personas jurídicas, con más razón habrán de serlo a un hipotético régimen de responsabilidad penal”.

<sup>154</sup> Véase KELSEN, Teoría general, 1995, p. 114 (cursivas mías); KELSEN, Teoría pura, 1979, pp. 186 ss.

<sup>155</sup> Así, véase sólo ZUGALDÍA, Responsabilidad, 2013, pp. 64 ss.

excepción, nada más que algo jurídicamente *imputado*<sup>156</sup>, y además con la importante comprobación de que *nada* de lo que puede serle imputado a una persona jurídica tiene ni el mínimo parecido con una “acción” en el sentido del Derecho penal, por lo que llamar así a lo que se imputa a una persona jurídica no debiera ser visto más que como una señal de haberse alcanzado el clímax de la arbitrariedad en la construcción jurídica, de la contaminación semántica y de la violación de las reglas del habla racional<sup>157</sup>. Y así, como dice de nuevo KELSEN, “referir un acto de un individuo a la comunidad como orden personificado, es *imputar* dicho acto a la comunidad misma”, pero “ésta es, sin embargo, *otra* especie de imputación, *diferente* de aquella a que nos referimos al tratar el problema de la *imputabilidad* como capacidad jurídica de cometer un *acto violatorio*”<sup>158</sup>. No menos infundada es la afirmación de que la persona jurídica sea destinataria de normas jurídicas de conducta y que esto tenga que presuponer su capacidad de acción<sup>159</sup>. Pues también esto lo desmiente categóricamente la teoría general del Derecho. Como explica KELSEN, “al imponer deberes y conceder derechos a una persona jurídica, el ‘derecho del Estado’ u orden jurídico nacional, *regula la*

---

<sup>156</sup> Véase KELSEN, Teoría general, 1995, p. 125: “es este un caso de responsabilidad vicaria o indirecta”; según KELSEN (loc. cit., p. 82), la responsabilidad colectiva es *siempre* y sin excepción, absoluta, esto es, vicaria. En el mismo sentido ROBLES PLANAS, Diario La Ley nº 7705, 29 Sep. 2011, p. 5, advierte con razón que el llamado “modelo de la «culpabilidad propia» de la persona jurídica no es más que una variante refinada del modelo de la transferencia o de la atribución”; véase también ROBLES PLANAS, In Dret 2/2009, p. 5; y en el mismo sentido, BOLDOVA, EPC XXXIII (2013), pp. 232 s. y 237 s., al decir con razón del modelo —sólo así “llamado” y, por ello, “falso”— de autorresponsabilidad, que en él todo lo que “finalmente se imputa a la persona jurídica es ontológicamente ajeno a ella” (pp. 233); EL MISMO, en PG 2013, p. 335; véase también BOLDOVA/RUEDA, Personas jurídicas, pp. 277 y 287: “a la persona jurídica no se le puede atribuir la autoría directa del delito, así como tampoco la autoría mediata ni la coautoría” (p. 277), pues “su responsabilidad está basada en hechos ajenos” (p. 287).

<sup>157</sup> Véanse las descalificaciones de SCHÜNEMANN en este sentido, expuestas más atrás en IV.4.

<sup>158</sup> Véase KELSEN, Teoría general, 1995, p. 116 (cursivas mías).

<sup>159</sup> Así, véase ZUGALDÍA, Responsabilidad, 2013, pp. 61 s. Así, véase sólo ZUGALDÍA, Responsabilidad, 2013, pp. 61 s. El argumento original de que la capacidad de acción de la persona jurídica deriva de su condición de destinataria de normas de conducta es de TIEDEMANN, NJW 1988, pp. 1171 s.; en el mismo sentido, con remisión a TIEDEMANN, BRENDER, Verbandstäterschaft, pp. 117 ss.; asimismo — pero *inexplicablemente*— HIRSCH, Straffähigkeit, p. 10; también SCHROTH, Unternehmen, pp. 13 ss., defiende con otros argumentos que la persona jurídica es destinataria de normas de conducta, y asume su tesis VOGEL, StV 2012, p. 429; en la doctrina española, véase el alambicado y en todo caso rechazable intento de GÓMEZ-JARA, Culpabilidad 2005, pp. 126 ss. Véase mi detenida y documentada crítica de la tesis de TIEDEMANN, en el sentido de que la persona jurídica, de lo único que puede ser destinataria es de normas de valoración o de distribución, pero nunca de normas de determinación o de conducta, en GRACIA MARTÍN, Personas jurídicas, pp. 63 ss. Debe hacerse mención aquí, para rechazarla con la mayor contundencia, de la disparatada “ocurrencia” de GALÁN MUÑOZ, Persona jurídica 2012, pp. 535 ss., de inventar en un vacío de saber jurídico, es decir, sin la mínima referencia que la respalde, y por tanto extraer de la nada a una supuesta norma de conducta o de determinación “colectiva” de la que sería destinataria la persona jurídica misma, es decir, que obligaría ¡de forma colectiva! a todas las personas físicas con capacidad de decidir sobre la actividad de la jurídica (p. 535). Contra esto, además de la explicación de KELSEN que se expone en el texto, véase sólo, porque es suficientemente contundente, JAKOBS, FS Lüderssen 2002, p. 567: “en todo caso, la voluntad común, *per se*, no puede delinquir, pues primero debe pasar por *la cabeza del órgano*” —es decir, en todo caso por la de un *individuo*— “para mover su mano”.

*conducta de individuos*” y por esto, continúa KELSEN, “los que resultan de este modo obligados y facultados son los *individuos humanos* que obran como ‘órganos’ de la misma”, y en definitiva “declarar que el ‘derecho del Estado’ da a una persona jurídica derechos y deberes, no significa que *un ser diferente de los individuos humanos* resulte obligado o facultado; simplemente quiere decir que esos deberes y derechos se establecen indirectamente para ciertos *individuos*”<sup>160</sup>.

#### **IV. Equiparación de la persona jurídica y de la natural y negación de la capacidad de acción y de culpabilidad de la primera en la Dogmática del Derecho civil**

1. Pese a que todos los ordenamientos jurídicos, desde el romano hasta los de nuestros días, equiparan en algún sentido, y solo empero hasta ciertos límites y a determinados efectos<sup>161</sup>, a la llamada persona jurídica y a la natural o física en los órdenes del Derecho privado y del Derecho público<sup>162</sup>, también los juristas más autorizados y rigurosos de las Dogmáticas civil y administrativa niegan categóricamente la capacidad de acción y de culpabilidad de las personas jurídicas. Comencemos por la Dogmática civil. En ésta, como no podría ser de otro modo, se parte de que los substratos de la persona jurídica y de la natural no tienen ni un solo elemento estructural común en la esfera real u ontológica, es decir, en sus *seres existenciales tangibles*<sup>163</sup>. Por esta razón, como advierten mis grandes maestros civilistas LACRUZ BERDEJO y DELGADO ECHEVERRÍA, a las personas jurídicas “les faltan la conciencia y voluntad en sentido psicológico, y con eso la capacidad de autodeterminación”, ya que éstas son

<sup>160</sup> Véase KELSEN, *Teoría general*, 1995, pp. 117 s. (cursivas mías); véase además KELSEN, *Teoría pura*, 1975, pp. 185 s. Por esto, cuando se invoca el “defecto de organización” no se tiene en cuenta que éste no es más que un “estado” o “situación” —en ningún caso una “acción”— que resulta de la realización o de la omisión de acciones que infringen “normas de organización”, pero que tales acciones u omisiones solamente pueden realizarlas individuos humanos, y por esto destinatarios de normas de *determinación* a la organización de la persona jurídica son sólo individuos humanos y nunca ella misma; véase en este sentido sólo SCHÜNEMANN, *ZIS* 1/2014, pp. 4 s.; ROBLES PLANAS, *InDret* 2/2009, p. 5; y BOLDOVA, *EPC* XXXIII (2013), pp. 252 s. Sobre todo esto, con más detalle, cfr. *infra* VI. 3 y 4.

<sup>161</sup> Una limitación, por cierto, que resulta ya por sí misma de la condición no humana de la persona jurídica, y así por ejemplo, la persona natural y la jurídica pueden ser perfectamente equiparadas en derechos y en deberes subjetivos privados y públicos como, por ejemplo, en el derecho de propiedad o en el de edificación por medio de una licencia, y en los deberes de indemnización por el daño o tributarios, pero no podrían serlo en modo alguno en otros derechos como los de uso y habitación, de cursar una carrera universitaria o de obtener una licencia de conducción de vehículos a motor, ni en deberes como el de alimentos “entre parientes”, el de detener el vehículo ante una señal de parada o los de realizar u omitir acciones (humanas) respectivamente prohibidas u ordenadas, como matar o alimentar a un recién nacido; véase Federico DE CASTRO, *Persona jurídica*, 1981, p. 268; LACRUZ/DELGADO, *Elementos I-2<sup>o</sup>*, 2010, pp. 276 ss., y especialmente p. 279; en el mismo sentido, observa JAKOBS, *FS Lüderssen* 2002, pp. 561 ss. que “no todo lo que cabe para una persona natural, cabe para una jurídica” (p. 562).

<sup>162</sup> Sobre los inicios en el Derecho romano y la evolución, véase Federico DE CASTRO, *Persona jurídica*, 1981, pp. 138-175; y más resumidamente LACRUZ/DELGADO, *Elementos I-2<sup>o</sup>*, 2010, pp. 260 ss.

<sup>163</sup> Véase LACRUZ/DELGADO, *Elementos I-2<sup>o</sup>*, 2010, p. 267.

“facultades (exclusivamente) humanas que necesariamente han de tomar prestadas a hombres”<sup>164</sup>. Por esto, todas las semejanzas y todos los paralelismos que se han querido y que se quieran o quisieran hacer entre cualesquiera de los elementos esenciales de los substratos *reales* de ambas en la esfera ontológica, como por ejemplo —y prescindiendo ahora de lo nada afortunados que son<sup>165</sup>— entre los estatutos de la jurídica y el cerebro de la natural, y entre los órganos de la primera y los miembros corporales de la segunda<sup>166</sup>, no pueden ser comprendidos más que como puras *metáforas* con las que sólo puede pretenderse expresar unas ciertas semejanzas entre ambos tipos de personas. Estas “semejanzas”, sin embargo, serían unas que sólo podrían establecerse *per convenientia et aemulatio*, es decir, que en ningún caso podrían ser unas ligadas o sintetizadas con elementos estructurales *idénticos* —simplemente porque no existe ninguno— de unos objetos distintos y diferentes, que es precisamente lo que define y caracteriza a las semejanzas (identidades) propias de la *analogía*<sup>167</sup>, y que son, también precisamente, las que sirven de base a la construcción jurídica de conceptos y de supuestos de hecho<sup>168</sup>. Y es que la personalidad jurídica no se construye a partir de ningún dato ontológico estructural (constitutivo) del substrato existencial y tangible de los seres o de los entes a los que se les otorga, porque ella no es y no consiste en nada más que en una *pura* atribución de capacidad *jurídica* por el Derecho, es decir, no es más que el resultado de un puro recurso *técnico-jurídico*, por lo que, en este sentido, también la natural es una persona jurídica. La personalidad *jurídica* no es, pues, ninguna

---

<sup>164</sup> Véase LACRUZ/DELGADO, Elementos I-2<sup>o</sup>, 2010, p. 268. en sentido parecido, JAKOBS, FS Lüderssen 2002, pp. 563 s., habla de que es la persona natural la que “presta” a los elementos de la jurídica que *per se* no pueden participar en el tráfico jurídico —la masa patrimonial, la agrupación de personas misma— “la capacidad” para que aquellos elementos puedan hacerlo “como persona jurídica”.

<sup>165</sup> FERRARA calificó a la descripción antropomórfica de la persona jurídica por GIERKE como una “hipótesis fantástica de un artista del Derecho”; cita tomada de LACRUZ/DELGADO, Elementos I-2<sup>o</sup>, 2010, p. 267.

<sup>166</sup> Así, antes de su cambio de opinión al respecto, JAKOBS, AT<sup>2</sup>, 1991, p. 149, el nivelar en un supraconcepto de “sistema” a la persona física (mente y cuerpo) y a la jurídica (estatutos y órganos). En la doctrina del *common law*, se llega a asimilar a la persona jurídica con el cuerpo humano, viéndola como un ente dotado de cerebro y de centro nervioso representados por sus directivos y órganos que deciden y controlan todo lo que ella hace, y viendo así los conocimientos, la voluntad y los estados mentales de éstos como los propios de la persona jurídica, y como un ente dotado asimismo de brazos y de manos representados por los empleados subordinados que usan las herramientas para la ejecución de lo ordenado por el cerebro; véase ZAFFARONI, PG<sup>2</sup>, 2002, p. 427, con referencias.

<sup>167</sup> Sobre las “figuras de la semejanza” (epistemológicas), cfr. *supra* III.7 b).

<sup>168</sup> Véase Arthur KAUFMANN, Analogie<sup>2</sup>, 1982, *passim*, y especialmente pp. 18 ss., 29 ss., y p. 32, donde advierte sobre cómo no se comprende en su justa medida el concepto análogo de la persona jurídica cuando se supone que “su modo de ser sea el mismo que el de la persona natural y se deduce así su capacidad de acción, de honor y de delinquir”; véase también SCHÜNEMANN, Unterlassungsdelikte, 1971, pp. 229 ss., y especialmente pp. 231 ss., donde aplica de forma modélica el método análogo a la equiparación de la omisión a la acción; y con alcance general, véase SCHÜNEMANN, FS-Arthur Kaufmann, 1993, *passim*.

cualidad innata y natural del ser humano, sino una cualidad que éste solo adquiere en virtud de la *atribución* a él de la condición de sujeto jurídico por el Derecho<sup>169</sup>, esto es, de sujeto con capacidad jurídica plena<sup>170</sup>, o dicho de otro modo: solo es sujeto (jurídico) en virtud de la atribución jurídica de la capacidad para adquirir derechos y para contraer obligaciones; más allá de esto, la persona —toda persona, también la natural— no es nada más que un *objeto* del Derecho<sup>171</sup>.

2. De acuerdo con la conocida, nunca discutida y universalmente aceptada explicación de KELSEN, “la denominada persona física es, por lo tanto, no un hombre, sino la unidad personificada de las normas jurídicas que obligan y facultan a uno y el mismo hombre. No es una realidad natural, sino de una construcción jurídica creada por la ciencia del derecho, de un concepto auxiliar para la exposición de hechos jurídicamente relevantes”, y “*en este sentido*” —concluye KELSEN— “la llamada persona física es una persona *jurídica*”<sup>172</sup>. La denominación “persona *jurídica*” es en realidad un pleonasma, pues no hay más persona que la jurídica<sup>173</sup>. La persona es solo y nada más que un *centro de imputación objetiva* de efectos jurídicos conforme a criterios exclusivamente *normativos*; un centro de imputación de derechos y de obligaciones, de potestades, de expectativas, pero también de cargas, de riesgos, de daños y de perjuicios<sup>174</sup>. Esta desvinculación del concepto de persona de todo atributo o propiedad específicos del ser humano es la que hace posible reunir y unificar, es decir *equiparar* y abrazar en un mismo concepto de persona a realidades ontológicamente tan diversas

<sup>169</sup> Véase LACRUZ/DELGADO, Elementos I-2<sup>o</sup> 2010, p. 267.

<sup>170</sup> Véase H.J. WOLFF, Verwaltungsrecht I<sup>o</sup>, 1971, p. 196.

<sup>171</sup> Véase Armin KAUFMANN, Normentheorie, 1954, p. 127: en relación con el “deber” en el sentido de que algo “tiene que” tener lugar necesariamente en virtud de un juicio de valor previo (norma de valoración), como por ejemplo el pago de un impuesto cuando se dan los presupuestos de hecho de la obligación tributaria, “la persona es solamente objeto, y por cierto no sólo como parte del objeto de un juicio de valor —en este sentido siempre es objeto—, sino también como mero objeto de distribución del patrimonio”, de modo que “el hombre no es considerado aquí como un sujeto que actúa, sino como miembro de la relación de distribución de bienes”.

<sup>172</sup> Véase KELSEN, Teoría pura, 1979, p. 184 (cursivas mías); véase también KELSEN, Teoría general, 1995, pp. 111 ss.: “la persona física (o natural), como sujeto de deberes y derechos, no es el ser humano cuya conducta constituye el contenido de tales deberes y derechos, sino simplemente una personificación de esos derechos y deberes” (p. 111). El concepto de “persona” desvinculado del ser humano (individuo) que define JAKOBS —“destino de expectativas normativas correspondientes a roles”— no es ninguno distinto sino que, más allá de las variaciones lingüísticas y del contexto en que lo describe, es uno que substancialmente coincide con el de KELSEN y que, en todo caso, tiene la misma raíz; véase JAKOBS, Sociedad, 1996, pp. 30 s., 50, 53, 72 ss. y 80 ss.; véase además JAKOBS, Idea de la normativización, 2003, pp. 69 s.; EL MISMO, Obligación jurídica, pp. 18, 39, 47 s.; EL MISMO, FS Lüderssen 2002, pp. 560 s.; y también, siguiendo a JAKOBS, PAWLIK, GA 1998, p. 369.

<sup>173</sup> Véase KELSEN, Teoría general, 1995, p. 113.

<sup>174</sup> Véase, en este sentido, por ejemplo, H.J. WOLFF, Verwaltungsrecht I<sup>o</sup>, 1971, pp. 194, 201 ss.; LACRUZ/DELGADO Elementos I-2<sup>o</sup>, 2010, p. 259; GRACIA MARTÍN, Actuar I, 1985, p. 8; el mismo, Personas jurídicas 1996, p. 40.

como el ser humano individual y la agrupación de una pluralidad de éstos, e incluso a otros entes con substrato puramente patrimonial<sup>175</sup>, pero esto, por cierto, y hay que advertirlo ya, no a *todos*, sino *sólo* a los efectos para los cuales el concepto ha sido pensado y construido, pues como acertadamente advierte JAKOBS, “la persona jurídica, sólo porque sea persona, no tiene que ser persona *en todo sentido*”<sup>176</sup>, y teniendo en cuenta esto, “las personas jurídicas —comparables en esta medida a niños y a personas inimputables— son desde luego personas, pero precisamente *no son personas activas del Derecho penal*”<sup>177</sup>. La desvinculación del concepto de persona de todo atributo o propiedad específicamente humanos es lo que permite explicar sin complicaciones la equiparación jurídica de la persona natural y de la colectiva no sólo lógicamente, sino también *funcionalmente*. En definitiva, si el concepto de persona es uno desvinculado de —y para el que no cuentan para nada— los atributos y propiedades específicamente humanos, entonces nada obsta a que el mismo pueda comprender a entes desprovistos absolutamente de tales propiedades. Como advirtiera KELSEN, “si la llamada persona física es persona jurídica, no puede haber ninguna diferencia esencial entre ella y la que por regla general se considera exclusivamente como ‘jurídica’”<sup>178</sup>. Pero por esta razón, toda búsqueda de propiedades semejantes o análogas a las específicamente humanas en cualquier otro substrato distinto al del ser humano individual para poder fundamentar y explicar a partir de ellos la equiparación de ambos en el mismo concepto de persona (jurídica), no sólo es una tentativa absolutamente inidónea, sino que por lo dicho, únicamente puede verse como una búsqueda absolutamente innecesaria e inútil para la construcción jurídica del concepto de persona (jurídica) comprensivo con el mismo rango y a los mismos efectos tanto de la natural como a la colectiva<sup>179</sup>.

**3.** Que la equiparación (jurídica) de la persona jurídica a la natural no pueda tener lugar a partir de ni una sola propiedad existencial y tangible común a ambas, no significa, empero, que no quepa establecerla en absoluto. Esto será posible, pero sólo en la medida en que se identifiquen y sean sacados a la luz los datos o elementos de la realidad a partir de los cuales tiene que ser posible ligar una semejanza entre ellas que

---

<sup>175</sup> Así desde el Derecho romano fue objeto de discusión la posibilidad de atribuir personalidad jurídica a la herencia yacente (véase Federico DE CASTRO, *Persona jurídica*, 1981, pp. 177 ss.), y como advierten LACRUZ/DELGADO, *Elementos I-2<sup>o</sup>*, 2010, p. 259, “algunos entes, incluso, no están constituidos por un grupo, sino por una *obra*”, como sería el caso de “el hospital fundado por un testador que dejó sus bienes para construirlo y dotarlo”.

<sup>176</sup> Véase JAKOBS, FS Lüderssen 2002, p. 575.

<sup>177</sup> Véase JAKOBS, FS Lüderssen 2002, p. 566.

<sup>178</sup> Véase KELSEN, *Teoría general*, 1995, p. 113.

<sup>179</sup> Véase LACRUZ/DELGADO, *Elementos I-2<sup>o</sup>*, 2010, pp. 267 s.



permita ya su equiparación *per analogiam*, y que como queda dicho, tendrán que ser datos de naturaleza forzosamente distinta a la de las propiedades humanas existenciales (biopsíquicas). Para comenzar, debemos tener en cuenta que en el presente se pueden tener como superadas las visiones extremas de la persona jurídica como una ficción total o como un ente real “supraindividual” pretendidamente idéntico o similar a la persona natural y, aceptando con Federico DE CASTRO que la polémica entre las teorías de la ficción y de la realidad “se reduce de hecho a una querrela terminológica”<sup>180</sup>, entender que, como sostiene la doctrina mayoritaria actual, de la que son cualificados exponentes LACRUZ BERDEJO y DELGADO ECHEVERRÍA, “la persona jurídica, en suma, participa de la ficción y de la realidad”<sup>181</sup>. La persona jurídica es, por una parte, una figura o entelequia jurídica<sup>182</sup> y, en este sentido, una ficción jurídica, pero no se puede desconocer que, por otra parte, y como tan acertadamente advierten y dicen los civilistas últimamente citados, ella “contiene un substrato real” a partir del cual “aspira a funcionar con independencia y autodeterminación [autonomía] en el tráfico”, y por esto “debe encontrar en el ordenamiento los medios para ello”<sup>183</sup>. El *quid* preexistente de la persona jurídica es —como observan LACRUZ/DELGADO— “una realidad *sociológica*, compuesta por los miembros de la asociación, los órganos, el patrimonio, etc.”, y la puesta en funcionamiento de tal organización para la consecución de fines por medio de una actividad colectiva, es precisamente el dato real a partir del cual ya es posible establecer la semejanza de la persona jurídica con la natural, una semejanza “en cuanto ‘unidad de eficacia’; en cuanto factor activo en el acaecer social”<sup>184</sup>. De este modo la *analogía* entre la persona jurídica y la natural, a los efectos jurídicos, encuentra su fundamento, como advierte Federico DE CASTRO, recordando a FLORENTINO, sólo en el hecho de que la persona jurídica *funciona (fungitur)* en ciertas relaciones como una persona humana, y absolutamente en nada más<sup>185</sup>. Además, toda equiparación que puede hacerse de la persona jurídica y de la natural se agota con el “reconocimiento” por el Derecho de su aptitud para ser sujeto de derechos y de deberes y —para que

---

<sup>180</sup> Véase Federico DE CASTRO, *Persona jurídica*, 1981, p. 264.

<sup>181</sup> Véase LACRUZ/DELGADO, *Elementos I-2<sup>o</sup>*, 2010, p. 267.

<sup>182</sup> Véase Federico DE CASTRO, *Persona jurídica*, 1981, p. 264.

<sup>183</sup> Véase LACRUZ/DELGADO, *Elementos I-2<sup>o</sup>*, 2010, p. 267.

<sup>184</sup> Véase LACRUZ/DELGADO, *Elementos I-2<sup>o</sup>*, 2010, p. 268; véase también Federico DE CASTRO, *Persona jurídica*, 1981, p. 264; y para la doctrina alemana, véase LARENZ, *ATBR<sup>o</sup>*, 1983, p. 129; en sentido similar desde el punto de vista penal LUZÓN PEÑA, *LPG<sup>2o</sup>*, 2012, p. 152: “la personalidad y las actuaciones de éstas no son una pura ficción, sino que ciertamente responden a una realidad social”.

<sup>185</sup> Véase Federico DE CASTRO, *Persona jurídica*, 1981, p. 264, y en sentido parecido LACRUZ/DELGADO, *Elementos I-2<sup>o</sup>*, 2010, pp. 267 s.

pueda hacerla efectiva— en la translación *sólo* de la *subjetividad jurídica* de la segunda a la primera, y sin que quepa pensar como posible ninguna otra equiparación a partir de alguna otra —inexistente e imposible, y por esto sólo imaginada— similitud entre ambas<sup>186</sup>. En suma, y como se dice en la STC de 2 de junio de 1998, citada por LACRUZ/DELGADO<sup>187</sup>, las personas jurídicas “sólo pueden ser rectamente concebidas si se las conceptúa, con las precisiones que sea preciso efectuar en cada caso, como uno más de los *instrumentos* o de las técnicas que el Derecho y los ordenamientos jurídicos ponen al servicio de la persona para que pueda actuar en el tráfico jurídico y alcanzar variados fines de interés público o privado reconocidos por el propio ordenamiento”.

4. Determinados así tanto el fundamento como los límites de la equiparación y de la nivelación jurídicas de la persona jurídica a la natural —sólo en cuanto “sujetos de derecho”, y en nada más—, la cuestión que debe plantearse a continuación es la relativa a cómo la jurídica —en comparación y a semejanza de la natural— “actualiza” en la realidad la subjetividad jurídica que se le reconoce. Con esto se trata de determinar el modo en que la persona jurídica concreta y manifiesta su funcionamiento como factor activo en el acontecer social y el modo en que por medio de este funcionamiento produce efectos —y cuáles sean éstos— en tal acontecer, y en última instancia, determinar lo que tal vez sea más importante para el Derecho, a saber: las *consecuencias jurídicas* que, en tanto que *posibles*, puedan derivar de los efectos y del funcionamiento mismo de la persona jurídica que los produce, y que, por ello, podrán serle aplicadas a ella en cuanto sujeto de derecho, o dicho de otro modo: en cuanto “centro de imputación jurídica” o “sujeto jurídicamente imputable”. A este respecto, debe llamarse la atención acerca de la frecuente y, no obstante, muy grave confusión doctrinal de la persona jurídica con la “actividad” que ésta desarrolla, a su modo, por medio del funcionamiento de su organización en el tráfico y en las relaciones jurídicas, pues tal confusión, que es fuente de muy graves errores conceptuales y dogmáticos, alcanza cotas máximas en la doctrina jurídico penal cuando se habla en ella de la “persona jurídica” y de la “empresa” indistintamente, esto es, como si ambas realidades y sus correspondientes conceptos fueran lo mismo, y de tal modo que, en unos casos, se

---

<sup>186</sup> Véase LACRUZ/DELGADO, Elementos I-2<sup>o</sup>, 2010, pp. 267 s., y en sentido parecido Federico DE CASTRO, Persona jurídica, 1981, p. 264.

<sup>187</sup> Véase LACRUZ/DELGADO, Elementos I-2<sup>o</sup>, 2010, p. 268.

las mezcla, y en otros se intercambia a la una y a la otra<sup>188</sup>. Pues la persona jurídica es el *sujeto* jurídico titular de la organización y de la actividad que desarrolla en el tráfico jurídico y económico por medio del funcionamiento de su organización, mientras que la organización y la actividad mismas son, más bien, los “objetos” que se imputan a su subjetividad jurídica, los cuales, cuando tienen un sentido económico y una forma empresarial, se configuran ciertamente como “empresa”, siendo entonces precisamente ésta la que constituye el objeto que se imputa a la persona jurídica como sujeto de derecho y a los efectos jurídicos correspondientes<sup>189</sup>.

5. Ahora bien, dicho lo anterior, y a diferencia de lo que hace la doctrina de la responsabilidad penal de las personas jurídicas<sup>190</sup>, cuando se opta por un modo no arbitrario de construcción jurídica de conceptos, es decir, por uno que tome y respete los datos de la realidad del mundo en que se quiere operar y producir efectos por medio de ellos<sup>191</sup>, y que respete asimismo el *minimum minimorum* de los principios y de los

<sup>188</sup> Paradigmáticos al respecto los títulos de dos libros de GÓMEZ-JARA, *La culpabilidad penal de la empresa*, Marcial Pons, Madrid, 2005, y *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, IBdF, Montevideo/Buenos Aires, 2010.

<sup>189</sup> Véase, en este sentido, SCHÜNEMANN, ZIS, 1/2014, pp. 8 s.: “El titular de la empresa es el *sujeto jurídico* al que se imputa el conjunto socioeconómico del sistema de acción [operativo] ‘empresa’”, pudiendo ser aquél tanto una persona natural como una jurídica; ya antes, el mismo, en FS-Tiedemann 2008, pp. 439 s. (corchete mío).

<sup>190</sup> En el mismo sentido, contundentemente, SCHÜNEMANN, ZIS, 1/2014, pp. 4, 8 s.; véase también ZAFFARONI, PG<sup>2</sup>, 2002, pp. 426 s.; Alejandro NIETO, DAS<sup>5</sup> 2012, pp. 404 s. y 421 s.

<sup>191</sup> Los cuales deben incluir datos tanto ónticos como sociológicos, y naturalmente sin que quepa transformar a tales datos *eo ipso* en conceptos jurídicos. Como advierte ZAFFARONI, PG<sup>2</sup>, 2002, pp. 386 ss., la necesidad de respetar datos ónticos resulta ya de la aspiración a que se realicen en la realidad social los objetivos político-criminales en función de los cuales se construye el concepto jurídico, porque representaría “una incoherencia metodológica pretender esa construcción negando datos de esa misma realidad” (p. 386) y porque si “toda disciplina o saber se ocupa de un ámbito de la realidad y lo hace desde cierta perspectiva y con cierta intencionalidad, (entonces) no puede dejar de ser selectiva en cuanto a los datos que recoge para la elaboración de los conceptos”, ya que si dejara de hacerlo, entonces “caería en la ilusión o en la alucinación”, y esto “equivaldría a inventar el mundo mismo”, dando lugar a “un discurso desconcertante y desorientador, capaz de insertarse en cualquier marco más amplio de ocultamiento ideológico del mundo mismo, al servicio de cualquier objetivo político” (p. 387). Sobre la necesidad de tener en cuenta y de respetar también los datos *sociales* en la construcción de los conceptos jurídicos, véase ZAFFARONI PG<sup>2</sup>, 2002, pp. 22 ss., porque de lo contrario, se “terminaría creando una sociología falsa, con una realidad social ajena incluso a la experiencia cotidiana, una sociedad que funciona y personas que se comportan como no lo hacen ni podrían hacerlo” (p. 22), y porque a consecuencia de esto, se acabará proponiendo finalmente nada más que “la *ilusión de solución de gravísimos problemas sociales* que en la realidad no resuelve sino que, por el contrario, generalmente potencia” y, en definitiva, introduciendo un discurso cuyos efectos no son en absoluto inofensivos, “puesto que la ilusión de solución *neutraliza o paraliza la búsqueda de soluciones reales o eficaces*” (p. 24, las cursivas son del propio ZAFFARONI). Además, véase en sentido parecido SCHÜNEMANN, *Unterlassungsdelikte* 1971, pp. 36 ss.: “como en la formación jurídica de conceptos no se modifica la realidad misma, sino solo *sectores* de la realidad, los conceptos jurídicos deben formarse igualmente *ajustados a la realidad* (entendiéndose por realidad no sólo la psicofísica, sino también los datos socioculturales preexistentes propios del Derecho)”, y de tal modo que “la *consecuencia jurídica* se deduzca directamente de la *observación* del substrato” (p. 38, las cursivas son del propio SCHÜNEMANN). En el mismo sentido que los autores citados, véanse mis propias consideraciones en GRACIA MARTÍN,

enunciados jurídicos fundamentales que aún hoy conservan toda su validez<sup>192</sup>, tanto en la teoría general como en las específicas y diferentes ramas del Derecho<sup>193</sup>, y en particular en el Derecho civil, se comprueba fácilmente que también la Dogmática de éste sector jurídico, igual que la teoría general del Derecho, no ve ni en la adquisición de derechos subjetivos por la persona jurídica ni en todo aquello por lo que se la puede hacer responsable nada más que hechos *ajenos* —nunca *proprios*— que, por esto mismo, solo le pueden ser jurídicamente *imputados*. Es más, en el Derecho civil, lo que se imputa “objetivamente” a la persona jurídica no son nada más que los *efectos jurídicos* de la acción ajena de quien haya actuado válidamente como órgano o representante suyo<sup>194</sup>, pero en ningún caso se le imputa *la voluntad* —ni siquiera la *negocial*— del sujeto individual de la acción. Y así, como explican LACRUZ/DELGADO “no es concebible que los hombres que actúen por un ente moral anulen totalmente su propia personalidad”, pues “es evidente que sigue habiendo dos personas, una de las cuales actúa por la otra y en lugar suyo, y por consiguiente se entra en el ámbito de la *representación*”<sup>195</sup>. Ahora bien, como sostienen también los civilistas citados, en los negocios representativos —los concluidos entre el representante, en nombre del representado, con el tercero—, las voluntades del representado y del representante, aunque concurrentes ambas, en ningún caso se mezclan ni confunden, pues si bien en tales negocios una y otra se unen entre sí funcionalmente, esto en nada afecta al dato

---

Personas jurídicas, 1996, pp. 55 ss.: “un desconocimiento de los datos previamente dados que se destacan como esenciales para una regulación, sí impide que la regulación propuesta pueda alcanzar su fin, pues en tal caso se muestra objetivamente errónea, contradictoria e incompleta” (p. 56), y GRACIA MARTÍN, Fundamentos, 2006, pp. 79 ss.: “si la materia configurada por los datos ónticos emergentes ... fuera una que no se correspondiera con el objeto sobre el que se proyecta la regulación pretendida, entonces o no será ya posible llevar a cabo la regulación por falta de objeto, o bien será imposible que la misma pueda alcanzar su fin al ser aplicada a un objeto inapropiado” (p. 80). Sobre la frustración del fin de la regulación de una responsabilidad penal de las personas jurídicas como consecuencia de ser una construida sin respeto a los datos de la realidad, y sobre lo cual se volverá más adelante, véase ahora R. SCHMITT, FS Lange, 1976, p. 885; STRATENWERTH, FS R. Schmitt, 1992, pp. 300 ss.; SCHÜNEMANN, ZIS, 1/2014, pp. 14 s.

<sup>192</sup> Como ya se dijo, y ahora se insiste en ello, Alejandro NIETO, DAS<sup>5</sup> 2012, p. 404 s., advierte con razón e invocando la famosa frase de VON KIRCHMANN, que la fundamentación de una responsabilidad penal de las personas jurídicas solo puede tener lugar si se “envían a la papelera bibliotecas enteras de literatura jurídica” (p. 404).

<sup>193</sup> Así, respecto de la construcción de la “responsabilidad” de la persona jurídica en el ámbito del Derecho administrativo sancionador, véase el acertado criterio de Alejandro NIETO, DAS<sup>5</sup> 2012, pp. 421 s., quien apela para tal fin a los saberes jurídicos que proporcionan el Derecho civil y la teoría general del Derecho, y considera que aquí deben dejarse atrás “las aguas del Derecho penal” y adentrarse “en las de la responsabilidad civil” (p. 421).

<sup>194</sup> Véase LACRUZ/DELGADO, Elementos I-3<sup>3</sup>, 2005, p. 274; en sentido parecido, JAKOBS, FS Lüderssen 2002, pp. 562 s., advierte que lo que se imputa es sólo “la consecuencia jurídica”, como sucede por ejemplo en el caso del trabajo, en que lo único que se imputa al empresario es “la propiedad” (consecuencia jurídica) de la cosa elaborada por los trabajadores.

<sup>195</sup> Véase LACRUZ/DELGADO, Elementos I-2<sup>6</sup>, 2010, p. 281.

real de que ambas sean y permanezcan “autónomas desde el punto de vista estructural”, y en todo caso, en el negocio representativo, es el representante el que “aporta la voluntad de contenido” que es la “más ostensible”, porque es la “dirigida a determinar el contenido efectual del negocio”<sup>196</sup>, mientras que la presencia y la voluntad del representado son meramente virtuales, es decir, sólo están presentes en el modo de una *contemplatio domini*<sup>197</sup>. Más allá de la imputación de los efectos del negocio representativo, la persona jurídica está sujeta a una responsabilidad *civil* incluso por los daños causados por los hechos delictivos cometidos por sus órganos y por sus dependientes en general. Y así, por ejemplo, en el Derecho español, el art. 120.4º CP establece la responsabilidad civil de “las personas naturales o jurídicas dedicadas a cualquier género de industria o comercio, por los delitos o faltas que hayan cometido sus empleados o dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus obligaciones o servicios”<sup>198</sup>. Pero aún siendo esta responsabilidad de naturaleza *civil*, no hay duda de que, también en este orden jurídico, en ningún caso es una por el hecho propio, sino que se trata más bien de una responsabilidad de tipo *objetivo y por el hecho ajeno*<sup>199</sup> que en ningún caso tiene ni podría tener su *fundamento* ni en la voluntad de la acción ni en la culpabilidad mismas del autor del hecho<sup>200</sup>, las cuales en ningún caso son ni podrían ser imputadas a la persona jurídica, sino que lo tiene, como lo explica KELSEN, en la *relación jurídica* existente entre aquél y ésta, es decir, en una situación jurídica que se la mire por donde se la mire, en ningún caso puede identificarse con ningún concepto de acción ni con ninguno de culpabilidad en el sentido del Derecho penal<sup>201</sup>, y como queda dicho, una responsabilidad cuyo fundamento sean la relación o

<sup>196</sup> Véase LACRUZ/DELGADO, Elementos I-3<sup>3ª</sup>, 2005, p. 281.

<sup>197</sup> Véase LACRUZ/DELGADO, Elementos I-3<sup>3ª</sup>, 2005, p. 286.

<sup>198</sup> Reflexiónese sobre la identidad de contenido y de estructura de este precepto con los del art. 31 bis.

<sup>199</sup> Véase, por ejemplo, SANTOS BRIZ, Responsabilidad civil, 1970, pp. 331 ss., 361 ss. y 375 ss.; GRACIA MARTÍN, Responsabilidad, 1986, pp. 108 ss.; ALASTUEY, Tratado, 2006, pp. 635 ss.; LACRUZ/LUNA, Elementos I-2<sup>2ª</sup>, 1990, pp. 275 s.; LACRUZ/RIVERO, Elementos II-2<sup>4ª</sup>, 2009, pp. 502 ss.

<sup>200</sup> Lo que resulta obvio y palmario en el caso previsto en el art. 31 bis de la responsabilidad de la persona jurídica cuando no se ha identificado al autor del hecho o éste obró sin culpabilidad, lo cual es la prueba evidente de que por mucho que a dicha responsabilidad se la quiera denominar “penal”, materialmente no tiene ni puede tener otra naturaleza jurídica que no sean las de carácter *civil* o la *administrativo no sancionadora*; en el mismo sentido, véase ROBLES PLANAS, Diario La Ley, nº 7705 de 29 Sep. 2011, pp. 12 ss.

<sup>201</sup> Véase KELSEN, Teoría general, 1995, pp. 80 ss.: “el sujeto del deber jurídico, o legalmente obligado, es el capaz de obedecer o desobedecer la norma de derecho, es decir, aquel cuya conducta, en cuanto acto antijurídico, es condición de la sanción”, mientras que “*responsable* de tal acto es el individuo o son los individuos contra los cuales se dirige la sanción, aun cuando la condición para que la sanción se dirija contra él o contra ellos *no sea su conducta propia*, sino la *relación jurídica* que tienen con el autor” (pp. 80 s.); de este modo “cuando los miembros de una sociedad son responsables de un hecho antijurídico cometido por un órgano de la misma (...) *no es su conducta*, sino *su relación específica* con los autores del acto lo que constituye el supuesto de la sanción dirigida contra ellos” (p. 81); y en todo caso, “la

el vínculo existentes entre el sujeto responsable y el que realizó el hecho punible, no puede tener nunca naturaleza jurídico penal, sino exclusivamente civil o, en su caso, jurídico administrativa no sancionadora<sup>202</sup>.

## V. La negación de la capacidad de acción y de culpabilidad de la persona jurídica en la Dogmática del Derecho sancionador administrativo

1. Volviendo a la crítica de las opiniones de ZUGALDÍA y de GÓMEZ TOMILLO, que aquí se han seleccionado como representativas de las muchas que circulan por la doctrina penal con el mismo o parecido contenido, la afirmación de estos autores de que a la persona jurídica se le reconoce capacidad de acción y de culpabilidad en el Derecho sancionador administrativo, carece del mínimo fundamento, como resulta de un riguroso estudio y análisis de la mejor y más cualificada doctrina iusadministrativa, la cual por lo demás, y como debe ser desde el punto de vista científico, para nada se encuentra desligada de los saberes de la teoría general del Derecho y del Derecho civil. Es cierto que en el plano de la legislación, todos los ordenamientos jurídicos vienen admitiendo desde antiguo y establecen positivamente una responsabilidad de las personas jurídicas en el orden sancionador *administrativo*. Así, por ejemplo, en la legislación española, el art. 130.1 de la LRJAPPC establece con carácter y alcance generales para todo el ordenamiento jurídico sancionador administrativo que “podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las *personas físicas y jurídicas* que resulten responsables de los mismos”. Es cierto también que por *alguna* doctrina y por la jurisprudencia españolas se ha venido admitiendo desde antiguo la responsabilidad de las personas jurídicas en el ámbito de las infracciones administrativas<sup>203</sup>, pero ya no es cierto que tal postura sea unánime e indiscutida, y en

---

*responsabilidad* por un acto antijurídico cometido por *persona distinta del responsable nunca* puede basarse en la *culpa de éste*” (p. 82); además, véase KELSEN, Teoría pura, 1979, pp. 189 ss., y en el mismo sentido, y en concreto en relación con la responsabilidad civil del empresario, LACRUZ/RIVERO, Elementos II-2<sup>4</sup>, 2009, pp. 500 y 502 ss.

<sup>202</sup> Coincidiendo en negar la naturaleza penal de una responsabilidad con ese fundamento, véase JAKOBS, FS Lüderssen 2002, pp. 572 y 573 s., en cuya opinión, a mi juicio, se encuentran implícitas tesis kelsenianas. Por esto, me parece cuanto menos discutible la interpretación que desarrolla BACIGALUPO ZAPATER, Teorías 2005, pp. 52 s., en el sentido de que KELSEN admitiría una auténtica responsabilidad colectiva de carácter o naturaleza auténticamente “penal”; no obstante, hay que reconocer que KELSEN no sólo no es claro a este respecto, sino que en ocasiones incurre en claras contradicciones, como sucede precisamente en relación con su afirmación de que jurídicamente sería posible aplicar la pena privativa de libertad y la de muerte a todos los miembros de la organización, pues como acertadamente critica BACIGALUPO, loc. cit., p. 54, el mismo KELSEN tiene que admitir que tales penas sólo se pueden ejecutar sobre una persona *física*.

<sup>203</sup> Véase, por ejemplo, MONTORO PUERTO, Infracción, 1965, pp. 143 y ss.; GÓMEZ TOMILLO, Derecho sancionador, 2008, pp. 236 ss.; sobre la responsabilidad de la persona jurídica en el ámbito de las infracciones administrativas en el orden laboral véase, por ejemplo, DEL REY GUANTER, Potestad

mi opinión ni siquiera que sea la postura mayoritaria<sup>204</sup>. Por otro lado, dentro de la doctrina iusadministrativa que dice admitirla, las divergencias respecto a su fundamento y a su estructura jurídica son tan profundas e incompatibles conceptualmente, que permiten poner en duda que, al menos algunas de las opiniones que se manifiestan en principio como favorables tengan realmente este signo y no, más bien, el contrario si, más allá de la nomenclatura utilizada, se atiende a las construcciones dogmáticas y a los conceptos realmente formulados<sup>205</sup>. En todo caso, la doctrina iusadministrativa más rigurosa y más altamente cualificada, *niega* con la mayor contundencia la capacidad de acción y de culpabilidad de la persona jurídica también en ese orden sancionador. Por esta razón, el tratamiento de la cuestión de la responsabilidad penal de la persona jurídica no debe limitarse al campo de lo criminal, sino que debe extenderse también al de la sanción administrativa, pues en éste no sólo se plantea en idénticos términos que en aquél, sino que debe resolverse también de la misma manera. Esto es y debe ser así para todo el que, como es mi caso, entienda que *todo* Derecho *sancionador* sin una sola excepción, y en particular el llamado administrativo, tiene idéntica naturaleza que el penal criminal<sup>206</sup>, porque ambos son manifestaciones de un único y mismo poder punitivo (*Strafgewalt*) que es distinto del poder coercitivo (*Zwangsgewalt*)<sup>207</sup> en el sentido de la fructífera diferenciación de ambos que debemos a Otto MAYER<sup>208</sup>. Las sanciones administrativas deben estar sometidas a los mismos e idénticos principios y garantías de la penal criminal, y *sin la mínima flexibilización*, no sólo en razón de la *identidad* material entre ambas (y entre sus respectivos supuestos de hecho) y en razón de la identidad del *poder* que las aplica (*punitivo*)<sup>209</sup>, sino también por exigencias ético-

---

sancionadora, 1990, pp. 72 s., 130 ss., y la jurisprudencia de ese orden que cita especialmente en nota 123 de p. 72; GARCÍA BLASCO, *Infracciones*, 1989, pp. 57 ss.; y para el ámbito de la infracción tributaria administrativa, véase PÉREZ ROYO, *Delitos*, 1986, pp. 280 ss. y ZORNOZA, *Sistema*, 1992, pp. 181 ss.

<sup>204</sup> Véase sobre todo GRACIA MARTÍN, *Personas jurídicas*, 1986, pp. 45, 48 s., 69 ss.; el mismo, *Tratado*, 2006, pp. 546 ss. y 576 s.; el mismo, *Lecciones*<sup>4a</sup> 2012, pp. 216 ss.; FUSTER ASENCIO, *Procedimiento sancionador*, 2001, p. 106; NAVARRO CARDOSO, *Infracción administrativa*, 2001, p. 67; y en el mismo sentido, ROBLES PLANAS, *Diario La Ley*, nº 7705, 29 Sep. 2011, p. 8; en la doctrina peruana, véase en el mismo sentido MEINI MÉNDEZ, *Responsabilidad*, 1999, p. 141.

<sup>205</sup> Véase, por ejemplo, Alejandro NIETO, *DAS*<sup>5a</sup> 2012, pp. 421 ss.: “en algunas de sus manifestaciones el Derecho Administrativo Sancionador parece estar dejando atrás las aguas del Derecho penal y adentrándose en las de la *responsabilidad civil*” (loc. cit., p. 421, subrayado mío).

<sup>206</sup> Así la doctrina mayoritaria, véase por todos CEREZO MIR, *PG I*<sup>6a</sup>, 2004, pp. 56 ss.; por el contrario, en la doctrina iusadministrativa, entiende que el Derecho *administrativo* sancionador tiene autonomía y naturaleza distinta a la del penal, y que por ello debe regirse por otros principios, Alejandro NIETO, *DAS*<sup>5a</sup> 2012, pp. 30 ss., 55 ss., 122 s., y especialmente todo el Capítulo IV de esta magnífica obra, que se extiende desde p. 124 hasta p. 160.

<sup>207</sup> En el mismo sentido ZAFFARONI, *PG*<sup>2a</sup>, 2002, pp. 48 ss. y 214 ss.

<sup>208</sup> Véase Otto MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht I*<sup>3a</sup>, 1924, pp. 213 ss.

<sup>209</sup> En el mismo sentido ZAFFARONI, *PG*<sup>2a</sup>, 2002, pp. 18 ss., 25 ss., 38 ss., 44 ss., y 177 ss.

políticas y por la urgente necesidad de someter al Derecho el ejercicio de semejante poder —en mi opinión originariamente *judicial*— delegado en las autoridades y funcionarios de la Administración, toda vez que la realidad cotidiana nos prueba y demuestra que en éste ámbito el poder punitivo ha alcanzado un máximo y difícilmente superable grado de corrupción, y también que su ejercicio real se practica sin sujeción al Derecho de un modo completamente arbitrario y, en definitiva, *salvaje*, entendiendo esto en el sentido de no sujeción de hecho a ninguna regla<sup>210</sup>. Por todo esto, el estudio y el desarrollo doctrinales de la posible o imposible responsabilidad penal de las personas jurídicas compete en idéntica medida a penalistas y a iusadministrativistas.

2. Se la mire por donde se la mire, la interpretación que hace GÓMEZ TOMILLO del concepto de acción de ROXIN “como manifestación de la personalidad” para luego pretender fundamentar a partir de él la capacidad de acción de la persona jurídica es absolutamente contradictoria e insostenible<sup>211</sup>. Ya el mismo ROXIN rechaza la capacidad de acción de la persona jurídica a partir precisamente de su propio concepto porque “dado que les falta una substancia psíquico-espiritual, no pueden manifestarse a sí mismas”<sup>212</sup>. Pero dado que en la edición de la Parte General de ROXIN que cita GÓMEZ TOMILLO —la traducción de la 2ª edición alemana, de 1994—, aquél concluía su exposición de las opiniones favorables a la capacidad de acción de las personas jurídicas con la indicación de que habría “que esperar a ver como sigue evolucionando la discusión”<sup>213</sup>, el autor español cree poder deducir de esto que ROXIN dejó ahí la cuestión abierta en el sentido de que a la vista de tal evolución de la discusión, pudiera llegar a aceptar en el futuro la capacidad de acción de la persona jurídica<sup>214</sup>. Esta interpretación de GÓMEZ TOMILLO es, sin embargo, completamente desafortunada, pues no se ve cómo el concepto de “manifestación de la personalidad” de ROXIN podría asimilar a cualquier substrato carente de substancia psíquico-espiritual que pudiera ser propuesto por cualquier nuevo concepto de acción para la persona jurídica, como lo demuestra que en su última edición de 2006 ROXIN continúe rechazando por la misma razón, y sin ninguna variación, la incapacidad de acción de la persona jurídica, y que tras haber

---

<sup>210</sup> Sobre ello, en general, véase ZAFFARONI, PG<sup>2º</sup>, 2002, pp. 177 ss.; y en particular sobre el panorama del “Derecho” sancionador administrativo español y de su ejercicio cotidiano, véanse las ciertamente sobrecogedoras pero absolutamente realistas descripciones y estimaciones de Alejandro NIETO, DAS<sup>5º</sup> 2012, pp. 26 ss.

<sup>211</sup> Véase GÓMEZ TOMILLO, Introducción, 2010, pp. 47 s.

<sup>212</sup> Véase ROXIN, AT I<sup>4º</sup>, 2006, § 8 C nº 59, p. 262.

<sup>213</sup> Véase ROXIN, PG I<sup>2º</sup>, 1997, § 8 nº 56c *in fine*, p. 260.

<sup>214</sup> Véase GÓMEZ TOMILLO, Introducción, 2010, p. 48.



observado aquella evolución durante los 11 años transcurridos entre ambas ediciones, haya suprimido la invitación a esperar a la evolución de la discusión<sup>215</sup>. Por lo demás, que a partir de un concepto de acción como “manifestación de la personalidad” no es posible derivar ni explicar ninguna capacidad de acción de la persona jurídica, lo confirma ahora con razón LUZÓN PEÑA, al negar dicha capacidad con base en su muy similar concepto de acción como “manifestación externa activa o pasiva de una voluntad”<sup>216</sup>. Pero por otra parte, y esto es lo que interesa para la crítica que ahora estoy desarrollando, a GÓMEZ TOMILLO le sorprende<sup>217</sup>, y cree que es una contradicción, que pese a que ROXIN considera que existe una gran proximidad entre el Derecho penal y el sancionador administrativo, sostenga luego, sin embargo, que en el ámbito de las contravenciones sea posible aplicar “sanciones” sin necesidad de la concurrencia de una acción<sup>218</sup>. Sin embargo, ni hay motivo alguno para sorprenderse ni tampoco —esto aún menos— para ver contradicción alguna en la postura de ROXIN. En primer lugar, porque *Roxin* sostiene expresamente que la multa para personas jurídicas del § 30 OWiG no es más que una “consecuencia accesoria”<sup>219</sup>, y este tipo de consecuencias no tiene naturaleza ni finalidad propiamente “sancionadoras”, por lo cual la realización de una acción —aunque haya tenido lugar— no es elemento constitutivo del supuesto de hecho habilitante de su aplicación, porque éste no está constituido más que por estados o situaciones objetivamente contrarias a Derecho (enriquecimiento injusto, peligrosidad objetiva de la cosa, defecto de organización, etc.)<sup>220</sup>. Pero es que, en segundo lugar, si bien ROXIN no entra en detalles, su postura no sólo es plenamente acertada, sino que es también absolutamente coherente porque en realidad, como resulta del saber que proporcionan la teoría general del Derecho y las Dogmáticas del Derecho civil y del administrativo, al supuesto de hecho de la “responsabilidad” —y aquí por cierto tanto de la persona jurídica como de la física— no siempre pertenecen como elementos constitutivos ni la realización de una acción ni tampoco —esto aún menos— la

<sup>215</sup> Véase ROXIN, AT I<sup>4</sup> 2006, § 8 C n° 59, p. 262 y § 8 C n° 63, p. 263.

<sup>216</sup> Véase LUZÓN PEÑA, PG-Lecciones, 2ª ed., pp. 137 ss., y especialmente pp. 152 s.

<sup>217</sup> Véase GÓMEZ TOMILLO, Introducción, 2010, pp. 48 s. y nota 76.

<sup>218</sup> Véase ROXIN, AT I<sup>4</sup> 2006, § 2 O n° 133, p. 59 y § 8 C n° 60, p. 263.

<sup>219</sup> Véase ROXIN, AT I<sup>4</sup> 2006, § 8 C n° 60, p. 263.

<sup>220</sup> Sobre todo esto, véase ampliamente GRACIA MARTÍN, *Personas jurídicas*, 1996, pp. 69 ss.; el mismo, en *Tratado*, 2006, pp. 552 ss., 576 s. y 580 ss.; el mismo, en *Lecciones*<sup>4</sup> 2012, pp. 201 ss. y 216 ss.; y en sentido próximo ROBLES PLANAS, *Diario La Ley*, n° 7705, 29 Sep. 2011, pp. 8 s. y 12 ss. Véase también SCHÜNEMANN, ZIS 1/2014, p. 4, donde advierte que con la expresión de “culpabilidad por la organización” no se describe nada más que un “estado” de la organización, y en modo alguno una “infracción de la norma”; en el mismo sentido, véase BOLDOVA, EPC XXXIII (2013), p. 228 y EL MISMO, en PG 2013, p. 333, observando aquí con acierto que “la persona jurídica no realiza comportamientos, sino que presenta un *estado de cosas, una situación fáctica*” (cursiva mía).

culpabilidad del autor de la infracción. Con esto, paso ahora ya a desvirtuar definitivamente las infundadas opiniones de ZUGALDÍA y de GÓMEZ TOMILLO sobre el reconocimiento de la capacidad de acción y de culpabilidad de la persona jurídica en el Derecho sancionador administrativo.

3. En particular GÓMEZ TOMILLO, se decanta por rechazar a cierta doctrina iusadministrativa —y por cierto, la de mayor prestigio y rigor científicos— que niega la capacidad de culpabilidad de la persona jurídica también en el Derecho sancionador administrativo, y que considera consecuentemente que la responsabilidad de aquélla es una de tipo “objetivo”. Y la rechaza, por un lado, porque en su opinión, prescindir de la culpabilidad podría suponer una “inaceptable afección del principio de proporcionalidad” y podría también “plantear problemas desde el punto de vista del principio de igualdad”<sup>221</sup>, y por otro lado, porque así “se incidiría en una responsabilidad por el riesgo que tiene su fundamento en el ámbito del Derecho civil, pero que carece de sentido en un Derecho de carácter punitivo”<sup>222</sup>. Estos argumentos de GÓMEZ TOMILLO, sin embargo, son sumamente desafortunados. Los primeros porque como tan documentadamente ha demostrado SCHÜNEMANN, según ya se vio más atrás<sup>223</sup>, es precisamente la pretensión de fundamentar una acción, una culpabilidad y una pena para la persona jurídica lo que —justo al revés de lo que cree GÓMEZ TOMILLO— sí vulnera los principios de proporcionalidad e igualdad. De esto no puedo ocuparme aquí ahora. En cambio, sí voy a hacerlo, aunque sea brevemente, de la segunda de las razones esgrimidas por GÓMEZ TOMILLO, porque sin la menor duda tiene toda la razón cuando afirma que prescindir de la culpabilidad de la persona jurídica nos llevaría al *Derecho civil*, y porque esto es precisamente lo que sin la menor duda *debe ser*. Y si aquí sí que tiene GÓMEZ TOMILLO toda la razón es porque es evidente y cierto que eso sólo es lo que se puede hacer respecto de la persona jurídica, es decir: imputarle una responsabilidad de tipo “objetivo” estricta y exclusivamente *civil* —y en su caso, también administrativa “no sancionadora”—; porque como con una gracia no exenta de ironía y, en cualquier caso, de un modo que no dudo en calificar de “genial”, ha afirmado el magnífico y brillante joven colega Víctor GÓMEZ MARTÍN, “existen razones para creer que bajo la piel de lobo de la pena, la LO 5/2010 oculta, en realidad, en parte la *oveja* de una suerte de *responsabilidad civil derivada de delito* y, en parte, la de una

<sup>221</sup> Véase GÓMEZ TOMILLO, Introducción, 2010, p. 99.

<sup>222</sup> Véase GÓMEZ TOMILLO, Introducción, 2010, p. 100.

<sup>223</sup> Vid. *supra* nota 148.

especie de sistemas de *medidas de seguridad interdictivas* para sociedades peligrosas”<sup>224</sup>. Todo esto se explica bien si no se pasan por alto ciertos importantes conocimientos que proporciona el saber jurídico.

4. Partiendo de la premisa —es que no hay otra posible— de la absoluta imposibilidad de fundamentar la culpabilidad de las personas jurídicas<sup>225</sup>, advierte Alejandro NIETO que respecto de ellas el Derecho administrativo sancionador se vería en principio abocado a optar por estas tres alternativas: a) a no poder sancionar nunca a una persona jurídica<sup>226</sup>; b) a tener que “modular” el principio y el concepto de culpabilidad para poder así afirmar la concurrencia de ésta en la persona jurídica y poder así aplicarle la sanción sin violentar aquél principio<sup>227</sup>; y c) a negar la vigencia del principio de culpabilidad en éste ámbito sancionador, y a reconocer en consecuencia que en él rige un tipo de responsabilidad objetiva<sup>228</sup>. La primera de las alternativas no parece viable en absoluto, pues está en abierta contradicción con la legislación y con una inveterada y copiosa praxis jurídica que sanciona desde siempre a las personas jurídicas con base en dicha legislación<sup>229</sup>. Pero la segunda alternativa, que es por la que se ha decantado un sector de la doctrina y de la jurisprudencia, incluida la constitucional, es una que cuando se intenta poner en práctica agrava considerablemente el problema por la sencilla razón de que la misma es una de imposible realización. En efecto, ya que todas las “modulaciones” del concepto de culpabilidad que se han formulado por doctrina y jurisprudencia, y cualquiera otra que quisiera intentarse, en realidad no dan lugar más que a una completa aniquilación del concepto de culpabilidad<sup>230</sup>, pues por mucho que se quiera seguir llamando así a cualquiera de los resultados de la modulación, en ellos empero —en palabras de Alejandro NIETO— no cabe ver nada más que “juegos formales realizados por juristas habilidosos para,

<sup>224</sup> Véase GÓMEZ MARTÍN, *Falsa alarma*, 2012, p. 383 (cursivas mías).

<sup>225</sup> Véase Alejandro NIETO, *DAS*<sup>5ª</sup> 2012, pp. 391, 402.

<sup>226</sup> Véase Alejandro NIETO, *DAS*<sup>5ª</sup> 2012, pp. 393 y 414.

<sup>227</sup> Véase Alejandro NIETO, *DAS*<sup>5ª</sup> 2012, p. 393.

<sup>228</sup> Véase Alejandro NIETO, *DAS*<sup>5ª</sup> 2012, pp. 402 s., 415 s. y 418 ss.

<sup>229</sup> Véase Alejandro NIETO, *DAS*<sup>5ª</sup> 2012, pp. 395 ss. y 414.

<sup>230</sup> Véase Alejandro NIETO, *DAS*<sup>5ª</sup> 2012, p. 398, pues se recurre al “*deus ex machina* de la ‘modulación’ de la culpabilidad”, pero luego “a la hora de dar una explicación concreta de esta modulación, se da un salto funambulesco apoyándose en la cuerda floja de la ficción”, pues “si las personas jurídicas son entes de ficción nada más fácil que, a través de otra, imputarles la voluntad de sus agentes”, es decir, que “lo único que se hace —aquí viene el salto— es ‘trasladarla’ [*sic*] desde una persona física a una persona jurídica”, y así de tal modo que la culpabilidad “se ha desvanecido como el humo”.

respetando la letra de las normas, quebrantar su espíritu en un comportamiento hipócrita muy extendido en la vida del Derecho”<sup>231</sup>.

5. a) Descartadas, pues, las dos alternativas expuestas, Alejandro NIETO se decanta decididamente por la tercera, y llega a la conclusión de que en el tema que nos ocupa, optar por la “responsabilidad objetiva [sic. en el Derecho sancionador administrativo] no debiera, por tanto, escandalizar a nadie, pues no supone una agresión a una sociedad democrática, [sino que] antes al contrario, [supone] un robustecimiento efectivo del Estado social”<sup>232</sup>. Sin duda, ésta es, a mi juicio, la única vía posible y correcta para resolver la cuestión de la “responsabilidad” de la persona jurídica por la comisión de delitos e infracciones administrativas por las personas físicas que actúan para ella. Como indica el eximio administrativista español, “de lo que se trata, en definitiva, es de *llegar a la responsabilidad, no a través de la culpabilidad como es lo ordinario, sino a través de la capacidad de soportar la sanción*”, o bien, y para expresarlo “en términos deliberadamente simplistas, podría decirse, por tanto, que en estos casos responsable no es el culpable sino ‘el que puede pagar’”<sup>233</sup>. Pero — pregunta— “¿qué necesidad hay de hablar de culpabilidad —un fenómeno psíquico rigurosamente personal— cuando estamos ante una infracción cometida por una empresa?”<sup>234</sup>. A la vista de cómo está el panorama actual de la doctrina jurídica, no es de extrañar que Alejandro NIETO piense en que su propuesta de reconocer de plano y sin ambages una responsabilidad “objetiva” derivada de la comisión de infracciones penales y administrativas pueda ser tachada por algunos “de inadmisibles herejías constitucionales”<sup>235</sup>, y probablemente así sucederá. Sin embargo, frente a esto hay que decir que no sería precisamente a su tesis, sino que, al contrario, deberá ser a toda crítica que se haga de la misma desde la ignorancia o desde el desprecio del saber jurídico que proporcionan la teoría general del Derecho y las Dogmáticas de los Derechos privado y público, a lo que legítima y realmente *sí* se lo tendrá que tachar de herejía o de algo

<sup>231</sup> Véase Alejandro NIETO, DAS<sup>5ª</sup> 2012, 2012, pp. 393, 338, 402 y 427; donde habla del “atajo hipócrita de considerar que la inobservancia es una variante de imprudencia” (p. 338); literalmente de “los artilugios que está utilizando la jurisprudencia” (p. 402), y de que “con este sencillo artilugio ya tienen un culpable” (p. 427), refiriéndose aquí al artilugio de llamar culpabilidad a la *culpa in eligendo* y a la *in vigilando*, que como es sabido son conceptos de la responsabilidad civil objetiva que nada tienen que ver con la culpabilidad; sobre ello véase GRACIA MARTÍN, Responsabilidad, 1986, pp. 113 ss. y cfr. *supra* en III.4., las descalificaciones que dirige NIETO a todos los intentos de configurar un concepto de culpabilidad de la persona jurídica.

<sup>232</sup> Véase Alejandro NIETO, DAS<sup>5ª</sup> 2012, p. 425 (corchetes añadidos por mí).

<sup>233</sup> Véase Alejandro NIETO, DAS<sup>5ª</sup> 2012, p. 402.

<sup>234</sup> Véase Alejandro NIETO, DAS<sup>5ª</sup> 2012, p. 415, donde advierte sobre que exigir la culpabilidad de la persona jurídica lleva a “imputaciones arbitrarias” que fuerzan a “colgar a alguien el título de culpable”.

<sup>235</sup> Véase Alejandro NIETO, DAS<sup>5ª</sup> 2012, p. 426.

peor. Pues a mi juicio, en la construcción que propone Alejandro NIETO no debiera verse una de naturaleza *sancionadora*, sino más bien una plural con estructuras del Derecho *civil* y del *administrativo coercitivo* e incluso de las llamadas potestades administrativas ablatorias<sup>236</sup>, pues evocando de nuevo la graciosa y genial metáfora de Víctor GÓMEZ MARTÍN, más atrás expuesta, ninguna duda puede haber acerca de que las personas jurídicas —incluidas las naturales cuando no se las contempla como seres humanos, sino como “personas”— en ningún caso pueden ser ovejas expuestas a los lobos punitivos y sancionatorios, sino única y exclusivamente ovejas de una raza mixta civil y administrativa, que únicamente pueden morar y pastar en los rediles y en los prados del Derecho civil y del administrativo.

b) No veo claro cuál es la verdadera naturaleza jurídica que Alejandro NIETO atribuye a la responsabilidad de la persona jurídica<sup>237</sup>, pero sí —y esto es lo decisivo— que su tesis está sólidamente fundada en los saberes jurídicos que proporcionan la teoría general del Derecho y las Dogmáticas del Derecho privado y público, a los cuales remite de un modo expreso e inequívoco y con una llamada de atención acerca de que en este campo la estructura de la construcción jurídica es una de naturaleza más bien *civil* que *sancionadora* o *punitiva*<sup>238</sup>. Por otra parte, el eje de la construcción de Alejandro NIETO lo constituye la importante —pero tan ignorada— distinción de la teoría general del Derecho entre “culpabilidad” y “responsabilidad”<sup>239</sup>. “Esto que parece

---

<sup>236</sup> Como vengo sosteniendo desde hace años; véase GRACIA MARTÍN, Responsabilidad, 1986, pp. 103 ss.; véase además *supra* nota 220.

<sup>237</sup> Aunque en el desarrollo de su tesis Alejandro NIETO habla constantemente de “infracción” y de “sanción”, en algún momento, sin embargo, plantea la cuestión de si a la vista de los presupuestos y del régimen jurídico peculiares de algunas figuras de responsabilidad en el Derecho administrativo sancionador, podríamos estar en presencia de una “*difuminación de los conceptos estrictos de infracción y de sanción*”; véase Alejandro NIETO, DAS<sup>5ª</sup> 2012, p. 351.

<sup>238</sup> Véase Alejandro NIETO, DAS<sup>5ª</sup> 2012, pp. 421 s., donde apela a los saberes jurídicos que proporcionan el Derecho civil y la teoría general del Derecho, y considera que aquí deben dejarse atrás “las aguas del Derecho penal” y adentrarse “en las de la responsabilidad civil” (p. 421). De hecho, los títulos de imputación objetiva que menciona NIETO (loc. cit., p. 42), son de naturaleza civil: “a) *ex lege* (la propiedad del vehículo si no aparece el conductor infractor), b) *ex culpa* (*in vigilando, in eligendo, in conservando*), c) *ex contractu* (contrato de seguro de responsabilidad), d) *ex bono* (apropiación de los beneficios producidos por la infracción)”. Para la imputación objetiva en el Derecho civil, véase por ejemplo, LACRUZ/DELGADO, Elementos I-2<sup>ª</sup>, 2010, p. 280, quienes mencionan como títulos de imputación el principio *ubi commodum, ibi periculum*; en el mismo sentido, LACRUZ/RIVERO, Elementos II-2<sup>ª</sup>, 2009, pp. 499 s. y 503, quienes enumeran como fundamentos de la imputación objetiva la culpa *in vigilando, in eligendo, in educando*; el riesgo empresarial y el principio *cuius comoda, eius est periculum*; y para la imputación objetiva en el ámbito de la responsabilidad civil *ex delicto*, véase ALASTUEY, Tratado, 2006, pp. 633 ss., quien enumera como títulos de imputación objetiva la culpa *in vigilando* (p. 634), la *in eligendo* (p. 636), el principio *cuius comoda, eius incommoda* (p. 638) y la propiedad “susceptible de crear riesgos” (p. 640).

<sup>239</sup> Sobre ella, por ahora, véase Alejandro NIETO, DAS<sup>5ª</sup> 2012, pp. 414 ss. y especialmente pp. 421 s. El mismo valor y sentido jurídicos tiene la distinción entre “deuda” y “responsabilidad”; véase al respecto Díez PICAZO, Fundamentos, 1970, 329 s.

tan elemental a los juristas” —dice— “se pasa por alto en el Derecho Administrativo Sancionador, cuyo error consiste en no acertar a separar las figuras de autoría y responsabilidad”<sup>240</sup>. Conforme a esta distinción básica en la teoría general del Derecho, por diversas razones puede ser que el autor de una infracción no sea responsable, mientras que, a la inversa, es posible hacer responsable a un sujeto que ni siquiera haya realizado la infracción ni haya participado en ella. Ahora bien, debería estar fuera de toda duda que una estructura o figura de responsabilidad de esta clase sólo puede tener una naturaleza civil o administrativa, y en modo alguno una de carácter sancionador. Con esto, sin embargo, a GÓMEZ TOMILLO, no le quedan otras salidas que o bien la de aceptar lo que él parece querer rechazar y evitar, es decir, que como no puede ser de otro modo, aquí estamos ante una responsabilidad objetiva inequívocamente civil, o bien, si quiere poder continuar afirmando una culpabilidad de la persona jurídica, desvirtuar con argumentos científicamente rigurosos a esta importante distinción entre culpabilidad y responsabilidad en el sentido expuesto, y en el que, para terminar, se desarrolla a continuación.

## VI. Acción (infracción), culpabilidad y responsabilidad

1. Efectivamente, como ha dicho Alejandro NIETO, es un error muy grave ignorar o pasar por alto la fundamental distinción entre “culpabilidad” y “responsabilidad”, formulada en primera instancia por la teoría general del Derecho<sup>241</sup>, y aceptada y normalmente operativa en diferentes ámbitos jurídicos específicos<sup>242</sup>. Mientras que el término “responsabilidad” es multívoco y remite en concreto a significados jurídicos muy distintos y variados<sup>243</sup>, el concepto de “culpabilidad” tiene un significado relativamente preciso y unívoco. Sea cual sea la concepción o la teoría que se sustente

<sup>240</sup> En este sentido Alejandro NIETO, DAS<sup>5</sup> 2012, p. 422.

<sup>241</sup> Sobre ella, véase extensamente la brillante construcción y exposición de KELSEN, Teoría general, 1995, pp. 75 ss.; véase también NINO Introducción<sup>2</sup> 1984, pp. 184 ss.

<sup>242</sup> Así, en el Derecho francés goza de una gran tradición la figura denominada como *responsabilité pénale du fait d'autrui*, también llamada *responsabilité du chef d'entreprise*, la cual, pese a su denominación, y según la doctrina francesa, no es más que una clase de responsabilidad *civil* del jefe o del encargado de la empresa que opera como garantía de la ejecución de la pena de multa impuesta al autor material de la infracción; véanse los clásicos trabajos de BONNARD, *Infractions intentionnelles*, 1978, pp. 12 ss. y CARTIER, *Responsabilité du chef d'entreprise*, 1977, pp. 46 s. Lo mismo cabe decir respecto de la llamada *responsabilità per fatto altrui* del Derecho italiano; véase el clásico trabajo de Pettoello MANTOVANI, *Responsabilità per fatto altrui*, 1962, pp. 23 y 51 ss. Sobre estas figuras, véase GRACIA MARTÍN, *Actuar I*, 1985, pp. 49 ss. A este modelo de responsabilidad respondía el deber de pago de la multa impuesta al autor por la persona jurídica, que establecía el derogado apartado 2 del art. 31 CP; véase al respecto, GRACIA MARTÍN, *Diccionario*, 2008, pp. 818 ss.; en el mismo sentido ALASTUEY, *Tratado*, 2006, pp. 632 s.; también Silva SÁNCHEZ/ORTIZ DE URBINA, *InDret*, 2/2006, pp. 11 s. y 20 ss.

<sup>243</sup> Sobre la amplitud de significados del término “responsabilidad”, véase por ejemplo NINO, *Introducción*<sup>2</sup>, 1984, pp. 184 ss.

sobre ella, la idea de culpabilidad remite siempre, desde el momento inicial en que se piensa, hasta el último en que se comprueba y verifica su presencia, a un juicio, ya sea éste descriptivo o normativo, sobre un sujeto humano individual<sup>244</sup> a causa de algo

---

<sup>244</sup> A la vista de que el concepto de culpabilidad basado en el poder actuar de otro modo ha sido sumamente cuestionado, y de que la doctrina crítica con dicho concepto ha recurrido a “otros” criterios para fundamentarla y explicarla, GÓMEZ-JARA, *Culpabilidad*, 2005, pp. 83 s., afirma y pretende hacer valer que la fundamentación de una culpabilidad de la persona jurídica —para él de la empresa— mediante el recurso también a “otros” argumentos distintos del poder actuar de otro modo no daría lugar ni a una vulneración del concepto penal de culpabilidad ni a la “invención” de un nuevo fundamento porque —según él— lo que de tal modo se estaría haciendo sería precisamente seguir “*el mismo camino* emprendido por numerosos autores respecto de la culpabilidad individual” (las cursivas y el paréntesis son míos). Pero esta afirmación de GÓMEZ-JARA no puede convencer, pues es evidente que la totalidad de los criterios alternativos al poder actuar de otro modo que proponen los penalistas críticos como reemplazo de éste en la base de la culpabilidad o en la de su equivalente como fundamento de la pena, son criterios que, ya sean descriptivos, ya sean valorativos, tienen en todo caso por objeto a alguna condición, facultad o propiedad exclusivamente *humanas*, como por ejemplo, y dada la evidencia de ello, sin que sea preciso abundar aquí con un prolijo listado de referencias, sucede con el criterio de la “motivabilidad” por la amenaza de la pena formulado por GIMBERNAT, *Estudios*<sup>31</sup>, 1990, pp. 175 ss., o con el de la “capacidad de motivación normal por las normas jurídicas”, de MIR PUIG, *Estado social*, 1994, pp. 85 ss. y *PG*<sup>9</sup> 2011, pp. 547 ss. Por esto, contra lo que pretende GÓMEZ-JARA, hay que decir que todo concepto de culpabilidad o de su equivalente como fundamento de la pena, que no remita *en todo caso* a un substrato humano individual, *sí* es uno completamente “inventado” y, por lo tanto, uno que *sí* vulnera el concepto penal de culpabilidad, o el de su equivalente incluso en el caso de que el criterio rector que lleve a la formulación de tal equivalente sea uno distinto y alternativo al poder actuar de otro modo (motivabilidad, capacidad de motivación normal, etc.). Por otra parte, GÓMEZ-JARA, *Culpabilidad*, 2005, pp. 85 s., quiere fundamentar el concepto de culpabilidad con argumentos vinculados a un entendimiento concreto de la “prevención general positiva”, y así fundamentar también la culpabilidad de la empresa por la “compatibilidad de la organización empresarial con dicho fundamento” (p. 86). Pero tampoco puede aceptarse como “culpabilidad” lo que así llega a formular y a “denominar” como tal GÓMEZ-JARA. Aunque resulta ciertamente muy difícil identificar cuál sea ese entendimiento concreto de la prevención general positiva del que dice derivar la “culpabilidad” de la empresa (véase la sucinta exposición que hace en *Culpabilidad* 2005, pp. 296 ss.), no hay motivo alguno para poner en duda que GÓMEZ-JARA tenga algún criterio en virtud del cual pueda establecer algún vínculo entre la “organización empresarial” y su concreto entendimiento de la “prevención general positiva”, pero sea cual sea dicho criterio, lo que sí puede y debe, al menos, ser puesto en duda es —a mi juicio, debe negarse rotundamente— que lo que GÓMEZ-JARA construye y quiere presentar como culpabilidad y con este mismo nombre sea un concepto cuyo substrato tenga la substancia de la “culpabilidad”. Ciertamente, los límites de este espacio hacen imposible toda argumentación detallada al respecto, pero para negarle todo carácter de “culpabilidad” a la “libertad de organización de la empresa”, que GÓMEZ-JARA (lug. cit. pp. 278 ss.) presenta como el “equivalente funcional” de aquélla, y así como fundamento de la pena para la persona jurídica (la empresa), me parece suficiente la siguiente argumentación de carácter lógico-abstracto. GÓMEZ-JARA parte de la premisa de que el sujeto jurídico-penal sería en todo y en cualquier caso la “persona” comprensiva tanto de la jurídica como de la física, es decir, un sujeto con substrato carente de toda propiedad humana porque todas se han abstraído de él (lug. cit., pp. 219 ss.), y si esto es así, de aquí tiene que resultar que aquella libertad de organización ya no debe poder ser entendida más que como una abstracción asimismo desvinculada de toda propiedad humana. Pero entonces, debería estar claro que una libertad de organización como esta ya no puede presentarse ni como culpabilidad ni tampoco como “equivalente funcional” de ésta. De “equivalente” funcional se puede hablar solo respecto de un objeto que, cuando se lo coloca en el lugar de “otro distinto”, tiene la capacidad de producir el mismo efecto que éste, y por esto se trata en realidad de un “sustitutivo” funcional, mientras que sería absurdo y carecería de sentido establecer una “equivalencia” funcional entre dos concreciones singulares de un “mismo” objeto: así la firma electrónica es un equivalente funcional de la autógrafa, pero sería absurdo llamar equivalente funcional de una firma autógrafa estampada a bolígrafo a otra también autógrafa pero estampada a pluma estilográfica. Pues bien, si aquella abstracta libertad de organización se predica de la “persona”, tendrá que ser la “misma” para la persona jurídica y para la natural, pero entonces ya no puede presentarse como un dato de la persona jurídica que sea equivalente funcional de algún otro distinto de la persona física. Dicho de otro modo: lo que hace GÓMEZ-JARA es vaciar completamente la culpabilidad de

hecho *por él mismo* o que está presente *en él mismo* y *porque* las condiciones y la razones del juicio están dadas también *en él mismo*<sup>245</sup>; en fin, de todos los aspectos y matices de la culpabilidad, el que aquí interesa destacar es que ella está ligada de modo esencial e indisoluble a la *autoría del hecho propio* y, por consiguiente, que no es concebible —y si lo fuera sería absolutamente inadmisibile— una culpabilidad de nadie por el hecho realizado por un sujeto distinto<sup>246</sup>; de aquí deriva *eo ipso* que la consecuencia jurídica con que puede responderse a la culpabilidad —la pena— tiene que ser forzosamente *personal*, es decir, que sólo puede aplicarse al *autor* del hecho que él mismo, y sólo él, ha realizado culpablemente<sup>247</sup>.

2. De los diferentes significados que tiene el término “responsabilidad”, interesa aquí el de “responder” de las posibles “consecuencias” de un hecho, entre las cuales hay que contar incluso el cumplimiento o satisfacción de la sanción. En este sentido, responsabilidad significa hacerse cargo y soportar sobre sí mismo las consecuencias de un hecho; en relación con los hechos ilícitos, responsable es aquél “que ‘responde’ de las consecuencias del ilícito (en primer término una sanción administrativa)”<sup>248</sup>. Mientras que la culpabilidad, como se ha dicho, va siempre ligada al autor del hecho, la

---

la persona física para así poder luego configurar un equivalente funcional para la persona jurídica, pero tal equivalente ya no puede serlo de la “culpabilidad” de la persona física, sino de lo que ha quedado de ésta después de haberlo vaciado. Pues si la pena se fundamenta en un concepto de imputación a la persona fundamentado en esa abstracta libertad de organización desvinculada de toda propiedad humana, entonces se destruye o se prescinde por completo del concepto de “culpabilidad” ya respecto de la persona natural (en sentido similar, véase sólo ROXIN AT I<sup>4</sup> 2006 p. 867 n° 35, quien dice sobre las concepciones de la culpabilidad fundadas en teorías sistémicas que: “así se deja al arbitrio del legislador o del juez y en una vacilante inseguridad lo que haya que entender por culpabilidad”), y resulta absurdo buscar un ya completamente innecesario e inútil equivalente funcional de la culpabilidad para la persona jurídica. Mas allá de esto, aún hay que decir que el concepto de “equivalente funcional” ni mucho menos remite siempre a una auténtica semejanza ni analogía de los términos que se completan como “equivalentes”. Cuando se dice que algo es un equivalente funcional de otro algo, para nada se dice con ello ni que los términos equivalentes sean ni siquiera parecidos, ni que los efectos que produce cada uno de dichos términos “equivalentes” sean los mismos, sino que pueden ser completamente distintos. Y así, culpabilidad y peligrosidad son conceptos completamente distintos que producen también consecuencias distintas, pero nada impide afirmar que la peligrosidad es a la medida de seguridad, lo que la culpabilidad es a la pena, es decir, que una y otra tienen y cumplen la misma *función* de *fundamentar* y de ser *presupuesto* cada una de *su* respectiva, singular y diferente consecuencia; sobre esto, llamando la atención sobre los peligros políticos de los equivalentes funcionales que no tienen nada en común con el objeto respecto del cual se lo quiere presentar como “equivalente”, y en particular para el caso mencionado de la equivalencia funcional de la culpabilidad con respecto a la peligrosidad, véase ZAFFARONI PG<sup>2</sup> 2002, pp. 659 s.

<sup>245</sup> Así también JAKOBS, FS Lüderssen 2002, p. 566: “todos los hechos culpables son hechos propios de los que en ellos participan”.

<sup>246</sup> Véase KELSEN, Teoría general, 1995, p. 82: “la responsabilidad por un acto antijurídico cometido por una persona distinta del responsable nunca puede basarse en la culpa de éste”, y en el mismo sentido JAKOBS, FS Lüderssen 2002, p. 565.

<sup>247</sup> Véase, por ejemplo, MIR PUIG, REPC, 06-01 (2004), p. 9: “el principio de personalidad de la pena es también consecuencia del principio de culpabilidad: solo puede imponerse una pena al culpable del hecho”.

<sup>248</sup> Véase Alejandro NIETO, DAS<sup>5</sup> 2012, p. 426.



responsabilidad por las consecuencias puede recaer en un sujeto distinto y que ni siquiera haya participado en el hecho<sup>249</sup>. La culpabilidad se contrae siempre al hecho propio y es subjetiva o personal, pero la responsabilidad puede ser objetiva y por el hecho de otro<sup>250</sup>. De acuerdo con lo dicho hasta aquí, substrato de la culpabilidad es únicamente el ser humano, y por esto toda responsabilidad por la culpabilidad es siempre personal (subjetiva) y por el hecho propio. Por el contrario, la responsabilidad por el hecho de otro es una completamente desvinculada de la culpabilidad y es, por ello, siempre objetiva<sup>251</sup> o, como la llama KELSEN, absoluta<sup>252</sup>, pues se traduce y concreta en una “obligación” que la ley le *imputa* a un sujeto jurídico distinto del autor de la infracción y, por lo tanto, el sujeto de ella ya no es el ser humano, sino la “persona”. Ahora bien, cuando la ley determina que el sujeto responsable sea el mismo autor del hecho, no por ello queda eliminada y sin efecto la distinción entre culpabilidad y responsabilidad. En el caso de la responsabilidad por el hecho propio el autor del hecho habrá tenido que ser necesariamente un ser humano que haya obrado culpablemente, pero este ser humano es al mismo tiempo el substrato de un sujeto jurídico, esto es, de una “persona”. Como advierte Alejandro NIETO, “se es responsable porque así lo declara la ley”<sup>253</sup>, y la ley puede declarar que lo sea tanto un sujeto distinto como “el autor material directo”<sup>254</sup>. En los casos de responsabilidad por el hecho propio, aun a pesar de coincidir en un mismo sujeto la culpabilidad y la responsabilidad, debe continuar distinguiéndose entre una y otra por la simple razón de que, también aquí, el sujeto se ha manifestado y obrado en la doble condición de ser humano y de persona. En estos casos, pues, consecuentemente, en la “responsabilidad” del sujeto por su propio hecho hay que ver y distinguir un momento estrictamente *subjetivo* anclado en la culpabilidad del autor en su condición de ser humano, y que por esto mismo no es susceptible de “imputación” ni de “transferencia” a ningún otro sujeto<sup>255</sup>, y otro momento *objetivo* respecto del cual el sujeto que entra en consideración es la “persona”,

<sup>249</sup> Véase KELSEN, *Teoría general*, 1995, pp. 77 ss.; NINO, *Introducción*<sup>2</sup>, 1984, pp. 187 ss.; Alejandro NIETO, *DAS*<sup>5</sup> 2012, pp. 414 ss.; GRACIA MARTÍN, *Diccionario*, 2008, pp. 818 ss.; el mismo, *Lecciones*<sup>4</sup>, 2012, p. 218.

<sup>250</sup> Véase, por todos, Alejandro NIETO, *DAS*<sup>5</sup> 2012, pp. 402, 418 ss. y nota anterior.

<sup>251</sup> Véase Alejandro NIETO, *DAS*<sup>5</sup> 2012, pp. 402, 416 y 425; NINO, *Introducción*<sup>2</sup>, 1984, p. 190.

<sup>252</sup> Véase KELSEN, *Teoría general*, 1995, p. 82.

<sup>253</sup> Véase Alejandro NIETO, *DAS*<sup>5</sup> 2012, p. 419.

<sup>254</sup> Véase Alejandro NIETO, *DAS*<sup>5</sup> 2012, p. 427.

<sup>255</sup> En el mismo sentido, JAKOBS, *FS Lüderssen* 2002, pp. 566 y 573: “No hay culpabilidad jurídico penal transferible, porque tan cierto es que el delinquir jurídico penal no puede ser una gestión de negocios ajenos, como que el que delinque tiene que responder él mismo por su hecho” (p. 566), y “el daño a la vigencia de la norma” es “producido por el administrador (de forma individual y no transferible)” (p. 573).

es decir, el sujeto jurídico capaz de imputación; un momento objetivo referido a las consecuencias del hecho, incluida la satisfacción de la sanción, respecto de las cuales pueden emanar “obligaciones” que, a diferencia de la culpabilidad, *sí* son ya susceptibles de imputación y de transferencia a un sujeto distinto contemplado también en su condición de “persona”, es decir, como sujeto capaz de “imputación jurídica”<sup>256</sup>. Pero precisamente aquí, en lo que se refiere a este momento *objetivo* de la “responsabilidad” cuyas consecuencias específicas son susceptibles de transferencia o de imputación a un sujeto distinto del que ha realizado el hecho determinante, ya no estamos dentro de ningún campo jurídico *sancionador*, sino completamente inmersos en los ámbitos del Derecho civil o del Derecho administrativo no sancionador, esto es, coercitivo, policial o de la coacción directa<sup>257</sup>. Fundamento de la imputación o transferencia de la obligación constitutiva del momento objetivo de la responsabilidad *por las consecuencias* de un hecho —que hay que distinguir de la responsabilidad *por el hecho mismo*—, por ejemplo de la obligación de *satisfacer* la sanción —que no hay que confundir con el *cumplimiento*—, no es en absoluto la infracción cometida, sino *la relación (normalmente jurídica)* existente entre el autor de la infracción y el sujeto a quien en virtud de dicha relación y por alguna buena razón ligada a dicha relación (beneficio, riesgo, etc.) se le imputa o transfiere la obligación de responder<sup>258</sup> y que resulta, por esto, “responsable” sin consideración para nada de su culpabilidad aunque sea un sujeto capaz de culpabilidad<sup>259</sup>, y sin consideración tampoco de la culpabilidad del autor del hecho<sup>260</sup>. Cuando el responsable *en este sentido* es el mismo autor de la infracción que ha obrado además culpablemente, y ha actuado aisladamente, es decir, fuera de toda relación con algún otro sujeto, aquél es doblemente responsable, pues tiene que responder tanto *personalmente por el hecho cometido culpablemente* como *objetivamente de las obligaciones relativas a las consecuencias del hecho* (por ejemplo la de indemnizar por el daño y el perjuicio, o la de prevenir futuros peligros), sin que en este caso pueda imputarse o transferirse esta responsabilidad por las consecuencias a

---

<sup>256</sup> Cfr. sobre todo esto KELSEN, Teoría general, 1995, pp. 75 s., y especialmente p. 79 s.

<sup>257</sup> Véase también ROBLES PLANAS, InDret 2/2009, p. 12, quien observa con razón que “tampoco el Derecho civil o el administrativo reaccionan en sentido estricto ante un “hecho propio” de la persona jurídica, sino que hacen recaer sus sanciones en el ámbito organizativo-patrimonial de los titulares de la persona jurídica”.

<sup>258</sup> En este sentido, véase JAKOBS, FS Lüderssen 2002, pp. 562 ss.

<sup>259</sup> Véase en sentido similar ROBLES PLANAS, Diario La Ley nº 7705, 29 Sep. 2011, pp. 8 s.

<sup>260</sup> Así JAKOBS, FS Lüderssen 2002, p. 565: “la persona jurídica no debe indemnizar por los daños a causa de una culpabilidad imputable a ella, sino porque tiene que garantizar que el órgano no dañe de modo imputable”.

nadie porque el autor realizó la infracción en relación consigo mismo. Por el contrario, si el autor realizó la infracción en el marco de una determinada relación con otro sujeto (porque por ejemplo era el gerente de una persona jurídica), él será desde luego el único responsable personal por el hecho porque esta responsabilidad es intransferible y no susceptible de imputación, pero la responsabilidad por las consecuencias, que ya no es personal, aunque también le incumbe a él personalmente en primer término y directamente<sup>261</sup>, no obstante *sí* podrá serle transferida e imputada *objetivamente* al otro sujeto de la relación. Que esta clase de responsabilidad no tiene absolutamente nada que ver con el Derecho penal ni sancionador administrativo, sino sólo y exclusivamente con el Derecho civil y, en su caso, con el Derecho administrativo no sancionador, esto es, policial y coercitivo, no precisa en mi opinión de ninguna demostración adicional<sup>262</sup>.

3. Ahora bien, contra lo que pretende en la doctrina española GÓMEZ-JARA, hay que decir que el sujeto del Derecho penal, como ya he demostrado ampliamente en otro lugar, no es en absoluto la “persona”<sup>263</sup>, sino única y exclusivamente el ser humano empírico<sup>264</sup>. La distinción entre culpabilidad y responsabilidad corresponde precisamente a la distinción entre ser humano individual y persona, y en este sentido debe distinguirse entre el “sujeto de la acción” y el “sujeto de la imputación”<sup>265</sup>. Uno y otro podrán coincidir cuando el primero sea una persona natural, porque sus cualidades

---

<sup>261</sup> Véase en este sentido JAKOBS, FS Lüderssen 2002, p. 572: “la persona jurídica tiene que responder por un daño, por el cual el órgano ya está obligado de su parte a indemnizar”.

<sup>262</sup> Véase en este sentido JAKOBS, FS Lüderssen 2002, p. 572: “el sentido no es jurídico penal, sino puramente jurídico civil”. Como observa con toda la razón y acierto BOLDOVA, EPC XXXIII (2013), p. 247, con la modificación de las categorías del Derecho penal para adaptarlas a la persona jurídica, lo único que puede pretenderse es construir “otro Derecho penal”; EL MISMO, en PG 2013, pp. 333 y 334, donde destaca con razón que las categorías dogmáticas en que se pretende apoyar la responsabilidad de la persona jurídica son diferentes de las correspondientes a la persona natural; véase también BOLDOVA/RUEDA, Personas jurídicas, p. 286. Pero como tiene que resultar de todo lo ya dicho aquí, muy especialmente en lo que concierne a las cuestiones de taxonomía y de nomenclatura, es evidente que ningún constructo de responsabilidad penal de las personas jurídicas puede salvarse tampoco mediante la acrobacia lingüística de continuar llamando “penal” al sistema que se construya aunque se le quiera reconocer como “otro”, pues lo “otro” es algo ya completamente diferente de lo “mismo”, y por esto ya no tiene la substancia del nombre con que se llama propiamente a lo “mismo”. Con el artilugio, pues, de la denominación del constructo como “otro” Derecho penal, para nada se elimina el vicio del falso etiquetamiento ni de la violación de las reglas del habla conforme a la razón, pues no puede llamarse Derecho *penal* “de ninguna clase” (porque no lo es en absoluto), a nada de lo que de un modo inequívoco y sin una sola duda tiene solo y exclusivamente una naturaleza (jurídica) civil o administrativa no sancionadora, y esto es lo que sucede con todo y con cualquier supuesto de hecho imaginable de “responsabilidad” de una persona jurídica, por lo que encasillar a éste en un supuesto “otro” Derecho penal resulta tan igualmente contrario a la lógica material y formal y a las reglas del habla racional como llamarlo supuesto de hecho del Derecho penal a secas, es decir, sin ningún pronombre ni adjetivo adicionales.

<sup>263</sup> Véase GÓMEZ-JARA, Culpabilidad, 2005, pp. 219 ss.

<sup>264</sup> Véase GRACIA MARTÍN, Horizonte, 2006, pp. 214 ss.

<sup>265</sup> Véase al respecto, especialmente, la exposición de SEILER, Strafrechtliche Massnahmen, 1967, pp. 50 ss.

existenciales le permiten producir por sí y para sí misma los efectos que luego le pueden ser jurídicamente imputados, y aun aquí, como acabo de explicar, también se tienen que distinguir entre culpabilidad y responsabilidad. En el caso de las personas jurídicas, en cambio, el sujeto de la acción y el de la imputación son siempre inexorablemente distintos, pues aquéllas sólo pueden actuar a través de sus órganos y representantes, es decir, de personas físicas, que son siempre y necesariamente los sujetos de la acción. Ahora bien, a mi juicio, todo aquello que puede imputarse inmediatamente a la persona jurídica son sólo y exclusivamente los *efectos* objetivos y externos de la acción del órgano o del representante, por ejemplo los efectos jurídico-civiles del contrato celebrado inmediatamente por él en cuanto persona jurídica que la representa<sup>266</sup>, pero en ningún caso podrá serle imputada la voluntad de la acción ni el proceso de su formación, porque esto pertenece a la esfera individual del sujeto de la acción y es intransferible<sup>267</sup>. En este sentido, ya FRANK advirtió claramente que lo que exclusivamente se imputa al representado (sic. a la persona jurídica) son las consecuencias jurídico-civiles del contrato, mientras que la responsabilidad penal, en cambio, es sólo de la incumbencia del que concluyó el contrato inmediatamente<sup>268</sup>. NAGLER, por su parte, sostuvo que “las acciones del representante legal no se agotan, para la contemplación jurídica, en la producción de efectos en la esfera jurídica del representado” sino que “se desdoblán en actividades que tienen lugar dentro de las esferas vitales ajena y propia”. De esto resulta, según NAGLER, que el ordenamiento jurídico no impone deberes de obediencia a estos sujetos (sc. a órganos y representantes) “en cuanto órganos de la vida jurídica ajena”, sino “en su ser por sí mismos”, y dado que nuestra cultura jurídica no reconoce una representación criminal, la actividad de la voluntad en estos casos y, por lo tanto, la responsabilidad criminal, no pueden alcanzar en modo alguno al representado sino exclusivamente “al representante en cuanto individuo que actúa”<sup>269</sup>. Y RODRÍGUEZ MOURULLO, en nuestra doctrina, advierte con razón, que “no es que la persona jurídica ‘concluya’ por sí misma contratos, sino que queda vinculada por los contratos que se celebran en su nombre las personas individuales que actúan como órganos suyos”, y como “el fenómeno de la

---

<sup>266</sup> Véase GRACIA MARTÍN, *Actuar I*, 1985, pp. 8 s., 11.

<sup>267</sup> En Derecho penal “sujeto de la imputación es el hombre, *si y en la medida en que actúa responsablemente*”, como afirma acertadamente MAIWALD, *ZStW*, 1966, p. 54; y en el mismo sentido HARDWIG, *Zurechnung*, 1957, pp. 117 s.

<sup>268</sup> Véase FRANK, *ZStW*, 1917, p. 31.

<sup>269</sup> Véase NAGLER, *Teilnahme*, 1903, p. 55, y en el mismo sentido, JAKOBS, *FS Lüderssen* 2002, pp. 566, 573 y 574.

representación” –prosigue RODRÍGUEZ MOURULLO– “no tiene cabida en cuanto a los sujetos activos del delito, para que alguien cometa delito es necesario que haya realizado personalmente la acción conminada con pena”<sup>270</sup>. Y como observa con razón JAKOBS, “en tales casos, no se trata de la transferencia de *lo personalísimo* a otro, lo cual, por definición, estaría excluido, sino del propio ejercicio de las capacidades personalísimas en el ámbito organizativo de otro, mientras que no representa ninguna contradicción el hecho de que el titular de las capacidades decida por sí mismo el modo en que lo que vaya ejercer”<sup>271</sup>.

4. De todo cuanto se ha expuesto, pues, se tiene que deducir no sólo que la persona jurídica no es en absoluto capaz de acción; es que ni siquiera le pueden ser imputadas las *acciones reales* de sus órganos y representantes<sup>272</sup>, y mucho menos aún la culpabilidad de éstos<sup>273</sup>. Por lo tanto, carecen de todo fundamento todas las opiniones que, independientemente de cuál sea el modelo de responsabilidad de la persona jurídica del que digan partir, pretenden fundamentarla en cualquier mecanismo o criterio de “imputación” a la persona jurídica del hecho cometido por la persona física, pues todo lo que se puede imputar a la persona jurídica no es nada más que la “responsabilidad” misma y en virtud de que así lo establece la ley en razón y por el único fundamento de la *relación jurídica* existente entre ella y los sujetos que hayan cometido la infracción, y en ningún caso ni de modo alguno en razón de ninguna supuesta acción ni de ninguna supuesta culpabilidad propias de la persona jurídica que ni existen ni es posible construir si se respetan las reglas del pensamiento racional. La responsabilidad de la persona jurídica, nada tiene que ver con la responsabilidad personal o individual derivada de una acción u omisión culpable, sino que es una responsabilidad exclusivamente objetiva, absoluta, o vicaria de naturaleza exclusivamente civil o administrativa, incluida aquí la relacionada con el poder coercitivo administrativo para la prevención de peligros<sup>274</sup>. Con esto, me reafirmo en las tesis que al respecto formulé

---

<sup>270</sup> Véase RODRÍGUEZ MOURULLO, PG I, pp. 228 ss.

<sup>271</sup> Véase JAKOBS, FS Lüderssen 2002, p. 565.

<sup>272</sup> En el mismo sentido KELSEN, Teoría general, 1995, pp. 79, 81 y 82.

<sup>273</sup> En el mismo sentido, JAKOBS, FS Lüderssen 2002, p. 565: “Lo que debe atribuirse a una persona jurídica, primero tiene que ser empero descargado del órgano, y cuando el Derecho mantiene al órgano como persona sujeta a su culpabilidad, esta culpabilidad no puede ser descargada y atribuida a la persona jurídica”.

<sup>274</sup> En sentido parecido, JAKOBS, FS Lüderssen 2002, pp. 573 ss., entiende que la persona jurídica es responsable, por una parte de forma mediata en el sentido de la responsabilidad civil del § 31 BGB, si bien —y esto ya no lo comparto— considera que dicha responsabilidad no es sólo a consecuencia del daño patrimonial, sino del daño —en su terminología— “a la vigencia de la norma” (p. 574), y por otra es

hace ahora casi 20 años, y muy particularmente me reafirmo del modo más contundente y absoluto frente a las aquí ya rechazadas como completamente infundadas e insostenibles críticas de ZUGALDÍA, y sobre las cuales aún me queda algo por decir en las conclusiones que siguen, y esto sin perjuicio de las ampliaciones de mis respuestas, de un calado mucho más profundo que el de las consideraciones aquí expuestas, que aún llevaré a cabo en la versión notablemente más extendida de este trabajo que todavía no considero ni puedo considerar terminado.

## VII. Conclusiones

1. Como queda dicho, a diferencia de la culpabilidad, la “responsabilidad” es multívoca y no sólo en lo estrictamente semántico<sup>275</sup>, pues incluso en el sentido estricto explicado de cargar con las consecuencias de un hecho y de tener que soportarlas, también se tiene que distinguir entre clases o tipos de responsabilidad, como por ejemplo: objetiva y subjetiva, directa o indirecta y subsidiaria, por hecho propio o por ajeno, mancomunada, solidaria, etc<sup>276</sup>. Estas diferentes clases de responsabilidad se han ido configurando a lo largo de la historia del Derecho como propias o típicas de uno o de varios sectores jurídicos específicos, y así como responsabilidad civil, administrativa, tributaria, penal, etc. Esta distribución es meramente formal en cuanto a la simple adscripción, pero desde el punto de vista de los *fundamentos* de la adscripción tiene sin la menor duda un sentido y un significado materiales. Contra lo que parece opinar el tan lamentable e injustamente perdido y malogrado colega alemán Joachim VOGEL<sup>277</sup>, la distribución e inserción precisas de cada uno de los diferentes tipos de responsabilidad en el sector jurídico que le sea propio de acuerdo a su naturaleza, tiene la máxima importancia<sup>278</sup>. Pues el sector de la realidad que se recorta y selecciona por el concepto jurídico con el que se trata de aprehenderlo para operar en esa realidad y así poder

---

también responsable de su “propia peligrosidad”, derivada de “una forma de administración peligrosa” (p. 574).

<sup>275</sup> Véase NINO, Introducción<sup>2</sup>, 1984, pp. 184 ss. (puede usarse como asumir los deberes de un cargo, causar una catástrofe, ser capaz mentalmente, como cualidad moral, etc.)

<sup>276</sup> Véase NINO, Introducción<sup>2</sup>, 1984, pp. 187 ss. Para las distintas figuras de responsabilidad por la comisión de infracciones en el Derecho administrativo (solidaria y subsidiaria), véase Alejandro NIETO, DAS<sup>5</sup> 2012, pp. 378 ss.

<sup>277</sup> Véase VOGEL, StV, 7/2012, pp. 430 s., quien sostuvo que si bien las investigaciones empíricas permiten presumir que el (mero) “etiquetamiento” de las sanciones contra empresas como penas criminales, apenas ofrece provechos preventivos, no obstante sí puede plantearse la cuestión de si tal etiquetamiento podría llevar consigo un provecho *simbólico* determinante, teniendo en cuenta que la estructura de la responsabilidad de la persona jurídica es *una y la misma* (sic) tanto si su regulación se inserta en un contexto penal como en uno administrativo sancionador e incluso en el derecho civil de daños”.

<sup>278</sup> Véase SCHÜNEMANN, ZIS, 1/2014, p. 4.

producir los efectos que se pretendan con él, tiene ya prefigurados en aquella misma realidad unos contenidos materiales determinados y una cierta estructura que no pueden ser en absoluto alterados o modificados ni con el modo de construcción del concepto, ni tampoco —esto mucho menos— con un etiquetamiento del realmente construido con una denominación inapropiada y hostil con la realidad subyacente a la que remite<sup>279</sup>. Como todo saber, también el jurídico debe aspirar, a semejanza de la taxonomía, a ordenar claramente en un sistema clasificatorio a la diversidad de figuras jurídicas para hacer posible identificar y distinguir por sus características y propiedades materiales específicas —y además también por sus nombres no fungibles de acuerdo con un rígido Código de Nomenclatura— a cada uno de los diversos fenómenos jurídicos con relevancia jurídica; y distinguirlos —incluso de sus similares— para dar a cada uno el tratamiento jurídico adecuado y justo que debe posibilitar la producción de los efectos y alcanzar así los objetivos —por ejemplo políticocriminales— que se pretendan con cada uno. Pues como, recordando a HENKEL, aleccionara hace ya algún tiempo Enrique GIMBERNAT<sup>280</sup>, *qui bene distinguit, bene iudicat*, y es obvio que no distingue bien, y por ello que tampoco juzga bien quien, ya sea consciente o inconscientemente, mezcla, confunde o intercambia a los elementos de un fenómeno con los de otro diferente y, por añadidura, llama al objeto de su mezcolanza con un nombre errado que en absoluto lo identifica, aumentando así la confusión y el desconcierto en la comunicación porque el nombre usado remite de inmediato a otro objeto completamente distinto del que se está denominando con el término errado<sup>281</sup>.

2. Como ya se vio más atrás, mi estimado colega ZUGALDÍA quiso objetar a mis propuestas de tipos o clases de reacciones jurídicas frente a personas jurídicas, que no obstante mi rechazo de la responsabilidad penal de éstas, yo acabo proponiendo todo un arsenal de reacciones jurídicas de carácter (en mi opinión) no sancionador, y que esto, en su opinión, podría “hacer las delicias de cualquier partidario de exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas”, toda vez que tras de haber fundamentado yo —según él, “jugando con las etiquetas”— que a las personas jurídicas “no se les puede imponer absolutamente de nada”, con mi propuesta “se les termina(ría)

---

<sup>279</sup> Véase en este sentido ZAFFARONI, PG<sup>2</sup>, 2002, p. 387: “no hay saber humano que no proceda *pescando* sus datos del mundo”, y p. 415: “se *pescan* pedazos del ser, se *recortan*” (cursivas del mismo autor citado); también SCHÜNEMANN, *Unterlassungsdelikte*, 1971, pp. 36 ss.

<sup>280</sup> Véase GIMBERNAT, *Estudios*<sup>3</sup>, 1990, p. 217.

<sup>281</sup> Véase de nuevo SCHÜNEMANN, *ZIS*, 1/2014, p. 4: “se vulneran las reglas del habla racional cuando se utiliza una y la misma expresión para dos objetos completamente diferentes.”.

imponiendo absolutamente de todo”<sup>282</sup>. Pero como tiene que resultar de todo lo dicho aquí, lo cual aún tendrá que ser desarrollado con mucho más detalle en el futuro, nada, absolutamente nada de lo que puede predicarse de la persona jurídica tiene ni de lejos naturaleza ni carácter “jurídico-penal”, y por lo ya razonado y documentado aquí de un modo más que suficiente por ahora, resulta absolutamente innecesario cualquier argumento adicional para desvirtuar lo que se desvirtúa por sí mismo y ha tenido que quedar claramente aún más desvirtuado con lo que se ha razonado aquí, a saber: que es sólo y precisamente la doctrina de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, de modo muy particular ZUGALDÍA, y no quienes la rechazamos, la que realmente cuelga a las cosas etiquetas a todas luces inapropiadas<sup>283</sup>. Por otra parte, y como también se vio, Zugaldía afirmó también en su crítica que mis razonamientos y construcciones discurrían de un modo metodológicamente equivocado o incorrecto<sup>284</sup>. Desde luego, no me compete a mí juzgar si el método de construcción jurídica de conceptos que sigo es o no el correcto, pues es evidente que mi juicio al respecto sería absolutamente positivo incluso dentro del margen de duda socrática que debe quedarle siempre a quien pretenda alcanzar algún conocimiento racional con una pretensión de mínima verdad. Pero lo que sí puedo afirmar, dado que esto ya no es una opinión, sino un hecho comprobable, es que con el método que sigo lo que no hago en ningún caso, porque así me lo enseñaron los grandes e insuperables maestros directos o indirectos de los que he aprendido lo poco que sé, es ni prescindir del *minimum minimorum* del saber jurídico válido y vigente, ni tampoco esquivar los argumentos contrarios a mis tesis siempre que éstos no tengan un carácter superficial. Así, pues, espero que mi apreciado colega ZUGALDÍA responda a las contraobjeciones que aquí he formulado a sus reparos respecto de mi método, y también que responda a cuestiones respecto de las que en el transcurso de más de 20 años aún no ha dicho absolutamente nada que pueda ser asimilado por la Ciencia jurídica, como por ejemplo en qué consisten la acción y la culpabilidad *propias* de la persona jurídica, qué es lo que él entiende por norma de determinación y cómo la persona jurídica infringe esta especie de normas, en qué consisten el dolo y la imprudencia de una persona jurídica, etc., etc. Pero frente a la tacha de la incorrección

---

<sup>282</sup> Véase ZUGALDÍA, CPC, (53) 1994, p. 622, si bien ahora, para ZUGALDÍA, mi juego de etiquetas parece haberse convertido en “un alarde de logomaquia”; véase ZUGALDÍA, Responsabilidad, 2013, p. 61.

<sup>283</sup> Y que esto es así, ni siquiera es preciso que lo planteemos quienes nos posicionamos en contra de tal doctrina, pues que para la doctrina de la responsabilidad penal de las personas jurídicas lo que en definitiva importa es colgar la etiqueta de lo “penal”, esto es algo que con un gesto de sinceridad, ya lo ha confesado algún caracterizado defensor de la misma, como es el caso de VOGEL en la cita que he hecho de su opinión *supra* en nota 277.

<sup>284</sup> Véase ZUGALDÍA, CPC, (53) 1994, pp. 621 s.



que ZUGALDÍA le cuelga a mi método, de momento me conformo —aunque no es poco— con expresar la tranquilidad y el sentimiento de cierta seguridad que me proporciona la garantía de seguir y de aplicar uno muy próximo al de los grandes y eximios juristas de todos los campos jurídicos, de cuyo prestigio y genialidad nadie duda y en quienes me apoyo para —como hacen ellos— negar contundente y radicalmente que la persona jurídica pueda ser transubstanciada y transfigurada en sujeto jurídico-penalmente imputable e idóneo de ser penado.

### Bibliografía citada\*

- ALASTUEY, en Gracia/Boldova/Alastuey, **Tratado** de las consecuencias jurídicas del delito, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, **Enjuiciamiento de animales** y de objetos inanimados, en la segunda mitad del siglo XX, reedición de la edición de 1969, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2007.
- BACIGALUPO ZAPATER, **Teorías** de la pena y responsabilidad penal de las personas jurídicas, en Enrique Bacigalupo (dir.), Curso de Derecho penal económico, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 43 ss.
- BACIGALUPO ZAPATER, La responsabilidad penal y sancionadora de las personas jurídicas en el **Derecho europeo**, en Enrique Bacigalupo (dir.), Curso de Derecho penal económico, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 43 ss.
- SILVINA BACIGALUPO, La **responsabilidad** penal de las personas jurídicas, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1998.
- SILVINA BACIGALUPO, en Enrique Bacigalupo (dir.), **Curso** de Derecho penal económico, Marcial Pons, Madrid, 1998, pp. 65 ss.
- BAJO/SILVINA BACIGALUPO, **Derecho penal económico**, Ramón Areces, Madrid, 2001.
- BAUCCELLS LLADÓS, en Córdoba/García Arán (dir.), **Comentarios** al Código penal. Parte General, Marcial Pons, Madrid, 2011, pp. 417 ss.
- BENDA, El **Estado social** de Derecho, en Benda et alt. Manual de Derecho constitucional, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2001, pp. 487 ss.
- BOLDOVA PASAMAR, La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la legislación española, **EPC vol. XXXIII (2013)**, pp. 219 ss.
- BOLDOVA PASAMAR, en Romeo/Sola/Boldova (coords.), Derecho penal. Parte General, Ed. Comares, Granada, 2013, pp. 331 ss. (cit. **PG**).
- BOLDOVA/RUEDA, La responsabilidad penal de las **Personas jurídicas** en el Derecho Penal Español, en Pieth/Ivory (eds.), Corporate criminal liability, Springer Verlag, Heidelberg/London/New York, 2011, pp. 271 ss.
- BONNARD, Les **infractions intentionnelles** et l'extension de la responsabilité pénale, notamment patronale du fait d'autrui, Presses Universitaires de France, Paris, 1978.
- BOTTKE, **Assoziationsprävention**. Zur heutigen Diskussion der Strafzwecke, Duncker & Humblot, Berlin, 1995.
- BOTTKE, La actual discusión sobre las finalidades de la pena, en Silva Sánchez (ed.), Política criminal y nuevo Derecho penal. Libro Homenaje a Claus Roxin, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1997, pp. 41 ss. (cit. **LH-Roxin 1997**)
- BRENDER, Die Neuregelung der **Verbandstäterschaft** im Ordnungswidrigkeitenrecht, Schäuble Verlag, Freiburg/Berlin, 1989.
- CARTIER, Notion et fondement de la **responsabilité du chef d'entreprise**, Journées d'Etudes de l'Institut de l'Entreprise, Ed. Masson, Paris/New York/Barcelona/Milan, 1977.
- CEREZO MIR, Curso de Derecho penal español. Parte General I, Introducción, 6ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 2004 (cit. **PG 1º 2004**)
- CRAMER/HEINE, en **Schönke/Schröder-Strafgesetzbuch. Kommentar**, 27ª ed., 2006.
- CUGAT, en Córdoba/García Arán (dir.), **Comentarios** al Código penal. Parte General, Marcial Pons, Madrid, 2011, pp. 1005 s.
- FEDERICO DE CASTRO, La **persona jurídica**, Civitas, Madrid, 1981.

\* En negrita como se cita la obra.

- DE LA CUESTA ARZAMENDI/PÉREZ MACHÍO, La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el **marco europeo**: las directrices comunitarias y su implementación por los Estados, en De la Cuesta Arzamendi (dir.)/de la Mata (coord.), Responsabilidad penal de las personas jurídicas, Thomson Reuters/Aranzadi, Pamplona, 2013, pp. 129 ss.
- DEL REY GUANTER, **Potestad** sancionadora de la Administración y Jurisdicción penal en el orden social, Ministerio de Trabajo y Seguridad social, Madrid, 1990.
- DELGADO ECHEVERRÍA, El **vigor de las leyes**: el campo semántico *validez* en el *Diccionario de autoridades*, Prensas Universitarias de Zaragoza, 2013.
- DÍEZ PICAZO, **Fundamentos** de Derecho civil patrimonial, Tecnos, Madrid, 1970 (reimpr. 1972).
- DÍEZ RIPOLLÉS, La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española, **InDret 1/2012**.
- DÍEZ RIPOLLÉS, Las penas de las personas jurídicas y su determinación legal y judicial: regulación española, en **JpD n° 73 2012**, pp. 48 ss.
- DÍEZ RIPOLLÉS, **La racionalidad** de las leyes penales, 2ª ed., Ed. Trotta, Madrid, 2013.
- DUBBER, **Strafrechtsdogmatik als Botanik**, en Hefendehl (ed.), Empirische und dogmatische Fundamente, kriminalpolitische Impetus. Symposium für Bernd Schünemann zum 60. Geburtstag, Carl Haymanns Verlag, Köln/Berlin/München, 2005, pp. 245 ss.
- ENGISCH, Die Idee der **Konkretisierung** in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit, Carl Winter Universitätsverlag, Heidelberg, 1953.
- ENGISCH, **Einführung** in das juristische Denken, 7ª ed., Verlag Kohlhammer, Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz, 1977.
- FEIJÓO SÁNCHEZ, **Presupuestos** para la conducta típica de la persona jurídica: los requisitos del art. 31 bis 1, en Bajo/Feijóo/Gómez-Jara, Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas, Civitas-Thomson Reuters, 2012, pp. 91 ss.
- FEIJÓO SÁNCHEZ, La **extinción** de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en Bajo/Feijóo/Gómez-Jara, Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas, Civitas-Thomson Reuters, 2012, pp. 261 ss.
- T.R. FERNÁNDEZ, en García de Enterría/T.R. Fernández, Curso de Derecho administrativo I, 15ª ed., Civitas/Thomson Reuters, Pamplona, 2011 (cit. **Curso I**)
- FERNÁNDEZ TERUELO, Algunas consideraciones críticas sobre el nuevo modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas por la LO 5/2010, **RDP (31) 2010**, pp. 43 ss.
- FERNÁNDEZ TERUELO, La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código penal español (una visión crítica), **RJCL (25) 2011**, pp. 7 ss.
- FERRAJOLI, **Derecho y razón**, 5ª ed., Ed. Trotta, Madrid, 2001.
- FERRAJOLI, **Derechos y garantías**, Ed. Trotta, Madrid, 2ª ed., 2001.
- FOUCAULT, **Les mots et les choses**. Une archéologie des sciences humaines, Ed. Gallimard, Paris, 1966.
- FOUCAULT, **L'archéologie du savoir**, Ed. Gallimard, Paris, 1969.
- FOUCAULT, La **verdad** y las formas jurídicas, Ed. Gedisa, Barcelona, 1980.
- FOUCAULT, El orden del **discurso**, 2ª ed., Tusquets Editores, Barcelona, 1980.
- FRANK, Unternehmersdelikte und Zuwiderhandlungen gegen das Höchstpreisgesetz, **ZStW 1917**, pp. 28 ss.
- FUSTER ASENCIO, El **procedimiento** sancionador tributario, Aranzadi, Pamplona, 2001.
- GALÁN MUÑOZ, La responsabilidad penal de la **persona jurídica** tras la reforma de la LO 5/2010: entre la hetero- y la autorresponsabilidad, en Romeo Casabona/Flores Mendoza (eds.), Nuevos instrumentos jurídicos en la lucha contra la delincuencia económica y tecnológica, Comares, Granada, 2012, pp. 503 ss.
- GARCÍA ARÁN, en Córdoba/García Arán (dir.), **Comentarios** al Código penal. Parte General, Marcial Pons, Madrid, 2011, pp. 385 ss. y 637 ss.
- GARCÍA BLASCO, **Infracciones** y sanciones en materia laboral; Cuadernos Civitas, Madrid, 1989.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, 2011, en García de Enterría/T. Ramón Fernández, **Curso** de Derecho administrativo I, 15ª ed., Thomson/Reuters, Pamplona, 2011.
- GIMBERNAT, **Estudios** de Derecho penal, 3ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 1990.
- GIMBERNAT, **Ensayos** penales, Tecnos, Madrid, 1999.
- GÓMEZ-JARA, La **culpabilidad** penal de la *empresa*, Marcial Pons, Madrid, 2005.
- GÓMEZ-JARA, Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, IBdF, Montevideo/Buenos Aires, 2010.
- GÓMEZ-JARA, La **atenuación** de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en Bajo/Feijóo/Gómez-Jara, Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas, Civitas-Thomson Reuters, 2012, pp. 181 ss.
- GÓMEZ MARTÍN, **Falsa alarma**, o por qué la Ley Orgánica 5/2010 no deroga el principio *societas delinquere non potest* en Mir/Corcoy (dirs.), Garantías constitucionales y Derecho penal europeo, Marcial Pons, Madrid/Barcelona/Buenos Aires/Sao Paulo, 2012, pp. 331 ss.
- GÓMEZ TOMILLO, **Derecho administrativo sancionador**. Parte General, Thomson/Aranzadi, Pamplona,

2008.

GÓMEZ TOMILLO, **Introducción** a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español, Lex Nova, Valladolid, 2010.

GONZÁLEZ CUSSAC, La **responsabilidad** penal de las personas jurídicas, en GONZÁLEZ CUSSAC (dir.), Comentarios a la reforma del Código penal de 2015, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 151 ss.

GRACIA MARTÍN, El **actuar** en lugar de otro en Derecho penal I, Teoría general, Prensas Universitarias de Zaragoza, 1985.

GRACIA MARTÍN, **Responsabilidad** de directivos, órganos y representantes de una persona jurídica por delitos especiales, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1986.

GRACIA MARTÍN, en Diez Ripollés/Gracia, **Delitos** contra bienes jurídicos fundamentales, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993.

GRACIA MARTÍN, Instrumentos de imputación jurídico penal en la criminalidad de empresa y reforma penal, AP (16) 1993, pp. 213 ss.

GRACIA MARTÍN, La **comisión por omisión** en el Derecho penal español, en Gimbernat Ordeig (dir.), La comisión por omisión, Cuadernos de Derecho judicial, Madrid, 1994.

GRACIA MARTÍN, La cuestión de la responsabilidad penal de las propias **personas jurídicas**, en Mir/Luzón, Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad penal por el producto, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1996.

GRACIA MARTÍN, en Gracia/Boldova/Alastuey, Las **consecuencias** jurídicas del delito en el nuevo Código penal español, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

GRACIA MARTÍN, **Prólogo** al libro de M<sup>a</sup> Angeles Rueda Martín, La teoría de la imputación objetiva en el delito doloso de acción, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 2001.

GRACIA MARTÍN, **Prólogo** al libro de José Luis **Castillo Alva**, Las consecuencias jurídico-económicas del delito, Idemsa, Lima, 2001.

GRACIA MARTÍN, El finalismo como método sintético real-normativo para la construcción de la teoría del delito, **RECPC 06-07 (2004)**, <http://criminet.ugr.es/recpc>

GRACIA MARTÍN, El **horizonte** del finalismo y el Derecho penal del enemigo, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005.

GRACIA MARTÍN, Las llamadas “consecuencias accesorias” en el Código penal español como reacciones jurídicas al delito, **RPCP (17) 2005**, pp. 195 ss.

GRACIA MARTÍN, en Gracia/Boldova/Alastuey, **Tratado** de las consecuencias jurídicas del delito, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

GRACIA MARTÍN, **Fundamentos** de Dogmática penal, Atelier, Barcelona, 2006.

GRACIA MARTÍN, voz La responsabilidad penal de las personas jurídicas, en Boix/Lloria, **Diccionario** de Derecho penal económico, Iustel, Madrid, 2008.

GRACIA MARTÍN, Über die notwendige Modernisierung des Strafrechts in der deutschen und spanischen Doktrin, **GA 6/2010**, pp. 323 ss.

GRACIA MARTÍN, La modernización del Derecho penal como exigencia de la realización del postulado del Estado de Derecho (social y democrático), **RDPC 3ª época nº 3 (2010)**, pp. 27 ss.

GRACIA MARTÍN, Sobre la naturaleza jurídica de las llamadas consecuencias accesorias para personas jurídicas en el Código penal español, en Urquizo/Abanto/Salazar (coordinadores), Dogmática penal de Derecho penal económico y Política criminal, **Homenaje a Klaus Tiedemann**, vol. I, Universidad San Martín de Porres, Fondo Editorial, Lima, 2011, pp. 159 ss.

GRACIA MARTÍN, en Gracia/Boldova/Alastuey, **Lecciones** de consecuencias jurídicas del delito, 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2012 (1ª ed., 1998; 2ª ed. 2000; 3ª ed., 2004).

GRACIA MARTÍN, La estructura dogmática y la función político criminal de la “**adecuación social**” como “cierre normativo” de lo injusto en el sistema finalista del Derecho penal y el abismo que la distancia de la doctrina de la imputación objetiva, en Rebollo/Tenorio (dirs.), Derecho penal, Constitución y Derechos, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 2013, pp. 193 ss.

GRACIA MARTÍN, **Prólogo** al libro de M<sup>a</sup> Ángeles Rueda, ¿Participación por omisión?, Atelier, Barcelona, 2013.

GRACIA MARTÍN, La naturaleza jurídica civil y administrativa de la mal llamada responsabilidad “penal” de las personas jurídicas, en Gimbernat/Gracia/Peñaranda/Rueda/Suárez/Urquizo, Dogmática del Derecho penal material y procesal y Política criminal contemporáneas II. Homenaje a Bernd Schünemann por su 70º aniversario, Gaceta penal & procesal, Lima, 2014, pp. 107 ss. (cit. **LH-Schünemann II 2014**).

GRACIA MARTÍN, La doctrina de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: clímax y paroxismo del constructivismo jurídico arbitrario, de la hostilidad entre las palabras y las cosas y del desprecio del saber jurídico que convierte bibliotecas enteras en basura, en **Foro FICP – Tribuna y Boletín de la FICP Nº 2014-2** (septiembre), pp. 16 ss.

HARDWIG, Die **Zurechnung**, Cram de Gruyter, Hamburg, 1957.

- HEINE, Die strafrechtliche **Verantwortlichkeit** von Unternehmen, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1995.
- HEINE, en **Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch. Kommentar**, 28ª ed., 2010.
- HENKEL, **Introducción** a la Filosofía del Derecho, trad. De Enrique Gimbernat Ordeig, Ed. Taurus, Madrid, 1968.
- HERNÁNDEZ PLASENCIA, **Función** de la pena en la criminalidad económica, en Romeo Casabona/Flores Mendoza (eds.), Nuevos instrumentos jurídicos en la lucha contra la delincuencia económica y tecnológica, Comares, Granada, 2012, pp. 549 ss.
- HIRSCH, Die Frage der **Straffähigkeit** von Personenverbänden, Westdeutscher Verlag, Opladen, 1993.
- HIRSCH, Die Entwicklung der **Strafrechtsdogmatik** nach Welzel, citado por sus Strafrechtliche Probleme. Schriften aus drei Jahrzehnten, Duncker & Humblot, Berlin, 1999, pp. 60 ss. (= El desarrollo de la **Dogmática penal** después de Welzel, en sus Obras Completas, t. I, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, s.f., pp. 13 ss.).
- HIRSCH, Zum 100. Geburtstag von Hans Welzel, en **ZStW (116) 2004**, pp. 1 ss.
- Dieter HORN, Rechtssprache und Kommunikation. Grundlegung einer semantischen Kommunikationstheorie, Duncker & Humblot, Berlin, 1966.
- JAKOBS, Tätersvellung und objektive Zurechnung, en Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, Karl Heymanns Verlag, Köln/Berlin/Bonn/München, 1989, pp. 271 ss. (cit. **GS Armin Kaufmann 1989**)
- JAKOBS, Strafrecht. Allgemeiner Teil, 2ª ed., Walter de Gruyter, Berlin, 1991 (cit. **AT<sup>2</sup> 1991**).
- JAKOBS, **Sociedad**, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional, Cuadernos Civitas, Madrid, 1996.
- JAKOBS, **Strafbarkeit** juristischer Personen?, en Prittwitz et al. (eds.), Festschrift für Klaus Lüderssen, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2002, pp. 559 ss. (cit. **FS Lüderssen 2002**).
- JAKOBS, La **idea de la normativización** en la Dogmática jurídico-penal, en Moisés Moreno Hernández (coord.), Problemas capitales del moderno Derecho penal a principios del siglo XXI, Cepolcrim, Ed. D. R. Ius Poenale, México D. F., 2003.
- JAKOBS, Sobre la génesis de la **obligación jurídica**, en Jakobs/Cancio, Conferencias sobre temas penales, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, s. f.
- KANT, Crítica de la **razón pura**, 19ª ed. de la traducción de la 2ª ed. alemana de 1787, con inserciones de los textos modificados de la 1ª (1781), de Pedro Ribas, Alfaguara, Madrid, 2002.
- ARMIN KAUFMANN, Lebendiges und totes in Bindings **Normentheorie**, Verlag Otto Schwartz & CO, Göttingen, 1954.
- ARTHUR KAUFMANN, **Analogie** und “Natur der Sache”, 2ª ed., R. v. Decker&C.F. Müller, Heidelberg, 1982.
- KELSEN, **Teoría pura** del Derecho, trad. de la 2ª ed. De Viena (1960), de Roberto J. Vernengo, Universidad Autónoma de México, Mexico DF. 1979.
- KELSEN, **Teoría general** del Derecho y del Estado, 5ª reimpr. de la trad. de E. García Máynez, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 1995.
- KÖHLER, Strafrecht. Allgemeiner Teil, Springer Verlag, Berlin, 1997 (cit. **AT**).
- KUHLEN/MONTIEL/ORTIZ DE URBINA (eds.), **Compliance** y teoría del Derecho penal, Marcial Pons, Madrid/Barcelona/Buenos Aires, Sao Paulo, 2013.
- GEORG KÜPPER, Grenzen der normativierenden **Strafrechtsdogmatik**, Duncker & Humblot, Berlin, 1990.
- LACRUZ/DELGADO, en Lacruz y otros, Elementos de Derecho civil I, Parte General, vol. 2º, Personas, 6ª ed., Dykinson, Madrid, 2010 (cit. **Elementos I-2<sup>6</sup> 2010**).
- LACRUZ/DELGADO, Elementos de Derecho civil I, Parte General, vol. 3º, Derecho subjetivo. Negocio jurídico, 3ª ed., Dykinson, Madrid, 2005 (cit. **Elementos I-3<sup>3</sup> 2005**).
- LACRUZ/LUNA SERRANO, en Lacruz et. al., Elementos de Derecho civil, I, Parte General, vol. 2º, Personas, 2ª ed., J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1990 (cit. **Elementos I-2<sup>2</sup> 1990**).
- LACRUZ/RIVERO, en Lacruz et. al., Elementos de Derecho civil, II, Derecho de obligaciones, vol. 2º, Contratos, cuasicontratos, delito y cuasidelito, 4ª ed., Dykinson, Madrid, 2009 (cit. **Elementos II-2<sup>4</sup> 2009**).
- LARENZ, Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 6ª ed., C.H. Beck, München, 1983 (cit. **ATBR<sup>6</sup> 1983**).
- LEGAZ, **Filosofía del Derecho**, 4ª ed., Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1975.
- LUZÓN PEÑA, Lecciones de Derecho penal. Parte General, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2012 (cit. **LPG<sup>2</sup> 2012**).
- MAIWALD, Der “dolus generalis”. Ein Beitrag zur Lehre von der Zurechnung, **ZStW 1966**, pp. 30 ss.
- MARTÍNEZ-BUJÁN, Derecho penal económico y de la empresa. Parte General, 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2014 (cit. **PG<sup>4</sup>**).

- MARXEN, Die strafrechtliche Organ- und Vertreterhaftung – eine Waffe im Kampf gegen die Wirtschaftskriminalität, **JZ 1988**, pp. 286 ss.
- OTTO MAYER, **Deutsches Verwaltungsrecht** 1, 3ª ed., München und Leipzig, 1924.
- MEINI MÉNDEZ, La **responsabilidad** penal de las personas jurídicas, Pontificia Universidad Católica, Lima, 1999.
- MIR PUIG, El Derecho penal en el **Estado social** y democrático de Derecho, Ed. Ariel, Barcelona, 1994.
- MIR PUIG, Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas, **RECPC 06-01 (2004)**.
- MIR PUIG, Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en Octavio de Toledo/Gurdiel/Cortés Bechiarelli (coords.), Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 741 ss. (cit. **EP Ruiz Antón 2004**).
- MIR PUIG, El Derecho penal en el **Estado social** y democrático de Derecho, Ed. Ariel, Barcelona, 1994.
- MIR PUIG, Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas, **RECPC 06-01 (2004)**.
- MIR PUIG, **Bases constitucionales** del Derecho penal, Marcial Pons, Madrid, 2011.
- MIR PUIG, Derecho penal. Parte General, 9ª ed., Ed. Reppertor, Barcelona, 2011 (cit. **PG<sup>9</sup> 2011**).
- MIR PUIG, Las nuevas “penas” para personas jurídicas, una clase de “penas” sin culpabilidad, en **Foro FICP** — Tribuna y Boletín de la FICP, n° 2014-1 (abril), pp. 24 ss.
- MONTORO PUERTO, La **infracción** administrativa, Ed. Nauta, Barcelona, 1965.
- NAGLER, Die **Teilnahme** am Sonderverbrechen, Verlag von Wilhelm Engelmann, Leipzig, 1903.
- NAVARRO CARDOSO, **Infracción administrativa** y delito: límites a la intervención del Derecho penal, Ed. Colex, Madrid, 2001.
- ALEJANDRO NIETO, en Alejandro Nieto/Tomás R. Fernández, **El Derecho y el revés**, Ed. Ariel, Barcelona, 1999.
- ALEJANDRO NIETO, Derecho administrativo sancionador, 5ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 2012 (cit. **DAS**).
- NIETO MARTÍN, La **responsabilidad** penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo, Iustel, Madrid, 2008.
- NIEZTSCHKE, Die **fröhliche Wissenschaft**, edición Insel Taschenbuch, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1982.
- NINO, **Introducción** al análisis del Derecho, 2ª ed., Ariel, Barcelona, 1984.
- OCTAVIO DE TOLEDO, ¿Responsabilidad penal de los entes sociales?, **ADPCP 2009**, pp. 93 ss.
- ORTIZ DE URBINA, **Sanciones penales** contra empresas en España (*hispanica societas delinquere potest*), en Kuhlen/Montiel/Ortiz de Urbina (eds.), *Compliance* y teoría del Derecho penal, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 263 ss.
- PARDES CASTAÑÓN, La **justificación** de las leyes penales, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- PAWLIK, “Verdeckte Ermittlungen und Schweigerecht des Beschuldigten. Zu den Anwendungsgrenzen der §§ 136 Abs.1 S.2 und § 136a StPO”, **GA 1998**.
- I. PEMÁN GAVÍN, El **sistema** sancionador español. Hacia una teoría general de las infracciones y sanciones administrativas, Ed. Cedecs, Barcelona, 2000.
- PÉREZ ROYO, Los **delitos** y las infracciones en materia tributaria, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1986.
- PETTOELLO MANTOVANI, **Responsabilità per fatto altrui**. Ai confini tra Diritto civile e Diritto penale, Giuffrè Editore, Milano, 1962.
- PHILIPPS, Endliche **Rechtsbegriffe** mit unendlichen Grenzen, en Schweighofer et al. (eds.), Effizienz von e-Lösungen in Staat und Gesellschaft. Aktuelle Fragen der Rechtsinformatik Tagungsband des 8. Internationalen Rechtsinformatik Symposiums IRIS 2005, Richard Boorberg Verlag, Stuttgart/München/Hannover/Berlin/Weimar/Dresden, 2005, pp. 87 ss.
- RACHOR, en Liskén/Denninger, Handbuch des **Polizeistrafrechts**, 5ª ed., C. H. Beck, München, 2012.
- ROBLES PLANAS, ¿Delitos de personas jurídicas?, **InDret 2/2006**.
- ROBLES PLANAS, El “hecho propio” de las personas jurídicas y el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2008, **InDret 2/2009**.
- ROBLES PLANAS, Pena y persona jurídica: crítica del artículo 31 bis CP, **Diario La Ley n° 7705, 29 Sep. 2011**.
- RODRIGUEZ MOURULLO, Derecho penal. Parte General, Ed. Civitas, Madrid, 1977 (cit. **PG I 1977**).
- ROXIN, Strafrecht. Allgemeiner Teil I, 4ª ed., C. H. Beck, München, 2006 (cit. **AT I<sup>4</sup> 2006**).
- SANTOS BRIZ, La **responsabilidad** civil, Ed. Montecorvo, Madrid, 1970.
- R. SCHMITT, Wie weit reicht § 30 des Ordnungswidrigkeitengesetz, en Festschrift für Richard Lange, Walter de Gruyter, Berlin/New York, 1976, pp. 877 ss. (cit. **FS Lange 1976**).
- SCHROTH, **Unternehmen** als Normadressaten und Sanktionssubjekte. Eine Studie zum Unternehmensstrafrecht, Brühlscher Verlag, Giessen, 1993.

- SCHÜNEMANN, Grund und Grenzen der unechten **Unterlassungsdelikte**, Verlag Otto Schwartz & CO, Göttingen, 1971.
- SCHÜNEMANN, **Unternehmenskriminalität** und Strafrecht, Carl Heymanns Verlag, Köln/Berlin/Bonn/München, 1979
- SCHÜNEMANN, Strafrechtsdogmatische und kriminalpolitische Grundfragen der Unternehmenskriminalität, en **wistra** 1982, pp. 41 ss. (= ADPCP 1988, pp. 551 ss.).
- SCHÜNEMANN, Die Gesetzesinterpretation in Schmittfeld von Sprachphilosophie, Staatsverfassung und juristischer Methodenlehre, en Festschrift für Klug I, Köln, 1983, pp. 169 ss. (cit. **FS Klug I 1983**).
- SCHÜNEMANN, ¿Ofrece la reforma del Derecho penal económico alemán un modelo o un escarmiento?, en Jornadas sobre la "Reforma del Derecho Penal en Alemania", editado por el Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992, pp. 31 ss. (cit. **Jornadas 1992**)
- SCHÜNEMANN, Zum Verhältnis von Norm und Sachverhalt bei der Rechtsanwendung, von Ober- und Untersatz im Justizsyllogismus und von Rechts- und Tatfrage im Prozeßrecht, en Festschrift für Arthur Kaufmann, 1993, pp. 299 ss. (cit. **FS Arthur Kaufmann 1993**).
- SCHÜNEMANN, Die Strafbarkeit der juristischen Person aus deutscher und europäischer Sicht, en Schünemann/Suarez Gonzalez (eds.), Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrechts. **Madrid-Symposium für Klaus Tiedemann**, Köln, Berlin, Bonn, München 1994, pp. 265 ss. (= en Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann, Ed. Boletín oficial del Estado, Madrid, 1995, pp. 565 ss.).
- SCHÜNEMANN, Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissen, **GA 1995**, pp. 201 ss. (= ADPCP, 1996, pp. 209 s.).
- SCHÜNEMANN, Begründung und Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung der Unternehmenskriminalität, en Schünemann (ed.), Unternehmenskriminalität; **Deutsche Wiedervereinigung Band III**, Köln, Berlin, Bonn, München 1996, pp. 153 ss.
- SCHÜNEMANN, La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal, en **Modernas tendencias** en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología, UNED, Madrid, 2000, pp. 643 ss.
- SCHÜNEMANN, Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft, Festschrift für Roxin, Walter de Gruyter, Berlin/New York, 2001, pp. 1 ss. (cit. **FS Roxin 2001**).
- SCHÜNEMANN, Responsabilidad penal en el marco de la empresa. Dificultades relativas a la individualización de la imputación, **ADPCP 2002**, pp. 9 ss.
- SCHÜNEMANN, La responsabilidad penal de las empresas y sus órganos directivos en la Unión Europea, en Bajo/S. Bacigalupo/Gómez-Jara (eds.), **Constitución europea** y Derecho penal económico, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2006, pp. 141 ss.
- SCHÜNEMANN, Comentario previo al § 25, en LK I, 12ª ed., 2006 (cit. **LK<sup>12ª</sup> 2006**).
- SCHÜNEMANN, Strafrechtliche Sanktionen gegen Wirtschaftsunternehmen?, en Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht – Festschrift für Klaus Tiedemann, Carl Heymanns Verlag 2008, pp. 429 ss. (cit. **FS Tiedemann 2008**).
- SCHÜNEMANN, Aufgabe und Grenzen der Strafrechtswissenschaft im 21. Jahrhundert, in: Strafrecht zwischen System und Telos –Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg, Tübingen 2008, pp. 39 ss. (cit. **FS Herzberg 2008**).
- SCHÜNEMANN, Die großen wirtschaftsstrafrechtlichen Fragen der Zeit, **GA 2013**, pp. 193 ss.
- SCHÜNEMANN, Die aktuelle Forderung einer Verbandsstrafe –ein kriminalpolitischer Zombie, **ZIS 1/2014**, pp. 1 ss.
- SCHÜNEMANN, Zur Frage der **Verfassungswidrigkeit** und der Folgen eines Strafrechts für Unternehmen. Rechtsgutachten zum Gesetzentwurf des Landes Nordrhein-Westfalen, 2013, [http://www.familienunternehmen.de/media/public/pdf/studien/Studie\\_Stiftung\\_Familienunternehmen\\_Unternehmensstrafrecht.pdf](http://www.familienunternehmen.de/media/public/pdf/studien/Studie_Stiftung_Familienunternehmen_Unternehmensstrafrecht.pdf)
- SCHÜNEMANN, Ein neues Bild des Strafrechtssystems? Zugleich Rezension von *Günther Jakobs*, System der strafrechtlichen Zurechnung, 2012, en **ZStW 2014**, pp. 1 ss.
- SCHÜNEMANN, **Europäisierung** der Strafrechtspflege als Demontage des demokratischen Rechtsstaats, Berliner Wissenschafts-Verlag GmbH, Berlin, 2014.
- SEILER, **Strafrechtliche Massnahmen** als Unrechtsfolgen gegen Personenverbände, Universitätsverlag Freiburg Schweiz, 1967.
- SILVA SÁNCHEZ, La responsabilidad penal de las **personas jurídicas** en Derecho español, en Silva Sánchez (dir.)/Montaner Fernández (coord.), Criminalidad de empresa y *compliance*, Atelier, Barcelona, 2013, pp. 15 ss.
- SILVA SÁNCHEZ, **Fundamentos** del Derecho penal de la empresa, Edisofer/IBdF, 2013.
- SILVA SÁNCHEZ (dir.)/MONTANER FERNÁNDEZ (coord.), Criminalidad de empresa y *compliance*, Atelier, Barcelona, 2013.
- SILVA SÁNCHEZ/ORTIZ DE URBINA, El artículo 31.2 del Código penal. ¿Responsabilidad penal de las

- personas jurídicas o mero aseguramiento del pago de la multa?, **InDret 2/2006**.
- SOLER COSTA, REBECA, El **poder** de las palabras. Un análisis del lenguaje pedagógico, Mira Editores, Zaragoza, 2014.
- STRATENWERTH, Strafrechtliche Unternehmenshaftung?, en Festschrift für Rudolf Schmidt, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1992, pp. 295 ss. (cit. **FS R. Schmitt 1992**).
- SUAY RINCÓN, **Sanciones** administrativas, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1989.
- TIEDEMANN, Die “Bebussung” von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, **NJW 1988**, pp. 1169 ss.
- URRUELA MORA, La introducción de la responsabilidad penal de las **personas jurídicas** en Derecho español en virtud de la LO 5/2010: perspectiva de *lege lata*, en Romeo Casabona/Flores Mendoza (eds.), Nuevos instrumentos jurídicos en la lucha contra la delincuencia económica y tecnológica, Comares, Granada, 2012, pp. 465 ss.
- VOGEL, Unrecht und Schuld in einem Unternehmensstrafrecht, **StV 7/2012**, p. 427 ss.
- VON FREIER, Kritik der **Verbandstrafe**, Duncker & Humblot, Berlin, 1998.
- WELZEL, **Introducción** a la Filosofía del Derecho, trad. de la 4ª ed. alemana de Naturrecht und materiale Gerechtigkeit, de Felipe González Vicén, segunda reimpr. de la 2ª ed. de 1971 en español, Aguilar, Madrid, 1977
- H.J. WOLFF, **Verwaltungsrecht**, I, 8ª ed., Verlag C.H. Beck, München, 1971.
- WÜRTEMBERGER, Die **geistige Situation** der deutschen Strafrechtswissenschaft, 2ª ed., Verlag C. F. Müller, Karlsruhe, 1959.
- ZAFFARONI, Derecho penal. Parte General, 2ª ed., Ediar, Buenos Aires, 2002 (cit. **PG<sup>2</sup> 2002**)
- ZANOVER, ANGELA Mª **Frasas latinas**, trad. de M. Angels Pujol i Foyo, Ed. de Vecchi, Barcelona, 2000.
- ZORNOZA PÉREZ, El **sistema** de infracciones y sanciones tributarias, Civitas, Madrid, 1992.
- ZUGALDÍA, Conveniencia político criminal e imposibilidad dogmática de revisar la fórmula tradicional “societas delinquere non potest”, **CPC (11)1980**, pp. 67 ss.
- ZUGALDÍA, Capacidad de acción y capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas, **CPC (53) 1994**, pp. 613 ss.
- ZUGALDÍA, Las penas previstas en el artículo 129 del Código penal para las personas jurídicas (Consideraciones teóricas y consecuencias prácticas), **PJ (46) 1997**, pp. 327 ss.
- ZUGALDÍA, La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el Derecho penal español, en Quintero/Morales (coordinadores), El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz, Ed. Aranzadi, 2001, pp. 885 ss. (cit. **LH Valle 2001**).
- ZUGALDÍA, **Vigencia** del principio societas delinquere non potest en el moderno Derecho penal, en Hurtado/Del Rosal/Simons, La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: una perspectiva comparada, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- ZUGALDÍA, La **responsabilidad** criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, **Bases** para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas, 2ª ed., Aranzadi, 2003.

\* \* \* \* \*

**6ª Sesión.****Imputación personal, culpabilidad y neurociencia.****Prof. Dr. Eduardo Demetrio Crespo**

Catedrático de Derecho penal. Universidad de Castilla-La Mancha, España. Socio de la FICP.

**~¿Libertad versus determinismo en Derecho penal?\* \*\*~****I.**

¿Se contraponen en realidad libertad y determinismo?, ¿lo hacen en el Derecho penal?, y, en último término, ¿se contraponen el determinismo, o más bien, una cierta concepción del determinismo, con el concepto de responsabilidad asociado a la libertad, o con más precisión, a una cierta concepción de la libertad? Aunque no se trata aquí tanto de exponer mi punto de vista, seguramente equivocado, y en todo caso, falsable, al menos si pretende aspirar al mínimo de consistencia científica en el sentido que POPPER<sup>1</sup> atribuyó a la lógica científica, sí quisiera esforzarme en distinguir dos o tres planos de la discusión que entiendo que se mezclan indebidamente con demasiada frecuencia.

El *primer plano* tiene que ver con la sempiterna discusión puramente filosófica sobre la libertad de voluntad, en la que ya se reconoce cada vez con más frecuencia que se halla en un verdadero punto muerto dialéctico, en el que no es posible avanzar en ningún sentido<sup>2</sup>. Esto no es óbice, aunque resulte paradójico, para que la producción bibliográfica al respecto sea imparable y justamente se haya reavivado, entre otros motivos, a partir de los nuevos descubrimientos sobre el funcionamiento del cerebro<sup>3</sup>. El *segundo plano* es el que en realidad ha concitado el debate entre neurociencias y

---

\* Publicado en Revista de Derecho y Genoma Humano, Número extraordinario Jornadas XX Aniversario, 2014, pp. 111-124

\*\* Trabajo elaborado dentro del proyecto de investigación “Neurociencia y Derecho penal: nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad” (MICINN / DER2009-09868) a partir de la conferencia pronunciada en el marco de los seminarios de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación (Madrid, 08.05.2013). El texto ha servido también como base, junto a las ideas desarrolladas en otros trabajos publicados con anterioridad, a la ponencia presentada en las XX Jornadas de Derecho y Genoma Humano organizadas por la Cátedra Interuniversitaria Diputación Foral de Bizkaia de Derecho y Genoma Humano (Bilbao, 21.05.2013) y, últimamente, a la ponencia presentada en el I Congreso Internacional de la Fundación Internacional de Ciencias Penales “Retos actuales de la teoría del delito” (Barcelona, 30.05.2015).

<sup>1</sup> POPPER, K., La lógica de la investigación científica, 5ª reimp, Madrid: Tecnos, 1984

<sup>2</sup> CHIESA, L.E., Punishing without free will, Utah Law Review, 6, (2011), pp. 1-88, p. 51.

<sup>3</sup> DEMETRIO CRESPO, E., Libertad de voluntad, investigación sobre el cerebro y responsabilidad penal, InDret, 2/2011, pp.1-38, con múltiples referencias.



derecho penal, y éste es uno mucho más concreto y con repercusiones prácticas, pero que corre el riesgo de ser desenfocado desde múltiples perspectivas.

Se equivocan de raíz, creo, quienes piensen que los problemas prácticos del derecho penal se pueden resolver sin acudir a planteamientos filosóficos o con la sola ayuda de la dogmática o reglas técnicas de la interpretación de los preceptos del código penal. La fundamentación metodológica última de esas reglas conducirá una y otra vez a preguntas ulteriores, que obligan al jurista a asomar la mirada un poco más allá. Si esto es claro para los juristas, también es aplicable, sin embargo, a los científicos que se valen de un método empírico basado en la experimentación, porque, como ya resaltó EINSTEIN, “la ciencia sin epistemología es, en la medida en que sea concebible, primitiva y confusa”<sup>4</sup>. De ahí que, en mi opinión, neurociencias y derecho penal estén obligados a entenderse, lo que significa sólo un punto de partida<sup>5</sup>.

En efecto, quienes piensan, o bien que es mejor abstenerse de introducir planteamientos filosóficos en el saber penal porque en último término nuestro “juego” (léase nuestras reglas de imputación) es uno que obedece de modo hermético a sus propias reglas<sup>6</sup>, lo que exime de hacerse ulteriores preguntas (y no se olvide que el pensamiento metodológico remite a cuestiones de fundamentación filosófica), o bien que sería mejor no establecer diálogo alguno con los planteamientos que provienen de las neurociencias porque éstas manejan métodos de investigación diferentes<sup>7</sup>, renuncian de antemano, me permito decir que de manera contraintuitiva desde el punto de vista del conocimiento, a ofrecer respuestas allí donde éstas son necesarias porque conciernen al principal problema penal desde siempre, el de la legitimación del castigo. Respuestas que, por otro lado, la ciencia penal está en posición de ofrecer por haber reflexionado durante largo tiempo sobre ellas y disponer a su vez de un instrumental conceptual y metodológico muy elaborado.

---

<sup>4</sup> EINSTEIN, A., Remarks concerning the essays brought together in this cooperative volumen, en P.A. Schilpp (coord.), *Albert Einstein, philosopher-scientist*, Evanston: Library of living philosophers, 1949, pp. 665 y ss. (citado por RAMOS VÁZQUEZ, J.A., *Ciencia, libertad y Derecho penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 181).

<sup>5</sup> DEMETRIO CRESPO, E., *Compatibilismo humanista. Una propuesta de conciliación entre Neurociencias y Derecho penal*, en E. Demetrio Crespo (Dir.) / M. Maroto Calatayud (Coord.), *Neurociencias y Derecho penal. Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*, Buenos Aires et al.: BdeF & Edisofer, 2013, pp. 17-42, p. 18.

<sup>6</sup> JAKOBS, G., *Individuo y persona. Sobre la imputación jurídico-penal y los resultados de la moderna investigación neurológica*, en B. Burkhardt & K. Günther & G. Jakobs, *El problema de la libertad de acción en el Derecho penal*, Buenos Aires: Ad.Hoc, pp.131-157, 154.

<sup>7</sup> HASSEMER, W., *Neurociencias y culpabilidad en Derecho penal*, *InDret*, 2/2011, pp. 1-15, 6-7; *IB., Grenzen des Wissens im Strafprozess*, *ZStW*, nº 121, 2009, pp. 829-859, 846.

*Es aquí, donde quisiera introducir el salto al segundo plano al que antes me refería.* Establecido lo anterior, es claro que la opción adecuada no pasa por buscar una escapatoria en el plano metodológico porque el problema no reside en el método, sino en las consecuencias epistemológicas y, por tanto, filosóficas, que nos conciernen tanto a juristas como neurocientíficos en torno a una determinada imagen del hombre<sup>8</sup>. El objeto de conocimiento es el mismo, pero difiere el modo de enfocarlo y la manera de llegar a conclusiones sobre el mismo, a partir, eso sí, de diferentes métodos. Si esta premisa fuera cierta, ciertamente, estamos a obligados a entendernos. Pero esto no significa que deban aterrizar los resultados que se obtienen a través de un experimento, o más exactamente, de una determinada interpretación del mismo, en el ámbito del derecho, en nuestro caso, del derecho penal, y de conceptos básicos en la configuración dogmática de la teoría del delito, como sin duda lo es la culpabilidad, y trastocarlo completamente sin contraponer la enorme fuerza discursiva que éste posee en el modelo del derecho penal del Estado de Derecho.

A pesar de todo, algunos prefieren desactivar el problema previamente, bien por considerarlo irrelevante al partir de una configuración del concepto jurídico-penal de la culpabilidad que atiende de modo primordial a la estabilización del sistema normativo, desatendiendo, por tanto, la cuestión subyacente relativa a su legitimación democrática, o bien por entender que la perspectiva científica en torno al determinismo, lo que incluye al neurodeterminismo, es una completamente equivocada ya en el plano epistemológico por estar lastrada por una suerte de cientifismo radical o confianza ciega en que los únicos conocimientos válidos son los que se adquieren mediante las ciencias positivas, conclusión que parecería poder demostrarse desde la lógica de los actos del habla, aquellos relativos a la perspectiva interna de la que deriva nuestro propio auto-entendimiento como seres humanos a partir del cual adquirimos identidad individual y social<sup>9</sup>.

Esta última es, de algún modo, una respuesta desde fuera, que no necesita invocar el concepto jurídico-penal de la culpabilidad, y que recaba su fuerza del enorme aporte que la filosofía de WITTGENSTEIN<sup>10</sup> ha realizado a la filosofía de la mente, lo que conduce de manera más amplia a la defensa del concepto de libertad de acción como

---

<sup>8</sup> DEMETRIO CRESPO, E., Identidad y responsabilidad penal, AFDUAM, nº17, 2013, pp. 237-254, con múltiples referencias.

<sup>9</sup> RAMOS VÁZQUEZ, JA., Ciencia, libertad y Derecho penal, 2013, pp. 107 y ss.

<sup>10</sup> WITTGENSTEIN, L., Investigaciones filosóficas, Crítica: Barcelona, 1988.

base del derecho penal, base que cabría deducir de las estructuras mismas del lenguaje. Sin embargo se trata de un aspecto muy debatido, lo que ha permitido que autores como SEARLE discutan la idea de que la conciencia no puede situarse en el cerebro ya que, en su opinión, “la exigencia de que el sistema, la persona en su totalidad, sea capaz de manifestar una conducta no implica que no pueda haber un elemento del sistema, el cerebro, que sea el lugar de los procesos conscientes”<sup>11</sup>. Detrás se situaría la falacia de confundir las reglas de uso de las palabras con la ontología aplicando una suerte de “conductismo lógico wittgenstiano”. Lo que BENNETT y HACKER<sup>12</sup> llaman “falacia mereológica” sería para SEARLE más bien un “error categorial” en el sentido de RYLE<sup>13</sup>, error en el que incurriría el cartesianismo al colocar en conjunción términos pertenecientes de dos categorías distintas<sup>14</sup>. Ciertamente se trata en gran medida de un problema de uso del lenguaje, hasta el punto de que cualquier posicionamiento en tan intrincado asunto dependerá en buena parte del significado que otorguemos a los distintos conceptos en juego, en nuestro caso, determinismo y libertad. Pero esto no quiere decir, en mi opinión, que la solución resida en el lenguaje. Decir que fuera del lenguaje no hay nada, o que nada tiene sentido más allá de nuestros juegos del lenguaje, es tan poco falsable como decir que no hay sentido alguno ni posibilidad de conocimiento de ninguna clase fuera del campo experimental.

## II.

Dicho esto, me temo que la mejor manera de afrontar el problema para un penalista no encerrado en ninguna torre de marfil, es abordar el problema desde dentro, o bien, desde dentro y desde fuera a la vez.

Una primera forma de hacerlo, no sólo responde desde el interior del sistema penal, sino que, además, lo hace desde el punto de vista que proporciona la primera persona. A partir de aquí una idea general es la afirmación de que nuestro sistema constitucional de organización política parte del *ideal de la libertad*, así como también nuestro propio auto-entendimiento, lo que se traduce resumidamente en la posibilidad

---

<sup>11</sup> SEARLE, J., Situar de nuevo la conciencia en el cerebro, en M.R. Bennett & D. Dennett & P. Hacker & J. Searle, La naturaleza de la conciencia. Cerebro, mente y lenguaje, Nueva York: Paidós, pp. 121-155, 130.

<sup>12</sup> BENNETT, M. & HACKER, P., Philosophical foundations of neuroscience, Oxford: Blackwell, 2003

<sup>13</sup> RYLE, G., The concept of mind, London & New York: Routledge, 2009, p. 6 [„It represents the facts of mental life as if they belonged to one logical type or category (or range of types or categories) when they actually belong to another“].

<sup>14</sup> SEARLE, J., en M.R. Bennett & D. Dennett & P. Hacker & J. Searle, La naturaleza de la conciencia, p. 130.

de entender la culpabilidad como un reproche ético-jurídico que se formula al individuo por el mal uso de su libertad<sup>15</sup>. Una reformulación de la misma apunta en el sentido de que lo realmente importante no es si somos realmente libres, sino que, lo seamos o no, creemos en todo caso que lo somos. BURKHARDT lo explica diciendo que ante el dilema a que conduce asumir la libertad contra-causal como requisito previo de la culpabilidad personal y, al mismo tiempo, que el procedimiento penal es incapaz de probarla retrospectivamente, es decir, ante la alternativa de entender, o bien que esa prueba no es necesaria, o bien que hay que operar sin el principio de culpabilidad, lo decisivo es si se actuó en la creencia de que se tenía esa alternativa (la posibilidad de actuar de otro modo)<sup>16</sup>. Es decir, para él lo decisivo no es la libertad objetiva, sino la libertad subjetiva o la *experiencia de libertad*.

Este punto de vista, que está detrás del concepto tradicional de la culpabilidad retribucionista basada en el poder actuar de otro modo choca frontalmente con las afirmaciones de los neurocientíficos de que una cosa es asumir la experiencia de voluntad consciente y otra muy distinta la causación de las acciones por dicha voluntad consciente<sup>17</sup>. Ante este dilema algunos se han adentrado por la complicada senda de tratar de refutar la validez de los experimentos científicos como los llevados a cabo por el neurólogo BENJAMIN LIBET<sup>18</sup> en California y más recientemente por otros científicos en el Reino Unido y en Alemania, que parecen demostrar la existencia de un potencial de preparación en virtud del cual el cerebro se activa unos instantes antes de que el sujeto tenga la impresión subjetiva de libertad. En particular se discute con intensidad y buenas razones si realmente es lógico extraer consecuencias de alcance general sobre estos resultados, y muy especialmente, acerca de otro resultado que también habría alcanzado el propio LIBET en experimentos posteriores, según el cual entre el momento en el que el sujeto cree tener consciencia de querer hacer algo y el momento de ejecución del acto voluntario todavía hay una fracción de tiempo de unos 100 ms,

<sup>15</sup> HIRSCH, H.J., Acerca de la actual discusión alemana sobre libertad de voluntad y Derecho penal (traducción de E. Demetrio Crespo), en E. Demetrio Crespo (Dir.) / M. Maroto Calatayud (Coord.), Neurociencias y Derecho penal. Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad, Buenos Aires et al.: BdeF & Edisofer, 2013, pp. 43-56, 54.

<sup>16</sup> BURKHARDT, B., La comprensión de la acción desde la perspectiva del agente en el derecho penal, en B. Burkhardt & K. Günther & G. Jakobs, El problema de la libertad de acción en el Derecho penal, Buenos Aires: Ad.Hoc, pp.29-93, 40.

<sup>17</sup> RUBIA, F.J., Neurociencia y libertad, en E. Demetrio Crespo (Dir.) / M. Maroto Calatayud (Coord.), Neurociencias y Derecho penal. Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad, Buenos Aires et al.: BdeF & Edisofer, 2013, pp. 185-190, 187.

<sup>18</sup> LIBET, B., Do we have Free Will?, en W. Sinnott-Armstrong & L. Nadel, Conscious Will and Responsibility, Oxford: University Press, 2011, pp. 1-10 (Vid., además, las referencias bibliográficas citadas en este artículo, así como las otras contribuciones del mismo volumen).

medida en términos de actividad cerebral, durante la cual el sujeto sometido al experimento podría vetar el acto voluntario<sup>19</sup>.

FRANCISCO RUBIA hace alusión al problema advirtiendo que a este argumento se le contestó por otros científicos que ese “libre no querer” tendría que utilizar el mismo tiempo que el “querer” y para eso no habría tiempo suficiente<sup>20</sup>. Estas reflexiones se sitúan en línea con otras como la frase acuñada por WOLFGANG PRINZ según la cual “no hacemos lo que queremos, sino que queremos lo que hacemos”<sup>21</sup> y, en último término, con una idea más amplia que se remonta a SPINOZA (1632-1677) según la cual no existe una mente absoluta entendida como voluntad libre, sino que la mente está determinada para querer una cosa u otra por alguna causa, que estaría determinada de nuevo por otra causa y así sucesivamente. Como se advierte, un determinismo fuerte o mecanicista de este tipo se apoya de un modo decisivo en el pensamiento causal, lo que parece situarse en contradicción con algunos desarrollos que provienen p.e de la teoría del caos o de la física cuántica, que afirman más bien la existencia de una multiplicidad de factores que, en un momento determinado, producen ese resultado en el contexto de sistemas dinámicos<sup>22</sup>. Estos intentos tampoco convencen a científicos como PRINZ, que los etiquetan como formulaciones de “determinación indeterminada” científicamente inaceptables por renunciar a una explicación ulterior<sup>23</sup>. Sin embargo, la discusión es muy antigua y en ella han intervenido importantísimos filósofos como DAVID HUME (1711-1766), quien ya apuntó que la separación de la idea de una causa de la del comienzo de la existencia (de algo) es perfectamente imaginable, lo que no implica contradicción ni sinsentido alguno<sup>24</sup>.

---

<sup>19</sup> PÉREZ MANZANO, M., El tiempo de la consciencia y de la libertad de voluntad, en E. Demetrio Crespo (Dir.) / M. Maroto Calatayud (Coord.), Neurociencias y Derecho penal. Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad, Buenos Aires et al.: BdeF & Edisofer, 2013, pp. 105-135, 116-117.

<sup>20</sup> RUBIA, F., en E. Demetrio Crespo (Dir.) / M. Maroto Calatayud (Coord.), Neurociencias y Derecho penal, 2013, p. 185.

<sup>21</sup> PRINZ, W., Kritik des freien Willens: Bemerkungen über eine soziale Institution, en Psychologische Rundschau, nº 55/4, pp.198-206; IB., Willensfreiheit als soziale Institution, en T. Hillenkamp (Hrsg.), Neue Hirnforschung – Neues Strafrecht?, Baden-Baden: Nomos, 2006, pp.51-62.

<sup>22</sup> SMITH, L., A very short Introduction, Oxford: University Press, 2007, pp. 33 y ss; MERKEL, R., Willensfreiheit und rechtliche Schuld, Baden-Baden: Nomos, 2008, pp. 26-30.

<sup>23</sup> PRINZ, W., Psychologische Rundschau, nº 55/4, p. 201.

<sup>24</sup> HUME, D., A treatise of human nature, Harmondsworth: Penguin Books, 1969, p. 127 [«The separation, therefore, of the idea of a cause from that of a beginning of existence, is plainly possible for the imagination; and consequently the actual separation of these objects is so far possible, that it implies no contradiction nor absurdity; and is therefore incapable of being refuted by any reasoning from mere ideas; without which ‘tis impossible to demonstrate the necessity of a cause»].

En una atrayente contribución JOSÉ M<sup>a</sup> DELGADO recuerda, por ejemplo, “que el diseño de los cerebros no es el de una estructura biológica que funciona bajo el paradigma de a un estímulo una respuesta, sino que lo hace desde el principio de un mundo interno/interior capaz de tomar iniciativas no contingentes con el entorno, fruto muchas veces de una elaboración anterior al momento en el que se realiza el comportamiento” y que “la información sensorial que percibimos no ha de reproducirnos el mundo animado o inanimado tal como es, sino que basta con que sea de utilidad para la supervivencia”<sup>25</sup>, al tiempo que se esfuerza en destacar que, como consecuencia del principio de incertidumbre, para tener un sistema estable que genere actividades constantes y reconocibles hace falta que esté compuesto por un elevado número de elementos<sup>26</sup> y que, aunque la neurociencia contemporánea ha alcanzado algunas conclusiones sobre los centros neuronales relacionados con los procesos electivos, todavía se sabe muy poco sobre los mecanismos neuronales que intervienen en los mismos. Este autor advierte que una cosa es la pregunta acerca de *cómo* el cerebro produce comportamientos, emociones, sentimientos y pensamientos, y otra *dónde*, siendo mucho más difícil de contestar la primera, mientras que otras como el *por qué* o el *para qué* se saldrían del ámbito experimental<sup>27</sup>. Particularmente claro en este terreno es el neuropsicólogo WOLFGANG PRINZ, que considera que se pueden analizar las prestaciones del cerebro desde tres perspectivas: el comportamiento, la representación y la subjetividad. Mientras que en los dos primeros aspectos ya se sabe bastante, aunque todavía se esté lejos de entender los principios básicos, la ciencia se siente desvalida, afirma, en el último campo mencionado<sup>28</sup>. Esto se debería a que no puede explicar cómo funcionan los procesos cerebrales que producen la conciencia. En opinión del mencionado autor la naturaleza de la subjetividad y la conciencia no puede llegar a explicarse y entenderse sólo con el “arsenal” de la investigación sobre el cerebro, sino que se precisa una teoría marco completa que comprenda y tenga en cuenta no sólo los fundamentos biológicos o naturales, sino también los sociales y culturales sobre los que ambas se asientan<sup>29</sup>. Por su lado, MANUEL DE JUAN destaca que aquello que llamamos conciencia no es sino el conjunto de respuestas emocionales que, una vea adquiridas,

---

<sup>25</sup> DELGADO GARCÍA, J. M<sup>a</sup>., Hacia una Neurofisiología de la libertad, en E. Demetrio Crespo (Dir.) & M. Maroto Calatayud (Coord.), Neurociencias y Derecho penal. Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad, Buenos Aires et al.: BdeF & Edisofer, 2013, pp. 3-15, 5.

<sup>26</sup> *Ibíd.*, p. 9.

<sup>27</sup> *Ibíd.*, p. 10.

<sup>28</sup> PRINZ, W., “Was wissen und können Hirnforscher in zehn Jahren?“, en *Gehirn&Geist*, nº 6, 2004, p. 35.

<sup>29</sup> *Ibidem*

operan de forma automatizada, ya sea causándonos temor antes de cometer el delito o remordimiento una vez cometido, disminuyendo así la posibilidad de volver a delinquir<sup>30</sup>. Vista así, dice DE JUAN, la conciencia es un mecanismo de aprendizaje muy superior al castigo por tratarse de una reacción autónoma que opera de manera inmediata, inevitable y nada azarosa<sup>31</sup>.

Me gustaría utilizar las siguientes reflexiones de JOSÉ M<sup>a</sup> DELGADO para abonar la tesis que me proponía defender al principio: (a) nadie ha demostrado que los entes inmatriciales puedan hacer lo que les venga en gana, por ejemplo, elegir sin tener en cuenta la larga lista de condiciones previas que preceden (y pueden causar) la elección; (b) ninguna de las fuerzas que existen en la naturaleza (gravitatoria, nuclear fuerte, nuclear débil y electromagnética) explica cómo un ente inmaterial podría actuar sobre la materia, esto es, cómo la mente daría órdenes al cerebro para que éste pusiese en marcha los actos motores que nos llevan de un lado a otro y que nos permiten hablar y escribir; (c) este debate entre lo material y lo inmaterial suele incluir un concepto de lo material muy alejado de cómo se interpreta desde la física contemporánea<sup>32</sup>.

### III.

Pues bien, de la misma manera que sería equivocado probablemente pasar por alto los avances producidos en el ámbito de la física contemporánea, lo mismo sería predicable respecto a la filosofía de la mente, y al propio derecho penal. Visto así, podría considerarse como un retroceso significativo “volver” a un concepto de culpabilidad basado en el “poder actuar de otro modo” cuando parecía ampliamente superado, o “regresar” a conceptos de “culpabilidad de autor”, que también parecían abandonados, en el primer caso a partir de una cierta reacción defensiva frente a los postulados deterministas, y en el segundo, como consecuencia de los mismos.

La vía adecuada en la resolución del problema penal se aleja, en mi opinión, de dos opciones metodológicas extremas, que vienen representadas por el indeterminismo y el determinismo fuertes.

---

<sup>30</sup> DE JUAN ESPINOSA, M., Psicopatía antisocial y neuropsicología, en E. Demetrio Crespo (Dir.) / M. Maroto Calatayud (Coord.), Neurociencias y Derecho penal. Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad, Buenos Aires et al.: BdeF & Edisofer, 2013, pp. 575-600, 581.

<sup>31</sup> *Ibíd.*, 582.

<sup>32</sup> DELGADO GARCÍA, J. M<sup>a</sup>., en E. Demetrio Crespo (Dir.) & M. Maroto Calatayud (Coord.), Neurociencias y Derecho penal., 2013, p. 11.

Un *indeterminismo puro* conduce a un vacío que, como hemos visto, es muy difícil de llenar, y que además, a diferencia de lo que sostienen algunos de sus partidarios, no sólo se sitúa enfrente de los conocimientos científicos sobre la multiplicidad de factores que condicionan, y a veces, determinan, el comportamiento del ser humano, sino que se sitúan muy lejos de este último. Trataré de explicar con algo más de detalle en qué me baso para decir esto. Entiendo que no es tarea fácil porque muchos penalistas argumentan de manera enfática que existe una conexión tal entre la idea de libertad de la que parte nuestro sistema de organización política y el modo de configuración del derecho penal asociado al mismo a partir de nuestro propio autoentendimiento, que aquélla implicaría de modo casi imprescindible un concepto de derecho penal y de la culpabilidad jurídico-penal basados en la libertad de voluntad, y ello con independencia de que exista o deje de existir, o afirmando en todo caso, que sí existe aunque no podamos probarlo empíricamente. Tanto es así, que estos autores, acaban advirtiendo generalmente de que, de otro modo, estaríamos abocados a un derecho penal de medidas de fatales consecuencias<sup>33</sup>.

Quienes se dejen seducir por esta idea, no caerán ciertamente en el “canto de sirenas” de la neurociencia, pero sí lo harán en el del “retribucionismo”, al coste de tirar por la borda una larga evolución en el desarrollo de un derecho penal algo menos metafísico, o si se prefiere, como ha subrayado BERNARDO FEJOO<sup>34</sup>, postmetafísico. La defensa del concepto jurídico-penal de culpabilidad debe hacerse, en mi opinión, desde otro ángulo, que ha sido, por cierto, bastante fructífero en el necesario diálogo establecido hasta la fecha entre algunos penalistas y algunos neurocientíficos. El blanco de los ataques de estos últimos ha ido dirigido sobre todo a concepciones de la culpabilidad basadas en el poder actuar de otro modo<sup>35</sup>, y aunque es innegable que ciertos componentes de la capacidad de culpabilidad, como los que giran en torno a la posibilidad de guiar el comportamiento de acuerdo a la previa comprensión, tienen difícil separarse de esa idea, la fundamentación última del concepto jurídico-penal de la culpabilidad hace tiempo que ha procurado encontrar vías alternativas, a la vez que el

---

<sup>33</sup> HIRSCH, H. J., en E. Demetrio Crespo (Dir.) / M. Maroto Calatayud (Coord.), *Neurociencias y Derecho penal*, 2013, p. 49.

<sup>34</sup> FEJOO SÁNCHEZ, B., *Derecho Penal y Neurociencias. ¿Una relación tormentosa?*, *InDret*, 2/2011, pp.1-58, 44.

<sup>35</sup> MERKEL, G & ROTH, G., *Freiheitsgefühl, Schuld und Strafe*, en K.J. Grün & M. Friedman & G. Roth (eds.), *Entmoralisierung des Rechts. Maßstäbe der Hirnforschung für das Strafrecht*, Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, pp. 54-95.



propio Derecho penal encontraba explicaciones más plausibles en el terreno de la legitimación del castigo que las meramente retribucionistas.

De hecho, las fundamentaciones de carácter preventivo que buscan el sentido del castigo en la protección de bienes jurídicos frente a los ataques más intolerables con la finalidad última de hacer posible la convivencia se han considerado más acordes al auténtico espíritu de un derecho penal democrático<sup>36</sup>. Desde esta perspectiva los aportes de las neurociencias, incluso los resultados de los experimentos, sólo vienen a corroborar algo que se viene defendiendo desde hace tiempo por un sector de la ciencia penal, que el concepto jurídico-penal de la culpabilidad no es ni puede ser, en esencia, un juicio de reproche moral por el mal uso de la libertad, sino que representa, más bien, la verificación de una serie de condiciones que establece el ordenamiento jurídico para la *imputación personal de lo injusto a su autor*, condiciones que ciertamente presuponen una autodeterminación de la voluntad, o dicho de otro modo, una margen de libertad que hay que entender en sentido intersubjetivo y que, por lo tanto, no se hace depender de un indemostrable juicio biofísico acerca del poder actuar de otro modo. Esto ya fue visto por WELZEL, quien consideraba el indeterminismo un punto de partida equivocado y no defendía un concepto de culpabilidad basado en la libre determinación de la voluntad o como una decisión a favor de lo malo, sino, en sentido negativo, como “la falta de determinación conforme a sentido en un sujeto capaz de ello”<sup>37</sup>.

Los desarrollos actuales demuestran que es posible concebir un concepto de culpabilidad por el hecho propio del derecho penal del hecho en el Estado de Derecho algo más libre de connotaciones metafísicas a partir de una adecuada elaboración dogmática que tenga en cuenta las variables necesarias para poder convivir con los nuevos conocimientos que derivan hoy, y los que puedan surgir en el futuro, de las ciencias biológicas. Un concepto de este tipo se mueve por necesidad en un contexto compatibilista que asume, como también hacen los neurocientíficos, la necesidad del castigo para hacer posible la convivencia y la imprescindible carga de legitimación democrática asociada al concepto de responsabilidad individual. Aquí no es tan decisiva la etiqueta nominal, esto es, la palabra culpabilidad, sino el acuerdo alcanzado en el marco de la ciencia penal acerca del haz de garantías que este principio/concepto (o si

---

<sup>36</sup> DEMETRIO CRESPO, E., *Prevención general e individualización judicial de la pena*, Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 1999, pp. 51 y ss.

<sup>37</sup> WELZEL, H., *Derecho penal alemán. Parte General*, 11ª ed. (4ª ed. castellana), Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 176.

se prefiere este principio que actúa como regla en diversos contextos) conlleva y que se utilizan a favor del autor.

Un concepto de este tipo no sólo no parte, desde luego, de una idea abstracta o, si se quiere, metafísica, de la libertad, sino que pretende ser más respetuoso con el ideal de libertad como principio de organización política y, a la vez, más próxima al ser humano que la visión indeterminista basada en el retribucionismo, y ello por dos razones principales: (a) se castiga para proteger bienes jurídicos (preventivamente) de acuerdo a un procedimiento impugnabile de regla-excepción en virtud del cual *se supone la normalidad, pero no se parte de ella*; (b) segundo, porque pretende ser *coherente con el resto de las ciencias sociales* al entender claramente insuficiente el punto de vista introspectivo basado en la primera persona para un juicio de hetero-imputación jurídica<sup>38</sup>.

De la combinación de ambos puntos de vista resultan al menos las siguientes consecuencias: (a) primero, la *disolución del “silogismo retribucionista”* en virtud del cual siempre que el sujeto es considerado culpable hay que castigar porque la culpabilidad se entiende, en cierto modo, como un mandato de tratar a las personas de acuerdo con sus acciones voluntarias a pesar de los “costes” para el principio de la libertad; (b) segundo, *el reequilibrio de la carga de la prueba de la libertad*, que para el indeterminismo recae del lado del determinismo, de modo que en todos los casos difíciles conduciría igualmente a castigar; (c) tercero, *una mayor operatividad en el ámbito jurídico*, que no se vería afectada en modo alguno por las consecuencias extremas de la absoluta predeterminación inconsciente de los actos voluntarios. Esta última afirmación requiere alguna explicación ulterior ya que puede resultar irritante tanto para el indeterminista como para el determinista.

Acudiré para ello a algunas reflexiones de JÜRGEN HABERMAS. Este renombrado filósofo entiende que el lenguaje objetivador de la Neurobiología exige al cerebro el rol gramatical que hasta ahora había jugado el “yo”, pero sin encontrar correspondencia alguna en el lenguaje de la psicología cotidiana. Eso le hace preguntarse si en verdad la concepción determinista es una tesis fundamentada por el método científico natural, o sólo forma parte de una visión del mundo naturalista que obedece a una interpretación especulativa de los conocimientos científicos. Mientras que KANT habría tratado de

---

<sup>38</sup> Con más detalle, DEMETRIO CRESPO, E., en E. Demetrio Crespo (Dir.) / M. Maroto Calatayud (Coord.), Neurociencias y Derecho penal, p. 29.

reconciliar la causalidad que proviene de la libertad con la causalidad natural al precio de un dualismo entre los mundos de lo inteligible y de los fenómenos, los programas de investigación reduccionistas sólo podrían eludir la dificultad de un dualismo de perspectivas explicativas y juegos del lenguaje al precio del epifenomenalismo. Esto obedecería justamente a una razón fundamental que consiste en que “normalmente las acciones son el resultado de una compleja concatenación de intenciones y pensamientos, que ponderan los fines y medios alternativos a la luz de oportunidades, recursos y obstáculos”<sup>39</sup>. En este sentido resulta decisivo el juego de *motivos, razones y causas* porque, como subraya HABERMAS, “el carácter condicionado de una decisión no me perturba sólo en tanto que pueda entender ese suceso retrospectivamente de manera implícita como la ejecución de un proceso de reflexión en el que estoy involucrado bien como participante en el discurso o como un sujeto pensante *in foro interno*. Sí lo haría, en cambio, la determinación de mi decisión a través de un suceso neuronal en la que no intervengo como persona que toma partido, justamente porque ya no sería “mi” decisión”<sup>40</sup>.

Sin embargo, no es esto, hasta donde alcanzo, lo que afirman los neurocientíficos. Así, algún eminente neurocientífico como GERHARD ROTH, que ha participado activamente en el debate con los penalistas, se niega a asumir la consecuencia del epifenomenalismo: niega que los actos voluntarios sean realmente tal y como nos los representamos de acuerdo a los conceptos básicos de la psicología popular o del sentido común, debido al papel crucial que juega la memoria emocional de la experiencia en la aparición de deseos e intenciones, y niega también que haya una correlación fija entre un estado de voluntad y una determinada acción, pero aclarando acto seguido que esto no significa que todos los actos conscientes estén completamente predeterminados por procesos inconscientes, lo que los convertiría ciertamente en meros epifenómenos de estos últimos<sup>41</sup>.

Pero, volviendo a HABERMAS, todavía habría que dar un paso más. Dice este pensador que la *explicación racional de una acción* no refiere condiciones suficientes sobre la aparición fáctica del resultado de la acción como en una explicación causal habitual, dado que la fuerza que motiva las razones de la acción presupone que éstas son suficientes en las circunstancias dadas para vincular la voluntad de quien actúa. Esto

---

<sup>39</sup> HABERMAS, J., Freiheit und Determinismus, en DZPhil, nº 52/6, 2004, pp. 871-890, 873.

<sup>40</sup> *Ib.*, 874.

<sup>41</sup> MERKEL, G & ROTH, G., DZPhil, nº 52/6, 2004, pp. 62.

significaría que una motivación mediante razones no sólo vendría a exigir un actor que toma posición de modo racional, sino además, uno que se deja determinar por su entendimiento. Como consecuencia, dice HABERMAS, lo que convierte a alguien en un autor responsable y artífice de su propio hecho no sería sólo la motivación mediante razones determinadas, lo que equivaldría a convertir la declaración de motivos razonables de la acción en una prognosis, sino la adopción razonada de una iniciativa que el agente se atribuye a sí mismo<sup>42</sup>. En este sentido, la solución a la pregunta planteada en el título, si es que tiene alguna, debe venir dada, como concluía FERNANDO MOLINA en un espléndido artículo al respecto, de la aceptación tanto de la perspectiva interna de quien conscientemente actúa en el mundo como de la externa de quien se examina a sí mismo y a los demás como parte de un mundo científicamente explicable<sup>43</sup>. El Derecho penal “se juega” buena parte de su sentido y fundamento en la contraposición entre maldad y enfermedad, así como en la delimitación entre normalidad y anormalidad, y los parámetros que usamos para definirlos. Me permito sugerir que una delimitación de este tipo no puede venir dada exclusivamente por las ciencias naturales sino que está histórica y culturalmente condicionada.

\* \* \* \* \*

---

<sup>42</sup> HABERMAS, J., DZPhil, nº 52/6, 2004, p. 877.

<sup>43</sup> MOLINA FERNÁNDEZ, F., “Presupuestos de la responsabilidad jurídica. Análisis de la relación entre libertad y responsabilidad“, AFDUAM, nº4, 2000, pp. 57-137, 137.

## Prof. Dr. Ángel José Sanz Morán

Catedrático de Derecho penal. Universidad de Valladolid, España.  
Patrono fundador de la FICP.

### ~Imputabilidad y medidas<sup>1</sup>~

1. Sentido de la intervención: al tratarse de un Congreso que trata de los “retos” actuales de la teoría del delito y, en el caso de mi ponencia, del tratamiento penal de los inimputables, es necesario comenzar con un brevísimo apunte sobre el problema del monismo/dualismo de las respuestas penales:

- Y debemos hacerlo con unas previas aclaraciones terminológicas: los planteamientos “monistas” operan sólo con una respuesta, pena o medida. Siempre que hay más de una forma de reacción, hay que hablar de soluciones “dualistas”.
- Monismos:
  - De medidas (en la línea de la Escuela positiva italiana o, modernamente, autores como EISENBERG o BAURMANN). Hoy no se defiende: supone la renuncia a la pena y su sustitución por un modelo cuya inseguridad jurídica es mayor. Por cierto, sería la única solución coherente de aquellos “neurocientíficos” que pretenden poder prescindir de la culpabilidad (y, por ende, de la pena).
  - De pena: tampoco se defiende hoy, pues supone extraer del ámbito penal (y llevarlo al del derecho civil o administrativo), según los casos el tratamiento del inimputable (cosa que hace algún sistema legal). Son indudables, sin embargo, las ventajas de mantener el tratamiento del inimputable en el ámbito penal (*apud* STRATENWERTH):

Se trata de dar respuesta a un “delito”, cuyos elementos deben ser contrastados por la jurisdicción penal; y, entre ellos, deberá ser objeto específico de verificación la misma inimputabilidad del sujeto activo de la conducta punible –lo que no es siempre fácil-, a cuyos efectos, el proceso penal goza de los instrumentos más adecuados. Por otra parte, en cuanto tal respuesta al delito, la necesidad de prevención de nuevos delitos debe situarse en primer plano, lo que se consigue mejor con una respuesta de naturaleza específicamente penal.

---

<sup>1</sup> Esquema-Resumen de la Ponencia presentada en la Universidad de Barcelona, el día 30 de mayo de 2015, en el marco del I Congreso Internacional de la Fundación Internacional de Ciencias Penales: “Retos actuales de la teoría del delito”.

- De ahí que, desde STOOSS, dominen las soluciones “dualistas” o de “doble vía” (recuérdese como incluso LISZT, quien originariamente se opuso a las medidas, entendiéndolo que era suficiente con una *Zweckstrafe* -esto es, una pena orientada teleológicamente-, terminará por aceptar la solución dualista). Y, por ende, apenas se cuestiona la reacción vía medidas frente al inimputable. Y también a nivel doctrinal se defiende con notable claridad la necesidad de mantener penas y medidas de seguridad como formas diferenciadas de respuesta al delito en autores tan significados como FRISCH o, entre nosotros, SILVA SÁNCHEZ.

De acuerdo con estos autores, pervivirían significativas diferencias (en lo que se refiere a sus respectivos presupuestos y fines, el diverso sentido de la privación de libertad y del tratamiento en uno y otro caso y el diverso alcance que cobra el principio de proporcionalidad. En último término -ha insistido en ello FRISCH-, tras el problema de la relación entre penas y medidas se oculta la cuestión central de la forma de realización más adecuada de la prevención especial, por lo que habrá que plantear -frente a lo que sostienen las más recientes tesis monistas- si la realización de la prevención especial por la vía de las medidas no trae consigo ventajas que con la solución penal se perderían; o, expresado en otros términos, si la pena está en condiciones de asumir con carácter exclusivo todas las exigencias derivadas de la prevención especial.

2. ¿Qué sentido cobra, en este contexto, la corriente denominada “nuevo monismo”? propone reducir el ámbito de aplicación de las medidas a los casos de sujetos inimputables y someterlas a idénticas limitaciones que las que rigen la imposición de una pena, asimilándolas a éstas incluso en lo que a su dimensión temporal se refiere; es decir, penas y medidas sólo entrarían en juego con carácter alternativo, nunca de manera simultánea y estarían además sometidas a los mismos criterios de aplicación y límites.

- A ello responde, como es notorio, el modo de concreción de la proporcionalidad de las medidas introducido en el Código Penal español de 1995 y conservado (pese a los Anteproyectos y Proyecto que la precedieron) en la última reforma del mismo.
- Algunos de sus problemas (baste indicarlos casi telegráficamente):
  - \* Provoca soluciones jurisprudenciales grotescas (discusión en torno a si concurre o no ensañamiento en la acción de un enfermo mental, incapaz de comprender la significación de su conducta, a los efectos de decidir si el

límite máximo de duración de la medida lo es el de la pena correspondiente al delito de homicidio o el de la del asesinato).

- \* Insuficiencia, en ocasiones, del marco penal para iniciar, por ejemplo, un indicado tratamiento deshabitador.
  - \* Remisión, caso de que la medida resulte insuficiente, a un internamiento civil del incapaz (art. 104 CP) que por sus presupuestos, límites, criterios de imposición, etc. es radicalmente distinto del internamiento penal y, además, tiene una duración indeterminada, lo que puede dar lugar a un nuevo “fraude de etiquetas”, como denunciara tempranamente SILVA SÁNCHEZ
- Obviamente, ello no significa dar por bueno el modelo previsto en el Proyecto de reforma del CP de septiembre de 2013 que instauraba un sistema de medidas de duración temporal indeterminada.

### 3. Perviven algunos supuestos problemáticos:

- Semiimputables: ya la categoría misma comporta dificultades, pero existe amplio acuerdo en cuanto al modelo vicarial o sustitutivo de tratamiento (aún cuando puedan plantearse concretas modificaciones al mismo).
- Problema central de las medidas para sujetos plenamente responsables. En particular el tratamiento del delincuente contumaz. Brevísimo apunte:
  - Se reproduce aquí el debate monismo/dualismo, encontrándose ambas formas de respuesta en el derecho comparado
  - En España, como es notorio, se ha incidido, hasta 2010, en la vía monista pura: incrementos de pena (multirreincidencia, artículo 78 CP, etc.). Resulta, sin embargo, cuestionable el incremento de pena (más allá de la culpabilidad por el hecho) para hacer frente a la peligrosidad. Desde 2010, se incorpora la medida libertad vigilada acumulada a la pena; pero es muy criticable su articulación legislativa y, en particular, el que implique presunciones *iuris et de iure* de peligrosidad.
  - A favor (matizadamente) de la respuesta dualista (al igual que opera en el caso del inimputable), pero condicionada a:
    - \* Una previa depuración terminológica y conceptual: hay que decidir previamente qué instituciones tienen naturaleza de penas y cuáles de

medidas (criterio orientativo: la exclusiva atención a la prevención individual y al control de la peligrosidad nos indica que estamos ante una medida; este sería el caso, por ejemplo, de los alejamientos o algunas inhabilitaciones profesionales)

- \* Una clara depuración legislativa: no deben reproducirse los catálogos de penas privativas de derechos y de medidas no privativas de libertad, como sucede en el caso español.
- \* Una radical reducción de los límites de la pena.
- Lo que no resulta admisible es que, en palabras de KUNZ, penas y medidas terminen comportándose como “partes ampliamente intercambiables y funcionalmente complementarias de una estrategia unitaria de control de delincuentes peligrosos”.

4. Una última cuestión (que no podemos tratar en los reducidos límites de esta contribución): el problema del juicio de pronóstico y su verificación (sin olvidar que, también en el ámbito de la pena –piénsese en la suspensión condicional o en la libertad condicional- estamos operando de continuo con juicios de pronóstico).

\* \* \* \* \*



**Prof. Dr. Joan J. Queralt**

Catedrático de Derecho penal. Universidad de Barcelona, España. Director del TransJus.  
Socio de la FICP

**~Derecho penal del amigo~**

El sesgo ideológico de las leyes penales se mide de bajo los parámetros de lo que se ha venido en denominar *Derecho penal del enemigo*, esto es, securitismo, populismo punitivo, desproporción punitiva, falta de garantías... No es desde luego un mal sistema de valoración, al que no es sustraen en absoluto las recientes reformas penales españolas operadas a medio de las LLOO 1 y 2/2015.

Sin embargo, ese no es el único de verificar el sesgo ideológico de un Código penal. Ya propuse para la anterior extensa reforma conservadora de 2003 (la última de las cinco que hubo en 2003, la LO 15/2003), el denominado *Derecho penal del amigo*. Mediante este enfoque cabe establecer también cual es el sesgo ideológico del legislador y su sinceridad en la persecución de la protección de bienes jurídicos lo más extensos posibles que afecten a la convivencia ciudadana. Aquí, una legislación claramente nominalista y bonifica, es decir, sin medios, ultra garantista o incompleta y sin previsión de actualizaciones procesales, orgánicas ni materiales, deja en consciente papel mojado la aparente reforma en aras de una mayor calidad democrática y de una mejor y más razonable seguridad.

En el *Derecho penal del amigo* cabe distinguir tres categorías: el *Derecho penal del amigo* stricto sensu, el *Derecho penal en favor del amigo*, y, por último, el *Derecho penal para hacer amigos*, que, en ocasiones, puede deparar sorpresas, por su contrariedad real con los designios del legislador.

**I. DERECHO PENAL DEL AMIGO**

Partiendo del Derecho penal cotidiano, el que se aplica a diario en los órganos penales, destacan dos, a primera vista, dos previsiones en la parte general que tendrán, a no dudar, una gran repercusión.

**1. El concurso medial (art. 77.3. CP)**

Se rompe la igualdad de medición de la pena, como ocurría hasta ahora. Para el concurso la comparación entre el límite máximo de la pena y las penas a imponer, son los términos que resulten de las penas en concreto. El real, la comparación es en

abstracto. El medial es más favorable y es el que suele imponerse a los delitos de corrupción que suelen aparecer en grupos de 3 a 6 delitos.

## 2. El comiso (arts. 127 a 128 octies CP)

En formal cumplimiento de Derecho europea se regula exhaustivamente el comiso. Sin embargo, el riesgo de quedar en letra muerta es alto en extremo. Ni se modifica la regulación procesal de la responsabilidad civil, que puede concluirse, dictada ya la sentencia penal, ni se dota de medio alguno a la Oficina Judicial para la investigación patrimonial, que seguirá como hasta ahora, a remolque de lo que decidan los entes requeridos públicos y privados, que dilatan sistemáticamente el cumplimiento de los mandatos judiciales.

## II. DERECHO PENAL EN FAVOR DEL AMIGO

### 1. Hurto de objetos protegidos por alarmas (art. 234. 3 CP)

Hechos que hasta el 1-7-2105 eran constitutivos de falta, además de pasar a ser delitos con una multiplicación, pueden ser castigados con multa de dos a tres meses si se inutiliza la alarma. Los delitos de hurto por encima de los 400 € tendrán una pena mínima de 12 meses a 18 meses de prisión. En cambio se sigue manteniendo la atenuación del art. 242. 4, que permite en el robo con violencia o intimidación una pena de entre 12 y 24 meses.

### 2. Hurto de material de construcciones (Art. 235. 1. 3º CP)

La sustracción de material destinado a la construcción de infraestructuras, en el lugar donde estas se constituyen presenta una doble peculiaridad. Lo decisivo no es el valor de lo sustraído sino su destino; de este modo, el sujeto pasivo del delito pasa a ser un servicio público que no está en servicio (no su titular dominical o por finalidad) y que el quebranto que se cause al servicio ha de ser grave, lo que, no estando en funcionamiento es harto imposible su verificación

## III. DERECHO PENAL PARA HACER AMIGOS

1. La fallida reforma del grooming (art. 183 ter. 2.) se basa en una tradición contraria al objeto de la Directiva 2011/93/UE, donde requería someter a pena la petición de actos sexuales a menores, sin engaño alguno. La directiva, mal traducida y nunca advertida la anomalía, habla de embaucamiento, lo que restringe enormemente el

radio de acción del precepto y lo aproxima, casi hasta desdibujarlo, a otros delitos ya existentes como el art. 183 bis.

2. La red denominación, incluida, además, como cláusula de cierre en el apartado 258. 1 del artículo UNO de la LO 1/2005, de los términos “incapaz” o “incapaces” por los términos “persona con discapacidad necesitada de especial protección” o “personas con discapacidad necesitadas de especial protección”, reduce sensiblemente el número de personas que, incapaces, no requieren tal especial protección. O lo que es lo mismo: ahora los incapaces están menos protegidos penalmente que hasta la entrada en vigor de esta norma.

\* \* \* \* \*

## 2. Comunicaciones presentadas al I Congreso Internacional de la FICP\*

### 1ª Sesión.

### Bienes jurídicos o deberes y obligaciones (*Obliegenheiten*) como base del Derecho penal. ¿Delitos de peligro o fases previas a la consumación?

#### Gabriela Pallín Ibáñez

Juez Sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Socia de la FICP.

#### ~El bien jurídico protegido en los delitos contra la seguridad vial~

**Resumen.-** Como consecuencia del bien jurídico que protegen, los delitos pueden clasificarse en delitos de lesión o delitos de peligro. Los delitos de lesión requieren para su consumación el efectivo menoscabo del bien jurídico que protege el tipo penal de que se trate, mientras que los delitos de peligro se consuman con la creación de una situación de riesgo para el bien jurídico. Además hay supuestos en los que el peligro a que se refiere el delito se refiere a bienes jurídicos colectivos e inmateriales como la seguridad vial lo que conlleva la posibilidad de dos clases de delitos de peligro: los delitos de peligro concreto y los delitos de peligro abstracto. Estos delitos son de aparición relativamente reciente en los Códigos penales consecuencia de la aparición de nuevas actividades sociales peligrosas aunque necesarias en la sociedad actual como es la actividad de conducir, por lo que el legislador se ha visto en la necesidad de adelantar la intervención penal a fase anteriores a la efectiva lesión para tratar de prevenir daños irreparables.

Así los delitos contra la seguridad vial protegen la seguridad colectiva que se ve implicada en la conducción para proteger a los ciudadanos del aumento del riesgo, ya de por sí consustancial a esta actividad tan frecuente en nuestra sociedad. A través de esta comunicación pretendemos profundizar más sobre el bien jurídico que se protege con estos delitos y las consecuencias que esto implica, ya que existe un intenso debate en nuestra doctrina respecto cuál es el bien jurídico protegido en la regulación española de los delitos contra la seguridad vial.

#### I. INTRODUCCIÓN

Recientes estadísticas de la Dirección General de Tráfico referidas a datos del año 2011<sup>1</sup>, señalan que en ese año el número de accidentes con víctimas en España informados por los distintos Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado fueron de 83.027, estos accidentes ocasionaron 104.280 heridos leves, 11.347 heridos graves y 2.060 fallecidos. Aún siendo esta cifra muy elevada, fue inferior a la obtenida en 2010 y arroja un notable descenso en el número de fallecidos por accidente de tráfico desde el

---

\* En esta sección se reproducen las comunicaciones presentadas al I Congreso Internacional de la FICP, accesibles también en nuestra página web [www.ficp.es](http://www.ficp.es) en la sección de Publicaciones/Actas de Congresos y Seminarios.

<sup>1</sup> Datos obtenidos a través de la Dirección General de Tráfico en:

[http://www.dgt.es/portal/es/seguridad\\_vial/estadistica/publicaciones/princip\\_cifras\\_siniestral](http://www.dgt.es/portal/es/seguridad_vial/estadistica/publicaciones/princip_cifras_siniestral).

año 1989 que registró en nuestro país 9.344 fallecidos por esta causa, las cifras más altas que se registran.

Pero este no es un problema exclusivo de nuestro país, es un problema de carácter mundial. En este sentido el Informe sobre la situación mundial de la seguridad vial del año 2009<sup>2</sup> elaborado por la Organización Mundial de la Salud pone de manifiesto que los traumatismos por accidentes de tráfico se convertirán de aquí a 2030 en la quinta causa de defunción más importante, con una tasa anual de mortalidad de 2,4 millones de personas, debido por una parte, al incremento de las defunciones por accidentes de tráfico y, por otra, a la disminución de las muertes atribuibles a determinadas enfermedades.

En el seno de la Unión Europea, debemos señalar<sup>3</sup> que en 2011, más de 30.000 personas murieron en sus carreteras, estimándose que, por cada muerte, se produjeron cuatro lesionados con discapacidades permanentes con daños cerebrales o que afectaron a la columna vertebral, ocho lesionados graves y cincuenta lesionados leves.

Todos estos datos ponen de relieve que una correcta persecución de la delincuencia en ámbito de la seguridad vial tiene una gran relevancia en una sociedad tan dependiente del uso de vehículos a motor y ciclomotores como la nuestra.

## **II. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN LOS DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD VIAL**

La naturaleza del Derecho de la circulación en nuestro país tiene un sistema sancionador compartido en dos órdenes distintos<sup>4</sup>: el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador. De modo que encontramos en el Capítulo IV del Título XVII (dedicado a los delitos contra la seguridad colectiva) de nuestro Código Penal bajo la rúbrica “De los delitos contra la seguridad vial”, los arts. 379 a 385 ter, delitos configurados como delitos de peligro que no exigen un resultado, pero cuando además de este peligro se produce un daño, muerte o lesiones, son de aplicación en concurso los artículos 142 del CP (homicidio imprudente), el art. 152 del CP (lesiones imprudentes) y sus respectivas faltas reguladas en el artículo 621 del CP. Asimismo encontramos en

---

<sup>2</sup> Accesible a través de:

[http://www.who.int/violence\\_injury\\_prevention/road\\_safety\\_status/2009/es/index.html](http://www.who.int/violence_injury_prevention/road_safety_status/2009/es/index.html).

<sup>3</sup> Datos obtenidos en [http://ec.europa.eu/transport/road\\_safety/specialist/statistics](http://ec.europa.eu/transport/road_safety/specialist/statistics).

<sup>4</sup> Véase DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: Derecho Penal de la Circulación, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 2008, pp. 69-72.

el Código Penal español otros delitos ligados a esta materia, como el delito de omisión de socorro del art. 195 del CP o el delito de quebrantamiento de condena del art. 468 del CP.

En el vigente Código Penal aprobado por LO 10/1995, de 23 de noviembre estos delitos han sido objeto de diversas reformas.

La LO 15/2003, de 25 de noviembre, y la LO 15/2007, de 30 de noviembre reformaron nuestro Código Penal en distintos aspectos. Una de las principales modificaciones que introduce esta última reforma es el cambio de rúbrica<sup>5</sup> del Capítulo IV, del Título XVII, del Libro II que pasa a denominarse “De los delitos contra la Seguridad Vial”, en consonancia con la nueva terminología que se utiliza en esta materia.

Junto a la normativa penal, existe una amplia regulación administrativa recogida fundamentalmente en el Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial aprobado por Real Decreto Legislativo 339/1990 de 2 de marzo<sup>6</sup>; en el Real Decreto 320/1994 de 25 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Sancionador de Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial; en el Real Decreto 1428/2003 de 21 de noviembre por el que se aprueba el Reglamento General de Circulación; y el Real Decreto 1430/2008, de 29 de agosto que modifica la disposición final única del Real Decreto 64/2008, de 25 de enero de 2008 por el que se modifica el Reglamento General de Conductores, aprobado por el Real Decreto 772/1997, de 30 de mayo de 1997.

Además a esta regulación hay que añadir las normas civiles relativas a la responsabilidad civil reguladas en el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro de la Circulación de Vehículos a Motor.

Una prohibición jurídico penal encuentra su justificación en la protección de un interés humano o social que pueda ser calificado de bien jurídico protegido, entendiendo

---

<sup>5</sup> Sobre este tema véase CANO CUENCA, D.: Problemas aplicativos de los delitos contra la seguridad vial, en ORTS BERENGUER, E. (coord.), Prevención y control de la siniestralidad vial: un análisis jurídico y criminológico, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 98-101 y DÍAZ SASTRES, C.: Tratamiento jurídico-penal de las conductas atentatorias contra la seguridad vial, Actualidad jurídica Aranzadi, núm. 792, 2010, pp.1-6.

<sup>6</sup> Modificado por Ley 18/2009, de 23 de noviembre.

por tal según MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARAN<sup>7</sup> “aquel presupuesto que la persona necesita para su autorrealización y el desarrollo de su personalidad en su vida social”. Indagar sobre cuál es el bien jurídico protegido por una determinada regulación penal nos permite esclarecer el contenido material del injusto y la interpretación de mismo. En este sentido, el bien jurídico se justifica como categoría limitativa del poder punitivo del Estado, como garantía para impedir arbitrariedades, de ahí que consideremos relevante entrar en el estudio del bien jurídico protegido en los delitos contra la seguridad vial<sup>8</sup>.

En primer lugar observamos como sistemáticamente los delitos contra la seguridad vial se encuentran regulados dentro del Título XVII del Código Penal dedicado a los delitos contra la seguridad colectiva que engloba cuatro Capítulos dedicados respectivamente a los delitos de riesgo catastrófico, a los incendios, a la salud pública y por último a los delitos contra la seguridad vial que aquí nos interesan. A diferencia de lo que es habitual en el resto de Títulos de nuestro Código Penal, en el Título XVII, los distintos Capítulos del mismo no protegen un bien jurídico de naturaleza totalmente homogénea aunque todos ellos afectan a la seguridad colectiva, bien jurídico universal y colectivo que hace referencia a una necesidad de protección de la llamada *sociedad de riesgo*<sup>9</sup>, que surge en las sociedades postindustriales desarrolladas donde el desarrollo tecnológico propicia la aparición de nuevos peligros para los ciudadanos.

Por tanto desde esta ubicación en el Título XVII, los delitos contra la seguridad vial protegen la seguridad colectiva que se ve implicada en la conducción para proteger a los ciudadanos del aumento del riesgo, ya de por sí consustancial a esta actividad tan frecuente en nuestra sociedad. Pero debemos profundizar más sobre el bien jurídico que se protege con estos delitos y no podemos desconocer que existe un intenso debate en nuestra doctrina respecto cuál es el bien jurídico protegido en la regulación española de los delitos contra la seguridad vial<sup>10</sup>.

---

<sup>7</sup> MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M.: Derecho Penal Parte General, 8ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, p. 59.

<sup>8</sup> Sobre este tema véase DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: Derecho Penal (...), pp. 317-327.

<sup>9</sup> En relación con este tema véase MENDOZA BUERGO, B.: El derecho penal en la sociedad de riesgo, Civitas, Madrid, 2001, pp. 24-34 y 68-70 y GARCÍA ALVERO, R.: La nueva política criminal de la Seguridad Vial: reflexiones a propósito de la LO 15/2007, de 30 de noviembre y del Proyecto de Reforma del Código Penal, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, núm. 09-11, 2007, p. 11:2.

<sup>10</sup> Al respecto véase SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, M.: Los nuevos delitos contra la Seguridad Vial contenidos en la LO 15/2007, de 30 de noviembre, Revista ICADE: Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales, núm. 74, 2008, pp. 309-339.

Cierta doctrina y parte de la jurisprudencia<sup>11</sup>, sostiene que el objeto directo de protección es la seguridad del tráfico como bien jurídico colectivo y autónomo, que resulta lesionado por estas conductas, y no el interés particular de los participantes en el tráfico. En esta línea GÓMEZ PAVÓN<sup>12</sup> considera que el bien jurídico protegido en los delitos de tráfico es la seguridad del mismo, como parcela de la seguridad general, de modo que se castigan acciones que pueden poner en peligro esta seguridad colectiva, desvinculada de los bienes particulares que puedan verse afectados, aunque matiza que esto no quiere decir que los bienes particulares sean totalmente indiferentes. Así llega a la conclusión de que una conducción que se realice bajo la influencia de drogas o alcohol no debe considerarse delictiva si se demuestra que no podía poner en peligro el bien jurídico de la seguridad en el tráfico. Por su parte, VARGAS CABRERA<sup>13</sup> considera que el delito del art. 379 de nuestro CP es un delito de peligro potencial o común, en el sentido de que regula una situación de riesgo proyectada no sobre personas individuales sino sobre una colectividad.

Una segunda posición más matizada, mantiene que, aunque la seguridad del tráfico es el bien jurídico colectivo que resulta directamente tutelado en estos tipos, no se protege como un fin en sí mismo, sino con carácter instrumental, es decir, como medio para la protección de otros bienes jurídicos individuales, como son la vida, la salud o el patrimonio. Apoya esta tesis entre otros RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ<sup>14</sup> que se manifiesta conforme con que la seguridad del tráfico es fundamental para la seguridad colectiva y al mismo tiempo es una forma mediata de proteger bienes jurídicos individuales. También en esta línea TAMARIT SUMALLA<sup>15</sup> considera que lo protegido en estos delitos no es “algo sustancialmente diverso de la vida, la salud o el patrimonio de

---

<sup>11</sup> La sentencia núm. 2/2003 de 16 enero dictada por el pleno del TC, cuya referencia en Westlaw.ES es: RTC/2003/2 establece en relación con el art. 379 del Código Penal que la seguridad en el tráfico “es el bien jurídico protegido por dicho delito” y añade que “el bien o interés jurídico protegido... la seguridad del tráfico como valor intermedio referencial; la vida e integridad física de todos, como bienes jurídicos referidos...el delito añade a dicho elemento común el riesgo para los bienes jurídicos vida e integridad física, inherente a la conducción realizada por una persona con sus facultades psico-físicas disminuidas, debido a la efectiva influencia del alcohol ingerido”.

<sup>12</sup> GÓMEZ PAVÓN, P.: El delito de conducción bajo la influencia del bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes, 4ª ed., Bosch, Barcelona, 2010, pp. 92-100.

<sup>13</sup> VARGAS CABRERA, B.: El delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas y drogas tóxicas del art. 379 del Código Penal, en DE VICENTE MARTÍNEZ, R. (directora), Derecho penal y seguridad vial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, p.142.

<sup>14</sup> RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, I., El bien jurídico protegido en el delito de conducción bajo el efecto de las drogas y el alcohol en OLMEDO CARDENTE, M./ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C. (Eds.), Delitos e infracciones contra la seguridad vial, Alea Blanca, Granada, 2010, p. 70.

<sup>15</sup> TAMARIT SUMALLA, J.M.: De los delitos contra la seguridad vial en QUINTERO OLIVARES, G. (director), Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal, 9ª ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, p.1552.



personas concretas, respecto de las cuales la idea de seguridad en el tráfico tiene una función meramente instrumental”.

Un tercer grupo doctrinal entiende que lo directamente protegido son la vida, la salud y la integridad de las personas. En esta línea encontramos a REY HUIDOBRO<sup>16</sup>, que considera que la seguridad vial es un término abstracto y etéreo y que no posee sustantividad propia para configurarse como bien jurídico protegido en este tipo de delitos.

Como consecuencia del bien jurídico que protegen, los delitos pueden clasificarse en delitos de lesión o delitos de peligro. Los delitos de lesión requieren para su consumación el efectivo menoscabo del bien jurídico que protege el tipo penal de que se trate, mientras que los delitos de peligro se consuman con la creación de una situación de riesgo para el bien jurídico. Tanto la lesión como el riesgo para el bien jurídico protegido deben ser objeto de prueba en el acto del juicio. Además hay supuestos en los que el peligro a que se refiere el delito se refiere a bienes jurídicos colectivos e inmateriales como la seguridad vial lo que conlleva la posibilidad de dos clases de delitos de peligro<sup>17</sup>: los delitos de peligro concreto y los delitos de peligro abstracto. Estos delitos son de aparición relativamente reciente en los Códigos penales consecuencia de la aparición de nuevas actividades sociales peligrosas aunque necesarias en la sociedad actual como es la actividad de conducir, por lo que el legislador se ha visto en la necesidad de adelantar la intervención penal a fase anteriores a la efectiva lesión para tratar de prevenir daños irreparables.

Los delitos de peligro concreto exigen que la acción se aproxime a una concreta lesión por lo que son delitos de resultado (de proximidad a la lesión) mientras que en los delitos de peligro abstracto basta con realizar la conducta típica cuya peligrosidad se presume inherente a la acción para que se dé el tipo penal sin necesidad de aproximarse a la lesión por lo que son delitos de mera actividad. Dentro de los delitos contra la seguridad vial, el tipo penal del art. 380 del vigente CP, que castiga al que conduzca con temeridad manifiesta y ponga en concreto peligro la vida o integridad de las personas es, para aquellos sectores de la doctrina que consideran que el bien jurídico protegido por este tipo penal es la vida o integridad física de las personas, un delito de peligro

---

<sup>16</sup> REY HUIDOBRO, L.F.: La necesaria afectación del bien jurídico protegido en los delitos contra la seguridad vial: consecuencias prácticas, Aranzadi Doctrinal, núm. 7, 2010, pp. 133-138.

<sup>17</sup> Véase DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: Derecho Penal(...), pp. 328-344.

concreto. Los tres tipos penales (conducción a velocidad excesiva, bajo los efectos del alcohol o drogas y la conducción superando unas determinadas tasas de alcohol) englobados en el nuevo art. 379 del CP, objeto de este trabajo, son para aquellos sectores de la doctrina que consideran que el bien jurídico protegido es la vida o integridad física de las personas, delitos de peligro abstracto. Los tribunales por su parte mantienen que la naturaleza jurídica del art. 379 del CP es la de delito de peligro abstracto<sup>18</sup>.

### III. CONCLUSIÓN

Para concluir queremos poner de manifiesto que es precisa la concienciación de los ciudadanos respecto de la gravedad de infringir las normas en materia de tráfico como herramienta para reducir el número de siniestros en carretera y las consecuencias tan negativas que los mismos acarrear. A diferencia de lo que ocurre con otras modalidades de delincuencia de nuestra sociedad, todavía queda un largo recorrido en la concienciación de la sociedad respecto la persecución de los delitos contra la Seguridad Vial, lo que provoca una tolerancia mayor a comportamientos claramente delictivos que acarrear graves consecuencias para la vida e integridad de las personas, además de daños económicos de gran cuantía.

Consideramos que una protección penal de la seguridad vial de manera uniforme y coordinada de todos los Estados miembros se hace necesaria desde hace años, máxime si tenemos en cuenta que la red transeuropea de autopistas es objeto de financiación comunitaria y en la misma circulan un gran número de ciudadanos de distintos estados miembros, para desplazamientos particulares y para el transporte internacional de mercancías. La legislación española en esta materia ofrece una buena regulación sistemática, ya que como hemos visto regula todas las infracciones penales en materia de seguridad vial en un único texto, el Código Penal y lo hace dedicando a los mismas un Capítulo específico, el IV, dentro del Título XVII, del Libro II, bajo la rúbrica “De los delitos contra la seguridad vial”, ya que lo que se protege en nuestro ordenamiento

---

<sup>18</sup> Entre todas la Sentencia núm. 149/2005 de 20 junio de la Sección 1ª de la AP de Guipúzcoa, cuya referencia en Westlaw.ES es: JUR 2005\207509 señala: “El tipo diseñado en el artículo 379 del Código Penal cumple las dos funciones reseñadas mediante la introducción de un delito de peligro abstracto. Es decir, mediante la incriminación de una conducta generalmente peligrosa para los bienes jurídicos individuales. De esta forma la adecuación formal de la conducta enjuiciada a la descripción típica de todos los elementos relevantes para la peligrosidad de la acción constituye la realización del tipo en la medida que no es absolutamente improbable que se produzca la lesión de los bienes jurídicos individuales que se tratan de preservar (vida, integridad física).”

jurídico es la seguridad vial en sí misma, como bien jurídico autónomo, mientras que la mayor parte de los países de nuestro entorno castigan los crímenes en materia de seguridad vial como una modalidad más de los atentados contra la vida o la integridad de las personas, no dedicando ninguno de ellos un Título o Capítulo específico a la materia. Por supuesto que nuestro ordenamiento también protege la vida y la integridad de las personas al proteger la seguridad vial, pero no exige que se produzca una lesión a estos bienes jurídicos para actuar en materia penal contra estas infracciones al estar configurados los delitos contra la seguridad vial en España como delitos de peligro respecto de la vida e integridad física. Evidentemente nos adherimos a aquel sector de la doctrina española que defiende que el bien jurídico que se defiende en el Capítulo IV, del Título XVII, del Libro II de nuestro Código Penal es la Seguridad Vial y en este sentido encontramos que estos delitos son delitos de lesión del bien jurídico de la Seguridad Vial .

En este sentido, hacemos un juicio positivo de la legislación penal española en materia de Seguridad Vial, fundamentalmente por considerarla pionera en proteger de manera directa el bien jurídico de la Seguridad Vial, como un bien digno de protección en sí mismo. Nuestra regulación en esta materia, es propia de una sociedad moderna y avanzada, que no se limita a castigar las conductas una vez que la lesión a la vida, a la integridad física o al patrimonio se ha producido de manera irremediable, si no que adelanta las barreras de protección para prevenir este tipo de daños, lo que ha contribuido a la significativa reducción del número de fallecidos por accidentes de tráfico en nuestro país en los últimos años.

### **BIBLIOGRAFÍA**

CANO CUENCA, D.: Problemas aplicativos de los delitos contra la seguridad vial, en ORTS BERENGUER, E. (coord.), Prevención y control de la siniestralidad vial: un análisis jurídico y criminológico, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011.

DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: Derecho Penal de la Circulación, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 2008.

DÍAZ SASTRE, C.: Tratamiento jurídico-penal de las conductas atentatorias contra la seguridad vial, Actualidad jurídica Aranzadi, núm. 792, 2010, pp.1-6.

GARCÍA ALVERO, R.: La nueva política criminal de la Seguridad Vial: reflexiones a propósito de la LO 15/2007, de 30 de noviembre y del Proyecto de Reforma del Código Penal, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, núm. 09-11, 2007, p. 11:2.

GÓMEZ PAVÓN, P.: El delito de conducción bajo la influencia del bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes, 4ª ed., Bosch, Barcelona, 2010.

MENDOZA BUERGO, B.: El derecho penal en la sociedad de riesgo, Civitas, Madrid, 2001.

MUÑOZ CONDE, F. / GARCÍA ARÁN, M.: Derecho Penal Parte General, 8ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010.

REY HUIDOBRO, L. F.: La necesaria afectación del bien jurídico protegido en los delitos contra la seguridad vial: consecuencias prácticas, Aranzadi Doctrinal, núm. 7, 2010, pp. 133-138.

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, I.: El bien jurídico protegido en el delito de conducción bajo el efecto de las drogas y el alcohol en OLMEDO CARDENTE, M./ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C. (Eds.), Delitos e infracciones contra la seguridad vial, Alea Blanca, Granada, 2010.

SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, M.: Los nuevos delitos contra la Seguridad Vial contenidos en la LO 15/2007, de 30 de noviembre, Revista ICADE: Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales, núm. 74, 2008, pp. 309-339.

TAMARIT SUMALLA, J.M.: De los delitos contra la seguridad vial en QUINTERO OLIVARES, G. (director), Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal, 9ª ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011.

VARGAS CABRERA, B.: El delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas y drogas tóxicas del art. 379 del Código Penal, en VICENTE MARTÍNEZ, R. (directora), Derecho penal y seguridad vial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007.

\* \* \* \* \*

**Prof. Dra. M.<sup>a</sup> Belén Sánchez Domingo**

Profesora Titular acrad. Univ. Rey Juan Carlos, España. Socia de la FICP.

**~Actos de provocación y apología en los delitos de terrorismo:  
artículos 578 y 579 CP~**

**Resumen.-** La LO 2/2015, de 30 de marzo aborda una importante reforma de los delitos de terrorismo. La amplitud de todas las modificaciones producidas impide que puedan ser abordadas en esta comunicación. Por ello, nuestro interés se centrará, específicamente, en dos preceptos relativos a la incriminación de conductas relacionadas con actos de terrorismo, específicamente, el art. 578 y 579 CP. Las modificaciones operadas en la redacción de ambos preceptos van a generar importantes dificultades de aplicación, parte de las cuales ya se observaban en la anterior reforma realizada en estos delitos sin que se hayan subsanado sus deficiencias interpretativas. Así, el art. 578, introducido por LO 7/2000, de 22 de Diciembre, precepto que resulta controvertido en cuanto a la caracterización de las conductas descritas en el mismo –enaltecer y justificar– como adicionales a la figura de la apología del terrorismo. La previsión, por parte del legislador penal de esta modalidad de enaltecimiento del terrorismo es muy discutible en cuanto a su naturaleza y necesidad de su tipificación, planteándose la conveniencia de su existencia por los graves problemas de legitimidad que presenta. En esta comunicación, se tratará de precisar el alcance dogmático que pueda tener este tipo delictivo, determinando el campo de aplicación de esta figura en relación al art. 579 CP.

Por su parte, en relación al art. 579 se constata que nos encontramos ante un acto de provocación para la comisión de delitos de terrorismo, ya que la conducta típica de difundir –por cualquier medio– “mensajes” o “consignas” debe tener la finalidad de incitar a la realización de cualquiera de los delitos comprendidos en los artículos 571 a 577 de este Código. La tipificación de estas conductas presenta problemas interpretativos, en especial con los elementos integradores de la conducta de enaltecimiento del terrorismo del art. 578, generando confusión entre la doctrina con las conductas de exaltación y justificación de los delitos de terrorismo al conceptuarse como actos de provocación. De aceptar la exigencia del elemento de incitación directa a la comisión de un delito de terrorismo tanto en el art. 578 como en el art. 579, debemos plantearnos desde un punto de vista político-criminal si está justificada la existencia de ambos tipos delictivos así como el ámbito de aplicación de cada uno de los tipos, para lo cual será indispensable el determinar la naturaleza de ambos delitos, cuestión controvertida en la doctrina penal.

**I. INTRODUCCIÓN**

La LO 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, realiza una importante reforma del Capítulo VII del título XXII, específicamente de la sección 1<sup>a</sup>, “De las organizaciones y grupos terroristas” y de la sección 2<sup>a</sup> “De los delitos de terrorismo”. El propio preámbulo de la LO justifica esta reforma en base a que “el rigor de la respuesta penal frente a crímenes tan graves contemple, además de las modalidades de terrorismo ya conocidas, las que proceden de las nuevas amenazas”. Son estas nuevas amenazas las que exigen una “actualización de la normativa para dar cabida al fenómeno del terrorismo individual y a las conductas que constituyen la principal preocupación de la comunidad internacional, en línea con la Resolución 2178 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, aprobada el 24 de septiembre de 2014, recogiendo la “honda preocupación de la comunidad internacional por el

recrudescimiento de la actividad terrorista y por la intensificación del llamamiento de cometer atentados en todas las regiones del mundo”.

Entre las reformas realizadas por el legislador penal español resalta la operada en el art. 579 CP y cuyo contenido ya fue objeto de modificación por LO 5/2010, de 22 de junio por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal. La Reforma del precepto respondía al cumplimiento de las obligaciones legislativas derivadas de la Decisión Marco 2008/919/JAI<sup>1</sup>, lo que se tradujo en la introducción de un nuevo precepto legal junto a la imposición de la medida de libertad vigilada una vez cumplida la pena. Así, la reforma incorporó en el segundo párrafo al art. 579 un nuevo tipo, denominado *delito de propaganda*, castigando la conducta de distribuir o difundir –por cualquier medio– “mensajes o consignas” dirigidos a “provocar, alentar o favorecer” delitos terroristas, “... generando o incrementando el riesgo de su efectiva comisión”. Precepto que desde su entrada en vigor ha resultado polémico siendo objeto de numerosas críticas por parte de la doctrina penal, siendo calificado como de previsión absurda, introducido por el legislador como un remedio para tipificar conductas que no son realmente actos preparatorios de provocación ni alcanzan a la apología del art. 578, resultando por ello inconstitucional.

En relación al contenido del art. 579 –incitación a delitos de terrorismo– son escasos los cambios que el legislador de la reforma de 2015 ha introducido. Entre ellos, en la nueva redacción del art. 579<sup>2</sup> al describir la conducta típica se ha suprimido la distribución, delimitando la conducta exclusivamente a “difundir públicamente”, lo cual nos parece una decisión acertada por considerar que la conducta de difundir se adapta mejor a la descripción típica como acto de provocación. Por otro lado, se constata también la supresión de los verbos provocar, alentar o favorecer, sustituidos por el de “incitar” -incitación directa- por cualquier medio, de mensajes o consignas con la única

---

<sup>1</sup> Art. 3 DM 2008/919/JAI: Delitos ligados a actividades terroristas

1. A efectos de la presente Decisión Marco, se entenderá por:

a) “provocación a la comisión de un delito de terrorismo”. la distribución o difusión pública, por cualquier medio, de mensajes destinados a inducir a la comisión de cualesquiera de los delitos enumerados en el artículo 1, apartado 1, letras a) a h), cuando dicha conducta, independientemente de que promueva o no directamente la comisión de delitos de terrorismo, conlleve el riesgo de comisión de uno o algunos de dichos delitos.

<sup>2</sup> Art. 579: “1: Será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a la prevista para el delito de que se trate el que, por cualquier medio, difunda públicamente mensajes o consignas que tengan como finalidad o que, por su contenido, sean idóneos para incitar a otros a la comisión de alguno de los delitos en este Capítulo”.

finalidad de provocar la perpetración de cualquiera de los delitos de terrorismo. Asimismo, se constata la supresión de la medida de libertad vigilada.

## **II. LA DIFUSIÓN PÚBLICA DE MENSAJES O CONSIGNAS INCITADORAS: ACTO DE PROVOCACIÓN.**

La redacción actual del art. 579.1 nos lleva a la afirmación de que nos encontramos ante un acto de provocación directa. El análisis de las conductas consistentes en difundir públicamente mensajes o consignas idóneas, por cualquier medio, sólo serán objeto de incriminación si la finalidad de su realización es el incitar a la comisión de alguno de los delitos de terrorismo del Capítulo VII del CP. La descripción de estos elementos del art. 579.1 se corresponde con la figura de provocación en el sentido de incitación directa a la comisión de delitos, del art. 18, 1, párrafo 1º.

Es comúnmente aceptado que la provocación consiste en estimular a otro a la comisión de un delito. La provocación existe sólo cuando directamente se incita a la perpetración, no bastando con una simple incitación pues se requiere que la misma sea idónea y apta para hacer surgir la resolución delictiva, lo que se realizará a través de la difusión pública de mensajes o consignas. Así, se considera que son elementos de esta figura delictiva: a) una incitación directa a cometer un delito concreto; b) la misma debe ser idónea para hacer surgir la resolución delictiva, lo cual se realizará a través de la exposición de ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor por cualquier medio de difusión; por último, c) y como consecuencia de lo anterior, se determina el carácter público de la misma al proyectarse sobre una generalidad de personas.

Si se analiza el contenido del art. 579 que comentamos, la conducta consiste en la difusión pública -por cualquier medio- de mensajes o consignas, castigándose dicha conducta cuando tenga por finalidad la comisión de alguno de los delitos de terrorismo. Gramaticalmente, “difundir” es extender, esparcir, propagar, esparcir, o divulgar conocimientos, noticias, actitudes, etc. Objeto de esa difusión han de ser mensajes o consignas, idóneas, para incitar directamente a la realización de un delito de terrorismo. A su vez, la difusión debe ser pública, esto es, se debe realizar a través de medios públicos, siendo necesario que el mensaje llegue a un número amplio e indeterminado de personas como receptor del mensaje provocador.

Pues bien, acorde a lo expuesto, la conducta del sujeto de estimular a otro a la comisión de un delito de terrorismo constituye el núcleo de la conducta delictiva del art. 579.1 CP. Como forma de provocación se justifica cuando “directamente se incita” a la “perpetración de un delito”, interpretando el adverbio “directamente” como limitativo del castigo de la provocación a aquellos supuestos en que la provocación se realiza de forma clara e inequívoca. Lo cual nos lleva a afirmar que esa incitación clara e inequívoca a la comisión de un delito de terrorismo conforme al contenido del art. 579.1 debe ser idónea y apta para hacer surgir la resolución delictiva. El requisito de “idoneidad” se debe interpretar en el sentido de que el mensaje o consigna, la incitación a la comisión de un hecho delictivo debe ser cuando menos un acto idóneo para promover a la realización de la conducta delictiva, esto es, que objetivamente sean idóneos para cambiar la intención de una persona provocando la realización del delito. La idoneidad se convierte en el dato clave en torno al cual se reconstruye el contenido material del hecho típico del art. 579.1 CP. El provocador en el acto de provocación que lleva a cabo no está resuelto a ser ejecutor del delito ni acepta que dicha perpetración de un delito de terrorismo sea conjunta. Lo único que pretende es determinar a otros a la ejecución del hecho punible sin tomar él parte directa y materialmente en la misma, requiriéndose por su parte una aptitud más directa e inmediata dirigida a influenciar en la voluntad ajena a fin de advertir un comportamiento específico como respuesta a ese mensaje incitador.

Parece, desde luego, un precepto redactado con la finalidad de castigar en todos los supuestos actos de provocación directa, idóneos, para cambiar la intención de una persona –idoneidad objetiva- para cometer cualquier delito de terrorismo. El objetivo político-criminal de este precepto parece ser castigar a los verdaderos provocadores de comisión de delitos de terrorismo, pero no actos de reforzamiento o apoyo moral más o menos directo a delitos de terrorismo. Nos encontramos, pues, ante una preparación a la comisión de un delito bien consumado o en grado de tentativa en cuyo caso se castigaría al provocador como inductor a un delito en grado de tentativa.

Por último y en relación al contenido del art. 579 tenemos que hacer dos observaciones: en relación al nº 2 del art. 579 se castiga con la misma pena que la del nº 1 “... a quien solicite a otra persona que los cometa” (en relación a los delitos de terrorismo). A nuestro juicio, nos encontramos ante una inducción individual frustrada



que se tipifica expresamente en los delitos de terrorismo y que con carácter general puede incluirse dentro de la figura de la proposición.

Por otra parte, en relación al nº 3 del art. 579, siguiendo el sistema de *numerus clausus* de los actos preparatorios, se castigan “Los demás actos de provocación, conspiración y proposición” para cometer cualquier delito de terrorismo, precepto que en nuestra opinión lo vemos repetitivo. No tiene razón de ser que el legislador tipifique expresamente en el nº 1 del art. 579 la provocación a la comisión de un delito de terrorismo y luego lo reitere con carácter general.

Pues bien, desde la perspectiva expuesta, la pregunta que nos planteamos es si realmente está justificada la introducción del art. 579, 1 CP. Antes de dar una respuesta, es necesario analizar brevemente el contenido del art. 578 CP.

### III. APOLOGÍA DEL TERRORISMO

El art. 578, desde su introducción en el Código Penal con la Reforma operada por Ley Orgánica 7/2000, de Reforma de Código Penal, ha sido ya objeto de análisis por parte de algunos expertos en la materia en lo concerniente a su naturaleza jurídica. Como se sabe, en dicho precepto se pueden observar dos conductas totalmente diferenciadas. De una parte, sanciona a quien ensalce, enaltezca o justifique cualquier delito de terrorismo. No se trata de sancionar la exposición de una ideología diferente, dado que ello estaría protegido por la libertad de expresión, sino, en palabras del Tribunal Supremo<sup>3</sup>, “un tipo específico descrito por el legislador sin tacha de inconstitucionalidad, consistente en ensalzar, encumbrar o mostrar como digna de honra la conducta de una determinada gravísima actuación delictiva, como lo es la de los elementos terroristas”. Por otra, las conductas consistentes en actos de descrédito o humillación a las víctimas de actos terroristas. En todo caso, centraremos nuestro interés en la primera de las conductas mencionadas, la cual será objeto de una breve reflexión en las presentes líneas.

Desde su entrada en vigor, este precepto ha resultado polémico, centrándose la discusión doctrinal en la naturaleza del precepto y, en relación a ello en su legitimidad. Y ello, porque cierto sector doctrinal considera que nos encontramos ante una auténtica forma de apología del art. 18, 1 párr. 2º CP. Posición que, en opinión de este sector doctrinal, viene favorecida por la proximidad que presentan las conductas de

---

<sup>3</sup> Sentencia del TS, Sala 2ª, 5 Junio 2009, nº 676/2009.

enaltecimiento o justificación al terrorismo con la figura de la apología genérica. Por lo tanto, a efectos de adecuar estas conductas a la figura de la apología genérica, se trata de aceptar la presencia en el tipo de enaltecimiento del terrorismo del requisito de la incitación directa a la comisión de un delito de terrorismo, requisito que tal y como se viene afirmando por un sector doctrinal se encuentra en el tipo del art. 578 no explícitamente pero sí implícitamente. A mi juicio, sin embargo, la conducta de enaltecimiento no conlleva el elemento indispensable de la apología de incitación al delito de terrorismo. Gramaticalmente, “enaltecer” es sinónimo de ensalzar o hacer elogios, alabar las cualidades o méritos de alguien o de algo, en este supuesto concreto, exaltación de métodos terroristas. Por su parte, justificar es sinónimo de razonar, apoyar, demostrar, defender, respaldar, pretender que aparezca como acciones lícitas y legítimas aquello que solo es un comportamiento criminal. El objeto de ensalzamiento o justificación puede ser cualquiera de las conductas previstas en los artículos 571 a 577 CP, o cualquiera de las personas que hayan participado en tales actividades terroristas<sup>4</sup>. Es decir, lo que se sanciona no es la conducta de elogiar o enaltecer una ideología o una doctrina concreta que tienen cabida en el legítimo ejercicio del derecho a la libertad de expresión, sino alabar, justificar y respaldar delitos terroristas o a las personas que lo han cometido o los colectivos que lo han apoyado.

Por otra parte, tampoco parece posible configurar estas conductas de enaltecer y justificar delitos terroristas como actos de provocación. La ausencia del requisito de incitación directa a la comisión de delitos de terrorismo mediante la difusión de mensajes o consignas, matiz diferenciador respecto al art. 579.1 CP, impide que la figura de enaltecimiento del terrorismo sea una forma de provocación. El verbo enaltecer no conlleva, ni implícita ni explícitamente, la capacidad para incitar al delito, requisito que se exige exclusivamente en el art. 579.1 como acto provocador.

No obstante, de aceptar la presencia de este elemento incitador de forma que las conductas de enaltecimiento constituyan un acto provocador, la aplicación del mismo sería escasa, pues se solaparía con el art. 579.1 donde se recoge, como ya se ha indicado, la provocación para la comisión de delitos de terrorismo. Debemos recordar que en el art. 579 se señala una pena inferior a la que correspondería si se aplicase alguna de las conductas del los arts. 571 a 578 CP., de forma que si las conductas de enaltecimiento o justificación suponen provocación a un delito de terrorismo, no se

---

<sup>4</sup> Sentencia del TS, Sala 2ª, 26 Febrero 2007, nº 149/2007.

aplicaría la pena asignada en el art. 578, sino la pena inferior en uno o dos grados a la señalada al delito a que se incite, conforme al art. 579 CP. Ahora bien, si se acepta que la conducta del art. 578 CP es una forma de provocación, una apología que solo se castigará, como indica el art. 18, 1, párrafo 2º, cuando constituya una auténtica provocación, el art. 578 viene a ser, en nuestra opinión, una forma especial del art. 579 al ser el art. 578 más específico. No obstante, aún desde este punto de vista, seguiría siendo superfluo.

Las posibles soluciones ante la actual regulación de los arts. 578 y 579 ante los problemas interpretativos que plantean, podemos optar bien por realizar una interpretación muy restrictiva del art. 578 justificando así su existencia como acto de provocación o, por otro lado, considerar que el art. 578 es una forma de apología más específica que la genérica del art. 18, 1, párr. 2º no siendo coincidentes los requisitos de ambas clases de apología.

No obstante, hemos de advertir que el legislador no debería haber llevado a cabo una reforma en estos delitos al no considerarla necesaria por no abordar los problemas interpretativos que ya existían con la anterior regulación. Al contrario, los problemas aumentan por el solapamiento de tipos delictivos, en especial entre el art. 578 y 579.1, éste último, en nuestra opinión, innecesario al ser reiterativo al castigar en el mismo precepto la punición de los actos preparatorios.

Nos encontramos ante comportamientos muy reiterativos que van a requerir un esfuerzo por parte del intérprete en su ámbito de aplicación, lo que puede originar inseguridad jurídica. Con la actual regulación, la introducción de algunos tipos penales da pie a pensar que el legislador lo que ha querido tipificar son ciertas opiniones, lo cual no sería deseable en un Estado Social y democrático de Derecho. En nuestra opinión, el legislador ha desaprovechado una oportunidad para haber llevado a cabo una reorganización de los delitos de terrorismo, y no una reforma por la que ha procedido a la introducción de tipos delictivos no justificados desde el principio de intervención mínima del Derecho Penal.

## BIBLIOGRAFÍA

ASÚA BATARITA, Apología del terrorismo y colaboración con banda armada; delimitación de los respectivos ámbitos típicos (Comentario a la sentencia de 29 de

noviembre de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo), Diario La Ley, 4556, de 5 de junio de 1998, pp. 1639 y ss.

BARQUÍN SANZ/OLMEDO CARDENETE, Comentarios al Código Penal, en: Cobo del Rosal, 1999, T. I.

BARBER BURUSCO, Los actos preparatorios del delito. Conspiración, proposición y provocación, Tirant Lo Blanch, 2004,

BERNAL DEL CASTILLO, Observaciones en torno a la Ley Orgánica 7/2000, de modificación del Código Penal en materia de terrorismo, Diario La Ley, 5333, de 19 de junio de 2001, pp. 1627 y ss.

— La apología delictiva en el nuevo Código Penal de 1995, CPCrim., 58, 1996, pp. 69 y ss.

CANCIO MELIÁ, Derecho penal del enemigo y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el Código penal español después de la LO 7/2000, Jueces para la Democracia, 44, julio 2002, pp. 19 y ss.

CUERDA ARNAU, Observaciones a las nuevas figuras de la apología, Boletín de Información del Ministerio de Justicia e Interior, 1757, de 5 de octubre de 1997.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Apología del delito, en: Enciclopedia Penal Básica, 2002, pp. 77 y ss.

GARCÍA ALBERO, La reforma de los delitos de terrorismo (arts. 572, 573, 574, 575, 576 bis, 577, 578, 579 CP), en: La Reforma Penal de 2010: Análisis y Comentarios, Gonzalo Quintero Olivares, (Dir.), Aranzadi-Thomson Reuters, 2010, pp. 369-378.

GÓMEZ RIVERO, Regulación de las formas de participación intentada y de la autoría y participación, Diario La Ley, 3959, de 24 de enero de 1996, pp. 1624 y ss.

PORTILLA CONTRERAS, La reforma en los actos preparatorios y favorecimiento de delitos de terrorismo (art. 579), en: La Reforma Penal de 2010: Análisis y Comentarios, Gonzalo Quintero Olivares, (Dir.), Aranzadi-Thomson Reuters, 2010, pp.379-382.

REBOLLO VARGAS, La provocación y la apología en el nuevo Código Penal. La exteriorización de la voluntad delictiva, Tirant Lo Blanch, 1998.

RUIZ LANDÁBURU, Provocación y apología: delitos de terrorismo, Colex, 2002.

SÁNCHEZ OSTIZ, La tipificación de conductas de apología del delito y el derecho penal del enemigo, en: Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión, Cancio Melía/Gómez-Jara Díez, (Coord.), 2º vol., 2006, pp. 893 y ss.

SANZ-DIEZ DE ULZURRUN LLUNCH, El peligro de las palabras. A propósito del delito de apología del genocidio, en: Nuevos desafíos del Derecho Penal Internacional. Terrorismo, crímenes internacionales y derechos fundamentales. Antonio Cuerda Riezu/Franciso Jiménez García (Dirs.), Tecnos, 2009, pp. 283-331.

SILVA SÁNCHEZ, La cuestión de la apología del delito, en: El Nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales, Bosch, 1997.

\* \* \* \* \*

## 2ª Sesión.

### **Codelincuencia: autoría y participación. Concepto y formas. Problemática en los delitos especiales y en delitos imprudentes.**

#### **Prof. Dr. Alejandro Aponte Cardona**

Profesor de Derecho penal. Univ. de la Sabana, Bogotá, Colombia. Socio de la FICP.

#### **~Máximo responsable, selección y priorización: nuevos lenguajes y nuevos desafíos para el derecho penal en sede macrocriminal~**

El siguiente texto se redacta para la ocasión: el primer congreso de derecho penal organizado por la Fundación Internacional de Ciencias Penales. Se ubica dentro del segundo segmento de temas, relacionado con la codelincuencia.

#### **INTRODUCCIÓN**

El punto de partida del trabajo, se relaciona con la experiencia de un caso particular, el caso colombiano. Ello, en función de los desafíos que imponen diversas formas hoy de macrocriminalidad o macroadelincuencia. Desde luego, si bien el punto de partida es la narración de un caso particular, el texto recoge discusiones que han tenido lugar en la ciencia penal, en el contexto político-criminal y en la jurisprudencia internacional, tanto en la tradición continental como en la tradición anglosajona. Un aspecto básico del estudio, radica, igualmente, en el estudio de categorías que ha desarrollado la sociología criminal, como es el caso concreto del origen mismo del concepto de macrocriminalidad, desarrollado especialmente por Herbert JÄGER a finales de los años 80 y que hoy es utilizado en diversos contextos y con diversos matices.

En una primera parte del texto, se adelanta una reconstrucción de aspectos centrales relacionados con el origen de dicho concepto, de cara a sus implicaciones posteriores, tanto en el debate científico, como respecto de aspectos concretos de política criminal y política penal. Así, por ejemplo, una vez tuvo lugar la concepción en los años 80 de este concepto, éste se aborda, en sus más diversas dimensiones, en la magnífica recopilación de trabajos, coordinada por Klaus LÜDERSSEN hacia finales de los años noventa en cinco volúmenes y especialmente, en el tercer volumen dedicado a la *Makrodelinquenz*.

En dichos volúmenes se estudian los más diversos temas que hacen relación a la reacción punitiva frente a diversas formas de macrocriminalidad, desde temas relacionados con violencia social y política generalizada y ligada a la comisión masiva de crímenes internacionales, hasta temas ligados al terrorismo o al crimen organizado. El mismo título es sugestivo y se dirige a la médula de las tensiones de la respuesta punitiva, frente a una criminalidad que excede incluso la tematización penal, criminológica y político-criminal tradicionales: “Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?” (¿Política criminal ilustrada o lucha contra el mal?).

Para dicha década y, particularmente, en el cambio de siglo, se ha producido en la literatura y en la jurisprudencia internacional y también en el caso colombiano, una búsqueda por la tematización y la búsqueda intensa por ofrecer una respuesta acorde con las nuevas exigencias de un mundo complejo y globalizado.

El segundo apartado de este escrito, se ocupa de aspectos centrales hoy relacionado con el caso colombiano, contexto en el cual han tenido lugar profundas reformas legislativas e institucionales, ligadas sobre todo a la búsqueda de una respuesta penal más coherente frente a la comisión masiva de crímenes internacionales, por parte no de individuos aislados, sino por parte de verdaderos aparatos organizados que durante décadas, incluso algunos con temibles alianzas con sujetos institucionales, han cometido toda suerte de crímenes, en su mayoría, crímenes internacionales.

Pero la respuesta actual, está cruzada, además, no sólo por este desafío enorme, sino por un desafío igualmente sustancial: el avance significativo que tiene lugar hoy el proceso de paz con las guerrillas más antiguas del continente y que ha traído como correlato, una reforma constitucional para aplicar mecanismos de justicia transicional, a miembros de la guerrilla desmovilizados, con el propósito de insertarlos en la vida nacional y en el debate público ejercido sin armas. Este acto legislativo reformativo de la Carta Política se conocer hoy con el nombre de Marco Jurídico para la Paz.

Un tercer apartado se detiene en la reseña de aspectos hoy claves ligados a jurisprudencia penal más reciente, en la que se abordan nuevos desafíos enunciados, como es el caso de la construcción de patrones de conducta, de modelos de actuación macrocriminal, de tipologías de delitos cometidos por aparatos. No se ahonda en las formas de autoría que requerirían un estudio posterior en detalle, pero se advierte que estas formas son hoy sobre todo la autoría mediata en estructuras organizadas de poder,

formas ligadas a la determinación y a la coautoría. También, frente a agentes del Estado, las diversas formas de omisión constituyen un capítulo central en la persecución penal de crímenes internacionales.

Como se ve, se trata de problemas de una dimensión enorme que serán acotados como corresponde en este trabajo, ya que cada tema merecería un estudio en detalle que, de hecho, el autor como consultor del señor fiscal general de la Nación, ha venido desarrollando en ejercicios de producción académica y de definición político-criminal, tanto con fiscales como con jueces, magistrados y diversos funcionarios colombianos.<sup>11</sup>

## **I. MACROCRIMINALIDAD Y DECISIÓN POLÍTICO-CRIMINAL MACRO: TENSIONES AL INTERIOR DEL DERECHO PENAL**

Excede los límites de este trabajo, ahondar en cada uno de los momentos históricos en que han tenido lugar las diversas formas de respuestas punitivas y político-criminal, a formas específicas de violencia política y social de Colombia, especialmente aquellas ligadas al conflicto armado interno. No obstante, es importante reseñar que, para finales de la década del 80, se presentó en el país, una gran discusión sobre la incapacidad del sistema penal en conjunto, para dar cuenta de los nuevos desafíos de la criminalidad organizada. Sobre todo, de la incapacidad para avanzar en las investigaciones de aparatos criminales. Este fue uno de los orígenes de la creación de la Fiscalía General de la Nación, junto a la nueva Constitución Política que se expidió en el país, en el año 1991, luego de una arremetida feroz del narcoterrorismo urbano que trajo la violencia del campo a la ciudad en unas dimensiones insospechadas.

Tuvo lugar también, en esta etapa, la discusión en torno a la expedición del denominado “Estatuto para la defensa de la Justicia”, un complejo estatuto de emergencia que recogía, a su vez, el primer estatuto antiterrorista expedido en el país en el año 1988 y las más diversas normas de emergencia dictadas en esa década del 80. Se trató de un estatuto endurecido desde el punto de vista de la respuesta punitiva estatal contra dinámicas de violencia extrema, articulado sobre el carácter secreto de los

---

<sup>1</sup> Este ejercicio de producción de conocimiento y de creación permanente de categorías jurídicas con base en las cuales se pueda tematizar más correctamente los nuevos desafíos de la macrocriminalidad ligada a la comisión masiva de crímenes internacionales, ha tenido su correlato en la organización de eventos de derecho comparado donde se comparten experiencias. Es el caso por ejemplo del evento organizado por la Fiscalía General de la Nación, la revista *Semana*, en julio de 2014, que llevó por título: “Visiones del derecho internacional y su aplicación en Colombia”. En este escenario participaron los profesores españoles, Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo. En este escenario, tuve la oportunidad de conocer personalmente a los profesores organizadores del presente congreso.



fiscales sin rostro y jueces sin rostro y con una restricción sustancial de todas las garantías procesales. Tuvo vigencia hasta finales de los años 90, por más de una década<sup>2</sup>.

Pero fue en el nuevo siglo, donde tuvieron lugar de nuevo debates extraordinarios sobre los alcances y límites del derecho penal como mecanismo de respuesta estatal y social para dar cuenta de la comisión a gran escala de toda suerte de crímenes, especialmente, de conductas que constituyen crímenes internacionales. Ello coincidió, además, con la incorporación del Estatuto de Roma al derecho interno en el año 2001 y con la reforma al código penal colombiano, ley 599 de 2000 con vigencia desde el año 2001, y que introdujo conductas constitutivas o asimilables a crímenes internacionales. Un punto central en este desarrollo, lo constituyó la expedición de la denominada Ley de Justicia y Paz, ley 975 de 2005, que trajo consigo, en la legislación y en la jurisprudencia constitucional y penal, la discusión en torno a los equilibrios en los mecanismos de justicia transicional, situados en la triada, verdad, justicia y reparación. Se trató de la desmovilización de actores ligados a la comisión de los más graves crímenes, a los cuales se les dio un tratamiento punitivo especial, en razón a su dejación de armas y a la desarticulación de sus máquinas de guerras, especialmente de miembros de grupos paramilitares.

A diferencia de experiencias anteriores de tematización de la acciones ligadas a una violencia política y social endémica, en este caso, se trató de un desafío tanto mayor, pues el sistema penal, pero en conjunto un sistema estatal, debía dar respuesta a fenómenos de macrocriminalidad exacerbada, en la medida en que la Ley abordó la desmovilización de miles de sujetos pertenecientes sobre todo a los grupos de autodefensas o llamados grupos paramilitares que, desde los años 80s, llenaron los campos y las ciudades de Colombia, de dolor y de horror sin nombre, dejando huellas imborrables en la condición humana degradada de sus víctimas. Hoy, también se procesa un número considerable de miembros de grupos guerrilleros.

El sistema penal se enfrentaba a un desafío enorme, pues se trataba de actores que ingresaban al sistema de la Ley de Justicia y Paz, con base en la confesión de sus delitos, una vez desmovilizados y seleccionados por el poder ejecutivo que comandaba

---

<sup>2</sup> Un estudio en detalle de las implicaciones que para el país y su tradición jurídico-política, tuvo esta legislación especial de jueces y fiscales sin rostro, en el trabajo comprensivo del autor, con el título: Guerra y derecho penal de enemigo. Reflexión crítica sobre el eficientismo penal de enemigo, publicado en Colombia, por la editorial Ibáñez, 2006.

el espectro de la desmovilización. De entrada siempre surgió la pregunta sobre la capacidad real del sistema penal para dar cuenta de semejante desafío, más de veinte mil hombres que componían estos grupos y que desarrollaron máquinas de guerra que actuaron a lo largo y ancho del país, por muchos años.

Después de varios años de funcionamiento con todas clase de dificultades pero también de diversos logros en diversos ámbitos, la Ley de Justicia y Paz, debió ser reformada y fue así como para el año 2012, con el ingreso del actual fiscal general de la Nación, pero con aspectos que se habían discutido en la pasada administración, se asumió la tarea de reformar dicha Ley. Pero, además de participar en la discusión de la reforma legislativa, el nuevo fiscal general, con el apoyo de su equipo más próximo, inició, en ese mismo año, una reforma estructural, conceptual profunda y de carácter administrativo, de todo el ente investigador, actualizándolo justamente en función de las exigencias de la lucha contra la macrocriminalidad.

Fue precisamente el escenario judicial de Justicia y Paz, un escenario particularmente importante, en el cual se ha debatido, hasta hoy, los alcances y límites de la respuesta punitiva a la comisión masiva de violaciones de derechos humanos y del derecho internacional humanitario; pero también en la justicia penal ordinaria, desde la unidad de derechos humanos de la fiscalía y por parte de los jueces penales, han tenido lugar esfuerzos muy importantes por tematizar nuevos desafíos. De hecho, además, existe una amplia jurisprudencia ligada a civiles y conflicto armado por parte de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia. En general, el impacto que para todo el sistema penal representó especialmente el proceso especial de Justicia y Paz, requería una reforma estructural, sustancial de la investigación penal. El fiscal general percibió dicha necesidad con claridad y de esta forma se inició la reforma estructural, con un tema conceptual: la introducción de la estrategia de priorización de situaciones y casos para avanzar en una cada vez más correcta y coherente empresa de persecución penal nacional de crímenes internacionales.

Esta estrategia se concretó en una directiva, la No. 001 de 2012, que hoy hace parte de una reforma a fondo del ente investigador, que constituye sin duda una gran apuesta conceptual y administrativa para un ente gigantesco y con las más grandes responsabilidades. Hoy, además, el país vive un proceso muy importante y que es centro igualmente del debate hacia el futuro, de la persecución penal nacional de crímenes internacionales: se trata del proceso de paz con las guerrillas de las FARC y del

tratamiento punitivo que se les dará a estos actores, de conformidad con lo dispuesto en la reforma legislativa, denominada, “marco jurídico para la paz”.

## **II. ORÍGENES DE LA CONSTRUCCIÓN CONCEPTUAL DE LA MACROCRIMINALIDAD**

Tal como se ha dicho, el presente trabajo da cuenta de aspectos especialmente relevantes relacionados con la respuesta penal a la macrocriminalidad, particularmente, a dicha forma de actuación criminal macro, asociada a la comisión de crímenes internacionales.

Es importante detenerse en los orígenes de este concepto y en las implicaciones iniciales que tuvo, ya que, además, se usa de manera cotidiana, como un supuesto, pero en ocasiones, se hace un uso descontextualizado del mismo o se convierte en un prurito académico o meramente discursivo. En cualquier caso, los debates relacionados con el origen mismo del concepto, son extremadamente interesantes y es importante una mirada en perspectiva de estos debates originales.

Tal como lo hace Cornulius PRITTVITZ, en la introducción al volumen III de los volúmenes reseñados editados por LÜDERSSEN y dedicado a diversas formas de la *Makrodelinkuenz*, el origen del concepto que nos ocupa, debe situarse en el trabajo de JÄGER, “Aproximación a la macrocriminalidad”, publicado en *Strafverteidiger*, del año 1989. Este trabajo se une a otros sobre temas afines, en su libro, ya clásico de la sociología criminal y del mismo año, que lleva por título: “Macrocriminalidad. Estudios sobre criminología de la violencia colectiva”.<sup>3</sup>

### **1. Aproximación conceptual a la macrocriminalidad**

Una primera aproximación conceptual es la siguiente: se trata de todas aquellas grandes formas de violencia colectiva que “desata de manera preponderante y determinante un espectro de comportamientos humanos especialmente agresivos”.<sup>4</sup> Lo importante, para la sociología criminal, es que estos fenómenos, de uso de una violencia generalizada y que moviliza relaciones de poder y de agresión insospechadas, “han permanecido ocultos para los estudios criminológicos”. Una razón entre otras: “Las orientaciones de la criminología a los fenómenos justiciables, propios de la práctica

---

<sup>3</sup> JÄGER Herbert, *Makrocriminalität. Studien zur Kriminologie kollektiver Gewalt*, Frankfurt, 1989.

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 11.

jurídico-penal, ligada a la mera criminalidad cotidiana”.<sup>5</sup> Se trató, por supuesto, de una conclusión expuesta en el año 89, hoy, quizá no permanecen tan ocultos, aunque, ciertamente, algunos aspectos centrales ligados a la criminalidad macro, permaneces inexplorados o se articulan a decisiones político-criminales desarticuladas que obvian el estudio necesario de este concepto y de sus implicaciones.

## **2. La sociología como fuente de la dogmática jurídico-penal**

Lo que se quiere destacar en este trabajo es, además, el hecho fundamental, de que es en la sociología y, más concretamente, en la sociología criminal, donde ha nacido la aproximación a la macrocriminalidad y a la respuesta que esta impone para un sistema penal. Esto es fundamental, pues, además, implica e impone una relaciones diversas entre dogmática y sociología, entre dogmática, sociología y política criminal. Yo no se trata simplemente del imperio dogmático que con arrogancia ve a la sociología como una especie de ciencia auxiliar; al contrario, es la sociología la que brinda auténtico contenido las figuras dogmáticas. A su vez, éstas, como es por ejemplo la tesis de autoría mediata en estructuras organizadas de poder, que el mismo ROXIN en su presentación inicial de la figura, acepta que es un concepto en construcción, estas figuras, se dice, se llenan de contenido real, con la sociología real de las conductas.

Este hecho, además, tiene hoy repercusiones institucionales centrales: la creación de la hoy denominada Dirección Nacional de Análisis y Contextos (DINAC), que hace parte de la reforma profunda introducida a la fiscalía, obedece justamente a la necesidad, para efectos de imputación de las conductas, de establecer e ilustrar contextos reales de actuación o de formas de actuación de aparatos criminales. Por ello, tienen asiento, en esta Dirección Nacional, no sólo abogados, sino historiadores, antropólogos, sociólogos que son precisamente aquellos que desde una perspectiva interdisciplinaria real, puedan crear los contextos necesarios para entender la actuación macrocriminal.

En su crítica a la incapacidad de la criminología para, en su momento, dar cuenta de fenómenos de macrocriminalidad, JÄGER introduce una aclaración sustancial y es el hecho de que este concepto no se restringe ni mucho menos, a la mera asociación para delinquir o a aquello que en el código penal colombiano se denomina concierto para delinquir. Incluso el autor va más allá: no se trata tampoco de reducir este concepto a la

---

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 11.

criminalidad industrial o económica; podría agregarse, además hoy, no se restringe a la criminalidad ecológica. Es un concepto más comprensivo y complejo. Está relacionado con la actuación de verdaderos aparatos que incluso sustituyen al Estado y se convierten en auténticos contraestados o paraestados.

### **3. ¿Incapacidad para la criminología y la ciencia penal de ilustrar los niveles macro?**

En su revisión del concepto, JÄGER y luego, parafraseado y analizado por PRITTVITZ, los autores adelantan una conclusión interesante. Esta debe ser valorada, por supuesto, en sus justas dimensiones. A criterio de JÄGER, la ciencia misma en general, con el descubrimiento del microcosmos, con el descubrimiento de las partículas más elementales y el descubrimiento del microscopio, inauguró quizá una tendencia en observar el detalle, lo mínimo, lo que se escondía siempre y se perdió en buena medida una capacidad para observar lo macro, lo grande, las dimensiones supraindividuales de los crímenes.

Ello, en derecho penal supone, además, que éste adecuó su mirada en el individuo, en los hechos individuales, en el hecho criminal particular y perdió de vista el contexto general, lo grande, lo macro. Así, agrega, PRITTVITZ, esta tendencia a detenerse en el detalle antaño imposible, “puede explicar por qué, finalmente, la criminología y el derecho penal (y sus disciplinas predecesoras), encontraron indiscutible y se declararon incapaces de analizar los fenómenos en un nivel macro y podría explicar por qué, dicha incapacidad, hoy y antes, ha estado profundamente arraigada en la sociedad”.<sup>6</sup> Es interesante, en todo caso esta conclusión que, a juicio de estos y otros actores, subyace también al paradigma de la responsabilidad penal individual y ligada a hechos particulares, y de pérdida de perspectiva de hechos macro, situados en un nivel de complejidad mayor.

Más allá de esta reflexión compleja, además, una conclusión es real: el derecho penal moderno se levanta sobre el paradigma estricto de la responsabilidad individual, no conoce responsabilidad colectiva (se trata hoy por supuesto de un debate complejo en el derecho penal económico, por ejemplo, a más de tener lugar en el derecho penal internacional).

---

<sup>6</sup> PRITTVITZ Cornelius, Einleitung en: LÜDERSEN Klaus, *Augeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?*, Band III, Makrodelinquenz, Nomos, Baden-Baden, 1998, p. 15.

Este es un hecho cierto y, tal como dan cuenta aquellos textos pioneros de finales de los años 80s y principios de los 90s, suscitó grandes debates que hoy se han hecho universales. Es un hecho real que se encuentra situado en la médula misma de la pregunta por cuál es el tratamiento punitivo específico y más coherente, para actores que se mueven en contextos de macrocriminalidad. La pregunta es cuál debe ser la respuesta penal y la responsabilidad penal que se asigne a quienes dirigen, apoyan, controlan, usan máquinas de guerra o que son por ellas convertidos en piezas fungibles, en soldados rasos que cometen materialmente las conductas. Es decir, a individuos que en todos los niveles, actúan en verdaderos aparatos de poder.

Frente a esta evidencia, y concebida por otros como déficit del mismo derecho penal, en su énfasis en la responsabilidad estrictamente individual, un autor, ciertamente avezado, en su momento, LAMPE, propone una salida compleja, pero justamente apoyada en este hecho singular: el paradigma de la responsabilidad individual, no propiciaría una verdadera comprensión del fenómeno macrocriminal y lo que genera es una mirada distorsionada, reducida, restrictiva e incapaz, que imposibilita la propia atribución de responsabilidad penal. De esta forma, propone una salida compleja y que fue objeto de críticas: frente a delitos que pueden ser denominados “de sistema” –siendo esta una denominación más actual-, en todo caso, frente a un *Systemunrecht*, se propondría una especie de “derecho penal de sistema”, que no esté articulado a la responsabilidad penal individual y que pueda propiciar caminos concretos para atribución colectiva de responsabilidad, en el escenario específico de la masiva violación de derechos humanos y de infracciones al derecho internacional humanitario. Su crítica central: “La dogmática jurídico penal, hasta el momento, reacciona, frente a cualquier tipo de criminalidad de carácter sistemático, con un instrumentario basado en la actuación del mero delincuente individual”. Así, se pierde de vista, según el autor, la dimensión real de la actuación criminal sistemática.<sup>7</sup>

El mismo JÄGER, en revisión posterior de su trabajo, justo en un texto publicado en el volumen comentado de 1998, toma distancia de esta posición y asegura que no es la solución y que en todo caso supondría una revisión estructural del sistema penal y de sus bases o fundamentos. Pero, además, advierte y esto es importante para cualquier

---

<sup>7</sup> Ver, al respecto, el trabajo de LAMPE que generó una gran discusión que, además, se ha preservado por años, titulado en voz alemana: “Systemunrecht und Unrechtssysteme”, en: ZStW 106 (1994), cuaderno 4, p. 683 y ss. Más allá de una traducción literal al español, es gráfica la tensión expuesta: ¿un derecho penal de sistema frente a delitos de sistema?

decisión político-criminal que se agencia al respecto, que la posición de LAMPE, según la cual, en todo caso, en un contexto macrocriminal, el aparato de poder, en sí mismo, sería un “System-Unrecht”, podría caer en la trampa de confundir la actuación o la estructura como tal del aparato, con la mera “responsabilidad del individuo”, basada en la “pertenencia del mismo a dicho aparato”.<sup>8</sup>

Es decir, y en Colombia hay un camino largo en la discusión por ejemplo sobre el concierto para delinquir como delito base para la imputación de conductas para individuos que actuaron en grupo, se llama la atención sobre la pérdida de perspectiva macro, paradójicamente, cuando queda reducida a la criminalización *per se* por la pertenencia. En cualquier caso, como se dice, JÄGER llama la atención sobre modelos que, a partir de la actuación de un aparato, también caen por defecto en la imputación a partir de la responsabilidad penal por la mera pertenencia. En todo caso, figuras tan interesantes y apenas en vías de construcción, por lo menos en nuestro entorno, como la figura de la doble imputación, están ligadas a esta búsqueda por imputar, en diversos contextos y con base en la suma de diversos niveles y escenarios dogmáticos, hechos individuales, al “Gesamtat”, o hecho total que daría cuenta de las actuaciones propiamente de un grupo que se mueve en el entorno macrocriminal.

#### 4. “¿Es criminalizable la política?”

El título del texto de JÄGER que se ha reseñado, es igualmente ilustrativo: se pregunta si es “criminalizable la política?” Con ello, además, lo cual es también una pregunta muy relevante para el caso colombiano, no sólo se establecen las relaciones entre derecho penal y política, ligadas a la actuación macrocriminal, sino que se introduce un concepto central: para JÄGER, el concepto de macrocriminalidad, entrañaría la noción misma de “la criminalidad colectiva, ligada o condicionada políticamente, que enuncia la criminalidad del estado de excepción”.<sup>9</sup>

Pero, en todo caso, como él mismo lo advierte, su concepto de excepción no está basado en la teoría de la excepción de Carl Schmitt, que es otra cosa. Se trata de reconocer que, frente a la mirada y los recursos tradicionales del sistema penal, este tipo de criminalidad, escapa a ella, es excepcional. Y justo, lo es, cuando no se trata de meros actos criminales, sino de centenares de hechos ocasiones por aparatos que han

---

<sup>8</sup> JÄGER Herbert, Ist Politik kriminalisierbar?, en: LÜDERSEN Klaus, Augeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?, Band III, Makrodelinquenz, Nomos, Baden-Baden, 1998, p. 131.

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 123.

obrado como verdaderos contra estados, que lo han sustituido, que han generado dominios totalitarios frente a la población que los ha sufrido y padecido. Es en ese sentido que hay que mirar la excepcionalidad en una nueva dimensión y sus desafíos para el derecho penal, pero, sobre todo, para un sistema de justicia mucho más complejo que el de mera justicia penal.

Ahora bien, es importante recalcar en este escrito, viendo estos trabajos en perspectiva, que estos debates hoy, como se dice, se revisten de nuevas dimensiones y es innegable que se vive una transformación estructural del sistema penal en conjunto, ligado a la lucha contra la macrocriminalidad, que está levantado, expresa o implícitamente sobre la base de que el paradigma de la responsabilidad penal individual, es hoy insuficiente para la atribución de responsabilidad para quienes han actuado en grandes aparatos criminales. Más allá incluso de este debate que es por supuesto muy sensible, lo cierto es que existe un límite del derecho penal mismo para dar cuenta de la actuación macrocriminal y que, precisamente por esta razón, es muy apropiado construir, como de hecho se trata de hacer en Colombia, escenarios diversos del derecho penal y de su uso privilegiado para la sanción y castigo de hechos masivos de violaciones de derechos humanos y del DIH.

Es menester por ello, crear e impulsar efectivamente un gran sistema de justicia transicional, donde sus componentes o los mecanismos de componen la triada, verdad, justicia y reparación, se complementen entre sí, sean interdependientes y que el peso del trabajo de ilustración de los hechos, no le competa exclusivamente al derecho penal. además, cuando intervenga el derecho penal, que está limitado no sólo por el paradigma que es una conquista histórica, de la responsabilidad individual, sino por los principios y por su propio carácter, se deben convertir estos límites en verdaderas fortalezas: el derecho penal deja de tener su centro de gravedad en el aspecto retributivo, y pasa a ser un laboratorio del construcción de relatos y de verdades que deben y tienen que servir para crear escenarios propicios para la no repetición de conductas. Así, más que el mero mensaje a los actores que cometieron las conductas, el mensaje es a toda la sociedad para que las conductas no se vuelvan a repetir. Es un “nunca más” desde el derecho penal mismo, sobre todo porque en todos los relatos, de casos macro, como los que hoy se ventilan en decisiones finales de justicia y paz, se concluye que no sólo actuaron los aparatos, sino que éstos han tenido vínculos, enlaces con cientos de funcionarios y civiles. Son espectros sociales completos que están involucrados y por eso el mensaje



debe ser global para afianzar escenarios de no repetición y así crear también espacios proclives a la reconciliación.

### **III. ESTRATEGIA DE PRIORIZACIÓN CONTENIDA EN LA DIRECTIVA N° 001 DE 2012 DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**

Tal como se expuso desde un principio, con un hecho muy importante se ha pretendido dar cuenta de la actuación macrocriminal, y dar respuesta institucional a nuevos desafíos generados por dicha actuación sobre todo, referida a la comisión masiva de crímenes internacionales. Este hecho, es la estrategia de priorización impulsada por el actual fiscal general de la Nación y de sus equipos más próximos. Desde el mismo momento de su posesión como fiscal, Eduardo Montealegre, previó como una de sus tareas básicas, una reforma sustancial a la Fiscalía General de la Nación, sobre todo, en la forma de investigar y en la concepción misma que subyace a ella, particularmente, en lo referido, como se dice, a la gran actuación criminal.

Dicha estrategia, la necesidad de reformular de manera consistente la metodología de investigación, se concretó, en un primer momento, en la expedición de la Directiva N° 001 del 2012. Más tarde, se implementó una reforma estructural al ente acusador, se trató de una reforma de hondo calado, precisamente ubicada en el contexto general de la estrategia de priorización. En seguida se adelantarán referencias básicas sobre dicha estrategia, sobre su puesta en escena inicial, advirtiendo que se trata de una estrategia en consolidación que avanza y que ya se concreta en diversas providencias y debates judiciales. Como toda reforma esta es, ante todo, una reforma que exige un cambio de perspectiva y que es, sobre todo, cultural: ya no se investigan hechos meramente individuales y aislados, sino verdaderas estructuras y apartados. Se trata de crear contextos, de una estrategia basada en la asociación de casos y, por ende, se inserta plenamente en la reflexión más sociológica que ha sido previamente referida.

#### **1. Nociones centrales contenidas en la Directiva N° 001 de 2012 expedida por el fiscal general de la Nación**

Un hecho debe reseñarse previamente. El autor de este escrito, como consultor de una fundación española que creó un observatorio internacional de la Ley de Justicia y Paz, ley que abrió el procedimiento especial de incorporación a la vida civil, de miembros de grupos paramilitares que habían cometido toda suerte de crímenes internacionales, se enfrentó a un hecho singular. Una fiscal que investigaba un aparato

criminal, muy activo en el Norte de Colombia, con mucha angustia, comentaba lo siguiente: “Tengo más de cien casos ubicados, con numerosas víctimas y delitos. Tengo unos 20 casos documentados y me falta información sobre los otros. ¿Qué debo hacer? Sigo con los casos ya documentados o debo esperar años para avanzar con todos los casos que tengo? Las víctimas de los casos ya muy avanzados me presionan y las víctimas de los casos que faltan, también me presionan”.

Este hecho que se repetía en todos los fiscales, inducía a pensar que era necesaria una estrategia de reducción de complejidad, de priorización o de selección de caos, tal como lo han hecho, además, los todos los tribunales internacionales y en general los nacionales, expresa o implícitamente. En ese momento, para el año 2008, no era posible: cualquier forma de avanzar con procesos documentados y de priorizarlos mientras se buscaba información respecto de los otros, cualquier idea de centrar los esfuerzos en ciertos casos y ciertos responsables, era concebido como sinónimo de impunidad.

Se presionaba al sistema penal para que diera respuesta a cada uno de los casos ventilados y a cada hecho en particular. Más adelante, empero, ante el peso del principio de realidad y en razón a las circunstancias, fue calando la idea y la necesidad de tomar medidas urgentes. Además, el país se ilustró sobre el hecho de que en todos los tribunales internacionales, incluso en los órganos del sistema interamericano, se había seleccionado y se había priorizado. La estrategia de priorización, en el año 2012, llegó entonces en un momento propicio y frente a una realidad que no admitía ninguna vacilación. Pero no se trataba simplemente de adelantar una priorización errática y dependiente exclusivamente del operador de turno, se trataba de construirla con base en criterios ponderados y razonables. Ello, trató de plasmarse en la directiva comentada y, luego, se ha ido depurando en el camino. De manera sintética entonces, pero que puede ser ilustrativa en el derecho comparado, se hará referencia a los aspectos más relevantes de la directiva.

*Definición de criterio.* Refiriéndose exclusivamente a la política de priorización, la directiva define “criterio” como un parámetro lógico puesto en funcionamiento para focalizar la acción investigativa de la Fiscalía General de la Nación hacia determinadas situaciones y casos. De forma semejante a la priorización en su aspecto operativo, la selección también estaría concebida con base en criterios que constituyen parámetros lógicos, que contienen los elementos materiales mínimos que un caso debe reunir para

entender satisfecho los requerimientos especiales de jurisdicción o competencia. Pero el tema de la selección es más complejo, está más relacionado con lo que en sí mismo se va a investigar, la selección es por ello un umbral jurisdiccional, mientras que la priorización, está más relacionada con un orden en la investigación e ilustración de los casos. De otra parte, como se hará referencia a ello, propiamente en la fiscalía no existe selección sino priorización y la selección, está más referida al denominado Marco Jurídico para la Paz, que es el mecanismo concebido constitucionalmente para la aplicación de normas que propicien la desmovilización de actores armados en lógica transicional.

*Clasificación de los criterios.* De acuerdo con la directiva, en sede de priorización existen tres clases de criterios básicos: *el criterio objetivo, el criterio subjetivo, y el criterio complementario.*

- El criterio objetivo analiza los elementos de *gravedad y representatividad* del crimen, cada uno de los cuales se encuentra detallado por factores, que a su vez están divididos en sub-factores.
- El criterio subjetivo atiende a las calidades especiales del autor y de la víctima; el máximo responsable y la condición de vulnerabilidad de una víctima. Igualmente, los elementos de éste criterio están definidos por factores, y sub-factores.
- El criterio complementario incorpora consideraciones relacionadas con la disponibilidad de la prueba, la riqueza didáctica de un caso, su examen por un órgano internacional, entre otros. Se trata elementos adicionales que permiten establecer la priorización de casos.

Esta clasificación de criterios de priorización acogida por la directiva en tres categorías amplias, divididas en elementos, que a su vez están divididos y subdivididos, constituye uno de los tantos diseños que puede tener una política de selección y priorización de situaciones y casos. Es importante destacar la estructura lógica en forma deductiva (de lo general a lo particular) del diseño de la directiva: criterio-elemento-factor y sub-factor, la cual puede conservarse para el diseño del mecanismo de selección de casos, que como lo indica el acto legislativo, se refiere propiamente a criterios de selección.

## 2. Funcionamiento de los criterios de priorización

La Directiva N° 001 de 2012 establece el Comité de Priorización de Situaciones y Casos, como el órgano encargado de aplicar los criterios de priorización y de gestionar el nuevo sistema de investigación penal;<sup>10</sup> éste cuenta con una Secretaría Técnica de carácter permanente, encargada de instrumentar y articular todas sus funciones, prestarle apoyo técnico y administrativo, y hacerle seguimiento de sus decisiones, entre otras funciones.<sup>11</sup>

El nuevo sistema de priorización se desarrolla en tres niveles a través de los cuales se postulan al Comité las situaciones y los casos potencialmente priorizables para su aprobación y/o recomendación. Para adoptar una decisión sobre priorización, el Comité debe adelantar el denominando *test de priorización*, que está definido en la directiva como el “juicio que permite realizar una ponderación entre los diversos criterios de priorización a efectos de recomendar o decidir sobre una situación o caso”. La metodología para llevar a cabo este juicio consta de las siguientes etapas: (i) adelantar un análisis criminal previo que implique una asociación de casos para el hallazgo de patrones y de las situaciones potencialmente priorizables; (ii) aplicación de los criterios de priorización a la situación o caso potencialmente priorizable; y, (iii) de manera argumentada, adoptar la recomendación o decisión.<sup>12</sup>

En el primer nivel del sistema de priorización las situaciones o casos potencialmente priorizables pueden provenir de (i) la petición de cualquiera de los integrantes del Comité de Priorización de Situaciones y Casos, o (ii) de una petición ciudadana. En los dos eventos, las peticiones de priorización deben tener una sólida

---

<sup>10</sup> El Decreto 016 de 2014, por el cual se define y modifica la estructura orgánica y funcional de la Fiscalía general de la Nación, crea los Comités de Priorización “encargados de ejecutar las políticas y estrategias definidas por el Fiscal General de la Nación, de adoptar el plan de priorización y proponer y decidir, cuando le sea asignada esta competencia, las situaciones y los casos priorizados.” Sobre esta nueva composición plural no se tiene mayor claridad, y su funcionamiento exacto al interior del nuevo sistema aún no se conoce, sin embargo, es claro que tendrá funciones similares a las del Comité de Priorización de Situaciones y Casos. Lo más probable es que el señor Fiscal General organizará estos nuevos comités de priorización para cumplir funciones a un nivel nacional o seccional, potenciando la implementación del sistema de priorización, haciéndolo más efectivo y aliviando el trabajo del Comité principal.

<sup>11</sup> El Comité de Priorización y de Situaciones y Casos está conformado por: 1. El Vicefiscal General de la Nación; 2. Un delegado del Vicefiscal General; 3. Director(a) Nacional de Fiscalías; 4 Director(a) Nacional del Cuerpo Técnico de Investigación; 5. Fiscal Jefe de la Unidad de Fiscalía delegada ante la Corte Suprema de Justicia; 6. Fiscal Jefe de la Unidad Nacional de Análisis y Contextos y; 7. Jefe de la Secretaría Técnica.

<sup>12</sup> Cfr. Fiscalía General de la Nación, Unidad Nacional de Análisis y Contextos, Informe de rendición de cuentas 2012-2013, Bogotá, 2013, p. 10.

argumentación. Los casos priorizados en este primer nivel le son asignados a la Unidad Nacional de Análisis y Contextos de la Fiscalía (UNAC), la cual, a su vez también puede, según los señala el Decreto 016 de 2014, identificar y delimitar situaciones y casos susceptibles de ser priorizados y proponerlos ante el Comité. (Hoy, la UNAC ha pasado a ser la DINAC, que significa Dirección Nacional de Análisis y Contextos).

En el segundo y tercer nivel, además de las fuentes (i) y (ii) antes mencionadas, las situaciones o casos potencialmente priorizables pueden ser postulados por (iii) los planes de acción que debe presentar cada una de las Unidades Nacionales y Direcciones Seccionales al Comité para obtener su aprobación.<sup>13</sup> De igual forma y, con mayor razón, en los planes de acción los motivos por los cuales se presenta una situación o caso susceptibles de priorización deben ser fuertemente argumentados.

Los planes de acción son el instrumento que permite dar aplicación transparente, racional y controlada al sistema de priorización. Las Unidades Nacionales y las Direcciones Seccionales solo pueden aplicar los criterios de priorización una vez el comité haya aprobado su respectivo plan de acción, cuyos puntos 1 y 2 coinciden con el *test de priorización*, y se añade un tercer punto sobre los métodos y las medidas administrativas a emplear para hacer efectiva la priorización. Así, el plan de acción debe contener un cronograma específico para la ejecución de la política de priorización a través de metas, que deberán cumplirse dentro de la vigencia de este plan (el término de los planes de acción se extiende por un año). En todo caso, como la priorización de ninguna manera equivale a la renuncia de la acción penal, en relación con los casos no priorizados el plan de acción debe contener una previsión de las estrategias y planes a ejecutar en relación con dichos casos. El monitoreo y seguimiento de los planes de acción corresponde a la Secretaría Técnica del Comité de Priorización.

### **3. Metodología de investigación**

Aunque un análisis detallado de las metodologías de investigación desborda el alcance del presente documento, es preciso hacer una breve alusión a éstas, habida cuenta de su importancia para las próximas discusiones en materia de selección de casos. De acuerdo con ello, la primera fase de trabajo se centra en la definición, caracterización y análisis estratégico de las problemáticas priorizadas. Dada la amplitud

---

<sup>13</sup> El Decreto 016 de 2014 modifica la denominación de las Unidades Nacionales de Fiscalía llamándolas ahora Direcciones de Fiscalías Nacionales. No es un mero cambio nominativo sino que comporta una transformación estructural la cual, en todo caso, escapa al análisis del presente documento.

de las problemáticas, éstas son delimitadas en situaciones o casos como parte de la elaboración de contextos generales; la delimitación de situaciones o casos puede hacerse a través de análisis inductivo (de lo particular a lo general) o de análisis deductivo (de lo general a lo particular).<sup>14</sup> El proceso inductivo parte del análisis concreto de un caso, a partir del cual se encuentran patrones comunes. Por su parte, el análisis deductivo se realiza con fundamento en unas temáticas de delimitación partiendo de la asociación de casos.<sup>15</sup>

Una vez definidas las situaciones o casos, e iniciada la construcción del contexto, en la segunda fase se continúa profundizando con esta labor. En este sentido, se aborda con mayor detalle el análisis de contextos y se trasciende la fase descriptiva, para identificar y enfocar la acción penal sobre los máximos responsables de las organizaciones, alianzas o redes criminales; de este modo se dirige la construcción de hipótesis investigativas y la elaboración de programas metodológicos de investigación. El proceso de creación de contextos tiene complejidades mayúsculas que necesariamente implican utilizar diversas herramientas, procedimientos y técnicas para hacer un estudio sistemático e interdisciplinario del delito.<sup>16</sup>

La tercera fase consiste en el planteamiento de la hipótesis para la investigación, con base en el contexto formulado. Esta etapa debe conducir principalmente a la formulación de imputaciones (u otras medidas penales) contra máximos responsables, identificados de acuerdo con el nivel que ocupan en la estructura de mando de la organización criminal o por la comisión de delitos particularmente notorios. Así, los contextos permiten organizar estratégicamente la investigación criminal de los fiscales y de la policía judicial, con el objeto de concentrar la persecución penal en los máximos responsables.

---

<sup>14</sup> La Directiva Nº 001 de 2012 define contexto como el “marco de referencia contentivo de aspectos esenciales, acerca de a) los elementos de orden geográfico, político, económico, histórico y social, en el cual se han perpetrado delitos por parte de grupos criminales, incluidos aquellos en los que servidores públicos y particulares han colaboran en su realización. Debe igualmente comprender b) una descripción de la estrategia de la organización delictiva, sus dinámicas regionales, aspectos logísticos esenciales, redes de comunicaciones y mantenimiento de redes de apoyo, entre otros.”

<sup>15</sup> Las temáticas de delimitación pueden ser de diferente índole, así, la problemática puede comprender, según el Informe presentado por la UNAC: “1. La violencia en una región determinada (Urabá o en Montes de María); 2. Un grupo de víctimas que comparten calidades similares (sindicalistas o miembros de la Unión Patriótica); 3. Conductas delictuales de un mismo tipo (reclutamiento de menores o violencia sexual en el conflicto armado) y; 4. Organización criminal (FARC-EP o algunas bandas criminales).”

<sup>16</sup> Mientras los analistas trabajan en la elaboración de los contextos y de las organizaciones criminales, los fiscales y los investigadores de policía judicial empiezan la investigación preliminar de los procesos que se identificaron en la primera fase de trabajo. Igualmente, la participación de las víctimas resulta determinante para la construcción de los contextos.

La cuarta y última fase se concreta en la etapa del juicio, en la cual los contextos elaborados en función de las imputaciones a los máximos responsable se ponen a prueba. De forma conjunta al material probatorio, los contextos se erigen como una herramienta adecuada para fortalecer las imputaciones penales. Si en la estrategia del caso se considera pertinente, eventualmente los analistas pueden participar como peritos o testigos expertos.

Hacia el año 2014, la hoy DINAC contaba con nueve equipos de trabajo temático que son: 1) Grupo de Investigación de las FARC-EP, 2) Grupo de Investigación de violencia antisindical, 3) Grupo de Investigación de violencia contra miembros de la Unión Patriótica, 4) Grupo de Investigación de Ejecuciones Extrajudiciales, 5) Grupo de Investigación de Urabá, 6) Grupo de Investigación de Contratación Estatal en Bogotá, 7) Grupo de Investigación de magnicidios, 8) Grupo de Investigación de Montes de María y 9) Grupo de Investigación de violencia cometida contra periodistas. Como se ve, se trata de una estrategia compleja, construida razonablemente y en plena evolución. A esta estrategia, debe agregarse, además, un hecho central hoy: la noción de contexto ha sido presentada en un proyecto de reforma al sistema penal acusatorio, como prueba judicial. Así, dice, por ejemplo, el artículo 73 del proyecto de ley número 224 de 2015, por medio del cual se reforman algunos artículos de la Ley 906 de de 2004, de la Ley 599 de 2000 y se dictan otras disposiciones. Esta norma introduce un nuevo artículo que es el 207A:

“Otros métodos de investigación. En desarrollo de la labor investigativa podrán utilizarse metodologías y herramientas de las diferentes áreas del conocimiento para identificar y entender integralmente casos, situaciones, temáticas o fenómenos.

También podrán realizarse investigaciones en contexto, cuyo propósito es determinar los aspectos esenciales de orden geográfico, político, económico, histórico, cultural y social, en el cual se han perpetrado conductas punibles en el marco de un fenómeno delincuencia, con el fin de identificar elementos de sistematicidad, patrones criminales, modus operandi, tendencias, entre otros. Los productos de estos análisis podrán ser introducidos de manera individual o mediante prueba de contexto”.

Así mismo, el mencionado proyecto de ley introduce todo un apartado dedicado a las pruebas de contexto, por ejemplo, el artículo 143 hace referencia expresa al contexto como prueba en el proceso penal:

“Prueba de contexto. Se entiende por prueba de contexto el resultado del análisis obtenido mediante la investigación de que trata el inciso 2º del artículo 207A. La prueba de contexto constituye un medio de conocimiento autónomo”.

#### IV. EL “MARCO JURÍDICO PARA LA PAZ”: UN NUEVO ESFUERZO POR INCORPORAR ACTORES DE LA GUERRA AL PACTO SOCIAL REFORMULADO

Este instrumento complejo, contenido en el acto legislativo No. 01 de 2012, reformativo de la Constitución Política, introdujo en la Carta un marco de justicia transicional y excepcional, con definiciones en esta dinámica transicional y con diversos mecanismos para el tratamiento de los sujetos a los cuales se aplicará. Ello, sobre la base del proceso de paz en curso con las guerrillas de las FARC y, se espera, que a él se sumen las guerrillas, minoritarias pero activas, del denominado ELN.

Esta inclusión, tiene que ver también y por supuesto, con la incorporación de toda la sociedad y en especial, de las víctimas, muchas de ellas también, por tradición, excluidas del pacto social. Este mismo debe abrirse; por ello, no se trata de una inclusión meramente simbólica, sino real, que presupone siempre la propia ampliación del pacto social que aún está en proceso de construcción en Colombia. Los sujetos a quienes se les aplicará el Marco, son concebidos entonces como rebeldes o delincuentes políticos, que también han cometido acciones terroristas en algunos casos, pero que no son concebidos en sí mismos como terroristas.

Hay una concepción general que acompaña el Marco, que constituye el *telos* real del acto legislativo: es un estatuto de inclusión al pacto social de actores, ligados a la violencia política y social que vive el país desde hace décadas. Dice así en su parte inicial el artículo transitorio 66, reformativo de la Carta Política.

“Los instrumentos de justicia transicional serán excepcionales y tendrán como finalidad prevalente facilitar la terminación del conflicto armado interno y el logro de la paz estable y duradera, con garantías de no repetición y de seguridad para todos los colombianos; y garantizarán en el mayor nivel posible, los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación. Una ley estatutaria podrá autorizar que, en el marco de un acuerdo de paz, se dé un tratamiento para los distintos grupos armados al margen de la ley que hayan sido parte en el conflicto armado interno y también para los agentes del Estado, en relación con su participación en el mismo”.<sup>17</sup>

El marco jurídico ha sido declarado constitucional en sus dos artículos. El primero, artículo 66 transitorio de la Carta Política, que introduce los aspectos centrales, y el artículo 67, que se refiere a la posible participación en política de antiguos

---

<sup>17</sup> El acto legislativo completo, se puede consultar en el siguiente Link: <http://wsp.presidencia.gov.co/Normativa/actoslegislativos/Documents/2012/ACTO%20LEGISLATIVO%20N%C2%B0%2001%20DEL%2031%20DE%20JULIO%20DE%202012.pdf>



combatientes, tendiéndose en cuenta, aquellos delitos conexos con el delito político (delito de rebelión).

Excede los límites de este escrito, ahondar en todos los temas del acto legislativo. Se hará solo relación a los aspectos centrales.

## **1. Sujetos de aplicación del marco**

Como se ha dicho, el denominado “marco jurídico para la paz”, constituye un enorme esfuerzo de creación constitucional, elaborado con el propósito de ser aplicado a los actores de la guerra que, luego de un proceso de paz hoy en día en curso, se desmovilicen, desactiven sus máquinas de guerra, cumpliendo una serie de condiciones, como es la entrega de los menores, de personas secuestradas, de contribución a la verdad, etc. También se aplicaría a funcionarios públicos y agentes del Estado, como militares, policías y funcionarios civiles. Todos ellos comprometidos en la comisión de crímenes internacionales, siempre y cuando, reconozcan públicamente su responsabilidad y cumplan con todas las exigencias del marco. Estas, son, como establece el texto:

“En cualquier caso, el tratamiento penal especial mediante la aplicación de instrumentos constitucionales como los anteriores estará sujeto al cumplimiento de condiciones tales como la dejación de armas, el reconocimiento de responsabilidad, la contribución al esclarecimiento de la verdad y a la reparación integral de las víctimas, la liberación de los secuestrados, y la desvinculación de los menores de edad reclutados ilícitamente que se encuentren en poder de los grupos armados al margen de la ley”.

## **2. Selección de casos y máximos responsables**

El Marco establece un filtro fundamental a través de la selección de casos que serán conocidos por el sistema judicial penal: se trata únicamente de casos en que estén comprometidos los máximos responsables por conductas que constituyen crímenes nucleares del derecho penal internacional. Dice así el artículo 66 transitorio reformativo de la Constitución, en su parte correspondiente:

“Sin perjuicio del deber general del Estado de investigar y sancionar las graves violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario, en el marco de la justicia transicional, el Congreso de la República, por iniciativa del Gobierno Nacional, podrá mediante ley estatutaria determinar criterios de selección que permitan centrar los esfuerzos en la investigación penal de los máximos responsables de todos los delitos que adquieran la connotación de crímenes de lesa humanidad, genocidio, o crímenes de guerra cometidos de manera sistemática...”.

Se observa entonces que la selección supone tanto las personas -que son los máximos responsables-, como los delitos que, como se ve, además, se les ha colocado la exigencia de que sean cometidos de manera sistemática. Este último punto puede

entenderse, en el *telos* general de la norma, que constituyen una forma de elevar el umbral de exigencia para la selección, pues si no se tratara de delitos, incluso de crímenes de guerra, cometidos de *manera sistemática*, serían decenas de miles los casos posibles de selección, en razón a la cantidad de delitos cometidos. Ello, tanto más si la norma hace referencia a “todos” los delitos. Pero, este punto generó, en la sentencia de constitucionalidad de esta norma, una interpretación antitécnica, objeto de numerosas críticas.

Se trata de la sentencia C-579 de 2013 que será reseñada posteriormente, pero que se cita aquí en este contexto de crítica. La Corte Constitucional concibe esta sistematicidad exigida en la norma como el contexto material –conflicto armado–, que es propio de los crímenes de guerra. Parece asimilar, como contexto, a la sistematicidad propia de los delitos de lesa humanidad, la noción de conflicto armado, que es el contexto material exigido para los crímenes de guerra. De allí porqué, se crítica este hecho y se dice:

“La Corte equipara equivocadamente el significado de la expresión ‘cometidos sistemáticamente’ al elemento contextual material que caracteriza a los crímenes de guerra. Los crímenes de guerra por definición son conductas ligadas a un conflicto armado; no requieren un patrón o línea de conducta, es decir, una práctica sistemática, tal como ocurre con los crímenes de lesa humanidad”.<sup>18</sup>

Ahora bien, los casos seleccionados son aquellos que serán investigados, juzgados, y sancionados por el sistema judicial penal y, en ese entendido, los sujetos de los mismos, podrán ser objeto de beneficios judiciales, como las penas alternativas, la suspensión parcial –no total– de la ejecución de la pena, y las modalidades especiales de ejecución y cumplimiento de la pena. Igualmente, las sanciones extrajudiciales. Mientras que para los casos no seleccionados –que se entiende constituirán la mayor cantidad de casos que compromete a la población desmovilizada–, se autoriza la mediación de una comisión de la verdad, e incluso la renuncia a la persecución penal, mecanismos posibles de esclarecimiento de la verdad y también de atribución de responsabilidad individual no penal por su participación en el conflicto armado interno.

---

<sup>18</sup> AMBOS Kai / ZULUAGA John, Análisis del fallo sobre el marco jurídico para la paz, en: *Ámbito jurídico*, 27 de enero de 2014. Este tema es retomado de manera detallada en el texto reseñado, dedicado al estudio de la sentencia, en los diversos puntos problemáticos, denominado, *Justicia de transición y Constitución. Análisis de la sentencia C-579 de 2013*, publicado bajo la coordinación de AMBOS, por la editorial Temis de Colombia, la Fundación Konrad-Adenauer y el recién creado, CEDPAL, en Göttingen, y que reúne varios autores. En este caso particular, véase el aporte de COTE Gustavo / TARAPUÉS Diego, p. 251 y ss.

Precisamente, en esta dirección, se debe aclarar que una de las discusiones más ricas e interesantes en relación con el marco para la paz, tiene que ver justamente con los mecanismos alternativos a la mera sanción penal entendida siempre como la imposición de la pena carcelaria. Ha sido abierto un debate muy complejo en el país sobre penas alternativas, sanciones extrajudiciales, mecanismos de justicia restaurativa, fórmulas de *reparación transformadora* –concepto que se refiere a la posibilidad de aplicar mecanismos de reparación, más de *abajo hacia arriba*, donde prime el interés de la comunidad por la auténtica reconstrucción de tejido social, con una participación activa, tanto de sujetos de la guerra, como de las víctimas. Se espera, además, que como fruto de esta rica discusión, no sólo el sistema penal transicional aboque cambios en la concepción de las penas y del sentido mismo del derecho penal, sino que ello permeee todo el sistema penal.

Hay que aclarar que el marco para la paz establece que, durante un periodo fundamental, que puede llegar a ser de diez años, el Congreso de la República debe dictar leyes de carácter estatutario, más exigentes y más complejas, en las cuales se regulen todos aquellos temas derivados del marco, por ejemplo, la figura del máximo responsable, el carácter de los delitos de lesa humanidad, la participación política de ex combatientes, las penas alternativas, etc. Todo ello, además, como desarrollo e implementación del proceso de paz mismo que, se espera, llegue a un buen término.

Así, de manera general y como conclusión, se tiene que el marco jurídico está concebido en el contexto del conflicto armado interno, su gran contexto de aplicación es el derecho internacional humanitario y, además, por supuesto, una constelación de crímenes internacionales. En su posible aplicación hacia el futuro, será central toda la experiencia acumulada por el sistema penal en los años anteriores, lecciones aprendidas del proceso especial de Justicia y Paz, las reformas introducidas a la Fiscalía General y al sistema de investigación y será fundamental la construcción y enriquecimiento de categorías dogmáticas para la comprensión de las nuevas figuras que constituyen el nuevo lenguaje del derecho penal frente a la macrocriminalidad.

## V. AVANCES ACTUALES DE NUEVAS ESTRATEGIAS DE INVESTIGACIÓN Y JUZGAMIENTO DE ACTUACIONES MACROCRIMINALES

Tal como se indicó, los cambios principales en la estrategia de investigación y juzgamiento de fenómenos de macrocriminalidad, se ha venido decantando y desarrollando desde el año 2012. Hoy, ya el sistema penal cuenta con avances muy interesantes, así como debates intensos, respecto de la puesta en escena concreta de dicha estrategia. Hoy, existen sentencias complejísimas, con un número enorme de páginas que revelan hechos cometidos por aparatos, que se detienen en tipologías de delitos, que narran formas de acción que constituyen patrones de conductas, que buscan develar cadenas de mando, que se adentran en la investigación de los contextos. Se trata, por supuesto, de un camino muy complejo, con discusiones muy importantes sobre el valor de los contextos, etc. En este apartado, se reseñan aspectos relevantes de estas nuevas decisiones, para ilustrar cómo, desde una discusión general sobre cómo debe ser la reacción estatal frente a la macrocriminalidad, con el impulso a nuevas estrategias de investigación, estos esfuerzos, que requerirán años de depuración, se van consolidando y produciendo resultados.

En el curso de los procedimientos penales de justicia transicional en Colombia (el proceso penal especial de Justicia y Paz) se han presentado intensos debates entre jueces y fiscales que giran en torno a cómo identificar adecuadamente los patrones de macrocriminalidad atribuibles a las organizaciones armadas ilegales. Pero es un tema por supuesto transversal a la dilucidación de hecho criminales también cometidos por funcionarios públicos.

La alusión a “delitos de sistema”, es decir, a delitos realizados por sistemas criminales –grupos armados irregulares, para el caso del conflicto interno colombiano–, <sup>19</sup> hace referencia a crímenes realizados por organizaciones de personas que disponen de amplios recursos y medios logísticos, signados por cadenas de mando definidas, cuya operación funciona con división de trabajo en complejos esquemas de implementación y

---

<sup>19</sup> Por criminalidad de sistema puede entenderse una situación en la cual entidades colectivas (sea el Estado, organizaciones paramilitares o grupos rebeldes alzados en armas) ordenan e incitan, o permiten y toleran la comisión de crímenes internacionales. Estos crímenes “sirven a los fines del sistema, y son causados por el mismo sistema”. El sistema puede definirse como el conjunto de personas y cosas, organizadas y conectadas entre sí con un propósito común que moviliza su actuación en forma de un todo. Ver., NOLLKAEMPER André Y VAN DER WILT Harmen (editores), *System Criminality in International Law*, Cambridge University Press, New York, 2009, pp. 1-25.

estructura: fases de planeación asumida por los dirigentes (fijación de planes y políticas criminales), y fases de ejecución encargada a miembros subordinados que cuentan con acceso restringido a la información.<sup>20</sup>

La rigidez y delimitación de la estructura, su capacidad de resistencia frente a los ataques, la obediencia y el mando efectivo sobre la tropa, los niveles de organización y control en los territorios, son algunas de las características que permiten distinguir los fenómenos de macrocriminalidad, de meras expresiones del crimen organizado, como las bandas dedicadas exclusivamente al narcotráfico, al sicariato o a crímenes transnacionales. Ello, por supuesto, con el matiz de que en muchos casos estas formas de actuación se mezclan y confunden con las de los grandes aparatos.<sup>21</sup>

El esclarecimiento de los patrones de macrocriminalidad es uno de los objetivos esenciales de la tarea que hoy se impone el sistema penal, en cuanto permite reconstruir una imagen abstracta, una especie de mapa comprensivo, acerca de las formas delincuenciales empleadas de manera privilegiada, en el espacio y el tiempo, por aparatos organizados en desarrollo de sus planes y políticas de victimización. Luego de esa fotografía más global y comprensiva, se van decantando los hechos concretos. De la vasta pluralidad de delitos perpetrados por estas estructuras, se busca discernir, clasificar y establecer, a través de enunciados sociológicos, los motivos, prácticas, estrategias y modos preferentes de victimización programada. Tal como se ha expuesto en el primer apartado de este trabajo, la noción de macrocriminalidad ya no es un asunto puramente discursivo, halla fundamento también en nuevas estructuras normativas. Así, por ejemplo, según la definición normativa, por patrón de macrocriminalidad debe entenderse:

“el conjunto de actividades criminales, prácticas y modos de actuación criminal que se desarrollan de manera repetida en un determinado territorio y durante un periodo de tiempo determinado, de los cuales se pueden deducir los elementos esenciales de las políticas y planes implementados por

---

<sup>20</sup> Ver, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Iniciativas de persecución penal, publicado en: Michael REED (editor), Judicialización de crímenes de sistema. Estudios de caso y análisis comparado, Serie Justicia Transicional, ICTJ, Bogotá, 2008, p. 31. En el mismo sentido, MARTÍNEZ David, Manual de análisis contextual para la investigación penal en la Dirección Nacional de Análisis y Contextos (DINAC) de la Fiscalía General de la Nación, ICTJ, junio 2014, p. 19.

<sup>21</sup> Además de lo ya expuesto en el primera apartado de este escrito, Kai AMBOS propone el concepto de *macrocriminalidad política* en sentido amplio para extender a las organizaciones armadas no estatales un matiz analógico de estatalidad que las diferencia de otras formas de crimen organizado. En este sentido, la estructura de macrocriminalidad adquiere el estatus de base para la imputación penal de crímenes internacionales. Ver, Kai AMBOS, La parte general del Derecho Penal Internacional. Bases para una elaboración dogmática, Editorial Temis y Fundación Konrad-Adenauer, entre otras, Montevideo, 2005, pp. 44-48. Como se ve, este supuesto, está relacionado directamente con lo reseñado sobre los aportes de JÄGER, particularmente sobre su pregunta por la criminalización de la política.

el grupo armado organizado al margen de la ley responsable de los mismos. La identificación del patrón de macrocriminalidad permite concentrar los esfuerzos de investigación en los máximos responsables del desarrollo o realización de un plan criminal y contribuye a develar la estructura y modus operandi del grupo armado organizado al margen de la ley, así como las relaciones que hicieron posible su operación”.<sup>22</sup>

Según lo establece la misma fuente normativa, la constatación de la existencia de patrones de macrocriminalidad, debe adelantarse tomando en cuenta los tipos de delitos más característicos en naturaleza y número; los fines generales, *modus operandi*, redes de apoyo y mecanismos de financiación de la organización, así como las motivaciones políticas, económicas, ideológicas de la victimización o su relación con factores de edad, raza, género, etnia, o discapacidad, entre otras situaciones relevantes. Adicionalmente, el análisis de la naturaleza y el número de los delitos para el esclarecimiento de patrones debe adelantarse con base en muestras cualitativas y cuantitativas de los delitos más característicos que sean estudiadas a la luz de medios estadísticos.<sup>23</sup>

No debe pasarse por alto que el ejercicio de identificar patrones de macrocriminalidad es funcional para la obtención de los siguientes fines: (i) establecer la responsabilidad penal de los integrantes de las organizaciones armadas por crímenes internacionales, especialmente en el caso de los delitos de omisión, (ii) adelantar el juicio de adecuación típica del delito según corresponda a una grave violación a los derechos humanos o grave infracción al derecho internacional humanitario, (iii) ofrecer garantías de no repetición y de efectivo enjuiciamiento y sanción, (iv) además de que permite afinar las estrategias de reparación colectiva.<sup>24</sup>

Ahora bien, dadas estas premisas normativas y conceptuales, debe aclararse que, en un primer momento de implementación de la reforma, tramitados en la jurisdicción especial de Justicia y Paz, los patrones presentados por los fiscales en un significativo número de casos no han logrado acceder a la aprobación judicial de la magistratura. Diversas críticas han sido formuladas por la judicatura que conminan a los fiscales para que adelanten la presentación de los patrones de una manera más detallada, pormenorizada y rigurosa, evitando las indebidas generalizaciones. No es menor el

---

<sup>22</sup> Artículo 16 del Decreto 3011 de 2013.

<sup>23</sup> Artículo 17 del Decreto 3011 de 2013.

<sup>24</sup> Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, sentencia condenatoria contra Triana Mahecha Arnubio, alias “Botalón”, entre otros, 14 de diciembre de 2014, radicado nº 11001-22-52000-2014-00058-00, MP: Eduardo Castellanos, párr. 746.

llamado de la judicatura en ese sentido, pues si se acogen los patrones exhibidos en un macroproceso (o proceso priorizado contra los dirigentes de un estructura), habrá tránsito a cosa juzgada y se abrirá la posibilidad de dictar sentencias anticipadas en contra de los postulados de menor rango de la misma organización que confiesen delitos subsumibles en tales patrones.<sup>25</sup> En todo caso, se está produciendo un diálogo intenso entre fiscales y jueces que están haciendo verdadera sociología y construyendo relatos complejíssimos que deben servir al país y a su memoria.

En cualquier caso, si el patrón es deficiente o incorrectamente establecido, los esfuerzos de judicialización de las conductas no serán satisfactorios en términos del esclarecimiento de la verdad de lo ocurrido en el conflicto armado interno. Pero es, como se dice, un esfuerzo de depuración conceptual que va en curso.

Entre las objeciones más recurrentes se encuentra la formulación de patrones con base en la agrupación de delitos según tipos penales, dejando de lado los macro elementos de las diversas prácticas y conductas. Así, sería improcedente declarar que todos los desplazamientos forzados, las desapariciones, los homicidios, las torturas, etc., tuvieron lugar de forma unívoca, siguiendo un único modus operandi y práctica de ejecución, frente a un supuesto universo homogéneo de víctimas. En varios casos no se han incluido la descripción específica de las motivaciones que impulsaron la victimización de individuos pertenecientes a ciertas poblaciones, como lo fueron los indígenas, afrodescendientes, campesinos, sindicatos, líderes sociales, funcionarios públicos, periodistas, etc.

No obstante, en otras providencias, hoy muy importantes, se ha tratado de establecer tipologías de delitos muy sensibles. Por ejemplo, en el caso del desplazamiento forzado, se dice:

“(i) El primer tipo se denominó como “consecuencial” ya que muchos hechos ocurrieron de manera indirecta a la acción de los paramilitares, es decir, no dependieron de la manifestación expresa de un integrante de las ABC para cometer el delito; por ejemplo, las personas tomaron la decisión de abandonar el territorio sin que un integrante del grupo paramilitar lo haya amenazado de manera directa y le haya puesto un límite temporal de salida. En este tipo de casos, los desplazamientos ocurrieron porque las víctimas sintieron miedo de morir en eventuales enfrentamientos armados entre el Ejército, la guerrilla y las ABC, o porque sintieron miedo de que sus hijos fueran reclutados de forma ilícita en un futuro por los paramilitares”.

---

<sup>25</sup> Artículo 18 de la Ley 1592 de 2012.

Estos casos son más cercanos, desde el punto de vista de la imputación, a hechos que deben ser imputados con base en el dolo eventual. De hecho, corresponde a una gran mayoría de casos desde el punto de vista fáctico. Avanza la Sala de Justicia y Paz:

“(ii) El segundo tipo de casos de desplazamiento forzado se puede denominar como “estratégico”, pues los integrantes de las ABC, mediante amenaza directa, les ordenaban a las víctimas que abandonaran el territorio, con el fin de cumplir con una “política del grupo”. En estos casos, también se les imponía a las víctimas un tiempo de salida del territorio. En ese orden de ideas, la Sala identificó en las ABC “tres políticas de grupo”: (a) minar el apoyo social a la subversión; (b) avanzar en el control del territorio; y (c) evitar la persecución de los organismos estatales. Así, el desplazamiento forzado de tipo estratégico ocurrió cuando una persona era familiar de un presunto auxiliador de la guerrilla (se busca minar el “apoyo” social a la subversión), cuando pertenecían a una red política que estaba estigmatizada por los paramilitares (minar apoyo social a la subversión) o cuando las víctimas habían sido testigos en la comisión de otro delito (evitar la persecución de los organismos estatales mediante la neutralización de personas que puedan contribuir con evidencia judicial)”.

Así, como se dice, el sistema penal avanza en la definición de tipología, de patrones, de modelos de conductas que permitan o propicien mejores y más acertadas fórmulas de imputación de conductas. Incluso ello es muy importante frente a la tarea de alcanzar medidas de satisfacción; así, es necesario sustentar probatoriamente con fuentes adicionales las causas de los fenómenos de victimización en contra de ciertos grupos, pues de acuerdo, por ejemplo, con la versión de los desmovilizados de autodefensas, los ataques fueron justificados indistintamente por tratarse de “colaboradores o auxiliadores” de la guerrilla, lo cual contradice los mandatos de dignificación y esclarecimiento de la verdad que informan a esta jurisdicción especial. En últimas, se solicita establecer los móviles políticos, ideológicos, o económicos de la victimización, y el vínculo con los beneficios que tales atrocidades reportaban con agentes y sectores de la vida civil.<sup>26</sup>

Como se deduce de esta breve reseña, pues un trabajo en detalle de cada aspecto de las sentencias mencionadas excede los límites de este escrito, el sistema penal colombiano, en lógica transicional pero, en general, respecto de la tarea de persecución penal nacional de crímenes internacionales, avanza en el desarrollo de metodologías novedosas y de acuerdo con pautas más coherente frente a las exigencias de lucha contra la macrocriminalidad. Al mismo tiempo, todo el sistema penal avanza en reconceptualizaciones, en nuevas definiciones, en aproximaciones dogmáticas más

---

<sup>26</sup> Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, sentencia condenatoria contra Luis Cifuentes Eduardo, alias “El Águila”, entre otros, 1 de septiembre de 2014, radicado nº 11001-22-52000-2014-00019-00, MP: Eduardo Castellanos, párr. 1025-1033.



consecuentes. Se trata de un trabajo intenso, con grandes limitaciones, pero con numerosos agentes y operadores decididos que laboran en la construcción de estas nuevas pautas. Colombia es así, un laboratorio intenso de trabajo que puede aportar al mundo no sólo sus perplejidades, sino igualmente sus logros y avances.

### **BIBLIOGRAFÍA**

AMBOS Kai, La parte general del Derecho Penal Internacional. Bases para una elaboración dogmática, Editorial Temis y Fundación Konrad-Adenauer, entre otras, Montevideo, 2005.

AMBOS Kai / ZULUAGA JHON, Análisis del fallo sobre el marco jurídico para la paz, en: *Ámbito jurídico*, 27 de enero de 2014.

AMBOS Kai / ZULUAGA JHON, Justicia de transición y constitución: análisis de la sentencia C-579 de 2013, Editorial Temis y Fundación Konrad-Adenauer, Bogotá, 2014.

MARTÍNEZ David, Manual de análisis contextual para la investigación penal en la Dirección Nacional de Análisis y Contextos (DINAC) de la Fiscalía General de la Nación, ICTJ, junio 2014.

JÄGER HERBERT, Makrokriminalität. Studien zur Kriminologie kollektiver Gewalt, Frankfurt, 1989.

JÄGER HERBERT, Ist Politik kriminalisierbar?, en: Klaus Lüderssen, *Augeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?*, Band III, Makrodelinquenz, Nomos, Baden-Baden, 1998.

LAMPE, Systemunrecht und Unrechtssysteme, en: *ZStW* 106 (1994), cuaderno 4.

NOLLKAEMPER André / VAN DER WILT Harmen (editores), *System Criminality in International Law*, Cambridge University Press, New York, 2009.

PRITTVITZ, Cornelius Einleitung en: Klaus Lüderssen, *Augeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?*, Band III, Makrodelinquenz, Nomos, Baden-Baden, 1998.

### **REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES**

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, sentencia condenatoria contra Arnubio Triana Mahecha, alias “Botalón”, entre otros, 14 de

diciembre de 2014, radicado nº 11001-22-52000-2014-00058-00, MP: Eduardo Castellanos.

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, sentencia condenatoria contra Luis Eduardo Cifuentes, alias “El Aguila”, entre otros, 1 de septiembre de 2014, radicado nº 11001-22-52000-2014-00019-00, MP: Eduardo Castellanos.

\* \* \* \* \*

## Alfonso Allué Fuentes

Juez Sustituto adscrito al Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana.  
Socio de la FICP.

### ~Formas de codelincuencia: organización criminal, grupo criminal, asociación ilícita y coautoría. Referencias jurisprudenciales en relación con el delito de tráfico de drogas~

I. El punto de partida que debe preceder a las consideraciones que seguirán viene dado necesariamente por la regulación legal de los delitos de pertenencia a organización y a grupo criminal y el de asociación ilícita. En el artículo 570 bis.1 del Código Penal se define la “organización criminal” en estos términos:

“A los efectos de este Código se entiende por organización criminal la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos, así como de llevar a cabo la perpetración reiterada de faltas”.

El “grupo criminal” se tipifica en el artículo 570 ter.1 como “la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o alguna de las características de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos o la comisión concertada y reiterada de faltas”.

Y las “asociaciones ilícitas” se describen en el artículo 515.1º como “las que tengan por objeto cometer algún delito o, después de constituidas, promuevan su comisión, así como las que tengan por objeto cometer o promover la comisión de faltas de forma organizada, coordinada y reiterada”.

Sobre esta base legal, conviene determinar las notas características de la delincuencia organizada, observando las diferencias entre las figuras descritas y las notas comunes que pueden unirlas, así como la naturaleza jurídica de estos delitos.

II. Con carácter general, las organizaciones y los grupos criminales obedecen al fenómeno de la criminalidad organizada, que destaca tanto por la existencia de una pluralidad de personas y los delitos que cometen, como por la forma en que dichas personas se estructuran y realizan la actividad delictiva, lo que nos permite apuntar las siguientes notas esenciales de la criminalidad organizada<sup>1</sup>:

---

<sup>1</sup> LUZÓN CÁNOVAS, M., La tipificación penal de la organización y el grupo criminal. Problemas concursales (I), Revista de Jurisprudencia El Derecho, núm. 3, 2011, pp. 2-3.

1. *Objetivos comunes*, que suelen dirigirse a la obtención de lucro ilícito, para lo cual se despliegan actividades mediatas como la protección de sus miembros, las alianzas con otros grupos o la obtención de grados de poder.

2. *División de funciones*, a través de la profesionalización o especialización de los miembros y de la mayor eficacia de la organización.

3. *Estructura*, entendida como el ensamblaje de la organización – bien vertical (jerárquico), bien horizontal –, con normas o códigos de actuación y conducta asumidos por el grupo, lo que le otorga una permanencia en el tiempo para facilitar la coordinación de las actividades delictivas.

4. *Sistema de toma de decisiones* – que puede ser jerárquico, centralizado o reticular – en conexión flexible con otras estructuras de toma de decisiones relacionadas con la estructura superior.

5. *Cohesión entre sus miembros*, merced al interés por conseguir los objetivos o a un componente ideológico o étnico.

6. *Relaciones con el medio exterior*, bien mediante el empleo de la violencia para conseguir sus fines, bien aprovechando las debilidades del sistema económico o social.

7. *Tendencia a la autoconservación* antes que a la renovación de sus miembros, en el entendimiento de que cuanto mayor sea la complejidad de la organización mayor será su capacidad de permanencia para mantener los objetivos.

III. Las organizaciones y grupos criminales fueron introducidos en el Código Penal a través de la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010, en el ámbito de los delitos contra el orden público. Ciñéndonos aquí a la “organización criminal”, ya definida, son sus elementos caracterizadores, según se desprende del artículo 570 bis.1, la pluralidad de personas (más de dos), la estabilidad en el tiempo, el reparto de funciones entre sus componentes y el fin delictivo o la perpetración reiterada de faltas. Ahora bien, subsistiendo tras la mencionada reforma el delito de asociación ilícita – particularmente el definido en el artículo 515.1º –, conviene precisar igualmente sus notas esenciales, que según la STS 415/2005, de 23 de Marzo, son: a) una pluralidad de personas; b) la existencia de una organización más o menos compleja; c) un acuerdo asociativo duradero y no puramente transitorio; y d) la finalidad de cometer delitos.

Por tanto, son elementos comunes a ambos tipos penales la pluralidad de personas, la organización, la permanencia y la finalidad delictiva. Sin embargo, se pueden advertir al menos dos criterios de distinción para diferenciar entre la organización criminal y la asociación ilícita<sup>2</sup>:

1. Desde el punto de vista de la ubicación sistemática en el Código, las organizaciones criminales se encuentran en los delitos contra el orden público (Título XXII), en tanto que las asociaciones ilícitas se enmarcan entre los delitos contra la Constitución (Título XXI), lo que expresa la diversidad de bienes jurídicos protegidos: el orden público respecto de las organizaciones criminales y el recto ejercicio del derecho constitucional de asociación en el delito de asociación ilícita.

2. Un segundo criterio diferenciador lo suministra el Preámbulo de la Ley Orgánica 5/2010, donde tras reconocer que el delito de asociación ilícita no basta para dar respuesta adecuada a los diferentes casos de agrupaciones y organizaciones criminales, afirma que las organizaciones y los grupos no son realmente “asociaciones” que delinquen, sino agrupaciones de naturaleza delictiva carentes de forma o de apariencia jurídica, o en ocasiones dotadas de ella, con el exclusivo propósito de ocultar sus actividades y obtener la impunidad.

Sin embargo, se ha criticado este planteamiento del Preámbulo en el sentido de que no es correcto afirmar que dentro de las asociaciones ilícitas de objeto delictivo sólo quepan aquellas agrupaciones que se constituyen y presentan con cierta apariencia jurídica, o en las que los componentes tienen vínculos que van más allá del propiamente delictivo, lo que invalidaría a esta modalidad delictiva para contemplar a las “verdaderas” organizaciones criminales, ilícitas desde el principio, en el entendimiento de que tampoco las definiciones doctrinales y jurisprudenciales de asociación criminal han reclamado nunca como requisito necesario para considerarlas delictivas apariencia de legalidad alguna en su constitución o imagen externa. Por tanto, las asociaciones ilícitas son las originariamente delictivas cualquiera que sea su forma de constitución, desde una simple banda de malhechores hasta una sociedad de inversiones cuyo objeto consiste en el blanqueo de capitales<sup>3</sup>.

A pesar de ello, en realidad no están claros los perfiles delimitadores de ambas figuras, lo que obliga, dando un paso más, a atender a la naturaleza de los delitos cometidos o

---

<sup>2</sup> LUZÓN CÁNOVAS, M., loc. cit., pp. 7-8.

<sup>3</sup> GONZÁLEZ RUS, J.J., La criminalidad organizada en el Código Penal español. Propuestas de reforma, Anales de Derecho, núm. 30, 2012, pp. 24-25.

promovidos por la asociación, cuyo fin último no es la obtención de un ilícito beneficio sino la subversión política (vía delitos contra la Constitución o contra el orden público), reservando las organizaciones criminales para los demás tipos de delincuencia, sin perjuicio de que corresponde al legislador la introducción del correspondiente elemento clarificador de los contornos de estas dos formas de delincuencia<sup>4</sup>.

IV. Observando la regulación del Código Penal, el artículo 570 ter.1 configura el “grupo criminal” por exclusión de las características que definen la organización, posibilitando su punición sin necesidad de que concurren estabilidad, coordinación o distribución de funciones, siendo en cambio imprescindible que existan al menos tres personas concertadas para la comisión de delitos o de faltas reiteradas. Esta dicción legal obliga a poner en relación el grupo criminal con los supuestos de coautoría, toda vez que según el artículo 28 del Código Penal son autores, entre otros, quienes realizan conjuntamente un hecho delictivo. Aparece por tanto la coautoría cuando varias personas, puestas de común acuerdo, participan en la ejecución de un hecho típico, lo cual requiere la existencia de una decisión conjunta y de un dominio funcional del hecho en todos los copartícipes, con aportaciones al hecho durante la fase ejecutiva del delito.

Esta realidad conlleva el abordaje de la diferenciación entre la mera coautoría y el grupo criminal, puesto que surge el planteamiento consistente en precisar si siempre que tres o más personas se conciertan para cometer delitos, y los cometen, además de la pena correspondiente a la infracción realizada debe también imponerse la correlativa al grupo organizado.

En la jurisprudencia se admite la denominada “coautoría aditiva” (también conocida como adhesiva o sucesiva), cuyos elementos son los siguientes:

1. Que una persona haya dado comienzo a la ejecución de un delito.
2. Que posteriormente otro u otros ensambren su actividad a la del primero, uniéndose con fines de consumación a la ejecución iniciada por aquél.
3. Que los intervinientes posteriores ratifiquen lo ya realizado por el primero aprovechando la situación previa creada por éste, no bastando con el simple conocimiento de lo ya ejecutado.

---

<sup>4</sup> LUZÓN CÁNOVAS, M., La tipificación penal (...), Revista de Jurisprudencia El Derecho, núm. 3, 2011, p. 8.

4. Que al tiempo de acoplarse a los actos iniciados no se hubiese producido la consumación del delito.

Como primera aproximación, hay que excluir del concepto de “grupo criminal” los supuestos de coautoría aditiva, en los que no existe un acuerdo previo para delinquir, así como los casos de simultaneidad entre la idea criminal y la ejecución del hecho, en los cuales el acuerdo se identifica con la coincidencia de voluntades de los partícipes, que comparten un mismo dolo. Al efecto de encontrar las diferencias entre el grupo organizado y la coautoría, el artículo 570 ter.1 señala las tres notas propias de aquél: unión de más de dos personas; ausencia de alguna o algunas de las características de la organización criminal; y la finalidad de perpetración concertada de delitos o de comisión concertada y reiterada de faltas. A partir de aquí podemos advertir en qué se distinguen uno y otra<sup>5</sup>:

1. Respecto del primer elemento (*unión de más de dos personas*), el grupo criminal excluye la coautoría aditiva cuando existe un vínculo o unión entre los integrantes, más allá de coincidencia de una mera coincidencia de personas, al requerir la creación de un grupo como se desprende de los verbos nucleares “constituir, financiar o integrar”. La coautoría se constituye con al menos tres personas con un mismo designio criminal, en tanto que el grupo precisa de un soporte o una base superior a la simple coincidencia (nótese que el art. 570 quáter.1 prevé como consecuencia accesoria la disolución del grupo, lo que carece de sentido en el caso de la coautoría como mera coincidencia de personas que deciden cometer el delito).

2. Respecto del segundo elemento (*ausencia de alguna o algunas de las características de la organización criminal*), ha de observarse que el legislador no configura el grupo criminal sobre la base de la falta de alguna o de todas las características de la organización criminal, sino que basta con la ausencia de “alguna o algunas” de ellas, por lo que es suficiente a efectos de la constitución de un grupo criminal que haya o una unión estable, o una coordinación aunque no sea jerárquica, o una distribución de funciones en la ejecución del hecho, y a partir de aquí se posibilita la distinción entre el grupo criminal y la coautoría.

3. Respecto del tercer elemento (*finalidad de perpetración concertada de delitos o de comisión concertada y reiterada de faltas*), aunque la dicción legal sólo contempla la reiteración en la comisión de faltas, la referencia a “delitos” excede de que se trate de la

---

<sup>5</sup> LUZÓN CÁNOVAS, M., loc. cit., pp. 10-11.

comisión de un delito aislado entre varias personas - lo que determinaría un supuesto de coautoría -, desembocando en la constitución de un grupo para la perpetración de una pluralidad de delitos.

Acercas de este elemento se ha criticado el “paroxismo punitivo” del legislador, en el sentido de que no sólo no ha establecido una limitación para reservar los delitos propios de la delincuencia organizada a los de naturaleza grave (los castigados con pena de prisión superior a cinco años), sino que además extiende la punición hasta comprender también las faltas, contemplando el castigo de cualquier delito, con independencia de su pena, y el de cualquier falta siempre que sea reiteradamente, desfigurando así el sentido propio de la criminalidad organizada y de la intervención penal ante la misma<sup>6</sup>.

V. La aparente simplicidad con la que el Código regula el “grupo criminal” – mediante el mecanismo negativo de la exclusión parcial de las notas propias de la “organización criminal” – no debe derivar en asimilarlo a la coautoría.

A propósito del “grupo” la jurisprudencia entiende, en principio, que se trata de una agrupación de carácter menor, que no reúne de forma clara los requisitos de la organización criminal<sup>7</sup>, constituyendo las agrupaciones “formas de concertación criminal que no encajan en el arquetipo de las organizaciones, pero sí aportan un plus de peligrosidad criminal a las acciones de sus componentes” (STS 544/2012, de 02 de Julio), contraponiéndose en la SAP de Barcelona 53/2013, de 02 de Enero, las agrupaciones “con sólida estructura y organización” a “aquellas otras que no reúnen tales notas e incluso pueden ser transitorias”, siendo estas últimas, según dicha resolución, “agrupaciones criminales menores que desarrollan una delincuencia en grupo sin vocación de permanencia ni estructura estable”.

Tomando en cuenta lo anterior, cuando un delito se comete por más de dos personas que no conforman una unión estable y carecen de coordinación en su acción y de reparto de tareas, el hecho habrá de ser castigado a través de la coautoría o de las otras formas de participación delictiva, conforme a los artículos 28 y 29 del Código Penal. Y si el delito no llega a perpetrarse ni se realizan actos típicos, la punición habrá de resolverse mediante la conspiración, la proposición o la provocación (artículos 17 y 18 del Código Penal) en los supuestos legalmente previstos, sin necesidad de acudir a la figura del “grupo criminal”.

---

<sup>6</sup> GONZÁLEZ RUS, J.J., La criminalidad organizada (...), Anales de Derecho, núm. 30, 2012, p. 18.

<sup>7</sup> MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., Los delitos de pertenencia a organización criminal y a grupo criminal y el delito de tráfico de drogas cometido por persona que pertenece a una organización delictiva. Crónica de un conflicto normativo anunciado y análisis jurisprudencial, Estudios Penales y Criminológicos, Vol. XXIV, 2014, p. 533.



Vemos así que el “grupo criminal” recibe un doble tratamiento negativo, por cuanto el mismo no solamente es lo que no es organización criminal, sino que también es lo que no es codelincuencia<sup>8</sup>. En esta consideración, la STS 309/2013, de 01 de Abril, establece que la codelincuencia se aprecia “en los casos de agrupaciones o uniones de sólo dos personas, o cuando estando integradas por más de dos personas, se hubieran formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito”, lo que nos permite concluir que reuniéndose únicamente dos personas, es indiferente que el concierto criminal se dirija a la comisión de uno o más delitos, ya que estaremos siempre ante un supuesto de codelincuencia; si se reúnen al menos tres personas, la finalidad de comisión de un solo delito integraría también la codelincuencia, y si su propósito fuese cometer más de uno o faltas reiteradas, entonces se trataría de un grupo criminal<sup>9</sup>.

Por su parte, la Circular 2/2011 de la Fiscalía General del Estado, tras enumerar las características propias de la delincuencia organizada en términos similares a los ya expuestos (concretamente: acuerdo de voluntades, programación de un proyecto o plan delictivo, una cierta continuidad temporal o durabilidad, distribución de cometidos o tareas entre sus componentes, mínima estructura con coordinación de la actividad y disponibilidad de medios para su propósito criminal), hace un llamamiento a los fiscales en el sentido de que “valorarán para determinar la existencia de una organización o grupo criminal frente a otras formas de codelincuencia y de coparticipación, la concurrencia de circunstancias que revelen la voluntad de continuidad en otras actividades criminales de la misma clase, que ordinariamente se pondrá de manifiesto por el *modus operandi* y los medios comisivos utilizados para delinquir, y de los que a su vez se desprenda la existencia de una planificación o coordinación con un cierto reparto de papeles que favorezca la eficacia de su actividad criminal, su capacidad ofensiva y la impunidad de sus miembros”.

VI. Una vez estudiadas las diferencias, y hasta cierto punto las semejanzas, entre la organización criminal, el grupo criminal y la coautoría, resulta útil abordar la naturaleza jurídica de los delitos de organización y grupo criminal, así como observar las diferencias existentes entre “organización y grupo criminal” y “conspiración para delinquir”.

Comenzando por la naturaleza de los delitos de organización y grupo criminal<sup>10</sup>, aparecen como *tipos independientes* de los delitos que se cometen en el ámbito de dichas

---

<sup>8</sup> MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., loc. cit., pp. 534-535.

<sup>9</sup> MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., loc. cit., p. 535.

<sup>10</sup> LUZÓN CÁNOVAS, M., La tipificación penal de la organización y el grupo criminal. Problemas concursales (II), Revista de Jurisprudencia El Derecho, núm. 3, 2011, pp. 2-3.

estructuras, lo que supone la concurrencia de dos injustos penales diferentes: el de organización o grupo criminal y el delito cometido o intentado.

Además, los delitos de organización y grupo criminal son delitos tanto de peligro abstracto como de peligro concreto: de *peligro abstracto* respecto del bien jurídico protegido y de los delitos medio para la consecución de sus fines, y de *peligro concreto* en cuanto a los delitos programados por la actividad criminal.

También se caracterizan por ser *delitos de aptitud*, por cuanto el legislador no tipifica un resultado concreto de peligro, sino un comportamiento idóneo para poner en peligro el bien jurídico protegido, es decir, que la situación de concreto peligro no es un elemento del tipo, siéndolo en cambio la idoneidad del comportamiento para ocasionar dicho peligro.

Por otro lado, se trata de *delitos de mera actividad y permanentes* que se extienden desde el momento del ingreso del agente en la organización o grupo hasta que se produce su apartamiento, apareciendo una consumación ininterrumpida hasta que el sujeto activo decide abandonar el espacio delictivo a cuya vida contribuía, persistiendo mientras tanto en la renovación de la conducta antijurídica. El carácter permanente subsiste mientras el autor consienta su adscripción a la estructura criminal, sin que para ello el tipo penal exija la realización de una actividad determinada, porque como ya se ha indicado las concretas acciones llevadas a cabo por los miembros de la organización o grupo son infracciones autónomas, independientes del delito de pertenencia a aquéllos.

Sin perjuicio de las anteriores características, no basta con la existencia de un sustrato subjetivo o voluntad de pertenencia a la organización o grupo, sino que junto a dicho elemento ha de concurrir, como aspecto material u objetivo, la realización o posibilidad de realización de actividades para los mismos en orden a alcanzar su designio criminal, en el entendimiento de que se extingue el delito cuando se pone fin a la permanencia en la organización por diversos motivos: cese o apartamiento voluntario, expulsión o fuerza mayor (como la condena por dicho delito), situaciones que rompen la situación delictiva previa. No obstante, es posible que una misma persona pertenezca simultánea o sucesivamente a más de una organización o grupo, pudiendo ser castigada como autora de más de un delito de pertenencia a organización o grupo criminal.

VII. Como antes se apuntó, conviene también observar las diferencias existentes entre “organización y grupo criminal” y “conspiración para delinquir”, que podemos sintetizar

como sigue<sup>11</sup>:

1. En la conspiración bastan dos personas concertadas para la ejecución del delito; en la organización o grupo han de concurrir al menos tres personas.

2. La conspiración (como la proposición y la provocación) sólo se castiga en relación con terminados delitos graves cuando así lo prevé el Código; la organización o grupo se castiga para todo tipo de delitos, incluida la comisión reiterada de faltas.

3. La penalidad de la conspiración es siempre inferior en uno o dos grados a la pena prevista para el delito consumado; la organización o grupo tienen una pena autónoma cuya mayor o menor gravedad depende de la que, a su vez, se atribuya por la ley al delito que sea objeto o fin de la organización o grupo, así como del grado de participación de sus integrantes.

4. La conspiración solamente se castiga cuando el delito aún no ha llegado a la fase de ejecución o consumación, quedando absorbida por la pena del delito intentado o consumado si finalmente se pasa a la ejecución o el delito se consuma; la organización o grupo conservan su autonomía respecto del delito que se cometa a través de ellos, lo que provoca situaciones concursales no siempre fáciles de resolver cuyo estudio excedería de la finalidad de esta comunicación.

VIII. Sentados los anteriores conceptos, y con la finalidad de observar su aplicación a supuestos concretos, puede resultar de utilidad el tratamiento que en la jurisprudencia del Tribunal Supremo se desarrolla sobre la delincuencia organizada, la coautoría y la conspiración en el ámbito del tráfico de drogas, aprovechando los subtipos agravados introducidos en los artículos 369.1.2ª (participar en otras actividades organizadas) y 369 bis (pertenencia a organización delictiva) del Código Penal, por la reforma del mismo a través de la Ley Orgánica 5/2010:

1. La STS 309/2013, de 01 de Abril, aborda la diferenciación entre codeincuencia, grupo criminal y organización criminal, en el supuesto de pluralidad de sujetos activos. Expone la sentencia que la “organización criminal” se caracteriza por la agrupación de más de dos personas, la finalidad de cometer delitos, el carácter estable o por tiempo indefinido y el reparto de tareas de manera concertada y coordinada, con aquella finalidad.

---

<sup>11</sup> LUZÓN CÁNOVAS, M., loc. cit., pp. 3-4.

Continúa considerando al “grupo criminal”, que requiere igualmente la unión de más de dos personas y la finalidad de cometer concertadamente delitos o reiteradamente faltas. La ley permitiría configurar el grupo criminal con esas dos notas, pues la definición legal contempla la posibilidad de que no concorra alguna o algunas de las que caracterizan la organización, que, además de las coincidentes, esto es, la unión o agrupación de más de dos personas y la finalidad de cometer de forma concertada delitos o reiteradamente faltas, son solamente dos: la estabilidad y el reparto de tareas.

Seguidamente la sentencia distingue entre grupo criminal y los casos de mera codelincuencia, la cual se apreciaría, en primer lugar, en aquellos casos en los que la unión o agrupación fuera sólo de dos personas. Cuando el número de integrantes sea mayor, no siempre será posible advertir la presencia de un grupo criminal, concluyendo que se está ante la codelincuencia en los casos de agrupaciones o uniones de sólo dos personas, o cuando estando integradas por más de dos personas, se hubieran formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito.

En el caso concreto analizado en la resolución se declara probado que el recurrente vendía sustancias estupefacientes que le guardaba el coacusado Luis en un piso; que cuando se iba de viaje a su país de origen le sustituía en esa clase de transacciones el coacusado Juan, quien también recogía la droga en el citado piso; que entre febrero y noviembre de 2011, reclutaron a otras personas para que transportaran droga hasta España, hechos por los que se siguen piezas separadas; que en ocasiones utilizaban para sus transacciones de cocaína al coacusado Luis, quien además los tenía como proveedores; que cambiaron el almacén de la droga del piso antes mencionado a una habitación en la vivienda de la madre de Luis que aquella alquiló a Juan; y que el tráfico de drogas constituía su actividad habitual y su único medio de vida.

Sobre esta base fáctica resulta la concurrencia de los elementos consistentes en la agrupación o unión de más de dos personas con la finalidad de cometer delitos en forma concertada. Y, aunque el Tribunal de instancia entienda que no concurre el elemento de estabilidad requerido para la organización criminal, tal como recoge en la fundamentación, lo cierto es no sólo que ese carácter estable resulta sin dificultad de los hechos probados, cuando así se declara que actuaron en la forma que describen, al menos entre febrero y noviembre de 2011 y que el tráfico de drogas “constituía su actividad habitual y su único medio de vida”, sino también que el propio Tribunal reconoce su concurrencia, aunque de forma matizada, al aceptar que “la actividad concertada y coordinada era mientras les durara

el depósito de cocaína que atesoraban”, lo cual, por otra parte, es una expresión de la prolongación temporal de la existencia del grupo para la ejecución de continuos actos de tráfico de drogas, aunque a causa de las particularidades del tipo descrito en el artículo 368 del Código Penal se consideren constitutivas de un solo delito, eso sí, integrado por múltiples actos. En cualquier caso, de los hechos probados resulta que no se trata de la agrupación o unión de más de dos personas formada fortuitamente para la comisión inmediata de un delito.

2. Sobre la pertenencia a una organización criminal habla la STS 207/2012, de 12 de Marzo, en la que se recuerda que la jurisprudencia de esta Sala viene entendiendo que la pertenencia a una organización constituye lo que modernamente se denomina un delito de estatus y configura un comportamiento diverso de la simple participación en un delito puntual de la organización. Dicho de otra manera: la calidad de partícipe en un delito programado por una organización no convierte necesariamente al partícipe en miembro de la organización.

Con cita de la STS 544/2011, de 07 de Junio, expone que no se trata de una colaboración en actos ejecutados por una organización, sino de que el culpable pertenezca a ella, lo cual implica una relación caracterizada no sólo por la presencia de elementos jerárquicos, sino también por otros aspectos más relacionados con la estabilidad o permanencia o con la vocación de participación en otros hechos futuros del mismo grupo, o, al menos, la disponibilidad para ello. La posibilidad de que las organizaciones o asociaciones fueran de carácter transitorio, contemplada expresamente en el anterior artículo 369.1.2ª, y desaparecida ahora del artículo 570 bis, en el que se define la organización criminal, no impedía estas consideraciones, que resultaban útiles para diferenciar en cada caso la organización, como elemento agravatorio, de la mera codelincuencia unida a una cierta complejidad en la preparación y ejecución de una operación delictiva que presentara, por sus características, una relevante complicación.

En el caso concreto de la STS 544/2011, sólo se declara probado que el recurrente era miembro de la tripulación del barco en el que se transportaba la droga. Nada se dice respecto de sus previas relaciones con los demás acusados; ni de la forma en la que fueron contratados; ni sobre su eventual disponibilidad anterior o de futuro para otras operaciones similares; ni de su retribución; ni de ningún aspecto que pudiera resultar relevante a los efectos de afirmar que pertenecían a un grupo distinto del formado simplemente para

integrar la tripulación del barco en esta operación. Por lo tanto, no puede considerarse que el recurrente perteneciera a una organización.

3. Otro supuesto de exclusión de pertenencia a organización respecto de la tripulación de un barco se recoge en la STS 773/2010, de 15 de Septiembre, en la que se afirma sobre determinados acusados que eran marineros, se conocían entre sí, algunos no cobraron por anticipado, siéndole cambiado, en ruta, el destino al barco en que trabajaban. Como se ve, su profesión, nacionalidad común y conocimiento entre sí, no parece que sean elementos suficientes para deducir su integración en “la organización”, de acuerdo con los parámetros jurisprudencialmente exigidos. Tampoco puede ser atribuible a los meros tripulantes el cambio de rumbo en la travesía, que si es imputable a alguien ha de serlo respecto del armador que iba a bordo, y respecto del capitán de la embarcación, ninguno de cuyos miembros de su tripulación consta que le hubiera tenido que sustituir en momento alguno en tal función.

4. Luego de exponer las características de la “organización criminal” en los términos que ya se han desarrollado anteriormente, la STS 293/2011, de 14 de Abril, señala que lo que se trata de perseguir, en realidad, sancionando con una pena de mayor intensidad, es la comisión del delito mediante redes ya mínimamente estructuradas en cuanto que, por los medios de que disponen, por la posibilidad de desarrollar un plan delictivo con independencia de las vicisitudes que afecten individualmente a sus integrantes, su aprovechamiento supone una mayor facilidad para los autores, y también una eventual gravedad de superior intensidad en el ataque al bien jurídico que se protege, debido especialmente a su capacidad de lesión. Son estas consideraciones las que justifican la exacerbación de la pena.

Continúa diciendo que también se ha considerado que cuando la operación ilícita de tráfico de drogas se refiere a una cantidad de importancia o reviste una cierta complejidad, los hechos no podrían ejecutarse sin una mínima estructura, pues es evidente la necesidad de unos contactos para la compraventa y la posibilidad de posterior difusión que no están al alcance de cualquier persona individualmente considerada, así como la disposición de medios para ocultar la droga. No puede afirmarse con carácter general que en estos casos, o en aquellos en los que la cantidad de droga sea de notoria importancia, deba apreciarse necesariamente la pertenencia a una organización, lo que revela que es precisa la concurrencia de otros requisitos referidos más directa y concretamente a la empresa criminal como conjunto organizado.

5. Sobre la mera codelinuencia o coautoría es interesante la STS 749/2009, de 03 de Julio, que excluye la concurrencia de organización criminal. Introduce la cuestión afirmando que la jurisprudencia ha distinguido entre *participación plural* de personas, encuadrable en el ámbito de la *coautoría*, y aquella otra que se integra en la modalidad agravada. En su virtud, ha afirmado que la mera presencia de varias personas con decisión común en la ejecución de unos hechos típicos del delito contra la salud pública indica una pluralidad de personas que son autores o partícipes en el hecho delictivo, pero no tiene por qué suponer la aplicación de la agravación específica derivada de la organización. La pertenencia a una organización no puede confundirse con la situación de coautoría o coparticipación. La existencia de personas, aun coordinadas, no supone la existencia de una organización, frente a la mera codelinuencia.

En la relación fáctica se declara probado que los acusados, puestos de acuerdo y bajo la dirección y la supervisión de Manuel, constituyeron una red de distribución de cocaína en Lorca, con vocación de permanencia, sustancia que Manuel obtenía de personas no identificadas, al parecer en ocasiones, en Fuente Álamo, y que él, tras mantenerla oculta en lugares seguros, distribuía entre otros a su hermano Francisco, que también le auxiliaba en la venta y distribución a terceros, siendo también ayudado en esa actividad por su esposa María Belén, que realizaba tareas de entrega de drogas a los distribuidores o recogida de dinero. Los consumidores solían contactar con los vendedores a través de teléfonos móviles, concertando citas en lugares públicos. Manuel captó a Rubén con la pretensión de controlar toda la venta de cocaína en Lorca y, dentro de esta actividad de distribución de cocaína en situación de monopolio, Manuel reunió y distribuyó armas de fuego y munición de las que poder disponer cuando fuera preciso (un subfusil ocupado a José, una pistola semiautomática ocupada a Rubén, un revolver calibre 22 ocupado a Isabel y una escopeta de caza ocupada a Francisco).

Interpreta aquí el Tribunal Supremo que de tal descripción no cabe deducir que se den, conforme a los referidos parámetros jurisprudenciales, los elementos exigibles para la aplicación del subtipo agravado de “pertenencia a organización que tuviera como finalidad difundir las sustancias tóxicas”. En el caso, aunque se dé por existente una “red” de adquisición y venta de cocaína, ni por su carácter exclusivamente local, ni por la ausencia de posibilidad de sustitución entre sus miembros, más allá de una colaboración más o menos puntual entre todos los acusados, ni por la utilización de medios comunes de comunicación (teléfonos móviles) o de transporte (algún automóvil), ni por la aprehensión de algunas

armas de fuego, de variopintas características, en poder de algunos implicados, puede afirmarse que se hubiera alcanzado el nivel organizativo que hace aplicable la agravante específica, interpretada restrictivamente, tal como el legislador la concibió, reservada a supuestos de verdadera envergadura y consiguiente peligrosidad criminal.

6. Finalmente, la STS 77/2007, de 07 de Febrero, suministra un caso de conspiración para el tráfico de drogas. Se trata de la concurrencia de cuatro personas con el recurrente en la preparación de una operación de desembarco y se detalla la concreta actuación que habría de llevar a cabo este último, lo que constituye la conspiración, específicamente prevista en el artículo 373 del Código Penal con pena igual a la tentativa.

En el caso enjuiciado, el acusado estuvo en contacto con antelación con otro coacusado para adquirir de éste una cantidad de droga no concertada, pero de cierta importancia, realizando incluso un viaje para comprobar la existencia de la droga, cantidad y precio, compra que no se llevó a cabo debido a la intervención policial, con lo que esa intención de compra (en definitiva, tráfico) no llegó ni siquiera a iniciarse. Sobre esta base, la sentencia establece tres parámetros:

a) El artículo 17.1 nos indica que la conspiración siempre habrá de ir dirigida a la “ejecución de un delito” y, de otro, el módulo cuantitativo de la pena que pueda corresponder se hace depender de la que haya de aplicarse al delito pretendido (delito “matriz”), en este caso concreto, al tratarse de tráfico de drogas, con la pena inferior en uno o dos grados a los previstos para aquél (artículo 373).

b) Es necesario que este delito de pura intención no se haya iniciado en su ejecución, pues (obvio es decirlo) de así ocurrir entraríamos en el campo de la tentativa, figura jurídica distinta a la de la conspiración, de ahí que en múltiples ocasiones sea muy difícil de diferenciar este tipo delictivo de las formas imperfectas de ejecución.

c) Se requiere el concierto de dos o más personas para la ejecución delictiva de que se trate y que todas ellas tengan el ánimo de llevar a cabo esta coautoría anticipada, que ha de inferirse de “condicionamientos eminentemente psicológicos para su vivencia”, cuales son no sólo el carácter previo o *pactum scaeleris* entre esas formas, sino también la decisión de su efectividad o *resolutio finis*.

7. Como conclusión de todo lo expuesto, podemos observar que la actual regulación del CP en materia de codelincuencia permite distinguir cuatro modalidades de la misma, en orden de gravedad decreciente: la “organización criminal”, el “grupo criminal”, la



asociación ilícita y la coautoría. Las dos primeras constituyen la conocida como criminalidad organizada, que se caracteriza por la concurrencia de ciertas notas como son la consecución de objetivos comunes, la división interna de funciones, la existencia de una estructura organizativa, un sistema de toma de decisiones, cohesión entre sus miembros y tendencia a la autoconservación de los mismos.

Estas dos formas de codelinquencia han de ser a su vez diferenciadas del delito de asociación ilícita, que subsiste en el Código Penal tras la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010, cuyos elementos han sido explicados por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Sin embargo, compartiendo la delincuencia organizada y la asociación ilícita determinadas características en común, es preciso delimitar mejor los perfiles de dichas categorías acudiendo a criterios tales como su diferente ubicación sistemática en el Código, el propio Preámbulo de la Ley Orgánica 5/2010 – no exento de alguna crítica al respecto – y la naturaleza de los delitos cometidos o promovidos, sirviendo la asociación ilícita para fines subversivos (delitos contra la Constitución o contra el orden público) y reservando las organizaciones criminales para los demás tipos de delincuencia.

De la regulación del Código Penal resulta que el “grupo criminal” se describe por vía negativa, existiendo como grupo a efectos típicos tanto aquello que no sea una organización criminal – por falta de alguna o de algunas de las características de ésta – como lo que no sea mera coautoría, con especial referencia al desarrollo jurisprudencial de la “coautoría aditiva”, debiéndose diferenciar la agrupación criminal y la coautoría atendiendo a parámetros como la unión de más de dos personas, la ausencia de alguna o algunas de las características de la organización criminal y la finalidad de perpetración concertada de delitos o de comisión concertada y reiterada de faltas.

En cuanto a su naturaleza jurídica, los delitos de organización y grupo criminal son independientes de los delitos que se cometan aprovechando su estructura, lo que sin duda origina problemas concursales de normas o de delitos - cuyo estudio excede de los límites de este trabajo -, especialmente cuando se consideran los subtipos agravados de participación en actividades organizadas y de pertenencia a organización delictiva en el ámbito del delito de tráfico de drogas, existiendo también diferencias entre la “organización y grupo criminal” y la “conspiración para delinquir”.

\* \* \* \* \*

## Ana Isabel Betrán Pardo

Fiscal Sustituta, Constantí, Tarragona. Socia de la FICP.

### ~Autoría y participación en los delitos de tráfico de drogas: Distintas manifestaciones de la voluntad asociativa~

**Resumen.**- Los delitos de tráfico de drogas se presentan como el prototipo de los delitos en los que la voluntad asociativa de los delincuentes aparece como la forma más natural de la acción, pues la suma de voluntades delictivas consigue unos mejores resultados y minimiza los riesgos. Y a consecuencia de las numerosas conductas descritas en el tipo básico, se contempla un concepto extensivo de autor que casi deja vacía de contenido la figura del partícipe. Desde que entró en vigor la L.O. 5/2010, de reforma del Código Penal, la coexistencia de la codelinquencia con el delito de organización delictiva y el de grupo criminal ha supuesto la aparición de zonas de conflicto que no encuentran fácil solución en la teoría clásica de la participación, de marcado sesgo individualista y que la jurisprudencia trata de resolver a fin de garantizar el principio de proporcionalidad de las penas.

#### I. PLANTEAMIENTO

Como expresa Quintero Olivares<sup>1</sup> toda la llamada teoría de la participación tiene un marcado sesgo individualista, pues procede de una larga época, que en modo alguno ha concluido, en la que la teoría del delito gravitaba sobre la conducta de individuos aislados, que a veces actuaban conjuntamente o eventualmente eran ayudados por otros. Si el presupuesto individualista falla, la teoría deja de servir, lo que implica que la crisis que viene afectando a la teoría del delito, afecte también a la teoría de la participación que aunque se presenta como una rama separada de aquella, se encuentra en la primera línea de las categorías dogmáticas del Derecho penal, de forma que no es capaz con sus limitadas armas de absorber la realidad criminal de nuestro tiempo, donde junto con el delincuente individual cohabitan las organizaciones y grupos criminales.

Partiendo de este planteamiento, resulta relevante destacar que entre el catálogo de tipos delictivos que contiene el Libro II del Código Penal los artículos 368 a 370 se conforman como preceptos que por la diversidad de las conductas contenidas en los mismos y por la propia naturaleza del objeto material del delito, aparecen como el prototipo de infracciones penales en las que por su *modus operandi* tienen una tendencia natural a sobrepasar la mera participación individual, pues por las características de la acción delictiva se trata de un delito cuya autoría individual, desde el concepto más estricto del término, no resulta posible ya que en su comisión siempre habrá participado

---

<sup>1</sup> QUINTERO OLIVARES, G., La crisis de la configuración individualista de la teoría de la participación. La entrada de entes o grupos en: Quintero Olivares, G, La participación criminal: nuevas orientaciones (asociaciones ilícitas), Cuadernos Digitales de Formación, nº 36, Consejo General del Poder Judicial, 2009, p. 5.

más de una persona. En efecto, hay delitos que pueden perpetrarse por un solo delincuente, pero el objeto material del delito que nos ocupa, compuesto por drogas tóxicas, sustancias estupefacientes y psicotrópicas indica que se trata de sustancias que han de ser cultivadas, manipuladas, transportadas, distribuidas y vendidas, de ahí que sea inevitable la intervención en el proceso de más de una persona. Lo que sucede es que no siempre toda la cadena de intervinientes, lo que se ha dado en llamar “ciclo de la droga”, habrá sido puesta al descubierto y podrá ser objeto de imputación. Pero en abstracto, lo cierto es que el texto legal prevé la penalización de todo comportamiento que suponga una contribución por mínima que sea a su consumo, convirtiéndose en coautor del delito toda persona que colabora en el tráfico o difusión de la droga, con conocimiento de dicha conducta, así como todos los que se conciertan para la operación, cualquiera que sea la actividad desarrollada. Ciertamente, el legislador realizó en los artículos 368<sup>2</sup> a 370 una descripción muy amplia de conductas ilícitas, en base a las cuales es posible incriminar a uno o varios individuos, bien a todos ellos o alguno de ellos. Es decir, permitirá incriminar a quien transporte la droga a pesar de que no se haya identificado al que la cultiva; o permitirá incriminar al que la vende, con independencia de que los anteriores eslabones de la cadena se hayan perdido; o al que dirige una organización, aunque no se hayan identificado a sus miembros o viceversa. Esta descripción tan exhaustiva de las acciones típicas propiciará, que a la mayoría de las personas que intervienen en el ciclo de la droga pueda realizárseles una imputación a título de autor, por lo que la intervención a título de partícipe en estos delitos tiene carácter residual, sobre todo en lo que a la complicidad se refiere. Así pues, en lo que respecta a este delito la jurisprudencia emanada de los tribunales nos indica sin lugar a dudas que nos encontramos ante un concepto extensivo de autor, lo que ha estado exento de críticas por la doctrina<sup>3</sup> por entender que es preocupante que en uno de los delitos que mayor índice de población penitenciaria genera (tráfico de drogas) el Código configura de tal modo la posibilidad de imputar autoría del delito que da lugar a que la adquisición de la condición de autor no obedezca a criterios precisos de entidad objetiva de la contribución al hecho o de sentimiento subjetivo, lo que produce como censurable consecuencia una grave desproporción punitiva entre los últimos escalones de la cadena

---

<sup>2</sup> Actos de producción de drogas, estupefacientes y psicotrópicos (cultivo, elaboración, fabricación); actos principales de tráfico (venta, permuta); actos previos (tenencia); actos auxiliares (transporte) y actor de fomento (promoción, intermediación, favorecimiento y facilitación).

<sup>3</sup> QUINTERO OLIVARES, G., La crisis de la configuración individualista, p. 8.

del tráfico y los auténticos controladores de ese tráfico, en el difícil supuesto de que se logre arrestarlos y juzgarlos.

Así pues, como consecuencia de la crisis apuntada de la teoría clásica de la participación, además de acudir a la dogmática penal, también resulta fundamental la aportación de la jurisprudencia, pues la variedad de acciones de tan diversa tipología como las que pueden encontrarse en el tráfico de drogas, requiere la realización de matizaciones e interpretaciones para relacionar cada una de estas conductas con las formas clásicas de autoría y participación con cada supuesto de hecho.

Debido a que la voluntad colaborativa o asociativa con fines ilícitos aparece con frecuencia en este delito, es por ello por lo que ya desde hace tiempo se viene castigando con penas más elevadas cuando esta colaboración cumple con determinados presupuestos<sup>4</sup>, estableciéndose diferentes estadios en la organización en función de las tareas que realizan unos y otros de sus miembros.

Por otra parte, ha de ponerse de manifiesto que estos delitos la quiebra de formulaciones clásicas sobre la autoría y participación se han acrecentado desde la entrada en vigor de la L.O. 5/2010, pues desde entonces coexisten en el Código Penal junto a las formas clásicas de delincuencia y la agravación por pertenencia a una organización criminal, otros delitos asociativos que resultan de plena aplicación al tráfico de drogas, debiéndose destacar entre ellos el delito de grupo criminal introducido *ex novo* por la citada Ley en el artº 570 ter del Código Penal. Lo anterior ha supuesto tanto a nivel doctrinal y jurisprudencial la necesidad de fijar los límites de este delito con la codelincuencia, tarea que no siempre resulta fácil pues la imputación de un delito de grupo criminal que además trafica con drogas trae consigo importantes consecuencias penológicas que son mucho más graves que en el caso de la mera asociación de delincuentes, y por supuesto, que en el caso del delincuente individual.

Pero no siempre es sencillo deslindar las cuestiones relacionadas con la autoría y la participación en este delito, ni señalar con claridad los límites entre una y otra clase. Y ello, porque obviamente, la diferenciación entre una y otra figura dependerá de las investigaciones efectuadas y del resultado que arrojen las probanzas analizadas, y siempre, de una labor esencialmente individualizadora como corresponde a todo enjuiciamiento desde el estricto respeto debido al principio de presunción de inocencia,

---

<sup>4</sup> El artº 369-6º ya desde su redacción original castigaba la pertenencia a una organización con la pena superior en grado a la del tipo básico.

lo que a mi juicio representa una cuestión compleja, pues los tribunales han de acudir con frecuencia a la prueba indiciaria para la determinación de las responsabilidades que sean procedentes. Y todo ello, por más que se haya puesto de manifiesto<sup>5</sup> que la heterogeneidad de los problemas en cada sistema y de la dificultad de legislar sobre las organizaciones criminales, se ha traducido en una continua aprobación de normas procesales que facilitan la lucha contra las organizaciones descargando a los tribunales de dificultades de prueba, de forma que en nombre de la investigación sobre la organización delictiva se puede expandir sin límites la indagación.

Así las cosas, trataremos a continuación de realizar un recorrido por las cuestiones más representativas a nivel de autoría y participación en el delito de tráfico de drogas.

## II. LA COAUTORÍA O CODELINCUENCIA

El artículo 28 del Código Penal señala que son autores, entre otros, los que realizan el hecho conjuntamente. Son muchas las definiciones que encontramos del término coautoría o codevincencia en la doctrina. Así, sin modo de ser exhaustivos podemos decir que la coautoría es la realización conjunta de un delito por varias personas que colaboran consciente y voluntariamente<sup>6</sup>. Otros autores<sup>7</sup> la denominan con el término coejecución, en base al hecho de que más de una persona puede intervenir a la vez en la ejecución inmediata del hecho que se describe como realización conjunta que no es sino la presencia de varios autores inmediatos del mismo hecho. Por su parte WELZEL, dice que la coautoría es autoría y su particularidad consiste en que el dominio unitario es común a varias personas. El coautor es quien estando en posesión de las cualidades personales de autor es portador de la decisión común respecto del hecho y en virtud de ello toma parte en la ejecución del delito.

Así pues este concepto de coautoría implica que cada uno de los concertados para ejecutar el delito colabora con alguna aportación objetiva y causal, eficazmente dirigida a la consecución del fin conjunto. No es, por ello, necesario que cada coautor ejecute, por sí mismo, los actos materiales integradores del núcleo del tipo, pues a la realización del delito se llega conjuntamente, por la agregación de las diversas aportaciones de los coautores, integradas en el plan común, siempre que se trate de aportaciones causales

---

<sup>5</sup> ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., Criminalidad organizada y sistema de Derecho penal: contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal, Granada, Comares, 2009, p. 224.

<sup>6</sup> MUÑOZ CONDE, F., Derecho penal, Parte General, 5ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, .p. 125.

<sup>7</sup> QUINTERO OLIVARES, G., Manual de Manual de Derecho Penal, Parte General, 5ª edición, Aranzadi, 2.014, p 146.

decisivas. La coautoría supone igualmente una división del trabajo, aunque no basta cualquier aportación, pues es necesario que sea esencial y como ninguno de ellos, por sí solo realiza completamente el hecho, no puede considerarse a ninguno partícipe del hecho de otro. Se distingue de la autoría accesoria en que en esta, al menos dos personas contribuyen a la realización del tipo pero no se hallan unidos en la ejecución por un mutuo acuerdo, de forma que cada uno responderá de lo suyo dado que en estos casos no procede la imputación recíproca.

La coautoría requiere la presencia de dos elementos:

Un elemento subjetivo, integrado por la decisión conjunta, el acuerdo de voluntades, que puede concretarse en una deliberación previa realizada por los autores con o sin reparto expreso de tareas, o bien puede presentarse al tiempo de la ejecución cuando se trata de hechos en los que la ideación criminal es prácticamente simultánea a la acción o, en todo caso, muy brevemente anterior a esta. Y puede ser expresa o tácita, siendo que en este último caso, todos los que participan en la ejecución del hecho demuestran su acuerdo precisamente mediante su aportación.

Un elemento objetivo, consistente en una aportación al hecho que pueda valorarse como una acción esencial en la fase ejecutoria, lo que puede tener lugar aún cuando el coautor no realice concretamente la acción nuclear del tipo delictivo. Sobre la trascendencia de esa aportación, un importante sector de la doctrina afirma la necesidad del dominio funcional del hecho en el coautor. En efecto, cada coautor, sobre la base de un acuerdo, previo o simultáneo, expreso o tácito, tiene el dominio funcional, que es una consecuencia de la actividad que aporta a la fase ejecutiva y que lo sitúa en una posición desde la que domina el hecho al mismo tiempo y conjuntamente con los demás coautores. Esta es la ejecución conjunta a la que se refiere el Código Penal. Su aportación a la fase de ejecución del delito es de tal naturaleza, según el plan seguido en el hecho concreto, que no resulta prescindible. Se trata, pues, no tanto de que cada coautor domine su parte del hecho, sino de que todos y cada uno dominan el hecho en su conjunto.

Una jurisprudencia que se mantiene invariable desde hace tiempo expone que la mera codelincuencia, se supera cuando se aprecia además de una pluralidad de personas, la existencia de una estructura jerárquica, más o menos formalizada, más o menos rígida, con una cierta estabilidad, que se manifiesta en la capacidad de dirección a distancia de las operaciones delictivas por quienes asumen la jefatura, sin excluir su

intervención personal, y en el hecho de que la ejecución de la operación puede subsistir y ser independiente de la actuación individual de sus partícipes, y se puede comprobar un inicial reparto coordinado de cometidos o papeles y el empleo de medios idóneos que superan los habituales en supuestos de delitos semejantes. (STS 759/2003) (STS 759/2003)<sup>8</sup>.

No obstante lo anterior, y como ya se ha apuntado, la inclusión por la L.O. 5/2010 en el Código Penal del delito de grupo criminal ha significado a mi juicio que si bien los contornos entre la codelinuencia y la organización criminal siguen siendo claros, el hecho de que el grupo criminal se sitúe como en un estadio intermedio de ambos implica la existencia de puntos de colisión y que los contornos entre organización criminal y grupo criminal se difuminen, al igual que los de este último con la codelinuencia..

### III. LA ORGANIZACIÓN CRIMINAL

No se pretende en este trabajo realizar un análisis en profundidad del concepto de organización criminal, sino únicamente apuntar sus elementos a fin de proyectar una mayor claridad en la tarea de deslindarla de otros conceptos, sobre todo, porque el legislador define el grupo criminal por exclusión en relación con la organización criminal.

Pero previamente y ahondando en la significación criminológica de la expresión organización criminal, algunos autores<sup>9</sup> señalan, que puede entenderse el concepto en un sentido amplio, pues desde que una persona se asocia a otras para maximizar el rendimiento de su esfuerzo criminal, con un menor riesgo y una mayor facilidad de éxito en su propósito, existe, *latu sensu*, delincuencia organizada, entendiendo como tal la delincuencia grupal.

Es por ello que otros<sup>10</sup> afirman que delincuencia organizada ha existido siempre, por la misma razón que siempre ha existido, también la actividad ilícita organizada debido a la tendencia del hombre a planificar sus tareas cuando ha de trabajar en equipo.

---

<sup>8</sup> En el mismo sentido la STS de 2 de febrero de 2.006, con cita de otras anteriores señala también que lo que se trata de perseguir es la comisión del delito mediante redes ya mínimamente estructuradas en cuanto que, por los medios de que disponen, por la posibilidad de desarrollar un plan delictivo con independencia de las vicisitudes que afecten individualmente a sus integrantes, su aprovechamiento supone una mayor facilidad, y también una eventual gravedad de superior intensidad, en el ataque al bien jurídico que se protege, debido especialmente a su capacidad de lesión.

<sup>9</sup> LEGANÉS, S./ORTOLÁ, M.E., Criminología, Parte Especial, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 360.

<sup>10</sup> HERRERO HERRERO, C., Criminología, Ed. Dykinson, Madrid, 1997, .p 268.

Sin embargo, el concepto estricto del fenómeno no se refiere tanto a la delincuencia que utilice grados simples de organización, pues estos son inherentes a cualquier clase de codelinquencia sino que, para estos autores, se circunscribe a la comisión de delitos en grupo, sí, pero de forma estructurada y jerarquizada, permanente, con una finalidad de enriquecimiento ilegal o de efectuar hechos antijurídicos con intención sociopolítica, valedores de disciplina y coacción en relación a sus miembros y de toda clase de medios frente a terceros con el fin de alcanzar sus objetivos<sup>11</sup>.

Pero los conceptos criminológicos del término resultan secundarios ante la existencia del concepto legal. En efecto, el delito de tráfico de drogas cometido por organización se regula en el artº 369 bis del Código Penal, si bien este precepto, a diferencia de lo que sucedía en el proyecto de Ley no recoge ninguna definición de organización delictiva, por lo que será necesario acudir al artº 570 ter, considerando así a la agrupación que reúna las siguientes características<sup>12</sup>:

- Que esté formada por más de dos personas,
- Que tenga carácter estable o por tiempo indefinido,
- Que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones,
- Que tenga por finalidad la de cometer delitos, así como de llevar a cabo la perpetración reiterada de faltas<sup>13</sup>.

En Derecho español, a los jefes de bandas de organizadas que trafican con drogas se les considera autores mediatos de los concretos delitos que como autores cometan sus miembros, pues el tráfico de drogas constituye un grupo estadísticamente muy numeroso de delitos cometidos a través de aparatos organizados, y en ese ámbito, como reconoce el Tribunal Supremo, rige una concepción unitaria de la autoría, lo que se traduce en que todos los intervinientes pueden ser directamente acusados como autores, debiéndose tener en cuenta que se cualifica la pena si el que actúa pertenece a una

---

<sup>11</sup> MEDINA ARIZA, J. J., Una introducción al estudio criminológico del crimen organizado, en: Ferré Olivé, J.C., (Coord.), Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos, Universidad de Huelva, 1999, p. 115.

<sup>12</sup> Añade la Circular 2/11 de la Fiscalía General del Estado, la redacción del art. 570 bis CP elude dos requisitos recogidos en las normas internacionales, esto es, que la agrupación de personas tenga como objetivo la comisión de delitos de cierta gravedad y que su finalidad, en última instancia, sea de carácter económico o material. El legislador ha pretendido que su ámbito de aplicación sea más amplio que el de los textos internacionales y alcance a las organizaciones dirigidas no sólo a la comisión de delitos graves y menos graves sino también a la comisión reiterada de faltas, por ser la lucha contra este tipo de pequeña delincuencia una de las finalidades político-criminales de la reforma.

<sup>13</sup> La expresión “así como de llevar a cabo la perpetración reiterada de faltas” quedará suprimida el 1 de julio de 2015 cuando entre en vigor la reforma introducida en el Código Penal por la L.O. 1/2015.



organización, y que los responsables o jefes de tal organización son castigados con una pena cualificada, sin entrar a considerar su concreta intervención en el hecho, que es un extremo irrelevante<sup>14</sup>.

Y a nivel jurisprudencial, el concepto de organización criminal se reserva para aquellos supuestos de mayor complejidad de la estructura organizativa, pues es precisamente, la estabilidad temporal y la complejidad estructural lo que justifica una mayor sanción en atención al importante incremento en la capacidad lesiva. Por lo tanto, para la apreciación del delito de organización criminal no basta cualquier estructura distributiva de funciones entre sus miembros, que podría encontrarse naturalmente en cualquier unión o agrupación de varias personas para la comisión de delitos, sino que es preciso apreciar un reparto de responsabilidades y tareas con la suficiente consistencia y rigidez, para superar las posibilidades delictivas y los consiguientes riesgos para los bienes jurídicos que se resultan más comprometidos en los casos de codelinquencia o, incluso, de grupos criminales.

#### **IV. EL GRUPO CRIMINAL**

La Decisión Marco 2008/841/JAI de 24 de octubre relativa a la lucha contra la delincuencia organizada instaba a los Estados a cumplir una serie de medidas relacionadas con las organizaciones delictivas, si bien no les obligaba a tipificar como delito la figura de la “asociación estructurada” a la que define como una organización no formada fortuitamente para la comisión inmediata de un delito, ni que necesite haber asignado a sus miembros funciones formalmente definidas, continuidad en la condición de miembro, o exista una estructura desarrollada, que como puede observarse, menciona las notas del grupo criminal. De hecho, el proyecto de L.O. de modificación del Código Penal ni siquiera preveía su existencia. Sin embargo, el legislador nacional decidió regular el grupo criminal en una forma que recuerda mucho al concepto de asociación estructurada que acabamos de referir.

El artº 570 ter Código Penal define el grupo criminal como "la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos o la comisión concertada y reiterada de faltas".

---

<sup>14</sup> QUINTERO OLIVARES, La crisis de la configuración individualista, p. 26.

De esta forma, los puntos comunes entre organización y grupo serán los siguientes:

- Unión de más de dos personas,
- Que tengan por finalidad la comisión concertada de delitos o la comisión concertada y reiterada de faltas o delitos leves en el caso del grupo criminal, a partir del 1 de julio de 2015.

Además, el grupo puede no reunir alguna o algunas de las siguientes características que han de concurrir en plenitud en la organización criminal:

- Tener carácter estable o por tiempo indefinido.
- Coordinación y reparto de tareas o funciones.

Lo primero que sugiere el concepto es que el legislador ha compuesto una especie de degradación de la organización criminal, más flexible en cuanto a los requisitos a exigir, y que lo que no aclara el texto legal es si cualquiera de los requisitos precisos para la organización criminal puede faltar en este caso. Del tenor literal del texto parece que pudiera faltar cualquiera, y desde esta perspectiva podríamos decir que el grupo criminal se configura por exclusión en relación a la organización delictiva, siendo posible su punición sin que exista estabilidad, coordinación o distribución de funciones expresa, siendo sólo imprescindible que se trate de al menos tres personas concertadas para la perpetración de delitos o de faltas reiteradas<sup>15</sup>.

Así, el grupo criminal podrá ser estable pero no estructurado y a la inversa y, por último, podrá ser puramente transitorio y sin reparto de tareas, si bien, así expresado resulta que esos contornos se corresponden a las categorías clásicas de autoría y participación, por lo que solo cabría encontrar un sentido diferenciador con estas en una nota de profesionalidad, referido a los concretos sujetos intervinientes, que desarrollan un modo de vida de delincuencia en grupo, aunque sin inserción ni adscripción a una estructura estable con vocación de permanencia.

Es a este segmento criminológico al que pudiera estar haciendo referencia el preámbulo cuando afirma de la existencia de fenómenos “muy extendidos en la sociedad actual” en que se desarrollan formas de concertación criminal con un plus de peligrosidad que no responden al arquetipo de la organización. Pues bien, si se afirma

---

<sup>15</sup> LUZÓN CÁNOVAS, M., La tipificación penal de la organización y el grupo criminal, Problemas concursales. [www.elderecho.com](http://www.elderecho.com)

que existe una necesidad de castigo que no encuentra respuesta bastante en la coautoría y en la conspiración para delinquir, solo cabe encontrar nota diferenciadora que colme esa peligrosidad y que justifica una punición autónoma, en la profesionalidad puesta de manifiesto en la vocación vital de los sujetos intervinientes de participar de un modo intercambiable en delitos cometidos a través de la unión esporádica de varias personas<sup>16</sup>.

Otros autores<sup>17</sup> afirman que en esta tesitura y revisadas las notas enumeradas anteriormente podemos afirmar que pudieran faltar el reparto expreso de funciones o el carácter estable del grupo, pero no la actuación concertada o coordinada, puesto que ello no nos llevaría ni siquiera a una codevincencia, sino a una actuación prácticamente individual de sus miembros, debiendo aparecer, al así exigirlo el artº 570 ter 1 CP, que sean más de dos personas y que tengan la finalidad delictiva determinada en ese artículo.

La jurisprudencia<sup>18</sup> posterior a la reforma establece que la organización criminal requiere, además de estabilidad o constitución por tiempo indefinido, que se repartan tareas o funciones de manera concertada y coordinada (necesariamente ambos requisitos de forma conjunta: estabilidad y reparto de tareas), mientras que el grupo criminal puede apreciarse cuando no concurra ninguno de estos dos requisitos o cuando concurra uno. De esta manera, para la jurisprudencia y desde el punto de vista teórico, la distinción entre organización delictiva y grupo criminal parece clara. Entre otras, las STS núm. 309/2013, de 1 de abril; STS núm. 855/2013, de 11 de noviembre; STS núm. 950/2013, de 5 de diciembre; STS núm. 1035/2013, de 9 de enero de 2014, STS núm. 371/2014, de 7 de mayo o STS núm. 426/2014, de 28 de mayo. En las STS núm. 855/2013 y 950/2013, se recordaba que el legislador, con la reforma pretendía aportar instrumentos útiles:

1º) Para la lucha contra la delincuencia organizada transnacional, caracterizada por su profesionalización, tecnificación e integración en estructuras legales ya sean

---

<sup>16</sup> MARTELL PÉREZ ALCALDE, C./QUINTERO GARCÍA, D., De las organizaciones y grupos criminales, en: Quintero Olivares (Dir.) La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios, Cizur Menor, Aranzadi, Navarra, 2010, Pág 365. Afirman los autores que resulta enojoso observar que tampoco el debate parlamentario y la intervención de la Ponencia arroja luz acerca de la necesidad político criminal y del ámbito punitivo propio de este artículo 570 ter, en tanto las acertadas enmiendas de supresión o sustitución fueron despachadas con generalidades sin mayor concreción.

<sup>17</sup> MUÑOZ CUESTA, F.J., Organizaciones y grupos criminales: tipificación penal imprescindible contra esta forma de delincuencia, Revista Aranzadi Doctrinal, nº 1/2011, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2011, p. 4.

<sup>18</sup> Sentencia del Tribunal Supremo Sala 2ª, S 11-3-2015, nº 162/2015, rec. 10655/2014, Ponente: Granados Pérez, Carlos.

económicas, sociales e institucionales, para lo cual se diseña como figura específica la Organización criminal, del art. 570 bis.

2º) Para la pequeña criminalidad organizada de ámbito territorial más limitado y cuyo objetivo es la realización de actividades delictivas de menor entidad, para lo cual se diseña como figura específica el grupo criminal, del art. 570 ter".

Por tanto, se reconocen dos niveles de peligro para los bienes jurídicos protegidos, que determinan una distinta gravedad en la sanción penal.

Pero la pretendida claridad cuya existencia afirma la jurisprudencia, en realidad no es tan rotunda, pues así lo demuestra el contenido de la reciente STS de 11 de marzo de 2015 que pone de manifiesto la necesidad de evitar incurrir en alguno de los errores que comienzan a apreciarse en la jurisprudencia menor como son:

a) Por una parte, utilizar una interpretación extensiva del concepto de organización que conduzca a incluir en la organización supuestos más propios, por su gravedad, del grupo criminal.

b) Por otra, ha de evitarse acudir a una interpretación del concepto de grupo que exija requisitos propios de la organización, pues en ambos casos se corre el riesgo de vaciar de contenido la nueva figura de grupo criminal.

Por otra parte, debe abundarse en que las conductas delictivas que se sancionan en el grupo criminal, sin mayor relevancia unas de otras, se personalizan en quienes constituyeren, financiaren o integraren el grupo criminal, situaciones estas que reflejan la vida del agrupamiento delictivo. La primera se refiere a su iniciación, la segunda a la aportación de medios y la última a su pertenencia, que no será meramente pasiva, sino con participación diseñada en una futura acción delictiva. Es notorio que no se incluyen las funciones de dirección, organización o coordinación, porque precisamente la ausencia de éstas son las que separan al grupo de la organización criminal.

A estos efectos hay que considerar integrantes del grupo a quienes intervienen de algún modo, previo concierto, en la planificación y realización de sus objetivos, esto es, la perpetración concertada de delitos o la comisión concertada y reiterada de faltas, sin que suponga que necesariamente sean partícipes todos ellos en su ejecución. No se comprenden los actos de mera cooperación (distintos de la financiación de su actividad) o colaboración ocasional en algún aspecto puntual, sino que se exige la integración, lo que equivale a la "pertenencia" o ser miembro del grupo. La alusión al concierto indica

que en el grupo no es exigible la existencia de relaciones de jerarquía y sumisión perfectamente definidas, ni una estricta división de funciones entre los que dirigen y planifican y los que ejecutan, sin perjuicio de que pueda existir una distribución de roles o papeles entre sus miembros para facilitar la perpetración de la infracción criminal.

Así las cosas, resulta claro que la comisión de este delito es independiente de los delitos que puedan cometerse en su seno. El desvalor de las organizaciones o grupos criminales se configura por la potencialidad lesiva de los bienes jurídicos protegidos: de una parte el bien jurídico general, el orden público, entendido como garantía del buen funcionamiento de los servicios e instituciones públicas y la libertad en su legítimo ejercicio, y de otra, la protección de los bienes jurídicos atacados por el programa criminal, donde deben entenderse incluidos, no sólo los delitos que son el objeto de las organizaciones o grupos criminales, sino también aquellos otros delitos que se configuran como instrumentales o mediales para la consecución de esos fines. Por ello, cuando la voluntad asociativa de más de dos personas concertadas para cometer el delito, traspase la frontera de la codelincuencia y pueda integrarse dentro del grupo criminal, a fin de atender a ese mayor desvalor de la acción habrá de acudir a la figura del concurso real de delitos entre el tipo básico del artº 368 o cualquiera de sus modalidades agravadas de los artículos 369 y 370 y el artº 570 ter, por lo que resultaría fundamental desde la perspectiva de los principios de seguridad jurídica y el de la proporcionalidad de las penas, que los límites entre el grupo criminal y la coautoría o codelincuencia estuvieran perfectamente trazados pues la diferencia penológica entre el castigo de una y otra conducta es importante, ya que a la pena que pudiera imponerse al coautor de un delito de tráfico de drogas, sea cual sea el tipo delictivo imputado habría de sumarse la pena correspondiente al delito de grupo criminal, según la gravedad de la modalidad delictiva elegida por el grupo.

De esta forma, coexistirá una forma de coautoría o codelincuencia en un delito de tráfico de drogas con una forma de autoría en el delito de grupo criminal.

## **V. LOS LÍMITES ENTRE EL GRUPO CRIMINAL Y LA COAUTORÍA**

Según lo que se acaba de exponer, parece que las diferencias entre la organización criminal y la coautoría pueden apreciarse con claridad. La coautoría, recordemos, requiere únicamente decisión conjunta y dominio funcional del hecho y la organización criminal, estabilidad y reparto de tareas. Y parece también, que las diferencias entre la organización delictiva y el grupo criminal también pueden hallarse con facilidad. Y

delimitados estos contornos debe afrontarse una empresa de mayor envergadura como es trazar los límites entre el grupo criminal y la coautoría y sus clases. Y la primera pregunta que surge es si siempre que tres o más personas se concierten para cometer un delito, y hayan consumado éste, si además de la pena correspondiente al delito cometido, también ha de imponerse la pena correspondiente por el delito de grupo organizado, o lo que es lo mismo, en qué supuestos se conseguirá castigar todo el desvalor de la acción producto de la voluntad asociativa a través de la mera coautoría.

Y antes de avanzar en esta cuestión debe aludirse al hecho de que dentro del concepto de autoría, la jurisprudencia<sup>19</sup> admite la coautoría adhesiva o sucesiva, también denominada coautoría aditiva, caracterizada por los siguientes elementos:

- Que alguien hubiere dado comienzo a la ejecución del delito;
- Que posteriormente otro u otros ensamblen su actividad a la del primero para lograr la consumación del delito cuya ejecución había sido iniciada por aquél;
- Que quienes intervengan con posterioridad ratifiquen lo ya realizado por quien comenzó la ejecución del delito aprovechándose de la situación previamente creada por él, no bastando el simple conocimiento.
- Que cuando intervengan los que no hayan concurrido a los actos de iniciación, no se hubiere producido la consumación, puesto que, quien interviene después, no puede decirse que haya tomado parte en la ejecución del hecho.

En una primera aproximación al tema, parece que se encuentran alejados del concepto de grupo criminal los supuestos de coautoría aditiva o adhesiva, pues en ellos no existe el acuerdo previo necesario para la perpetración del delito o delitos. Del mismo modo, quedarían excluidos del grupo criminal los supuestos en donde la idea criminal es prácticamente simultánea a la ejecución del delito, en donde el acuerdo se identifica con la mera coincidencia de voluntades de los partícipes, esto es, con lo que se ha llamado dolo compartido.

Ahora bien, si la coautoría aparece caracterizada por una decisión conjunta de los autores que permite engarzar las respectivas actuaciones enmarcadas en una división de funciones acordadas, entendemos necesario encontrar un punto diferenciador con el concepto de grupo criminal<sup>20</sup>.

---

<sup>19</sup> SSTS 14 de junio de 2.011, 3 de noviembre de 2.010, 22 de julio de 2.010, entre otras.

<sup>20</sup> LUZÓN CÁNOVAS, M., La tipificación penal de la organización y el grupo criminal, Problemas concursales. [www.elderecho.com](http://www.elderecho.com)

Y así, según el legislador, de las notas que determinan la presencia de un grupo criminal, tanto la unión de al menos 3 personas como el concierto entre las mismas es requisito ineludible, pero también un grupo de codeincuentes puede tener 3 personas que con mayor o menor rigor o antelación se hubieran concertado para delinquir. Para que exista grupo criminal, es necesario que entre ellos haya un soporte o una base superior a la mera coincidencia. Ello se confirma si tenemos en cuenta la previsión establecida en el párrafo primero del art. 570 quáter CP que prevé como consecuencia accesoria, la disolución del grupo, lo que carecería de sentido, si hubiera una simple coincidencia de personas que deciden cometer un ilícito criminal.

En cuanto al segundo elemento, definido por exclusión (que no reúnan alguna o algunas de las características de la organización criminal), y contrariamente a lo que se ha puesto de manifiesto en alguna Sentencia del Tribunal Supremo, hay autores<sup>21</sup> que consideran que no puede prescindirse de la totalidad de las notas determinantes de la organización criminal para que exista el grupo criminal. El legislador no habla de la falta de alguna o de todas las características de la organización criminal, sino de la ausencia de "alguna o algunas", por lo que entendemos que deberá haber o una unión estable, o una coordinación aunque no sea jerárquica, o una distribución de funciones en la ejecución del hecho criminal, nota que también nos permite distinguir el grupo criminal de la coautoría. Particularmente considero que cuando el legislador se refiere a que no reúnan alguna o algunas se está refiriendo únicamente a aquellas que organización delictiva y grupo organizado no tienen en común en sus respectivas descripciones legales, por lo que la expresión "alguna o algunas" sólo puede referirse a la estabilidad y a la coordinación de forma que podrá faltar una, otra o las dos, por lo que si esto es así, las diferencias entre grupo organizado y codeincuencia siguen sin ser claras.

Parece que una de las notas diferenciales definitivas a las que se refiere la jurisprudencia es al hecho de que si no concurre estabilidad ni reparto de funciones, lo único que diferencia al grupo criminal de la codeincuencia sería la existencia de una cierta predeterminación, o lo que es lo mismo, que en el caso del grupo criminal, la unión no sea fortuita como pudiera serlo en el caso de la codeincuencia. Sin embargo, considero que si bien estos conceptos desde el punto de vista dogmático son fáciles de

---

<sup>21</sup> LUZÓN CÁNOVAS, M., La tipificación penal de la organización y el grupo criminal, Problemas concursales. [www.elderecho.com](http://www.elderecho.com).

determinar, en la práctica resultan muy complicados de clarificar y no resulta sencillo determinar cuanta planificación o preterminación tiene un grupo de más de dos delincuentes para considerar que forman un grupo criminal o nos encontramos ante una mera codelinquencia.

Así las cosas, puede adivinarse que las dificultades para fijar los límites son importantes y fue la jurisprudencia tras la reforma quien pareció encontrar una nota que en principio parecía definitiva, pues si el grupo criminal debe tener por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos o la comisión concertada y reiterada de faltas (o delitos leves, cuando entre en vigor la reforma L.O. 1/2015)). Aunque sólo habla de reiteración en las faltas, la referencia a "delitos", sugiere que no se trate de la comisión de un delito aislado entre varias personas, que configuraría la coautoría, sino de la constitución de un grupo para la perpetración de una pluralidad de delitos.

En este sentido se expresaba la STS 544/2012, de 2 de julio cuando establecía lo siguiente:

“De ello ha de concluirse que no puede conceptuarse en una organización criminal la ideación y combinación de funciones entre varios partícipes para la comisión de un solo delito, lo que ha de valorarse en función de la finalidad del grupo u organización. La inclusión en el Código Penal de los arts. 570 bis y ter, confirma esta determinación del legislador, en donde ya define tales organizaciones y grupos criminales como potenciales agentes de plurales delitos, y no solamente de uno”.

Así las cosas, de lo anteriormente expuesto parece deducirse que si sólo se comete un delito estaremos ante una simple codelinquencia y si se comenten varios, ante un grupo criminal. Pero tampoco aclara la sentencia si la referencia a “delitos” en detrimento de “delito” se refiere a los que se cometan en un espacio más o menos prolongado de tiempo, o si las exigencias del tipo se colman por el hecho de que el resultado de una misma operación policial permita imputar varios delitos a cada integrante, por ejemplo, tráfico de drogas, tenencia de armas y falsedad en documento público.

No obstante, la STS 445/2014 matiza la cuestión controvertida cuando establece lo siguiente:

“En ocasiones esta Sala, tal y como destaca el Tribunal sentenciador, ha afirmado la necesidad de que la agrupación de dos o más personas se forme con la vocación de cometer una pluralidad de delitos. Sin embargo, esas afirmaciones han resultado matizadas, y, como señala la STS 289/2014 " el tipo que castiga la pertenencia al grupo criminal no incorpora ninguna exigencia cuantitativa referida al número de infracciones que han de cometerse para su aplicación. Antes al contrario, la mención a la "comisión concertada y reiterada de faltas", en contraste con la previsión referida a la "perpetración concertada de delitos", apoya la tesis que se suscribe. No es descartable, en fin, la promoción o integración en un grupo criminal para un proyecto concreto. No se olvide que la



comisión concertada de delitos -pese al plural empleado- puede ser el fin que inspire la creación del grupo o el objeto -sólo uno- que justifique su existencia."

En el mismo sentido, la reciente STS 162/2015 de 11 de marzo de 2015, matizando las anteriores dice que " a estos efectos ha de entenderse que cuando el grupo u organización tenga por objeto la realización concertada de una actividad de tráfico de drogas integrada por una pluralidad de acciones de tráfico, aun cuando en estos delitos el conjunto de la actividad de tráfico pueda sancionarse como un delito, por su naturaleza de tipos con conceptos globales (expresiones que abarcan tanto una sola acción prohibida como varias del mismo tenor de modo que con una sola de ellas ya queda consumado el delito y su repetición ni implica otro delito a añadir, STS 487/2014, de 9 de junio), sin embargo, a los efectos de la tipificación del grupo u organización de tráfico reiterado de drogas debe considerarse como una actividad delictiva plural.

La Circular 2/2011 de la Fiscalía General del Estado, sobre la reforma del Código Penal por la Ley Orgánica 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales expone que los criterios que permiten diferenciar la existencia de una organización o grupo criminal frente a los supuestos de codelincuencia o ejecución del delito o delitos por una pluralidad de personas, son los siguientes:

- el acuerdo de voluntades dirigido a la programación de un proyecto o plan delictivo, con anticipación temporal a la ejecución de los concretos delitos programados, y dotado de una cierta continuidad temporal o durabilidad, que supera la simple u ocasional consorciabilidad para el delito,
- la trascendencia del acuerdo de voluntades más allá del concreto hecho ilícito o ilícitos que se cometan,
- la distribución de cometidos o tareas a desarrollar,
- la existencia de una mínima estructura criminal presidida por la idea de coordinación adecuada a la actividad criminal programada,
- y el empleo o acopio de medios idóneos a los planes de la organización o grupo criminal.

Por otra parte expone la Circular que ha de tenerse en cuenta el carácter clandestino propio de la actuación de los grupos y organizaciones criminales y las dificultades probatorias de su existencia, que frecuentemente se limitará a la

conurrencia de prueba indiciaria, por lo que insta a los Fiscales a que para determinar la existencia de una organización o grupo criminal frente a otras formas de codelinuencia y de coparticipación, valoren la concurrencia de circunstancias que revelen la voluntad de continuidad en otras actividades criminales de la misma clase, que ordinariamente se pondrá de manifiesto por el *modus operandi* y los medios comisivos utilizados para delinquir, y de los que a su vez se desprenda la existencia de una planificación o coordinación con un cierto reparto de papeles que favorezca la eficacia de su actividad criminal, su capacidad ofensiva y la impunidad de sus miembros.

Transcurridos cinco años desde la entrada en vigor de la reforma, el Tribunal Supremo ha dictado numerosas sentencias en las que aborda los límites de la codelinuencia y el grupo criminal y el hecho de que la dificultad en distinguir los conceptos existe se pone de manifiesto desde el momento en que las más recientes sentencias abundan en matices interpretativos.

Así en la STS 162/2015, de 11 de marzo de 2015 se establece lo siguiente:

“Así como la diferencia entre grupo y organización criminal es clara, para esclarecer la diferencia entre el grupo criminal y los supuestos de simple codelinuencia o coparticipación es conveniente tener en cuenta lo expresado en la Convención de Palermo al definir el grupo organizado: un grupo no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito. Tanto la organización como el grupo están predeterminados a la comisión de una pluralidad de hechos delictivos. Por ello cuando se forme una agrupación de personas, para la comisión de un delito específico, nos encontraremos ante un supuesto de codelinuencia, en el que no procede aplicar las figuras de grupo ni de organización”.

Por su parte, en la STS de 25 de febrero de 2015, con cita de la STS de 18 de julio de 2014 dice que los criterios jurisprudenciales para distinguir el grupo criminal de la codelinuencia se centran en que el grupo criminal no está formado fortuitamente para la comisión de un delito o delitos, sino que, están predeterminados a esa finalidad. Añade que en relación a la diferenciación del grupo criminal y de la organización criminal con los supuestos de codelinuencia la jurisprudencia de la Sala es constante. La mera pluralidad de personas aún con una cierta -y obvia- planificación para la comisión de un ilícito penal, no constituye una organización criminal ni menos un grupo. La codelinuencia viene a ser un simple consorcio ocasional para la comisión de un delito en tanto que tanto la organización criminal como el grupo criminal constituye un aliud en relación a la codelinuencia.

Por tanto, puede concluirse que la única diferencia destacable entre el grupo criminal y la codelincuencia es que los codelincuentes forman un simple consorcio ocasional y se reúnen de forma fortuita y casual, mientras que el grupo criminal no se forma de manera fortuita y está predeterminado a la comisión de una pluralidad de hechos delictivos.

Desde que se conoce el contenido del nuevo artº 570 ter y su coexistencia con la coautoría, han surgido reacciones en la doctrina, duras en algunos casos<sup>22</sup>, en contra de la figura del grupo criminal, considerando que el precepto eleva a categoría de tipicidad autónoma el conjunto y la totalidad de supuestos de simple coautoría, duplicando el castigo. Y para aquellos supuestos de falta de ejecución efectiva de otros delitos, construye una suerte de conspiración para delinquir no acotada a *numerus clausus*.

## VI. LA CONSPIRACIÓN PARA DELINQUIR

El artº 373 del Código Penal castiga con la pena inferior en uno o dos grados a la que corresponde a cada delito, la conspiración para cometer los delitos previstos en los artículos 368 a 372. Y si la misma coexiste con los delitos de organización y grupo criminal es por el hecho de que pueden encontrarse diferencias entre unos y otra. Así pues, el concierto en la comisión de delitos, que constituye un elemento integrante tanto de la organización como del grupo criminal, asemeja estas figuras al concepto de conspiración previsto en el art. 17 CP, si bien es de notar las siguientes diferencias<sup>23</sup>:

- En la conspiración es suficiente que haya dos personas concertadas para la ejecución del delito, mientras que en la organización y grupo criminal, al menos, deben ser tres personas.
- La conspiración sólo se castiga en relación con determinados delitos graves en los que expresamente se declara, entre los que se incluye el tráfico de drogas, en tanto que la organización y grupo criminal se castiga para todo tipo de delitos.
- La penalidad de la conspiración difiere según el tipo de delito que se pretende ejecutar, puesto que se castiga con pena inferior en uno o dos grados a la prevista para el delito de referencia consumado, en tanto que en la organización y grupo

---

<sup>22</sup> MARTELL PÉREZ ALCALDE, C./QUINTERO GARCÍA, D., en: Quintero Olivares (Dir.) La reforma penal de 2010, 2010, p. 62.

<sup>23</sup> ZÚÑIGA RODRÍGUEZ L., Criminalidad organizada y sistema de derecho penal. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal. Editorial Comares S.L. 2009, p. 260.

criminal, tienen una pena autónoma, que es de mayor o menor gravedad según el tipo de delito cometido y la distinta participación.

- La conspiración, tanto si se concibe como un acto preparatorio o como una forma de participación intentada o de coautoría anticipada, sólo se castiga si el delito de que se trate aún no ha llegado a la fase de ejecución o consumación, quedando absorbida por la pena de la tentativa o la consumación caso de que se pase a la ejecución o el delito se consuma, mientras que la organización o el grupo criminal, mantienen su autonomía independientemente del delito que se cometa a través de la misma, provocando un concurso de delitos no siempre fácil de resolver.
- La conspiración es un comportamiento aislado y determinado en el tiempo, una unión de personas que se agota en la comisión de un único y concreto delito, mientras que la organización criminal requiere un acuerdo de voluntades dirigido a la programación de un plan delictivo que traspase los límites de la concreta realización futura de un determinado ilícito o ilícitos criminales, así como la existencia de una coordinación entre sus miembros adecuada a la actividad criminal planificada que aporta un plus de eficacia en su ejecución.

## VII. LOS PARTÍCIPES EN LOS DELITOS DE TRÁFICO DE DROGAS

Como dice la ya citada STS de 5 de marzo de 2015, para la determinación de cuando una participación es meramente eficaz para ser calificada de complicidad y cuando, además, es necesaria, considerada como autoría, se oponen una concepción abstracta y una concreta. Para la primera, ha de determinarse si el delito se habría podido efectuar o no sin la cooperación del partícipe, en tanto para la segunda por la jurisprudencia ha de investigarse si, en ese caso concreto, ha contribuido necesariamente a la producción del resultado como condición sine qua non, formulándose en la doctrina, para determinar tal necesidad, la teoría de los bienes escasos, tanto en las contribuciones que consisten en la entrega de una cosa, como en las que son de un mero hacer, y la del dominio del hecho.

De esta forma, existe cooperación necesaria cuando se colabora con el ejecutor directo aportando una conducta sin la cual el delito no se habría cometido (teoría de la *conditio sine qua non*), cuando se colabora mediante la aportación de algo que no es

fácil obtener de otro modo (teoría de los bienes escasos) o cuando el que colabora puede impedir la comisión del delito retirando su concurso (teoría del dominio del hecho).

En la STS. 699/2005 de 6 junio, ya se reconocía que para la distinción entre cooperación necesaria y complicidad, entre la teoría del dominio del hecho y la de la relevancia, la jurisprudencia, aún con algunas vacilaciones, se ha decantado a favor de esta última, que permite, a su vez, distinguir entre coautores y cooperadores necesarios, visto que "el dominio del hecho depende no sólo de la necesidad de la aportación para la comisión del delito, sino también del momento en que la aportación se produce "de modo que" el que hace una aportación decisiva para la comisión del delito en el momento de la preparación, sin participar luego directamente en la ejecución, no tiene, en principio, el dominio del hecho" y así "será un partícipe necesario, pero no coautor", concluyendo que "lo que distingue al cooperador necesario del cómplice no es el dominio del hecho, que ni uno ni otro tienen. Lo decisivo a este respecto es la importancia de la aportación en la ejecución del plan del autor o autores".

La complicidad criminal requiere una participación meramente accesoria, no esencial, que se ha interpretado jurisprudencialmente en términos de imprescindibilidad o no concreta o relacionada con el caso enjuiciado, no en términos de hipotéticas coyunturas comitivas, debiendo existir entre la conducta del cómplice y la ejecución de la infracción, una aportación que aunque no sea necesaria, facilite eficazmente la realización del delito de autor principal. La complicidad requiere el concierto previo o por adhesión («pactum scaeleris»), la conciencia de la ilicitud del acto proyectado («consciencia scaeleris»), el denominado «animus adiuvandi» o voluntad de participar contribuyendo a la consecución del acto conocidamente ilícito y finalmente la aportación de un esfuerzo propio, de carácter secundario o auxiliar, para la realización del empeño común.

La complicidad, pues, se distingue de la coautoría en la carencia del dominio funcional del acto y de la cooperación necesaria en el carácter secundario de la intervención, sin la cual la acción delictiva podría igualmente haberse realizado, por no ser su aportación de carácter necesario, bien en sentido propio, bien en el sentido de ser fácilmente sustituible al no tratarse de un bien escaso. El cómplice no es ni más ni menos que un auxiliar eficaz y consciente de los planes y actos del ejecutor material, del inductor o del cooperador esencial que contribuye a la producción del fenómeno punitivo mediante el empleo anterior o simultáneo de medios conducentes a la

realización del propósito que a aquéllos anima, y del que participa prestando su colaboración voluntaria para el éxito de la empresa criminal en el que todos están interesados. Se trata, no obstante, como acabamos de exponer, de una participación accidental y de carácter secundario. El dolo del cómplice radica en la conciencia y voluntad de coadyuvar a la ejecución del hecho punible. Quiere ello decir, por tanto, que para que exista complicidad han de concurrir dos elementos: uno objetivo, consistente en la realización de unos actos relacionados con los ejecutados por el autor del hecho delictivo, que reúnan los caracteres ya expuestos, de mera accesoriedad o periféricos; y otro subjetivo, consistente en el necesario conocimiento del propósito criminal del autor y en la voluntad de contribuir con sus hechos de un modo consciente y eficaz a la realización de aquél.

Ahora bien, en relación al delito del art. 368 del Código Penal al penalizar dentro del mismo marco penal todos los comportamientos que suponen aportación causal a la actividad de los autores en sentido estricto, ha definido un concepto extensivo de autor. Por ello, la doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha establecido el criterio según el cual, y como regla general, en el tipo delictivo del art. 368 Código Penal y por expresa voluntad del legislador, toda forma de participación que implique una colaboración en actividades de tráfico de drogas, es una forma de autoría al haber sido equiparada con ésta las formas imperfectas de participación por la propia Ley.

Pero la misma doctrina no excluye la existencia de excepciones en supuestos concretos de mínima colaboración mediante actos fácilmente reemplazables, accesorios y de escasa o exigua eficacia para el tráfico ilegal efectuado por el autor genuino. Este criterio ha sido asumido y declarado en numerosas resoluciones de la Sala Segunda del Tribunal Supremo en las que se pone de manifiesto que la aplicación de la complicidad que permite una más proporcionada individualización de las responsabilidades penales derivadas del delito de tráfico de drogas, distinguiendo la del verdadero traficante de la del que presta a éste un servicio auxiliar. Es lo que se ha venido a denominar "actos de favorecimiento al favorecedor del tráfico", que no ayudan directamente al tráfico, pero sí a la persona que lo favorece, que es quien tiene el dominio del hecho mediante la efectiva disponibilidad de la droga, sin que los actos realizados por el auxiliador tengan la eficacia y trascendencia que exige el concepto de autoría.

Así pues, aún de forma muy excepcional, la jurisprudencia ha venido reconociendo al figura de la complicidad como forma de participación en conductas de

colaboración mínima, de carácter episódico o de escasa relevancia como por ejemplo, la indicación a un consumidor del lugar donde se vende la droga en un supuesto en el que incluso le acompaña hasta el lugar, la ocultación ocasional y de corta duración de una pequeña cantidad de droga, el transporte de droga desde el domicilio del traficante a otro con fines de ocultación, la recepción de llamadas telefónicas hechas por el porteador de la droga desde distintos puntos del viaje de regreso a España y el traslado de los mensajes a los implicados con el transportista, la vigilancia del lugar donde está la droga, facilitar el teléfono del suministrador, la labor de desciframiento de mensajes en clave sobre el curso de la operación, colaborar con un tercero en los pasos previos para la recepción de la droga enviada desde el extranjero, sin ser el destinatario no tener disponibilidad efectiva de la misma, el que efectúa labores de vigilancia en el lugar donde el coacusado vende la droga, quien facilita el código de acceso para detectar el itinerario de un paquete a la persona que finalmente era la destinataria de la droga, por considerar que su participación no era necesaria, entre otros.

En cuanto al cooperador necesario, el hecho de que se castigue su conducta con la misma pena que el autor no ha de significar que olvidemos que no es autor, sino partícipe. Y si bien su existencia no es ajena a la casuística de los delitos de tráfico de drogas, lo cierto es que como ya hemos puesto de manifiesto, el hecho de que la jurisprudencia haya adoptado un concepto amplio de autor en este delito hace que los supuestos en los que se llevan a cabo condenas a título de cooperación necesaria no son abundantes, pues sea cual sea la conducta que se someta a debate podrá incardinarse en alguno de los verbos nucleares contenidos en el artº 368 CP. No obstante, a título de cooperador necesario se han castigado conductas como el alquiler de un chalet para instalar un laboratorio de droga o al intermediario de una venta de droga que su única intervención consiste en cobrar el precio.

### **VIII. A MODO DE CONCLUSIÓN**

Los delitos de tráfico de drogas regulados en los artículos 368 a 370, se presentan como el prototipo de los delitos en los que la voluntad asociativa de los delincuentes aparece como la forma más natural de la acción. Debido a las características del objeto material de estos delitos como son las drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas, la realidad es que en su comisión, por más que se no llegue a identificarse a todos los participantes, siempre habrá más de una persona que de algún modo habrá intervenido en algún momento del llamado “ciclo de la droga”. La suma de voluntades

delictivas consigue unos mejores resultados y minimiza los riesgos, pero esas manifestaciones de la voluntad asociativa en estos delitos tienen muy diversa configuración pues abarca desde la codevincencia o coautoría a la organización delictiva, formas clásicas de punición de estas conductas, pasando por el grupo criminal y en coexistencia con la conspiración para delinquir.

Por otra parte, la naturaleza eminentemente descriptiva de las conductas incluidas artº 368 implica que nos encontremos ante un concepto extensivo de autor, de manera que la intervención a título de partícipe se configura como algo completamente residual, sobre todo en lo que a la complicidad se refiere, no tanto en los casos de cooperación necesaria, aunque también la casuística es poco abundante.

La L.O. 5/2010 introdujo *ex novo* en el Código Penal la tipificación de una conducta intermedia, entre la codevincencia y la organización criminal, como es el grupo criminal. Se trata de un delito autónomo que el legislador ha definido por exclusión en relación a la organización delictiva, lo que supone que los contornos de este nuevo delito con aquella, así como con la codevincencia no sean del todo claros.

La coautoría requiere únicamente decisión conjunta y dominio funcional del hecho y la organización criminal, estabilidad y reparto de tareas. Los criterios distintivos a los que apunta la jurisprudencia se concretan en que la codevincencia será una asociación fortuita de al menos dos personas para cometer un delito y que se diferenciaría del grupo criminal en que este sugiere la existencia de una cierta predeterminación o planificación para la comisión de delitos, mientras que la organización criminal requiere estabilidad y reparto de tareas. Y a pesar de que el Código Penal define respectivamente en los artículos 570 bis y ter tanto la organización como el grupo criminal, desde su entrada en vigor la jurisprudencia se ha visto obligada a utilizar numerosos recursos para establecer matices que diferencien estos conceptos, pues aunque teóricamente parece que no resulta difícil establecer diferencias, la práctica demuestra que esa afirmación no es tan categórica como aparenta, de forma que en los cinco años a los que se remonta su vigencia, la jurisprudencia se ha visto en la necesidad de evolucionar en la interpretación del concepto de grupo criminal, que en definitiva es el estadio intermedio entre los otros dos y el que ha venido a crear zonas de conflicto. En algunas resoluciones parece desprenderse que si la asociación de delincuentes sólo ha cometido un delito y no varios, estaríamos ante una codevincencia, pues el artº 570 ter habla de delitos y no de delito, aunque



posteriormente, y en lo que al delito de tráfico de drogas se refiere afirma que a estos efectos ha de entenderse que cuando el grupo o organización tenga por objeto la realización concertada de una actividad de tráfico de drogas integrada por una pluralidad de acciones de tráfico, aun cuando en estos delitos el conjunto de la actividad de tráfico pueda sancionarse como un delito, por su naturaleza de tipos con conceptos globales, sin embargo, a los efectos de la tipificación del grupo u organización de tráfico reiterado de drogas debe considerarse como una actividad delictiva plural.

La distinción tiene la máxima relevancia a efectos penológicos, pues configurándose la organización y el grupo criminal como delitos autónomos, la comisión en el seno de estos de un delito de tráfico de drogas representará la imposición de una pena más elevada que si se trata de una mera codelincuencia, aunque resulta claro que serán los tribunales los que definitivamente terminarán por fijar los conceptos, pues la atribución de responsabilidad dependerá de las investigaciones realizadas y del resultado de las pruebas practicadas como colofón a la labor individualizadora que corresponde a cada supuesto de hecho.

### **BIBLIOGRAFÍA**

HERRERO HERRERO, C., Criminología, Ed. Dykinson, Madrid, 1997.

LEGANÉS S./ORTOLÁ, M.E., Criminología, Parte Especial. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 1999.

LUZÓN CÁNOVAS, M., La tipificación penal de la organización y el grupo criminal, Problemas concursales. [www.elderecho.com](http://www.elderecho.com)

MARTELL PÉREZ ALCALDE, C./QUINTERO GARCÍA, D., De las organizaciones y grupos criminales, en: Quintero Olivares (Dir.) La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios, Cizur Menor, Aranzadi, Navarra, 2010.

MEDINA ARIZA, J. J., Una introducción al estudio criminológico del crimen organizado, en: Ferré Olivé, J.C., (Coor.), Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos, Universidad de Huelva, 1999.

MUÑOZ CONDE, F., Derecho penal, Parte General, 5ª edición, Tirant lo Blanc, Valencia, 2002.

MUÑOZ CUESTA, F.J., Organizaciones y grupos criminales: tipificación penal imprescindible contra esta forma de delincuencia, Revista Aranzadi Doctrinal, nº 1/2011, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2011.

QUINTERO OLIVARES, G., Manual de Manual de Derecho Penal, Parte General, 5ª edición, Aranzadi, 2.014.

QUINTERO OLIVARES, G., La crisis de la configuración individualista de la teoría de la participación. La entrada de entes o grupos en: Quintero Olivares, G, La participación criminal: nuevas orientaciones (asociaciones ilícitas), Cuadernos Digitales de Formación, nº 36, Consejo General del Poder Judicial, 2009.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., Criminalidad organizada y sistema de Derecho penal: contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal, Granada, Comares, 2009.

\* \* \* \* \*

## Francesc Calls Ginesta

Abogado, Barcelona. Socio de la FICP.

### ~Autoría y participación en los delitos de tráfico de drogas en España~

**Resumen.** - En el derecho penal los delitos contra la salud pública en su modalidad de tráfico de drogas suelen regularse, en general, con unas técnicas legislativas que contemplan una amplísima formulación de conductas punitivas carentes de la precisión que requiere el principio de legalidad en la técnica de elaboración de las leyes como principio informador del derecho penal. Ello dificulta enormemente la distinción entre la autoría y la participación, equiparando comportamientos que en ningún caso son equivalentes. El presente trabajo, partiendo de la información bibliográfica y atendiendo a las interpretaciones jurisprudenciales y a las valoraciones de autores especialistas en la materia, pretende examinar brevemente las figuras de la autoría y participación en el derecho penal y especialmente en el delito de tráfico de drogas en España, como delito de mera actividad y de peligro abstracto, significando que el problema radica en la difícil distinción entre las distintas formas de participación y que la Jurisprudencia se ha movido, en ocasiones, más por principios de proporcionalidad y de necesidad de pena, que por consideraciones estrictamente dogmáticas, desplazándose la cuestión hacia la esfera de la medida de culpabilidad, como factor determinante de la diferenciación entre autores y partícipes por un lado, y de cómplices por otro.

#### I. INTRODUCCIÓN

Si bien la política criminal interna seguida por nuestros legisladores en los delitos de tráfico de drogas viene determinada en gran medida por los acuerdos suscritos por España a nivel internacional, no es menos cierto que los Estados siempre tienen un cierto margen de actuación de ajuste de las disposiciones internacionales a sus específicas circunstancias.

No supone ninguna novedad afirmar que el actual modelo prohibicionista no sirve para reducir y prevenir el tráfico y consumo de drogas ilegales. Por tanto, aunque cada vez se han ido introduciendo más conductas en el Código Penal e incorporando subtipos cualificados a fin de evitar resoluciones injustas, lo cierto es que el índice de criminalidad en esta materia aumenta. Anta tal tesitura, el Legislador lejos de optar por excluir del catálogo de conductas típicas determinadas sustancias o dar cumplimiento al principio de seguridad jurídica modificando la redacción de determinados tipos, vemos que continúa con su deriva punitivista y populista, incurriendo en modificaciones contradictorias a la hora de reformar, por ejemplo, el artículo 24 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por la Ley Orgánica 1/2014 de 13 de marzo, relativa a la justicia universal, a consecuencia de la cual la Audiencia Nacional ha excarcelado a una cincuentena de personas detenidas por tráfico de drogas<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> VIDALES RODRÍGUEZ, C. Coord. Política criminal española en materia de tráfico ilícito de drogas. Tráfico de drogas y delincuencia conexas. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 188

## **II. EL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS EN EL CÓDIGO PENAL DE 1995. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO. OBJETO MATERIAL. EL TIPO BÁSICO DEL ARTÍCULO 368. LA ATIPICIDAD DE LA CONDUCTA**

Los delitos contra la salud pública en su modalidad de tráfico ilícito de drogas se encuentran regulados en el Capítulo III “delitos contra la salud pública” del Título XVII “de los delitos contra la seguridad colectiva” del Libro II del Código Penal.

Todo delito ha de comportar la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico y la doctrina mayoritaria estima que el bien jurídico protegido en estos delitos es la salud pública, como bien jurídico de carácter colectivo. Dicho bien jurídico encuentra reflejo en el artículo 43 de la Constitución Española.

El delito de tráfico de drogas se configura como un delito de peligro abstracto y como tal sanciona conductas capaces de crear un riesgo no permitido para el bien jurídico protegido, adelantando las barreras de protección, sin exigir la producción de un resultado lesivo ni la concreción de ese peligro como proximidad de lesión, aunque no conviene confundir el peligro abstracto ni con la ausencia de verdadero peligro, ni con un pretendido peligro presunto, ni con un delito de simple desobediencia o formal. Lo relevante es que, además de la infracción formal de la norma, pueda apreciarse un riesgo para el bien jurídico.

En cuanto al objeto material del delito, referido a drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, la Jurisprudencia reiteradamente ha declarado que se trata de una ley penal en blanco, que ha de integrarse con los convenios internacionales suscritos por España formando parte del ordenamiento interno, conforme al artículo 96 de la CE

La amplia formulación de la conducta prevista en el artículo 368 del Código Penal resulta objetable, fundamentalmente, por dos razones: en primer lugar, porque contiene una cláusula excesivamente genérica y difusa, carente de la precisión que requiere la seguridad jurídica y el principio de legalidad, y en segundo término, porque dificulta enormemente la posibilidad de admitir un grado de ejecución distinto a la consumación y una forma de contribución al hecho distinta de la autoría, equiparando comportamientos que no pueden considerarse equivalentes.

El artículo 368 del Código Penal junto a las tres conductas específicas relativas a la ejecución de actos de cultivo, elaboración o tráfico, se refiere a los que “de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes

o sustancias psicotrópicas”. Por lo tanto, el tipo vendría a comprender todos aquellos actos que contribuyan de alguna manera al consumo ilegal de dichas sustancias, aunque reduciendo su sentido literal incluiría sólo aquellas conductas que inmediata y directamente signifiquen expansión del consumo ilegal.

La última conducta típica contemplada en el citado artículo es la posesión “con aquellos fines”. En materia de drogas, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo parte del concepto jurídico-civil de posesión, por lo que la consumación no precisa de la material o física tenencia de la sustancia. La posesión puede ser inmediata o mediata sin un directo contacto material sobre la cosa. Lo relevante es la disponibilidad que la posesión entraña, la puesta a disposición. Para apreciar la presencia de posesión típica, la Jurisprudencia suele apoyarse en una serie de indicios requiriéndose que sean plurales o excepcionalmente único pero de una singular potencia acreditativa. Así, la cantidad de droga aprehendida incompatible con el propio consumo y su pureza, la no condición de drogodependiente o al menos de consumidor del poseedor, la forma de distribución de la droga, la tenencia de elevadas cantidades de dinero de procedencia no justificada, la variedad de drogas poseídas, la ocupación de útiles, instrumentos o materiales para el pesaje,...

La Jurisprudencia ha ido excluyendo de su ámbito de aplicación una serie de conductas que, aunque desde una perspectiva formal pudieran ser subsumidas en el precepto, se estima que no ponen en peligro el bien jurídico protegido, por considerar que se trata de comportamientos socialmente aceptados, por estimar que el riesgo es insignificante, por no existir proporcionalidad entre el comportamiento realizado y la pena contemplada en la ley o por faltar la finalidad de traficar requerida por el tipo. Estas exclusiones se dan en supuestos como el autoconsumo y consumo compartido, la invitación o donación a sujeto determinado, las entregas compasivas y la venta de una pequeña cantidad de droga.

La necesidad de supuestos de atipicidad jurisprudenciales es consecuencia de una regulación legal inadecuada. Ante tipos penales tan indeterminados como el del artículo 368 del Código Penal, los Tribunales deben optar entre una lectura literal y formalista que conduzca a la punición de conductas inocuas, o una lectura restrictiva de su ámbito típico, estableciendo breves sumarios de esta tipología de casos que deben entenderse

---

<sup>2</sup> ÁLVAREZ-GARCÍA, F.J. / MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A. Coords. El tipo básico. El delito de tráfico de drogas. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 22-44.

atípicos, fundamentados en la ausencia de riesgo típico y de intención de difusión del consumo ilegal. En tales supuestos podríamos convenir en que la insignificancia del hecho se traduce en la irrelevancia de la conducta en cuanto al bien jurídico protegido, añadiendo que en estos supuestos no existe intención del autor relativa al favorecimiento o expansión del consumo ilícito de la sustancia tóxica (ausencia del elemento subjetivo del injusto).

Sin embargo, debe advertirse sobre la excepcionalidad de estos supuestos de impunidad, sólo aplicables cuando no aparezcan como modo de encubrir conductas que realmente constituyan una verdadera y propia expansión del tráfico ilegal de estas sustancias.

Como rasgos definitorios del ámbito de atipicidad en la línea Jurisprudencial más flexible o aperturista señalaríamos los siguientes: -Gratuidad: ausencia de contraprestación; -Sujeto activo “familiar” o “allegado”; -La concreta finalidad altruista o compasiva (en especial, el síndrome de abstinencia); -Donatario adicto; -Cantidad mínima: entre el límite de la “dosis terapéutica” y un escaso número de dosis de consumo.<sup>3</sup>

En relación a la posibilidad o no de aplicar el “principio de insignificancia”, existiendo resoluciones contradictorias, puede llegarse a la conclusión de la ausencia de tipicidad en los supuestos en que la extrema desnaturalización cualitativa o la extrema nimiedad cuantitativa de la sustancia entregada, determine que carezca absolutamente de los efectos potencialmente dañinos que sirven de fundamento a la prohibición legal, de modo que lo transmitido no es droga, teniendo en cuenta la dosis mínima psicoactiva (dmp).<sup>4</sup>

### **III. LA TENTATIVA. FORMAS IMPERFECTAS DE EJECUCIÓN. ACTOS PREPARATORIOS. UNIDAD NATURAL DE ACCIÓN Y DELITO CONTINUADO**

La tentativa en este delito es de difícil admisión, dada la amplitud en la configuración de la conducta típica por parte del legislador. Asimismo, la Jurisprudencia considera suficiente para la consumación del delito el acuerdo de

---

<sup>3</sup> ÁLVAREZ-GARCÍA, F.J. / MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A. Coords. El tipo básico. El delito, 2009, pp. 49-113.

<sup>4</sup> LUZÓN CUESTA, J.M., Compendio de Derecho Penal Parte Especial. DyKinson, Madrid, 2008, pp. 245-249.

voluntades entre el comprador y el vendedor, la posesión de droga,... En consecuencia, la posibilidad de concurrencia de formas imperfectas de ejecución en estos delitos se admite con criterio restrictivo, por entender que constituye un delito de mera actividad, en el que es difícil admitir la inejecución del resultado propuesto, dado que en el tipo básico de tráfico de drogas la mera posesión de la sustancia tóxica implica comisión del delito y porque es difícil que cualquier acción dirigida a acercar la sustancia prohibida al consumidor no pueda subsumirse en alguno de los verbos previstos en el tipo penal. Sin embargo, excepcionalmente, se ha apreciado la tentativa cuando el sujeto no ha alcanzado la posesión de la droga ni le fuera achacable cualquier forma de disponibilidad.

En el Código Penal de 1995 sólo son punibles los actos preparatorios si están especialmente previstos en la parte especial, con lo cual se acoge un sistema de números cerrados. Los artículos 17.3 y 18.2 del Código Penal así lo declaran. Y sucede que el artículo 373 castiga la conspiración, proposición y provocación para cometer los delitos de tráfico de drogas y de precursores. El Código tampoco menciona entre los actos de imperfecta ejecución ni la tentativa inidónea ni la frustración, utilizando en el artículo 16 un concepto amplio de tentativa, puesto que en él se incluyen tanto los supuestos en los que únicamente se ha dado inicio a los actos ejecutivos, como aquellos otros casos en que se han practicado todos los actos objetivamente necesarios para producir el resultado y ello no ha sucedido por causas ajenas a la propia voluntad del autor.

La propia naturaleza del delito conlleva la dificultad de apreciación de la continuidad delictiva no aplicable a la repetición de actos, siempre que no haya una ruptura temporal importante.

No es tanto una cuestión de si cabe el delito continuado en los delitos contra la salud pública, como de determinar cuándo se cierra una actividad delictiva, de forma que las actuaciones típicas posteriores pasarán a integrar una infracción diferente.

El artículo 368 del Código Penal se refiere a "actos", en plural. Y estamos ante una infracción de mera actividad, permanente y de peligro abstracto. El referido precepto es un tipo mixto alternativo que da lugar a un solo delito aunque se hayan realizado varias de las acciones típicas descritas. También es evidente que la repetición en un corto espacio de tiempo de una misma conducta es también un caso de unidad típica y por tanto de delito único: unidad natural de acción. No existen varios delitos por el hecho de que se hayan producido varios actos de venta. En general se niega la

posibilidad de continuidad delictiva. Incluso cuando la actividad se ha desarrollado durante un largo lapso de tiempo; o, más aún, aunque haya habido interrupciones temporales. La variedad de sustancias tampoco tiene un efecto multiplicador del número de infracciones por cuanto el bien jurídico protegido es idéntico. En definitiva, actividades plurales que nos obligan a que tengamos forzosamente que considerar integrados en esta figura criminal, como delito único, la pluralidad de conductas homogéneas que, de otro modo, habrían de constituir un delito continuado.

La Sala Segunda del Tribunal Supremo estima que es procedente señalar como dato clave el momento en que el sujeto activo es objeto de detención, o de una citación para defenderse en la investigación seguida por unos hechos, en los que deben tener cabida todos los cometidos, y no enjuiciados o prescritos en sus concretas manifestaciones conductuales, referidas al mismo bien jurídico.

El tipo penal del artículo 368 puede llevarse a cabo mediante un solo acto que configura una acción o, mediante una diversidad de actos, siempre que en tales casos puede considerarse que concurre una sola acción en sentido natural. Para que pueda aceptarse que tal diversidad debe ser considerada una unidad en el sentido de unidad de acción, es preciso, como decimos, que los diversos actos se ejecuten en un ámbito espacial corto y en un contexto temporal breve. Ahora bien, la existencia de una pluralidad de acciones puede -en ciertos casos- conformar una unidad jurídica dando lugar al denominado delito continuado.

La Jurisprudencia de la Sala Segunda ha elaborado la doctrina del delito continuado conforme a un criterio objetivo-subjetivo al considerar que la unidad jurídica de valoración que representa el delito continuado exige que concurren ciertos requisitos, a la vista del artículo 74 del Código Penal, para que pueda considerarse la continuidad delictiva: a) la existencia de un plan preconcebido (elemento subjetivo) o el aprovechamiento de idéntica ocasión (elemento objetivo); b) la realización de una pluralidad de acciones u omisiones; c) que ofendan al mismo o a distintos sujetos pasivos; d) que infrinjan el mismo precepto penal o varios pero de igual o semejante naturaleza y e) que dichas acciones se lleven a cabo en un cierto contexto espacio-temporal delimitable.

El referido artículo 368 no establece una unidad jurídica de acción, ni es una excepción a la regla de una acción un delito, sin perjuicio de que, en ocasiones, puedan estimarse que varios actos son constitutivos de una acción en sentido natural. Por ello en



caso de pluralidad de acciones y concurriendo el resto de los requisitos indicados sería posible considerar la existencia de un delito continuado contra la salud pública, exigiéndose la concreta individualización de una nueva acción incardinable en el tipo penal aplicado, autónoma e independiente surgiendo de esta forma un renovado riesgo para la salud pública, y cuando aparezca diferenciada la técnica comisiva de la primera acción respecto de las otras no será posible apreciar un delito continuado, y sí el concurso real de delitos.

#### **IV. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN EL DERECHO PENAL**

La distinción entre cometer un delito, que da lugar a una responsabilidad principal, y participar en un delito cometido por un tercero, que da lugar a responsabilidad accesoria, responde a la distinción entre quienes son directamente responsables por la violación de la norma penal (autores) y los que son responsables de forma derivada (partícipes). Autores de un delito son aquéllos cuya responsabilidad puede ser establecida independientemente de todos los demás intervinientes en el mismo, mientras que partícipes, o partes secundarias, son aquéllos cuya responsabilidad se deriva de la responsabilidad principal de los autores.

El principio de accesoriedad de la participación no significa necesariamente que la pena para los partícipes deba ser siempre inferior que la pena para los autores, aunque en los sistemas pertenecientes a la tradición romano-germánica el principio de atenuación para la responsabilidad accesoria es explícitamente reconocido. Esta distinción en el nivel de la pena se basa en la premisa de que el castigo debe ser irrogado en proporción a la reprochabilidad de la conducta de cada interviniente en la comisión del delito.

Puede definirse doctrinalmente la autoría como dominio exclusivo o compartido del hecho. Según MIR PUIG<sup>5</sup> el autor es todo aquél que contribuye al delito en condiciones que éste puede imputársele como suyo, caracterizando la autoría como pertenencia del delito y a su vez, la coautoría como una situación de pertenencia compartida del delito por dos o más personas que conjuntamente tienen el dominio de la acción típica y de la causalidad, mientras que la participación constituirá una forma de contribución accesoria en el comportamiento típico propio del autor o autores.

---

<sup>5</sup> MIR PUIG, S. Derecho Penal. Parte General. 9ª Ed. Reppertor, Barcelona, 2011, p. 383.

Los sistemas nacionales que distinguen entre autoría y participación utilizan distintos criterios para delimitar ambos conceptos. Cuando una pluralidad de personas interviene en la comisión de un delito, la consideración de cada uno de ellas como autor o partícipe depende del fundamento a partir del cual se construya el concepto de autor. Las posiciones existentes a este respecto se pueden agrupar en tres: -objetivo-formal; - subjetiva y -objetivo-material.

Según las teorías objetivo-formales, autores son sólo quienes realizan uno o más elementos objetivos del delito, mientras que partícipes son aquéllos que contribuyen de cualquier otro modo a su comisión. Dicha teoría resulta inadecuada para explicar los casos de autoría mediata o autoría por conducto de otro, donde la persona que realiza los elementos objetivos del delito es una mera herramienta de otros.

Las teorías subjetivas consideran que es imposible basarse en criterios objetivos para distinguir entre autores y partícipes, porque la contribución de todas las personas que intervienen en un delito está causalmente conectada con su comisión. Fundamentan la distinción entre autoría y participación en la actitud personal frente al delito de los distintos intervinientes. Las teorías subjetivas solucionan los problemas relativos a la autoría mediata, porque no es la cercanía a la escena del crimen sino su actitud, lo que distingue la autoría de la participación. Aunque al basarse la distinción entre autores y partícipes exclusivamente en la voluntad de los intervinientes en el delito, estos últimos estarían decidiendo acerca de la naturaleza de su propia contribución.

Las teorías objetivo-materiales son un intento de solucionar los problemas que presentan las otras dos posiciones. Según estas teorías, la autoría y la participación se distinguen con base en el nivel y la intensidad de la contribución a la ejecución de los elementos objetivos del delito, requiriendo el conocimiento por parte de quien interviene en la comisión del delito de la importancia de su contribución. Los defensores de esta posición la justifican en la mayor reprochabilidad de la conducta de los autores en comparación con la de los partícipes. Sin embargo, sus detractores sostienen que es imposible diferenciar entre contribuciones indispensables y contribuciones prescindibles, a menos que uno recurra a juicios de valor hipotéticos.<sup>6</sup>

Antes de la aprobación del Código Penal de 1995, el Tribunal Supremo adoptó una posición subjetiva con reflejo en la llamada doctrina del acuerdo previo. Sin

---

<sup>6</sup> OLÁSULO ALONSO, H., Tratado de Autoría y Participación en Derecho Penal Internacional. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 57-127.

embargo, desde finales de los años 80, fue abandonando la posición subjetiva y adoptó progresivamente el concepto de dominio del hecho. Con la entrada en vigor del Código Penal abandonó definitivamente la posición subjetiva.

El concepto de dominio del hecho se enmarca en una posición objetivo-material del concepto de autor y de la distinción entre autoría y participación y combina un elemento objetivo que consiste en las circunstancias fácticas que conducen al dominio del hecho y un elemento subjetivo relativo al conocimiento de dichas circunstancias fácticas. Según Rocín,<sup>7</sup> el dominio del hecho es un concepto abierto que, cuando se analizan las diferentes formas de autoría, se desarrolla de tres modos diferentes: en la autoría directa o inmediata como “dominio de la acción”, en la autoría mediata como “dominio de la voluntad”, y en la coautoría como “dominio funcional”.

El artículo 28 del Código Penal ha adoptado el concepto del dominio del hecho para responsabilizar a título de autor a la persona que utiliza a un agente inocente como instrumento no responsable para cometer un delito. “Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven, como instrumento.

## **V. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN EL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS EN ESPAÑA**

La autoría y participación en los delitos contra la salud pública se rige por las reglas generales para los delitos comunes (artículos 28 y 29 del Código Penal), si bien, la formación tan amplia de la conducta típica dificulta la posibilidad de admitir una forma de contribución al hecho distinta de la autoría.

El Código Penal en su artículo 28 dispone que son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento. También serán considerados autores los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo y los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado. Mientras que, conforme al artículo 29, cómplices son los que, no hallándose comprendidos en las formas de autoría, cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos, si bien la actuación del cómplice no puede consistir ni en una inducción directa y decisiva ni en una cooperación necesaria sino en una aportación material o psíquica accesoria que refuerce o facilite una preexistente intención delictiva

---

<sup>7</sup> OLÁSULO ALONSO, H., Tratado de Autoría (...), 2013, p. 87.

del autor. Al constituir una forma menos grave de participación, la ley impone al cómplice una pena inferior en grado con respecto a la fijada para el autor.

En consecuencia, dentro de la delimitación legal de autoría se incluye al inductor y al cooperador necesario, equiparándolos a los autores, aunque constituyen formas de participación.

La distinción entre formas de autoría y de participación plantea en este delito de tráfico de drogas problemas específicos derivados de la propia redacción del tipo. Concretamente, por la amplitud en que aparecen configuradas las conductas típicas. En efecto, si autor es -según una teoría restrictiva de autor- el que realiza alguna de las conductas descritas en algún tipo de la Parte Especial del Código Penal, ya sea directamente (autoría directa), por medio de un instrumento (autoría mediata) o conjuntamente con otros (coautoría), de la simple lectura del precepto parece necesario concluir que cualquier persona que ejecute dolosamente un acto de favorecimiento, promoción o facilitación del tráfico de drogas podrá ser considerado autor, puesto que ejecuta un acto expresamente previsto en la Parte Especial. Si esto es así, es difícil imaginar algún supuesto de intervención en el tráfico de drogas que pueda ser calificado de inducción, cooperación necesaria o complicidad sin a la vez constituir facilitación, favorecimiento o promoción del tráfico, y por lo tanto autoría. Frente a esta interpretación literal del precepto cabe adoptar distintas posiciones, que se examinan a continuación:

- Concepto unitario de autor.- Es la postura mantenida por la Jurisprudencia mayoritaria y como señala MUÑOZ CONDE<sup>8</sup>, conforme al mismo, se califica de autor a todo el que contribuye causalmente de algún modo a la realización del delito. Ello dificulta la diferenciación entre autor, partícipe y cómplice, considerando el alcance de las conductas incriminadas en el tipo legal. Desde este punto de vista quedarían derogados aquellos preceptos de la parte general del Código penal que hacen referencia a las formas de intervención distinta a la autoría. No regiría el principio de accesoriidad limitada y, por lo tanto, un hecho podría ser impune para uno de los partícipes y punible para otros.

- Concepto restrictivo de autor.- Se considera necesario mantener la distinción entre autoría y participación. En el marco de esta concepción algunos autores proponen

---

<sup>8</sup> MUÑOZ CONDE, F. Derecho penal Parte Especial. 15ª Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 667.

una interpretación de este precepto conforme a la doctrina del dominio del hecho, concluyendo que tan sólo sería autor quien finalísticamente dominase la ejecución de los actos típicos descritos. Un concepto restrictivo de autor comporta reconocer el principio de accesoriad limitada de la participación y para castigar al partícipe deberá previamente concurrir una conducta típica y antijurídica del autor.

Un concepto restrictivo de autor conlleva la necesidad de delimitar los actos del autor de los del partícipe, y respecto de estos últimos, distinguir entre la participación cualificada -inducción y cooperación necesaria- de la participación simple -complicidad-, permitiendo una valoración más equitativa de las distintas aportaciones ajustándose mejor al principio de proporcionalidad y culpabilidad.

- Concepto extensivo limitado de autor.- Cabe sostener una posición intermedia, como a veces hace la Jurisprudencia. Según esta posición, la regla general sería calificar cualquier intervención realizada en el marco de este precepto legal como de autoría, englobando en esta categoría no sólo al autor en sentido estricto (esto es, al autor directo, al coautor y al autor mediato), sino también al inductor y al cooperador necesario. No obstante, algunas veces, por la poca relevancia de la intervención podría aceptarse la figura de complicidad.

La defensa del concepto extensivo limitado de autor o extensivo impropio conlleva que casi cualquier intervención en el hecho, con independencia de su entidad y relación con el ataque al bien jurídico protegido, es calificada de autoría. La complicidad es una categoría residual que sirve para calificar conductas muy alejadas del núcleo del bien jurídico protegido. Tampoco rige con carácter general el principio de accesoriad limitada, que sólo podrá aplicarse en aportaciones muy poco relevantes - las calificadas excepcionalmente de complicidad- y, por lo tanto, un hecho puede ser impune para uno de los partícipes y punible para otros.

La doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo señala que en la cooperación, la determinación de cuando es meramente eficaz, calificada de complicidad y cuando, además, es necesaria, considerada como autoría, se oponen una concepción abstracta y una concreta.<sup>9</sup>

---

<sup>9</sup> ÁLVAREZ-GARCÍA, F.J. / MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., Coords. El tipo básico. El delito (...) 2009, pps. 45-49.

Para la primera, ha de determinarse si el delito se habría podido efectuar o no sin la cooperación del partícipe, en tanto que para la segunda, ha de investigarse si, en ese caso concreto, ha contribuido necesariamente a la producción del resultado como condición sine qua non, formulándose en la doctrina, para determinar tal necesidad, la teoría de los bienes escasos, tanto en las contribuciones que consisten en la entrega de una cosa, como en las que son de un mero hacer, y la del dominio del hecho.

Existe cooperación necesaria cuando se colabora con el ejecutor directo aportando una conducta sin la cual el delito no se habría cometido (teoría de la conditio sine qua non), cuando se colabora mediante la aportación de algo que no es fácil obtener de otro modo (teoría de los bienes escasos) o cuando el que colabora puede impedir la comisión del delito retirando su concurso (teoría del dominio del hecho).

Entre la teoría del dominio del hecho y la de la relevancia, la Jurisprudencia de la Sala Segunda, aún con algunas vacilaciones, se ha decantado a favor de ésta última, que permite, a su vez, distinguir entre coautores y cooperadores necesarios, visto que el dominio del hecho depende no sólo de la necesidad de la aportación para la comisión del delito, sino también del momento en que la aportación se produce, concluyendo que lo que distingue al cooperador necesario del cómplice no es el dominio del hecho, que ni uno ni otro tienen, sino la importancia de la aportación en la ejecución del plan del autor.

La complicidad criminal requiere una participación meramente accesorio, no esencial, debiendo existir entre la conducta del cómplice y la ejecución de la infracción, una aportación que aunque no sea necesaria, facilite eficazmente la realización del delito del autor principal. La complicidad requiere el concierto previo o por adhesión (*pactum scaeleris*), la conciencia de la ilicitud del acto proyectado (*consciencia scaeleris*), el denominado “*animus adiuuandi*” o voluntad de participar contribuyendo a la consecución del acto conocidamente ilícito y finalmente la aportación de un esfuerzo propio, de carácter secundario o auxiliar, para la realización el empeño común.

Se trata de una participación accidental y de carácter secundario. Para que exista complicidad ha de concurrir un elemento objetivo, consistente en la realización de unos actos relacionados con los ejecutados por el autor del hecho delictivo, y otro subjetivo, consistente en el necesario conocimiento del propósito criminal del autor y en la voluntad de contribuir con sus hechos de un modo consciente y eficaz a la realización de aquél.

La doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo tiene establecido como regla general que en el tipo delictivo del artículo 368 del Código Penal y por expresa voluntad del Legislador, toda forma de participación que implique una colaboración en actividades de tráfico de drogas, es una forma de autoría al haber sido equiparada con ésta las formas imperfectas de participación por la propia Ley. Pero la misma doctrina no excluye la existencia de excepciones en supuestos concretos de mínima colaboración mediante actos fácilmente reemplazables, accesorios y de escasa eficacia para el tráfico ilegal efectuado por el autor principal, admitiéndose que la aplicación de la complicidad permite una más proporcionada individualización de las responsabilidades penales derivadas del delito de tráfico de drogas, distinguiendo la del verdadero traficante de la del que presta a éste un servicio auxiliar. Es lo que se ha venido a denominar actos de favorecimiento al favorecedor del tráfico, que no ayudan directamente al tráfico pero sí a la persona que lo favorece, que es quien tiene el dominio del hecho mediante la efectiva disponibilidad de la droga, sin que los actos realizados por el auxiliador tengan la trascendencia que exige el concepto de autoría.

El problema radica en la dificultad de distinguir entre cooperación necesaria y complicidad, por lo que la Jurisprudencia se mueve más por principios de proporcionalidad y de necesidad de pena, que por consideraciones estrictamente dogmáticas, desplazándose la cuestión hacia la esfera de la medida de culpabilidad, como factor determinante de la diferenciación entre autores y partícipes por un lado, y de cómplices por otro.<sup>10</sup>

*Ad exemplum*, pueden citarse diversos supuestos calificados de complicidad: -el mero acompañamiento a los compradores con indicación del lugar donde pueden hallar a los vendedores; -la ocultación ocasional y de poca duración de una pequeña cantidad de droga que otro poseía; - la simple cesión del domicilio a los autores por pura amistad para reunirse sin levantar sospechas; -la labor de recepción y desciframiento de los mensajes en clave sobre el curso de la operación; -facilitar el teléfono del suministrador y precio de la droga; -realizar llamadas telefónicas para convencer y acordar con tercero el transporte de la droga; -acompañar y trasladar en su vehículo a un hermano en sus contactos para adquisición y tráfico; -colaboración de un tercero en los pasos previos para la recepción de la droga enviada desde el extranjero, sin ser destinatario ni tener disponibilidad efectiva de la misma.

---

<sup>10</sup> MUÑOZ CONDE, F. Derecho penal, 15ª ed. 2004, p. 668.

También en el ámbito de la autoría se plantea la problemática del agente provocador, cuyo comportamiento se caracteriza por estar dirigido a que otro cometa un delito, pero sin la intención de que ello suponga la afectación al bien jurídico, sino con el propósito de que el otro sea declarado criminalmente responsable de ello. En este sentido, deberíamos distinguir entre los llamados “delitos provocados”, en los que se hace surgir la idea criminal en quien no estaba ya predispuesto, en cuyo caso debe absolverse también al inducido y los de “actuación del agente provocador” o “delito comprobado”, en los que sólo se trata de obtener la prueba de una actividad delictiva precedente y en los que el inducido incurre en responsabilidad criminal.

Como formas especiales de autoría, debe señalarse la pertenencia a una organización delictiva tipificada en el artículo 369 bis del Código Penal, comprendiendo en el tipo a todos los sujetos integrantes de la banda, con independencia de la función que desempeñan. A los jefes, encargados y administradores, sin embargo, se les aplica la pena superior en grado a la señalada en el tipo principal, estableciendo una diferenciación subjetiva de la autoría entre los miembros y sus dirigentes.

La agravación obedece a la superior capacidad de agresión al bien jurídico de la salud pública por la posibilidad de supervivencia del propósito criminal que la organización representa. Los elementos o notas características de lo que debe entenderse por organización o asociación son: -La concurrencia de de una pluralidad de personas; - la jerarquización entre sus miembros; -la distribución de tareas; -la existencia de medios idóneos para alcanzar el fin de difusión de la droga y su duración en el tiempo o, al menos, la vocación de permanencia.<sup>11</sup>

Ahora bien, no toda concurrencia de personas responsables implica la existencia de una organización, pues como indica la Jurisprudencia, tiene que haber algo más que una mera reunión de personas para delinquir. Se trata de algo más que una simple codelinquencia. La mera presencia de varias personas con decisión común en la ejecución de unos hechos típicos del delito contra la salud pública indica una pluralidad de personas que son autores o partícipes en el hecho delictivo, pero no tiene por qué suponer la aplicación de la agravación específica derivada de la organización. Asimismo, cabe distinguir la integración o pertenencia a una organización de aquellos supuestos de transitoria consorciabilidad con aquélla.

---

<sup>11</sup> ÁLVAREZ-GARCÍA, F.J. / MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A. Coords. Tipos agravados del artículo 369 CP. El delito (...), 2009, pp. 167-170.



## BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ-GARCÍA, F.J. / MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A. Coords. El delito de tráfico de drogas. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

LUZÓN CUESTA, J.M. Compendio de Derecho Penal Parte Especial. DyKinson, Madrid, 2008.

MIR PUIG, S. Derecho Penal. Parte General. 9ª Ed. Reppertor, Barcelona, 2011.

MUÑOZ CONDE, F. Derecho penal Parte Especial. 15ª Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

OLÁSOLO ALONSO, H. Tratado de Autoría y Participación en Derecho Penal Internacional. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

VIDALES RODRÍGUEZ, C. (coord.). Política criminal española en materia de tráfico ilícito de drogas. Tráfico de drogas y delincuencia conexas. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

\* \* \* \* \*

## Prof. Dr. Enrique del Castillo Codes

Abogado. Profesor de Derecho penal. Centro asociado de la UNED, Úbeda, España.  
Socio de la FICP.

### ~Delitos especiales e intervención conjunta~

**Resumen.-** En el estudio de los denominados delitos especiales y los problemas de participación que en ellos se presentan, es necesario partir de un concepto simple de delito especial, en el que tengan cabida tanto los tipos en los que el sujeto activo se encuentra estrechamente vinculado con la protección de un determinado bien jurídico, como aquellos en los que el sujeto activo ocupa una concreta posición que le permite lesionar ciertos bienes jurídicos. En ambos casos, la lesión de los bienes jurídicos se restringe a un círculo limitado de sujetos, y por eso se trata de delitos especiales, sin que en cambio se incluyan dentro de tal clasificación los delitos agravados por la cualidad de sujeto activo, en los que la lesión del bien jurídico está abierta para cualquiera, aunque se prevea una agravación de la pena cuando el autor reúna ciertas cualidades.

Una vez diseñado el concepto de delito especial conforme a tal fundamentación, es necesario encontrar el criterio adecuado para resolver los supuestos en que intervenga, junto al sujeto cualificado (*intraneus*), un tercero (*extraneus*). La solución a la que se llegue deberá asegurar, en todo caso, el castigo del intraneus en concepto de autor, dada la especial vinculación/posición respecto del bien jurídico lesionado.

#### I. PLANTEAMIENTO

En el ámbito penal existe consenso doctrinal y jurisprudencial en torno a la distinción entre delitos comunes y especiales, en el sentido de que mientras los primeros pueden ser cometidos por cualquiera, en el caso de los segundos el círculo de posibles sujetos activos se encuentra restringido. Y dentro de la categoría de delitos especiales se ha venido distinguiendo entre *impropios*, que son aquellos que pueden cometerse por cualquier otra persona si bien, en tal caso, la conducta será subsumible en otro tipo penal con una penalidad más suave. Así sucede, por ejemplo, con los delitos de falsedad en documento público, que pueden ser cometidos, tanto por autoridad o funcionario público (art. 390) como por un particular (art. 390), pero las consecuencias penológicas son mucho más graves para el primero (prisión de tres a seis años y multa de seis y veinticuatro meses, aparte de la inhabilitación especial de dos a seis años) que para el segundo (prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses). En ambos casos, la conducta objetiva –falsificar un documento público– es la misma, y puede ser cometida por cualquier persona, pero cuando su ejecución la lleva a cabo una autoridad o funcionario público tiene mayor gravedad, y de ahí que se hable en estos casos de delitos especiales *impropios*.

Distintamente, y también dentro de la categoría de delitos especiales, se encontrarían los denominados *propios*, como aquéllos que sólo pueden ser cometidos por un círculo, concreto y reducido, de sujetos, quedando por el contrario excluidos

todos los demás. Dentro de esta modalidad se encuentra la prevaricación, tipo penal que únicamente puede ejecutarse por parte de la “autoridad o funcionario público” (art. 404) o por el “juez o magistrado” (art. 446), pues solo ellos tienen la potestad de dictar resoluciones arbitrarias o injustas, respectivamente, sin que los particulares puedan llevar a cabo dicha actuación.

Pues bien, en relación con los delitos especiales y con la clasificación expuesta – propios e impropios- han surgido diversas dificultades a la hora de resolver supuestos en los que, en la ejecución del correspondiente tipo penal, han intervenido varias personas. Así, por ejemplo, en el caso de los delitos especiales *propios*, cuando un particular *induce* a un juez a dictar una resolución injusta, cabe preguntarse si debe ser sancionado como inductor del referido tipo penal, en cuyo caso, y a tenor de lo dispuesto en el párrafo segundo del art. 28 CP, se le deberá imponer la misma pena que al autor principal. Pero esto genera reparos si se tiene en cuenta que el particular no es sujeto idóneo para cometer la conducta típica, por lo que la imposición de la pena prevista para su comisión puede suscitar dudas sobre su proporcionalidad. La otra opción, esto es, la impunidad total, tampoco resulta satisfactoria.

Pero mucho más problemática es la intervención plural en los delitos especiales *impropios*, pues al existir en ellos una previsión para el sujeto cualificado (*intraneus*) y otra para el no cualificado (*extraneus*), las dudas se multiplican. Así, por ejemplo, en el caso concreto de los delitos de violencia de género, si el marido *induce* a un tercero para que amenace a su esposa, tendremos que el hecho principal en concepto de autor directo lo comete el *extraneus*, pero al tratarse de una amenaza leve se trataría de una falta del art. 620.2 CP; en cambio, el marido, es decir, el sujeto activo que determina la especialidad del delito, habría actuado como mero partícipe, por lo que se plantea la duda de si debe responder como inductor de una falta de amenazas o por el delito especial de amenazas en el ámbito familiar. A la inversa, si es el tercero el que convence al esposo para que golpee a su esposa, la responsabilidad de aquél podría establecerse, bien como inductor de un delito de malos tratos en el ámbito familiar –con la misma pena que para el autor- o bien, al carecer de la cualidad para ser autor del citado tipo, por una falta de malos tratos del art. 617.2 CP.

## II. CARACTERIZACIÓN DE LOS DELITOS ESPECIALES

Con el fin de ofrecer una respuesta satisfactoria a la cuestión planteada, es preciso

ante todo posicionarse sobre la clasificación bipartita, antes expuesta, de los delitos especiales. En este sentido, por parte de la doctrina se ha diferenciado entre un concepto complejo de delito especial, a través del cual no sólo se procedería a describir la restricción que en sede de autoría establecen ciertos elementos en el tipo de los delitos especiales, sino que además incluyen el fundamento que determina que el círculo de posibles autores quede delimitado, considerando dicho concepto que todos los delitos especiales responden a un mismo fundamento<sup>1</sup>. En cambio, el concepto simple se conforma con definir el delito especial a partir de las específicas limitaciones de autoría consignadas en el tipo, sin consideración al fundamento sobre el que descansan tales restricciones<sup>2</sup>.

A este respecto, un sector de la doctrina considera innecesaria la referida distinción, al entender que ambas modalidades merecen idéntico tratamiento en tanto no existe diferencia en relación al contenido de injusto, independientemente de que para los llamados “impropios” se haya previsto por el legislador un tipo común paralelo<sup>3</sup>. De este modo, los elementos que delimitan la autoría en estos últimos delitos no constituirían circunstancias de agravación o atenuación de la pena, sino auténticos elementos fundadores de la misma<sup>4</sup>. En apoyo de esta concepción, se puede aducir que uno de los criterios que permite determinar si un delito debe ser calificado como especial, es comprobar si la restricción del círculo de autores tiene su razón de ser en la mayor protección del bien jurídico<sup>5</sup>. De esta forma, es posible diferenciar, con claridad, entre los auténticos delitos especiales y los delitos agravados por la cualidad del sujeto activo. Así, la condición de “autoridad o funcionario público” en los delitos previstos en los arts. 167, 198 y 204 CP, no daría lugar a la aparición de un tipo distinto puesto que la conducta en los mismos sancionada seguiría afectando al mismo bien jurídico, en los casos citados, la libertad ambulatoria, la intimidad y la intimidad domiciliaria, respectivamente. En cambio, en los delitos especiales, como la falsedad en documento público cometida por autoridad o funcionario, tal condición sí que implicaría un nuevo delito –y no una mera agravación del común- por lesionar un bien jurídico

---

<sup>1</sup> FERNÁNDEZ BAUTISTA, S, El Administrador de hecho y de derecho. Aproximación a los delitos con restricciones en sede de autoría, Tirant lo Blanch, Valencia 2007, p. 157.

<sup>2</sup> FERNÁNDEZ BAUTISTA, S, El Administrador de hecho, 2007, pp. 154-155.

<sup>3</sup> GÓMEZ MARTÍN, V, Los delitos especiales, Edisofer S.L, Madrid 2006, pp. 421-422.

<sup>4</sup> GÓMEZ MARTÍN, V, Los delitos especiales, 2006, p. 432.

<sup>5</sup> GÓMEZ MARTÍN, V, Los delitos especiales, 2006, pp. 32-33.

supraindividual, en el delito citado, el correcto funcionamiento de la Administración Pública<sup>6</sup>.

En una línea parecida, en el sentido de rechazar la diferenciación entre delitos especiales propios e impropios, se propone clasificar tales delitos en dos modalidades. Dentro de la primera se encontrarían los denominados *delitos de posición*, en los que se produce una limitación del círculo de posiciones a partir de las cuales se otorga relevancia jurídica a la lesión, pero sin limitar las formas de conducta<sup>7</sup>. En tales casos, como se ha indicado, el legislador describe las formas de ataque relevantes para el bien jurídico a través del establecimiento de determinadas posiciones, como sucede, por ejemplo, en los delitos contra la ordenación del territorio, publicidad engañosa (art. 282), delitos societarios, delito concursal o delito fiscal<sup>8</sup>.

Por otro lado, se encontrarían los *delitos especiales de deber*, referidos a la infracción de deberes que regulan la relación específica entre un sujeto y el objeto de protección, deberes que sólo rigen para determinadas personas que resultan, por ello, especialmente obligadas<sup>9</sup>. Al igual que sucede con los primeros, también el legislador selecciona determinadas posiciones a través de las cuales el bien jurídico puede resultar afectado, pero con la diferencia de que en esta segunda modalidad el injusto no consiste en la lesión del bien desde dicha posición sino en el incumplimiento del conjunto de deberes que define dicha posición, siendo éstos los únicos delitos que merecen la calificación de especiales, y siendo ejemplo paradigmático de ellos los delitos puros de funcionarios<sup>10</sup>.

En relación con la caracterización de los delitos especiales como delitos de infracción de deber, se afirma que mientras en los primeros se alude a una modalidad de tipo penal, con los segundos se hace referencia a un criterio delimitador de la autoría. En consecuencia, mientras los delitos especiales se contrapondrían a los delitos comunes en función del sujeto activo, los delitos de infracción de deber se contrapondrían a los delitos de dominio y su diferenciación no residiría, como en los primeros, en la cualidad del sujeto activo sino en los criterios que permiten fundamentar

---

<sup>6</sup> GÓMEZ MARTÍN, V, Los delitos especiales, 2006, pp. 253-254. De otra opinión, ROBLES PLANAS, Garantes y cómplices. La intervención por omisión y los delitos especiales. Ed. Atelier, Barcelona 2007, p. 126, quien considera que el delito previsto en el art. 167 es especial impropio.

<sup>7</sup> ROBLES PLANAS, Garantes y cómplices, 2007, pp. 125-126.

<sup>8</sup> ROBLES PLANAS, Garantes y cómplices, 2007, pp. 129-130.

<sup>9</sup> ROBLES PLANAS, Garantes y cómplices, 2007, pp. 125-126.

<sup>10</sup> ROBLES PLANAS, Garantes y cómplices, 2007, p. 133.

la autoría (la infracción del deber o el dominio del hecho), con lo cual la clasificación del delito común/delito especial y delito de dominio/delito de infracción de deber se encontraría en planos diversos<sup>11</sup>.

La fundamentación de la autoría con base, exclusivamente, en el criterio de la infracción del deber no resulta admisible al ser necesario, además, que el sujeto realice la conducta típica descrita en el tipo correspondiente, pues de otro modo, dicho criterio podría llevar a una responsabilidad cuasi-objetiva<sup>12</sup>. En consecuencia, cuando en un hecho delictivo intervengan varios sujetos especialmente cualificados (intraeus), no todos ellos deberán responder como autores sino que es preciso determinar el concepto en que han intervenido, pues si bien formalmente todos ellos tienen la misma capacidad lesiva respecto del bien jurídico, ello debe confirmarse desde una perspectiva material atendiendo al quantum de aportación de cada uno, lo que podrá ser determinado con el criterio del dominio<sup>13</sup>. Por esta razón, se opta por emplear la denominación de “delitos especiales” y, dentro de ellos, el concepto simple, el cual abarcaría todos los tipos que presentan restricciones en sede de autoría independientemente del fundamento que tenga tal delimitación<sup>14</sup>.

Definida la autoría como la posibilidad de acceso al bien jurídico protegido, dicha capacidad sería un requisito necesario pero no suficiente, lo cual, aplicado a los delitos especiales, significa que no basta con que el sujeto ostente un determinado rol o cualidad para ser calificado autor, sino que tal posición debe materializarse a través del ejercicio de una concreta función, mediante la cual el intraeus controla “el *ámbito de responsabilidad* que de él *depende* y en el que está implicado el bien jurídico protegido”<sup>15</sup>. Obrando así, el sujeto no habría tenido solo un acceso meramente formal al bien jurídico, sino la capacidad real y efectiva de lesionarlo o ponerlo en peligro al ejercer las funciones que corresponden a su posición y todo ello podrá ser completado con el criterio del dominio, cuando sean varios los intraeus implicados en el hecho<sup>16</sup>.

La solución que se considera más correcta es la de mantener un concepto de delito especial simple, que aglutine todos aquellos tipos penales que limitan el círculo de posibles autores, con independencia del fundamento sobre el que se descansa tal

<sup>11</sup> FERNÁNDEZ BAUTISTA, S, El Administrador de hecho, 2007, pp. 161-162.

<sup>12</sup> FERNÁNDEZ BAUTISTA, S, El Administrador de hecho, 2007, pp. 226-227.

<sup>13</sup> FERNÁNDEZ BAUTISTA, S, El Administrador de hecho, 2007, pp. 227-228.

<sup>14</sup> FERNÁNDEZ BAUTISTA, S, El Administrador de hecho, 2007, p. 229, nota 1.

<sup>15</sup> FERNÁNDEZ BAUTISTA, S, El Administrador de hecho, 2007, p. 252 (subrayados en el texto original).

<sup>16</sup> FERNÁNDEZ BAUTISTA, S, El Administrador de hecho, 2007, pp. 256-257.

restricción. De este modo y dentro de la referida categoría, son delitos especiales, en primer lugar, aquellos en los que el sujeto se encuentra estrechamente vinculado a la protección de un determinado bien jurídico, como sucede con la falsedad documental cometida por autoridad o funcionario público, la infidelidad en la custodia de documentos o los denominados delitos impropios de omisión. En el primer caso, el notario tiene legalmente encomendada la función de salvaguardar la veracidad de los documentos que a su presencia se extienden, pesando sobre él especiales deberes garantizar la autenticidad de los mismos. En el segundo caso, el funcionario está vinculado a la incolumidad de los documentos. Y en los delitos de comisión por omisión, el sujeto ostenta una posición de garante que le obliga a la protección del bien frente a determinados peligros o bien a controlar los riesgos que se deriven de una fuente de peligro.

Por otra parte y también como delitos especiales, se encuentran aquellos en los que el sujeto, en virtud de la posición que ocupa, se encuentra en condiciones idóneas para lesionar determinados bienes jurídicos. Es el caso del delito fiscal, en el que la condición de obligado tributario le otorga al sujeto la posibilidad de lesionar el bien jurídico protegido por dicho tipo penal, o bien, en el delito contra la ordenación del territorio, la condición de promotor, técnico o director de obra le permite atacar dicho bien jurídico. A diferencia del supuesto anterior, el sujeto no se encuentra obligado a preservar el bien jurídico, sino que simplemente su posición le da la posibilidad de lesionarlo, pero se trata asimismo de un delito especial por cuanto sólo puede ser cometido por quien ostente tal posición.

En cambio, quedan fuera de tal categoría los tipos en los que la concreta condición del sujeto supone simplemente una agravación de la pena, como ocurre con el delito de detención ilegal cometido por autoridad o funcionario público. En tal supuesto, la lesión del bien jurídico (la libertad ambulatoria) queda abierta a cualquiera, pero cuando la misma es obra de quien ostenta tal cualidad, resulta más reprochable.

### **III. SUPUESTOS DE PARTICIPACIÓN**

La intervención de varias personas en un delito especial genera problemas que deben obtener una solución satisfactoria. En concreto, las dudas surgen en torno a la forma en que debe ser sancionado quien, no ostentando el deber específico o posición idónea (*extraneus*), participa (induciendo o ayudando) con el autor principal cualificado,

por ejemplo, el particular que induce al juez para que dice una resolución injusta. También se puede presentar la situación inversa, es decir, cuando sea el *extraneus* el que realice la conducta típica, inducido o ayudado por el *intraneus* (el funcionario encargado de la custodia de unos documentos le pide a su amigo que los destruya).

La resolución de estas situaciones puede hacerse, en términos generales, desde dos perspectivas: una, en virtud de la cual existiría un único título de imputación, que vendría determinado por el hecho principal, es decir, el que comete el autor directo, de manera que con arreglo al principio de accesoriedad, según el cual la calificación del partícipe dependerá de la actuación del autor principal, la calificación jurídica de la conducta del partícipe estará en función de la conducta realizada por el autor.

De este modo, en los delitos especiales, el *extraneus* que participa en el hecho deberá ser castigado con arreglo al tipo especial previsto para el autor. Y en la situación inversa, en la que es el particular el que ejecuta el hecho, inducido o ayudado por el *intraneus* (funcionario que le pide a su amigo que destruya unos documentos o el marido que convence a su amigo para que golpee a la esposa del primero) quien ejecuta la conducta carece de las cualidades exigidas por el correspondiente tipo (la condición de funcionario o esposo de la víctima, respectivamente), y quien ostenta tales condiciones (funcionario y marido) no toman parte en la ejecución, limitándose a participar. En consecuencia, aplicando el criterio de la accesoriedad no hay modo de sancionar a ninguno de los intervinientes, en tanto el hecho principal es atípico al haberse cometido por un sujeto inidóneo. Por su mayor complejidad, nos referimos en primer lugar a este último grupo de supuestos.

### **1. La solución de la autoría mediata**

La categoría de la autoría mediata tiene su razón de ser en una realidad innegable: que el hombre, para lograr sus propósitos delictivos, se puede valer de otras personas que, actuando bajo su dominio directo, se convierten en instrumentos suyos, ejecutores de la conducta prevista en el tipo penal<sup>17</sup>. Esta forma de intervención que, como se ha indicado, no se hallaba reconocida –al menos de forma expresa- en nuestro derecho codificado con anterioridad al vigente CP de 1995, era sin embargo admitida de manera

---

<sup>17</sup> RODRÍGUEZ MOURULLO, G, “El autor mediato en derecho penal español”, ADPCP 1969, p. 468: “Del mismo modo que se reconoce que el hombre puede efectuar determinadas obras predisponiendo y sirviéndose de animales o aparatos mecánicos, hay que admitir igualmente que puede realizar ciertos hechos a través de otras personas que obran como instrumentos”.



prácticamente unánime, tanto por la doctrina<sup>18</sup> como por la jurisprudencia<sup>19</sup>, planteando la cuestión de forma sumamente ilustrativa la STS 31 de marzo de 1944, cuando declaraba que

“es bien sabido que abundan los casos en que el que concibe la idea criminal y decide ponerla en práctica se vale de otra persona como mero instrumento que produzca el resultado apetecido, causante físico que resultará responsable cuando con plena conciencia de la trascendencia de sus actos los realice voluntariamente y no lo será si ajeno a la maquinación dolosa ejecuta esos actos inconscientemente y sin intención de cooperar al designio criminal, pero la cooperación de esta persona intermedia, sea o no responsable en la esfera penal, no aleja el proceso y exime de responsabilidad al que se sirve de ella, puesto que si esa doctrina prevaleciese se habría encontrado una fórmula para que los delincuentes se pusieran a salvo de las sanciones penales.”

Admitida ya de modo explícito en nuestro derecho positivo la autoría mediata, es preciso establecer los requisitos necesarios para que se pueda apreciar dicha forma de intervención, siendo de destacar al respecto que el tenor literal del texto legal se limita a establecer que dicha forma de autoría concurrirá cuando el hecho se realice a través de otra persona de la que el autor se sirve como instrumento. En consecuencia, la instrumentalización de la persona que, ya de forma directa e inmediata, ejecuta la conducta delictiva, se convierte en el criterio rector de la autoría mediata.

Son muchas las teorías que en la literatura penal se han elaborado para fundamentar la autoría (subjética, objetivo-formal, objetivo-material, pertenencia del hecho), y su estudio individualizado desbordaría los fines de la presente investigación, lo que unido a la existencia de importantes monografías sobre la materia dispensa detenerse en este particular, pasando directamente a la teoría que se considera más acertada, como es la del dominio del hecho. Muy a grandes rasgos, según esta teoría el autor es el que ejerce un dominio superior sobre la realización típica, y dicha posición la ostenta quien actúa “mediante una conducción consciente del fin del acontecer causal en dirección al resultado típico”<sup>20</sup>.

<sup>18</sup> SÁINZ-CANTERO, J.A, Lecciones de Derecho Penal, Parte General, 3ªed, Barcelona, p. 804; RODRÍGUEZ DEVESA, J.M, Derecho Penal Español, Parte General, Madrid 1993, p. 800; RODRÍGUEZ RAMOS, L, Compendio de Derecho Penal, Parte General, Madrid, 1985, p. 249; ANTÓN ONECA, Derecho Penal, Parte General, Madrid 1986, p. 469; COBO DEL ROSAL, M/VIVES ANTÓN, T.S, Derecho Penal, Parte General, Valencia 1987, p. 558; MUÑOZ CONDE, F/GARCÍA ARÁN, M, Derecho Penal, Parte General, Valencia 1993, p. 388; QUINTERO OLIVARES, G, Los delitos especiales y la teoría de la participación, Barcelona 1974, p. 91; BUSTOS RAMÍREZ, J/HORMAZÁBAL MALARÉE, H, Manual de Derecho Penal, Parte General, Barcelona 1994, p. 436; DIÁZ Y GARCÍA CONLLEDO, M, La Autoría en Derecho Penal, Barcelona 1991, p. 608.

<sup>19</sup> SSTs 29-11-1943, 7-5-1946, 28-9-1979, 2-10-1981, 31-12-1983, 17-4-1985, 18-7-1987, 22-4-1988, 12-7-1989, 7-4-1990, 30-4-1991, 16-7-1992, 2-11-1994, 15-7-1996, entre otras.

<sup>20</sup> WELZEL, H, Derecho Penal Alemán (traducido por Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez), Santiago de Chile, 1969, p. 119.

El dominio del hecho tiene un componente subjetivo, consistente en la representación que tiene el sujeto sobre la idoneidad de su conducta para producir, de forma directa, un determinado resultado lesivo<sup>21</sup>, y otro de naturaleza objetiva, que la doctrina ha caracterizado de forma muy variada pero, en todo caso, reconducible a dos criterios: uno, de carácter fáctico, definido como la posibilidad real y efectiva de influir en el acontecer causal<sup>22</sup>, es decir, como aquella conducta que se encuentra en condiciones de dominar, controlar o determinar el curso de los acontecimientos hacia el resultado<sup>23</sup>; y el otro, de índole normativa, como la realización de la conducta típica<sup>24</sup>, es decir, aquélla que se enfrenta de forma más directa a las prescripciones contenidas en los tipos penales<sup>25</sup>, existiendo asimismo posiciones que combinan ambos presupuestos (fáctico y normativo)<sup>26</sup>.

Esta diversidad de criterios, cuyo estudio individualizado no podemos abordar, permite llegar a la conclusión común de que la instrumentalización que fundamenta la autoría mediata se logra provocando o aprovechando un déficit de libertad en la persona de delante, lo que faculta al de detrás dominar el acontecer causal y, por ello, atribuirle el dominio del hecho. En base a ello, es pacífico en la doctrina afirmar la instrumentalización cuando el sujeto de delante actúa bajo una situación de error (A le entrega a B una pistola cargada, y manifestándole que no tiene munición, le incita a que dispare sobre C para darle un susto, lo que aquél hace en la creencia de que el arma está descargada, produciendo la muerte de este último), o de coacción (A amenaza de muerte a B, si no prende fuego a la vivienda de C). En ambos casos, B no ha actuado con libertad, pues en el primero obra desconociendo –aunque de forma vencible- que la pistola estaba cargada, y en el segundo, aun sabiendo que está incendiando una vivienda, lo hace presionado por las amenazas, por lo que con independencia del criterio que se maneje –fáctico, normativo o mixto-, ese déficit de libertad provocado por el hombre de atrás le otorga el dominio del hecho y, por ello, permite su consideración como autor mediato de la muerte o del incendio.

<sup>21</sup> ROXIN, C, *Täterschaft und Tatherrschaft*, Berlín-Nueva York, 1994, p. 189.

<sup>22</sup> MAURACH, R/GÖSSEL, K.H/ZIPF, H, *Derecho Penal, Parte General II* (traducido por Jorge Bofill), Buenos Aires 1995, p. 317; KINDHÄUSER, U, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Baden-Baden 2000, pp. 356-357; KÜHL, K, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, München 2000, p. 728.

<sup>23</sup> LUZÓN PEÑA, “La determinación objetiva del hecho. Observaciones sobre la autoría en delitos dolosos e imprudentes de resultado”, ADPCP 1989, pp. 892-893.

<sup>24</sup> LESCH, H.H, “Intervención delictiva e imputación objetiva” (traducido por Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles), ADPCP 1995, pp. 938-939.

<sup>25</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M, *La Autoría*, 1991, pp. 580-581, 631-632.

<sup>26</sup> BOLEA BARDÓN, C, *Autoría mediata en Derecho Penal*, Valencia 2000, pp. 125-ss.

Sin embargo, las discrepancias aparecen cuando se plantean otros supuestos de autoría mediata en los que el hombre de delante actúa con plena libertad, pero careciendo de las cualidades necesarias para ser autor del correspondiente tipo penal. Nos referimos a los ya aludidos delitos especiales mal llamados “impropios”, en los que no es suficiente con realizar la conducta objetivamente descrita en el tipo penal sino que es preciso, además, ostentar la cualidad subjetiva prevista en el mismo. Así, en el caso de la falsedad en documento público cometido por autoridad o funcionario público (art. 390 CP), no basta con falsificar un documento sino que es necesario, además, que el autor sea una autoridad o funcionario.

En estos casos, si el sujeto que tiene la cualidad personal exigida en el tipo encarga a un tercero que ejecute la conducta típica –el funcionario encarga a un amigo que destruya los documentos cuya custodia tiene encomendada- tendremos que quien actúa de forma inmediata realizando la conducta típica –amigo- carece de la cualidad exigida en el tipo, y quien ostenta dicha cualidad no lleva a cabo de forma personal la actuación penalmente sancionada. Las dificultades que entrañan tales supuestos y las indeseables lagunas de punibilidad que pueden generar, han tratado de ser resueltas por un sector doctrinal a través de la autoría mediata, incluyendo como uno de los supuestos de instrumentalización, la utilización del llamado “instrumento doloso no cualificado”, es decir, una persona que actúa con dolo, sabiendo lo que hace, sin presión ni coacción alguna y, por ello, con absoluta libertad, pero careciendo de las cualidades personales requeridas por el tipo para poder ser autor. De esta forma, se podría castigar al funcionario como autor mediato de la conducta de destrucción de documentos, realizada libremente por su amigo.

La instrumentalización en estos supuestos se ha tratado de fundamentar de diversas maneras. Así, se dice que el dominio del hecho del hombre de atrás debe entenderse en sentido normativo-psicológico, pues no pudiéndose cometer el delito por el ejecutor inmediato sin la contribución del hombre de atrás, el cual posee las cualidades exigidas legalmente, su actuación unida al influjo psicológico sobre el instrumento resulta decisiva para afirmar su autoría<sup>27</sup>. Otro de los criterios manejados al respecto es el del llamado “dominio social del hecho”, en virtud del cual en los delitos especiales propios el sujeto cualificado que induce al “extraneus”, le está otorgando a

---

<sup>27</sup> JESCHECK, H.H, Tratado de Derecho Penal, Parte General (traducido por José Luis Manzanares Samaniego), Granada 1993, p. 610.

éste la posibilidad de tomar parte en la comisión de un delito especial, lo que le confiere al primero el dominio (social) del hecho y, por tanto, la autoría<sup>28</sup>. Del mismo modo, se aduce que al sujeto de atrás se le puede imputar el hecho como suyo porque posee las cualidades personales exigidas por el tipo y, además, es causa de que actúe el de delante, por lo que el hecho le pertenece<sup>29</sup>. Quien tiene capacidad de cometer el hecho por sí mismo, puede también cometerlo utilizando a un tercero<sup>30</sup>.

Esta posición no parece admisible, pues como ya se ha indicado antes la autoría mediata se fundamenta en la instrumentalización de otra persona, y ello solo puede conseguirse anulando o disminuyendo su libertad, a través de error, coacción o cualquier otra circunstancia que no le permita decidir de modo autónomo su forma de actuación. En consecuencia, en los supuestos que nos ocupan, en los que el sujeto que posee las características personales exigidas en el tipo encarga a un tercero la ejecución del hecho delictivo, la actuación de este último es libre y, por tanto, no puede decirse que haya sido instrumentalizado. Los argumentos, antes expuestos, que abogan por la admisión de la autoría mediata no parecen convincentes, pues por mucho que se quiera normativizar el dominio del hecho, no se puede prescindir de la vertiente fáctica, y en estos casos ya hemos visto que actuando el ejecutor inmediato de forma totalmente libre y responsable, no se puede establecer un dominio en la persona que le ha incitado a obrar<sup>31</sup>. En consecuencia, los supuestos problemáticos que nos ocupan no pueden resolverse a través de la autoría mediata, por lo que es necesario valorar otras posibles alternativas.

## 2. La ruptura del título de imputación

Todas las propuestas que se hacen desde esta perspectiva tienen, como denominador común, el prescindir de la accesoriedad como criterio definidor de la participación, aunque difieran en sus fundamentos.

---

<sup>28</sup> WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 1969, p. 125.

<sup>29</sup> MIR PUIG, S, *Derecho Penal, Parte General*, PPU, Barcelona 1985, p. 321; GÓMEZ MARTÍN, V, *Los delitos especiales*, 2006, pp. 380-382, adhiriéndose a esta tesis y en relación con el tipo previsto en el art. 413 CP (infidelidad en la custodia de documentos públicos), considera que tanto desde una interpretación literal del tipo como desde su sentido material, se puede afirmar sin dificultad que el funcionario encargado de la custodia del documento que ordena a su secretaria que lo destruya puede ser considerado autor mediato del mismo al haber sido lesionado el correcto funcionamiento de la Administración Pública, y ello con independencia de quien haya destruido, materialmente, el documento.

<sup>30</sup> LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J, *Autoría y participación*, Akal/Iure, Madrid 1996, p. 59.

<sup>31</sup> STS 5-2-2008: “La autoría mediata, prevista en el art. 28 CP (quienes realizaren el hecho por medio de otro) requiere, al menos en los supuestos fuera de discusión, que el instrumento sea incapaz de culpabilidad, obre con error (de tipo o de prohibición) o bajo coacción. Sólo estas circunstancias en principio, pueden desplazar el dominio del hecho al que actúa por detrás”.

Así, un sector doctrinal estima que el partícipe y el autor infringen normas distintas y, por tanto, pueden responder de forma autónoma. Según esta propuesta, la norma penal tiene como objetivo la evitación de determinadas conductas lesivas y para ello disuade a sus destinatarios de su realización, pero tal efecto intimidatorio sólo puede conseguirlo cuando el sujeto no ha comenzado todavía a actuar, por lo que el enunciado de la norma sería del tenor “*tú no debes realizar un comportamiento del que se puede derivar un perjuicio a terceros*”<sup>32</sup>. De ello se deriva, como consecuencia necesaria, que la imputación sólo puede recaer sobre la realización de la conducta, pues solo ello depende de la voluntad del sujeto, mientras que lo que se encuentre más allá de esta secuencia –la producción del resultado lesivo o, en el caso de la participación, la posterior actuación del autor- no forma parte de la prohibición pues tal elemento resultativo ya sólo depende del azar, no del sujeto activo<sup>33</sup>.

Partiendo de lo expuesto y aplicándolo al terreno de la codelincuencia, se puede afirmar que cada uno responde de las consecuencias que se derivan de su actuación, es decir, por su propio injusto, de manera que la participación supone la lesión de una norma de conducta propia y no ajena<sup>34</sup>, lo que significa que también el partícipe infringe una norma y que, por tanto, realiza por su parte un hecho punible, sin que para ello tenga que depender de que, a su vez, el autor principal dé comienzo a la ejecución<sup>35</sup>, infringiendo el autor y el partícipe normas de conducta diversas<sup>36</sup>.

De este modo, la norma de la inducción prohíbe hacer surgir en un tercero la resolución de cometer un hecho susceptible de lesionar un bien jurídico, y la complicidad, ayudar en un hecho ajeno a partir del cual se pueda ocasionar dicha lesión<sup>37</sup>. De ello se deriva, por una parte, que el ilícito de la participación queda consumado tan pronto el sujeto, habiendo inducido o ayudado al autor principal, pierde el control sobre el posterior curso causal, es decir, sobre la posibilidad de evitar la comisión del hecho por parte del autor principal y, por otra, que si bien la norma de la

---

<sup>32</sup> SANCINETTI, M, Injusto penal y participación, Buenos Aires, 1997, p. 23.

<sup>33</sup> SANCINETTI, M, Injusto penal, 1997, p. 28.

<sup>34</sup> RENZIKOWSKI, Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, Tübingen 1997, pp. 68-69.

<sup>35</sup> SANCINETTI, M, Injusto penal, 1997, pp. 67-68.

<sup>36</sup> RENZIKOWSKI, Restriktiver Täterbegriff, 1997, p. 122; GÓMEZ MARTÍN, Los delitos especiales, 2006, pp. 76-77, si bien en pp. 413-414 niega que la responsabilidad del partícipe sea autónoma con respecto a la del autor, pues aun cuando el partícipe responde por su propio injusto, distinto al del autor, ello no significa que exista autonomía entre ellos.

<sup>37</sup> SANCINETTI, M, Injusto penal, 1997, pp. 68-69.

participación toma como referencia el mismo bien jurídico que la del autor, en el primer caso se produce un adelantamiento al instante anterior al del comienzo de la ejecución<sup>38</sup>.

A su vez y como corolario de lo argumentado, se puede afirmar que la participación debe ser punible con independencia de que se produzca el comienzo objetivo de la ejecución del hecho principal, pudiéndose prescindir por ello de la accesoriadad externa<sup>39</sup>, y, por tanto, “no hay una <<obra en común>> que fundamente la responsabilidad de cada uno; la obra en común es sólo el *producto* de la reunión de los aportes individuales. La medida en que *cada uno* es responsable de esta “reunión” es justamente la medida de su *contribución*; pero para juzgar la medida de su contribución sólo falta evaluar lo ilícito del aporte propio, cualquiera que haya sido el disvalor propio del hecho de cada uno de los demás participantes”<sup>40</sup>.

Desde otra perspectiva pero también al margen de la accesoriadad, se afirma que la problemática de la autoría y la participación no debe resolverse a partir del concepto de autor, sino de la relación que permite vincular un hecho injusto con una determinada persona<sup>41</sup>. En este sentido, en lugar de hablar de autoría y participación se prefiere emplear el término “intervención”, en tanto que la misma supone que el sujeto se encuentra vinculado con el bien jurídico, aunque dicha vinculación pueda ser de intensidad diversa, de manera que tanto el autor como el partícipe se encuentran en estrecha relación con el bien jurídico, pero mientras el primero interviene con mayor peso, el segundo lo hace de una forma menos importante<sup>42</sup>. De este modo, la distinción entre autoría y participación precisa, ante todo, fundamentar la responsabilidad de determinados sujetos por un mismo hecho delictivo y, a continuación, una vez afirmada tal responsabilidad, determinar cuál es el título de responsabilidad que debe asignarse a cada uno de los intervinientes (como autores o partícipes)<sup>43</sup>.

Según este planteamiento, los tipos de la Parte Especial del Código Penal no describen la conducta del autor sino que se limitan a describir riesgos penalmente intolerables, por lo que en base a ello también la conducta de los partícipes se encuentra abarcada por el tipo, no como modalidades de intervención sino como creación conjunta

---

<sup>38</sup> SANCINETTI, M, *Injusto penal*, 1997, pp. 72 y 74.

<sup>39</sup> SANCINETTI, M, *Injusto penal*, 1997, p. 77.

<sup>40</sup> SANCINETTI, M, *Injusto penal*, 1997, p. 89.

<sup>41</sup> ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices*, 2007, p. 16.

<sup>42</sup> ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices*, 2007, pp. 17-18.

<sup>43</sup> ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices*, 2007, p. 21.

de un riesgo típico<sup>44</sup>. Y se creará un riesgo desaprobado de intervención en el delito, bien cuando se infrinjan deberes específicos previstos por el ordenamiento jurídico para evitar que una cierta clase de aportaciones sean aprovechadas por otro para cometer un delito (prohibición de venta de armas o deberes impuestos a los notarios para evitar el blanqueo de capitales), o bien cuando, no existiendo tales deberes, se lleve a cabo una conducta inequívoca de adaptación o acoplamiento al hecho que va a ser cometido<sup>45</sup>.

De lo anterior se deduce, sin dificultad alguna, que la responsabilidad de cada uno de los intervinientes es personal, propia e independiente, por lo que la accesoriedad pierde todo su sentido. En concreto, la accesoriedad cuantitativa se convierte en un requisito general de la atribución de responsabilidad aplicable a todo interviniente, en el sentido de que si no se ha pasado a la fase ejecutiva no puede haber responsabilidad penal, sencillamente porque la conducta no ha generado la suficiente lesividad como para merecer un reproche penal. Y en lo que concierne a la accesoriedad cualitativa, deja también de ser relevante ya que es el hecho, en sí mismo considerado y no la conducta del otro interviniente (autor), el objeto de referencia de la imputación<sup>46</sup>.

Desde este planteamiento y según se vio anteriormente, sólo los delitos de infracción de deber son auténticos delitos especiales, y como éstos sólo se refieren a un círculo restringido de personas, el “extraneus” que participe en uno de tales delitos deberá quedar impune, pues al no pesar sobre él deber alguno no estaría realizando injusto propio alguno y, por tanto, no alcanzaría el primer nivel de imputación<sup>47</sup>. Por su parte y en relación a los supuestos en los que el “intraneus” induzca al “extraneus” a la realización del delito especial, será aquél el único autor del hecho pues, infringiendo el especialísimo deber que sobre él recaía, configura el hecho típico en su totalidad, aun cuando para ello se haya valido de un particular quien, por su parte, quedará impune por las razones antes expuestas, es decir, porque no infringe deber alguno<sup>48</sup>.

### **3. La actuación en lugar de otro**

Muy relacionada con esta última orientación, se encuentra la solución basada en el actuar en lugar de otro. Esta propuesta ha sido desarrollada con profundidad en nuestra doctrina por GRACIA MARTÍN, quien expone su teoría a partir de una argumentación que

<sup>44</sup> ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices*, 2007, pp. 21-22.

<sup>45</sup> ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices*, 2007, pp. 26-27.

<sup>46</sup> ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices*, 2007, pp. 28-29.

<sup>47</sup> ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices*, 2007, pp. 134-135.

<sup>48</sup> ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices*, 2007, p. 139.

tiene su origen en la particular relación existente entre el sujeto activo y el bien jurídico en los citados delitos.

Así, comienza declarando que, a diferencia de los delitos comunes –que él denomina “delitos de dominio”- en los que los bienes jurídicos pueden ser atacados por cualquiera, en los especiales la estructura social de los bienes jurídicos por ellos tutelados determina que sólo un espectro reducido de personas pueda atacarlos<sup>49</sup>, por lo que en tales casos se habla de una relación de “dominio social” en virtud del cual el sujeto específico al que se refiere el tipo tiene capacidad para lesionar el bien jurídico y, además, posee el dominio sobre la protección del bien jurídico<sup>50</sup>. Partiendo de lo expuesto, la persona que carece de las condiciones personales para ser autor del delito especial puede, no obstante, tener acceso al dominio social típico a través de la realización de la conducta prevista para el sujeto cualificado, en cuyo caso y en virtud de ello el *extraneus* asume fácticamente su inserción en un ámbito específicamente establecido por la posición de autor que él ha decidido asumir. Aplicando lo expuesto al caso que nos ocupa, cuando el *intraneus* induce al *extraneus* para que ejecute el hecho típico, éste podrá ser considerado como autor directo del delito especial con base en la figura del “actuar en lugar de otro”, y el *intraneus* calificado como inductor<sup>51</sup>.

La fundamentación legal de esta vía se encontraría en el art. 31.1 CP, según el cual quien “actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal de otro, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre”<sup>52</sup>.

La actuación en lugar de otro fue introducida por vez primera en nuestro ordenamiento, a través de la reforma parcial y urgente del Código Penal operada por la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, en la que se incluyó el art. 15 bis, con la siguiente dicción:

“El que actúe como directivo u órgano de una persona jurídica o en representación legal o voluntaria de la misma, responderá personalmente, aunque no concurren en él y sí en la entidad en

---

<sup>49</sup> El actuar en lugar de otro en Derecho Penal, I, Teoría general, Prensas Universitarias de Zaragoza, 1985, pp. 350-351.

<sup>50</sup> El actuar, 1985, pp. 356-357.

<sup>51</sup> El actuar, 1985, pp. 115-ss.

<sup>52</sup> Vid, HERNÁNDEZ PLASENCIA, La autoría mediata en Derecho Penal, Comares, Granada 1996, p. 318.



cuyo nombre obrare, las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo.”

La finalidad que guió al legislador a introducir dicho precepto era muy concreta, atajar la delincuencia de naturaleza económica perpetrada al amparo de entidades colectivas, y así lo destaca de forma expresa en la Exposición de Motivos, cuando establece que “la urgencia de la reforma impide abordar con el necesario rigor el problema de los llamados delitos económicos. Mas no por eso se oculta la gravedad de la situación actual, en la que se aprecia cómo dentro de una importante crisis económica se cometen además abusos frente a los que el Derecho Penal no tiene sino los muy angostos preceptos del Código vigente, en modo alguno concebido para tales hechos. El problema se agrava cuando de individualizar la responsabilidad se trata, de ordinario en el marco de la actividad de las personas jurídicas o de las actuaciones en nombre de otro. La rigurosa interpretación de la autoría en función de los tipos de delito dificulta la imputación de responsabilidad en aquellas figuras de delito cuya aplicación requieren que el autor reúna determinadas condiciones, cualidades o relaciones. Los esfuerzos que en busca de la justicia material ha realizado la jurisprudencia en este terreno han puesto de manifiesto la necesidad de que nuestras leyes penales incorporen una regla especial, la que aparece en el nuevo art. 15 bis”.

Como puede comprobarse, pues, el citado precepto nace con vocación de ser aplicado estrictamente en el ámbito de la delincuencia económica perpetrada en el seno de las personas jurídicas<sup>53</sup>, por las lagunas de punición que se planteaban cuando la persona física responsable de la conducta, no reunía los requisitos específicos exigidos por el tipo penal correspondiente<sup>54</sup>. Así, por ejemplo, en los delitos contra la Hacienda Pública, sujeto activo solo puede ser el obligado tributario, por lo que en el caso del Impuesto de Sociedades sólo la persona jurídica reúne las condiciones necesarias para ello, pero es el gerente o directivo –persona física– el que realiza las actuaciones encaminadas para que la entidad eluda el pago del referido tributo. En tal supuesto, la persona física que ha ejecutado la conducta no puede ser autor, ya que no tiene la condición de obligado tributario, la cual sólo concurre en la persona jurídica que, como

---

<sup>53</sup> STC 253/1993, de 20 de julio, en referencia al citado art. 15 bis CP, declaraba que el mismo tiende a evitar “la impunidad en que quedarían las actuaciones delictivas perpetradas bajo el manto de una persona jurídica por miembros de la misma perfectamente individualizables, cuando, por tratarse de un delito especial propio, es decir, de un delito cuya autoría exige necesariamente la presencia de ciertas características, éstas únicamente concurren en la persona jurídica y no en sus miembros integrantes”.

<sup>54</sup> GÓMEZ MARTÍN, V, Los delitos especiales, 2006, pp. 360-361.

tal, no podía delinquir<sup>55</sup>. Pues bien, precisamente para evitar la injusta situación de impunidad que se deriva de ello, se introduce el citado art. 15 bis, el cual, sin embargo, sólo se refiere a la actuación en nombre de personas jurídicas, no de personas físicas.

Hubo que esperar a la promulgación del actual CP de 1995, para que en su art. 31 se incluyera, entre las actuaciones en nombre de otro, las llevadas a cabo por cuenta de una persona física, de manera que la redacción primitiva se mantuvo añadiendo la expresión “o en nombre o representación legal o voluntaria de otro”. De este modo, es ya posible resolver los supuestos problemáticos que nos ocupan a través de esta vía, pues si bien el precepto sigue referido a delitos de contenido eminentemente económico o de índole similar, se incluyen en su ámbito de aplicación los casos en que la actuación se realiza en nombre o por cuenta de una persona física. En este sentido, la doctrina alemana, en referencia al párrafo 14 del Código Penal Alemán, muy parecido a nuestro actual art. 31, ha puesto de manifiesto que las características personales especiales a las que alude el precepto del texto punitivo alemán son en exclusiva los elementos referidos a la función social (deudores, empresarios, personas obligadas a guardar fidelidad), pero no, en cambio, a los elementos altamente personales, ya que los mismos no pueden gravar al representante sin no concurren en él<sup>56</sup>.

Conforme a lo expuesto y teniendo en cuenta que nos encontramos con delitos especiales en los que la autoría se fundamenta en la específica vinculación entre el autor y el bien jurídico, cuando se cometan por un *extraneus*, éste podrá ser condenado como autor directo, mientras que el *intraneus* lo será como inductor. Así lo ha reconocido de modo expreso la jurisprudencia, en concreto, en la STS 29 de mayo de 2008, al declarar que “el art. 31 supone la extensión del círculo de autores de los delitos especiales propios cuando el extraneus obra en representación del intraneus”. Del mismo modo, la STS 30 de abril de 2003 manifestaba que el tan repetido artículo venía a dar respuesta “a la posibilidad de que, en un delito especial propio como el delito contra la Hacienda Pública, el «extraneus», esto es, el sujeto en que no concurre la cualificación necesaria, para realizar la acción típica, sea inductor o cooperador necesario del «intraneus»”.

---

<sup>55</sup> En la actualidad, este problema ya no se plantea, desde el momento en que la reforma del Código Penal establecida por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, introduce de forma expresa la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

<sup>56</sup> OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E, Las actuaciones en nombre de otro, ADPCP 1984, p. 63; GÓMEZ MARTÍN, V, Los delitos especiales, 2006, p. 362, estima que el citado precepto sólo resultaría aplicable para los delitos especiales consistentes en la infracción de determinados deberes jurídicos especiales derivados del ejercicio de ciertas funciones sociales, pero no para aquéllos en los que la restricción del círculo de autores tiene otro fundamento.

#### 4. Toma de posición

Descartada la posibilidad de aplicar la autoría mediata, los supuestos en examen deberán ser resueltos a través de alguna de las otras dos vías analizadas: la disociación del título de imputación o el actuar en lugar de otro. Como ya se ha visto, las consecuencias para el *extraenus* son radicalmente diversas, pues mientras en el primer caso será absuelto, en el segundo responderá en concepto de autor, relegando al *intranus* a la condición de mero inductor.

Ante esta disyuntiva y conforme a la regulación legal contenida en el art. 31 CP, parece obligado decantarse por la actuación en lugar de otro, de manera que el *extraneus* que realiza materialmente la conducta por encargo del sujeto cualificado, responderá como autor del correspondiente tipo. Sin embargo y por lo que respecta al *intranus*, no se estima acertada su calificación como mero inductor, siendo en cambio más correcta en este punto la teoría de la disociación del título de imputación de manera que, con renuncia a la accesoriedad, el *intranus* responderá como autor directo y ello en atención al específico deber que sobre él pesa de protección del bien jurídico<sup>57</sup>.

Partiendo de esta premisa, su responsabilidad radica en no haber evitado conscientemente la lesión del referido bien jurídico, siendo intrascendente que dicha lesión se haya producido por una conducta pasiva del obligado (el funcionario no impide que un tercero destruya los documentos) o por un comportamiento activo (el funcionario le pide a su amigo la destrucción). Siendo el funcionario garante de la incolumidad de los documentos, su responsabilidad como autor surge de forma directa, del mismo modo que el padre es autor directo por la muerte de su hijo recién nacido, tanto si la muerte se ha producido por una conducta omisiva (no alimentarlo) como activa (induciendo a otro a quitarle la vida).

Y cuanto se trata de la situación inversa, esto es, el *extraneus* participa en un delito especial, entonces rige con toda su intensidad la accesoriedad, respondiendo aquél del mismo delito. En tales casos, es posible afirmar que existe una norma que prohíbe a los particulares realizar conductas que favorezcan la ejecución, por parte del correspondiente sujeto activo, de un delito que sólo puede cometer éste<sup>58</sup>, debiendo en

<sup>57</sup> ROXIN, Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal (traducido de la 7ª ed. alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo), Marcial Pons, Madrid 2000, pp. 394-395.

<sup>58</sup> STS 21-12-1999: “La ley no impide la punibilidad del <<extraneus>> como participe en el delito propio del <<intranus>>. Esta solución tiene una clara fundamentación normativa: el participe no infringe la norma que respalda el tipo penal de la parte especial, sino la prohibición contenida en las

tal caso ser condenado el particular como partícipe del correspondiente delito especial, con la penalidad al mismo asignada. No obstante, para evitar la exasperación punitiva que la aplicación de la pena prevista para el delito especial podría suponer para el partícipe no cualificado, acertadamente el art. 65.3 CP, introducido tras la reforma operada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, establece la facultad de suavizar la respuesta punitiva, al disponer que “cuando en el inductor o en el cooperador necesario no concurren las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor, los jueces o tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a la señalada por la ley para la infracción de que se trate”.

El citado precepto viene a confirmar la corrección de la postura expuesta al restringir, únicamente a los delitos especiales la posibilidad de rebajar la pena<sup>59</sup>. De igual modo y también en corroboración de lo expuesto, cobra pleno sentido lo dispuesto en el número primero del mencionado artículo, en virtud del cual “las circunstancias agravantes o atenuantes que consistan en cualquier causa de naturaleza personal agravarán o atenuarán la responsabilidad sólo de aquéllos en quienes concurren”, lo que hace clara referencia a los delitos agravados por la condición personal del sujeto activo, en los que el bien jurídico puede ser lesionado por cualquiera, pero en caso de que el actuante se encuentre vinculado con el mismo por alguna circunstancia de naturaleza personal, sólo a él le afectará y no, en cambio, a los demás, que responderán por el correspondiente delito común.<sup>60</sup>

\* \* \* \* \*

---

reglas de la participación que amplían el tipo penal. Todas las explicaciones del fundamento de la participación conducen sin ninguna fricción a esta solución. Si este fundamento se ve en la participación en la ilicitud es evidente que la ilicitud del hecho del autor, es el resultado de la conducta del partícipe que en forma mediata ataca el mismo bien jurídico; si el fundamento de la punibilidad del partícipe se viera en la causación del ilícito, la situación no sería en modo alguno diferente, pues el partícipe contribuye a la producción del acto ilícito”.

<sup>59</sup> STS 16-7-2009, declara que el particular que participe en un delito de falsedad documental cometido por autoridad o funcionario público, deberá ser sancionado conforme al tipo previsto para el sujeto cualificado y no, en cambio, por la falsedad cometida por particulares, en tanto ello implicaría la ruptura del título de imputación.

<sup>60</sup> MORENO Y BRAVO, E, Autoría en la doctrina del Tribunal Supremo (Coautoría, autoría mediata y delitos impropios de omisión), Dykinson, Madrid 1997, p. 96: “Partimos de entender que en estos delitos especiales el fundamento de la agravación es la relación personal del autor con el ofendido, que es siempre el titular del bien jurídico protegido, lo que implica que el partícipe no cualificado debe ser punible sólo por el delito común”.

## **Prof. Marta Escudero Muñoz**

Abogada Fiscal Sustituta adscrita a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.  
Prof. Asociada de la Univ. Carlos III de Madrid. Socia de la FICP.

### **~Autoría, coautoría y cooperación de necesaria en los delitos de terrorismo conforme a la legislación actual~**

**Resumen.-** En el presente estudio se lleva cabo un análisis de los delitos de terrorismo en Derecho penal español, atendiendo tanto a su contexto teórico como a su aplicación jurisprudencial, haciendo hincapié en las últimas reformas de la LO 10/95 acaecidas en la LO 5/10 de 22 de junio y la muy reciente LO 2/15 de 30 de marzo, dando una definición actual de delito terrorista, para finalmente hacer una diferenciación desde el punto de vista teórico y jurisprudencial de aquellas conductas que pueden ser incardinadas en autoría, en coautoría, cooperación necesaria o, en su caso, en complicidad.

#### **I. RESUMEN. PLANTEAMIENTO GENERAL DEL ESTUDIO**

El terrorismo es un fenómeno complejo, que puede ser analizado desde el punto de vista de la Ciencia Política, el Derecho Penal, la Sociología Criminal, la Criminología. Actualmente, debido a la nueva situación internacional y debido a las amenazas terroristas en el mundo, la legislación española se ha ido adaptando y prueba de ello es la nueva Ley en materia de delitos de terrorismo 2/15 de 30 marzo, que tiene prevista su entrada en vigor el 1 de julio de 2015. Me referiré a dicha ley y a la actual para tratar el nuevo concepto de delito terrorista y discernir las distintas posiciones jurisprudenciales sobre las diferencias entre autoría, coautoría y cooperación necesaria en relación a los delitos de terrorismo.

En el Preámbulo de la Proposición de Ley Orgánica por la que se modifica la LO 10/1995 de 23 de noviembre, del Código Penal en materia de Terrorismo que es el mismo que el de la LO 2/15 de 30 de marzo, recoge los llamamientos internacionales a fin de que las legislaciones tipifiquen conductas a la vista de la nueva situación y las necesidades legislativas. Así, la Resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas 2178, aprobada el 24 de septiembre de 2014, recoge la honda preocupación de la comunidad internacional por el recrudecimiento de la actividad terrorista y por la intensificación del llamamiento a cometer atentados en todas las regiones del mundo. En el catálogo de medidas que constituyen la parte dispositiva de esta Resolución, aparece en el punto sexto un recordatorio de la Resolución 1373 (2001), en virtud de la cual todos los Estados miembros deben velar por el enjuiciamiento de toda persona que participe en la financiación, planificación, preparación o comisión de actos de terrorismo o preste apoyo a esos actos. Tras este recordatorio, la Resolución 2178 pide a los Estados que se cercioren de que sus leyes y otros instrumentos legislativos internos

tipifiquen delitos graves que sean suficientes para que se puedan enjuiciar y sancionar las conductas terroristas que se describen, de tal forma que quede debidamente reflejada la gravedad del delito. Las acciones terroristas a las que alude detalladamente la Resolución 2178 constituyen el máximo exponente de las nuevas amenazas que el terrorismo internacional plantea a las sociedades abiertas y que pretenden poner en riesgo los pilares en los que se sustenta el Estado de Derecho y el marco de convivencia de las democracias del mundo entero.

Antes de abordar el tema jurídico, desde el punto de vista sociológico, podemos observar, si hacemos un seguimiento prospectivo de los temas de interés que preocupan a la opinión pública que española, que según el barómetro del CIS de julio de 2007<sup>1</sup>, el problema del terrorismo de E. T. A ocupaba el cuarto lugar de las preocupaciones de los españoles. Sin embargo, la sensibilidad social ha cambiado a este respecto y el año 2012 el 84% de los españoles, ve el desempleo como el principal problema, según el CIS. El terrorismo de ETA preocupa a tan sólo el 1,7%. Y en el año 2013 los principales problemas que preocupan a los españoles son la crisis económica, el desempleo y la corrupción. En la última encuesta del CIS para el años 2013, el desempleo vuelve a encabezar la lista de los problemas de España a juicio de los ciudadanos, con un porcentaje del 82,4%, un par de puntos por encima de lo que venía registrando este año pero por debajo del record de febrero de 2012, cuando llegó al 84 por ciento.

El dato, que pertenece al barómetro del Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS), es anterior al comunicado en el que ETA anunció el cese definitivo de su actividad armada. En el reciente Barómetro de julio de 2014 se coloca al problema del terrorismo en el 0,1 %, frente al paro en un 54 %<sup>2</sup>. En el mes de enero de 2015, la preocupación por los delitos terroristas cometidos por E.T.A sigue bajando y se sitúa en un problema que solo preocupa al 0,0 % de la población, es decir, parece que ha desaparecido como primer problema situándose como segundo problema en un 0,5% y como tercer problema en un 0,6% y el terrorismo internacional se sitúa como segundo problema en un 0,2% y como tercer problema en un 0,1%, preocupando a un 0,4% del total de la población española<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> [http://www.cis.es/cis/opencms/-Archivos/Marginales/2720\\_2739/2728/e272800.html](http://www.cis.es/cis/opencms/-Archivos/Marginales/2720_2739/2728/e272800.html).

<sup>2</sup> [http://datos.cis.es/pdf/Es3033mar\\_A.pdf](http://datos.cis.es/pdf/Es3033mar_A.pdf)

<sup>3</sup> [http://www.cis.es/cis/export/sites/default/-Archivos/Marginales/3040\\_3059/3050/es3050mar.pdf](http://www.cis.es/cis/export/sites/default/-Archivos/Marginales/3040_3059/3050/es3050mar.pdf).

Por ello entiendo que es una constante del legislador adecuar las necesidades existentes a la legislación vigente, y que existe una preocupación constante por adecuar las normas desde el marco punitivo a los nuevos fenómenos terroristas que surgen en la actualidad, no en vano, el delito de terrorismo se viene legislando desde el Código Penal de 1973. El CP del contenía en los artículos 260 a 263 los delitos de terrorismo, los cuales fueron sacados del CP por ley 82/1978, de 28 de diciembre, y regulados por leyes especiales, hasta la LO 3/1988, de 25 de mayo, que los devolvió al Código Penal, pasando a integrar la actual sección desde el CP 1995, con puntuales modificaciones posteriores<sup>4</sup>.

## II. EL DELITO DE TERRORISMO: LEGISLACIÓN ACTUAL

### 1. Definición de terrorismo en términos generales

Se ha tipificado como terrorismo aquellos comportamientos delictivos de grupo que producen una honda conmoción nacional<sup>5</sup>. El terrorismo implica una acción llevada a cabo por grupos no gubernamentales o por unidades secretas o irregulares, que operan fuera de los parámetros habituales de las guerras<sup>6</sup>. En el *Diccionario de la Real Academia*, se dice que terrorismo es “la sucesión de actos de violencia”.

Para A. KAPLAN, solo aquellas acciones violentas que incluyen a las víctimas entre sus objetivos pueden catalogarse como acciones propiamente terroristas. En el terrorismo, la producción, la producción de *víctimas seleccionadas* (preferentemente policías, militares, políticos, periodistas), *inintencionales* (el paseante muerto por una bala perdida) o *incidentales* (el espectador tomado como rehén para procurar la huida) forma parte del plan estratégico de sembrar el terror para aproximarse al objetivo fundamental.

Según la Confederación Española de Cajas de Ahorros, “el terrorismo no es un acto político, en cuanto que cualquiera que sea su pretensión última, constituye una forma de actuación opuesta a la política y su pacífica manera de expresarse”<sup>7</sup>.

Conforme la Ley Orgánica 2/15 de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, en materia de delitos de terrorismo, antes aludida, el terrorismo

---

<sup>4</sup>SÁNCHEZ MELGAR, J. (Coord.) Código Penal, Comentarios y jurisprudencia, Sepin, Madrid, 2004, p. 2405

<sup>5</sup>PULGAR GUTIÉRREZ, M.B, Víctimas del Terrorismo: 1964-2004, Madrid, Dykinson, 2004, pp. 21

<sup>6</sup> KAPLAN, A., La ética del Terror, en Eichelman, Soskis y Reids : Terrorism, American Psychiatric Association, Washinton, 1983, pp. 5-30.

<sup>7</sup> Vid. Cometario Sociológico, nº 31 y 32, julio-diciembre, 1991, p. 5.

actual se caracteriza por su vocación de expansión internacional, a través de líderes carismáticos que difunden sus mensajes y consignas por medio de internet y, especialmente, mediante el uso de redes sociales, haciendo público un mensaje de extrema crueldad que pretende provocar terror en la población en parte de ella y realizando un llamamiento a sus adeptos de todo el mundo para que cometan atentados.

El artículo 573 de LO 2/15 de 30 de marzo tipifica en delito de terrorismo: “1. Se considerarán delito de terrorismo la comisión de cualquier delito grave contra la vida o la integridad física, la libertad, la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, el patrimonio, los recursos naturales o el medio ambiente, la salud pública, de riesgo catastrófico, incendio, contra la Corona, de atentado y tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos, previstos en el presente Código, y el apoderamiento de aeronaves, buques u otros medios de transporte colectivo o de mercancías, cuando se llevaran a cabo con cualquiera de las siguientes finalidades:

1.<sup>a</sup> Subvertir el orden constitucional, o suprimir o desestabilizar gravemente el funcionamiento de las instituciones políticas o de las estructuras económicas o sociales del Estado, u obligar a los poderes públicos a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo.

2.<sup>a</sup> Alterar gravemente la paz pública.

3.<sup>a</sup> Desestabilizar gravemente el funcionamiento de una organización internacional.

4.<sup>a</sup> Provocar un estado de terror en la población o en una parte de ella.

2. Se considerarán igualmente delitos de terrorismo los delitos informáticos tipificados en los artículos 197 bis y 197 ter y 264 a 264 quater cuando los hechos se cometan con alguna de las finalidades a las que se refiere el apartado anterior.

3. Asimismo, tendrán la consideración de delitos de terrorismo el resto de los delitos tipificados en este Capítulo”.

## **2. Legislación nacional en materia terrorista**

La legislación existente en materia de terrorismo internacional es abundante pero dado que el tema elegido es sobre las víctimas del terrorismo en nuestro país voy a señalar como leyes más significativas las siguientes:

- Decreto-Ley 10/1975, de 26 de agosto, sobre prevención del terrorismo.



- Ley 54/1978, de 4 de diciembre, ley Antiterrorista.
- Modificación al Código Penal de 1973, ley 28/79.
- Real Decreto Ley, de 26 de enero de 1979, tipifica las conductas de apología y preparación con fines ilícitos.
- Ley Orgánica 4/1980, de 21 de mayo sobre fundadores de asociaciones con fines ilícitos.
- Ley Orgánica 3 y 4/1988, de Reforma del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.
- Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre del Código Penal, título XXII, Capítulo V Sección 2ª y sus modificaciones con la reforma 5/10 de 22 de junio y la actual modificación por Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo, en materia de terrorismo por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (que no entrará en vigor hasta el 1 de julio de 2015)

### **3. Modificaciones legislativas más importantes en materia de terrorismo**

#### ***a) Ley Orgánica 5/10, de 22 de junio por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal***

Las modificaciones de la Ley Orgánica 10/1995 han venido endureciendo las penas, como muestra de las preocupación de los distintos gobiernos ante el terrorismo, ampliando las conductas que se tipifican o dificultando las salidas penitenciarias como señala el artículo 36. 2 del Código Penal.

Con la reforma 5/10 de 22 de junio, se separa al Terrorismo de la delincuencia vinculada con la ideología, y por tanto con el asociacionismo delictivo –contrario al art. 22 y lo hace desaparecer del art. 515,2 y 516 CP a la vez que suprime el término "banda terrorista".

Conforme a la nueva ubicación y redacción, el art. 571 CP, se constituye así en una sección genérica definitoria de los caracteres que singularizan las organizaciones y grupos terroristas, y la otra sección, –arts. 572-580 CP– se destina a la concreción de las diversas actividades terroristas sancionadas, colocándolas a continuación de las organizaciones y grupos criminales –art. 570 bis, ter y quáter CP– y por primera vez, unificándolas en un mismo capítulo del CP.

Se amplían las modalidades de colaboración terrorista y se tipifica en el artículo 576 bis el delito de financiación terrorista. Continúa igual la punición del enaltecimiento de actividades y autores terroristas, así como del escarnio a sus víctimas en el mismo art. 578 CP.

Sin embargo se añade un 2º epígrafe al primer párr. del art. 579 CP que tras continuar penando la provocación, la conspiración y la proposición para la realización de cualquiera de los delitos terroristas, y cuando no quede incluido en estas resoluciones manifestadas de delito, o en otro delito terrorista con pena mayor, castiga la "distribución o difusión pública por cualquier medio de mensajes o consignas dirigidos a provocar, alentar o favorecer la perpetración de cualquiera de los delitos terroristas, generando o incrementando el riesgo de su efectiva comisión".

Novedad importante, es la nueva redacción del Art. 131.4º último párr. CP que establece que no prescriben en ningún caso los delitos de terrorismo, si hubiesen causado la muerte de una persona. En consonancia con ella, el art. 133.2º último párr. CP fija que en ningún caso prescribirá la pena impuesta en esos mismos casos.

La nueva medida post penitenciaria de libertad vigilada se establece como obligatoria, "ab initio", con las medidas concretas de entre las recogidas en el párr. 1º del art. 105 CP.

En cuanto a la posibilidad de comisión de los delitos de terrorismo por las personas jurídicas, sólo la financiación del terrorismo regulada en el art. 576 bis prevé la posibilidad de ser cometida por persona jurídica, aunque a las mismas se les aplican las consecuencias accesorias previstas en las letras b) a g) de artículo 33.7 del CP.

El terrorismo como tal es un fenómeno reciente, ya que aunque a través de la historia surgen manifestaciones de todo tipo que podríamos calificar de terroristas, se puede afirmar que el terror como método sistemático de lucha no surge verdaderamente hasta la segunda mitad del siglo XIX<sup>8</sup>.

En la actualidad el terrorismo en España ha disminuido gracias al cese definitivo de ETA, aunque otras organizaciones como Resistencia Galega han causado explosiones sin daños personales pero sí materiales, también el terrorismo islamista (Yihadismo) por parte de organizaciones como Al Qaeda mantienen en alerta a España,

---

<sup>8</sup> PULGAR GUTIÉRREZ, M. B., Víctimas, 2004, p. 30.

actualmente se han llevado a cabo múltiples detenciones por parte de la policía a estos yihadistas.

***b) Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo, en materia de terrorismo por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.***

Como he mencionado al principio de la exposición, el PP y PSOE adoptaron el pacto de tratar el terrorismo como un “asunto de Estado”, y por ello se decidió dejar fuera del proyecto de reforma general del Código Penal la regulación relativa a los delitos de terrorismo. Después de seguir un trámite parlamentario paralelo, se ha aprobado la LO 2/2015, publicada en el BOE de 31 de marzo, que no entrará en vigor hasta el 1 de julio de 2015, siendo necesario hacer referencia a la misma dado que existen modificaciones importantes y ampliaciones en relación a la autoría, pues pretende combatir singularmente el terrorismo yihadista, el cual, como señala la Exposición de Motivos de la norma, se caracteriza por haber incorporado nuevas formas de agresión, consistentes en nuevos instrumentos de captación, adiestramiento o adoctrinamiento en el odio, para emplearlos de manera cruel contra todos aquellos que, en su ideario extremista y violento, sean calificados como enemigos.

Siguiendo la Exposición de Motivos de la LO 2/15, que reproduce el Preámbulo de la Proposición de Ley aprobado por el Senado el día 23 de marzo de 2015, podemos decir que la reforma supone una amplia modificación del capítulo VII del título XXII del libro II del CP "De las organizaciones y grupos terroristas y de los delitos de terrorismo".

Este capítulo se divide en dos secciones y comprende los artículos 571 a 580.

La sección 1.ª lleva por rúbrica «De las organizaciones y grupos terroristas» y mantiene la misma lógica punitiva que la regulación vigente, estableciendo la definición de organización o grupo terrorista y la pena que corresponde a quienes promueven, constituyen, organizan o dirigen estos grupos o a quienes se integran en ellos.

La sección 2.ª lleva por rúbrica «De los delitos de terrorismo» y comienza con una nueva definición de delito de terrorismo en el artículo 573 que se inspira en la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea, de 13 de junio de 2002, de lucha contra el terrorismo, modificada por la Decisión Marco, de 28 de noviembre de 2008. La definición establece que la comisión de cualquier delito grave contra los bienes jurídicos que se enumeran en el apartado 1 constituye delito de terrorismo cuando se

lleve a cabo con alguna de las finalidades que se especifican en el mismo artículo: 1.<sup>a</sup> Subvertir el orden constitucional, o suprimir o desestabilizar gravemente el funcionamiento de las instituciones políticas o de las estructuras económicas o sociales del Estado u obligar a los poderes públicos a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo; 2.<sup>a</sup> Alterar gravemente la paz pública; 3.<sup>a</sup> Desestabilizar gravemente el funcionamiento de una organización internacional; 4.<sup>a</sup> Provocar un estado de terror en la población o en una parte de ella.

El artículo 573 bis establece la pena que corresponde a cada delito de terrorismo, partiendo de que si se causa la muerte de una persona se aplicará la pena de prisión por el tiempo máximo previsto en el Código Penal. Esta remisión hace que sea posible, en estos casos, la imposición de la prisión permanente revisable recogida en la reforma del Código Penal operada por LO 1/2015, a pesar de que sobre este punto no hubo acuerdo entre las fuerzas políticas y por ello no se ha hecho mención expresa a esta pena en el texto objeto de este análisis<sup>9</sup>.

En el resto de supuestos, las penas aumentan considerablemente. Así, en los secuestros, si no se da razón del paradero de la persona desaparecida, la prisión será de 20 a 25 años (antes de 20 a 30); si se produjera un aborto o lesiones, de 15 a 20 años (antes de 10 a 15). Como novedad recogida por primera vez en esta Ley, se agrava la pena si la víctima es un funcionario de Prisiones, equiparándolo así a los agentes policiales y a los militares

El artículo 574 establece la tipificación de todas aquellas conductas relacionadas con el depósito de armas y explosivos, su fabricación, tráfico, suministro o la mera colocación o empleo de los mismos, cuando se persigan las finalidades enumeradas en el artículo 573.1. Se recoge de manera particular la agravación de la pena (de 10 a 20 años de prisión) cuando se trate de armas, sustancias o aparatos nucleares, radiológicos, químicos o biológicos, o cualesquiera otros de similar potencia destructiva.

El artículo 575 tipifica el adoctrinamiento y el adiestramiento militar o de combate o en el manejo de toda clase de armas y explosivos, incluyendo expresamente el adoctrinamiento y adiestramiento pasivo, con especial mención al que se realiza a través de Internet o de servicios de comunicación accesibles al público, que exige, para

---

<sup>9</sup> Diario La Ley, Nº 8511, Comentario a la LO 2/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de delitos de terrorismo (BOE 31 de marzo de 2015), Sección Documento on-line, 31 de Marzo de 2015, Editorial LA LEY.

ser considerado delito, una nota de habitualidad y un elemento finalista que no es otro que estar dirigido a incorporarse a una organización terrorista, colaborar con ella o perseguir sus fines. También se tipifica en este precepto el fenómeno de los combatientes terroristas extranjeros, esto es, quienes para integrarse o colaborar con una organización terrorista o para cometer un delito de terrorismo se desplacen al extranjero. Todas estas conductas se castigarán con una pena de 2 a 5 años.

El artículo 576 establece la pena básica de prisión de 5 a 10 años y multa del triple al quíntuplo de su valor para las conductas relacionadas con la financiación del terrorismo incluyendo a quien, por cualquier medio, directa o indirectamente, recabe, adquiera, posea, utilice, convierta, transmita o realice cualquier otra actividad con bienes o valores de cualquier clase con la intención de que se utilicen, o a sabiendas de que serán utilizados, en todo o en parte, para cometer cualquiera de los delitos comprendidos en este capítulo. La tipificación incluye las formas imprudentes de comisión del delito, como la negligente omisión de los deberes emanados de la normativa sobre blanqueo de capitales y prevención de la financiación del terrorismo. Se prevé, además, la responsabilidad penal para las personas jurídicas por estos delitos.

El artículo 577 recoge la tipificación y sanción (prisión de 5 a 10 años y multa de 18 a 24 meses) de las formas de colaboración con organizaciones o grupos terroristas o que estén dirigidas a cometer un delito de terrorismo. Se contemplan específicamente las acciones de captación y reclutamiento al servicio de organizaciones o fines terroristas, agravando la pena cuando se dirigen a menores o a personas necesitadas de especial protección o a mujeres víctimas de trata.

En los artículos 578 y 579 se castiga con prisión de 1 a 3 años y multa de 12 a 28 meses el enaltecimiento o justificación públicos del terrorismo, los actos de descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas, así como la difusión de mensajes o consignas para incitar a otros a la comisión de delitos de terrorismo. La pena se agrava en el supuesto en que se cometan mediante la difusión de servicios o contenidos accesibles al público a través de medios de comunicación, Internet, o por medio de servicios de comunicaciones electrónicas o mediante el uso de tecnologías de la información, articulando, además, la posibilidad de que los jueces pueden acordar como medida cautelar la retirada de estos contenidos.

El artículo 579 bis incorpora, siempre que se den las circunstancias enumeradas en dicho precepto, las penas de inhabilitación absoluta y la novedosa pena de

inhabilitación especial para profesión u oficio educativos, en los ámbitos docente, deportivo y de tiempo libre, por un tiempo superior entre seis y veinte años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en su caso en la sentencia. Se prevé la posibilidad de atenuación de la pena a quienes hayan abandonado voluntariamente sus actividades delictivas y colaboren con las autoridades y también en el caso de que el hecho sea objetivamente de menor gravedad, atendidos el medio empleado o el resultado producido.

El artículo 580 prevé en relación a la perseguibilidad, que los delitos de terrorismo serán perseguibles en España siempre que el culpable sea español, resida habitualmente en territorio español o se encuentre en España, con independencia de que sean o no punibles en el lugar de ejecución. Asimismo, se contempla que, en todos los delitos de terrorismo, la condena de un Juez o Tribunal extranjero será equiparada a las sentencias de los Jueces o Tribunales españoles a los efectos de aplicación de la agravante de reincidencia.

Al condenado a prisión por uno o más delitos de terrorismo se le impondrá, además, la medida de libertad vigilada de 5 a 10 años, y de uno a 5 años si la pena privativa de libertad fuera menos grave. En cualquier caso, y aunque se trate de un delito que no sea grave y el condenado hubiere delinquirido por primera vez, el juez podrá imponerla atendiendo a la peligrosidad del sujeto.

Como novedad cabe destacar que el juez podrá ordenar la retirada de los contenidos o servicios ilícitos. Subsidiariamente podrá ordenar a los responsables de los servidores que retiren los contenidos ilícitos y a los buscadores que supriman enlaces que apunten a ellos. Esta medida, que tendrá que ser siempre proporcional a la gravedad del delito, podrá ser acordada por el juez de forma cautelar durante la instrucción de un caso.

### **III. AUTORÍA, COAUTORÍA Y COOPERACIÓN NECESARIA EN LOS DELITOS DE TERRORISMO**

Una vez vista la legislación vigente y la que entrará en vigor en unos meses, nos hemos de plantear las diferencias existentes entre la autoría y la cooperación necesaria en los delitos relacionados con el terrorismo pues la frontera es muchas veces dudosa, por lo que en primer lugar me referiré a los conceptos generales desde el plano de la Teoría General del delito para después enfocarlo a los delitos objeto de estudio.

## 1. Concepto actual de coautoría conforme a la STS de 16.04.10

Con relación al denominado "pactum scaeleris" la jurisprudencia de la Sala 1º del TStiene declarado que, en los delitos dolosos, la común responsabilidad de los partícipes se basa en el acuerdo entre los distintos intervinientes en la acción con la concurrencia de los siguientes elementos:

1) Que alguien hubiera dado comienzo a la ejecución del delito.

2) Que posteriormente otro u otros ensamblen su actividad a la del primero para lograr la consumación del delito cuya ejecución había sido iniciada por aquél.

3) Que quienes intervengan con posterioridad ratifiquen lo ya realizado por quien comenzó la ejecución del delito aprovechándose de la situación previamente creada por éste, no bastando el simple conocimiento.

4) Que cuando intervengan los que no hubieran concurrido a los actos de iniciación ya no se hubiese producido la consumación, puesto que, quien interviene después, no puede decirse que haya tomado parte en la ejecución del hecho (v. S de 29 de marzo de 1993);

5) que la coautoría presupone la común y unitaria resolución de todos los partícipes para llevarla a efecto, siendo esencial la unidad de conocimiento y voluntad de aquéllos como elemento subjetivo, junto al objetivo de la puesta en práctica de la acción conjunta, debiendo tener la actuación de cada uno la entidad y relevancia precisas que definan al delito (Sentencia de 14 de diciembre de 1985);

6) que la coautoría debe ir acompañada en su vertiente subjetiva por dolo directo o eventual (STS 2 de febrero de 1982 ); que el acuerdo de voluntades entre dos o más personas para llevar a efecto la realización de un plan delictivo por ellos trazado, establece entre los que se concertan un vínculo de solidaridad penal que les hace partícipes con igual grado de responsabilidad, cualquiera que sea la función o cometido que a cada uno de los concertados se le asigne (STS de 31 de mayo de 1985); y

7) que la jurisprudencia actual rompe con la idea de que la existencia de un acuerdo previo convierte a los diversos partícipes en coautores, pues conllevaría a un criterio extensivo de autor y calificaría como tal a toda forma de participación concertada, sin tener en cuenta el aporte objetivamente realizado al delito. Por este motivo, la jurisprudencia se ha acercado cada vez más a un concepto de autoría fundado

en la noción del dominio del hecho, para el que resulta decisivo, en relación a la determinación de si se ha "tomado parte directa" en la realización de la acción típica, la posición ocupada por el partícipe en la ejecución del hecho (STS de 8 de febrero de 1991).

Toda participación en la comisión del hecho delictivo -para implicar una responsabilidad criminal- ha de ser consciente y querida. Es lo que constituye el elemento subjetivo de la coautoría. El otro elemento –el objetivo-, se concreta en la ejecución conjunta del hecho criminal. Sobre esta base, diversas han sido la tesis sustentadas por la doctrina para determinar cuándo concurren ambos elementos. Así, cabe hablar de la denominada teoría del "acuerdo previo" ("pactum scealeris" y reparto de papeles), según la cual responderán como autores los que habiéndose puesto de acuerdo para la comisión del hecho participan luego en su ejecución según el plan convenido, con independencia del alcance objetivo de su respectiva participación.

Otra teoría es la del "dominio del hecho" (en cuanto posibilidad de *interrumpir* a voluntad el desarrollo del proceso fáctico), que en la coautoría debe predicarse del conjunto de los coautores; cada uno de ellos *actúa y deja actuar* a los demás, de ahí que lo que haga cada coautor puede ser imputado a los demás que actúen de acuerdo con él, lo que sin duda sucede cuando todos realizan coetáneamente los elementos del tipo penal de que se trate. Lo importante, en definitiva, es que cada individuo aporte una contribución objetiva y causal para la producción del hecho típico querido por todos. Lo único verdaderamente decisivo, en suma, es que la acción de coautor signifique un aporte causal a la realización del hecho propuesto. La doctrina habla en estos supuestos de "imputación recíproca" de las distintas contribuciones causales, en virtud de la cual todos los partícipes responden de la "totalidad" de lo hecho en común.

Por lo que a la coautoría se refiere, la doctrina de esta Sala, reiterada y pacífica, de la que puede ser exponente la sentencia de 13 de marzo de 2001 , entre otras muchas (Sentencias de 14 de diciembre de 1998, núm. 1179/1998, 14 de abril de 1999, núm. 573/1999, 10 de julio de 2000, núm. 1263/2000, 11 de septiembre de 2000, núm. 1240/2000 y 27 de septiembre de 2000, núm. 1486/2000 , entre otras), señala que la nueva definición de la coautoría acogida en el *art. 28 del Código Penal 1995 como "realización conjunta del hecho" implica que cada uno de los concertados para ejecutar el delito colabora con alguna aportación objetiva y causal, eficazmente dirigida a la consecución del fin conjunto. No es, por ello, necesario que cada coautor ejecute, por sí*



*mismo* , los actos materiales integradores del núcleo del tipo, pues a la realización del delito se llega conjuntamente, por la agregación de las diversas aportaciones de los coautores, integradas en el plan común, siempre que se trate de aportaciones causales decisivas.

La coautoría, como señala la sentencia de 27 de septiembre de 2000, núm. 1486/2000, aparece cuando varias personas, de común acuerdo, toman parte en la ejecución de un hecho típico constitutivo de delito.

Tal conceptualización requiere:

- a) De una parte, la existencia *de una decisión conjunta*, elemento subjetivo de la coautoría, que puede concretarse en una deliberación previa realizada por los autores, con o sin reparto expreso de papeles, o bien puede presentarse al tiempo de la ejecución cuando se trata de hechos en los que la ideación criminal es prácticamente simultánea a la acción o, en todo caso, muy brevemente anterior a ésta. Y puede ser expresa o tácita, lo cual es frecuente en casos como el enjuiciado en el que todos los que participan en la ejecución del hecho demuestran su acuerdo precisamente mediante su aportación.
- b) Y, en segundo lugar, la coautoría requiere *una aportación al hecho que pueda valorarse como una acción esencial en la fase ejecutoria*, lo cual integra el elemento objetivo, lo que puede tener lugar aun cuando el coautor no realice concretamente la acción nuclear del tipo delictivo. Sobre la trascendencia de esa aportación, un importante sector de la doctrina afirma la necesidad del dominio funcional del hecho en el coautor. Decíamos en la STS 251/2004, de 26 de febrero, que "cada coautor, sobre la base de un acuerdo, previo o simultáneo, expreso o tácito, tiene el dominio funcional, que es una consecuencia de la actividad que aporta a la fase ejecutiva y que lo sitúa en una posición desde la que domina el hecho al mismo tiempo y conjuntamente con los demás coautores. Esta es la ejecución conjunta a la que se refiere el Código Penal". Y se añadía que "su aportación a la fase de ejecución del delito es de tal naturaleza, según el plan seguido en el hecho concreto, que no resulta prescindible (STS 529/2005, de 27 de abril ). Se trata, pues, no tanto de que cada coautor domine su parte del hecho, sino de

que todos y cada uno dominan el hecho en su conjunto (véase STS de 3 de julio de 2006).

En este tema la STS 20-7-2001 , precisa que la autoría material que describe el *art. 28 del Código Penal* , no significa, sin más, que deba identificarse con una participación comisiva ejecutiva, sino que puede tratarse también de una autoría por dirección y por *disponibilidad potencial* ejecutiva, que requiere el conocimiento expreso o por adhesión del pacto criminal, al que se suma en la consecución conjunta de la finalidad criminal, interviniendo activa y ejecutivamente, o solamente si el caso lo requiere, en función de las circunstancias concurrentes.

En el caso enjuiciado, el dominio funcional del hecho lo está en la ideación conjunta del acto criminal, la preparación de elementos para llevarlo a cabo, incuestionablemente de forma igualmente conjunta, el dirigirse hasta el lugar de los hechos de manera combinada y de común acuerdo, con su presencia en el mismo, la unánime decisión de atentar contra la integridad física de los moradores de la vivienda, pues no otra consecuencia puede tener el lanzamiento del *cóctel* a través de una ventana para que penetrara en su interior, junto al hecho objetivo, perfectamente previsible, de que se encontraran durmiendo sus moradores, como así efectivamente se acreditó, las consecuencias tremendas de su acción, de haber penetrado el artefacto explosivo e incendiario, acciones conjuntas aunque se realizaran por un solo miembro del grupo, porque todos ellos convenían en su realización, animándose recíprocamente, y aceptando en plural las consecuencias de sus actos, y ratificándolo con su presencia en el momento del lanzamiento, que si no fue conjunto (porque físicamente no era posible), sí concurría un evidente pacto criminal y una aportación de papeles acordes, que no han de traducirse en actos ejecutivos, cuando todos ellos contribuyen de una u otra forma al fin criminal, posición doctrinal que es trasladable a muchos delitos en donde la simple presencia convierte al concurrente en coautor (vg. un atraco) aunque no realicen físicamente acto alguno ejecutivo de apropiación de bienes ajenos, con tal que exista acuerdo previo, reparto de papeles -incluso el propio acompañamiento- y dominio funcional del hecho, en el sentido de aquietamiento ante su realización sin desistir en su aportación criminal. Satisface mejor la teoría del dominio funcional del hecho el fundamento de la autoría conjunta, que la comisión por omisión, por estar los implicados en situación de garante, ante un riesgo previo creado por el autor (*art. 11,b del Código penal*), sobre todo en los delitos de realización instantánea, siendo la

comisión por omisión más propia de los delitos permanentes, todo ello sin perjuicio de su aplicación en casos puntuales a los primeros delitos.

**a) *Teoría de las desviaciones posibles***

En la Sentencia de este Tribunal Supremo nº 1500/2002 de 18 de septiembre, con carácter general establece que, "aunque admitiéramos que el «pactum sceleris» entre los acusados se limitara al apoderamiento del dinero de la víctima mediante una acción meramente intimidatoria, lo cierto es que el supuesto examinado se inscribe en el ámbito de la llamada teoría de las desviaciones previsibles, reiteradamente aplicada por esta Sala al examinar la cuestión de la comunicabilidad de la responsabilidad por la muerte o las lesiones producidas a la víctima del acto depredatorio por uno de los integrantes del robo. A este respecto, la jurisprudencia de este Tribunal ha establecido que «el previo concierto para llevar a término un delito de robo con violencia o intimidación que no excluya «a priori» todo riesgo para la vida o la integridad corporal de las personas, responsabiliza a todos los partícipes directos del robo con cuya ocasión se causa una muerte o unas lesiones, aunque sólo alguno de ellos sean ejecutores de semejantes resultados personales», pues el partícipe no ejecutor material del acto homicida o lesivo que prevé y admite del modo más o menos implícito que en el «iter» del acto depredatorio pueda llegarse a ataques corporales, cuando menos se sitúa en el plano del dolo eventual, justificándose tanto en el campo de la causalidad como en el de la culpabilidad su responsabilidad en la acción omisiva o lesiva (SSTS de 31 de marzo de 1993, 18 de octubre y 7 de diciembre de 1994, 20 de noviembre de 1995 y 20 de julio de 2001).

Así en la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 1995 se indica que no se excluye el carácter de coautor en los casos de desviaciones de alguno de los partícipes del plan inicial, siempre que dichas desviaciones tengan lugar en el marco habitual de los hechos emprendidos, es decir, que de acuerdo con las circunstancias del caso concreto, no quepa considerar imprevisibles para los partícipes.

**b) *Requisitos de la coautoría aditiva***

En efecto, la coautoría aparece caracterizada, como hemos señalado, desde el plano subjetivo, por una *decisión conjunta de los autores que permite engarzar las respectivas actuaciones enmarcadas de una división de funciones acordadas*. Desde el plano objetivo, las acciones de los coautores deben estar enmarcadas en fase de

ejecución del delito. Las SSTS 29-3-1993, 24-3-1998 y 26-7-2000, han admitido como supuesto de coautoría, lo que se ha denominado participación *adhesiva o sucesiva* y también coautoría *aditiva*, que requiere la concurrencia de los siguientes elementos:

1) Que alguien hubiera dado comienzo a la ejecución del delito.

2) Que posteriormente otro u otros ensamblen su actividad a la del primero para lograr la consumación del delito cuya ejecución había sido iniciada por aquél.

3) Que quienes intervengan con posterioridad ratifiquen lo ya realizado por quien comenzó la ejecución del delito aprovechándose de la situación previamente creada por él, no bastando el simple conocimiento.

4) Que cuando intervengan los que no hayan concurrido a los actos de iniciación, no se hubiese producido ya la consumación, puesto que, quien, interviene después, no puede decirse que haya tomado parte en la ejecución del hecho.

**c) *Dominio funcional del hecho positivo y negativo***

Por último y en relación a la coautoría es de referir que TS tiene declarado que es preciso para hablar de coautoría que exista un acuerdo previo entre todos los intervinientes en el hecho delictivo, o al menos, en los casos de *coautoría aditiva*, que conocido el plan criminal por uno de los intervinientes, decida unirse a la ejecución del hecho delictivo bajo el presupuesto de que éste aún no se hubiese consumado.

No obstante esta postura extensiva de la autoría se ha visto matizada en el sentido de exigirse además la concreta actuación en fase ejecutiva que no sea meramente auxiliar, bastando para reputarse coautor el que pueda afirmarse que el sujeto tenía el dominio funcional del hecho, es decir, que pudiera decidir el cómo y el cuándo del acontecer típico, bastando el mero dominio funcional del hecho, entendido como dominio negativo, en virtud del cual el plan del autor o el “*pactum sceleris*” previo se desbarataría con la retirada de la aportación del sujeto.

## **2. La cooperación necesaria. Estudio de las distintas teorías existentes**

En cuanto a la cooperación necesaria como coautoría señala que es una actuación adyacente imprescindible: "El cooperador necesario no realiza la actividad comprendida en el tipo, pero sí otras adyacentes imprescindibles o necesarias para la producción del resultado delictivo propuesto" .

Lo diferencia de la complicidad pues esta es "Es una participación accidental en que se realiza una actividad secundaria, coadyuvante, auxiliar, accesoria, subalterna o periférica, caracterizando los actos del cómplice como no imprescindibles para la obtención del resultado, pero sí dotados de cierta relevancia y eficacia, pues de lo contrario serían impunes"

Las diferencias con la complicidad las aporta la "Teoría de la *conditio sine qua non*": "Es autor todo el que pone una causa sin la que el resultado no se hubiera producido, diferenciándose la causa (autoría) de la condición (complicidad), evitándose así la teoría de la equivalencia de las condiciones, que es insuficiente para fundamentar la distinción entre autoría y complicidad

La "Teoría del dominio del hecho" señala: "La posibilidad de dejar correr o de interrumpir la realización de la acción típica es lo que distingue la autoría y la complicidad, la cual queda relegada a los simples actos de ayuda sin participación en la decisión y sin dominio final del hecho.

Y, la "Teoría de los bienes escasos, conforme a la cual: "Se toman en consideración las aportaciones necesarias para el resultado, teniendo en cuenta el criterio de la escasez de medios, y así toda actividad claramente criminal que, por serlo, el ciudadano corriente no está dispuesto a llevar a cabo, es escasa y constitutiva de cooperación necesaria si, además, es causal para el resultado y supone la remoción de un obstáculo serio para la comisión del delito.

El criterio jurisprudencial preponderante viene conjugando los anteriores criterios, sin exclusividad de ninguno de ellos, aunque con cierta preferencia de la doctrina de los bienes escasos, prestando una atenta consideración a la eficacia y poderío causal de la acción de auxilio.

Por último, la cooperación necesaria se diferencia con la complicidad en que la complicidad se entiende como participación delictiva que requiere el concierto previo por adhesión "pactum sceleris" en la conciencia de la ilicitud del acto proyectado (conciencia sceleris), el denominado "animus adiuvandi" o de voluntad de participar contribuyendo a la consecución de un acto conocidamente ilícito y finalmente la aportación de un esfuerzo propio, de carácter secundario o auxiliar, para la realización del empeño común (STS 449/06 de 17.04 y 224/07, 19.03)

Lo define el artículo 29 por oposición al concepto de autor. Es cómplice quien colabora pero no autor y por tanto ni ejecuta el hecho típico antijurídico ni por tanto tiene el dominio del hecho; ha puesto una colaboración prescindible para la realización de áquel. Es un facilitador de la acción de los autores con quien comparte del dolo porque su acción denota el conocimiento de la actividad delictiva a la que presta su colaboración y su propio aporte, sólo que lo hace desde fuera del núcleo de la ejecución, el cómplice es un auxiliar eficaz y consciente de los planes de los ejecutores materiales y lo hace de una manera facilitadora pero no esencial ni nuclear (STS 933/09, 24-07).

### **3. Supuestos de autoría en los delitos relacionados con el terrorismo**

La jurisprudencia del Tribunal Supremo y la Audiencia Nacional, han venido aplicando los distintos criterios expuestos en relación a la autoría y participación en relación a delitos relacionados con el terrorismo que venimos a sistematizar.

Y así, estima que debe considerarse autores, (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Sentencia num. 23/2013 de 15 marzo, a la vista de la prueba que se practicó en el plenario, en el caso que exponemos que en que el comando de ETA que asesinó a un empresario vasco mediante tres tiros en la cabeza, en el marco de su lucha en contra del tren de alta capturaron y retuvieron al testigo protegido a fin de poder utilizar su vehículo en el atentado y le retuvieron durante cerca de cuatro hasta la finalización de su acción criminal. Entiende el Tribunal que “en la ejecución se produjo una distribución de papeles entre los intervinientes de forma que la sustracción del coche y su posterior destrucción, la detención de su propietario y la ejecución del atentado contra el señor José obedecieron a un plan preconcebido del que todos los intervinientes participaron realizando cada uno de ellos una aportación imprescindible para su ejecución, En lo que hace al acusado Anton ha resultado acreditado que vigilaba al conductor detenido mientras otros miembros del comando, en el vehículo sustraído al citado testigo, se dirigían a donde esperaban encontrar al señor José , le disparaban y acababan con su vida. Se trata por lo tanto de un supuesto de coautoría, de realización conjunta de todos los hechos delictivos en la que cada uno de los coautores realiza una aportación objetiva, causal y eficazmente dirigida a la consecución del fin conjunto Es por ello que todos los que actuaron conjuntamente son coautores de los delitos cometidos. Anton tenía en definitiva un dominio del hecho que conocía y al que prestó una cooperación eficaz para su perpetración”.

Una sentencia relevante que estudia los supuestos de autoría conjunta, mediata e

inmediata y de complicidad es la del TS (Sala de lo Penal) Sentencia num. 2084/2001 de 13 diciembre que entien de que existe autoría mediata en la ejecución, al servirse de otros, para producir explosión en cuartel de la Guardia Civil y Atentado causando la muerte perteneciendo a grupos terroristas y de complicidad al trasladar información sobre cuartel de la guardia civil a responsable de comandos ilegales de ETA, sin perjuicio de que esa información fuese comprobada por el comando que utilizó explosivo contra el citado cuartel. En relación a la autoría directa mantiene que: En cuanto a los denominados informes periciales de la Guardia Civil, con independencia de su naturaleza procesal, de la que nos ocuparemos más adelante, tampoco pueden constatar el error. En efecto, aun partiendo de que se trate de verdaderos dictámenes periciales, para alcanzar valor casacional «ex» artículo 849.2 LECrim es preciso que sus conclusiones sean vinculantes para el Tribunal. Como reitera la Jurisprudencia de esta Sala la prueba pericial puede incluirse en el presente supuesto siempre y cuando se dé la existencia de un único o varios dictámenes periciales absolutamente coincidentes, sin que existan otras pruebas sobre los hechos que constituyen su objeto, de forma que la Audiencia no disponga de otros medios que le permitan apreciar divergencias o desviaciones capaces de contradecir lo constatado en aquéllos, siempre que el Tribunal haya omitido los mismos o introducido en la premisa histórica conclusiones divergentes o contradictorias sin expresar motivación alguna de ellas (SSTS de 21-11-1999, 8-2 y 1-3-2000). Sin embargo, es la propia conclusión acerca de la participación como cómplice del recurrente la que pone de relieve la inexistencia del error (fundamento jurídico tercero), pues la Audiencia no desconoce que «fueron los propios autores materiales los que eligieron la vía concreta de colocación de los explosivos», admitiendo que «B. proporcionó la información sobre los posibles métodos para cometer los hechos», pero no habiendo quedado acreditado «hasta que punto fue esa información la misma que siguieron los autores materiales ...». En realidad lo que se está impugnando es la calificación jurídica del título de participación del recurrente (lo que se hace directamente a través del motivo noveno)”. En relación a la complicidad mantiene “ como ha señalado la Jurisprudencia de esta Sala el cómplice es un auxiliar eficaz y consciente de los planes y actos del ejecutor material, del inductor o del cooperador esencial que contribuye a la producción del delito mediante el empleo anterior o simultáneo de medios conducentes a la realización del propósito criminal, y del que participa prestando su colaboración voluntaria para el éxito de la empresa en el que todos están interesados, participación accidental y de carácter secundario que conlleva

la conciencia y voluntad de coadyuvar a la ejecución del hecho punible. Desde el punto de vista objetivo se trata de actos relacionados con los ejecutados por el autor del hecho delictivo que deben reunir los caracteres de mera accesoriedad y periféricos; y desde el subjetivo, consiste en el conocimiento al que nos hemos referido más arriba (SSTS 8-2-1984 , 8-11-1986 , 16-3 y 12-5-1998 ó 24-4-2000 ). La complicidad, en síntesis, supone una forma de participación que consiste en la intervención en un hecho ajeno mediante la aportación de una determinada conducta que no se constituye en causa condicionante del resultado y sí supone un favorecimiento eficaz del hecho. La cuestión trascendental no es otra, tal como se plantea por el recurrente, que la de la eficacia de su aportación al hecho criminal. Y desde esta perspectiva es innegable la relevancia de la misma en cuanto que recibida la información por el corresponsable de los comandos ilegales fue trasladada al comando operativo «Araba» y a partir de la misma se produjo la entrada del mismo en España, previa entrega del material explosivo que iba a ser utilizado. Con independencia de que dicha información fuese «in situ» comprobada y estudiada por los miembros de dicho comando, la misma supuso el punto de arranque de la actividad criminal, de forma que su eficacia es innegable: existe un favorecimiento eficaz del hecho”.

En otro supuesto que resuelve el Tribunal Supremo, (Sala de lo Penal) Sentencia num.73/1999 de 8 marzo, en un caso de depósito de armas o municiones o de sustancias o aparatos explosivos, fabricación, tráfico, transportes y mera colocación de tales sustancias por pertenecientes a grupos terroristas colocan y hacen explotar diversos artefactos explosivos, al entender que: “... es evidente que no puede tener éxito la pretensión de que se haya infringido en la sentencia recurrida, por haberse condenado en la misma a la recurrente en concepto de autor, la norma que define las distintas modalidades de autoría, sea el art. 14 CP de 1973, sea el art. 28 CP de 1995. Hay que entender, por el contrario, que dichas normas -concretamente, el art. 28 CP vigente que ha sido el aplicado según hemos visto- han sido correctamente interpretadas y aplicadas al considerar a quien hoy recurre autora de los hechos enjuiciados. Así hay que afirmarlo no sólo porque en la declaración probada los tres procesados, sin distinción, son designados siempre como sujetos de las acciones de planificación, preparación y ejecución -«eligieron los lugares», « se dirigieron a los lugares para concretar el sitio de colocación» de los explosivos, « colocaron cuatro artefactos explosivos», « llevaron los explosivos a los lugares señalados», etc.-sino porque la especificación, que igualmente



encontramos en el «factum», de los papeles encomendados a la recurrente -alquilar un piso en Pamplona y comprar un vehículo para desplazarse, todos los procesados, a los lugares donde habían decidido colocar los artefactos- le confiere inequívocamente la condición de autora de los hechos o, al menos, de cooperadora necesaria en su ejecución. Porque proporcionar a los autores materiales de unas acciones terroristas, como las que se describen en la declaración de hechos probados, un piso donde puedan planear sus actividades y refugiarse después de realizados los crímenes, y un automóvil con el que puedan tener la movilidad deseada para el traslado al lugar elegido, el transporte de los explosivos y la fuga posterior, no es una colaboración secundaria o meramente facilitadora sino una cooperación imprescindible sin la cual la actividad terrorista, apenas concebible sin el apoyo logístico de personas de absoluta confianza, muy difícilmente llegaría a concretarse en operaciones como las que han sido objeto de enjuiciamiento en la sentencia recurrida. No ha existido, en consecuencia, infracción legal de clase alguna en la calificación como autoría de la participación de la recurrente en los hechos enjuiciados, lo que nos lleva a la desestimación de este tercer motivo”.

En otros supuestos considera que no hay autoría, como en la sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Sección 3ª) Sentencia num. 10/2011 de 14 febrero, en relación con el Secretario General de PCE(r) y máximo responsable de la unitaria organización armada y miembro de la sección operativa del comando central de los Grapo entendiendo que no había indicios de participación: “como señaló la STS 180/2009, de 7 de enero de 2009 , partiendo como aquí ocurre de que el hecho fue ejecutado por el grupo terrorista GRAPO, esto es, en el seno de una organización criminal de naturaleza terrorista, caracterizada por su estructura jerarquizada y obediencia a las directrices que del mando emana a los otros integrantes del grupo: "quien decide sobre una acción sin la que el delito no se hubiere producido, es evidente que actúa con un dominio funcional del hecho que finalmente es cometido por otro. No se trata de que actúe como inductor " el que decide la actuación que debe efectuar el grupo, y el resto de los componentes, están unidos por una misma ideología patógena y dispuestos a efectuar los hechos que se le indiquen, solo necesitan la orden o autorización para actuar. En este sentido es claro que todos los que deciden y los ejecutores materiales tienen un condominio del hecho no tanto porque todos realicen o ejecuten en sentido formal todos y cada uno de los elementos del tipo penal, sino porque todos están unidos en un proyecto común concreto de naturaleza clara e

inequívocamente delictiva y todos efectúan aportes relevantes a su ejecución, de suerte que es la suma de las respectivas contribuciones al resultado el que permite que sea imputable a todos.

A todos y por lo tanto no solo a los que intervienen en el ejecución, sino a los que tienen la capacidad de decidir y de ordenar un hecho concreto se les puede imputar el hecho. Los primeros tienen un dominio funcional del hecho, los ejecutores un dominio material. Se trata en definitiva de conductas convergentes " SSTS 693/2005, de 18 de mayo o 1568/2005, de 23 de diciembre -. El tipo penal se produce por la totalidad de las acciones efectuadas de los intervinientes animados por un fin querido y compartido por todos, por lo que el resultado debe ser atribuido a todos los que pusieron su actitud al unísono de aquel fin, porque todos dominan el hecho en su conjunto " SSTS 251/2004, de 26 de febrero y 732/2006 de 3 de julio -. No puede cuestionarse la condición de autor de quien por el puesto que ocupa en la organización terrorista tiene la capacidad de decidir una concreta acción, pues es evidente que si esta decisión no se hubiera dado, el hecho no se hubiera cometido, con lo que queda patente la situación de dominio funcional que tuvo del hecho en cuanto que lo ordena y lo transmite a quienes deben de llevarlo a cabo. Es irrelevante que el objetivo esté concretado en todos sus aspectos o detalles, bastando con que se tome la decisión de atentar aunque se deje al grupo ejecutor la determinación de los detalles al llevar a cabo el atentado. "La responsabilidad" de decidir un atentado concreto lo hace partícipe como autor de las consecuencias de la ejecución de lo decidido. No se trata de arribar por esta vía el derecho penal de autor, incompatible con los postulados de un estado de derecho propio de una sociedad democrática, ni por tanto de establecer sic et simpliciter que todo jefe o responsable terrorista debe responder automáticamente de todas las acciones efectuadas por el grupo además de los ejecutores materiales, lo que se afirma es que en aquellos casos en los que se comprueba que una persona con capacidad de decisión dentro de un grupo criminal acuerda la realización de una acción armada, debe responder de ella junto a los ejecutores materiales", tesis que concuerda con la mantenida en la STS 257/2009 al señalar que "la capacidad de acción y el dominio sobre la fuente de peligro no es cuestionable en los delitos de ejecución permanente en el tiempo, como la detención ilegal, puesto que el cese puede ser ordenado en cualquier momento mientras transcurre la privación de libertad; en los delitos instantáneos, por el contrario, dependencia de si tuvo conocimiento del plan del delito y pudo intervenir antes de la

ejecución".

#### **4. Supuestos de cooperación necesaria en los delitos relacionados con el terrorismo.**

La jurisprudencia ha venido estableciendo casos concretos en los que considera cooperación necesaria, como en la sentencia de la AN (Sala de lo Penal, Sección 2ª) Sentencia núm. 29/2003 de 19 junio, que entiende que proporcionar a miembros de banda terrorista dos vehículos, habiendo colocado en uno de ellos placas de matrícula falsas, a sabiendas de que éste iba a ser empleado para la colocación de un coche-bomba, sin que se acredite que supiera que aquéllos iban a disparar contra agentes de la Guardia Civil. En esta sentencia, en el Fundamento Jurídico tercero mantiene que “De la declaración judicial sumarial, folios 214, 221, 224 y 226, ratificando con la necesaria pormenorización su declaración policial, prestada ante la Policía Autónoma Vasca obrante a los folios 159, 160, 161 y el reconocimiento fotográfico de los folios 214 y 215, todos del atestado, se desprende con claridad que el acusado robaba coches para utilizar en los atentados, que los escondía junto con otras personas en la lonja de Astrabudua, entre otros, en concreto el Fiat Tipo utilizado el día de los hechos, declaración que es congruente con la de Amanda . Que en una cita preestablecida, para realizar el atentado los miembros liberados del comando Vizcaya solicitan al acusado que les deje su vehículo Fiat Punto y que les prepare un vehículo sustraído con placas falsas, que no colocó el acusado, que hacía tiempo que había sido robado y que tenían en la lonja de Astrabudua. Sobre las 7 horas de la mañana del día del atentado el acusado Gregorio les pasa a recoger a los tres miembros liberados del comando por la C/ Euskalduna de Bilbao, llevando los miembros liberados un artefacto de unos 3 kilogramos de amonal y un paquete de amerital. El acusado que tenía acceso a la lonja les deja en ella siendo consciente del porte del artefacto explosivo, y allí les deja, prestándoles su vehículo Fiat Punto y poniendo a su disposición el Fiat Tipo robado para la acción que realizarán, abandonando el acusado el lugar, y no acompañándoles a la realización concreta de los hechos. Su conocimiento de que se iba a realizar un atentado con empleo de explosivos es claro, y su participación fue necesaria para la realización del delito de terrorismo. Aplicando el principio de "in dubio pro reo" no se puede concluir que conociera que se iban a efectuar disparos contra agentes de la autoridad, no constando suficientemente que conociera la existencia de un fusil de asalto, por lo que debemos absolverle de los delitos de atentado y asesinato”.

El Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) en la sentencia num. 456/2005 de 23 marzo considera un supuesto de cooperación necesaria en el supuesto de un asesinato terrorista en el supuesto de proporcionar información sobre las costumbres de la víctima, explicando que “como consecuencia de lo hasta aquí expresado ha de ser mantenido el *factum* de la sentencia, la cual dedica sus páginas 37 y 38 a explicar porqué la cooperación de Evaristo ha de ser considerada necesaria, incluíble en el art. 28.b) CP. Lo que se ajusta a que la actividad de ese acusado ha condicionado «el sí» del hecho, desde una perspectiva «*ex ante*» atendido el plan de autor, como bien escaso; los datos aportados por Evaristo perfeccionaron la información de que los autores disponían; véanse sts 23/07/2004 y anteriores que cita”.

Por último, en el caso 11-M (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Caso 11-M. Sentencia núm 503/2008 de 17 julio, establece como acto de colaboración el acto del traslado de vehículo a otra ciudad que había sido utilizado en el transporte de explosivos utilizados en el 11-M, sin que conociese el acusado esa circunstancia, a pesar del conocimiento de las ideas radicales y violentas de la persona que encargó el traslado y que participó en el atentado; Y como cooperador el entregar explosivos, detonadores y metralla a tercero conociendo su inclinación al uso de la violencia con esos medios que iban a ser utilizados de forma inmediata en atentado terrorista, “...La base fáctica de la condena es la labor de intermediación que se le imputa en orden a la adquisición de los explosivos por el grupo de Felipe. En el hecho probado, luego de establecer que entró en contacto en la prisión de Villabona con Luis Manuel, quien posteriormente le presentó a Carlos Daniel, se declara que fue captado como confidente policial en noviembre de 2001, y que en esas funciones comunicó la disponibilidad de unos 150 kilogramos de dinamita por parte de aquellos, llegando a obtener de éstos y a entregar a la Policía una muestra del explosivo en febrero de 2003. Desde esas fechas no volvió a aportar información sobre explosivos. Se declara probado que "estaba haciendo labores de intermediación para el suministro de detonadores y explosivos entre el grupo de Felipe y Carlos Daniel. Durante ellas, a primeros de octubre de 2003, tuvo en su poder al menos un detonador industrial proporcionado por Luis Manuel y Carlos Daniel. Este detonador le explotó cuando lo manipulaba en su domicilio junto con el procesado Carlos Antonio y les causó heridas en las manos a Alberto y en la cara a Carlos Antonio". Más adelante se declara probado que asistió a la reunión celebrada el 28 de octubre de 2003 en una hamburguesería en el barrio de Carabanchel de Madrid, a la que también asistieron

Carlos Daniel, Carlos Antonio, y Felipe, en el curso de la cual el procesado Carlos Antonio propuso a los asturianos que le suministraran 60 kilogramos de dinamita. Asimismo está presente en una reunión posterior, en noviembre, en la que no consta que se tratara de explosivos”.

Por el contrario, El TS (Sala de lo Penal, Sección 4ª) Sentencia num. 46/2010 de 23 julio considera que no puede inferirse la participación relevante y esencial del acusado en el robo y en el acto falsario enjuiciado: por ejercer funciones de «lanzadera» en las actividades de los «comandos» de ETA que albergó en su domicilio ya ha sido juzgado y condenado y así lo estableció del resultado de la prueba practicada en el acto de juicio: “El resultado de la prueba practicada no ha permitido acreditar que el acusado Casiano haya participado, bien como autor directo, bien como cooperador necesario, o bien como mero cómplice, en los hechos delictivos que le atribuye el Ministerio Fiscal”. Y en relación a la cooperación necesaria mantiene que “Por lo que se refiere a la autoría por cooperación necesaria (artículo 28 párrafo 2º letra b del Código Penal ), constante jurisprudencia (como las S.T.S. de 21-2-2001 y de 22-5-2001 ) viene conceptuando como cooperador necesario al sujeto que realiza una actividad adyacente, colateral y distinta pero íntimamente relacionada con la del autor material del delito; por tanto, ayuda al delito cometido por el autor principal mediante una actuación operativamente indispensable, conforme a la dinámica objetiva del hecho delictivo de que se trata; está integrado este concepto por un elemento subjetivo, consistente en el acuerdo previo para delinquir, y por un elemento objetivo, consistente en una aportación eficaz, necesaria, imprescindible y trascendente en el resultado producido, no requiriéndose una necesidad absoluta, sino que es suficiente una aportación difícilmente reemplazable en las circunstancias concretas de la ejecución. Como indica la S.T.S. de 15-3-2007, el Código Penal español distingue en el artículo 28 entre autores y cooperadores necesarios, aunque luego sancione ambas conductas de la misma forma; sin embargo no son idénticas, pues mientras el autor ejecuta el hecho, solo, en unión de otros o por medio de otro, el cooperador es un colaborador, que, por lo tanto, precisa de la existencia de un hecho ajeno al que aporta algún elemento relevante. La coautoría precisa de un acuerdo previo o simultáneo, expreso o tácito, unido a alguna clase de aportación objetiva y causal al hecho típico; no es, por ello, necesario que cada coautor ejecute, por sí mismo, los actos materiales integradores del núcleo del tipo, pues a la realización del delito se llega conjuntamente, por la agregación de las diversas aportaciones de los coautores,

integradas en el plan común, siempre que se trate de aportaciones causales decisivas y que exista un condominio funcional del hecho con alguna aportación al mismo en la fase ejecutoria. En cambio, la cooperación se caracteriza por la subordinación del colaborador al autor, a cuya conducta realiza alguna aportación que, sin participar del acuerdo ni suponer acto de ejecución del núcleo del tipo, coadyuva al resultado en cuanto se trata de una aportación relevante. Este aspecto relativo a la trascendencia de lo aportado permite distinguir dos tipos de colaboradores: el cooperador necesario, cuando realiza una aportación sin la cual el hecho no se habría efectuado; y el cómplice, en los demás casos. La distinción entre uno y otro no es sencilla en todos los casos. La jurisprudencia ha exigido en la configuración de la complicidad la aportación a la ejecución de actos anteriores o simultáneos, que deben caracterizarse por no ser necesarios para la ejecución, ya que ello nos introduciría en la autoría o en la cooperación necesaria, pero que, sin embargo, deben constituir una aportación de alguna relevancia para su éxito, por lo que han de ser actos no necesarios o de segundo grado; en cambio, si la colaboración fuera esencial, anterior a la ejecución o no integrante del plan global del hecho y simultánea a éste, integraría la cooperación necesaria”.

#### **IV. CONCLUSIONES**

El terrorismo en España se ha visto considerablemente disminuido desde los últimos atentados del aeropuerto de Barajas en 2006 principalmente debido a las acciones policiales y al progresivo rechazo social y político a sus acciones. También el terrorismo islamista (Yihadismo) por parte de organizaciones como Al Qaeda mantienen en alerta a España por lo que se ha hecho necesario reformar la legislación en este sentido y de ahí las reformas realizadas a la LO 10/95 por la LO 5/10 y la actual reforma 2/15.

La ampliación de la definición del delito terrorista establece que la comisión de cualquier delito grave contra los bienes jurídicos que se enumeran en el Código Penal constituye delito de terrorismo atendiendo a las finalidades que se especifican que son variadas y recogen los distintos supuestos en aras a que no haya un vacío legislativo, aumentándose considerablemente las penas.

Por otro lado, es la jurisprudencia la que, caso por caso, especifica los supuestos en lo que estamos ante autoría, coautoría, cooperación o complicidad, atendiendo a los criterios generales jurisprudenciales mantenidos para otros ilícitos.

## V. BIBLIOGRAFÍA

ALONSO-FERNÁNDEZ, F., *Psicología del terrorismo: la personalidad del terrorista y la patología de sus víctimas*, Barcelona, Ediciones Científicas y Técnicas, 1994.

ALVAREZ- GÁLVEZ, J./DÍAZ VALCÁRCEL, R., *Acerca de la responsabilidad patrimonial del estado en los daños causados por el terrorismo*, en L. L., 1895-3

BACA BALDOMERO, E., y CABANAS ARRATE, M.L., (editores), *Las víctimas de la violencia: estudios psicopatológicos*, Madrid, Triacastela, 2003.

BILBAO, G., *Víctimas del terrorismo y reconciliación en el País Vasco*, Bilbao, Bakeaz, 2007. COBO DEL ROSAL Y OTROS, *El Código Penal (con concordancias, jurisprudencia, bibliografía y anotaciones sobre su vigencia anterior y posterior a octubre de 2004)*, Bosch, Barcelona, 2004 e *Instituciones de Derecho Penal Español, Parte General*, CESES ediciones, Madrid, 2004.

DE MIGUEL, M. E., *La asistencia respecto de las víctimas, coordinadas del Departamento de Justicia*, en Eguzkilore, núm. 1462, 1987.

Diario La Ley, Nº 8511, *Comentario a la LO 2/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de delitos de terrorismo* (BOE 31 de marzo de 2015), Sección Documento on-line, 31 de Marzo de 2015, Editorial LA LEY.

ETXEBERRIA, X., *Dinámicas de la memoria y víctimas del terrorismo*, Bilbao, Bakeaz, 2007 y *La participación social y política de las víctimas del terrorismo*, Bilbao, Bakeaz, 2007.

FISCHER, H. A., *Los daños civiles y su reparación*, Madrid, Victoriano Suárez, 1928.

GARCÍA ANDRADE, J. A., *Raíces de la violencia: un estudio sobre el mundo del delito*, (el autor), Madrid, 1982.

GAROFALO, R., *Indemnización a las víctimas del delito*, Pamplona, Analecta, 2002.

HERMAN, J. *Trauma y recuperación*, Espasa Calpe, Madrid.

KAPLAN, A., *La ética del Terror*, en Eichelman, Soskis y Reids : *Terrorism*, American Psychiatric Association, Washinton, 1983.

LASARTE, C., Principios de Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones, Marcial Pons, 2007 y Manual de autoayuda para víctimas de atentados terroristas, Madrid, Asociación de Víctimas del Terrorismo, 2004.

LÓPEZ MARTÍN, P., III Congreso Internacional sobre Víctimas del Terrorismo, Valencia, 13-14 de febrero de 2006, (Coordinador de contenidos Pablo López Martín) Madrid: CEU, 2006.

MARTÍN BERISTAIN, C., Violencia, apoyo a las víctimas y reconstrucción social: experiencias internacionales y el desafío Vasco, Madrid, Fundamentos, 2004.

MENDELSÖHN. B., La victimología, Revista Francesa de Psicoanalogía, 1958.

MORENO MARTÍNEZ, J. A., (coord.), Perfiles de la Responsabilidad Civil en el nuevo Milenio, Madrid, Dykinson, 2000.

PATIÑO, J. F., Trauma por explosiones y bombas. En: <http://www.fepafem.org/guias/trauma.htm>, V., Prácticas de Medicina Legal y Toxicológica, F. Martínez, Zaragoza, 1940.fepafem.org/guias/trauma.htm, 1999.

PÉREZ, F. P., Las víctimas ante el proceso de paz en Euskadi día a día, cronología del proceso de Paz, Bilbao, Asociación para la defensa de la Dignidad Humana, 2006; Los Derechos de las víctimas y su conquista, Bilbao, Asociación para la defensa de la Dignidad Humana, 2003; Guía de atención psicológica a las víctimas del terrorismo: manual de autoayuda psicológica, Bilbao, Asociación para la defensa de la Dignidad Humana, 2003; Guía de ayuda psicoasistencial a las víctimas del terrorismo, Bilbao, Asociación para la defensa de la Dignidad Humana, 2003.

PULGAR GUTIÉRREZ, M. B., Víctimas del Terrorismo: 1964-2004, Madrid, Dykinson, 2004.

REDONDO HERMIDA, A., La Víctima del terrorismo: una reflexión jurídica, en Diario La Ley, nº 6807, Madrid, 2007.

ROIG TORRES, M., La reparación del daño causado por el delito (aspectos civiles y penales), Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.

Sánchez Melgar, J. (Coord.) Código Penal, Comentarios y jurisprudencia, Sepin, Madrid, 2004

SANMARTÍN, José, La violencia y sus claves, Barcelona, 2001, Ariel.



SANMARTÍN, José y RAINE, A., Violencia y psicopatía, Barcelona, 2000, Ariel.

SAN SEBASTIÁN, I., Los años de plomo: memoria en carne viva de las víctimas, Madrid, Temas de Hoy, 2003.

SYMMONDS, M., La victimización y el tratamiento rehabilitador, en Eichelman, Soskis y Reids : Terrorism, American Psychiatric Association, Washinton, 1983.

TORRES MINAYA, P., 11-M, Homenaje a las víctimas: testimonio de vida, Madrid, Martínez Roca, 2004.

VILLA, I., Saber que se puede: recuerdos y reflexiones de una víctima del terrorismo, Madrid, Martínez Roca, 2004

VILLALAÍN BLANCO, J. D., Lesiones originadas por explosivos. En: Rodríguez Albarrán MS, Casas Sánchez JD. Manual de Medicina Legal y Forense. 1ª edición. Editorial Colex. Madrid, 2000.

ZABALZA, R., (seud.), ¡Secuestrados!: 117 días en la encrucijada Vasca, Tafalla, Txalaparta, 1997

\* \* \* \* \*

## **Prof. Dra. Paz Francés Lecumberri**

Prof. Ayudante Dra. acredit. de Derecho Penal. Univ. Pública de Navarra. Socia de la FICP.

### **~La determinación del concepto de administrador de hecho en el art. 290 CP~**

**Resumen.-** En el trabajo se parte de un concepto simple de delito especial considerando a su vez que debe estudiarse el fundamento de la limitación del círculo de los sujetos activos. En el art. 290 CP los sujetos activos son los administradores de hecho y de derecho de una sociedad constituida o en formación y se concluye que el fundamento de acotar a este círculo a los autores se encuentra en la relación que éstos tienen con los bienes jurídicos allí tutelados – la funcionalidad del documento y el patrimonio-, porque frente a los sujetos descritos el bien jurídico protegido en este precepto se presenta vulnerable – jurídicamente- de manera exclusiva, o en otras palabras, el acceso a su afectación sólo puede darse a través de estos sujetos, pues estamos ante un delito especial propio.

La figura del administrador de derecho no trae especiales problemas y será quien tiene aceptado, inscrito y publicado su nombramiento. Mucho más problemática es la determinación del administrador de hecho. En el trabajo se considera que el concepto de administrar como los de administrador de hecho o de derecho han de tener un contenido mínimo común para todas las figuras delictivas que prevean como sujeto activo del delito a uno de ellos, por lo que su ámbito de actuación y control será el de administrar, pero que posteriormente, en atención al tipo y sobre todo al bien jurídico protegido, se deberán determinar las peculiaridades específicas propias de la figura del administrador para ese tipo. En este sentido, para el art. 290 CP se acoge un concepto mercantilista de administrador de hecho y se concluye que los únicos supuestos de administración de hecho posibles en el art. 290 CP son los de: nombramiento de un administrador sin publicidad, administradores sobre los que pesa una causa de prohibición o incompatibilidad, y administradores con cargo caducado que a pesar de esa circunstancia continúan ejerciendo la administración.

**Sumario.-** I. Introducción. La importancia del bien jurídico en los delitos especiales; II. La relevancia de la condición de administrador de hecho o de Derecho en el art. 290 CP; III. El administrador de hecho en el art. 290 CP; IV. Conclusiones.

#### **I. INTRODUCCIÓN. LA IMPORTANCIA DEL BIEN JURÍDICO EN LOS DELITOS ESPECIALES.**

Los arts. 290, 293, 294 y 295 CP recogen al administrador de hecho o de derecho de una sociedad como el sujeto activo idóneo para realizar las conductas contenidas en esos tipos delictivos. Se establece así la diferencia con respecto a los arts. 291 y 292 CP, también delitos societarios, en los cuales el administrador no está previsto como sujeto activo de la conducta sino que lo son los miembros de una Junta de accionistas o del órgano de administración de una sociedad constituida o en formación. Sin embargo, y aun con este matiz, la característica común de todos los delitos societarios es que se tratan de delitos especiales, ya sea porque el sujeto activo previsto sea el administrador de hecho o de derecho de una sociedad, o porque lo sean los miembros de una Junta de accionistas o de un órgano de administración.

Es claro que el legislador ha querido restringir el ámbito de posibles sujetos activos en los delitos societarios<sup>1</sup>; decisión que viene determinada porque, en el contexto de las sociedades, las particularidades que se presentan implican una serie de poderes que se permiten o conceden a ciertos sujetos para el funcionamiento de estos entes jurídicos y que, justamente, hacen que existan y se puedan lesionar bienes como la «funcionalidad del documento» y que otros como el «patrimonio» sean más vulnerables. Entendiendo entonces que en estos supuestos –como en general ocurre en los delitos especiales<sup>2</sup>– el acceso al bien jurídico protegido tiene singularidades que son las que llevan a establecer la tutela sólo frente a ciertos sujetos, que se encuentran en una determinada situación jurídica subjetiva (formada por la posición previa del sujeto frente al bien y por la calificación jurídica indicada en el tipo<sup>3</sup>), se dejan fuera las actuaciones de todos aquellos que no cuentan con la calificación que indica el tipo penal.

Será por tanto necesario identificar qué sujetos pueden ser considerados *intranei*, es decir, quiénes reúnen las condiciones o cualidades que el tipo exige: en este caso ser administrador de hecho o de derecho de una sociedad. Una vez delimitada esta figura, esto es, cuando se determine esa condición especial y las cualidades específicas de ese estatus, podremos definir quiénes no podrán formar parte de ese círculo de personas, que serán entonces *extranei*, pudiendo tener el rol de partícipes pero no de autores<sup>4</sup>. Así, la protección penal está limitada a aquella lesión de los bienes jurídicos que provenga de los *intranei* o sujetos calificados, independientemente de que también, en algunos casos, un *extraneus* pudiera lesionar directamente ese bien, pero de una manera irrelevante a efectos de los tipos penales estudiados.

La necesaria condición de *intraneus* del autor de un delito especial no obedece a una condición personal del sujeto (esto sería un criterio propio de un Derecho penal de autor totalmente inaceptable), sino a la especialidad del bien jurídico con el que íntimamente se relaciona. Me alejo de un concepto complejo de delito especial, porque

---

\* Abreviaturas utilizadas: ADPCP= Actualidad de Derecho penal y Ciencias Penales; CDJ=Cuadernos de Derecho Judicial; DPC=Revista de Derecho penal contemporáneo. Revista internacional; L'indice=L'indice Penale ; LL= Le Ley; PE= Parte Especial; RdS= Revista de Derecho de Sociedades; RP=Rivista Penale.

<sup>1</sup> FERNÁNDEZ BAUTISTA, El administrador de hecho y de derecho. Aproximación a los delitos con restricciones con sede de autoría, Tirant monografías, Valencia, 2007, 271.

<sup>2</sup> V. RESTREPO RODRÍGUEZ, I reati propri alla luce del bene giuridico, Tesis doctoral leida en la Università degli Studi di Modena, 2010, (inédita).

<sup>3</sup> ALLEGRA, RP 1949, 166 ss.

<sup>4</sup> FERNÁNDEZ BAUTISTA, El administrador, 2007, 272.

no sostengo que todos los delitos especiales tengan necesariamente un mismo fundamento, aunque todos se caracterizan por el hecho de que la conducta sólo es típica en concepto de autoría cuando es realizada por determinados sujetos<sup>5</sup>. Sin embargo, aun partiendo de un concepto de delito especial simple, debe estudiarse su fundamento y, considero que, en el delito del art. 290 CP que aquí se analiza, el fundamento de la limitación de los sujetos activos que hace de éste un delito especial, se encuentra en la relación que éstos tienen con los bienes jurídicos allí tutelados; es decir, porque frente a los sujetos descritos el bien jurídico se presenta vulnerable -jurídicamente- de manera exclusiva<sup>6</sup>, o en otras palabras, el acceso a su afectación sólo puede darse a través de estos sujetos, pues estamos en presencia de un delito especial propio.

Desde mi punto de vista, tal y como mantiene GÓMEZ MARTÍN, sostener una concepción simple del concepto de delito especial no significa abandonar el porqué de la delimitación de los sujetos activos a determinadas personas, y en este sentido es donde se hace evidente la relación entre la restricción de los sujetos activos y el bien jurídico, pues la calidad especial lo que permite es identificar a quiénes tienen una especial vinculación con los bienes jurídicos tutelados, por la posición de la persona y su eventual potencialidad en la lesión de un bien jurídico<sup>7</sup>.

En este sentido, y a los efectos del art. 290 CP es importante, el propio GÓMEZ MARTÍN<sup>8</sup> afirma lo siguiente:

“De todo lo anteriormente expuesto cabe deducir que la restricción legal del círculo de posibles autores que caracteriza a los delitos especiales no siempre tiene el mismo fundamento material. A este respecto, considero no sólo posible, sino, incluso, necesario, distinguir entre *dos clases de delitos especiales: los delitos especiales en sentido estricto y los delitos especiales en sentido amplio*. Los primeros se caracterizan por que (sic), en ellos, sólo pueden ser autores del delito determinados sujetos que se encuentran *en una posición especial con respecto al bien jurídico protegido*. En los delitos especiales en sentido amplio, la restricción del círculo de posibles autores obedece, fundamentalmente, *a razones de tipificación de una determinada realidad fenomenológica habitual*. Cabe afirmar, por tanto, que la categoría de los delitos

<sup>5</sup> LUZÓN PEÑA, Curso de Derecho Penal: Parte general, t. I, Madrid, Universitas, 1996, 304 s.

<sup>6</sup> GÓMEZ MARTÍN, Los delitos especiales, Madrid, Edisofer, 2006.

<sup>7</sup> GÓMEZ MARTÍN, Los delitos especiales, 2006, 254.

<sup>8</sup> GÓMEZ MARTÍN, Delitos especiales y moderna dogmática del derecho penal económico: ¿un matrimonio bien avenido?, en: SILVA SÁNCHEZ, J. M/MIRÓ LINARES, F. (Dirs.), La teoría del delito en la práctica penal económica, La Ley, Madrid, 2013, 424 s.

especiales puede dividirse en dos clases de infracciones penales: *los delitos especiales de posición* (delitos especiales en sentido estricto) y *los delitos especiales con elementos meramente tipificadores* (delitos especiales en sentido amplio)<sup>9</sup>.

En el art. 290 CP nos encontramos frente a un delito de posición y en concreto frente a un delito de posición no institucional, es decir, consistente en el incumplimiento de una función no institucionalizada<sup>10</sup>, en el que también tiene su peso la infracción por parte del autor de un deber jurídico especial de naturaleza extrapenal<sup>11</sup>.

Sobre la relación entre el sujeto en el delito especial y el bien jurídico protegido también RUEDA MARTÍN<sup>12</sup> afirma que existen relaciones entre el sujeto idóneo del delito especial y el bien jurídico protegido que constituyen el elemento esencial para determinar los motivos que han inducido al legislador a restringir la autoría en los delitos especiales. La cualidad personal puede fundar de modo exclusivo el desvalor de un hecho que, sin esa cualidad, si se comete por un sujeto no cualificado, no constituiría ni siquiera un delito<sup>13</sup>. Esto es lo que sucede con el art. 290 CP por tratarse de un delito especial propio, es decir, de un delito especial que no cuenta con ninguna tipificación común paralela. Siguiendo a NÚÑEZ CASTAÑO, entiendo que, al menos para el caso aquí examinado, "el fundamento material de los elementos de la autoría de los delitos especiales radica en el ejercicio de una función específica, determinante de la construcción de una estrecha y peculiar relación entre el sujeto competente para ese

---

<sup>9</sup> Desde presupuestos dogmáticos diferentes, como el propio GÓMEZ MARTÍN advierte, sostiene la existencia de delitos de posición ROBLES PLANAS, *La participación en el delito. Fundamento y límites*, Marcial Pons, Madrid, 2003, 240 s.; *Garantes y cómplices. La intervención por omisión y en los delitos especiales*, Atelier, Madrid, 2007, 125 s.

<sup>10</sup> GÓMEZ MARTÍN, en: SILVA SÁNCHEZ/MIRÓ LINARES (Dirs.), *Práctica penal económica*, 2013, 425 "La primera de estas dos clases de delitos especiales, la representada por los delitos especiales en sentido estricto, o delitos especiales de posición, debe comprender, a su vez, dos distintos grupos de delitos: los consistentes en el incumplimiento de una función institucionalizada (*delitos especiales de posición institucional*); y los que se fundamentan en el incumplimiento de una función social no institucionalizada dimanante de una determinada posición social no institucional (*delitos especiales de posición no institucional*). Tanto los primeros como los segundos son delitos de posición, porque tanto en unos como en otros el elemento fundamental explicativo de la restricción del círculo de posibles autores consiste, como ya se ha dicho, en la *posición de especial accesibilidad* en que se encuentra el autor con respecto al bien jurídico protegido".

<sup>11</sup> GÓMEZ MARTÍN, en: SILVA SÁNCHEZ/MIRÓ LINARES (Dirs.), *Práctica penal económica*, 2013, 425, "no obstante, el contenido de injusto de tales delitos no siempre se encuentra configurado exclusivamente por el ya referido *elemento organizativo*, esto es, el relativo a la posición especial que ocupa el sujeto activo con respecto al bien jurídico protegido. En algunos delitos especiales de posición, junto al mencionado elemento organizativo, aunque ocupando un segundo nivel de relevancia penal, se encuentra un segundo elemento: el relativo a la *infracción* por parte del autor de un *deber jurídico especial* de naturaleza *extrapenal*".

<sup>12</sup> RUEDA MARTÍN, *Delitos especiales de dominio y su relación con el art. 65.3 del Código Penal*, Editorial Comares, Granada, 2010, 140 s.

<sup>13</sup> PALAZZO, *Corso di diritto penale: parte generale*, Giappichelli Editore, Torino, 2008, 239.

ejercicio y el o los bienes jurídicos involucrados de un modo esencial en el ejercicio de aquella función; relación que constituye una relación de dominio social típico, que constituye además el fundamento material de las posiciones de garante y del deber de actuar”<sup>14</sup>.

Esta idea es la que subyace cuando me refiero a que en el art. 290 CP el bien o los bienes jurídicos protegidos son de accesibilidad limitada<sup>15</sup>, por la relación entre el sujeto y la vulnerabilidad del bien jurídico, de donde se derivan, como sostiene la autora citada, tanto la “posición de garante”: como se denomina la calidad especial del sujeto activo en los delitos de omisión impropia, como el “deber” que un sector de la doctrina –con la que como se ha indicado no se está de acuerdo- considera como fundamento de la punición, alejándose de la perspectiva que limita el Derecho penal a la protección de bienes jurídicos, pero que aquí constituye sólo una de las manifestaciones de esa calidad especial, que configura una posición de especial lesividad frente a los bienes jurídicos tutelados.

Con lo dicho hasta el momento se evidencia cómo en este trabajo se parte de que los delitos especiales, como todos los delitos en nuestro ordenamiento, son delitos de dominio, y en este sentido el art. 290 CP constituye un delito de dominio y no un delito de infracción de deber<sup>16</sup>. Como se decía se deberá determinar quiénes tendrán acceso a la vulneración del bien jurídico y quiénes no, y por ende: quiénes son los sujetos que cuentan con las calidades (manifestación de una especial relación con el bien jurídico) para ser sujetos activos del delito del art. 290 CP.

---

<sup>14</sup> NUÑEZ CASTAÑO, Responsabilidad penal en la empresa, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, 64.

<sup>15</sup> GULLO, Il reato proprio. Dai problemi “tradizionali” alle nuove dinamiche d’impresa, Giuffrè, Milano, 2005, 96; RESTREPO RODRÍGUEZ, I reati propri, 2010, 107 ss.

<sup>16</sup> Consideran que aquí se presenta un delito de dominio: CHOCLÁN MONTALVO, LL 2002-7, 1648; GALLEGU SOLER, Responsabilidad penal, 2002, 163; FARALDO CABANA, El delito societario de falsedad en documentos sociales, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003, 83 ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Derecho penal económico y de la Empresa. Parte Especial, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, 350, 389 (con los matices en la evolución de su posición anteriormente expuesta en las ediciones posteriores MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Derecho penal económico y de la Empresa. Parte Especial, 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, 466); MUÑOZ CONDE, Derecho penal, Parte Especial, 19ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, 498.

Sostienen en cambio que se trata de un delito de infracción de deber: GARCÍA CAVERO, La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa, Bosch Editor, Barcelona, 1999, 181; BACIGALUPO ZAPATER, en: El nuevo Derecho mercantil contable y el Derecho penal (art. 290 CP), en: BAJO FERNÁNDEZ, M. (Dir.)/BACIGALUPO SAGGESE, S./GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (Coords.), Gobierno corporativo y derecho penal: Mesas Redondas, Derecho y Economía, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2008, 164. En Italia: ANTOLISEI, Manuale di Diritto penale, Parte Generale, 9ª ed. Giuffrè, Milano, 1982, 269, expone cómo los delitos societarios se caracterizan y se introducen en los CP por ser “delitos cometidos en violación de deberes o abuso de poderes legalmente establecidos, por las personas que ejercen funciones de particular importancia en el seno de esas asociaciones”.

Esto, es especialmente importante en relación con el art. 290 CP porque, como se verá, las limitaciones que emanan de la norma mercantil en relación a los deberes de los administradores y por tanto al propio concepto de administrar, vincularán de manera irremediable la interpretación del contenido del concepto de administrador, tanto de derecho como de hecho<sup>17</sup>.

## II. LA RELEVANCIA DE LA CONDICIÓN DE ADMINISTRADOR DE HECHO O DE DERECHO EN EL ART. 290 CP

Como se abordará más adelante, una de las primeras dificultades que surgen para la imputación de la autoría en los delitos societarios que tienen como sujeto activo al administrador, será la de determinar las diferencias entre las figuras de los administradores de hecho y de derecho. La equiparación del administrador de hecho al de derecho respondió a razones claramente político-criminales<sup>18</sup>, porque eran abundantes y evidentes los problemas que suscitaba la anterior regulación desprovista de esta figura reclamada entre la doctrina<sup>19</sup>. En los anteriores Códigos Penales no aparecía recogido el rol del administrador de hecho, lo cual fue puesto de manifiesto por la doctrina entendiendo que de esta manera se favorecía injustamente a quienes por desidia o incluso dolosamente mantuviesen de manera irregular su nombramiento<sup>20</sup>, ya fuese, por ejemplo, porque existía un vicio de prohibición u otro tipo de incompatibilidad. Otros autores consideran, sin embargo, que el motivo por el cual el

---

<sup>17</sup> Como se ha dicho se trata de un delito especial de posición institucional y esto tiene sus consecuencias en la determinación de la autoría. En concreto GÓMEZ MARTÍN, en: SILVA SÁNCHEZ/MIRÓ LINARES (Dirs.), *Práctica penal económica*, 2013, 426 pone un ejemplo que sirve de modelo para este art. 290, son los delitos de funcionarios. De este modo afirma “Nos obstante, de acuerdo con lo que se ha afirmado supra, los delitos especiales de posición institucional se caracterizan, además, por la concurrencia en el *intraneus* de un deber especial personalísimo de naturaleza extrapenal. Así, por ejemplo, el Juez que dicta una resolución injusta, además de contribuir con su conducta a un incorrecto funcionamiento de la Administración de Justicia, quebranta por medio de su comportamiento el deber de fidelidad y lealtad inherente a su cargo que le vincula a la función pública que presta. En mi opinión, a pesar de no ser éste el elemento determinante del injusto de la conducta típica, tiene pleno sentido afirmar que la ausencia de dicho elemento en el *extraneus* servirá para descargar su conducta de una parte del injusto de la realizada por el *intraneus* aquella que, por tener contenido personalísimo, no le resulta comunicable”.

<sup>18</sup> MATA MARTÍN, Rds 1995-III, 168; DEL ROSAL BLASCO, *Los delitos societarios en el Código Penal de 1995*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1998, 58; RODRÍGUEZ MONTAÑEZ, ADPCP, 1999, 458.

<sup>19</sup> RODRÍGUEZ MOURULLO, ADPCP 1984, 688; TERRADILLOS BASOCO, *Derecho penal de la empresa*, Trotta, Madrid, 1995, 81; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la Empresa. Parte Especial*, 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, 434.

<sup>20</sup> RODRÍGUEZ MOURULLO, ADPCP 1981; MATA Y MARTÍN, RdS 1995-V, 168; FARALDO CABANA, *Los delitos societarios*, 1996, 139.

legislador introdujo la figura del administrador de hecho respondió a la necesidad de solventar problemas de escisión entre la apariencia jurídica y la realidad material<sup>21</sup>.

Parece ser entonces que desde 1995 el legislador español haya optado, con la introducción del administrador de hecho, por una tesis funcionalista y no por una formalista. Sin embargo, por el contenido concreto del concepto de administrar que ha de ser interpretado para el art. 290 CP, no habiendo un concepto unitario y aplicable a todos los casos de la acción de “administrar”, la introducción de la figura del administrador de hecho no puede desplegar, como se expondrá más adelante, todos los efectos deseados.

Debe tenerse en cuenta que, como sostiene PALAZZO<sup>22</sup>, dentro del establecimiento de los criterios que permitan identificar los sujetos con una cualidad especial indicada en el tipo, se plantea la disyuntiva entre asumir que se debe cumplir con la cualidad especial de acuerdo a requisitos formales (tesis formalista), o de acuerdo en cambio a que *de facto* se posean las características, funciones y poderes propios del sujeto calificado (tesis funcional). Ahora bien, que nuestro legislador opte por indicar desde el propio tipo penal que se trata de administradores de derecho o de hecho, implica que se está formalizando una tesis funcional; es decir, que se quiere asumir una tesis funcionalista y ésta se recoge en el tipo penal para respetar, de esta manera el principio de legalidad, especialmente en su vertiente de negación de la analogía.

Así, para poder abordar la cuestión de determinar las figuras del administrador de hecho y de derecho se partirá, siguiendo a FERNÁNDEZ BAUTISTA, de la idea de que será imprescindible la comprobación de que en el caso concreto el supuesto acceso al bien jurídico protegido pueda materializarse efectivamente<sup>23</sup>, que es el requisito que implícitamente establece el legislador cuando habla de administradores de hecho o de derecho, y que no es más que una actuación coherente con el principio de legalidad y de lesividad en cuanto a la comprobación de la antijuridicidad material. Y esto se concretará no sólo cuando el dato formal de la especial cualificación es tal, sino que será necesario, además, tener en cuenta que el sujeto tiene una posibilidad de acceso real al

---

<sup>21</sup> GALLEGO SOLER, El concepto de administrador de hecho como criterio de imputación de la autoría en derecho penal, en: CORCOY BIDASOLO, M. (Dir.)/LARA GONZÁLEZ, R. (Coord.), Derecho penal de la empresa, Pamplona, Universidad Pública de Navarra, 2002, 152.

<sup>22</sup> PALAZZO, Corso di diritto penale: parte generale, Giappichelli Editore, Torino, 2008, 240. Sobre el tema son interesantes también los análisis que adelanta CINGARI, L'indice 1 (2006) 289; TIEDEMANN, Manual de Derecho penal económico. Parte General y especial, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, 228 ss.

<sup>23</sup> FERNÁNDEZ BAUTISTA, El administrador, 2007, 334.



bien jurídico, es decir, la capacidad efectiva de lesionarlo<sup>24</sup>. No bastará entonces con ostentar formalmente un determinado estatus o condición para ser calificado como autor de un delito especial, sino que ello debe materializarse en el ejercicio o desarrollo de una concreta función, que se refleja en una posición de poder del sujeto activo, y que en el caso del art. 290 CP es la de administrar una sociedad, y en concreto en la faceta de administrar más íntimamente relacionada con la llevanza de los libros contables y aquellos otros de especial trascendencia por su contenido jurídico-económico; es decir; por el poder otorgado formal o fácticamente a ciertos sujetos, de determinar el contenido de los libros contables y otros instrumentos con que cuentan las sociedades.

Entonces, en primer lugar, se deberá concretar el ámbito de responsabilidad o de competencia propio del sujeto en cuestión, especialmente cualificado<sup>25</sup>, que hace que se configure para ciertas personas el dominio que materialmente deberá darse sobre la lesión de los bienes jurídicos tutelados, porque sólo entonces se comprueba que el sujeto tiene acceso real, y no sólo teórico, a la lesión de los bienes jurídicos<sup>26</sup>. Y esto es así porque “el alcance de la delimitación conceptual de administrador no puede reducirse a una concepción formal ajena a los criterios que determinan cuándo un sujeto puede ser autor de un determinado delito”<sup>27</sup>. Tan sólo podrá afirmarse la autoría de un sujeto en la medida en que además de tener formalmente el estatus requerido por el tipo cumpla los criterios de acceso al bien jurídico en el ejercicio de una función esencial en el ámbito de responsabilidad o competencia del sujeto<sup>28</sup>, o cuando incluso careciendo de ese requisito formal, materialmente se encuentre en iguales condiciones frente al bien lesionado. Esto, por supuesto, si no se quiere vulnerar el principio de legalidad y el carácter subsidiario de los delitos especiales<sup>29</sup>.

Establecido lo anterior, se puede pasar a examinar, en concreto, la figura del administrador de hecho.

### **III. EL ADMINISTRADOR DE HECHO EN EL ART. 290 CP**

Es administrador de Derecho de una sociedad mercantil quien tiene aceptado,

---

<sup>24</sup> FERNÁNDEZ BAUTISTA, El administrador, 2007, 334.

<sup>25</sup> FERNÁNDEZ BAUTISTA, El administrador, 2007, 254.

<sup>26</sup> FERNÁNDEZ BAUTISTA, El administrador, 2007, 255.

<sup>27</sup> FERNÁNDEZ BAUTISTA, El administrador, 2007, 264.

<sup>28</sup> FERNÁNDEZ BAUTISTA, El administrador, 2007, 265.

<sup>29</sup> RESTREPO RODRÍGUEZ, I reati propi, 2010, 127 ss.

inscrito y publicado su nombramiento<sup>30</sup>, sin embargo hay ocasiones en las que sucede que en la administración de la empresa existan divergencias entre la situación formal y la situación material<sup>31</sup>, es decir, que formalmente sea una persona o un Consejo de Administración los encargados de administrar y en la realidad sea otra u otras las personas que *de facto* gestionan la empresa. Esta situación se pone en evidencia también en las pequeñas empresas<sup>32</sup>; empresas familiares donde tal vez la persona que formalmente administra la empresa sea un miembro de la familia que poco o nada tiene que ver con esas labores de administración. No es por tanto infrecuente encontrar en la práctica diaria supuestos de personas que llevan a cabo cargos de administración y dirección de la sociedad no habiendo sido nombrados como tales. Tampoco es poco habitual observar la permanencia en el tráfico jurídico de los llamados *hombres de paja*, es decir, sujetos que se encargan formal y externamente de la administración de la sociedad, siendo otras las personas o persona que materialmente se encarga de esta función<sup>33</sup>. Todas estas son situaciones de administración de hecho.

Sobre el concepto de administrador de hecho penal, a diferencia del de administrador de Derecho, no hay unanimidad entre la doctrina. En palabras de SILVA SÁNCHEZ<sup>34</sup> y siguiendo su clasificación son tres los conceptos de administrador de

---

<sup>30</sup> DEL ROSAL BLASCO, Los delitos societarios, 1998, 58 s.; POLO VEREDA, LL 1998-2, 2044; CASTRO MORENO, Administración desleal, 1998, 213; FARALDO CABANA, Los delitos societarios, 2000, 177; GALLEGU SOLER, en: CORCOY BIDASOLO (Dir.)/LARA GONZÁLEZ (Coord.), Derecho penal de la empresa, 2002, 153. GONZÁLEZ CUSSAC/MATALLÍN EVANGELIO/ORTS BERENGUER/ ROIG TORRES, Esquemas de Derecho penal. Parte Especial, 2ª Ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, 207 “no existe concepto legal de administrador, por lo que acudimos a la doctrina mercantilista, de la cual podemos extraer que *administrador de derecho es todo aquel que, con arreglo a la normativa vigente, desarrolla las funciones de gobierno, gestión y representación de una sociedad*, considerándose situaciones dudosas las del administrador judicial y del secretario del Consejo de Administración; SERRANO GÓMEZ/SERRANO MAÍLLO, Derecho penal, PE, 16ª, 2011, 539; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Derecho penal económico, PE, 4ª, 2013, 434.

<sup>31</sup> GALLEGU SOLER, en: CORCOY BIDASOLO (Dir.)/LARA GONZÁLEZ (Coord.), Derecho penal de la empresa, 2002, 149.

<sup>32</sup> GALLEGU SOLER, en: CORCOY BIDASOLO (Dir.)/LARA GONZÁLEZ (Coord.), Derecho penal de la empresa, 2002, 150.

<sup>33</sup> GALLEGU SOLER, en: CORCOY BIDASOLO (Dir.)/LARA GONZÁLEZ (Coord.), Derecho penal de la Empresa, 2002, 149.

<sup>34</sup> SILVA SÁNCHEZ, en: GARCÍA CAVERO (Coord.), Responsabilidad penal, 2004, 198; también hace esta diferenciación GALLEGU SOLER, en: CORCOY BIDASOLO (Dir.)/LARA GONZÁLEZ (Coord.), Derecho penal de la empresa, 2002, 153.

El propio SILVA SÁNCHEZ, además, subraya la contribución de los supuestos de hecho del Derecho penal económico a la diferenciación de delitos especiales, cuestión que se abordará más detenidamente más adelante, en lo que afecta al art. 290 CP. En concreto, apunta, SILVA SÁNCHEZ, en: SILVA SÁNCHEZ/MIRÓ LINARES (Dir.), La teoría del delito en la práctica penal económica, La Ley, Madrid, 2013, 58 “La base para la diferenciación venía dada ya por la fundamentación de las cláusulas de actuar en lugar de otro sobre la noción del «dominio social» del inicial *extraneus* transformado en *intraneus* en virtud de aquéllas. Pues, en efecto, a partir de esa idea podría imaginarse que un *extraneus* tuviera dominio social típico por vías distintas da las que, contmpladas específicamente en aquellas cláusulas, permitan su

hecho que se pueden encontrar en la doctrina penal: un concepto puramente mercantilista<sup>35</sup>, un concepto material en sentido restrictivo<sup>36</sup> y un concepto material en sentido amplio<sup>37</sup>.

Desde mi punto de vista el primer problema que se plantea en relación a los conceptos de administrador de hecho es el relativo a determinar si se trata de un concepto unitario, válido para todos los tipos, o si más bien, por el contrario, deberá venir determinado de manera diferente atendiendo a cada tipo penal. Además, desde mi punto de vista esta polémica viene justamente de otra anterior, la de considerar si existe un solo concepto de administrador, válido siempre y en todos los supuestos, o por el contrario se deberá atender a las características peculiares del tipo y especialmente del

---

transformación sobrevenida en *intraneus*; es decir, cabía concebir la paradójica existencia de delitos especiales abiertos en general a la autoría de *extranei*. Pero, al mismo, se advertía la existencia de delitos especiales con respecto a los que ningún *extraneus*, por mucho «dominio social» que poseyera sobre la realización típica, podría devenir *intraneus*”

<sup>35</sup> Mantiene un concepto mercantilista: GARCÍA DE ENTERRÍA, Los delitos societarios: Un enfoque mercantil, Civitas, Madrid, 1996, 46 s.; PÉREZ CEPEDA, La responsabilidad de los Administradores de Sociedades: criterios de atribución, CEDESC, Barcelona, 1997, 49; SUÁREZ GONZÁLEZ, en: RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (Dir.)/ JORGE BARREIRO, A. (Coord.), Comentarios al Código Penal, Civitas, Madrid, 1997, 834: “Administradores de hecho son los que presentan alguna irregularidad en su situación jurídica, por haber sido el nombramiento defectuoso, no aceptado, no inscrito o caducado. Dado que el concepto de administrador ostenta un significado técnico en el ordenamiento mercantil, no parece que quepa incluir en el concepto ni a los altos directivos de la sociedad (Directores generales, gerentes, etc.) que aunque desempeñen labores gestoras no se encuentran adscritas al órgano de administración, ni a los liquidadores, que si bien desempeñan una función equiparable a la de los administradores constituyen un órgano específico dotado de una esfera propia de competencia y diferenciado del órgano de administración”.

Crítico con esta postura, GALLEGU SOLER, en: CORCOY BIDASOLO (Dir.)/LARA GONZÁLEZ (Coord.), Derecho penal de la empresa, 2002, 160, para quien “solo sería legítimo admitir la traslación de conceptos extrapenales al ámbito penal en los casos en que una institución o concepto homólogo tenga la misma finalidad en el ámbito del Derecho penal que fuera de él. Así, sólo sería legítimo adoptar el concepto mercantil de administrador de hecho cuando esta institución surgiese en ese ámbito como un criterio para atribuir responsabilidad personal por los propios actos realizados (u omitidos)”.

<sup>36</sup> Por otro lado, un concepto estricto de administrador de hecho delimita el contenido, pudiéndose denominar de ese modo al sujeto que actúe permanentemente como tal de manera abierta, reconocida social y personalmente, y que sus funciones estén unidas a las propias del administrador de Derecho. A todas las funciones del administrador y no sólo a algunas de ellas. Lo mantienen: FARALDO CABANA, El delito societario de falsedad, 2003, 77; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO/POLO VEREDA, Problemas generales de aplicación de los delitos societarios, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2002, 64 s; NÚÑEZ CASTAÑO, Responsabilidad penal en la empresa, 2000, 96.

<sup>37</sup> El concepto amplio define al administrador de hecho como la persona que en términos generales controle la gestión de la sociedad, independientemente del reconocimiento social; y que tenga un dominio social típico.

Mantiene este concepto amplio; TERRADILLOS BASOCO, Delitos contra el orden socio-económico, en: TERRADILLOS BASOCO, J. (Coord.), Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal, Iustel, Madrid, 2012; GONZÁLEZ CUSSAC/MATALLÍN EVANGELIO/ORTS BERENGUER/POIG TORRES, Esquemas, PE, 2ª, 2010, 207 “Por administrador de hecho podemos entender, a efectos penales: todo aquel que, sin haber satisfecho las exigencias legales, ejercita funciones de gestión, gobierno o representación en una sociedad”; SERRANO GÓMEZ/SERRANO MAÍLLO, en: SERRANO GÓMEZ, A. /SERRANO MAÍLLO, A., Derecho penal. Parte Especial, 16ª ed. Dykinson, Madrid, 2011, 539; MUÑOZ CONDE, Derecho penal, PE, 19ª, 2013, 499; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Derecho penal económico, PE, 4ª, 2013, 435 ss., sin embargo, como se verá, en relación con el art. 290 y 295 restringe el ámbito.

bien jurídico protegido que puede verse afectado con la administración. Se expresa muy claramente sobre la concepción unitaria o no de estas figuras GALLEGO SOLER, quien advierte:

“cuando se alude a la posible aplicación de la figura del administrador de hecho y se realiza el estudio de esta institución, en la mayoría de ocasiones se olvida que, con independencia del contenido que se otorgue a dicho concepto, puede suceder que la inscripción de las distintas conductas típicas venga a limitar el ámbito de sujetos que, pudiendo considerarse en un plano genérico como administradores de hecho, es posible que no puedan ser sujetos activos idóneos de algún delito concreto. En otros términos, si autor es “quien realiza la conducta típica”, en la medida en que las distintas conductas típicas susceptibles de ser realizadas por administradores de hecho sean diferenciadas, puede suceder –de hecho sucede– que sujetos que se pueden considerar administradores de hecho –autores idóneos– para la comisión de un concreto delito, no puedan cometer otro”.

De este modo, sólo a partir de un detallado análisis de la conducta típica (extrayendo de ella las indicaciones en cuanto a la posición privilegiada de lesión de los bienes jurídicos tutelados) se podrá estar en condiciones de delimitar el ámbito de sujetos activos idóneos para los delitos societarios, sin perjuicio, como advierte el autor, de que deba elaborarse con carácter general un concepto genérico de administrador de hecho (y de derecho)<sup>38</sup>. Se niega por tanto un concepto unitario de administrador de hecho<sup>39</sup>.

Consecuentemente, el concepto de administrador de hecho del que se parte tiene que estar orientado a la conducta típica o, mejor, a la salvaguarda del bien jurídico-penal que el legislador pone en su ámbito de control, o de dominio social como prefieren llamarlo otros,<sup>40</sup>. Es por ello que, siendo necesario efectuar una consideración general sobre el concepto de administrador de hecho como autor de un delito societario, no basta con ello, “pues un examen atento de la cuestión obliga a tomar en consideración cada una de las distintas conductas típicas en cuestión”<sup>41</sup>.

En este sentido, también CASTRO MORENO<sup>42</sup> considera que no existe un concepto único de administrador de hecho y que éste estará condicionado por la configuración de cada tipo en cuestión.

---

<sup>38</sup> GALLEGO SOLER, en: CORCOY BIDASOLO (dir.)/LARA GONZÁLEZ (Coord.), Derecho penal de la empresa, 2002, 160.

<sup>39</sup> Crítico con un concepto unitario de administrador de hecho tanto en el art. 31 como en los delitos societarios GÓMEZ BENITEZ, Curso de Derecho Penal de los negocios a través de casos. Reflexiones sobre el desorden legal, Cóllex, Madrid, 2001, 107.

<sup>40</sup> Me refiero a la tesis de GRACIA MARTÍN y los posteriores desarrollos de RUEDA MARTÍN.

<sup>41</sup> GALLEGO SOLER, en: CORCOY BIDASOLO (Dir.)/LARA GONZÁLEZ (Coord.), Derecho penal de la empresa, 2002, 160.

<sup>42</sup> CASTRO MORENO, Administración desleal, 1998, 240.

MUÑOZ CONDE, en esta misma línea, dice: “Efectivamente, no se puede sin más atribuir la cualidad de administrador de hecho a quien tiene el control fáctico de una empresa, pues determinadas decisiones, con relevancia jurídica para terceros solo pueden ser tomadas por personas con una cierta capacidad de disposición o de representación social en el concreto ámbito en el que actúa. Así, por ejemplo, una posibilidad de representación que puede ser suficiente para fundamentar un delito de estafa (contraer, por ejemplo, obligaciones en nombre de una sociedad en perjuicio de ésta), no es, sin embargo, suficiente para la realización de una insolvencia punible, porque en ellas el administrador de hecho debe tener una *posibilidad de disposición* de los bienes de la sociedad, cuando lo sustrae a la acción de los acreedores, y salvo que se trate de sustracciones materiales de esos bienes, la mayoría de las veces se tratará (*sic*) operaciones jurídicas de disposición de los bienes para las que hay que estar legalmente habilitado”<sup>43</sup>.

Es con esta perspectiva con la que estoy absolutamente de acuerdo. Pero es que, además, como anticipaba, esta discusión va de la mano de aquella que hace referencia a si podemos hablar de un único concepto de la acción de administrar o si por el contrario es necesario atender a las competencias específicas dentro de la administración global en relación con el bien jurídico protegido en el tipo penal, para terminar por ofrecer distintos tipos de conceptos de administración. A mi entender, se ha de partir en términos generales de que si las funciones básicas de un órgano de administración y representación son “las de gestionar la empresa, ejecutar la voluntad social formada en la Junta General y representar a la sociedad frente a los terceros, con los que en nombre de ella se establecen relaciones jurídicas”<sup>44</sup>, entonces administrar significa tener todas las facultades de representación y gestión necesarias para dirigir de manera integral una sociedad, conforme a los deberes de los administradores. Por tanto, realizar algún acto de administración no significa administrar la sociedad<sup>45</sup>. Quien realiza un solo acto de administración no puede considerarse que dirija o administre la empresa, sólo ayuda al que lo hace<sup>46</sup>.

---

<sup>43</sup> MUÑOZ CONDE, CDJ 2002-14, 236.

<sup>44</sup> BROSETA PONT/ MARTÍNEZ SANZ, Manual de Derecho mercantil, I, Tecnos, Madrid, 2011, 423.

<sup>45</sup> POLO VEREDA, LL 1998-2, 2045; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO/POLO VEREDA, Problemas generales, 2002, 63.

<sup>46</sup> POLO VEREDA, LL 1998-2, 2045; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO/POLO VEREDA, Problemas generales, 2002, 62.

Partiendo de que legalmente la administración social comprende tanto la gestión como la representación de la sociedad, competencias que abarcan por completo el campo de actuación de la administración en general para que un sujeto ejercite dicha función, POLO VEREDA<sup>47</sup>, se pregunta: ¿tiene que ejercer todas, la mayoría, alguna, o una sola de dichas facultades? El autor acude a la relación de dominio social, fundamentándola además en una posición de garantía por la cual el administrador, al ejercer la función de administración social, se convierte en garante del bien jurídico para concluir, en base a esto, que si el dato relevante es el acceso a la posición de garantía “resulta totalmente intrascendente si el posterior comportamiento típico que en concreto se describe se encuentra en cada caso o no dentro de la competencia específica otorgada en concreto al sujeto”<sup>48</sup>, lo importante, entonces es que tenga el dominio social.

Así, considero que tienen razón DIAZ-MAROTO Y VILLAREJO/POLO VEREDA, cuando afirman que “de esta manera, el administrador social al ejercer la función de administración debe entrar en relación con el bien jurídico de forma que se convierta en garante de él. Sin embargo no todos los tipos delictivos comparten un mismo objeto de tutela. Eso no significa que la categoría de administrador de hecho y de derecho no sean unitarias, esto es, que dependiendo de cuál sea en cada caso el objeto de tutela se admitirán unos u otros sujetos. Lo que sucede es que existe un denominador común para tal diversidad de bienes, y es que todos dependen en cualquier caso de una correcta administración”<sup>49</sup>.

Pero en este sentido, y dicho lo anterior, existiendo esa diversidad de bienes jurídicos protegidos en las normas penales, será necesario atender a la norma extrapenal para dar contenido al concepto «administrar» en relación al bien jurídico que se pretende proteger en cada tipo. Considero que en el art. 290 CP una correcta gestión se concreta en los deberes de los administradores en relación con las cuentas anuales y otros documentos que deben reflejar la situación jurídica o económica de la sociedad.

Los preceptos donde se imponen estos deberes o los fundamentos para dotar de contenido a estas exigencias son como ya se hizo referencia, por un lado, el art. 25 CCom, en el que establece que la contabilidad será llevada directamente por los

---

<sup>47</sup> POLO VEREDA, LL 1998-2, 2046.

<sup>48</sup> POLO VEREDA, LL 1998-2, 2046. Así también DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO/POLO VEREDA, Problemas generales, 2002, 63.

<sup>49</sup> DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO/POLO VEREDA, Problemas generales, 2002, 62, si bien, después de este razonamiento concluye de la misma manera que POLO VEREDA, LL 1998-2, 2046.

empresarios o por otras personas debidamente autorizadas, sin perjuicio de la responsabilidad de aquéllos, presumiéndose concedida la autorización, salvo prueba en contrario.

Por otro lado, el art. 34 CCom establece la obligación de formular las cuentas anuales de su empresa, que comprenderán el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias, un estado que refleje los cambios en el patrimonio neto del ejercicio, un estado de flujos de efectivo y la memoria. También, como se concretó, la LSC dispone varios artículos para desarrollar las obligaciones de los administradores en relación con las cuentas anuales. De esta manera, el art. 253 LSC determina que los administradores de la sociedad están obligados a formular las cuentas anuales, el informe de gestión y la propuesta de aplicación del resultado, así como, en su caso, las cuentas y el informe de gestión consolidados; y tanto las cuentas anuales como el informe de gestión deberán ser firmados por todos los administradores.

Pero es que además también los otros libros de los empresarios, como son el Libro Diario y el Libro de Actas, el Libro de Registro de Socios del art. 104 LSC y el Libro de Registro de las Acciones Normativas del art. 116 LSC deben ser llevados por el empresario. Igualmente, en relación con los “demás documentos que deban reflejar la situación jurídica y económica de la sociedad” los administradores tienen una especial función de garante bien porque son quienes redactan los documentos o bien porque conforme a los arts. 233 y 234 LSC tiene la representación de la sociedad y por tanto los obligados a inscribir los documentos en el Registro Mercantil.

Son por tanto sólo y exclusivamente los administradores de derecho de una sociedad quienes podrán acceder, a través del falseamiento de los documentos societarios que constituyan el objeto material del delito, a la lesión de la funcionalidad de este tipo específico de documentos mercantiles y a la eventual puesta en peligro o lesión del patrimonio de sociedad, socios o terceros porque este ha sido un requisito previo establecido para concretar qué documentos son objeto material del art. 290 CP.

Como se ha dicho, formular las cuentas sólo le incumbe al empresario del que habla el art. 34 CCom y a los administradores que recoge el art. 37 CCom. Además, es una de las pocas funciones no delegables del Consejo de Administración en una sociedad anónima, salvo expresa autorización de la Junta General. Por tanto, en puridad “ni los apoderados, ni los mandatarios, ni los directivos en general tienen posibilidad de realizar la conducta típica en relación a las cuentas anuales porque no les incumbe

formularlas ni presentarlas a la junta por lo que no podrían ser sujetos activos. Tampoco, por éste motivo, los promotores, ni los fundadores, ni los liquidadores. A lo sumo, dice podrían ser castigados como partícipes<sup>50</sup>.

Con SÁNCHEZ ÁLVAREZ<sup>51</sup> concreto el concepto de Derecho penal societario ligado al concepto de poder en la empresa o poder societario, entendido como aquella situación de control, dominio o fuerte incidencia en el sistema económico específico y en particular en el ejercicio de las funciones típicas de gestión (administración y representación). Dicho en los términos que expone el autor, el poder reside en la capacidad de decisión o de disposición autónoma en un ámbito previamente acotado por la normativa legal o por el contrato de sociedad<sup>52</sup>. Manejo por tanto un concepto material y no formal de poder societario; sin embargo, la función de administrar en relación a los documentos sociales a los que se refiere el art. 290 CP está recogida de manera clara por la ley, y se puede concretar en tres funciones básicas: 1ª La de redacción de las cuentas anuales conforme al criterio de imagen fiel; 2ª La de la firma que garantiza que la funcionalidad de los documentos se respete, y no sólo de las cuentas anuales, sino también de todos aquellos documentos que deban ser firmados y certificados por ellos para ser publicados en el Registro mercantil; 3ª La de ser garantes de la publicidad de los documentos que así lo exijan que, en última instancia, es lo que califica al documento de mercantil.

#### IV. CONCLUSIONES

Con todo lo dicho hasta ahora, y concluyendo, entiendo que tanto el concepto de administrar como los de administrador de hecho o de derecho han de tener un contenido mínimo común para todas las figuras delictivas que prevean como sujeto activo del delito a uno de ellos, por lo que su ámbito de actuación y control será el de administrar, y se configurará por tanto como un delito especial propio, que sólo puede realizar el administrador de hecho o de derecho. Pero posteriormente, en atención al tipo y sobre todo al bien jurídico protegido, se deberán determinar las peculiaridades específicas<sup>53</sup> propias de la figura del administrador para ese tipo. Se configuran entonces como delitos especiales en tanto se entiende que esas conductas societarias puede llevarlas a

---

<sup>50</sup> BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO SAGESSE, Derecho penal económico, 2ª ed., Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2010662.

<sup>51</sup> SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Los delitos societarios, Aranzadi, Pamplona, 1996, 58.

<sup>52</sup> SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Los delitos societarios, 1996, 58.

<sup>53</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Derecho penal económico, PE, 4ª, 2013, 433.



cabo quien ostenta el poder societario conforme al tipo. Este poder reside de manera fundamental en la capacidad de decisión o de disposición autónoma en un ámbito previamente acotado por la normativa legal o por el contrato de sociedad, es decir, tendrá que tener algún tipo de legitimación jurídica<sup>54</sup>. No me estoy refiriendo a la infracción de deberes del administrador sino a su acceso<sup>55</sup>, por su función, a la lesión del bien jurídico<sup>56</sup> por sus peculiares circunstancias personales<sup>57</sup>.

Teniendo en consideración que son éstas las funciones de los administradores y por tanto por ellas queda condicionada esa previa cualidad del sujeto activo, la determinación de la figura del administrador de hecho quedará muy reducida y, a su vez, estos criterios servirán de límite para que, en el sentido en el que me expresaba anteriormente, no suceda que el estatus de administrador suponga ya la calificación de sujeto activo a una persona en concreto. Como se esgrimió, el criterio material es también importante, es necesario demostrar que el sujeto no sólo tiene un acceso formal al bien jurídico protegido por la norma, sino una posibilidad de acceso real a éste y por tanto la capacidad efectiva de lesionarlo. Y para poder determinarlo, estas funciones serán las que revelen si estamos ante quien puede realizar la conducta típica o no.

Concluyendo, teniendo en consideración lo manifestado sobre los deberes legales de los administradores en relación con el objeto material del delito del art. 290 CP, y tal

---

<sup>54</sup> SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Los delitos societarios, 1996, 59. En este sentido también GRACIA MARTÍN, El actuar en lugar de otro, I, 1986, 383 “Sólo quienes, en virtud de sus competencias jurídicas, institucionales o sociales, tenga la posibilidad de ejercer las facultades de disposición de dicho patrimonio estarán en situación de realizar el ataque penalmente relevante al bien jurídico –el derecho de crédito- el cual, por ello, queda bajo el dominio social de dichos sujetos”; MUÑOZ CONDE, CDJ 2002-14, 236 “cuando hablamos de delitos especiales de delitos en los que el auto en sentido estricto y, por tanto, el principal responsable debe tener una cierta competencia o capacidad institucional para realizarlos”.

<sup>55</sup> Básicamente es el planteamiento que hace MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ en relación a los arts. 290 y 295, especialmente a éste última que más adelante se seguirá desarrollando y quien dice textualmente: “Con todo, conviene reiterar que, aun cuando se rechace –como aquí se hace- se configuración como genuino delito basado en la infracción de un específico deber extrapenal institucional que vincule dos esferas deferentes de organización (la del administrador con el patrimonio de la sociedad), no se trata de un delito de dominio común, sino de un delito de dominio “particularizado”, dado que se construye como un delito especial propio, en el que la punibilidad de la conducta se basa en la especial posición de proximidad del administrador con respecto al bien jurídico protegido”.

<sup>56</sup> RUEDA MARTÍN, DPC 7 (2004), 151, expresa que “El criterio del “dominio social” sirve para averiguar las posibilidades que tiene un sujeto para realizar la acción típica, pues quien lo ostenta tiene un mayor acceso para lesionar o poner en peligro el bien jurídico. [...] A través del criterio del “dominio social” se determina el ámbito de protección de la norma de los delitos especiales. De todo ello se deduce la relación tan estrecha que existe entre el *intraneus* -funcionario público o autoridad- que ostenta el dominio social en el que se desarrolla la función pública, el bien jurídico y la acción típica en estos delitos”.

<sup>57</sup> FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Derecho penal fundamental. Ensayos y documentos, Grupo Editorial Ibáñez Ltda., Bogotá, 1998, 417 ss. En la p. 423, expresa: “Queda entonces claro que las cualidades típicas del autor de un delito especial (propio o impropio) no son “circunstancias personales” del autor ni de la punibilidad sino del tipo legal y por tanto no son susceptibles de comunicación de una persona a otra, pues el sujeto las tiene o no las tiene, sin más.

y como ya anticipé, comparto la tesis de GARCÍA ENTERRÍA, cuando afirma que “hay delitos societarios que, al conectarse directamente a deberes u obligaciones de carácter orgánico, podrán ser cometidos únicamente por administradores “regulares”, considerando la imposibilidad de cualquier otra persona que no tenga una situación plenamente regularizada de poner en práctica hechos como los contemplados”<sup>58</sup>, poniendo como ejemplo la falsificación de las cuentas que son depositadas en el Registro Mercantil. Entiendo, como este autor, que con la introducción de los administradores de hecho, se está aludiendo a los administradores que ofrezcan alguna irregularidad en su situación jurídica, como podrían ser los administradores con nombramiento defectuoso, no aceptado, no inscrito o caducado<sup>59</sup>.

Se excluye por tanto, dentro de la categoría de administradores, a los socios, los altos directivos de la sociedad o especialmente a los propietarios de la empresa, pese a su posición e influencia de determinar el comportamiento social<sup>60</sup>, porque no tienen las obligaciones sociales en relación con los documentos sociales de los administradores y por tanto no son garantes en su situación de lo expuesto en ellos, ni tampoco de su eventual destino<sup>61</sup>. Además, plantea el autor, que si el legislador penal hubiese realmente pretendido extender el mismo régimen sancionatorio a aquellos que desempeñan funciones gestoras dentro de la sociedad, aunque sin estar adscritas a su órgano de administración, lo hubiera dicho expresamente, sin necesidad de deformar y desvirtuar de forma arbitraria una noción con un significado tan preciso como la de administradores<sup>62</sup>.

También PÉREZ VALERO apunta cómo en el art. 290 CP sólo el administrador de Derecho puede ser sujeto activo de la conducta, por lo que existen difíciles obstáculos conceptuales para dar algún sentido a la previsión de los administradores de hecho en este tipo<sup>63</sup>. El hecho de que las obligaciones en relación a los documentos sociales sean propias de los administradores de la sociedad, les hace garantes de ese ámbito de competencia administrativa exclusivamente a ellos y por tanto hace que las posibilidades de que otras personas, puedan cometer el delito sólo pueda ser en grado de participación. De este modo precisa cómo “no hay un único concepto de administración

---

<sup>58</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Los delitos societarios, 1995, 46.

<sup>59</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Los delitos societarios, 1995, 46.

<sup>60</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Los delitos societarios, 1995, 46.

<sup>61</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Los delitos societarios, 1995, 46.

<sup>62</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Los delitos societarios, 1995, 46.

<sup>63</sup> PÉREZ VALERO, El delito societario de falsedad, 2001, 271.

de hecho válido para todos los delitos societarios, sino que el contenido de dicha noción vendrá impuesto por la estructura de la conducta típica de cada uno de los delitos”<sup>64</sup>; “La razón por la que la ley ha decidido extender el castigo a dichos administradores de hecho es, precisamente, la especial relación de estos con el bien jurídico, la cual permite afirmar que los mismos se hallan en condiciones de lesionarlo; esto es así, porque estamos ante un delito especial propio, que se caracteriza por el dominio que los sujetos activos ejercen sobre la concreta estructura social en la que el bien jurídico se halla necesitado de protección y el Derecho penal, a través de semejantes tipos, protege”<sup>65</sup>.

PÉREZ VALERO<sup>66</sup> acaba afirmando que ha sido un error, por inútil y distorsionador, incluir la administración de hecho en el ámbito del art. 290 CP; el motivo es porque es complicado que un sujeto inmerso en la sociedad pueda llevar a cabo una conducta susceptible de ser castigada por el art. 290 CP si no se es administrador.

Yo estoy totalmente de acuerdo con esta posición, si bien, a diferencia de PÉREZ VALERO, atiendo a que se trata de un delito de dominio y no de infracción de deber cuyas diferencias ya se expusieron anteriormente. Considero correcta esta valoración porque efectivamente es competencia exclusiva de los administradores de una sociedad el manejo de la documentación social y por tanto una regulación tan clara al respecto provoca que el concepto funcional de administrador de hecho sea superfluo a los efectos de este precepto, y no solo porque prescinde de la especial cualidad otorgada por la ley a los administradores de derecho sino también porque solo éste será el que pueda afectar los bienes jurídicos «funcionalidad del documento» y «patrimonio». Otra cosa es que el tipo tendría que haber previsto a otros sujetos a través de los cuales los bienes jurídicos quedasen potencialmente afectados. Podría ser el caso del Secretario de la Junta General, quien es el que tiene la capacidad de certificar los acuerdos tomados en Junta y con cuya firma serán validados para inscribirse en el registro mercantil. Por tanto, de *lege ferenda*, los sujetos activos tendrían que verse ampliados<sup>67</sup> porque además parece

---

<sup>64</sup> PÉREZ VALERO, El delito societario de falsedad, 2001, 248.

<sup>65</sup> PÉREZ VALERO, El delito societario de falsedad, 2001, 297.

<sup>66</sup> PÉREZ VALERO, El delito societario de falsedad, 2001, 310.

<sup>67</sup> RODRÍGUEZ MOURULLO, Estudios de Derecho penal económico, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, 55. “En efecto, respecto al secretario no consejero sucede que, salvo que se fuerce en exceso el tenor del tipo y se le considere un “administrador de hecho”, no es en este caso un administrador, requisito exigido por el tipo para ser sujeto activo del delito, por lo que a lo sumo podría resultar partícipe necesario en la falsedad del sujeto cualificado. Tampoco ello sería posible aquí, dado que el presidente no es el que redacta el acta ni el que firma como autor de la misma, función que corresponde al secretario (art. 99 Reglamento del Registro Mercantil), y dado que la mera función de dar el “visto bueno” no puede equivaler en intensidad y en responsabilidad a la función propia de documentación. Recuérdese que

claro que el legislador pensó en las cuentas anuales pero no en los demás documentos que parece quería incluir a través de la cláusula inclusiva de todos aquellos documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la empresa.

CÓRDOBA RODA y GARCÍA ARÁN también se pronuncian al respecto y, si bien afirman en primer lugar que a efectos penales es indiferente la posición que el “administrador” posea en el seno del organigrama empresarial, o que no posea ninguna, ya que para su consideración como autor lo importante es que materialmente pueda tener el dominio de la situación, se comporte como tal, lo que también evidencian es la posibilidad de que los delitos societarios sean cometidos por un administrador de hecho, pero advierten cómo parece más difícil admitir la idea de que este delito sea cometido por estos últimos. En consecuencia, apuntan que: “la referencia a los mismos, que por lo general es redundante, aquí es prácticamente vacua. Es obvio que los sujetos que pueden intervenir a título de autores, no son cualesquiera que materialmente puedan cometer la falsedad descrita, puesto que si así fuera no estaríamos ante un delito especial. Sólo pueden ser autores de esta falsedad contable quienes puedan ofrecer la necesaria credibilidad de la que deben gozar ciertos documentos, capacidad que sólo puede estar vinculada al cargo formal que ostentan”<sup>68</sup>.

Igualmente NÚÑEZ CASTAÑO se hace eco de esta cuestión en relación a los delitos de infracción de deber que ella acepta, advirtiendo cómo en ocasiones, “algunos bienes jurídicos no están destinados a la realización de funciones generales sino específicas y, por lo general, estrictamente normativizadas, de modo que las posibilidades de uso de tales bienes jurídicos se encuentran notablemente restringidas. Estos bienes jurídicos no se encuentran en el espacio social abierto a todos, pues únicamente pueden desempeñar su concreta y específica función social dentro de determinadas, limitadas y, por ello, “cerradas” estructuras sociales”<sup>69</sup>. Esto da lugar a que una equiparación total entre administrador de hecho y de derecho no sea correcta<sup>70</sup>.

---

estamos ante una falsedad ideológica que sería solo relevante respecto a lo que el documento prueba, y el documento sólo hace prueba respecto a los datos comprobados por quien tiene un específico deber mercantil de reflejar lo acaecido”.

<sup>68</sup> CUGAT MAURI, Los delitos societarios, en: CÓRDOBA RODA/ GARCÍA ARÁN (Dirs.), Comentarios al Código penal, Parte Especial, t. I, Marcial Pons, Madrid, 2004, 1092.

<sup>69</sup> NÚÑEZ CASTAÑO, Responsabilidad penal de la empresa, 2000, 63.

<sup>70</sup> NÚÑEZ CASTAÑO, Responsabilidad penal de la empresa, 2000, 75.

Debemos recordar que se está tratando un delito especial en sentido estricto<sup>71</sup>, y en este sentido sólo puede falsear la información social quienes estén en la esfera del objeto (ya sea porque lo redacta o porque lo puede inscribir en el registro mercantil), que es el que será garante de éste “por lo que castigar al *extraneus* es tanto como desnaturalizar un delito en el que la autoría se halla seriamente limitada por criterios formales”<sup>72</sup>. Como ya he mencionado, el CCom y la LSC son claros con respecto a quiénes son responsables de las cuentas anuales. Sobre los demás documentos, como se ha expresado, existen algunos que deben ser redactados por los administradores y otros que no siendo redactados por ellos los deben inscribir.

Por todo lo anterior, y concluyendo, siendo claras las funciones que el ámbito mercantil otorga a los administradores en relación a los documentos sociales que son objeto material del art. 290 CP, no se pueden desatender. Se trata este de un ámbito legalmente cerrado y acotado a los administradores de derecho por lo que se debe hacer necesariamente una interpretación restrictiva de los administradores de hecho en este tipo<sup>73</sup> porque lo relevante es que el sujeto pueda (jurídicamente) realizar la conducta típica. Por tanto, los supuestos de administración de hecho serían los de: nombramiento de un administrador sin publicidad, administradores sobre los que pesa una causa de prohibición o incompatibilidad, y administradores con cargo caducado que a pesar de esa circunstancia continúan ejerciendo la administración.

\* \* \* \* \*

---

<sup>71</sup> En el sentido de los delitos de posición institucional GÓMEZ MARTÍN, en: SILVA SÁNCHEZ/MIRÓ LLINARES (Dirs.), *Práctica penal económico*, 2013, 425.

<sup>72</sup> PÉREZ VALERO, *El delito societario de falsedad*, 2001, 274.

<sup>73</sup> También otorga un concepto restrictivo de administrador de hecho para la administración desleal CASTRO MORENO, *Administración desleal*, 1998, 239 ss.

## Prof. María Jesús Muñoz Company

Abogada Fiscal Sustituta adscrita a la Fiscalía de la Audiencia Provincial de Alicante.  
Prof. Asociada, Univ. de Murcia. Socia de la FICP.

### ~Codelincuencia. Concepto y análisis de su tratamiento jurisprudencial. Diferenciación de esta figura de la organización y del grupo criminal, introducidos por la Ley Orgánica 5/2010~

**Resumen.-** Dentro de las formas de autoría, la codelincuencia ha ido tomando protagonismo, hasta desembocar en formas de actuación conjunta que van más allá de la mera coautoría, acercándose a las redes criminales y a la delincuencia organizada. Por eso, es interesante analizar esta evolución y diferenciar las nuevas figuras de grupo criminal y de organización criminal de aquella, tal y como ha hecho la más reciente Jurisprudencia del Tribunal Supremo.

#### I. INTRODUCCIÓN

El artículo 28 del Código Penal, dentro del Título II, del Capítulo VI del Libro I, dispone, en su primer párrafo, que “*son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento*”, por lo que legalmente, los coautores son auténticos autores del hecho delictivo<sup>1</sup>. En el Texto Refundido del Código Penal, publicado por Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, no se recogía la posibilidad de una autoría conjunta, o coautoría, definiéndose como autores en el artículo 14 a aquellos a que toman parte directa en la ejecución del hecho. La mención expresa de la realización conjunta del hecho como forma de autoría, se recoge por primera vez en el citado artículo 28, aunque con anterioridad al mismo la Jurisprudencia<sup>2</sup> ya hablaba de la “*societas sceleris*” como forma de autoría conjunta, produciendo la responsabilidad penal de todos los copartícipes hasta donde llega el acuerdo. DEL ROSAL<sup>3</sup> analiza la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 1953 en la que se analizaba la comisión por dos Agentes de la Guardia Civil de un delito de imprudencia temeraria, por causar la muerte a una persona, al dispararse el arma reglamentaria de uno de ellos. El Tribunal Supremo ya introduce un elemento subjetivo en esta forma de autoría cuando habla de que “*la unión de varias personas bajo el impulso de propósitos comunes para desarrollar juntas sus actividades delictivas, produce ciertamente un caso de codelincuencia según la doctrina científica y la*

---

<sup>1</sup>GARCIA DEL BLANCO, Victoria y GUTIERREZ RODRÍGUEZ, María, El caso Alakrana: un ejemplo de la inadmisibile sobrevaloración del mutuo acuerdo en la coautoría. Uned. Revista de Derecho Penal y Criminología, 3ª Epoca, nº 7 (2012). P. 267.

<sup>2</sup> STS de 9 de octubre de 1992. Ponente: Delgado.

<sup>3</sup> DEL ROSAL Juan, Sobre la Delincuencia Culposa. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo 6. Fasc/Mes 3, pp. 529-536. 1953.

jurisprudencial de esta Sala”. El profesor ANTÓN ONECA<sup>4</sup> ya afirmaba entonces, que la distribución de distintos papeles en la obra criminal concertada, no destruye, sino afirma, la unidad de acción y la culpabilidad común.

La codelinquencia supone la realización compartida por varios sujetos de la acción típica, y esta forma de actuar ha evolucionado desde incluso antes de que existiera una definición legal expresa en nuestro Código Penal, hasta la actualidad, en la que, apoyados en los grandes avances tecnológicos, la actuación conjunta delictual ha derivado en verdaderas organizaciones criminales especializadas, hasta el punto de que se encuentran recogidas en dicho texto legal, como nuevas figuras delictivas. Conviene, por tanto, diferenciar la codelinquencia de los grupos y de las organizaciones criminales.

## II. CODELINCUENCIA

### 1. Definición y elementos.

Como ya hemos visto, en el artículo 28 del Código Penal, se recoge la codelinquencia o coautoría, como la realización conjunta del hecho. Como afirma BUSTOS<sup>5</sup> el coautor es autor, por lo que deberá reunir todas las cualidades propias de éste. Debemos analizar muy someramente, en este punto, las diversas teorías que se han mantenido doctrinalmente, con respecto al concepto de autor.

La doctrina española se ha encontrado dividida entre la teoría objetivo-formal y la objetivo-material de dominio del hecho. La primera considera que autor es aquel que ejecuta por sí mismo total o parcialmente, las acciones descritas en los distintos tipos penales<sup>6</sup>. Como defensores de esta teoría podemos citar a GIMBERNAT-ORDEIG; VIVES ANTÓN; RODRÍGUEZ MOURULLO; QUINTERO OLIVARES, entre otros. La segunda, de origen alemán<sup>7</sup>, desarrollada principalmente por ROXIN<sup>8</sup>, considera autores a quienes dominan el hecho. WELZEL consideró que tiene el dominio del hecho quien mediante la dirección consciente y final del curso causal hacia el resultado típico, es señor sobre la realización del tipo<sup>9</sup>; destacando los siguientes autores como partidarios de esta

---

<sup>4</sup> DEL ROSAL, op.cit. p. 532.

<sup>5</sup> BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Obras completas. Tomo I. Derecho Penal. Parte General. Ed. ARA Editores. 2004. P. 1079.

<sup>6</sup> SOTA SÁNCHEZ, Percy Andrés. Análisis dogmático y jurisprudencial respecto a la coautoría como dominio funcional del hecho. Revista Derecho y Cambio Social. 2005. P. 2.

<sup>7</sup> En 1939 WELZEL enlaza por primera vez, la idea del dominio funcional del hecho con la doctrina de la acción.

<sup>8</sup> Esta teoría la desarrolló en su obra “Täterschaft und Tatherrschaft”, traducida al español por Cuello Contreras y Serrano González de Murillo: “Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal”. 1998.

<sup>9</sup> SOTA SÁNCHEZ, op. cit. p.7.

doctrina: CEREZO MIR; GÓMEZ BENÍTEZ; HERNÁNDEZ PLASENCIA y PÉREZ ALONSO. También se han seguido teorías subjetivas, en cuanto a que dan primacía a la intención o el interés del sujeto en la realización o no de la conducta delictiva. Así, la teoría del ánimo, que distingue entre “*animus auctoris*” y “*animus socii*” para distinguir entre aquellos que actúan o quieren el hecho como autor, de aquellos que los hacen como partícipe.

En la codeinencia se ha mantenido de forma unánime por la doctrina, que ha de concurrir una aportación causal y eficaz en la ejecución de los hechos<sup>10</sup>, y así BACIGALUPO<sup>11</sup> sostiene que: “para la coautoría es decisivo una aportación objetiva al hecho por parte del coautor. Sólo mediante esta aportación se puede determinar si el partícipe tuvo o no el dominio del hecho y, en consecuencia, si es o no coautor. La aportación objetiva que determina la existencia de un co-dominio del hecho cada vez que el partícipe haya aportado una contribución al hecho total, en el estadio de la ejecución, de tal naturaleza que sin ella no hubiera podido cometerse.” Y MIR PUIG<sup>12</sup> sostiene que lo acertado es considerar como coautores no sólo a aquellos que ejecuta el sentido formal los elementos del tipo, sino también a todos aquellos que aporten una parte esencial de la realización del plan durante la fase ejecutiva.

De estas aportaciones doctrinales apuntadas, ya podemos deducir los elementos que tanto la doctrina como la Jurisprudencia, considera necesarios en la codeinencia. En primer lugar, un elemento de carácter subjetivo: el acuerdo conjunto o mutuo acuerdo; y, en segundo lugar una contribución de carácter objetivo por parte del coautor, que es lo que se conoce doctrinal y jurisprudencialmente, como el dominio funcional del hecho.

En cuanto al mutuo acuerdo, o “*pactum scaeleris*”, consiste en la transmisión recíproca de conocimientos entre los diferentes coautores sobre la realización de una determinada conducta para la consecución de un objetivo común<sup>13</sup>. No es necesario que concurra un acuerdo formal y expreso entre los diversos sujetos, sino que basta con la confluencia tácita de voluntades entre ellos. Igualmente, puede concurrir en un momento previo a la realización de la acción, o, durante la realización del hecho. El

---

<sup>10</sup> SERRANO GÓMEZ, Alfonso. La coautoría en el Código Penal a través de un supuesto de tentativa de homicidio. Revista de Derecho UNED, núm. 7, 2010. P. 623.

<sup>11</sup> BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. Principios de Derecho Penal. Parte General. Madrid. Ed. Akal. 1997. P. 366

<sup>12</sup> MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal. Parte General. Barcelona. Ed. Reppertor, 2010. P. 397.

<sup>13</sup> GARCIA DEL BLANCO, Victoria/GUTIERREZ RODRÍGUEZ, María, op. cit. p. 270.



mutuo acuerdo debe referirse a la realización conjunta, es decir, a la realización compartida mediante un reparto de papeles en la ejecución de los hechos, así los coautores no realizan todos y cada uno de ellos de propia mano, todos los actos del tipo, sino que se reparten la ejecución del mismo. En virtud de este acuerdo mutuo, los distintos sujetos conocerán tanto cual es su función en el reparto previo de tareas, como cual es la de los demás intervinientes en la realización conjunta del hecho. Este elemento de carácter subjetivo es muy importante, hasta el punto como veremos al analizar la Jurisprudencia, de que ésta se basaba al principio, únicamente en él para determinar si nos encontrábamos o no ante un supuesto de coautoría. Sin embargo, actualmente la doctrina relativiza su importancia, al tiempo que la Jurisprudencia considera que se trata de un elemento más de la codelincuencia pero no el único. Ejemplo de la relativización de la importancia de este elemento es GARCÍA DEL BLANCO<sup>14</sup>, que entiende que sólo es una forma de obtener datos del entorno objetivo y subjetivo en el que cada interviniente actúa, sin que aporte un mayor desvalor a la conducta de cada uno de los coautores que hubieran adquirido los mismos conocimientos por una vía distinta.

Por lo que se refiere al elemento objetivo, o dominio funcional del hecho, en cuanto a la existencia de la aportación de una acción por parte de cada uno de los coautores, durante la fase de ejecución del delito, debiendo tratarse de la aportación de un elemento esencial para la realización del propósito común. Será coautor quien realice una parte necesaria de la ejecución del plan global. MUÑOZ CONDE<sup>15</sup> afirma que lo decisivo en la coautoría es que el dominio del hecho lo tienen varias personas que, en virtud del reparto funcional de papeles, asumen por igual la responsabilidad de su realización, debiendo considerarse las diversas contribuciones como un todo, atribuyéndose el resultado total a cada coautor, independientemente de la entidad material de su intervención. El dominio funcional del hecho representa un proceder bajo condiciones de división del trabajo, en el marco del cual los coautores ejercitan una medida equivalente de dominio de hecho<sup>16</sup>. Este elemento es muy útil a la hora de delimitar la figura de la coautoría o codelincuencia de las formas de participación, dado que no serán coautores aquellos que no dominan conjuntamente el hecho, dado que no realiza ningún acto de dominio sobre el hecho típico. Ahora bien, es necesario analizar

---

<sup>14</sup> GARCIA DEL BLANCO, Victoria. La Coautoría en Derecho Penal. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2006, pp. 636 y ss.

<sup>15</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. Teoría General del Delito. Ed. Temis S.A. 1999, p. 157.

<sup>16</sup> SOTA SÁNCHEZ, op.cit. p. 10

en cada caso concreto, la concreta contribución de cada uno de los sujetos para evitar que les sean imputables posibles excesos no abarcados por la acción conjunta. De los excesos de un coautor respecto de lo acordado y no abarcado por el dolo de los demás coautores, no responderán éstos. Es claro que no se excluye el carácter de coautor en los casos de decisiones de alguno de aquellos, siempre que estas decisiones se den en el marco habitual de los hechos realizados, es decir, que de acuerdo con las circunstancias del caso concreto, no se puedan considerar imprevisibles (las decisiones adoptadas) para los diversos partícipes.

Por lo tanto, la codelincuencia se caracteriza desde el plano subjetivo, por una decisión conjunta de los autores que permite engarzar las respectivas actuaciones enmarcadas dentro de la división de funciones que se hubiere acordado previamente; y, desde el plano objetivo, porque las acciones de los autores deben estar enmarcadas en la fase de ejecución del delito.

## 2. Clases.

Tanto la doctrina como la Jurisprudencia han distinguido varias clases de coautoría o codelincuencia:

- Coautoría Alternativa: se dice que existe cuando los intervinientes en el plan común acuerdan realizar el delito, pero en el momento de realizar las diversas tareas, sólo uno de ellos será el idóneo y realizará por completo el tipo penal.<sup>17</sup> Se trataría de aquellos supuestos en los que los coautores hacen su propio aporte potencial idóneo para la comisión típica, pero que finalmente es ejecutada por uno de ellos, sin intervención de los demás. Considero que no nos encontramos ante un supuesto de coautoría por no existir intervención o actuación efectiva de los diversos sujetos, sino de uno solo de ellos, por lo que, atendiendo a las concretas circunstancias de cada caso, podría tratarse de algunas de las formas de participación, pero no de un supuesto de codelincuencia.
- Coautoría Accesoría: se dice que existe cuando dos o más personas, sin común acuerdo, actuando cada una de forma independiente de la otra, producen un resultado típico<sup>18</sup>. Tampoco en este caso considero que se trate de un supuesto de codelincuencia o coautoría porque faltaría uno de los elementos que hemos

---

<sup>17</sup> SOTA SÁNCHEZ, op.cit. p. 19.

<sup>18</sup> SOTA SÁNCHEZ, op. cit. p. 21.

analizado con anterioridad, el mutuo acuerdo entre los diversos sujetos, que, aunque se haya relativizado por la doctrina su importancia, sí que es constante la Jurisprudencia en admitir que es uno de los elementos fundamentales para la existencia de esta figura.

- Coautoría Aditiva, o participación adhesiva o sucesiva, como también la ha denominado el Tribunal Supremo<sup>19</sup>, en las que se considera suficiente que el pacto surja durante la ejecución, o cuando alguien suma su actuación a la ya realizada por otro con el fin de lograr la conclusión de un delito cuyos actos ejecutivos ya habían sido parcialmente realizados por el segundo de ellos. Así, el Tribunal Supremo exige como requisitos para que concurra esta clase de coautoría, los siguientes: que alguien hubiera dado comienzo a la ejecución del delito; que posteriormente otro u otros ensamblen su actividad a la del primero, para lograr la consumación del delito cuya ejecución había sido iniciada por aquel; que quienes intervengan con posterioridad ratifiquen lo ya realizado por quien comenzó la ejecución del delito, aprovechándose de la situación previamente creada por él, no bastando el simple conocimiento; y, que cuando intervengan los que no hayan concurrido a los actos de iniciación, no se hubiese producido la consumación, puesto que quien interviene después, no puede decirse que haya tomado parte en la ejecución del hecho.

Entra dentro de esta clase de coautoría lo que la Jurisprudencia ha denominado como “dolo compartido”, o coincidencia de voluntades dirigidas a una misma finalidad, en la que los coautores suman conscientemente sus actos en función de una finalidad objetiva común manifestada en la acción.

### **3. Diferenciación entre codelinuencia, complicidad y cooperación necesaria.**

Como ha destacado la Jurisprudencia<sup>20</sup>, en la codelinuencia no es necesario que cada coautor ejecute por sí mismo, los actos materiales integradores del núcleo del tipo, dado que a la realización del mismo se llega conjuntamente, por la agregación de las diversas aportaciones de aquellos. En consecuencia, a través del desarrollo del acuerdo previo y del condominio funcional del hecho, cabe integrar en la coautoría, como realización conjunta del hecho, aportaciones ajenas al núcleo del tipo, como la de quienes planifican, organizan y dirigen a distancia la operación, sin intervenir

<sup>19</sup> STS 29-3-93; 24-3-98; 26-7-00; 12-7-14; 12-3-15.

<sup>20</sup> STS de 12 de marzo de 2015. BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE.

directamente en su ejecución. Por ello, es necesario diferenciar estas conductas de las de cooperación necesaria y de la complicidad.

Así, será coautor quien dirija su acción a la realización del tipo con dominio en la acción, que será funcional si existe la división de funciones entre los intervinientes, pero todas con ese dominio de la acción característico de la autoría, y existe cooperación necesaria cuando se colabora con el ejecutor directo aportando una conducta sin la cual el delito no se habría cometido (teoría de la "condictio sine qua non"), cuando se colabora mediante la aportación de algo que no es fácil de obtener de otro modo (teoría de los bienes escasos) o cuando el que colabora puede impedir la comisión del delito, retirando su concurso (teoría del dominio del hecho), pero, en todo caso, será necesario que este participe en la acción del autor material se hubiese representado no solo la posibilidad sino aún la probabilidad de que en el "iter" realizado por éste pudiese llegar a la comisión del delito en cuestión, siendo necesario por tanto cuando menos la concurrencia del dolo eventual<sup>21</sup>.

El cómplice es un auxiliar del autor, que carece del dominio del hecho, pero que contribuye a la producción del fenómeno delictivo a través del empleo anterior o simultáneo de medios, físicos o síquicos, conducentes a la realización del proyecto, participando del común propósito mediante su colaboración voluntaria realizando actos considerados secundarios. Colabora mediante una "acción favorecedora" pero que eleva el riesgo de la producción del resultado. La complicidad requiere el concierto previo o por adhesión ("pactum scaeleris"); la conciencia de la ilicitud del acto proyectado ("consciencia scaeleris"); la voluntad de participar contribuyendo a la consecución del acto conocidamente ilícito ("animus adiuvandi") y la aportación de un esfuerzo propio, de carácter secundario o auxiliar. Para que exista complicidad han de concurrir dos elementos: uno objetivo, consistente en la realización de unos actos relacionados con los ejecutados por el autor del hecho delictivo, que reúnan los caracteres ya expuestos; y otro subjetivo, consistente en el necesario conocimiento del propósito criminal del autor y en la voluntad de contribuir con sus hechos de un modo consciente y eficaz a la realización de aquel.

Se diferencia de la coautoría en la carencia del dominio funcional del acto y de la cooperación necesaria en el carácter secundario de la intervención, sin la que la acción

---

<sup>21</sup> SSTs. 114/2015, de 12.3; 23/2015 de 4.2; 158/2014, de 12.3; 927/2013, de 11.12; 776/2011, de 20.7; 391/2010 de 6.5

delictiva se podría haber realizado de igual forma.<sup>22</sup> Para la distinción entre cooperación necesaria y complicidad, entre la teoría del dominio del hecho y la de la relevancia, la Jurisprudencia se ha decantado a favor de esta última, que permite a su vez distinguir entre coautores y cooperadores necesarios, visto que el dominio del hecho depende no solo de la necesidad de la aportación para la comisión del delito, sino también del momento en que la aportación se produce, de forma que el que hace una aportación decisiva para la comisión del delito en el momento de la preparación, sin participar luego directamente en la ejecución, no tiene, en principio, “el dominio del hecho”, siendo partícipe necesario, pero no coautor.<sup>23</sup>

### III. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

La fundamentación utilizada por el Tribunal Supremo para afirmar la responsabilidad penal de cada uno de los que considera coautores ha evolucionado desde la aplicación de la teoría del acuerdo previo hasta la teoría del dominio del hecho mantenida actualmente en la práctica unanimidad de sus sentencias, si bien con algunas variaciones.<sup>24</sup>

La teoría del acuerdo previo sostiene la responsabilidad como coautores de un delito de todos aquellos sujetos que se hubieran concertado previamente para la comisión de aquel, sin exigir ningún otro requisito; resultando así irrelevante el hecho de que cada uno de ellos realizara o no una aportación material en la comisión del ilícito penal. Muy criticada por la doctrina esta teoría, fue dejando paso en los años 80 y, sobre todo, a partir de la década de los 90, a la teoría de que el acuerdo previo es uno de los requisitos de la coautoría, pero no el único, siendo necesaria la presencia de elementos objetivos, como son una aportación a la ejecución por parte de cada uno de los sujetos, que exteriorice el dominio funcional del hecho, o el condominio del mismo, como recoge la Sentencia de 14 de diciembre de 1998. La teoría objetivo-material del dominio del hecho acapara los fundamentos jurídicos de la Jurisprudencia en esta materia, teoría que se afianza con la incorporación de la mención expresa de la realización conjunta del hecho en el artículo 28 del Código Penal por el legislador de 1995. Así, para afirmar la coautoría, se considera necesario que exista un mutuo acuerdo entre los coautores y que, además cada coautor lleve a cabo una aportación al desarrollo

---

<sup>22</sup> STS de 29 de diciembre de 2014. CONDE-PUMPIDO TOURÓN.

<sup>23</sup> STS de 12 de marzo de 2015. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE.

<sup>24</sup> GARCÍA DEL BLANCO, Victoria/GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, María, op. cit. p. 275.

del suceso que le confiera el denominado dominio funcional del hecho. La constatación de estos requisitos implicará la imputación recíproca de las aportaciones entre los coautores y, por tanto, la responsabilidad de cada uno de ellos por el hecho realizado.

La Jurisprudencia, por tanto, basa el concepto de codelincuencia en el “*pactum scaeleris*” entre los diversos coautores del hecho delictivo, que ha de ir acompañado de los siguientes requisitos:

1. Que alguno de ellos hubiera dado comienzo a la ejecución del delito.
2. Que posteriormente otro u otros ensamblen su actividad a la del primero para lograr la consumación del delito cuya ejecución había sido iniciada por aquel.
3. Que quienes intervengan con posterioridad ratifiquen lo ya realizado por quien comenzó la ejecución del delito aprovechándose de la situación previamente creada por éste, no bastando el simple conocimiento.
4. Que cuando intervengan los que no hubieren concurrido a los actos de iniciación ya no se hubiese producido la consumación, puesto que quien interviene después no puede decirse que haya tomado parte en la ejecución del hecho.
5. Que haya existido una común y unitaria resolución de todos los partícipes para llevar a efecto la coautoría, siendo esencial la unidad de conocimiento y la voluntad de aquellos como elemento subjetivo, junto al objetivo de la puesta en práctica de la acción conjunta, debiendo tener la actuación de cada uno, la entidad e importancia precisas que definan el delito.
6. Que concurra el dolo en cada uno de los sujetos, ya sea dolo directo o dolo eventual, estableciendo el acuerdo de voluntades entre todos los sujetos un vínculo de solidaridad penal que les hace partícipes con igual grado de responsabilidad, cualquiera que sea la función o cometido que a cada uno de ellos se les asigne.

La Jurisprudencia actual por tanto, rompe con la idea de que la existencia de un acuerdo previo convierte a los diversos partícipes en coautores, pues conllevaría a un criterio extensivo del autor y calificaría como tal a toda forma de participación concertada, sin tener en cuenta el aporte objetivamente realizado al delito en cuestión. Por este motivo, se ha acercado más a un concepto de autoría fundado en la noción del dominio del hecho, para el que resulta decisivo, en relación a la determinación de si ha

tomado parte directa en la realización del hecho típico, la posición ocupada por el partícipe en la ejecución del hecho.

#### **IV. DIFERENCIA ENTRE CODELINCUENCIA, ORGANIZACIÓN CRIMINAL Y GRUPO CRIMINAL, ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL.**

La Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, introdujo un nuevo Capítulo VI en el Título XXII, dentro del Libro II del Código Penal, compuesto por los artículos 570 bis, 570 ter y 570 quáter, en respuesta a la lucha contra la criminalidad organizada, que ha visto incrementada de forma muy importante su actuación tanto en el ámbito nacional como en el transnacional, siendo necesaria una regulación uniforme entre los distintos estados miembros de la Unión Europea para poder combatirla de una forma más eficaz y eficiente.

La Fiscalía General del Estado<sup>25</sup> ha establecido unas pautas a partir de las cuales considera que nos encontramos ante el crimen organizado. Así, si se dan como mínimo seis de estos indicadores, se considerará delincuencia organizada: existencia de un grupo de personas más o menos numeroso; actuación prolongada en el tiempo; comisión de actos delictivos graves, con métodos complejos de ejecución y uso de altas tecnologías; actuaciones transnacionales o intensa movilidad dentro del territorio del Estado; uso sistemático de la violencia o de la intimidación grave; utilización de instrumentos jurídicos legales para crear estructuras económicas o comerciales; blanqueo de capitales; influencias sobre cargos públicos o personas que desempeñen sus funciones en la esfera política, medios de comunicación, funcionarios públicos y/o de la Administración de Justicia mediante la corrupción; y, finalidad primordial de obtención continuada de beneficios económicos o de cualquier forma de influencia social, política o económica.

Estas actuaciones se caracterizan sobre todo, por la actuación conjunta de varios sujetos que, puestos de común acuerdo y guiados por un ánimo de cometer un ilícito penal, participan en la realización del hecho delictivo; por ello conviene diferenciar lo que en el ordenamiento jurídico español se considera organización y grupo criminal, después de la citada reforma del Código Penal, de los supuestos de codelincuencia.

---

<sup>25</sup> Circular 2/2011 de la Fiscalía General del Estado sobre la reforma del Código Penal por Ley Orgánica 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales, p. 3

El artículo 570 bis define la organización criminal como *“la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos, así como la perpetración reiterada de faltas.”* Las notas características de la organización criminal son pues la existencia de una pluralidad subjetiva (más de dos personas), que se asocia para la realización de una determinada actividad; de una estructura más o menos compleja en función del tipo de actividad prevista, debiendo existir una estructura jerárquica y disciplinaria, con sometimiento de sus miembros a las decisiones de los superiores; una consistencia o permanencia y con un fin que se centra en la comisión de delitos como producto de una “voluntad colectiva”<sup>26</sup>, superior y diferente a la voluntad individual de cada uno de sus miembros.

Por grupo criminal se entiende según dispone el artículo 570 ter: *“la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos o la comisión concertada y reiterada de faltas.”* Se trata de una figura de carácter residual frente a la de la organización criminal, ya que comparte con ella el hecho de estar formada por la unión de más de dos personas y por tener como finalidad la comisión concertada de delitos o la perpetración reiterada de faltas; pero, puede permanecer estable cierto tiempo en función del tipo de la infracción criminal a la que oriente su actividad delictiva careciendo de una estructura organizativa perfectamente definida, o bien puede contar con una estructura organizativa interna pero carecer de estabilidad, por no perpetuarse en el tiempo. Lo decisivo es la existencia de concierto entre una pluralidad de personas para el desarrollo de un proyecto criminal, lo que posibilita el desarrollo de un plan delictivo de manera independiente de las personas que integran dicho proyecto, ya que es esto lo que dificulta la prevención y la persecución de los delitos cometidos por el grupo criminal y agrava el daño ocasionado por su actividad.<sup>27</sup>

Como se puede deducir de las definiciones que hemos dado, lo que la reforma ha pretendido ha sido aportar unos instrumentos útiles para la lucha contra la delincuencia organizada<sup>28</sup>, siendo la organización criminal para la lucha contra la delincuencia organizada transnacional, caracterizada por la profesionalización, tecnificación e

---

<sup>26</sup> Circular 2/2011 P. 11

<sup>27</sup> Circular 2/2011 P. 21

<sup>28</sup> STS 576/2014, de 18 de julio. CONDE-PUMPIDO TOURON.



integración en estructuras legales económicas, sociales e institucionales; y el grupo criminal, para la pequeña criminalidad organizada de ámbito territorial más limitado y cuyo objetivo es la realización de actividades delictivas de menor entidad. (STS 855/2013 y 950/2013).

Los criterios que permiten diferenciar la existencia de una organización o grupo criminal de los supuestos de codelinquencia o ejecución del delito por una pluralidad de personas, son los siguientes<sup>29</sup>:

- El acuerdo de voluntades ha de contar con una anticipación temporal a la ejecución de los concretos delitos programados y ha de estar dotado de cierta continuidad temporal, superior a la simple u ocasional consorciabilidad para la comisión de un delito.
- La trascendencia del acuerdo de voluntades ha de ir más allá del concreto hecho ilícito que se vaya a cometer.
- Debe existir una distribución concreta de tareas a desarrollar.
- Debe existir una mínima estructura criminal, presidida por la idea de coordinación adecuada a la actividad criminal programada.
- Y, como tal organización o grupo criminal, deben emplearse los medios que sean más idóneos a los planes de los mismos.

La Jurisprudencia ha delimitado sobre todo las instituciones de grupo criminal y codelinquencia, que son más similares, dado que la organización criminal tiene su ámbito de actuación sobre todo en delincuencia organizada internacional y operaciones criminales de gran envergadura. Así, entiende que para realizar dicha diferenciación hay que atender a lo dispuesto en la Convención de Palermo: la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 15 de noviembre de 2000<sup>30</sup>. En dicha Convención se define el grupo organizado como aquel que no se ha formado

---

<sup>29</sup> Circular 2/2011. P. 25

<sup>30</sup> En el artículo 2 de la citada Convención de Palermo se establecen las siguientes definiciones:

- En el apartado a) por “grupo delictivo organizado” se entenderá un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material.
- En el apartado c) por “grupo estructurado” se entenderá un grupo no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en el que no necesariamente se haya asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni haya continuidad en la condición de miembro o exista una estructura desarrollada.

fortuitamente para la comisión inmediata de un hecho delictivo. Tanto la organización como el grupo están predeterminados a la comisión de una pluralidad de hechos delictivos; por ello, cuando se forme una agrupación de personas para la comisión de un delito específico nos encontraremos ante un supuesto de codelincuencia, en el que no procede aplicar las figuras de grupo ni de organización. Así lo ha reconocido la doctrina jurisprudencial posterior a la reforma, STS 544/2012, de 2 de julio y STS 719/2013, de 9 de octubre, entre otras, que señalan que no puede conceptuarse como organización criminal la ideación y combinación de funciones entre varios partícipes para la comisión de un solo delito, por lo que ha de valorarse en cada caso la finalidad del grupo u organización. La inclusión en el Código Penal de los artículos 570 bis y ter confirma esta determinación del legislador, pues los tipos legales definen las organizaciones y grupos criminales como potenciales agentes de plurales delitos, y no solamente de uno<sup>31</sup>, como ocurre en los supuestos de codelincuencia.

Interpretando la norma penal en relación con la citada Convención de Palermo, la codelincuencia, acaba afirmando la STS 309/2013, se apreciaría en los casos de agrupaciones o uniones de sólo dos personas, o cuando estando integradas por más de dos personas, se hubiera formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito, es decir, de forma esporádica u ocasional.<sup>32</sup> Tanto la organización como el grupo criminal están predeterminados para la comisión de una pluralidad de hechos delictivos. Por ello, cuando se forme una agrupación de personas para la comisión de un delito específico, nos encontraremos ante un supuesto de codelincuencia, en el que no procede aplicar las figuras de grupo ni de organización.<sup>33</sup>

## V. CONCLUSIONES

Como hemos podido analizar, la figura de la codelincuencia ha sufrido una evolución muy importante desde su reconocimiento como realización conjunta del hecho delictivo por varios sujetos, en el artículo 28 del Código Penal. Nos encontramos ante supuestos de dolo compartido, en los que los distintos autores, puestos de acuerdo y guiados por esa idéntica voluntad y ese mismo conocimiento de estar cometiendo un ilícito penal, actúan, ya en el mismo momento, ya de forma sucesiva, y consuman los hechos. La realización conjunta de estos, sólo requiere que los coautores sumen

---

<sup>31</sup> STS 576/2014, de 18 de julio. CONDE-PUMPIDO TOURON.

<sup>32</sup> STS 575/2014, de 17 de julio. SORIANO SORIANO.

<sup>33</sup> STS 787/2014, de 26 de noviembre. MARTÍNEZ ARRIETA.

conscientemente sus actos en función de una finalidad objetiva común manifestada en su acción, respondiendo cada uno de ellos por la totalidad del hecho, con los problemas de prueba que ello conlleva a la hora de poder imponer la pena correspondiente a los ilícitos penales realizados.

La delincuencia organizada es un escalón superior al de la codelinquencia, y ello se aprecia en los requisitos que se han establecido tanto en el derecho internacional como en el ordenamiento jurídico español, a la hora de regular los delitos de organización y grupo criminal. La codelinquencia se queda como concepto residual, aplicable a aquellos supuestos en los que el delito sea cometido de mutuo acuerdo por dos sujetos, con dominio funcional de los hechos; o, en los supuestos de comisión inmediata y espontánea del hecho delictivo por una pluralidad de sujetos. El concepto de codelinquencia, por tanto, entiendo que tiene poca aplicación dentro de lo que actualmente se conoce como delincuencia organizada.

Sin embargo y a pesar del tratamiento jurisprudencial de estas figuras, en la práctica será difícil la diferenciación de todas ellas, teniendo que estar a las circunstancias de cada caso concreto con aplicación de los requisitos y de los elementos que hemos analizado en cada una de ellas.

### **BIBLIOGRAFÍA**

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. Principios de Derecho Penal. Parte General. Madrid. Ed. Akal. 1997

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Obras completas. Tomo I. Derecho Penal. Parte General. Ed. ARA Editores. 2004

Circular 2/2011 de la Fiscalía General del Estado sobre la reforma del Código Penal por Ley Orgánica 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales.

DEL ROSAL Juan, Sobre la Delincuencia Culposa. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo 6. Fasc/Mes 3. 1953

GARCÍA DEL BLANCO, Victoria y Gutiérrez Rodríguez, María, El caso Alakrana: un ejemplo de la inadmisibile sobrevaloración del mutuo acuerdo en la coautoría. Uned. Revista de Derecho Penal y Criminología, 3ª Epoca, nº 7 (2012).

GARCÍA DEL BLANCO, Victoria. La Coautoría en Derecho Penal. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2006.

MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal. Parte General. Barcelona. Ed. Reppertor, 2010.

MUÑOZ CONDE, Francisco. Teoría General del Delito. Ed. Temis S.A. 1999.

SERRANO GÓMEZ, Alfonso. La coautoría en el Código Penal a través de un supuesto de tentativa de homicidio. Revista de Derecho UNED, núm. 7, 2010

SOTA SÁNCHEZ, Percy Andrés. Análisis dogmático y jurisprudencial respecto a la coautoría como dominio funcional del hecho. Revista Derecho y Cambio Social. 2005

\* \* \* \* \*

### 3ª Sesión.

## Problemas actuales de la imputación objetiva y exclusión de la tipicidad. Imputación a la conducta de la víctima. Límites del riesgo permitido. Imputación objetiva en la omisión. Comportamientos neutros.

**Prof. Dra. M<sup>a</sup> Ángeles Rueda Martín**

Catedrática acred. de Derecho penal. Univ. de Zaragoza, España. Socia de la FICP.

### ~¿Exclusión de la tipicidad de las acciones cotidianas en la comisión de un hecho doloso a través de los instrumentos de la teoría de la imputación objetiva? \*/\*\* ~

**Resumen.**- En este trabajo se presenta una revisión crítica de la doctrina penal que se ha planteado la relevancia penal de las acciones cotidianas en la comisión de un hecho doloso. En esta revisión se refuerza, por un lado, la utilidad del recurso a la adecuación social para fundamentar la impunidad de las acciones cotidianas, a pesar del señalamiento del carácter vago o poco preciso del concepto mencionado por parte de la doctrina. Por otra parte, se expone la idoneidad de las tesis que solucionan la cuestión de la relevancia penal de las acciones cotidianas en el tipo subjetivo de las conductas de participación que consisten en una cooperación necesaria o complicidad, frente a un amplio sector doctrinal que estima que la cuestión apuntada debe resolverse en el tipo objetivo en el marco de la teoría de la imputación objetiva.

## I. INTRODUCCIÓN

El objetivo que tiene este trabajo se centra, fundamentalmente, en exponer de una forma muy resumida una revisión crítica de la doctrina penal que se ha ocupado de la relevancia penal de las acciones cotidianas en la comisión de un hecho doloso<sup>1</sup>. El problema en torno a la relevancia penal de dichas acciones cotidianas en un hecho

---

\* Abreviaturas utilizadas: ADPCP: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales; AT: Allgemeiner Teil; CPCr.: Cuadernos de Política Criminal; EpenCr.: Estudios penales y criminológicos; JR: Juristische Rundschau; LK: Leipziger Kommentar; núm.: número; PG: Parte General; RDPCr.: Revista de Derecho Penal y Criminología; RECPCr.: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología; RP: Revista Penal; SK: Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch; Wistra: Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht; ZStrR: Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht; ZStW: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.

\*\* La realización del trabajo que se presenta en esta Revista a los lectores desarrolla uno de los objetivos de investigación del Grupo de Estudios Penales de la Universidad de Zaragoza financiados por el departamento de Industria e Innovación del Gobierno de Aragón y el Fondo Social Europeo. El Grupo de Estudios Penales se ha reconocido como grupo de investigación consolidado por la Dirección General de Investigación, Innovación y Desarrollo del Gobierno de Aragón (B.O.A. de 28 de agosto de 2014), y del que el Dr. Miguel Ángel Boldova Pasamar es el investigador principal.

<sup>1</sup> Véase un tratamiento más amplio en RUEDA MARTÍN, M. A.: De nuevo sobre la relevancia penal de las acciones cotidianas en la comisión de un hecho doloso, CPCr., núm. 105, 2015, en prensa.

doloso se plantea a la hora de resolver estos interrogantes: ¿es punible como cómplice el vendedor de un destornillador o un arma que, casualmente, conoce que el comprador quiere cometer con él un robo con fuerza en las cosas o un homicidio?; ¿es punible como partícipe en un asesinato el panadero a quien en el acto de la compra del pan el cliente le comunica que envenenará el panecillo y entonces lo servirá a su esposa?; ¿es cómplice en un delito contra el medio ambiente aquel que suministra un determinado material a un fabricante y que conoce que en su manipulación contravendrá los preceptos de protección del medio ambiente?<sup>2</sup>. Hoy en día un importante sector doctrinal afirma que un comportamiento cotidiano es impune como participación aun cuando suponga conscientemente una contribución a la realización de un delito<sup>3</sup>. Para afirmar tal impunidad se han formulado una serie criterios que, con carácter general, tienen un carácter normativo en sede de la tipicidad objetiva<sup>4</sup> y cuya finalidad es, por un lado, extraer del ámbito de la participación punible aquellas acciones que en

<sup>2</sup> En la obra de ROCA AGAPITO, L.: *Las acciones cotidianas como problema de la participación criminal*, Tirant lo blanch, Valencia, 2013, pp. 31 y ss., 43 y ss., se contiene una exhaustiva enumeración de casos enjuiciados por la jurisprudencia española y extranjera y de casos expuestos por la doctrina. Véase también el caso enjuiciado por la jurisprudencia española y comentado por BLANCO CORDERO, I.: *Caso de la mujer que lava la ropa del secuestrado*, Casos que hicieron doctrina en Derecho penal, coord. Sánchez-Ostiz Gutiérrez, Ed. La Ley grupo Wolters Kluwer, Madrid, 2011, pp. 859, 860, 867, 868 y 869.

<sup>3</sup> Véanse, a mero título de ejemplo, JAKOBS, G.: *La imputación objetiva en Derecho penal*, Traducción de M. Cancio Meliá. Cuadernos Civitas, Madrid, 1996, pp. 145 y ss., 156; SCHUMANN, H.: *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, Tübingen, 1986, pp. 54 y ss.; FRISCH, W.: *Comportamiento típico e imputación del resultado*, Traducción de la edición alemana (Heidelberg, 1998) por Joaquín Cuello Contreras y J. L. Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 316 y ss.; FEJOO SÁNCHEZ, B. J.: *Límites a la participación criminal. ¿Existe una prohibición de regreso como límite general del tipo en derecho penal?*, Comares, Granada, 1999, p. 75; ROBLES PLANAS, R.: *La participación en el delito: fundamento y límites*, Marcial Pons, Madrid, 2003, pp. 23 y ss., pp. 275 y ss. Una exposición muy completa y exhaustiva de las opiniones doctrinales que fundamentan objetivamente la impunidad de un acto cotidiano aun cuando suponga conscientemente una contribución a la realización de un delito, se encuentra en la reciente obra de ROCA AGAPITO, L.: *Las acciones cotidianas como problema de la participación criminal*, pp. 159 y ss., 246 y ss. En la misma obra en las pp. 250 y ss. se exponen las tesis doctrinales que fundamentan la impunidad o la punibilidad de un acto cotidiano mediante la aplicación de los criterios de imputación objetiva, si bien es cierto que tienen en cuenta en la valoración de la conducta los conocimientos especiales del interviniente en el hecho ajeno. Finalmente, en las pp. 305 y ss., se desarrollan las tesis doctrinales que atribuyen una responsabilidad al que contribuye con un acto cotidiano a un hecho ajeno a través de los criterios de imputación objetiva, pero distinguiendo diversos criterios de imputación en función de si existe un dolo directo o un dolo eventual.

<sup>4</sup> Véanse, a mero título de ejemplo, FRISCH, W.: *Comportamiento típico e imputación del resultado*, p. 232; JAKOBS, G.: *La imputación objetiva en Derecho penal*, pp. 94 y ss., 97 y ss., 145 y ss.; NIEDERMAIR, H.: *Straflose Beihilfe durch neutrale Handlungen?*, ZStW, núm. 107, 1995, pp. 509 y ss.; WOHLLEBEN, M.: *Beihilfe durch äußerlich neutrale Handlungen*, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1996, pp. 106 y 107; FEJOO SÁNCHEZ, B. J.: *Límites a la participación criminal*, pp. 6 y 7, 59 y ss.; ROBLES PLANAS, R.: *La participación en el delito: fundamento y límites*, pp. 71 y ss., 182 y ss.; BLANCO CORDERO, I.: *Caso de la mujer que lava la ropa del secuestrado*, pp. 865 y 866; MIRÓ LLINARES, F.: *Conocimiento e imputación en la participación delictiva. Aproximación a una teoría de la intervención como partícipe en el delito*, Atelier, Barcelona, 2009, p. 69; ROCA AGAPITO, L.: *Las acciones cotidianas como problema de la participación criminal*, pp. 27 y ss. con más referencias bibliográficas en la p. 33, nota 19.

contraposición a las contribuciones típicas se consideran “neutrales”, “cotidianas” o “usuales”<sup>5</sup>. Estas conductas se definen como aquellas intervenciones en un intercambio de bienes o servicios en principio legal y habitual, pero que simultáneamente pueden incrementar las posibilidades de comisión de un delito<sup>6</sup>. Por otro lado, dichos criterios pretenden ofrecer una explicación a la cuestión relativa al sentido o significado típico de un comportamiento<sup>7</sup>, lo cual debe residir en la esfera axiológica tal y como se reconoce por todos los autores que han abordado esta temática. El fundamento común de la atipicidad de esta clase de conductas reconocido por la mayor parte de la doctrina de un modo expreso o tácito es el de la libertad de acción social, en virtud del cual estas formas de conducta ya están previamente permitidas<sup>8</sup>. Precisamente, en la fundamentación de la impunidad de las conductas cotidianas llama la atención el recurso a la adecuación social, planteado por numerosos autores<sup>9</sup>. No obstante, el

<sup>5</sup> Véanse NIEDERMAIR, H.: ZStW, núm. 107, 1995, pp. 507 y ss.; TAG, B.: Beihilfe durch neutrale Verhalten, JR, 1997, pp. 49 y ss.; ROBLES PLANAS, R.: La participación en el delito: fundamento y límites, pp. 74 y 75.

<sup>6</sup> Véase la definición efectuada por LÓPEZ PEREGRÍN, M<sup>a</sup> C.: La complicidad en el delito, Tirant lo blanch, Valencia, 1997, p. 255.

<sup>7</sup> STRATENWERTH, G./KUHLEN, L.: Strafrecht, Allgemeiner Teil I, Die Straftat, 6<sup>a</sup> ed., Carl Heymanns Verlag, München, 2011, § 12, n<sup>o</sup> 161 señalan que así y todo no parece sostenible desde el punto de vista del Estado de Derecho, criminalizar acciones cotidianas, que externamente están en total consonancia con el Derecho, porque quien actúa sabe más o menos casualmente en el caso concreto, o cuenta con ello, que alguien podría hacer mal uso de ellas para fines delictivos. Sin embargo, podría ser de otro modo allí donde una acción en general sin segundas intenciones, según las circunstancias, pueda tener sólo el sentido de contribuir a la comisión de un delito (y quien coopera ser consciente de ello)... Pero entonces se plantea la pregunta de cómo deben concretarse estas reglas.....; también en este punto se trata de la cuestión inicial de bajo qué circunstancias una determinada conducta sólo puede tener el sentido de apoyar la conducta delictiva de un tercero. FEIJOO SÁNCHEZ considera que favorecer, facilitar o motivar la ejecución de un hecho típico no es algo que deba interpretarse de forma puramente causal, sino que la conducta del partícipe debe adquirir desde el principio el significado de auxilio o cooperación a la ejecución del hecho típico; véase FEIJOO SÁNCHEZ, B. J.: Límites a la participación criminal, p. 10. Es opinión unánime en la doctrina que la delimitación de las acciones de complicidad jurídico penalmente relevantes debe exceder de la mera aportación causal; véanse, por ejemplo, WOHLERS, W.: Gehilfenschaft durch “neutrale” Handlungen —Ausschluss strafrechtlicher Verantwortlichkeit bei alltäglichem bzw. Berufstypischem Verhalten?, ZStrR, núm. 117, 1999, p. 429, NIEDERMAIR, H.: ZStW, núm. 107, 1995, pp. 507 y ss. y ROCA AGAPITO, L.: Las acciones cotidianas como problema de la participación criminal, pp. 106 y ss.

<sup>8</sup> Véanse, a mero título de ejemplo, JAKOBS, G.: La prohibición de regreso en el delito de resultado. Estudio sobre el fundamento de la responsabilidad jurídico penal en la comisión, Traducción de M. Cancio Meliá, Estudios de Derecho penal. Ed. Civitas, Madrid, 1997, pp. 255 y ss.; MURMANN, U.: Sobre el tipo de la complicidad en Derecho penal, Traducc. de Robles Planas, Revista del Poder Judicial, n<sup>o</sup> 53, 1999, p. 165; REYES ALVARADO, Y.: Imputación objetiva, Temis, Colombia, 1994, p. 332; FRISCH, W.: Comportamiento típico e imputación del resultado, pp. 260 y ss.; NAUCKE, W.: Über das Regreßverbot im Strafrecht, ZStW, núm. 76, 1964, p. 425; FEIJOO SÁNCHEZ, B. J.: Límites a la participación criminal, p. 75; ROBLES PLANAS, R.: La participación en el delito: fundamento y límites, pp. 188 y ss.; el mismo: Riesgos penales del asesoramiento jurídico, Diario La Ley, n.º 7015, Año XXIX, septiembre, 2008, ref.<sup>a</sup> D-263, p. 1924; BLANCO CORDERO, I.: Caso de la mujer que lava la ropa del secuestrado, p. 865.

<sup>9</sup> Véanse a mero título de ejemplo JAKOBS, G.: Imputación objetiva, especialmente en el ámbito de los institutos jurídico penales "riesgo permitido", "prohibición de regreso" y "principio de confianza", traducción de E. Peñaranda Ramos, Estudios de Derecho penal. Ed. Civitas, Madrid, 1997, p. 218; HASSEMER, W.: Professionelle Adäquanz. Bankentypisches Verhalten und Beihilfe zur

concepto de la adecuación social que, según un sector doctrinal, tiene importantes conexiones con los postulados normativos de la moderna teoría de la imputación objetiva<sup>10</sup>, se encuentra con múltiples detractores, con carácter general y, en particular,

---

Steuerhinterziehung, Wistra, 1995, Teilband I, p. 46; SILVA SÁNCHEZ, J. M<sup>a</sup>: Zur Gestaltung des strafrechtlich mißbilligten Risikos beim Zusammenwirken mehrerer Personen, p. 211; FEIJOO SÁNCHEZ, B. J.: Límites a la participación criminal, p. 75; MURMANN, U.: Revista del Poder Judicial, nº. 53, 1999, p. 164; LUZÓN PEÑA, D. M.: Responsabilidad penal del asesor jurídico, RP, nº. 29, Enero, 2012, pp. 108 y 109; PÉREZ MANZANO, M.: Los derechos fundamentales al ejercicio de la profesión de abogado, a la libre elección de abogado y a la defensa y las “conductas neutrales”. La sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 30 de marzo de 2004, Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo, Thomson Civitas, Madrid, 2005, pp. 830 y 831; ROCA AGAPITO, L.: Las acciones cotidianas como problema de la participación criminal, p. 244.

<sup>10</sup> Según un sector doctrinal la adecuación social era el embrión de una categoría normativa, destinada a operar en el tipo objetivo tanto en los delitos dolosos como en los imprudentes [véanse CANCIO MELIÁ, M.: La teoría de la adecuación social en Welzel, ADPCP, 1993, pp. 716 y 720; SCHÜNEMANN, B.: Consideraciones sobre la imputación objetiva, Teorías actuales en el Derecho penal, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998, Traducción de Mariana Sacher de Köster, p. 225], y ello ha conducido a la consideración de que la teoría de WELZEL de la adecuación social realizó los trabajos preparatorios para la normativización del tipo objetivo en expresión de JAKOBS [cfr. JAKOBS, G.: Der strafrechtsliche Handlungsbegriff, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung. München, 1992, p. 29], tesis que ha sido asumida con posterioridad por autores como CANCIO MELIÁ, M.: ADPCP, 1993, pp. 698 y 728 y ss., REYES ALVARADO, Y.: Imputación objetiva, p. 60, PAREDES CASTAÑÓN, J. M.: El riesgo permitido en Derecho penal. (Régimen jurídico penal de las actividades peligrosas). Ministerio de Justicia e Interior. Secretaría General Técnica. Centro de publicaciones, Madrid, 1995, p. 84, nota 157 y ROXIN, C.: Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen der Aufbau der Verbrechenslehre, 4ª ed., C. H. Beck, München, 2006, p. 298, quien advirtió hace tiempo ya que en el trabajo de WELZEL en la ZStW de 1939, se apreciaba un interés por lo social antes de la obsesión de la concepción dogmática de la teoría final de la acción por lo ontológico (véase ROXIN, C.: Zur Kritik der finalen Handlungslehre, Strafrechtliche Grundlagenprobleme, Walter de Gruyter, Berlin, 1973, pp. 72 y ss. [trad. pp. 84 y ss.]). Evidentemente hay ciertos planteamientos en común entre la adecuación social y la teoría de la imputación objetiva, en concreto el criterio del riesgo permitido y que se pueden ilustrar con las siguientes afirmaciones de GIMBERNAT ORDEIG: si hago equivalente imputación objetiva a tipicidad, entonces, lógicamente, aquel concepto sobra porque no tiene sentido crear una nueva denominación que en su contenido coincida en todo con otra ya existente; y, sin embargo, seguiría faltando otro concepto: el destinado a abarcar —y a fundamentar por qué existen— acciones aparentemente típicas (en cuanto que reúnen todos los requisitos legales) que, sin embargo, no lo son; véase GIMBERNAT ORDEIG, E.: ¿Qué es la imputación objetiva?, EpenCr, nº X, Universidad de Santiago de Compostela, 1987, p. 178.

A mi juicio, WELZEL pretendió dar respuesta a la cuestión de fundamentar por qué existen acciones aparentemente típicas (en cuanto que reúnen todos los requisitos legales) que, sin embargo, no lo son, a través de la teoría de la adecuación social, como ha sido señalado por MARTÍNEZ ESCAMILLA, para quien el objetivo de WELZEL respecto a la teoría de la adecuación social era la delimitación de los tipos penales entendidos de forma excesivamente amplia a consecuencia del dogma causal; véase MARTÍNEZ ESCAMILLA, M.: La imputación objetiva del resultado, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid. Edersa, Madrid, 1992, p. 149. Ahora bien, como expuse en mi tesis doctoral la adecuación social como juicio de valor a través del cual se da entrada a valoraciones sociales de una acción, implica una valoración sobre la estructura material de una acción en la que la finalidad constituye su elemento rector, de modo que lo que sea una acción socialmente adecuada no se puede determinar sin atender primeramente a la afección del bien jurídico implícita en la ejecución de una función socialmente valorada y comprendida por la voluntad de realización del sujeto que actúa. Por ello, las pretendidas conexiones entre el concepto de la adecuación social formulado por WELZEL y los postulados normativos de la moderna teoría de la imputación objetiva desaparecen, porque la mencionada teoría de la imputación objetiva rechaza de plano este presupuesto metodológico. Véanse al respecto los desarrollos de RUEDA MARTÍN, M. A.: La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción, J. M<sup>a</sup> Bosch, Barcelona, 2001, pp. 232 y ss., y GRACIA MARTÍN, L.: El finalismo como método sintético real-normativo para la construcción de la teoría del delito, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, RECPCr. 06/07, 2004, pp. 19, 20 y 21.



con su aplicación a la temática de la irrelevancia penal de las acciones cotidianas<sup>11</sup>. Por ejemplo, JAKOBS considera que aunque el concepto de adecuación social sólo es correcto en un pequeño núcleo, «el juicio acerca de si estas modalidades de comportamiento siguen siendo socialmente adecuadas en aquellas situaciones en las que de manera cognoscible conllevan graves consecuencias, requiere instrumentos más diferenciados y no se puede llevar a cabo mediante la adecuación social»<sup>12</sup>. ROBLES PLANAS también ha indicado que «la adecuación social puede entenderse como el *punto de partida* de toda teoría de la imputación, pero su capacidad de rendimiento como *método* es, más bien, escasa. Debe reconocerse a la teoría de la adecuación social el haber puesto de manifiesto que la valoración sobre lo injusto de una conducta no puede hacerse al margen del significado (adecuación o inadecuación) que tenga esa conducta en un contexto social determinado. Ahora bien, en cuanto instrumento normativo no posee la precisión necesaria para ser operativo porque deja sin determinar la cuestión fundamental: la de qué debe entenderse incluido bajo la noción de conducta socialmente adecuada. Como consecuencia de esa indeterminación, puede concluirse que la adecuación social, en el ámbito que ahora nos ocupa, carece de relevancia normativa directa»<sup>13</sup>. La pregunta que se plantea es si resulta convincente la tesis que fundamenta la exclusión de la tipicidad de las acciones cotidianas en la comisión de un hecho doloso a través de los instrumentos que ofrece la teoría de la imputación objetiva.

---

<sup>11</sup> Véanse a mero título de ejemplo, FRISCH, W.: Comportamiento típico e imputación del resultado, pp. 256 y 257; WOLFF-RESKE, M.: Berufsbedingtes Verhalten als Problem mittelbarer Erfolgsverursachung, Nomos Verl.-Ges., 1995, pp. 63 y ss.; WOHLLEBEN, M.: Beihilfe durch äußerlich neutrale Handlungen, pp. 157 y ss.; TAG, B.: JR, 1997, p. 52; OTTO, H.: "Vorgeleistete Strafvereitelung" durch berufstypische oder alltägliche Verhaltensweisen als Beihilfe, Festschrift für T. Lenckner zum 70. Geburtstag. Hrsg von A. Eser, U. Schittenhelm, H. Schumann. C. H. B. Verlagsbuchhandlung, München, 1998, p. 193; LÓPEZ PEREGRÍN, M. C.: La complicidad en el delito, pp. 256, 257, 258; PÉREZ MANZANO, M.: Los derechos fundamentales al ejercicio de la profesión de abogado, a la libre elección de abogado y a la defensa y las "conductas neutrales", pp. 815, 816 y 817; MIRÓ LLINARES, F.: Conocimiento e imputación en la participación delictiva, pp. 69 y 170.

<sup>12</sup> Véase JAKOBS, G.: La prohibición de regreso en el delito de resultado. Estudio sobre el fundamento de la responsabilidad jurídico penal en la comisión p. 245; el mismo: Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, 2ª ed., Walter de Gruyter, Berlín-Nueva York, 1991, p. 697 [Derecho penal, Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación. Traducción De J. Cuello Contreras y J. L. Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S. A., Madrid, 1995, p. 842].

<sup>13</sup> Véase ROBLES PLANAS, R.: La participación en el delito: fundamento y límites, p. 96. Cursivas en el original.

## II. ¿LA LIBERTAD DE ACCIÓN SOCIAL DEPENDE DE VALORACIONES PURAMENTE OBJETIVAS Y AJENAS A LOS PARTICIPANTES EN UN ORDEN CONDICIONADO SOCIALMENTE? A LA VEZ, UNAS REFLEXIONES SOBRE LA TEORÍA DE LA ADECUACIÓN SOCIAL EN WELZEL

La libertad de acción social no depende de valoraciones puramente objetivas, como concluyen los partidarios de la moderna teoría de la imputación objetiva. Seguidamente trataré de argumentar la conclusión apuntada mediante unas breves reflexiones en torno a la teoría de la adecuación social en WELZEL. Desde mi punto de vista, el instituto de la adecuación social no es poco preciso o indeterminado si se le atribuye la función que realmente le corresponde según las premisas planteadas por WELZEL cuando lo formuló. Según *Welzel* la acción representa una totalidad *llena de sentido* dentro del marco de la vida real social<sup>14</sup>. La acción tiene que ser entendida como un fenómeno con significación social, como acción en el marco de la vida social y, a su juicio, se excluyen del concepto de lo injusto *«todas las acciones que se llevan a cabo funcionalmente dentro de un orden dado socialmente en la vida en comunidad de un pueblo. A tales acciones se las puede denominar “socialmente adecuadas”. Acciones socialmente adecuadas son todas las actividades, en las cuales se realiza la vida en comunidad según un orden condicionado socialmente»*<sup>15</sup>. La adecuación social nació como un instituto que impedía la entrada de la intervención del Derecho penal en determinados casos, al considerar que había afecciones de bienes jurídicos que eran inherentes al ordenado funcionamiento de la vida social y, por lo tanto, socialmente no desvaloradas<sup>16</sup>. En los supuestos de la adecuación social no hay un desvalor penal del resultado si bien es cierto que puede existir un desvalor del estado de cosas que no constituye un resultado penalmente típico<sup>17</sup>, pues la afección del bien jurídico

<sup>14</sup> Véase WELZEL, H.: Studien zum System des Strafrechts, ZStW 58, 1939, p. 491.

<sup>15</sup> Véase WELZEL, H.: ZStW 58, 1939, pp. 516 y 517. Subrayado añadido.

<sup>16</sup> Fundamental al respecto GRACIA MARTÍN, L.: RECPCr. 06/07, 2004, pp. 19, 20 y 21; el mismo: Zur Struktur von “sozialadäquaten Handlungen” und ihre sachlogische Eingliederung im Verbrechenaufbau, Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht Dogmatik, Rechtsvergleich, Rechtstatsachen. Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag, Sieber/Dannecker/Kindhäuser/Vogel/Walter Hrsg., Carl Heymanns Verlag, Köln, 2008, pp. 210 y ss., y 216 y ss.

Sobre el tratamiento de la adecuación social en WELZEL, véase mi exposición en RUEDA MARTÍN, M. A.: La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción, pp. 232 y ss.

<sup>17</sup> En este sentido es necesario aclarar que se utiliza la expresión desvalor del resultado en un sentido general y no penal específico. Efectivamente se habla de desvalor del resultado porque desde el punto de vista del ordenamiento jurídico es un resultado disvalioso al que se le pueden anudar ciertas consecuencias como, por ejemplo, una indemnización civil. Puede existir un juicio de desvalor general

involucrado de un modo consustancial por la actividad socialmente adecuada no puede constituir el resultado descrito por el tipo penal. Esto no significa, desde luego, que en tales supuestos no pueda existir un desvalor del estado de cosas que, sin constituir un resultado penalmente típico como digo aquí, pueda ser relevante para otros sectores del ordenamiento jurídico. Una acción realizada teniendo en cuenta todas las circunstancias que determinan un orden condicionado socialmente es, pues, socialmente adecuada. En los supuestos abarcados por el instituto de la adecuación social queda excluido el desvalor penal del resultado, porque se trata de una acción llevada a cabo con una finalidad socialmente valorada que, para el cumplimiento de una función social debe consumir un bien jurídico y proporcionar de este modo una utilidad social<sup>18</sup>. La adecuación social se refiere a unas valoraciones que hay que precisar en el ámbito de la valoración del resultado, que giran en torno a la utilidad social que, con carácter general, tiene un comportamiento y que repercuten en la ponderación de intereses que efectúa el legislador para trazar el límite de lo soportable (atípico) y lo no soportable (típico) por el orden social. La adecuación social constituye en realidad un criterio valorativo externo en el ámbito de la interpretación de sentido de los tipos<sup>19</sup>. Este criterio hermenéutico tiene una naturaleza extrasistemática, porque efectivamente se da entrada a través de él a valoraciones sociales de una acción que giran en torno a la utilidad social que, con carácter general, tiene un comportamiento y que se plasma en una ponderación de intereses de la que forman parte determinados factores y circunstancias<sup>20</sup>. La determinación de la adecuación social con carácter general y en particular en relación con las denominadas acciones cotidianas, es una cuestión eminentemente valorativa en la que deben entrar en juego una serie de consideraciones

---

surgido en este nivel que BINDING denominaba “contrariedad al ordenamiento jurídico” o “la situación antijurídica de la norma de valoración”; véase BINDING, K.: *Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts II, Schuld und Vorsatz, Hälfte I: Zurechnungsfähigkeit, Schuld*, Neudruck der 2. Ausgabe Leipzig 1914, Scientia Verlag Aalen, 1965, p. 231, nota 8. WELZEL utiliza también en este nivel de valoración el concepto de “desvalor del estado de cosas”; véase WELZEL, H.: *Das deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*. Walter de Gruyter & Co. Berlin, 11º Auf., 1969, p. 1. Véase también al respecto, ARMIN KAUFMANN, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie. Normlogik und moderne Strafrechtsdogmatik*, Verlag Otto Schwartz & Co., Göttingen, 1954, pp. 70 y 71. Por lo tanto en estas situaciones no hay un desvalor penal del resultado aunque el estado de cosas que se ha producido es disvalioso y el ordenamiento jurídico puede anudar a esa situación disvaliosa consecuencias jurídicas de compensación.

<sup>18</sup> Véase también GRACIA MARTÍN, L.: RECPCr. 06/07, 2004, pp. 17 y ss.; el mismo: *Zur Struktur von “sozialadäquaten Handlungen” und ihre sachlogische Eingliederung im Verbrechenaufbau*, pp. 216 y ss.

<sup>19</sup> Véase WELZEL, H.: *Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts in seinen Grundzügen*, 1ª ed., Walter de Gruyter, Berlin, 1940, p. 33.

<sup>20</sup> Con carácter general sobre el fundamento de la adecuación social, véase la exposición que efectué en mi trabajo, RUEDA MARTÍN, M. A.: *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, pp. 244 y ss.

como la utilidad de la conducta en virtud de la que se toleran esa clase de comportamientos.

En el primer nivel de la adecuación social, el legislador realiza una primera ponderación mediante la que se establece el límite a partir del cual estamos ante una acción típica, porque sobrepasa la esfera de lo que es soportable para el funcionamiento normal del sistema de bienes jurídicos. En consecuencia, la cuestión relativa a si la acción es socialmente útil de un modo general y no sólo en el caso concreto no es una cuestión de imputación objetiva, sino de interpretación del correspondiente tipo de la Parte especial<sup>21</sup>. Los criterios de significación social deben ser criterios de la conducta típica y deben ser válidos para todos los delitos en la Parte especial, tal y como señalara ARMIN KAUFMANN en relación a la adecuación social: «por ello es correcto el camino iniciado por HIRSCH, seguido también por *Roxin*, de considerar el pensamiento de la adecuación social mediante la *interpretación de los tipos particulares* y, al mismo tiempo resolverla»<sup>22</sup>. Además, si se ubican estos criterios de interpretación en sede de la

---

<sup>21</sup> En consecuencia en el instituto del riesgo permitido que utiliza la moderna teoría de la imputación objetiva se trata, más bien, de una cuestión de interpretación de los tipos y no sería lo peor que los períodos de la imputación objetiva acabaran en tal fructificación de la Parte especial. Véase ARMIN KAUFMANN: "Objektive Zurechnung" beim Vorsatzdelikt?, Festschrift für Jescheck, Berlin, 1985, p. 271, [¿"Atribución objetiva" en el delito doloso?, ADPCP, 1985, Traducción de Cuello Contreras, p. 826].

<sup>22</sup> Véase ARMIN KAUFMANN, "Objektive Zurechnung" beim Vorsatzdelikt?, p. 268 [trad. p. 823]; cursiva en el original. Precisamente con gran acierto señaló ARMIN KAUFMANN que en este nivel denominado por la doctrina del riesgo permitido, habrá que cuestionar de delito doloso en delito doloso si es, sin más, relevante, y en caso de serlo, de qué forma; cfr. ob. cit., p. 271 [trad. p. 825]; RUDOLPHI, H. J.: Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 1, Allgemeiner Teil, 6ª ed., comentario previo al § 1, nº 62, p. 37, considera que la medida del riesgo permitido, por el contrario, respectivamente bajo la ponderación de intereses que se contraponen unos con los otros hay que constatarla de forma separada para los tipos penales particulares. No en último término depende del rango y del valor del respectivo bien jurídico afectado como de si el autor ha actuado dolosamente o no. REYES ALVARADO reconoce que una tal ponderación de intereses debería hacerse de forma independiente en relación con cada tipo penal aunque sin concluir que se trata de una cuestión de la Parte especial; véase REYES ALVARADO, Y.: Imputación objetiva, p. 108. Por su parte HIRSCH afirma que de lo que se trata es de la aplicación de puntos de vista precisos en una interpretación restrictiva del tipo y de puntos de vista dogmáticos perfilados, por ejemplo, en la imprudencia de la exigencia de la lesión del deber cuidado objetivo aunque rechaza, seguidamente, la utilidad del concepto de la adecuación social; véase HIRSCH, H. J.: Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik, p. 421.

En contra de esta tesis de ARMIN KAUFMANN, véanse ROXIN, C.: Finalität und objektive Zurechnung, Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann. Hrsg. G. Dornseifer, E. Horn, G. Schilling, W. Dchöne, Eb. Struensee, D. Zielinski. Carl Heymanns Verlag KG. Köln, Berlin, Bonn, München, 1989, pp. 246 y 247; SANCINETTI, M. A.: Subjetivismo e imputación objetiva en derecho penal, Universidad Externado de Colombia. Centro de investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Colombia, 1996, p. 99, quien concluye que la discusión acerca de si estas precisiones típicas son de "parte general" o de "parte especial" carece de toda importancia; ROLDÁN BARBERO, H.: Adecuación social y teoría jurídica del delito. Sobre el contenido y los límites de una interpretación sociológica restrictiva de los tipos penales, Servicio de Publicaciones. Universidad de Córdoba. 1992, p. 107, nota 41.

Desde otros presupuestos VIVES ANTÓN, llega a la conclusión de que todos los aspectos de la imputación objetiva son reconducibles a la conducta típica. Pero, no hay una "categoría" (un género) de conducta típica, sino conductas típicas particulares conforme a las que hay que interpretar las acciones. La

teoría de la imputación objetiva en la Parte general tenemos como conclusión que la imputación objetiva aunque ofrece «un conjunto de *topoi*, útil tanto para la interpretación de este tipo o aquél, a veces para grupos de tipos»<sup>23</sup>, es una amalgama de criterios inconexos que no configuran una teoría general<sup>24</sup> porque aun cuando son contemplados como una cuestión de Parte general, ésta no es concebida conforme a unas estructuras lógico objetivas.

Por otra parte, la adecuación social implica una valoración sobre la estructura material de una acción en la que la finalidad constituye su elemento rector, de modo que lo que sea una acción socialmente adecuada no se puede determinar sin atender primeramente a la afección del bien jurídico implícita en la ejecución de una función socialmente valorada, y comprendida por la voluntad de realización del sujeto que actúa. Por ejemplo, con la venta regularizada de armas se pretende atender las necesidades subjetivas de los ciudadanos de adquirir armas con fines de seguridad, de ocio y esparcimiento, o de simple ornato y coleccionismo dentro de unos determinados límites establecidos por la protección de la seguridad ciudadana. Esto se puede apreciar con claridad en el Real-Decreto 137/1993 de 29 de enero de 1993 que aprueba el Reglamento de Armas y que establece, entre otros, los requisitos de comercio, tenencia y uso de armas, en cuyo artículo 120 se establece que: «Las empresas de seguridad y en general las entidades u organismos cuya constitución y funcionamiento cumplan los requisitos legalmente prevenidos, de las que dependa reglamentariamente personal de seguridad, podrán poseer las armas necesarias con fines de prestación de servicios, adiestramiento de personal o realización de pruebas de aptitud, obteniendo al efecto la correspondiente autorización de la Dirección General de la Guardia Civil, previa justificación de que cumplen aquellos requisitos y de la necesidad de las armas. La

---

imputación objetiva se "disuelve", así, en las concretas interpretaciones de los distintos tipos de la Parte Especial; véase VIVES ANTÓN, T. S.: Fundamentos del sistema penal. Acción significativa y Derechos constitucionales, 2ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, 2011, p. 320; y pp. 320 y 321, especialmente nota 88, donde concluye que el problema de la relevancia típica no puede resolverse con criterios valorativos genéricos, porque los valores que entran en juego en la aplicación de cada configuración típica ni son del mismo género, ni tienen el mismo rango, etc., con lo que los conceptos no pueden ser generales sino a costa, precisamente, de prescindir del contenido jurídicamente relevante de cada configuración típica.

<sup>23</sup> Véase ARMIN KAUFMANN, *Objektive Zurechnung" beim Vorsatzdelikt?*, p. 271, [trad. p. 825].

<sup>24</sup> Véase ARMIN KAUFMANN, *Objektive Zurechnung" beim Vorsatzdelikt?*, p. 271 [trad. p. 825]. STRUENSEE también ha señalado que los fenómenos clasificados en este peldaño de valoración forman un mero conglomerado de problemas heterogéneos; STRUENSEE, Eb.: *Acerca de la legitimación de la "imputación objetiva" como categoría complementaria del tipo objetivo*, *El Derecho penal hoy*, Homenaje al profesor David Baigún, Compiladores Julio B. J. Maier y Alberto M. Binder, Editores del Puerto s.r.l. Buenos Aires, 1995, p. 254; KÜPPER, G.: *Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik*, Berlin, Duncker und Humblot, 1990, pp. 83 y 84.

autorización documenta exclusivamente la adquisición de las armas, que estarán a cargo del jefe de seguridad o titular del puesto que designen dichas empresas o entidades, el cual responderá de su correcto uso, así como de la oportuna recuperación de las mismas. La posesión de cada una de las armas se documentará mediante la correspondiente guía de pertenencia expedida a nombre de las empresas, entidades u organismos propietarios. Cuando no sean objeto de utilización, deberán ser custodiadas en locales de las empresas o entidades, que reúnan las adecuadas condiciones de seguridad».

Un vendedor de armas que efectúe una venta a una persona atendiendo a todas estas consideraciones —con fines de prestación de servicios, adiestramiento de personal o realización de pruebas de aptitud dentro de unos determinados límites establecidos por la protección de la seguridad ciudadana—, realizará una conducta socialmente adecuada, porque está desempeñando una función socialmente valorada para cuyo desarrollo necesita involucrar a bienes jurídicos tales como el patrimonio y la libertad personal. El sentido social de la acción del vendedor de armas se determina fundamentalmente por el contenido de la voluntad de su acción de venta de armas según los fines establecidos. Ahora bien, si por alguna circunstancia especial se tiene conocimiento de que se va a involucrar a un bien jurídico diferente del presupuesto en la ponderación que da lugar a la adecuación social de un comportamiento, se produce una modificación de los presupuestos que le sirven de base. En consecuencia, en el momento en el que un vendedor de armas tenga conocimiento de que el cliente utilizará el arma para matar a una persona, el sentido social de su acción de venta se modifica respecto de su valoración como adecuada socialmente. En relación con el supuesto del comerciante que suministra un determinado material a un fabricante conociendo que éste realiza en el proceso de elaboración de productos un delito contra el medio ambiente, la opinión doctrinal prácticamente unánime considera que sí es impune tal acto de favorecimiento porque la adquisición de materias primas tiene sentido en sí misma al margen de la comisión del delito<sup>25</sup>. Esta conclusión a mi juicio tampoco es correcta porque no se puede determinar el sentido social de la acción del suministrador de ese material prescindiendo del dato del conocimiento de la utilización de ese material para realizar un delito contra el medio ambiente. Por tanto, si por alguna circunstancia especial se tiene conocimiento de que se va a involucrar a un bien jurídico diferente del presupuesto en la ponderación que da lugar a la adecuación social de un

---

<sup>25</sup> Cfr. ROXIN, C.: Was ist Beihilfe?, Festschrift für K. Miyazawa, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1995, p. 287.

comportamiento, se produce una modificación de los presupuestos que le sirven de base. Entonces, en el momento en el que estos vendedores tengan conocimiento de que el cliente utilizará la mercancía para matar a una persona o para contaminar el medio ambiente, el sentido social de las respectivas acciones de venta se modifica respecto de su valoración como adecuadas socialmente<sup>26</sup>. En suma: una acción será socialmente adecuada si se lleva a cabo con una finalidad socialmente valorada que, para el cumplimiento de una función social debe consumir un bien jurídico y proporcionar de este modo una utilidad social<sup>27</sup>. De esta forma se explica que las denominadas acciones cotidianas están previamente permitidas si no concurre el dato del conocimiento de que con tal acto se va a favorecer el desarrollo de un hecho punible, y por ello son impunes aunque supongan un favorecimiento en la comisión de un hecho doloso que un autor principal ha resuelto realizar. Por lo tanto debemos concluir que el fundamento común de la atipicidad de esta clase de conductas es el de la libertad de acción social, y el objetivo que se pretende con él queda mejor reflejado con la teoría de la adecuación social de WELZEL que con los nuevos instrumentos que ofrece la teoría de la imputación objetiva que prescinden por completo del contenido de la voluntad del sujeto que actúa en sus valoraciones<sup>28</sup>.

---

<sup>26</sup> LÓPEZ PEREGRÍN considera, por el contrario, que la venta de productos de uso o consumo cotidiano, por ejemplo, cumple una necesaria función social que no resulta modificada por el hecho de que el vendedor conozca el plan delictivo del comprador; véase LÓPEZ PEREGRÍN, M. C.: La complicidad en el delito, p. 271. Con un carácter más general y referido al lado subjetivo en la conducta del partícipe, afirma ROBLES PLANAS que la relación de sentido apuntada es independiente de la subjetividad del interviniente; véase ROBLES PLANAS, R.: Participación en el delito e imprudencia, RDPCr., nº. 6, 2000, p. 244.

<sup>27</sup> Véase GRACIA MARTÍN, L.: RECPCr. 06/07, 2004, pp. 17 y ss.

PÉREZ MANZANO, M.: Los derechos fundamentales al ejercicio de la profesión de abogado, a la libre elección de abogado y a la defensa y las “conductas neutrales”, p. 816 afirma en contra del criterio de la adecuación social que la cuestión no es, entonces, que la venta de un destornillador es una conducta socialmente adecuada, que genéricamente considerada lo es, sino en qué medida la venta del instrumento del delito a su autor tiene significado delictivo y constituye una conducta de complicidad en el delito. Como se puede apreciar en el razonamiento indicado en el texto, lo que se valora con carácter general como adecuado socialmente debe concretarse asimismo en el caso concreto, mediante el examen de la concurrencia de todas las circunstancias y los presupuestos que dan lugar al juicio de valor “adecuado socialmente”. Una de estas circunstancias es la voluntad de realización de aquella persona que lleva a cabo la concreta actividad. MIRÓ LLINARES, F.: Conocimiento e imputación en la participación delictiva, p. 170 manifiesta que la adecuación social puede ser de utilidad si, y sólo si, se realiza como una valoración del hecho imputado y, por tanto, controlado y conocido por el sujeto, puesto que la adecuación social lo es de “un comportamiento”, no de un suceso no personal, y el rol profesional, el marco organizativo que define una determinada actividad, vendrá definido siempre por el concreto contexto personal en el que actúe el sujeto. Desde mi punto de vista, la exposición del concepto de la adecuación social desarrollada en este trabajo satisfaría las exigencias apuntadas para que resultase útil y aplicable.

<sup>28</sup> Véanse GRACIA MARTÍN, L.: RECPCr. 06/07, 2004, pp. 17 y ss.; RUEDA MARTÍN, M. A.: La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción, pp. 244 y ss.

### III. FUNDAMENTACIÓN DE LA RELEVANCIA DEL TIPO SUBJETIVO EN LA DETERMINACIÓN DE LA EXISTENCIA DE UNA REFERENCIA DE SENTIDO DELICTIVO EN UNA COOPERACIÓN

En la determinación del sentido social típico de una acción, con carácter general y en particular en relación con las acciones cotidianas, es necesario otorgar prioridad al tipo subjetivo: no tiene el mismo sentido la venta de un arma sin el conocimiento de que será utilizada por el cliente para matar a una persona que la misma con dicho conocimiento<sup>29</sup>. Esta afirmación obliga, no obstante, a aclarar posibles malos entendidos sobre las relaciones que deben establecerse entre el tipo objetivo y el tipo subjetivo. En la determinación del sentido social típico de una acción es necesario otorgar prioridad al tipo subjetivo por los siguientes motivos. En primer lugar, porque la valoración del comportamiento constituye una operación *ex post* que tiene como objeto un hecho real en el que previamente se ha constatado la concurrencia de los elementos estructurales de la imputación (*imputativitas*), que posee una estructura interna regida por la voluntad de realización como elemento nuclear, en virtud de la cual el hecho puede reconducirse a una determinación de la voluntad que configura activamente el suceso exterior, haciéndose referencia a una voluntad concreta que determina la existencia de un hecho<sup>30</sup>. En segundo lugar, porque para la valoración de la conducta es imprescindible el saber del autor como fundamento de la valoración<sup>31</sup>. Y en tercer lugar, porque esta valoración sólo es posible llevarla a cabo a través de la constatación de la parte objetiva y subjetiva de la acción concebida como una unidad<sup>32</sup>, y, porque como ha señalado en la doctrina JAKOBS, «el tipo objetivo por sí solo no constituye injusto, ya que en sí no

<sup>29</sup> Véase, con carácter general, RUEDA MARTÍN, M. A.: La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción, pp. 193 y ss. Respecto de las acciones cotidianas, véanse, la misma: Consideraciones acerca de la relevancia penal de las acciones cotidianas en la comisión de un hecho doloso, RP, núm. 9, 2002, p. 133 y De nuevo sobre la relevancia penal de las acciones cotidianas en la comisión de un hecho doloso, CPCr., núm. 105, 2015, en prensa.

<sup>30</sup> Véanse GRACIA MARTÍN, L.: RECPCr. 06/07, 2004, pp. 12 y ss.; RUEDA MARTÍN, M. A.: La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción, pp. 68 y ss., 87 y ss., 193 y ss., 412 y ss.

<sup>31</sup> Véase ARMIN KAUFMANN, "Objektive Zurechnung" beim Vorsatzdelikt?, p. 260 [trad. pp. 815 y 816]; GRACIA MARTÍN, L.: RECPCr. 06/07, 2004, pp. 12 y ss.; RUEDA MARTÍN, M. A.: La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción, pp. 154 y ss., 182 y ss., 323 y ss., 412 y ss.

<sup>32</sup> Véanse HIRSCH, H. J.: Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik nach Welzel, Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität zu Köln, 1988, p. 405; GRACIA MARTÍN, L.: RECPCr. 06/07, 2004, pp. 12 y ss.; RUEDA MARTÍN, M. A.: La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción, pp. 68 y ss., 87 y ss., 111 y ss., 412 y ss. Hay que resaltar también el trabajo de PORCIÚNCULA, J. C.: Lo objetivo y lo subjetivo en el tipo penal. Hacia la exteriorización de lo interno, Atelier, Barcelona, 2014, passim y especialmente pp. 231 y ss., donde realiza un estudio en el que se concluye que una reestructuración integral del tipo objetivo debe ceder espacio a un proyecto más amplio de unificación del tipo objetivo y subjetivo bajo el denominador común de la intersubjetividad (tipo intersubjetivo).



contiene ninguna acción típica y consiguientemente no cumple las condiciones mínimas del injusto. El tratar de él con anterioridad al tipo subjetivo (que temporalmente se inicia antes) responde a una razón predominantemente expositiva: El tipo objetivo es el objeto del tipo subjetivo; en su configuración anticipada (dolo) o anticipable (imprudencia), el tipo objetivo es una parte de la psique del autor y por tanto, si se procediese de otro modo, debería exponerse a partir de su reflejo psíquico, es decir, indirectamente»<sup>33</sup>. Todo ello demuestra que el tipo subjetivo es anterior al tipo objetivo, aunque por razones expositivas y porque el tipo objetivo es el objeto del tipo subjetivo deba explicarse antes del tipo subjetivo.

El propio desvalor de la cooperación —necesaria o complicidad— del que contribuye, favorece, asegura o fortalece el hecho principal, sólo puede ser captado correctamente si se lo contempla en su relación con el hecho del autor, pero partiendo siempre de unas determinadas conexiones fácticas y valorativas. En este epígrafe, nos centraremos, sintéticamente, en la determinación del criterio en virtud del cual afirmamos que la conducta del que coopera adquiere el *significado* de formar parte del hecho delictivo y que existe, por lo tanto, una referencia de sentido delictivo, de modo que esta conducta del partícipe se manifiesta como una contribución al hecho. Los criterios hermenéuticos aportados por la doctrina para explicar el sentido de los tipos de cooperación son de carácter intranormativo. En efecto, para captar el sentido social típico de una acción que consiste en una participación en un injusto ajeno, los defensores de la teoría de la imputación objetiva en cualquiera de sus manifestaciones han formulado un conjunto de criterios normativos<sup>34</sup>, orientados a fijar y a explicar las relaciones que deben establecerse entre los elementos del tipo objetivo para que el

---

<sup>33</sup> Véase JAKOBS, G.: *Strafrecht, AT*, 2ª ed., p. [trad. p. 223].

<sup>34</sup> Véase una exposición de los criterios utilizados por la doctrina para la valoración de un comportamiento que favorece el delito de un autor como injusto de participación en la obra de MIRÓ LLINARES, F.: *Conocimiento e imputación en la participación delictiva*, pp. 46 y ss., pp. 151 y ss., pp. 155 y ss., pp. 159 y ss. El ámbito de aplicación de la moderna teoría de la imputación objetiva no se limita exclusivamente al nexo que debe concurrir entre una conducta y un resultado en los delitos de resultado, sino que se ha extendido abarcando nuevos terrenos en la teoría del delito; véase ROBLES PLANAS, R.: *Conducta típica, imputación objetiva e injusto penal. Reflexiones al hilo de la aportación de Frisch a la teoría del tipo, Desvalorar e imputar. Sobre la imputación objetiva en Derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2004, p. 72. La aplicación de la teoría de la imputación objetiva a la determinación de los que intervienen en la comisión de un hecho penalmente relevante incluso conduce, a juicio de REYES ALVARADO, a que la distinción entre autoría y participación no sea necesaria. Véase REYES ALVARADO, Y.: *Strafbare Beteiligung und objektive Zurechnung*, *Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag*, Pawlik/Zaczyk, Carl Heymanns Verlag, Köln, Berlin, München, 2007, pp. 553 y ss., 567, 568, 569 y 570.

hecho sea jurídico-penalmente relevante<sup>35</sup> con independencia del tipo subjetivo. Nos encontramos aquí con una manifestación más del ya clásico reproche efectuado contra la teoría de la imputación objetiva: la única característica que da homogeneidad a la teoría de la imputación objetiva es que opera en el tipo objetivo, pues el desarrollo y concreción de la misma pone de relieve que, en realidad, no existe una teoría de la imputación objetiva, sino una pluralidad de tendencias que obligan a reconocer, incluso a los propios defensores de la teoría, que aún se está muy lejos de alcanzar un consenso en esta materia<sup>36</sup>, y que como acertadamente observó KÜPPER, no permite hasta ahora «hablar de una “opinión dominante”, ni que se vislumbre la posibilidad de integrar en un concepto general los criterios de imputación que concurren unos junto a otros y que en parte se complementan, en parte se interfieren y en parte se contradicen»<sup>37</sup>. El principal problema sobre el que no existe todavía un mínimo consenso en la cuestión relativa a la relevancia penal de las acciones cotidianas y que ejemplifica muy bien el reproche apuntado, se centra en determinar el alcance de los criterios axiológicos

---

<sup>35</sup> Véase la aplicación de estos criterios de imputación objetiva en el ámbito del tipo objetivo de la complicidad, a mero título de ejemplo, en SCHÜNEMANN, B.: *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, 12. Aufl., Erster Band, De Gruyter Recht, Berlin, 2007, § 27, n.ºs. 2 y ss.; MURMANN, U.: *Revista del Poder Judicial*, n.º. 53, 1999, p. 167; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: *La autoría en Derecho penal*, Barcelona, PPU, 1991, pp. 496 y ss.; LÓPEZ PEREGRÍN, M. C.: *La complicidad en el delito*, pp. 225 y ss.; FEIJOO SÁNCHEZ, B. J.: *Límites a la participación criminal*, pp. 59 y ss.; GÓMEZ TOMILLO, M.: *Libertad de información y teoría de la codelincuencia. La autoría y la participación en los delitos cometidos a través de los medios de comunicación de masas*, Comares, Granada, 1998, pp. 428 y ss.; KINDHÄUSER, U.: *Der subjektive Tatbestand im Verbrechenaufbau Zugleich eine Kritik der Lehre von der objektiven Zurechnung*, *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, Vol. 154, 2007, pp. 360 y ss.; PÉREZ MANZANO, M.: *Los derechos fundamentales al ejercicio de la profesión de abogado, a la libre elección de abogado y a la defensa y las “conductas neutrales”*, pp. 824 y ss. Con carácter general en torno al tipo objetivo de las conductas de participación, véanse BLANCO CORDERO, I.: *Límites a la participación delictiva. Las acciones neutrales y la cooperación en el delito*, Comares, Granada, 2001, pp. 16 y ss., 147 y ss.; el mismo, *Caso de la mujer que lava la ropa del secuestrado*, pp. 865 y ss.; ROBLES PLANAS, R.: *La participación en el delito: fundamento y límites*, pp. 115 y ss., 182 y ss.

<sup>36</sup> Véase en este sentido KÜPPER, G.: *Grenzen*, p. 83, nota 3. Sobre este reproche con carácter general, véanse mi obra RUEDA MARTÍN, M. A.: *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción, passim* y GRACIA MARTÍN, L.: *RECPCr*. 06/07, 2004, pp. 12 y ss. Este reproche también se puede encontrar entre los partidarios de la teoría de la imputación objetiva como marco para resolver la neutralidad delictiva. Véase, por ejemplo, con referencias BLANCO CORDERO, I.: *Caso de la mujer que lava la ropa del secuestrado*, p. 865. Los diversos criterios propuestos para distinguir entre las acciones relevantes y las que no lo son han sido calificados de ambiguos [véase SILVA SÁNCHEZ, J. M<sup>a</sup>: *Informe sobre las discusiones del Seminario de la Universidad Pompeu Fabra, Sobre el estado de la teoría jurídica del delito. (Seminario en la Universitat Pompeu Fabra)*, Civitas, Madrid, 2000, p. 202 en relación al criterio propuesto por ROXIN. Con carácter general en relación a constelaciones de casos en los que se discute sobre la configuración del riesgo jurídico penalmente desvalorado en las contribuciones de varias personas, véase SILVA SÁNCHEZ, J. M<sup>a</sup>: *Zur Gestaltung des strafrechtlich mißbilligten Risikos beim Zusammenwirken mehrerer Personen*, pp. 205 y ss., donde señala que la aplicación de principios como el de la prohibición de regreso, conduce a resultados que no son claramente suficientes], y de poco claros [véanse STRATENWERTH, G./KUHLEN, L.: *Strafrecht*, AT, 6ª ed., § 12, n.º 160. ROXIN, C.: *Was ist Beihilfe?*, p. 513 y WOHLERS, W.: *ZStrR*, 117, 1999, p. 429, quienes consideran que son discutibles las propuestas ofrecidas por la doctrina].

<sup>37</sup> Véase KÜPPER, G.: *Grenzen*, p. 83.

propuestos para su tratamiento, aspecto éste aún pendiente<sup>38</sup>. En otros trabajos sobre esta misma temática he expuesto tanto los mencionados criterios axiológicos como la crítica correspondiente<sup>39</sup>. A continuación, intentaré reforzar la tesis que ubica en el tipo subjetivo la solución al problema mencionado, sin que por ello quepa tildarla simplemente de “subjetiva”, ya que me parece la correcta.

En los tipos de cooperación —necesaria o complicidad— concurren dos elementos: un elemento objetivo representado por la conducta de cooperación y el elemento subjetivo representado por el acuerdo de voluntades —expreso y previo a la comisión del delito o tácito y simultáneo— entre el autor y los partícipes, que supone la concurrencia del dolo del partícipe<sup>40</sup>. Es necesario distinguir, por lo tanto, un *componente cognitivo* que constituye la base de la decisión característica del dolo y, además, es necesario exigir un *componente volitivo* que es la voluntad imprescindible para la realización del tipo<sup>41</sup>. Esto presupone, además, que el tipo objetivo de las conductas de participación es tal cuando es incorporado en la voluntad de realización que define el sentido social de la acción concreta realizada, por lo que no es posible determinar cuál es el tipo objetivo —por ejemplo, efectuar un acto de favorecimiento— sin el contenido de la voluntad de realización. El dolo del partícipe no constituye un nivel independiente que deba examinarse después de constatar la concurrencia del tipo objetivo<sup>42</sup>. El conocimiento del partícipe debe ser contemplado desde un punto de vista material y efectivamente desempeña un papel importante en la determinación del tipo

---

<sup>38</sup> Véase SILVA SÁNCHEZ, J. M<sup>a</sup>: Informe sobre las discusiones del Seminario de la Universidad Pompeu Fabra, pp. 202 y 203, que recoge la opinión manifestada por ROXIN acerca de la relevancia penal de las denominadas acciones cotidianas.

<sup>39</sup> Véase RUEDA MARTÍN, M. A.: RP, nº. 9, Enero, 2002, pp. 122 y ss. y recientemente CPCr., núm. 105, 2015, en prensa.

<sup>40</sup> Véase CEREZO MIR, J.: Curso de Derecho penal español, Parte General, III, Teoría jurídica del delito/2, 1ª ed., Tecnos, 2001, pp. 231 y ss. De acuerdo MELENDO PARDOS, M.: Curso de Derecho penal, Parte General, Gil Gil/Lacruz López/Melendo Pardos/Núñez Fernández, Dykinson, 2011, pp. 385 y 386. CUELLO CONTRERAS, J.: El Derecho penal español; Parte General, Volumen II, Teoría del delito (2), Dykinson, Madrid, 2009, p. 284 considera que al tipo subjetivo de la participación pertenece principalmente el dolo o representación subjetiva de los elementos del tipo objetivo... El partícipe debe querer la causación del resultado en los términos ya vistos. GÓMEZ TOMILLO, M.: Comentarios al Código penal, Gómez Tomillo Dir., Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 257 señala que el cooperador debe conocer y querer el despliegue de la acción que lleva a cabo el cómplice ..., y, además, conocer y querer la acción del autor principal.

<sup>41</sup> Véase RUEDA MARTÍN, M. A.: RP, nº. 9, Enero, 2002, p. 133 y recientemente CPCr., núm. 105, 2015, en prensa.

<sup>42</sup> Sin embargo, véanse en contra de este planteamiento, a mero título de ejemplo, LÓPEZ PEREGRÍN, M. C.: La complicidad en el delito, pp. 270 y 271; MURMANN, U.: Revista del Poder Judicial, nº. 53, 1999, pp. 166 y ss. ROBLES PLANAS, R.: La participación en el delito: fundamento y límites, pp. 188 y ss., especialmente p. 207; KINDHÄUSER, U.: Zum Begriff der Beihilfe, pp. 359 y ss.

objetivo<sup>43</sup>. En la determinación del sentido social típico de una acción es necesario otorgar prioridad al tipo subjetivo tal y como se pone de manifiesto en el caso de los actos cotidianos: no tiene el mismo sentido la entrega del pan sin el conocimiento de que será utilizado por el cliente para envenenar a una persona que la entrega del pan con dicho conocimiento. Todo ello demuestra que el tipo subjetivo es anterior al tipo objetivo, aunque por razones expositivas y porque el tipo objetivo es el objeto del tipo subjetivo deba explicarse antes del tipo subjetivo<sup>44</sup>. Por lo tanto para saber qué tipo objetivo se ha realizado es imprescindible partir del tipo subjetivo, tal y como estableció WELZEL<sup>45</sup>.

---

<sup>43</sup> Véase, en este sentido, la crítica efectuada con carácter general a la teoría de la imputación objetiva por ARMIN KAUFMANN, "Objektive Zurechnung" beim Vorsatzdelikt?, p. 265 [trad. pp. 820] y RUEDA MARTÍN, M. A.: La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción, pp. 344 y ss. En relación con las conductas de participación y sin compartir el método de análisis finalista BLANCO CORDERO, I.: Límites a la participación delictiva, pp. 164 y ss. y MIRÓ LLINARES, F.: Conocimiento e imputación en la participación delictiva, pp. 142 y ss. han concluido la relevancia esencial del conocimiento del partícipe en lo injusto de la participación.

Sin embargo, nuestro Tribunal Supremo ha afirmado en su sentencia núm. 185/2005, de 21 de febrero que el conocimiento de la comisión de un delito no implica que las acciones del sujeto se puedan considerar como actos constitutivos de complicidad. Véase el comentario a dicha sentencia realizado por BLANCO CORDERO, I.: Caso de la mujer que lava la ropa del secuestrado, pp. 862 y ss.

<sup>44</sup> ROBLES PLANAS, R.: La participación en el delito: fundamento y límites, pp. 188 y ss., especialmente p. 207, concluye que es obligado adoptar un punto de partida individual en el análisis sobre la desaprobación penal de las conductas. No obstante, en la argumentación expuesta se aprecia claramente la distinción entre el tipo objetivo y el tipo subjetivo. En un trabajo posterior ROBLES PLANAS se pregunta si es conveniente dividir la categoría de la tipicidad en un tipo objetivo y otro subjetivo ya que si el juicio de desaprobación es individual y unitario ¿por qué dividirlo? Véase ROBLES PLANAS, R.: Conducta típica, imputación objetiva e injusto penal, p. 95. No puedo estar de acuerdo con el planteamiento efectuado por ROBLES PLANAS cuando afirma que en el objeto de la valoración no se trata de la intención o de la finalidad del autor sino de la situación ante la cual se actúa (véase el mismo: ob. cit., p. 94). No es posible definir tal situación sin el componente de la finalidad de quien actúa como un elemento más de dicha situación. Al prescindir de este elemento, como uno más que integra el juicio de desaprobación, se ve obligado ROBLES PLANAS a admitir de forma incoherente con lo que acaba de anunciar que en definitiva, sigue teniendo sentido trabajar con la subcategoría del tipo objetivo, si bien en un sentido débil, en la medida en la que en ella se integren los estándares objetivos para determinados ámbitos vitales. En opinión de este autor el estándar objetivo determina el campo de lo que debe conocer un sujeto en el ámbito vital correspondiente. Tales estándares filtran la inmensa mayoría de los supuestos, cumpliendo así una función orientadora general cuya utilidad difícilmente puede negarse. Y ello pese a que en un escaso número de casos la decisión última dependa, ciertamente, del conocimiento individual (véase el mismo: ob. cit. p. 96). Esos estándares objetivos por sí mismos no son relevantes salvo que se pongan en relación con el conocimiento individual del sujeto que actúa, de manera que si dichos conocimientos individuales son superiores, equivalentes o inferiores al estándar objetivo, éstos son los que deben predominar a la hora de desaprobar individualmente el comportamiento.

<sup>45</sup> Véase WELZEL, H.: Das Deutsche Strafrecht, 11ª ed., p. 63. Véanse asimismo RUEDA MARTÍN, M. A.: La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción, pp. 344 y ss.; GRACIA MARTÍN, L.: REPCr. 06/07, 2004, pp. 12 y ss. MIRÓ LLINARES, F.: Conocimiento e imputación en la participación delictiva, p. 143 ha manifestado que no es un error metodológico el atender previamente al conocimiento del sujeto para la valoración como injusto de su comportamiento.

LANDA GOROSTIZA, J. M.: La complicidad en el delito y los comportamientos "estándar" en el ámbito laboral: hacia un diagnóstico, Estudios jurídicos en Memoria de José María Lidón, Universidad de Deusto, 2002, p. 275 indica que el diagnóstico de que la neutralidad se despeja o confirma según haya o no dolo, en realidad asume que tales comportamientos al límite integran ya el tipo objetivo y resta, por tanto, únicamente, la confirmación del aspecto subjetivo por lo que alberga tendencialmente una

A mi juicio, el hecho de que una acción tenga sentido o, si se prefiere esta otra denominación, que tenga una “referencia de sentido delictivo”<sup>46</sup> depende, fundamentalmente, de dos factores. En primer lugar, el sujeto con sus capacidades intelectuales debe haber aceptado el posible sentido que ofrecen los elementos objetivo-causales en el mundo físico<sup>47</sup>. En el ámbito de las conductas de participación esto significa que el partícipe debe conocer y aceptar la capacidad lesiva del hecho principal que el autor domina y dirige a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido. Como ha afirmado MIRÓ LLINARES «el conocimiento es lo que dota de significado al comportamiento: si el partícipe sabe (interpreta) que su aporte sirve a los planes del autor, que le ayuda, entonces está actuando como tal»<sup>48</sup>. La aludida capacidad lesiva del hecho principal se desprende de elementos objetivo-causales en el mundo físico tales como la finalidad del autor y la organización del curso causal hacia la consecución de la aludida finalidad<sup>49</sup>. Y, en segundo lugar, el hecho de que una acción tenga sentido depende de que el autor haya aprehendido el sentido ético-social del acto exigiéndose

---

declaración general de relevancia típica del espectro de conductas estándar al menos en el nivel objetivo de imputación. En una obra anterior afirmaba este autor [La complicidad delictiva en la actividad laboral “cotidiana”. (Contribución al “límite mínimo” de la participación frente a los “actos neutros”), Comares, Granada, 2002, p. 226] que El “giro” que supone encuadrar el problema de la calificación jurídica de los comportamientos neutrales hacia el tipo objetivo era necesario. Ello empata con un nivel más general, con la propia orientación mayoritaria de la dogmática postfinalista que bascula en la configuración del injusto desde el dolo como momento esencial hacia la peligrosidad objetiva. Esta es ahora el momento determinante esencial relegando la dirección final a un papel más secundario en la constitución de la materia de prohibición y todo ello, como es de sobra conocido, desde una metodología teleológica de cuño político-criminal. Desde mi punto de vista no se puede afirmar la existencia del tipo objetivo sin la concurrencia del tipo subjetivo y viceversa, ya que ambos constituyen una unidad indisoluble. Sobre las relaciones recíprocas entre el tipo objetivo y el tipo subjetivo, véase RUEDA MARTÍN, M. A.: La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción, pp. 193 y ss. De forma decidida GRACIA MARTÍN, L.: RECPCr. 06/07, 2004, pp. 12, 13, 16 y 17. Recientemente PUPPE y KINDHÄUSER han concluido que la distinción entre un tipo objetivo y un tipo subjetivo es irrealizable, aunque defienden la teoría de la imputación objetiva; véanse PUPPE, I.: Der Aufbau des Verbrechens, Festschrift für Harro Otto zum 70, Dannecker, G./Langer, W./Ranft, O./Schmitz, R./Brammsen, J. (Hrsg.), Carl Heymanns, Köln, 2007, p. 394; KINDHÄUSER, U.: Der subjektive Tatbestand im Verbrechensaufbau Zugleich eine Kritik der Lehre von der objektiven Zurechnung, p. 448.

<sup>46</sup> Sobre estas denominaciones, véase MIRÓ LLINARES, F.: Conocimiento e imputación en la participación delictiva, p. 152.

<sup>47</sup> Véanse GRACIA MARTÍN, L.: Fundamentos de dogmática penal, pp. 248 y ss. y RUEDA MARTÍN, M. A.: La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción, pp. 412 y ss.

<sup>48</sup> Véase MIRÓ LLINARES, F.: Conocimiento e imputación en la participación delictiva, p. 144.

<sup>49</sup> MIRÓ afirma también de forma paralela que será el conocimiento que pueda imputarse al sujeto de la capacidad lesiva de los hechos que pretende llevar a cabo el futuro autor del delito el que dote de sentido a estos otros dos elementos de la conciencia de la peligrosidad de la conducta propia y del conocimiento del contexto situacional... Por tanto, junto a este conocimiento del partícipe tiene que tomarse en consideración el conocimiento de la dimensión de riesgo que conlleva la conducta del autor. Este conocimiento, generalmente definido a partir de elementos como el propósito del autor o su “capacidad lesiva”, será el que realmente dote de sentido a la aportación del partícipe que, en sí misma, y salvo en contadas ocasiones, no aportará ningún significado de aptitud lesiva. Véase MIRÓ LLINARES, F.: Conocimiento e imputación en la participación delictiva, pp. 228 y 229.

que con sus capacidades volitivas externas, haya dirigido en ese sentido la acción<sup>50</sup>. En el ámbito de las conductas de participación esto significa que el partícipe debe haber aprehendido el sentido ético-social de su conducta como una de participación en un hecho principal que el autor domina y dirige a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido, y con sus capacidades volitivas externas el partícipe tiene que haber dirigido en ese sentido su comportamiento<sup>51</sup>. Si tenemos en cuenta ambos factores, en mi opinión, la referencia de sentido delictivo puede determinarse como ROXIN indica: cuando la contribución sea útil para el autor como medio para cometer el hecho punible planeado y el “contribuyente” lo sepa también. Es necesario enjuiciar la utilidad que la acción de contribución, favorecimiento, aseguramiento o fortalecimiento supone para la realización del hecho. Esta utilidad hace referencia al rendimiento de la conducta de participación que se extrae del desarrollo de un hecho doloso que un autor principal ha resuelto realizar. El mencionado rendimiento se determina de una forma subjetiva/objetiva en función de determinados elementos, de modo que el enjuiciamiento de dicha utilidad debe llevarse a cabo sobre unas conexiones fácticas que se refieren al dato del conocimiento y la voluntad del partícipe que realiza una contribución en la fase de actos preparatorios en la comisión de un hecho doloso que un autor principal ha resuelto realizar. A continuación vamos a exponer dichos elementos.

En primer lugar, es fundamental determinar el conocimiento y la voluntad de realización del partícipe, es decir, el dolo del partícipe respecto del hecho principal dominado por un autor. Respecto del concepto del dolo conviene recordar, con carácter general, algunas conclusiones que expuse en mi obra *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*<sup>52</sup>. El dolo no puede fundamentarse si se prescinde de un momento final objetivo y que concurre, únicamente, cuando el sujeto quiere el resultado delictivo como consecuencia de su propia acción y se atribuye alguna influencia en su producción<sup>53</sup>. Si nos centramos en el concepto de la finalidad como factor que configura *objetivamente* el acontecer real y que pertenece al concepto

---

<sup>50</sup> Véanse GRACIA MARTÍN, L.: Fundamentos de dogmática penal. Una introducción a la concepción finalista de la responsabilidad penal, Atelier, Barcelona, 2006, pp. 248 y ss. y RUEDA MARTÍN, M. A.: La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción, pp. 412 y ss.

<sup>51</sup> MIRÓ concluye acertadamente que la pregunta que se plantea es si el contexto situacional del momento en el que el partícipe realiza su aportación permite imputar al partícipe el conocimiento de la integración en un injusto con una concreta potencialidad lesiva. Véase MIRÓ LLINARES, F.: Conocimiento e imputación en la participación delictiva, p. 231.

<sup>52</sup> Véase RUEDA MARTÍN, M. A.: La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción, pp. 340 y ss.

<sup>53</sup> Véanse WELZEL, H.: Das Deutsche Strafrecht, 11ª ed., p. 66. CEREZO MIR, J.: Curso de Derecho penal español, Parte General, II, Teoría jurídica del delito, 6ª ed., Tecnos, 1998, p. 145.

de la acción<sup>54</sup>, se pone de manifiesto que no se trata sólo de una finalidad subjetiva porque también le alcanzan unos límites objetivos. WELZEL otorgó relevancia jurídico-penal a la finalidad de la acción como objeto material de la valoración. Esta finalidad, esta voluntad de realización es, a su vez, el fundamento ontológico del dolo. El finalismo no sólo realizó una limitación subjetiva del tipo extremadamente amplio por el dogma causal, a través de la teoría de lo injusto personal sino que, además, al contemplar también la dimensión del sentido social dentro de los tipos, puso de manifiesto la existencia de unas restricciones objetivas que se centran en la acción como expresión de sentido a determinar principalmente por la finalidad del sujeto y que, por ello, se reflejan después en lo subjetivo. La consecuencia es que la finalidad como género y el dolo como especie de la misma no pueden fundamentarse prescindiendo de los elementos objetivos externos de la acción. Cuando WELZEL se refiere por primera vez en su artículo de 1939 a la función objetivo-final de la voluntad que junto con el dominio del hecho constituyen la base de su concepto final de la acción<sup>55</sup>, parece que, sobre todo en los delitos dolosos, hay una identificación entre la voluntad con una función objetivo-final y el dominio del hecho<sup>56</sup>. Precisamente llama la atención el paralelismo entre esta mencionada posibilidad objetiva y la función objetivo final que atribuyó WELZEL a la voluntad. El dolo, esto es, la conciencia y voluntad de realizar los elementos objetivos del tipo, es un factor que estructura la realidad seleccionando finalmente el suceso de la acción dado objetivamente, de modo que esta objetivación de la voluntad queda imprimida en las circunstancias del hecho objetivas que están recogidas en el tipo objetivo. El dolo no es un elemento de naturaleza exclusivamente subjetiva como lo puede ser la pura intención, el desear o la pura disposición del ánimo. El dolo tiene esta función objetiva que le reporta un dominio sobre el suceso a través del conocimiento del autor. Entonces las estructuras del dominio del hecho junto con la voluntad con una función objetivo-final constituyen la base del concepto final de la acción entendida como “expresión de sentido” y deben ser sometidas a valoraciones. La concepción del dolo aquí defendida no determina las posibilidades objetivas con base en

---

<sup>54</sup> Véase WELZEL, H.: El nuevo sistema del Derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista, 4ª ed., Traducido por J. Cerezo Mir. Ediciones Ariel. Barcelona, 1964, p. 26.

<sup>55</sup> Véase WELZEL, H.: ZStW 58, 1939, pp. 502, 503, 539, 542 y 543. El dominio final del hecho es entendido por WELZEL como una consecuencia de su teoría final de la acción; cfr. WELZEL, H.: Das Deutsche Strafrecht, 11ª ed., p. 100.

<sup>56</sup> Aspecto señalado también por DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: La autoría en Derecho penal, p. 552. El propio WELZEL afirma que el suceso exterior es sólo entonces el hecho de una voluntad que pone fines, cuando... fue configurado por la voluntad finalmente, esto es, cuando está sujeto al dominio del hecho de la voluntad; véase WELZEL, H.: Das Deutsche Strafrecht, 11ª ed., p. 73.

criterios normativos que prescinden por completo de la voluntad del autor, porque los límites del concepto del dolo del finalismo son objetivos/ontológicos.

El dolo del partícipe incorpora la concepción del dolo expuesta que debe integrar el acuerdo de voluntades —expreso y previo a la comisión del delito o tácito y simultáneo— entre el autor y los partícipes, de manera que el partícipe ha de actuar con conciencia y voluntad de cooperar a la comisión del delito<sup>57</sup>. La exigencia de este acuerdo de voluntades entre el autor que realiza el hecho principal doloso y el partícipe —cooperador necesario o cómplice— impide aceptar una participación imprudente por acción<sup>58</sup>. En relación con el dolo del partícipe nos podemos encontrar con varias hipótesis. Por un lado, en el ámbito de la cooperación activa el vendedor de un arma a un cliente con arreglo a una licencia no guarda con la acción de matar que realiza posteriormente el cliente, las conexiones exigidas por el sistema de responsabilidad penal vigente en el ordenamiento jurídico si desconocía el dato de la utilización del arma por el comprador para matar a una persona, pues la acción de vender un arma con la debida licencia no está al servicio *exclusivamente* de la comisión de un delito. Como afirma *Roxin*, un revólver puede ser utilizado para fines no punibles y siempre depende

---

<sup>57</sup> Véase CEREZO MIR, J.: Curso, III, 1ª ed., pp. 233 y 234. Tiene razón MIRÓ LLINARES cuando señala que CEREZO MIR es uno de los pocos autores que habla del elemento subjetivo de la participación con la alusión al mencionado acuerdo de voluntades; véase MIRÓ LLINARES, F.: Conocimiento e imputación en la participación delictiva, p. 189, nota 588. CUELLO CONTRERAS, J.: El Derecho penal español; Volumen II, p. 284 define el dolo del partícipe como representación subjetiva de los elementos del tipo objetivo... El partícipe debe querer la causación del resultado en los términos ya vistos. GÓMEZ TOMILLO, M.: Comentarios al Código penal, p. 257 señala que el cooperador debe conocer y querer el despliegue de la acción que lleva a cabo el cómplice ..., y, además, conocer y querer la acción del autor principal. Respecto de la importancia del dolo del partícipe véanse, además, GRACIA MARTÍN, L.: Modernas tendencias en la teoría de la participación en el delito, inédito; CUELLO CONTRERAS, J.: Autoría y participación en un sistema lógico-funcional, Cuadernos de Política Criminal, núm. 97, 2009, pp. 32 y 33: la participación requiere conceptualmente, un elemento de accesoriedad, ontológica, no meramente jurídica, por lo demás, que viene dado, básicamente, por la acotación de la realidad que hace el tipo correspondiente dentro del cual señala, a través de la caracterización de la acción dirigida al resultado, a un autor (caso claro) que es lo que convierte a quien no lo es en partícipe (en su caso). Lo que, dicho sea de paso, explica muy bien la función que también cumple la teoría de la participación, de instrumento para colmar las lagunas intolerables de punición que se podrían producir en un derecho penal que castigase sólo la autoría. En cualquier caso, el partícipe sabe, dolo, que dirige su acción, ..., a lesionar el bien jurídico a través de y colaborando en la acción principal del autor, de quien sabe que también actúa con ese mismo fin. En este sentido hablamos del papel hegemónico de la finalidad o dolo dirigido a la lesión del bien jurídico; RUEDA MARTÍN, M. A.: Delitos especiales de dominio y su relación con el artículo 65.3 del Código penal, Comares, Granada, 2010, p. 92; la misma: RP, nº. 9, Enero, 2002, p. 133; la misma: CPCr., núm. 105, 2015, en prensa.

<sup>58</sup> Sin el elemento subjetivo de la participación, el acuerdo de voluntades que implica el dolo del partícipe, no se puede hablar de una conducta de participación. Como afirma CEREZO MIR no cabe la participación imprudente en un delito doloso, pues el supuesto partícipe es en realidad autor de un delito imprudente; véase CEREZO MIR, Curso, III, 1ª ed., p. 236.



de la intención de quien actúa de manera inmediata el para qué utiliza algo<sup>59</sup>. Por otro lado, si la contribución al delito resulta con el conocimiento seguro de los planes delictivos del autor (es decir, con dolo directo de primer o segundo grado) como sucede, por ejemplo, en el supuesto del panadero que vende un pan a una persona que le indica que va a introducir un veneno en dicho alimento para matar a una persona «la finalidad delictiva está en primer plano»<sup>60</sup>, y esta contribución resulta útil para que el autor principal alcance su objetivo y debe ser castigada como cooperación a un delito<sup>61</sup>. Sin embargo si la contribución se realiza con dolo eventual para un sector doctrinal se excluye una complicidad punible al tratarse de un supuesto de riesgo permitido cubierto por el principio de confianza<sup>62</sup>. Así, por ejemplo, no habría que castigar como cómplice de un delito de robo al dependiente de una ferretería que sospecha, basándose en la apariencia del cliente, el fin delictivo que podría tener la compra de un destornillador<sup>63</sup>. A la hora de valorar este supuesto se plantean dos cuestiones. Por un lado, es muy discutible que en este último supuesto nos encontremos ante un dolo eventual. A partir de la conciencia de la probabilidad de producción del resultado no se puede deducir la existencia de dolo eventual. Como afirma CEREZO MIR, «si el sujeto considera probable la realización de los elementos objetivos del tipo contará generalmente, *pero no siempre*, con su producción»<sup>64</sup>. Se dará dolo eventual siempre que el sujeto, en el momento de realizar la acción, *cuenta con* la posibilidad de realización del tipo<sup>65</sup>. No es suficiente, por tanto, con que el partícipe que coopera tenga una representación general del hecho principal<sup>66</sup>. Por otro lado, con carácter general, una acción final con el *sentido*

---

<sup>59</sup> Véase ROXIN, C.: Strafrecht, AT, I, 4ª ed., § 24, nº 31; el mismo: Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band II, Besondere Erscheinungsformen der Straftat, 1ª ed., C. H. Beck, München, 2003, § 26, nºs. 221 y ss., especialmente 231.

<sup>60</sup> Véase ROXIN, C.: Las formas de intervención en el delito: estado de la cuestión, Sobre el estado de la teoría jurídica del delito. (Seminario en la Universitat Pompeu Fabra), Civitas, Madrid, 2000, p. 178.

<sup>61</sup> Véase ROXIN, C.: Was ist Beihilfe?, p. 515. Sin embargo, considera ROXIN que en el caso del que suministra a un fabricante un determinado material habría que dejarlo impune, porque estas formas de conducta son útiles para el fabricante independientemente de los delitos contra el medio ambiente y por eso no tienen una referencia de sentido delictiva sino “legal”; véase el mismo, ob. cit., p. 513. En mi opinión en este caso concreto no es coherente porque la misma razón se podría esgrimir para dejar impune al panadero y no lo considera así.

<sup>62</sup> Véase ROXIN, C.: StGB, Leipziger Kommentar Großkommentar, 11ª ed., 1993, Herausgegeben von B. Jähnke/H. W. Laufhütte/W. Odersky, Walter de Gruyter, Berlin, New York, 1993, § 27, nº. 46; el mismo: Strafrecht, AT, II, 1ª ed., § 26, nº. 241. Se muestran de acuerdo con esta tesis: WOHLLEBEN, M.: Beihilfe durch äußerlich neutrale Handlungen, pp. 159 y ss.; RANSIEK, A.: Pflichtwidrigkeit und Beihilfeunrecht — Der Dresdner Bank-Fall und andere Beispiele—, Wistra, 1997, pp. 41 y 44; LUZÓN PEÑA, D. M.: RP, nº. 29, Enero, 2012, p. 110.

<sup>63</sup> Véase en este sentido ROXIN, C.: Was ist Beihilfe?, pp. 516 y 517.

<sup>64</sup> Véase CEREZO MIR, J.: Curso, II, 6ª ed., p. 151.

<sup>65</sup> Véase CEREZO MIR, J.: Curso, II, 6ª ed., p. 151.

<sup>66</sup> Véase WELZEL, H.: Das Deutsche Strafrecht, 11ª ed., p. 120.

*social de matar* se da no sólo en el caso de que la muerte fuera el fin o uno de los fines perseguidos por el sujeto (dolo directo de primer grado), sino también cuando el sujeto considere que la producción del resultado de muerte irá necesariamente unida a la consecución del fin (dolo directo de segundo grado), o si era un efecto concomitante comprendido por la voluntad de realización con cuya posibilidad de producción cuenta el sujeto, aunque no lo desee con tal de no renunciar al fin que persigue (dolo eventual)<sup>67</sup>. En relación con los comportamientos que suponen una participación mediante una cooperación en lo injusto de un autor debemos afirmar también que cabe el dolo eventual<sup>68</sup>. En tales supuestos la cooperación con dolo eventual existirá si la cooperación en lo injusto de un autor era un efecto concomitante comprendido por la voluntad de realización del partícipe y con cuya posibilidad de producción cuenta, aunque no lo desee con tal de no renunciar al fin que persigue (por ejemplo, la venta de pan, de un arma, etc.)<sup>69</sup>.

En segundo lugar, el enjuiciamiento de la utilidad que la acción de contribución,

---

<sup>67</sup> Véase WELZEL, H.: El nuevo sistema del Derecho penal, p. 29.

<sup>68</sup> Véanse JESCHECK, H. H./WEIGEND, T.: Tratado de Derecho penal, Parte General, Traducc. de Olmedo Cardenete, 5ª ed., Comares, Granada, 2002, PG, 5ª ed., p. 748.

<sup>69</sup> En relación con mi postura LANDA GOROSTIZA concluye que RUEDA MARTÍN, Consideraciones, p. 128 y ss., parece adherirse cuando menos a las tesis mixto-objetivas aunque tampoco parece excluir que las modalidades de dolo condicionen el juicio de peligrosidad (según su propia postura el juicio de “adecuación”) si bien no hace una clasificación expresa de grupos de casos según la modalidad de aquel (dolo directo o eventual). Véase LANDA GOROSTIZA, J. M.: La complicidad en el delito y los comportamientos “estándar” en el ámbito laboral: hacia un diagnóstico, p. 279, nota 45, cursiva añadida. En efecto, en mi opinión para formular el juicio de adecuación, un juicio ciertamente objetivo, deberán introducirse en la base no sólo todos los datos relativos al autor, sino también el dato de que la acción que realiza está dirigida por su voluntad a la producción del resultado por lo que el grado de tendencia penalmente relevante depende de la presencia del dolo. Véase RUEDA MARTÍN, M. A.: La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción, pp. 182 y ss. Véase asimismo GRACIA MARTÍN, L.: RDPCr., nº 5, 2000, p. 380: la cuestión de la creación de un peligro penalmente relevante no puede resolverse de modo independiente en el tipo objetivo, pues es absolutamente dependiente del dolo del autor. La cuestión de si una acción es peligrosa y en qué medida lo es no puede determinarse exclusivamente en el plano objetivo sino que es preciso tener en cuenta tanto los conocimientos del autor sobre las circunstancias del hecho como también la dirección de la voluntad de la acción. Compartimos entonces la conclusión expuesta por LANDA GOROSTIZA, J. M.: La complicidad en el delito y los comportamientos “estándar” en el ámbito laboral: hacia un diagnóstico, p. 285: en línea de coherencia con lo anterior, la modalidad de dolo concurrente en el eventual cómplice es otro dato “subjetivo” que puede contextualizar el sentido de la prestación ya en el propio tipo objetivo a través de la clase de conocimiento —seguro o eventual— que refleja. La clase de conocimiento sobre la determinación ajena para llevar a cabo el plan delictivo enlaza directamente con la clase de dolo de cómplice: el aspecto cognitivo del dolo, por tanto, “adelanta” su función de descripción del contexto a cuya luz cabrá captar el sentido —intersubjetivo— de la prestación para poder valorar su riesgo, su peligrosidad. Véase también del mismo autor, La complicidad delictiva en la actividad laboral “cotidiana”, pp. 234 y 235. A diferencia de LANDA GOROSTIZA (véase La complicidad en el delito y los comportamientos “estándar” en el ámbito laboral: hacia un diagnóstico, pp. 286 y ss.; y La complicidad delictiva en la actividad laboral “cotidiana”, pp. 235 y ss.) no procedo a diferenciar expresamente casos según la clase de dolo, porque como se indica en el texto principal, lo importante es constatar la existencia de dolo en cualquiera de sus modalidades para atribuir a un comportamiento un sentido social típico.

favorecimiento, aseguramiento o fortalecimiento supone para la realización del hecho, debe llevarse a cabo ya en la fase de actos preparatorios de la comisión de un hecho doloso que un autor principal ha resuelto realizar. No se puede poner en duda que quien quiera situarse en condiciones de lesionar o poner en peligro a un bien jurídico deberá realizar antes determinados actos *preparatorios*, cuya finalidad es organizar la situación a partir de la que le será posible actualizar su dominio actual sobre el bien jurídico. De este modo, por ejemplo, todo el que quiera matar a otro mediante una acción, tiene que realizar antes una serie de actos, como procurarse los medios de ejecución y colocarse en la situación concreta, no existente en el momento en que ha planeado la muerte, en que sus actos (el disparo) puedan provocar efectos en la esfera personal de la víctima, es decir: tiene que hacer entrar a ésta, que hasta entonces se encontraba libre de su esfera de influencia, en su ámbito de dominio personal<sup>70</sup>. La vinculación de los comportamientos de participación con los actos preparatorios, cuya finalidad son organizar la situación a partir de la que al autor le será posible actualizar su dominio actual sobre el bien jurídico, es evidente, puesto que incorporan un significado lesivo a partir del conocimiento de la finalidad del autor y de la organización del curso causal hacia la consecución de la aludida finalidad, sin depender el mencionado significado lesivo de la mayor o menor dificultad que suponga para el autor conseguir un determinado medio que ayude a la realización del hecho dominado por él<sup>71</sup>. Este significado lesivo puede disminuir si transcurre un espacio de tiempo considerablemente largo entre el respectivo comportamiento de participación y la

---

<sup>70</sup> Véase GRACIA MARTÍN, L.: La comisión por omisión en el Derecho penal español, La Comisión por omisión, Gimbernat Ordeig (Dir.), Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1994, p. 83.

<sup>71</sup> En contra, a mero título de ejemplo, PUPPE, I.: La imputación objetiva presentada mediante casos ilustrativos de la jurisprudencia de los altos tribunales, Traducción a cargo de Percy García Cavero, Editorial Comares, Granada, 2001, pp. 134 y 135; KINDHÄUSER, U.: Zum Begriff der Beihilfe, pp. 368 y 369.

LANDA GOROSTIZA estima que resulta, por tanto, a mi juicio, excesivamente categórica RUEDA MARTÍN, Consideraciones, p. 122, cuando señala como rasgo definitorio de las “acciones cotidianas” el hecho de que “se encuentran en la fase de actos preparatorios”. La “neutralidad” como problema de relevancia típica no se produce en exclusiva en dicha fase sino también en estadios más adelantados. Véase LANDA GOROSTIZA, J. M.: La complicidad en el delito y los comportamientos “estándar” en el ámbito laboral: hacia un diagnóstico, p. 270, nota 20. Desde mi punto de vista, sin embargo, la neutralidad de dichas acciones cotidianas sólo se puede plantear cuando tienen lugar en la fase de actos preparatorios de un delito, puesto que si se llevan a cabo en estadios más adelantados, como indica LANDA GOROSTIZA, pierden su carácter neutral. Este mismo autor apunta expresamente que si los actos ejecutivos se han iniciado parece que toda prestación, aun con apariencia de neutralidad, acabaría por contaminarse. Véase el mismo: ob. cit., pp. 270 y 271. El problema reside en determinar el criterio que atribuya un sentido social típico de complicidad o cooperación necesaria a un comportamiento que consista en una cooperación en la fase de actos preparatorios y también en la fase de actos ejecutivos.

ejecución material del hecho por el autor, pero no llegará a desaparecer del todo<sup>72</sup>. PUPPE estima que si entre una entrega de presumibles medios delictivos y la realización delictiva transcurre un espacio largo de tiempo, esta circunstancia influirá en el conocimiento del partícipe, de modo que «si el delito está a punto de cometerse, la probabilidad de su realización, en primer lugar, se habrá elevado considerablemente, en caso de que el autor siga aferrado a su resolución criminal, de manera que puede decirse con cierta razón que el proveedor de los medios sabe efectivamente de la inminente realización del delito»<sup>73</sup>. Desde mi punto de vista se trata de dos ámbitos claramente delimitados. Una cuestión es preguntar al partícipe si sabe o si sólo sospecha que aquel a quien, por ejemplo, ha proporcionado un medio lo va a utilizar en la comisión de un delito; y otra cuestión es el tiempo que transcurre entre dicha entrega y la realización delictiva. A mi juicio, debe ser castigado como partícipe, por una parte, quien entrega un medio a una persona con el conocimiento de que lo va a utilizar para cometer un delito, aunque transcurran, por ejemplo, varios meses entre dicha entrega y la mencionada realización delictiva. El conocimiento de una ejecución más o menos inminente del hecho delictivo preparado por el autor no disminuye o incrementa la utilidad, determinada de la forma expuesta, que la acción de contribución, favorecimiento, aseguramiento o fortalecimiento supone para la realización del hecho. Por otro lado y por el mismo motivo, también debe ser castigado como partícipe quien entrega un medio a una persona con el conocimiento de que lo va a utilizar *inmediatamente* para cometer un delito.

Del fenómeno de la codelincuencia están excluidos los autores de todos aquellos actos que estaban privados originariamente de toda utilidad para el acontecimiento punible, aunque los efectos de tales actos hayan sido incorporados por los codelincuentes, para su aprovechamiento, al proceso de actuación delictiva. Así, por ejemplo, el tratamiento correcto del caso del ayudante que ayuda al Catedrático en la

---

<sup>72</sup> MIRÓ LLINARES, F.: Conocimiento e imputación en la participación delictiva, p. 167 afirma también que la integración es una valoración que tiene que realizarse en la retrospectiva sobre el comportamiento del partícipe, de modo que la misma es posible sobre un hecho que preexiste (cuando el cómplice o el cooperador aportan, a un injusto que ya estaba iniciado, algo que lo configura de una forma especial, aunque se trate de algo sustituible, incluso prescindible para la consumación del injusto, pero que lo transforma y le da sentido), o sobre un hecho que existe aunque sólo en la prospectiva como potencial injusto.

En contra de estos planteamientos, véanse, con más referencias bibliográficas FEJOO SÁNCHEZ, B. J.: Límites a la participación criminal, p. 73; BLANCO CORDERO, I.: Límites a la participación delictiva, pp. 168 y ss., quien aboga por un criterio que determina la peligrosidad de la contribución por su proximidad —estrecha conexión temporal y material— respecto de la conducta principal.

<sup>73</sup> Véase PUPPE, I.: La imputación objetiva presentada mediante casos ilustrativos de la jurisprudencia de los altos tribunales, pp. 134 y 135.

elaboración de sus manuales y que sabe que éste oculta los honorarios a Hacienda, estriba en considerar que la acción del ayudante consistente en buscar bibliografía no resulta de ninguna utilidad para la afección del bien jurídico protegido en los tipos de defraudación tributaria, por lo que la acción de ayudar en la elaboración de los manuales no se puede subsumir en el tenor literal del tipo correspondiente de la complicidad si el Catedrático posteriormente defrauda a la Hacienda Pública. La peculiaridad que presenta este supuesto es que el criterio de exclusión de lo injusto radica en que la conducta del ayudante no es subsumible ya en el tenor literal de la descripción de la acción de cooperar en el tipo correspondiente de participación, porque aunque esta clase de acciones es causal para la producción del resultado de acuerdo con la teoría de la equivalencia de las condiciones, y puede determinar también un cierto riesgo en un sentido general y vulgar<sup>74</sup> de producción del resultado, su contribución causal no ha resultado útil en relación al resultado de defraudación. Lo mismo se puede afirmar de quien sirve al ladrón una taza de café durante la ejecución del hecho: semejante comportamiento, por una parte, no ha tenido que ser siquiera causal para la sustracción efectuada con violencia o intimidación de un objeto propiedad de una persona; y, por otra parte, tampoco ha supuesto ninguna utilidad en la lesión del bien jurídico como sí la hubiera supuesto, por ejemplo, la entrega de un medio para romper la caja fuerte donde estuviera guardado el objeto de valor que se sustrae<sup>75</sup>.

SÁNCHEZ-VERA argumenta en contra de mi conclusión en estos supuestos que «en otras ocasiones, la argumentación parece más bien orientada a la llamada “justicia

---

<sup>74</sup> Sobre este concepto de peligro véase RUEDA MARTÍN, M. A.: La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción, pp. 142 y ss.

<sup>75</sup> BLANCO CORDERO, I.: Caso de la mujer que lava la ropa del secuestrado, pp. 855 y ss. ha comentado el caso enjuiciado por el Tribunal Supremo de la mujer, Trinidad, compañera sentimental de Fernando (autor del secuestro terrorista) que, conociendo que con ello contribuía a la privación de libertad del secuestrado, “lavaba la ropa que su compañero traía a casa procedente del zulo, donde era utilizada por el Sr. José Carlos”; véase el mismo: ob. cit., p. 856. La Audiencia Nacional que juzgó en primera instancia este caso condenó a Trinidad como cómplice en un delito de detención ilegal. Posteriormente, el Tribunal Supremo absuelve a Trinidad de la complicidad en el delito de detención ilegal, al considerar atípica la conducta de lavar la ropa por la falta de relación de causalidad con el secuestro terrorista; véase el mismo: ob. cit., pp. 861, 862 y 864. BLANCO CORDERO concluye que la conducta de lavar la ropa no crea un riesgo para el bien jurídico protegido. En su opinión no es previsible ex ante que quien lava la ropa esté contribuyendo en la privación de libertad llevada a cabo por otro.... Sólo son típicas, por tanto, aquellas contribuciones a la privación de libertad llevada a cabo por el autor mediante conductas típicas de encierro o detención; véase el mismo: ob. cit., p. 866.

Desde mi punto de vista, lavar la ropa del secuestrado no supone un ataque accesorio al bien jurídico protegido en el delito de secuestro, la libertad ambulatoria. La contribución útil para lesionar de forma accesorio a dicho bien jurídico debe girar en torno a las conductas de encierro o detención, como apunta BLANCO CORDERO, y lavar la ropa del secuestrado no supone ninguna contribución útil en el encierro o detención de la víctima, si bien es cierto que puede favorecer una mejor calidad de vida en la privación de libertad del detenido. Sin embargo, este favorecimiento es atípico.

material”: se niega la imputación si lo único que corre es la tinta (un adjunto ayuda a su Catedrático a la elaboración de sus manuales y sabe que éste oculta sus honorarios a Hacienda: no imputación del delito de blanqueo [p. 132]), pero se afirma si lo que corre es la sangre (un taxista lleva en su vehículo a quien sabe que en el lugar de destino va a poner una bomba: imputación del resultado también al taxista [p. 126]), aunque en ambos casos existe el mismo conocimiento y la solución debiera ser unitaria»<sup>76</sup>. Como he indicado, el criterio de exclusión de lo injusto del ejemplo que menciona *Sánchez-Vera* radica en que la conducta del adjunto no es subsumible ya en el tenor literal de la descripción de la acción de cooperar en el tipo correspondiente de defraudación tributaria, porque aunque esta clase de acciones es causal para la producción del resultado de acuerdo con la teoría de la equivalencia de las condiciones, y puede determinar también un cierto riesgo en un sentido general y vulgar de producción del resultado, su contribución causal no ha resultado útil en relación con el resultado de defraudación. La contribución del adjunto consistente en ayudar al Catedrático a redactar un manual, no supone todavía un ataque accesorio al bien jurídico protegido en el delito de defraudación tributaria —las funciones del tributo materializadas en la posibilidad de realización efectiva de las previsiones de recaudación tributaria de acuerdo con las normativa reguladora de cada tributo individual integrante del sistema tributario<sup>77</sup>—, aunque sepa que los honorarios que cobre el profesor por la venta del manual no los declarará a Hacienda. El aludido bien jurídico se lesiona si quien tiene la obligación de declarar unos ingresos a Hacienda, no efectúa tal declaración. La contribución útil para lesionar de forma accesorio a dicho bien jurídico debe girar en torno a la omisión de declarar unos ingresos, y estos ingresos no se han obtenido cuando aún se está escribiendo el manual. No sucede lo mismo con el caso del taxista que lleva en su vehículo a quien sabe que en el lugar de destino va a poner una bomba: la contribución del taxista —transportar al lugar de la comisión del hecho— sí resulta útil para la acción de matar del pasajero.

La determinación de la utilidad admite una graduación. Por ejemplo, como afirma FEIJOO SÁNCHEZ es indiscutible que supuestos como el del dependiente de una papelería que recomienda al comprador cuál es la mejor tinta para realizar una determinada falsificación, el del ferretero que aconseja al cliente cuál es la mejor navaja para

<sup>76</sup> Véase SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J.: Blanqueo de capitales y abogacía. Un necesario análisis crítico desde la teoría de la imputación objetiva, *InDret Penal*, 1/2008, p. 27, nota 34.

<sup>77</sup> Sobre este bien jurídico, véase GRACIA MARTÍN, L.: Nuevas perspectivas del Derecho penal tributario. (Las “funciones del tributo” como bien jurídico), *Actualidad penal*, núm. 10, 1994, p. 208.

participar en una determinada pelea o el del taxista que recoge a los atracadores en un punto convenido de antemano y los espera hasta la finalización del atraco, sólo pueden interpretarse como vinculados, asociados, comunicados o acoplados con las realizaciones del tipo<sup>78</sup>. Pero esto no implica negar que el mismo carácter de favorecimiento lo tiene, por ejemplo, la entrega de un veneno que la entrega de un pan para que el veneno sea introducido en él. Sí que se puede plantear en el segundo caso una disminución del desvalor de la acción que deberá ser tomada en cuenta por el juez en la medición de la pena de *lege lata*, avalada por lo dispuesto en el artículo 66.1, apartado 6º del CP<sup>79</sup>. De todas formas según las circunstancias del caso un acto de favorecimiento puede ser más o menos importante para la comisión del delito desde el punto de vista de lo injusto y de la culpabilidad, por lo que de *lege ferenda* y como en nuestra doctrina ha señalado CEREZO MIR, sería aconsejable fusionar la cooperación necesaria y la complicidad en una única figura de complicidad y establecer una atenuación meramente facultativa de la pena para los cómplices<sup>80</sup>, de modo que esta clase de favorecimientos menos graves pueden fundamentar la aplicación de la atenuación.

\* \* \* \* \*

---

<sup>78</sup> Véase FEIJOO SÁNCHEZ, B. J.: Límites a la participación criminal, pp. 80 y 81.

<sup>79</sup> Como indica BOLDOVA PASAMAR la individualización de la pena cuando no concurren circunstancias atenuantes ni agravantes, se vincula sin orden de jerarquía a las “circunstancias personales del delincuente” y a la “mayor o menor gravedad del hecho”. No obstante, la ponderación de estos factores debe establecerse con base en criterios ciertos; véase BOLDOVA PASAMAR, M. A., en GRACIA (coord.)/BOLDOVA/ALASTUEY, Tratado de las consecuencias jurídicas del delito, Tirant lo blanch, Valencia, 2006, p. 257.

<sup>80</sup> Véase CEREZO MIR, J.: Curso, III, 1ª ed., p. 247.

## **Prof. Dr. Antonio M<sup>a</sup> Javato Martín**

Profesor Titular acrad. de Derecho penal. Univ. de Valladolid, España. Socio de la FICP.

### **~Tipos abiertos, elementos de valoración global del hecho y delito de resistencia~**

**Resumen.-** Analizamos en el presente trabajado la teoría de los tipos abiertos de WELZEL y la de los elementos de valoración global del hecho de ROXIN formulada sobre la base de la anterior. Para ello, nos centramos en el requisito de la legalidad de la actuación del funcionario establecido en el delito alemán de resistencia. Precisamente, este estudio pretende sacar a la luz la importancia que dicho requisito tiene en el nacimiento y elaboración de la teoría de WELZEL y en la reformulación que de la misma efectúa ROXIN

#### **I. PLANTEAMIENTO**

En 1952, en una serie de artículos publicados en la *Juristen Zeitung*<sup>1</sup> WELZEL acuña la categoría de los “especiales elementos del deber jurídico” o “características especiales de la antijuricidad” presentes en los que él denomina tipos abiertos, con el objetivo de auxiliar a la praxis en la solución de las dificultades dogmáticas que presentaban determinados conceptos jurídico-penales residenciados a lo largo del Código penal alemán (en adelante StGB).

El primero de los citados artículos aparece referido al requisito de legalidad de la actuación del funcionario establecido en el delito de resistencia del Código Penal alemán (§113 StGB). Respecto al mismo WELZEL trataba, con aquella categoría, de dar solución satisfactoria a la enconada polémica que se había suscitado sobre su naturaleza dogmática.

Mediante la presente contribución pretendemos aproximarnos a la teoría de los tipos abiertos de WELZEL y a la teoría de los elementos de valoración global del hecho, teoría esta última ideada posteriormente por ROXIN partiendo de la crítica a la primera. Y lo hacemos tomando como referencia el mencionado requisito de legalidad de la actuación funcional.

#### **II. EL REQUISITO DE LEGALIDAD DE LA ACCIÓN DEL SERVICIO DEL DELITO DE RESISTENCIA. CLASIFICACIÓN DOGMÁTICA**

El párrafo 113 del StGB contiene el delito de resistencia a funcionario ejecutor<sup>2</sup>,

---

<sup>1</sup> Der Irrtung über die Rechtmässigkeit der Amtsausübung, pp. 19/20; Der Irrtung über die Zuständigkeit einer Behörde, pp. 133 a 136; Der Irrtung über die Amtspflicht, pp. 208/209; Anmerkung zum Beschluss des Grossen Senats des Bundesgerichtshofs vom 18.3.1952(&& 240,59), pp. 335 a 344.

<sup>2</sup> (1) *El que resiste con violencia o amenaza de violencia a un funcionario o soldado del ejército federal destinado a la ejecución de las leyes, reglamentos, sentencias, autos, providencias o actos*



equivalente a nuestro delito de atentado. A diferencia de éste el § 113 consagra expresamente en el tipo la exigencia de que la acción del servicio efectuada por el funcionario sea legal, conforme a derecho.

Este requisito se introdujo en el Código alemán imperial de 1871. Su inserción supuso la aceptación de la teoría de la obediencia limitada del ciudadano, propia del Estado de Derecho, rompiendo de esta forma con el modelo autoritario sostenido por el Código prusiano de 1851. Sin embargo, la interpretación del mencionado requisito va a ser objeto de una encendida polémica, que se prolonga hasta nuestros días, y que viene motivada por el conflicto que subyace en el mismo, y en general en el delito de resistencia, entre dos tipos de valores o intereses: la eficiencia del aparato estatal por una parte y la libertad del ciudadano frente a intromisiones ilegítimas en sus derechos fundamentales por otra.

Dicha polémica se canaliza a través de dos tipos de cuestiones: la determinación del contenido del citado requisito, esto es, de sus presupuestos materiales; y su clasificación dogmática ligada al tema del error. En este estudio nos centraremos en la última<sup>3</sup>.

La incardinación del requisito de legalidad en la descripción típica en el Código de 1871 tuvo como consecuencia inmediata que la mayoría de la doctrina lo calificara

---

*administrativos en la ejecución de una tal acción del servicio, o le agrede de hecho, será castigado con pena de privación de libertad de hasta tres años o con pena de multa.*

*(2) En casos especialmente graves la pena de privación de libertad será de seis meses hasta cinco años. Existe un caso especialmente grave, por regla general, cuando:*

- 1. el autor u otro partícipe llevan un arma u otro medio peligroso consigo para utilizarlo en el hecho, o*
- 2. el autor, a través de una acción violenta, sitúa en peligro de muerte o de una grave lesión al agredido.*

*(3) El hecho no será punible conforme a este precepto si la acción del servicio no es conforme a derecho. Esto también será válido si el autor supone erróneamente que dicha acción es conforme a derecho.*

*(4) Si el autor supone erróneamente, en la perpetración del hecho, que la acción del servicio no era conforme a derecho, y pudo evitar su error, puede el tribunal atenuar la pena según su arbitrio (§ 49,2) o prescindir de ella con arreglo a este precepto por su mínima culpabilidad. Si el autor no podía evitar el error y no le era exigible tampoco según las circunstancias conocidas por él, defenderse con medios legales contra la supuesta acción del servicio antijurídica, el hecho no es punible según este precepto. Si le era exigible, puede el tribunal atenuar la pena según su arbitrio (§ 49,2) o prescindir de ella.* Extensamente sobre este delito JAVATO MARTÍN, A.M<sup>a</sup>, El delito de atentado. Modelos legislativos. Estudio histórico-dogmático y de Derecho comparado, Granada 2005, pp. 59 a 193.

<sup>3</sup> Muy ampliamente sobre la naturaleza y contenido del requisito de legalidad del § 113 StGB, JAVATO MARTÍN, El delito de atentado, pp. 103 a 193; del mismo “El requisito de legalidad de la acción del servicio (§ 113-III StGB). Un ejemplo del conflicto libertad ciudadana-seguridad estatal” en RP, nº 18 pp. 124 y ss.

como elemento del tipo que debía ser abarcado por el dolo del autor<sup>4</sup>. En caso de que el autor supusiese erróneamente que la acción del cargo (*Amtshandlung*) no era conforme a derecho (*unrechtmässig*) resultaría aplicable el §59 RStGB (a la sazón regulador de la culpabilidad y el error, hoy §16 StGB) en virtud del cual se le exoneraría de todo tipo de responsabilidad dado que la resistencia no era susceptible de comisión culposa.

Sin embargo, frente a esta solución coherente con el tenor literal del precepto, el Tribunal del Imperio empezó a sostener tempranamente la naturaleza de condición objetiva de punibilidad del requisito, sustrayéndolo así de toda exigencia de culpabilidad. El error sobre el mismo, a diferencia de la tesis anterior, era absolutamente irrelevante produciéndose por lo tanto un deslizamiento del “riesgo de error” hacia la parcela del particular y la consiguiente exclusión de la legítima defensa putativa<sup>5</sup>.

Con ello se pretendía evitar el debilitamiento que, a juicio de este Alto Tribunal, una solución como la anterior acarrearía para el fin de protección del §113 StGB; hacer depender el castigo de la resistencia del juicio del autor no sólo repercutiría en una menor protección de la actividad estatal, de sus funcionarios ejecutores, sino que en última instancia podría conducir a la disolución del orden estatal<sup>6</sup>. Dicho planteamiento fue asumido posteriormente por el Tribunal Supremo Federal suscitando un importante respaldo doctrinal, lo que le hizo merecedor del calificativo de dominante hasta el año 1970, fecha en que se reforma el párrafo introduciendo unas previsiones específicas referidas al error sobre la legalidad de la actuación funcional<sup>7</sup>. A partir de esta nueva regulación se ve relegado a un papel marginal o testimonial.

Para intentar soslayar los inconvenientes que presentaban ambas interpretaciones, la del tipo, de corte liberal y la de la condición objetiva de punibilidad”, de sesgo defensorista, ofreciendo una adecuada nivelación entre los intereses ciudadanos y estatales, WELZEL elabora la teoría de los tipos abiertos, que posteriormente va a ser

---

<sup>4</sup> Pormenorizada relación de la doctrina de la época favorable a esta solución en SCHWARZAT, Zur Auslegung des Begriffs der Rechtmässigkeit der Amtsausübung in §113 Reichsstrafgesetzbuch, Diss. Düsseldorf, 1933, p.29 n. 19.

<sup>5</sup> STÖCKEL, H, Ungeklärte Notwehrprobleme bei Widerstand gegen die Staatsgewalt (§ 113 StGB) en JR p.283.

<sup>6</sup> Destacan MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD, Strafrecht. B.T. 2, Heidelberg 1991, p. 187. que tras este posicionamiento de marcado carácter práctico (finalidad político-criminal utilitaria) se escondía, en rigor una clara maniobra defensorista del aparato (ejecutivo) estatal en detrimento del individuo, inconciliable, con el principio de culpabilidad (keine Strafe ohne Schuld), y que va a ser catalogada lapidariamente “como el rescate de una parte del antiguo Estado Policia”

<sup>7</sup> §113-4 StGB. Véase supra.

reinterpretada por ROXIN, teoría que abordamos a continuación.

### III. LA TEORÍA DE LOS TIPOS ABIERTOS

Según esta doctrina, plasmada originariamente en los artículos anteriormente mencionados, los tipos contienen una serie de elementos o momentos mediante los cuales no se describe objetivamente la acción típica del autor sino (en terminología de WELZEL) su deber jurídico (*sein rechtliches Sollen oder Dürfen*); es decir, elementos fundadores de la total antijuricidad del hecho, comprensivos del juicio total sobre la prohibición<sup>8</sup>. Ello supone que en los tipos en los que se encuentran, la antijuricidad de la conducta no pueda determinarse de forma negativa mediante la exclusión de la presencia de causas de justificación sino que la misma vendrá condicionada por la verificación positiva (previa) de los mismos a realizar por el juez<sup>9</sup>. De ahí que este autor propusiera el calificativo de tipos abiertos en contraposición a los tradicionales, que él denominó cerrados “pues el círculo de características indicadoras de lo injusto es cerrado”<sup>10</sup>. Entre estas “impropias características típicas”<sup>11</sup> a las que inicialmente denominó del deber jurídico, se contarían además de la legalidad, objeto de nuestro estudio, la validez jurídica (*rechtgültig* & 110), la competencia (*zuständig*, en numerosos parágrafos: & 110, 116, 137, 153, 164, 360), la falta de autorización (*unbefugt* & 132, 168 y otros) etc..<sup>12</sup>.

<sup>8</sup> WELZEL, H. en sus artículos de 1952 pp. 19/20, 135, 208, y *passim*. Del mismo Die Regelung von Vorsatz und Irrtum im Strafrecht als Legislatorisches Problem en ZStW 1967 pp. 224 a 228. Véase, ENGISCH K., Die normative Tatbestandelemente im Strafrecht en FS für E.MEZGER, Berlin, 1954, p. 145 y 157; ROXIN, Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale, Hamburg 1959, especialmente a lo largo en su primera parte, pp. 1-52 (hay traducción al español de BACIGALUPO, Buenos Aires 1979); KAUFMANN A., Lebendiges un Totes in Bindings Normentheorie, Göttingen, 1954, particularmente en la páginas 101, 257 /8 y 285 (hay traducción al español de la edición de 1970, de BACIGALUPO Y GARZÓN, Teoría de las normas. Fundamentos de la dogmática penal moderna, Buenos Aires, 1977); MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD, Strafrecht, p. 191.

<sup>9</sup> WELZEL, JZ 1952 p. 343; Del mismo Das neue Bild des Strafrechtssystems. Eine Einführung in die finale Handlungslehre 4ª ed. Göttingen, 1961, pp. 24 y 25. Hay traducción española anotada de CEREZO MIR, El nuevo sistema del Derecho penal. (Una introducción a la doctrina de la acción finalista), Barcelona, 1964.

<sup>10</sup> Por primera vez utiliza esta terminología en su comentario a la sentencia del BGH de 18.3. 1952, JZ p.344. Además del exhaustivo estudio crítico de ROXIN puede consultarse sobre los tipos abiertos entre otros, ENGISCH, Die normative, p. 127 y ss; KAUFMANN, Lebendiges, 101, 257/8 y 285; GALLAS, Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen, ZStW 67 1955; HERZBERG, Tatbestands-oder Verbotirrtum en GA 1993, 439; SCHLÜCHTER, Zur Abgrenzung von Tatbestands-und Verbotsirrtum en JS 1993, 14. Sintetiza la doctrina de WELZEL, en especial la concerniente al &113 CORDOBA RODA, El conocimiento de la antijuricidad en la teoría del delito, Barcelona, 1962 pp. 39 y ss.

<sup>11</sup> Así denominadas por ENGISCH, *ibidem*.

<sup>12</sup> Véase el detallado estudio de ROXIN, Offene, p. 17 y ss, de todos y cada uno de ellos. También los enumera parcialmente, entre otros ENGISCH, Die normative, p. 157. No obstante la primigenia lista de los mencionados elementos fue modificada por WELZEL con el paso del tiempo. Así excluyó de la misma a la

Concretamente, respecto a la expresión “*Rechtmässigkeit*” (conformidad a Derecho)<sup>13</sup> del delito de resistencia a la autoridad dice WELZEL que no pertenecería al tipo del §113StGB, el cual se colmaría con la resistencia a funcionario ejecutor en el desempeño de su cargo, sino que vendría referida exclusivamente a la antijuricidad de la resistencia<sup>14</sup>. A través de ella no se pretende describir la conducta prohibida sino únicamente resaltar que un deber jurídico de omitir toda resistencia sólo existe si el funcionario obra conforme a derecho (“conforme al derecho funcional”), extremo este último que debe ser acreditado (positivamente) por el juez<sup>15</sup>. Y en este sentido, su mención expresa aparece como superflua, pues se limita a poner de relieve una exigencia ya presupuesta en el § 53 StGB -regulador a la sazón de la legítima defensa-, a saber, sólo es antijurídica, y en su caso punible, la resistencia ejecutada contra la actuación funcional legítima<sup>16</sup>. Establece así WELZEL una rigurosa correspondencia entre la legitimidad de la actuación del cargo por una parte y la antijuricidad de la resistencia por otra y a la inversa<sup>17</sup>. Si la actuación del funcionario ejecutor de los tribunales (*Gerichtsvollzieher*) se atiene a los presupuestos de legitimidad de un acto de ejecución, las acciones por él desarrolladas susceptibles de integrar algún tipo serían legítimas y la resistencia del deudor antijurídica. Al contrario, si su proceder no está amparado por el derecho de su cargo (*Amstrecht*), entonces las acciones típicas en las que incurriera (*allanamiento de morada, daños, coacciones*) serían antijurídicas y la resistencia del deudor estaría justificada como legítima defensa<sup>18</sup>.

En virtud de ello, en las hipótesis de error sobre la *Rechtmässigkeit* nos

---

competencia de los §§ 153 y ss de la que opina que no es una característica de la antijuricidad sino un concepto en blanco (ein Blankettbegriff). Véase su 9ªed. *de Das Deutsche Strafrecht. Eine Systematische Darstellung*, Berlín, p. 76. Sintetiza las diversas contribuciones de WELZEL de 1952 así como lo expresado respecto a estos elementos en diversas ediciones de su manual KUNERT K.H., *Die normative Merkmale der Strafrechtlichen Tatbestände* pp. 63 y ss.

<sup>13</sup> A la hora de proceder a su elaboración WELZEL se basa en la obra de V.HIPPEL, el cual ya en su *Lehrbuch* había acentuado la naturaleza especial de la palabra *Rechtmässigkeit*. No pertenecía al tipo del §113 sino caracterizaba o expresaba la antijuricidad de la resistencia. Véase, KUNERT, *Die normative*, pp. 63/4. Destaca la influencia de V.HIPPEL, entre otros, KAUFMANN, *Das Schuldprinzip. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung*, Heidelberg, 1961, p. 253.

<sup>14</sup> WELZEL, *Der Irrtum*, p. 20; KUNERT, *Die normative*, pp.63/64.

<sup>15</sup> WELZEL, *Der Irrtum*”, p. 20; ROXIN, *Offene Tatbestände*, pp.4/5.

<sup>16</sup> WELZEL, *Der Irrtum*, p. 20; del mismo *Die Regelung*, p. 226; S p.118; ROXIN *Offene Tatbestände* pp.4 y 61: el contenido total del elemento “legitimidad” estaría cubierto por otro concepto, la legítima defensa que cumpliría ya su misión; en esto se sustentaría su prescindibilidad; KAUFMANN, *Lebendiges und Totes*, p.257.

<sup>17</sup> WELZEL, *Ibidem*. Véase asimismo KUNERT, *Die normative*, p.64.

<sup>18</sup> WELZEL, *Die Regelung*, p.226. Destaca HIRSCH, *Die Lehre von den negativen Tatbestandmerkmalen*, p. 299 apoyándose en KAUFMANN, *Lebendiges und Totes*, p. 257 (también citada como *Normentheorie*), que tras esta construcción se escondería una simple remisión al juego normal de las causas de justificación.

hallaríamos ante un error sobre el carácter antijurídico de la resistencia, a considerar con arreglo a los principios de la teoría de la culpabilidad como error de prohibición (error impropio de prohibición dada la correlación que WELZEL establece con la causa de justificación de legítima defensa<sup>19</sup>). En caso de error invencible se excluiría absolutamente la sanción penal, mientras que si el sujeto pudo evitar sustraerse a dicho error, se castigaría el delito como doloso pero de forma atenuada<sup>20</sup>.

La teoría de WELZEL fue objeto de críticas por la doctrina alemana<sup>21</sup>. La objeción capital radicaba en el desconocimiento que mediante la misma se producía del sentido primordial del tipo (en cuanto tipo de injusto): describir exhaustivamente toda la materia de la prohibición en orden a que el ciudadano pueda reconocer qué comportamiento está prohibido y cuál está permitido. Solamente este modelo de tipo (cerrado) satisfaría las exigencias del principio *nullun crimen sine lege*<sup>22</sup>. A pesar de ellas es innegable que la solución del error de prohibición que proponía en sede del §13 StGB se mostraba más satisfactoria y equilibrada desde el punto de vista práctico que sus dos antecesoras<sup>23</sup> y en este sentido se puede afirmar que cumplió un importante papel de cara a proporcionar una aceptable vía de escape al laberinto interpretativo en el que estaba sumido el citado párrafo.

Entre las críticas vertidas contra dicha teoría sobresale la efectuada por ROXIN, que de manera pormenorizada la analiza en su libro *Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale*. Seguidamente pasamos a explicarla.

### 1. La crítica de ROXIN

Según este autor los puntos débiles que presenta la teoría de WELZEL se pueden sistematizar en tres planos: el conceptual, el intrasistemático y el dogmático<sup>24</sup>.

---

<sup>19</sup> Véase KAUFMANN, *Lebendiges und Totes*, p.259.

<sup>20</sup> WELZEL, *Der Irrtum*, pp. 19/20; del mismo *Der Irrtum über die Zuständigkeit*, p.135; También en la Gran Comisión, *Niederschrichten* 5 Band. p.98 y ss. MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD, *Strafrecht*, p. 191; KAUFMANN, *Lebendiges und Totes*, p.259; ROXIN, *Offene Tatbestände*, pp 22 y 23; KUNERT, *Die normative Merkmale*, pp.63 y 64.

<sup>21</sup> Una amplia panorámica de las opiniones a favor y en contra se halla en ROXIN, *Offene Tatbestände*, pp. 15 a 17.

<sup>22</sup> Véase en el parecer de muchos, LENCKNER, *Vorbem §§13ff(66)* en S-S 25 Aufl., 1997.

<sup>23</sup> Con ella se lograba en palabras de WELZEL, *JZ*, p.20 que la actividad del funcionario ejecutor disfrutara de la necesaria protección penal pero no a costa de la lesión del principio de culpabilidad; (el signo de exclamación es de WELZEL).

<sup>24</sup> ROXIN, *Offene Tatbestände*, pp. 53 y ss.

En el primero de ellos este autor trata de contrastar la adecuación de los criterios sustentadores de la teoría con la fenomenología real. Así ROXIN refuta los tres presupuestos sobre los que se asentaba: la ausencia de efecto indiciario de la antijuricidad; la necesidad de una valoración judicial positiva de la antijuricidad y su incapacidad para describir el hecho sino sólo el deber jurídico del autor<sup>25</sup>.

Respecto a la ausencia de efecto indiciario, ROXIN demuestra que en muchos tipos abiertos está presente en igual medida que en los cerrados. En cuanto a la determinación judicial positiva de la antijuricidad frente a la negativa de los tipos cerrados, la misma dice ROXIN, no conforma una diferencia esencial pues únicamente es fruto del desplazamiento del ángulo visual desde el sujeto de la acción al objeto de la acción. En los tipos cerrados se dirige la mirada, cuando se quiere comprobar la antijuricidad, al autor y se afirma negativamente (no existe para él causa de justificación); en los tipos abiertos por el contrario la visión se dirige al objeto de la acción, la ley (&110) el funcionario (&113), y se dice positivamente: la ley es jurídicamente válida, el funcionario obra conforme a derecho. De esta forma se pondría en cuestión la delimitación de los elementos del deber jurídico y de las causas de justificación. Por tanto, en uno u otra clase de tipos puede darse un juicio negativo o positivo dependiendo de la perspectiva de la que se parta<sup>26</sup>.

También la carencia de virtualidad o valor descriptivo en estas características sería un postulado falso. Si el concepto de descripción no se limita, como antaño, a las circunstancias descriptivas, sensorialmente perceptibles (idea que comparte el propio WELZEL) entonces tendremos que afirmar que elementos como “competente”, “reprobable” o “legal” describen objetivamente la materia de la prohibición. Por ejemplo las palabras “en ejercicio legítimo de su cargo” en el &113 *StGB* introducen en la descripción del hecho todas las situaciones en las cuales un funcionario está autorizado a intervenir según prescripciones de Derecho público. Por ello, si se sustrae a estos elementos íntegramente del tipo, se les priva de esta función (descriptiva) y resultaría que la conducta prohibida no estaría descrita (especificada) de forma agotadora en ninguna parte, lo que difícilmente podría compaginarse con el principio “*nullum crimen sine lege*”.<sup>27</sup>

---

<sup>25</sup>ROXIN, *Offene Tatbestände*, pp. 53/54.

<sup>26</sup>ROXIN, *Offene Tatbestände*, pp. 54 y ss.

<sup>27</sup>ROXIN, *Offene Tatbestände*, pp. 58 y ss.

En el segundo plano, el intrasistemático<sup>28</sup>, ROXIN trata de sacar a la luz las incongruencias de dicha teoría con la concepción finalista de la teoría jurídica del delito que patrocina WELZEL. De resultas de su estudio llega ROXIN a la conclusión de que los tipos abiertos permanecen extraños, ajenos a los pilares sobre los que se asienta el sistema welzeliano. En primer lugar, contradicen el concepto personal del injusto pues al sustraer al tipo de toda relación con lo injusto se está ignorando el decisivo desvalor de acción y por consiguiente la actividad final y la actitud del delincuente respecto al hecho, lo que provocará la objetivación de la teoría del injusto en similares términos a los postulados por la doctrina clásica. En segundo lugar, en los tipos abiertos está presente una concepción descriptivo-naturalista del tipo incompatible con el contenido valorativo del mismo defendido por WELZEL. Conociendo las circunstancias de estos tipos, el autor no capta el sentido propio que corresponde a la acción en la vida social, pues se extrae del tipo o de la descriptividad la circunstancia decisiva para la valoración del hecho (en nuestro caso la legitimidad en el ejercicio del cargo). En tercer lugar, la esencia de la materia de la prohibición en la concepción de WELZEL es proporcionar al ciudadano el conocimiento de los comportamientos prohibidos. Los tipos abiertos ponen en tela de juicio este pensamiento al no proporcionar al autor una norma de comportamiento clara y utilizable.

En último término, esta teoría se encuentra en franca contradicción con la función general asignada al tipo por WELZEL: destacar del conjunto de sucesos vitales jurídicamente relevantes aquellas acciones relevantes para el derecho sujetas a valoración jurídico-penal.

En la denominada crítica dogmática<sup>29</sup> ROXIN resalta el incumplimiento por parte de los tipos abiertos de las funciones esenciales que todo tipo tiene asignado: la sistemática, la de garantía (emanada del principio de legalidad, art 103 GG) y la dogmática (diferenciadora de los diversas especies de errores-tipo/prohibición-).

#### **IV. LA TEORÍA DE LOS ELEMENTOS DE VALORACIÓN GLOBAL DEL HECHO**

Fruto de su exhaustivo análisis crítico de la teoría de WELZEL, ROXIN llega a la conclusión de que no existen los pretendidos tipos abiertos, pero sí por el contrario los

---

<sup>28</sup> ROXIN, *Offene Tatbestände*, pp. 86 y ss.

<sup>29</sup> ROXIN, *Offene Tatbestände*, pp. 106 y ss.

elementos de deber jurídico<sup>30</sup>. Sin embargo, estos elementos no fueron correctamente caracterizados ni descritos por WELZEL. Según ROXIN en casi todos ellos, entre los que se cuenta la “legalidad” del §113 StGB, nos hallaríamos ante elementos normativos de valoración jurídica<sup>31</sup> que se singularizan respecto a los demás de su especie por su peculiar relación con la antijuricidad<sup>32</sup>. Además de describir el hecho, contienen en sí tal contenido de normatividad que expresarían por sí mismos la antijuricidad global del hecho<sup>33</sup> con lo que su conocimiento implicaría necesariamente la conciencia de la prohibición. De esta guisa, no podrían ubicarse, como pretende la opinión anterior, en el plano de la antijuricidad sino más bien habría que diferenciar en el seno de los mismos, entre la parte determinante del injusto, el sustrato del juicio del injusto, que se incluiría en el tipo, y el elemento que contiene la antijuricidad formal, el cual pasaría a formar parte de la antijuricidad<sup>34</sup>. Con esta operación, se lograba clarificar su posición sistemática así como solucionar los problemas que de ellos surgen en relación al error y a la tentativa<sup>35</sup>. A estos elementos los denomina ROXIN “elementos de valoración global del hecho o abarcadores de la antijuricidad (*gesamttatbewertende oder rechtswidrigkeitsumschliessende Umstände*)<sup>36</sup>.”

Por tanto, la expresión “ejercicio legítimo del cargo” del §113 StGB pertenece tanto al tipo como a la antijuricidad<sup>37</sup>. Introduce en la descripción todos los presupuestos bajo los cuales un funcionario está autorizado a intervenir en determinadas situaciones de acuerdo a las prescripciones de Derecho público, pero al mismo tiempo atesora la

<sup>30</sup> ROXIN, *Offene Tatbestände*, pp 187 y ss y *passim*.

<sup>31</sup> Como por ejemplo el concepto de “documento” (Urkunde §267) “matrimonio” (Ehe §§ 171 y 172); “préstamo” (Darlehen § 302 a)... ROXIN, *Offene Tatbestände*, p. 76. Respecto a la lista confeccionada por WELZEL no ostentarían esta naturaleza, “la reprobabilidad” que se contienen en los parágrafos 240, II (coacciones) y 253, II (extorsión). ROXIN *Ibidem*.

<sup>32</sup> ROXIN, *Offene Tatbestände*, p.121 y ss; ENGISCH, *Die normativen*, p.157.

<sup>33</sup> ENGISCH, *Ibidem*; SAMSON, *Vor. §§32, 36 SK*. Fue mérito precisamente de WELZEL y A. KAUFMANN llamar la atención por primera vez sobre la peculiar vinculación de estos elementos típicos con la antijuricidad. ROXIN, *Offene Tatbestände*, p.82.

<sup>34</sup> ROXIN, *Offene Tatbestände*, pp.135 y 188. También en su Tratado: *Derecho penal. Parte general. T.1: fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Madrid, 1997(traducción de la 2ª ed.alemana y notas por LUZÓN/DÍAZ/DE VICENTE), pp.300/1. En el mismo sentido JESCHECK, *Tratado*, § 25.II.2 y §29.II.c. Los elementos de valoración global del hecho deben descomponerse, de un lado, en sus partes concernientes a los fundamentos del juicio de valor (descriptivo y normativo), y de otro en el propio juicio de valor; los primeros pertenecerían al tipo, pero el juicio de valor pertenece a la antijuricidad.

<sup>35</sup> ROXIN, *Offene Tatbestände*, p.188. Este es el modo, afirma JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal*, PG, 4ª ed. (trad. de Manzanares Samaniego), Granada, 1993, § 25 I II, mediante el cual los mencionados elementos se integran en el sistema del Derecho penal sin tensiones frente a los problemas del error o de relación con las causas de justificación. En esta misma dirección la doctrina dominante.

<sup>36</sup> ROXIN, *Offene Tatbestände*, p.82.

<sup>37</sup> ROXIN, *Offene Tatbestände*, p.82.



valoración total de la acción de resistencia<sup>38</sup>. Si el autor yerra sobre estos presupuestos justificadores de la intervención estará incurriendo en un error de tipo; inversamente si los conoce perfectamente pero piensa que la actuación del funcionario es antijurídica y no tiene el deber de tolerarla nos encontraremos ante un error de prohibición<sup>39</sup>.

Así, si alguien resiste al embargo realizado conforme a derecho por un funcionario judicial ejecutor creyendo erróneamente que se trata del propio juez, obra en error de tipo. Lo mismo acaecería cuando alguien resiste a una detención policial, en la creencia (equivocada) de que ha realizado previamente una contravención y no un delito. Otra cosa distinta sucedería si v.gr. se negase a acreditar su personalidad al sentirse inocente o si se opone al embargo de cosas inembargables, cuando el “*Gerichtsvollzieher*” (funcionario ejecutor de los tribunales) ha obrado dentro del ámbito de su arbitrio (conforme a deber)<sup>40</sup>. En este segundo tipo de casos lo que se produce es una valoración jurídica falsa del hecho total no pudiéndose excluir el dolo<sup>41</sup>.

Esta solución, según ROXIN, colmaría no sólo exigencias dogmáticas elementales (principio de culpabilidad) sino que contribuiría también a enjugar las necesidades prácticas del §113 esgrimidas por el Tribunal del Imperio y la Corte Federal a la hora de decantarse por la “tesis de la condición”, a saber, la protección bastante del funcionario ejecutor<sup>42</sup>. Ello es así pues en la hipótesis de apreciación de un error de tipo la aparente “desprotección” del funcionario no sería tal por varios factores entre los que cita ROXIN: -la subsistencia de amenaza de responsabilidad civil del autor y su capacidad disuasoria ante una resistencia precipitada; -la infrecuencia de la producción de esta clase de errores.

La concepción de ROXIN confluye con la de WELZEL en la vinculación del requisito en estudio a las causas de justificación. También ROXIN opina que en este caso concreto la mención de la legitimidad es superflua pues su tarea ya es cumplida por otro

<sup>38</sup> ROXIN en toda su segunda parte de *Offene Tatbestände*, pp. 54 y ss; especialmente, pp. 60 y 133.

<sup>39</sup> GASSMANN, *Die Rechtmässigkeit*, p.53. Al mismo resultado (error de tipo/prohibición) había llegado ya v.WEBER, GA 1953, pp.163 y ss mediante la consideración de “la legitimidad en el ejercicio del cargo” como un concepto complejo (*komplexbegriff*) el cual abarcaba tanto elementos del tipo como también su valoración. Cfr entre otros BLUMENBERG P., *Die Rechtmässigkeit der Amtsausübung beim Widerstande gegen die Staatsgewalt*, Diss. Göttingen, 1969, p.89. n.3. También sostuvieron la dualidad del error, aunque sin admitir la teoría de los elementos del deber jurídico: KAUFMANN., *Das Schuldprinzip*, p.253 y LANGE, en KOHLRAUSCH-LANGE StGB Anm. VI al §113 que consideran la antijuricidad del acción del cargo como una causa de justificación.

<sup>40</sup> ROXIN, *Offene Tatbestände*, pp. 139/40.

<sup>41</sup> ROXIN, *Offene Tatbestände*, p.140.

<sup>42</sup> ROXIN, *Ibidem*.

concepto, en este caso la defensa necesaria (el que resiste a un funcionario que obra antijurídicamente estaría en todo caso amparado por dicha causa de justificación)<sup>43</sup>. Por tanto, ambos autores someten al error sobre la “legalidad” a un tratamiento paralelo al del error sobre las causas de justificación. La disparidad de soluciones vendrá motivada por la aplicación de la respectiva teoría de la culpabilidad, estricta y limitada, que cada uno de ellos defiende<sup>44</sup>.

## V. RECAPITULACIÓN

A lo largo de la exposición se ha analizado la teoría de los tipos abiertos de WELZEL y la de los elementos de valoración global del hecho de ROXIN. Hemos pretendido demostrar que en el surgimiento de la teoría de WELZEL tiene mucho que ver la problemática generada en la doctrina y jurisprudencia alemana en la intelección del requisito de legalidad que incorpora a la descripción del tipo de resistencia el Código Penal imperial de 1871<sup>45</sup>. Frente a las dos opciones extremas, la liberal ciudadana y la defensista estatal, llega WELZEL a una solución más ponderada, intermedia, mediante la aplicación de su doctrina de los elementos del deber jurídico presentes en los que cataloga de tipos abiertos. Esta doctrina que toma cuerpo respecto a este controvertido requisito<sup>46</sup> posteriormente va a ser extendida a otros conceptos problemáticos presentes en el articulado del StGB. Sin embargo, dicha teoría como tal, entendemos, no puede ser aceptada. En este sentido compartimos las críticas efectuadas en su día por ROXIN y la reinterpretación y corrección efectuada por el mencionado penalista a través de la categoría de los “elementos de valoración global del hecho o abarcadores de la antijuricidad; posicionamiento el nuestro que ya tuvimos ocasión de fundamentar más detalladamente en contribuciones anteriores.

\* \* \* \* \*

---

<sup>43</sup> ROXIN, *Offene Tatbestände*, pp.54/55; p.98. En otra parte de su obra (p.104) afirma que “en legítimo ejercicio de su cargo...” en su aplicación negativa constituye sólo un resumen previo -en sí mismo innecesario- de todas las causas de justificación existentes.

<sup>44</sup> Así especialmente lo pone de manifiesto BLUMENBERG, *Die Rechtmässigkeit*, pp. 86 a 89.

<sup>45</sup> Véase a este respecto nuestra monografía sobre el delito de atentado, citada *supra* pp. 105 y ss.

<sup>46</sup> Así en el primer artículo de WELZEL *Der Irrtum über die Rechtmässigkeit der Amtsausübung* JZ 1952 pp. 19 y ss). Nótese que la hora de proceder a su elaboración WELZEL se basa en la obra de V.HIPPEL, el cual ya en su *Lehrbuch* de 1932 había acentuado la naturaleza especial de la palabra *Rechtmässigkeit*. No pertenecía al tipo del §113 sino caracterizaba o expresaba la antijuricidad de la resistencia (Véase, *supra*). Esta dato refuerza nuestra opinión de que la génesis de la teoría de los tipos abiertos debe situarse en la comprensión del requisito de “legalidad” del §113 StGB

## Francisca Juárez Vasallo

Magistrada Suplente de la Audiencia Provincial de Ávila. Socia de la FICP.

### ~La imputación objetiva. Evolución doctrinal. La imputación objetiva en las últimas sentencias del Tribunal Supremo~

**Resumen.-** No se pretende con esta breve comunicación aportar más conocimiento científico sobre la doctrina de la imputación objetiva del que ahora existe, únicamente realizar un somero repaso a la historia de la teoría de la imputación objetiva: sus orígenes, su introducción en la ciencia jurídica española y su evolución a través de la doctrina y la jurisprudencia hasta llegar a la actual concepción de ésta que se refleja en las últimas sentencias del Tribunal Supremo.

#### I. LOS ORÍGENES DE LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA Y SU EVOLUCIÓN EN LA DOCTRINA JURÍDICA ESPAÑOLA.

La construcción de la teoría de la imputación objetiva constituyó un cambio radical del sistema de la Teoría del Delito basado en el concepto causal de la acción dado que la teoría finalista de Hans WELZEL no consigue, con el criterio de la finalidad ontológicamente fijado, resolver los problemas que surgen en el marco del nexo objetivo entre acción y resultado<sup>1</sup>.

El concepto de imputación objetiva procede, según el profesor Diego LUZÓN PEÑA, de LARENZ, HONIG y ENGISCH (1927, 1930, 1931), que, acudiendo a la teoría de la imputación de HEGEL, formulan una exigencia, basada en criterios teleológicos, de que la causación del resultado sea “adecuada” y por ello le pueda ser “imputada objetivamente” a la acción<sup>2</sup>.

Otros autores sitúan su nacimiento en 1970 cuando el jurista alemán Claus ROXIN, desde el sistema funcionalista teleológico del derecho penal y en un libro homenaje a HONIG, plantea su vinculación con el criterio de “creación de un riesgo jurídicamente relevante de una lesión típica del bien jurídico”. Lo hace porque considera que la formación del sistema jurídico penal no puede vincularse a realidades ontológicas previas “acción, causalidad, estructuras lógico-objetivas, etc.”.

En efecto, la doctrina tradicional se asentaba en la idea de que bastaba constatar que entre la conducta y el resultado mediaba una relación de causalidad para hacer responsable de éste al autor de aquélla. En los casos en que la responsabilidad del actor

<sup>1</sup> Así lo asegura MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. en su obra *La Imputación Objetiva del Resultado. Una primera aproximación*. P.5. Cuadernos de Derecho Judicial 26-1994

<sup>2</sup> Según lo cita LUZÓN PEÑA, D. en su libro *Curso Derecho Penal Parte General*, Universitas, Madrid, 1996, Cap. 15 . Sección 1ª. P.1

parecía inaceptable a pesar de que su conducta hubiera contribuido a la producción del resultado, se pretendía exonerarlo de responsabilidad acudiendo a la inexistencia de dolo o imprudencia. El criterio con que durante mucho tiempo vino operando la teoría de la condición, dentro de la relación causal, fue el de la *conditio sine qua non*, de tal manera que para determinar si una condición podía entenderse en relación causal directa con el resultado final producido, se acudía al juicio hipotético de qué es lo que habría sucedido si la misma no concurriera, de tal manera que si el resultado se hubiera producido igualmente aún en ese supuesto, el resultado no podría ser imputado al sujeto.

En evolución de esa concepción surge la teoría de la imputación objetiva, según la cual para que un resultado pueda ser atribuido a un sujeto, no basta con la comprobación de que una determinada conducta y el resultado injusto típico producido se hallan en relación de causalidad, siendo necesario además contestar a la pregunta de si ese resultado puede ser imputado también objetivamente a su autor, en el sentido de que el suceso causante del resultado sea contrario a la norma de prohibición que sirva de fundamento al tipo penal correspondiente. ROXIN sintetizaba su teoría del siguiente modo: “un resultado causado por el sujeto que actúa, sólo debe ser imputado al causante como su obra y sólo cumple el tipo objetivo cuando el comportamiento del autor haya creado un riesgo no permitido para el objeto de acción (1) cuando el riesgo se haya realizado en el resultado concreto (2) y cuando el resultado se encuentre dentro del alcance del tipo (3)<sup>3</sup>.

Siguiendo a Margarita MARTÍNEZ ESCAMILLA<sup>4</sup>, para que un resultado pueda ser atribuido a un sujeto es necesario que el resultado a imputar constituya la realización de un riesgo jurídicamente relevante cuya evitación sea precisamente la finalidad de la norma infringida por el sujeto. De esta manera habrá que analizar dos consideraciones en orden a la derivación de la imputación objetiva: la creación de un riesgo penalmente relevante, en el sentido de peligrosidad mayor que la permitida, y la realización del riesgo en el resultado. En definitiva, habrá que determinar si el desvalor de la acción está acompañado del desvalor del resultado en base al riesgo creado.

Otro normativista, el también jurista alemán Günther JAKOBS, se une a la teoría de la imputación objetiva y observa que ésta se divide en dos niveles: 1º La calificación del

---

<sup>3</sup> Así lo recoge CANCIO MELIÁ, M. Líneas Básicas de la Teoría de la Imputación Objetiva. Madrid: Ediciones Jurídicas Cuyo, p. 52

<sup>4</sup> Vid. la obra de MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. La Imputación Objetiva del Resultado, p. 12.

comportamiento como típico (imputación objetiva del comportamiento) y 2º La constatación –en el ámbito de los delitos de resultado- de que el resultado producido queda explicado precisamente por el comportamiento objetivamente imputable (imputación objetiva del resultado).

Afirma el profesor Diego LUZÓN PEÑA que, en los delitos de resultado, se requiere no sólo que la acción haya influido o condicionado causalmente el resultado, sino que haya “producido como obra suya” el resultado; y esto supone que conforme a diversos criterios normativos se pueda atribuir, imputar el resultado como obra precisamente de una acción y no del azar o de otro factor, y más concretamente, como obra precisamente de la peligrosidad de la acción que la norma quiere evitar que se produzca.<sup>5</sup>

De esta manera se supera la teoría de la equivalencia de las condiciones, persiguiéndose que el sujeto responda tan sólo si el resultado trae causa del riesgo creado por él y no de aquéllas concausas o circunstancias concurrentes que al confluir con la suya hayan podido ser determinantes del resultado final producido.

La determinación de esta relación entre el desvalor de la acción y el desvalor del resultado se intentaba establecer en base a tres teorías fundamentales, la de la evitabilidad, la del incremento del riesgo y la del fin de protección de la norma.

La teoría de la evitabilidad establece que el sujeto que causa imprudentemente un resultado no responderá mientras no se pruebe, con una probabilidad rayana en la certeza, que dicho resultado se habría evitado con el comportamiento alternativo correcto. Esta teoría se sustenta en el principio de que el fin de protección de la norma tan sólo tiene sentido si el sujeto activo de haberla respetado hubiera evitado el resultado; no siendo así por las circunstancias del caso, la lesión de la norma es irrelevante, no existiendo imputación objetiva.

La teoría del incremento del riesgo viene a establecer que el comportamiento imprudente tiene que haber creado un riesgo mayor que el permitido incrementando así la probabilidad de producción del resultado. De esta manera, si la norma infringida se considera eficaz para disminuir el riesgo de producción del resultado, deberá ser imputado al infractor, si por el contrario se llega a conclusión distinta, no se podrá efectuar la imputación.

---

<sup>5</sup> Así lo afirma el profesor LUZÓN PEÑA, D. Curso Derecho Penal Parte General, Universitas, Madrid, 1996, Cap. 15 . Sección 1ª. P.1

La teoría del fin de protección de la norma pretende determinar la finalidad concreta y «típica» (no en sentido penal) del deber de cuidado lesionado y la clase de daños que éste debe de impedir o evitar. Así, a lo que habrá que atender para derivar la imputación del resultado es a si el resultado producido era lo que la norma de cuidado infringida pretendía evitar específicamente. De esta manera, no existirá relación entre la conducta descuidada y el resultado producido cuando éste quede fuera del ámbito de protección de la norma infringida.

GIMBERNAT<sup>6</sup>, define así la función del criterio del “fin de protección de la norma”: «Los deberes de diligencia, cuya infracción es lo que hace que una acción sea imprudente, persiguen impedir determinados resultados. Si el resultado producido por el comportamiento negligente no es uno de los que se querían evitar por el establecimiento del deber, el autor estará exento de responsabilidad». En definitiva, el criterio del fin de protección de la norma introduce la perspectiva *ex ante*, en el juicio sobre la relación de riesgo, eminentemente *ex post*. Para poder saber cuál es el fin de la norma es necesario volver sobre los motivos que llevaron a determinar ese deber de cuidado y no otro.

Es en la imprudencia donde la imputación objetiva ha tenido una mayor incidencia, posibilitando, entre otras cosas, una correcta fundamentación de la llamada "conurrencia de culpas", entendiéndola como "conurrencia de riesgos". Cuando en la producción de un resultado concurren riesgos diversos -del autor, de la víctima y/o de terceros-, la jurisprudencia, tradicionalmente, ha acudido a la "conurrencia de culpas", negando la "compensación de culpas" pero, al mismo tiempo, disminuyendo la "culpa" del autor por la concurrencia de "culpa" de la víctima (o de terceros). La cuestión estriba en que no se trata de un problema de culpabilidad, ni tan siquiera de injusto típico, sino de imputación objetiva por la confluencia de riesgos diversos en la producción de un resultado. Riesgos respecto de los que es necesario probar cuál o cuáles se han realizado efectivamente en el resultado, aplicando los criterios de la finalidad de protección de la norma y del incremento del riesgo *ex post*. Es decir, acorde con los criterios de imputación objetiva, es necesario probar qué riesgo es el que efectivamente se ha realizado en el resultado: el creado por el autor, el originado por la víctima o terceros, o por ambos. Desde una perspectiva dogmática, en estos casos, no estamos frente a una "conurrencia de culpas" sino ante una "conurrencia de riesgos" y no es un problema

---

<sup>6</sup> En su exposición Otra vez: conducta de la víctima e imputación objetiva. GIMBERNAT ORDEIG, E., Nuevas posiciones de la dogmática jurídica penal. Cuadernos de derecho judicial, 7. 2006.

de causalidad sino de imputación objetiva. En consecuencia, debe analizarse: a) si el resultado es imputable exclusivamente al riesgo creado por el autor; b) si, por el contrario, en parte, también es imputable al riesgo creado por la víctima (o al de un tercero); o, c) si es únicamente imputable a esta última (o al tercero). En el segundo caso, la consecuencia es que no todo el riesgo creado por el autor se realiza en el resultado, por lo que, aun cuando *ex ante* su conducta pudiera calificarse como imprudencia grave, *ex post* deberá calificarse como leve. Es así porque sólo una parte de ese riesgo creado se ha realizado efectivamente en el resultado, siendo este último también imputable a la conducta de la víctima, o en su caso, a la de un tercero o a circunstancias externas (atmosféricas, del estado de la calzada...).

Se introduce, pues, otro criterio que permite excluir la imputación: el principio de la propia responsabilidad o de la autopuesta en peligro, en casos en los que no podrá sostenerse la realización del riesgo en el resultado cuando la víctima se expone a un peligro que proviene directamente de su acción<sup>7</sup>.

Son de mencionar igualmente otros supuestos de ruptura de la imputación objetiva entre los que se pueden incluir los abarcados por el principio de confianza, conforme al cual no se imputarán objetivamente los resultados producidos por quien ha obrado confiando en que otros se mantendrán dentro de los límites del peligro permitido, así como las exclusiones motivadas por lo que doctrinalmente se denomina la “prohibición de regreso”, referidas a condiciones previas a las realmente causales, puestas por quien no es garante de la evitación de un resultado.

En materia de complicidad, se habla también de la teoría de los actos neutrales, denominando dichos actos neutrales o neutros, cotidianos o estandar, a aquellas conductas que reúnen los siguientes requisitos<sup>8</sup>: 1.- Se trata de conductas que favorecen o facilitan causalmente la realización del hecho delictivo por parte del autor. 2.- Se trata de conductas cotidianas, estandar o estereotipadas, o efectuadas conforme a un rol social concreto. 3.- Aparentemente, su fisonomía objetiva es de licitud o inocuidad. 4.- Cuestión distinta es que el autor pueda servirse de esa aportación o prestación para cometer el delito -de forma más o menos alejada en el tiempo y en el espacio-. Esto es, que el autor anude fácticamente su obrar al hecho precedente, sirviéndose de él. 5.-

---

<sup>7</sup> Vid. en ese sentido la STS 1253/2005, 26 octubre.

<sup>8</sup> Así lo afirma GARCÍA ALBERO, R. en su Ponencia: Sobre los límites de la punibilidad en la conducta del partícipe. Una reflexión sobre la teoría de los actos neutrales. Cuadernos Digitales de Formación 36.2009

Adicionalmente, la aportación, prestación, servicio, conducta, puede producirse en contextos muy regulados o estandarizados, que pueden incluso hacer jurídicamente obligatoria dicha prestación (el caso de quien paga una deuda, sabiendo que el dinero será utilizado, por ejemplo, para contratar a un sicario con el que matar a la esposa).6.- El sujeto puede que desconozca el destino concreto de su aportación, lo que en definitiva hará el autor con ella. Este es el caso más habitual.

En realidad, lo que permite hablar de pacífica neutralidad es lo que conocemos como "riesgo permitido" o actuación conforme al rol. FEIJÓO SÁNCHEZ sostiene también que la conducta sólo pierde la neutralidad cuando por sí misma y en su contexto, tiene *el sentido o significado objetivo de facilitar la futura comisión del delito, precisando que el comportamiento del partícipe pueda interpretarse como vinculado, asociado, comunicado o acoplado a la realización del tipo, de manera que pueda verse el riesgo típico o la realización del tipo como fruto de una organización delictiva*.<sup>9</sup> JAKOBS señalará que la conducta neutral se caracteriza justamente por moverse dentro de los límites de su rol, mayoritariamente de su rol profesional, aun sin excluir el simple rol de ciudadano. Se conviene, en fin, en que la neutralidad se pierde cuando el profesional introduce modificaciones de conducta habituales en forma de nuevas prestaciones, ajenas a la actividad que le es propia -lo que puede ser contemplado como interposición de una condición para la consecución de un fin criminal-, o cuando crea o adapta las actividades mismas a finalidades no neutrales o a proyectos delictivos ajenos<sup>10</sup>.

La teoría de la Imputación objetiva se introduce en España a través de JAKOBS, Fernando PANTALEÓN y otros reputados autores de la doctrina científica. Se recepciona en primer lugar, a principio de los años 80 del pasado siglo, por la Sala 2ª del Tribunal Supremo, en el campo penal, del cual pasaría al civil.

En efecto, en la doctrina civil y según la última exposición de DÍEZ PICAZO, los criterios propuestos para establecer o excluir la imputación objetiva son los siguientes<sup>11</sup>:

1º. *Riesgo general de la vida*. Si el curso causal que conduce a un resultado lesivo

<sup>9</sup> FEIJÓO SANCHEZ: Límites a la participación criminal, p. 80. n. 47

<sup>10</sup> Así lo afirma GARCÍA ALBERO, R siguiendo a HASSEMER, Professionelle Adäquanz, Ponencia: Sobre los límites de la punibilidad en la conducta del partícipe. Una reflexión sobre la teoría de los actos neutrales. Cuadernos Digitales de Formación 36.2009.

<sup>11</sup> Según los cita DE ÁNGEL YAGÜEZ, R. Ponencia: La "recepción" del principio de imputación objetiva y el criterio de la probabilidad cualificada en la última jurisprudencia civil, en la Publicación Jurisprudencia civil (2005-2007): análisis crítico. Estudios de Derecho Judicial 133. 2007



ha sido puesto en marcha por un autor mediato, pero en él, posteriormente, han intervenido acciones de terceros que resultan modos de actualización del riesgo habitualmente ligado a la existencia natural del dañado o a los que se desencadenan en la existencia humana en la forma de socialización y civilización correspondiente, no se deben imputar los daños al autor mediato. Por ejemplo, no se pueden imputar objetivamente a quien causó heridas leves a otro, los daños que éste haya sufrido en un accidente de circulación en que se vio envuelto el taxi que le llevaba al hospital.

2º. *Prohibición de regreso*. No debe imputarse objetivamente a quien puso en marcha un curso causal que condujo al resultado dañoso, cuando en éste interviene sobrevenidamente la conducta dolosa o gravemente imprudente de un tercero. En estos casos se habla de "prohibición de regreso", para expresar la idea de que, en la imputación objetiva, no se puede "regresar" desde el tercero que dolosa o culposamente intervino causando el daño hasta el que desencadenó el curso causal, por más que hubiera sido condición *sine qua non* del daño.

La prohibición de regreso no debe incluir aquellos casos en que la conducta dañosa de tercero se haya visto decisivamente favorecida por el autor mediato y aquellos otros casos en que el autor mediato infringiera una norma cuya finalidad consistiera en prevenir o evitar la intervención del tercero. En este sentido hay, por ejemplo, responsabilidad del que tiene bajo su custodia una cosa determinada, si como consecuencia de haber abandonado la custodia, un tercero la roba o se apodera de ella.

3º. *El criterio de la provocación*. Ha sido desarrollado para resolver los problemas de imputación objetiva en dos grupos de casos, fundamentalmente.

En el primero, una persona resulta lesionada (o lesiona a un tercero) en un accidente sufrido en la persecución de un delincuente que huía del lugar de los hechos. Los daños derivados de tales lesiones son objetivamente imputables a quien huía, siempre que pueda estimarse que la persecución fue provocada por él, en el sentido de poder considerarse una conducta irrazonable, atendida la condición del perseguidor (la policía puede y debe asumir mayores riesgos que los particulares), y tras una ponderación *ex ante* de los riesgos reconocibles de la persecución frente a la importancia de llevarla a cabo en ese momento y manera, y las probabilidades de éxito de la misma.

En el segundo grupo de casos, el dañado asume el riesgo del que finalmente

resulta víctima (o causa daño a un tercero) en su intento de salvar su vida, integridad física o bienes, o la vida, integridad física o bienes ajenos, de una situación de peligro cierto, creada culpablemente por el responsable. También aquí habrá que afirmar la imputación objetiva del daño, con independencia de que el intento de salvamento tenga o no éxito, salvo que el mismo haya de considerarse altamente irrazonable, y por existir una enorme desproporción entre el riesgo asumido y el valor del bien en peligro, en relación con la probabilidad de salvarlo. El culpable de un accidente de circulación en el que resulte incendiado un vehículo que en cualquier momento pueda explotar, responderá de la muerte de quien fallezca, al explotar el vehículo, cuando pretendía salvar a un niño atrapado en él; pero no de quien perezca cuando intentaba salvar las maletas. Junto al culpable de la situación de peligro, quedará obligado, en su caso, a indemnizar al dañado el titular del bien amenazado.

4º. *El fin de protección de la norma.* No pueden ser objetivamente imputados a la conducta del autor aquellos resultados dañosos que caigan fuera del ámbito o finalidad de protección de la norma sobre la que pretenda fundamentarse la responsabilidad del demandado.

Las normas que imponen el descanso dominical, dice Pantaleón Prieto, no tienen por finalidad preservar la vida o la integridad de los trabajadores que realizan sus tareas en un punto próximo a un polvorín, que explota en domingo (cfr. S. 22-II-46). Del mismo modo, la finalidad de las normas que prohíben transportar personas en vehículos dedicados al transporte de mercancías, no es prevenir el mayor riesgo que entraña para las personas ser transportadas en vehículos que no reúnen las condiciones de seguridad, sino proteger, frente a la concurrencia, a las empresas destinadas al transporte de viajeros; por lo cual, no son imputables al transportista las lesiones sufridas por viajeros en un vehículo de transporte de mercancías, al ocurrir un accidente de circulación.

5º. *El criterio denominado de incremento del riesgo o de la conducta alternativa correcta.* No puede imputarse a una determinada conducta un concreto evento dañoso, si, suprimida idealmente aquella conducta, el evento dañoso en su configuración totalmente concreta se hubiera producido también con seguridad o probabilidad rayana en la certeza, y si la conducta no ha incrementado el riesgo de que se produzca el evento dañoso. La misma regla es aplicable en los casos en que el evento dañoso se impute a una omisión, si la acción debida no hubiera impedido el resultado dañoso y tampoco hubiera incrementado el riesgo de que se produzca.

6º. *Los supuestos de competencia de la víctima.* Aunque suelen ser examinados desde el punto de vista de la culpabilidad, pertenecen también a los problemas de imputación objetiva. Si en la configuración de un contacto social, el control de la situación corresponde a la víctima, es a ella a quien deben imputarse las consecuencias lesivas y no al comportamiento del autor mediato. Por ejemplo, si en un ascensor, en el que claramente existe un aviso que impide que entren más de cuatro personas, los tres primeros que han entrado permiten la entrada de otros tres, es competencia de todos ellos controlar la situación, salvo que existan circunstancias especiales del propietario de la máquina.

Fuera de estos criterios, y para resolver los problemas que no encuentren solución a través de ellos, Fernando PANTALEÓN PRIETO propone utilizar todavía, como criterio de imputación, el de la adecuación en la fórmula de TRAEGER, que define diciendo que *no se puede imputar objetivamente un concreto resultado dañoso a la conducta del autor cuando la producción de este evento hubiera sido descartada como extraordinariamente improbable por un observador experimentado, que hubiera contado con los especiales conocimientos del autor y hubiese enjuiciado la cuestión ex ante, es decir, en el momento en que el autor se dispuso a realizar la conducta que desembocó en el resultado dañoso de cuya imputación se trata.*

## **II. LA IMPUTACIÓN OBJETIVA EN LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO.**

Decíamos en el anterior epígrafe que la teoría de la imputación objetiva se empieza a asumir por la Sala 2ª del TS alrededor de los años 80, esto es, con anterioridad al Código Penal actual aprobado por la LO 10/1995, de 23 de Noviembre. También la Sala 1ª ha aplicado la teoría de la imputación objetiva al ámbito de la responsabilidad civil. Veamos los ejemplos más representativos de ambas Salas.

Comenzamos por la clásica sentencia de 20 de mayo de **1981** (Sala 2ª) y la de 5 de abril de **1983**, ambas distinguen entre el resultado, físicamente causado por el sujeto, y la existencia de circunstancias extrañas que provoquen el que no le sea imputable. Distingue, en suma, entre la relación causal y la imputación objetiva como categorías independientes y sucesivas. Señalan que *para la responsabilidad penal no basta con la constancia de la relación causal –a determinar según el criterio de la equivalencia de las condiciones- sino que además se precisa la imputación objetiva del resultado, para lo que se requiere la adecuación de la causa para producir aquél como consecuencia*

*lógica y natural de aquella. Es decir... la imputación objetiva se sitúa en un momento anterior a la llamada imputación subjetiva. La concurrencia o no de causalidad es algo empíricamente constatable, a determinar según los métodos de las ciencias naturales, y ésta es la base de la teoría de la equivalencia de condiciones. Pero otra distinta es que para el injusto típico se requiera además la concurrencia de una categoría puramente normativa: la imputación objetiva; es decir que mediante criterios extraídos de la interpretación de la esencia y función del tipo del injusto, se pueda afirmar desde el punto de vista jurídico penal, que un resultado es objetivamente atribuible, imputable, a una acción. Como criterios de imputación objetiva del resultado pueden señalarse (como más frecuentes) el de la adecuación, pero también pueden existir otros, como el de la relevancia, el de la realización del peligro inherente a la acción base, o los del incremento o disminución del riesgo, o el del fin de protección de la norma; estos últimos discutidos, pero esclarecedores en materias como la de la causalidad, cuya concepción doctrinal sigue en evolución.*

La Sala 2.<sup>a</sup> del TS ha recogido la evolución doctrinal en materia de causalidad tal y como evidencian las sentencias siguientes: Sentencia de 27 de mayo de **1988**: *En el tema de la causalidad, la jurisprudencia siguiendo las huellas del progreso científico, distingue el juicio de imputación objetiva que reconoce la existencia de una acción típicamente antijurídica y el juicio de imputación subjetiva, de tal modo y manera que es imprescindible una relevancia jurídico-penal del nexo causal, delimitada desde la perspectiva de la tipicidad, es decir, conforme al sentido de la descripción de la figura en la ley, superando de esta manera la simple causalidad material, impropia de las notas que caracterizan al derecho penal. Hay que referirse por consiguiente y en resumen a una causalidad jurídica en la que el diseño de dicha relación de causalidad agrupa y armoniza la causación objetiva y la subjetiva, en función del delito específico de que en cada caso se trate.*

La complejidad de la valoración de las circunstancias concurrentes en el caso concreto ha determinado en algunos supuestos que aun no siendo nítidos los perfiles del nexo causal entre la conducta imprudente y el resultado final de lesiones causado, se establezca la correspondiente imputación. Como ejemplo vale la STS de 26 de Febrero de **1990** en que un médico de urgencia acude a un domicilio donde es requerida su asistencia y tras diagnosticar al enfermo un principio de infarto, llama a una ambulancia para su traslado a un centro hospitalario ausentándose con posterioridad del lugar. El

retraso de la ambulancia llevó a la esposa del enfermo a llamar al servicio municipal falleciendo el enfermo en el trayecto: *Para que un resultado típico sea objetivamente imputable al sujeto no es necesario que este lo cause física y materialmente, siendo suficiente, desde una perspectiva social y jurídica, que no haya puesto todos los medios para precaverlo, cuando le corresponde una específica función de evitarlo.* Se sostiene que la omisión del deber de cuidado exigible por el riesgo ante el que se encuentra el culpable, permite establecer una vinculación entre la conducta omisiva y el desenlace final que resulta relevante para el derecho penal y que puede ser atribuida al sujeto a título de imprudencia punible en el marco de la imputación objetiva ya que la conducta omisiva si bien no ha sido totalmente determinante del resultado, sí ha contribuido suficientemente a causarlo.

La sentencia de nuestro Tribunal Supremo de 1 de julio de **1991**, de la que fue Ponente el Excmo. Sr. D. Joaquín DELGADO GARCÍA, resume con una claridad meridiana la doctrina de la imputación objetiva del momento, estableciendo que en los delitos de resultado para solucionar los problemas de la llamada relación de causalidad la doctrina actual acude al concepto de imputación objetiva, que existe cuando el sujeto cuya responsabilidad se examina, con su comportamiento origina un riesgo no permitido o aumenta ilícitamente un riesgo permitido, y es precisamente en el ámbito de ese riesgo donde el resultado se produce, entendiéndose que no se ha rebasado ese ámbito cuando dicho resultado se estima como una consecuencia normal o adecuada conforme a un juicio de previsibilidad o probabilidad, porque debe estimarse que normalmente ese concreto resultado se corresponde con esa determinada acción u omisión sin que pueda achacarse a otra causa diferente, imprevisible o ajena al comportamiento del acusado.

La STS de 7 de julio **1993** viene a reiterar la doctrina anterior reiterando que si la causalidad se define, en un primer plano, por su carácter estrictamente natural y derivado de las leyes de la experiencia, y, se restringe, en un segundo momento, por la relevancia jurídico-penal según el sentido del correspondiente tipo penal que toma en consideración el riesgo creado y el fin de protección de la norma, es llano que la imputación objetiva del resultado se presenta en los hechos como incuestionable al considerar que el abandono del área del quirófano por la anestesista de un paciente no motorizado está en conexión causal y directa con la falta de oxigenación cerebral que pasó inadvertida durante unos minutos y que desencadenó el fatal desenlace. Se dice

que el hecho de ausentarse el médico anestesista del quirófano abandonando al paciente anestesiado, aumentó el riesgo de que el foco de peligro ante una contingencia sobrevenida quedara sin control por el especialista, conducta que precisamente es la que pretende evitar la norma infringida, con lo cual se está haciendo alusión al aumento del riesgo y al fin de protección de la norma. Otra STS de 26 de abril de **1994**, en un caso similar, recoge claramente la teoría del aumento del riesgo: (...) *de ahí que la imputación objetiva del resultado a la conducta negligente del acusado fluya sin dificultad. Con su ausencia, al no poderse detectar la regresión sufrida por la paciente, incrementó de forma notable el riesgo para su salud, produciéndose un resultado que, sin duda, es concreción de ese incremento injustificado de riesgo provocado por su conducta.* <sup>12</sup>

Ya en el siglo XXI, la jurisprudencia perfecciona la teoría y analiza el principio de la autopuesta en peligro; así en las SSTs. 1611/**2000** de 19 de octubre, 1484/**2003** de 10 de noviembre, 1094/2005 de 26 de septiembre se dice: (...) *es la teoría de la imputación objetiva la que se sigue en la jurisprudencia de esta Sala para explicar la relación que debe mediar entre acción y resultado y vino a reemplazar una relación de causalidad sobre bases exclusivamente naturales introduciendo consecuencias jurídicas, siguiendo las pautas marcadas por la teoría de la relevancia. En este marco la verificación de la causalidad natural será un límite mínimo, pero no suficiente para la atribución del resultado.* En otras, como la STS 1253/**2005**, 26 octubre, estima que se excluye la imputación objetiva: (...) *en casos en los que no podrá sostenerse la realización del riesgo en el resultado cuando la víctima se expone a un peligro que proviene directamente de su propia acción, en cuyo caso el resultado producido se imputará según el principio de la "autopuesta en peligro" o "principio de la propia responsabilidad".*

En otras ocasiones, a partir del resultado finalmente producido, la jurisprudencia analiza la ausencia de dolo respecto de éste y olvida que, independientemente de que ese resultado no sea imputable a título dolo sí existe una conducta previa dolosa que no puede subsumirse en el riesgo imprudente. En este sentido, por ejemplo, la STS 1027/2006, 26 octubre, condena por lesiones por imprudencia grave del art. 147 en relación con el art. 152, por entender que dadas las circunstancias no existía dolo, ni tan

---

<sup>12</sup> Evolución jurisprudencial reciente de los atentados a la vida y la integridad en el marco del tratamiento médico-quirúrgico. Francisco MOYA HURTADO DE MENDOZA. 1995

siquiera eventual respecto del resultado producido, pérdida de dientes, olvidando que empujar a una persona violentamente contra un coche constituye, al menos, una falta de malos tratos dolosos.<sup>13</sup>

Es importante la línea jurisprudencial de la que es expresión la STS 887/2006, de 25 de septiembre, en la que se califican los hechos como concurso ideal de delitos, entre el art. 150 CP y el art. 152. 1. 2.º CP, por entender que el acusado al lanzar un vaso contra la cara de otro no conocía que éste podía perder el ojo -ausencia de dolo-, aun cuando debía haber previsto ese riesgo -imprudencia-. En este caso se tuvo en cuenta el conocimiento que el sujeto tenía del riesgo concreto de que se produjera el resultado como consecuencia de su conducta<sup>14</sup>. Esta resolución no se contradice con la STS 683/2006, 26 junio, en la que sí se imputa el resultado de la pérdida de un ojo a título doloso, puesto que los hechos son diferentes, ya que el acusado no lanza el vaso sino que golpea con el vaso en la cara de la víctima. En otro sentido, STS 1027/2006, 26 octubre, aprecia únicamente delito de lesiones del art. 147 CP, por imprudencia grave cuando es evidente que existe un riesgo doloso de lesiones en quien lanza a una mujer, de pequeña complexión y peso, contra un coche.

Respecto de la responsabilidad civil, en tanto que se trata de responsabilidad objetiva sí que es suficiente la prueba de la causalidad, no siendo necesaria la prueba de la relación de riesgo. A *sensu* contrario no se puede imponer responsabilidad civil derivada de delito, por daños que no sean causales respecto del hecho típico cometido por el autor. En este sentido, STS 1253/2005, 26 octubre, establece: "En efecto únicamente aquellos perjuicios que sean consecuencia directa y necesaria del hecho delictivo son los que deben indemnizarse y a cuyo resarcimiento queda igualmente obligado el autor responsable de un delito o falta. La responsabilidad civil derivada de un hecho ilícito exige como elemento estructural de la misma una relación de causalidad entre la acción u omisión delictiva y el daño o perjuicio sobrevenidos. Por ello no todo daño y perjuicio puede ser asociado al delito, hay que probar que entre éste y aquellos haya la correspondiente relación de causalidad". Un caso límite se suscita cuando los daños indemnizables no son el resultado material del delito por el que se condena pero sí son imputables objetivamente a ese delito.<sup>15</sup>

---

<sup>13</sup> Así lo expresa Corcoy Bidasolo, M. Repercusiones de la jurisprudencia del TS en la doctrina penal.

<sup>14</sup> Vid. en este sentido la STS 474/2005, de 17 marzo

<sup>15</sup> Vid. en ese sentido, STS 1094/2005, 26 septiembre.

En la STS de 26/09/2005 se imputa a los acusados las lesiones autoproducidas por la víctima al huir de sus atacantes: (...) *El segundo requisito al que antes hacíamos referencia exige que el riesgo (no permitido) creado por la acción sea el que se realiza en el resultado. Es en este segundo condicionante de la imputación objetiva en el que se plantea la presencia de riesgos concurrentes para la producción del resultado, cuestión en la que habrá que estar al riesgo que decididamente lo realiza, como aquellos otros casos en los que no podrá sostenerse la realización del riesgo en el resultado cuando la víctima se expone a un peligro que proviene directamente de su propia acción, en cuyo caso el resultado producido se imputará según el principio de la "autopuesta en peligro" o "principio de la propia responsabilidad". Se trata de establecer los casos en los que la realización del resultado es concreción de la peligrosa conducta de la propia víctima que ha tenido una intervención decisiva.*

*Por tanto, lo primero que debe ser comprobado, antes de imputar un determinado resultado a una acción agresiva es si ésta es idónea, en virtud de una ley natural científica, para producirlo. Naturalmente se trata de una cuestión cuya solución, como cualquier otra de hecho, queda confiada a la conciencia del Tribunal pero éste no puede formar juicio al respecto sino sobre la base de una constatación pericial garantizada por conocimientos especializados.*

*En el caso que se analiza la situación coactiva o la presión ocasionada por el delito contra la libertad moral fue la desencadenante de las lesiones sufridas. El perjudicado no se las produjo por su propia voluntad, si existía algún resquicio para eludir la acción criminal, no puede impedírsele esa posibilidad, obligándole a soportar aquel delito y no consta que hubiera podido eludir la acción criminal sin tales riesgos, traducidos en daños corporales que, por lo tanto, deben considerarse vinculados objetivamente imputables a la acción del acusado.*

En la STS 742/2006, de 14 de febrero, y con fundamento en el criterio de la prohibición de regreso se niega la imputación del evento dañoso al médico primero que atendió a una paciente que posteriormente fue intervenida negligentemente por otro. No obstante, si la conducta del segundo cirujano se hubiera visto decisivamente propiciada por la negligencia del primero, resultaría inaplicable este criterio para excluir la imputación objetiva –excepción a la prohibición de regreso- y, por consiguiente, no se evitaría en tal caso la imputación del primer cirujano.



La sentencia 476/2009 de 7 de mayo afirma que cuando se trata de delitos de resultado, el mismo es imputable al comportamiento del autor si éste crea un riesgo, jurídicamente desaprobado, y de cuyo riesgo el resultado (aquí el desplazamiento patrimonial perjudicial) es su realización concreta. Esta sentencia analiza de forma minuciosa la hipótesis que pudiera calificarse de autopuesta en peligro. Es decir cuando la víctima no es ajena con su comportamiento a la producción del resultado. Supuesto en que surge la necesidad de decidir si la víctima pierde la protección del Derecho Penal, bajo criterios de autorresponsabilidad, o si, por el contrario, debe mantenerse la atribución de responsabilidad al autor que creó el riesgo. Lo determinante sería la existencia de ámbitos de responsabilidad diferenciados, con determinación normativa previa a la imputación.

En la STS de 12 de diciembre de **2014** (ROJ: STS 5234/2014), se aplica la imputación objetiva en un delito de estafa con referencia a los tres niveles de comprobación e introduciendo un contenido de subjetividad en la valoración objetiva del comportamiento: (...) *En consecuencia, el primer nivel de la imputación objetiva es la creación de un riesgo típicamente relevante. El comportamiento ha de ser, pues, peligroso, esto es, crear un determinado grado de probabilidad de lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido. El juicio de probabilidad (prognosis posterior objetiva) requiere incluir las circunstancias conocidas o reconocibles que un hombre prudente en el momento de la acción más todas las circunstancias conocidas o reconocibles por el autor sobre la base de sus conocimientos excepcionales o al azar.(...) No existirá la imputación que la doctrina denomina "de segundo nivel", cuando, aún pudiendo predicarse la voluntad del acto en el sujeto, éste actúa bajo error exculpante, que no sobre el tipo. Eso ocurre si no le era exigible una actitud de atención mayor que la desplegada. La víctima no puede entonces estimarse "culpable" del error padecido. Por ello modernamente se tiende a admitir la utilización de cierto contenido de "subjetividad" en la valoración objetiva del comportamiento con la idea de que no es posible extraer el significado objetivo del comportamiento sin conocer la representación de quien actúa. En el tipo de la estafa esos conocimientos del autor tienen un papel fundamental, así si el sujeto activo conoce la debilidad de la víctima y su escaso nivel de instrucción, engaños que en términos de normalidad social aparecen como objetivamente inidóneos, sin embargo, en atención a la situación del caso particular, aprovechada por el autor, el tipo de la estafa no puede ser excluido. Cuando*

*el autor busca de propósito la debilidad de la víctima y su credibilidad por encima de la media, en su caso, es insuficiente el criterio de la inadecuación del engaño según su juicio de prognosis basado en la normalidad del suceder social, pues el juicio de adecuación depende de los conocimientos especiales del autor. Por ello ha terminado por imponerse lo que se ha llamado modulo objetivo-subjetivo que en realidad es preponderantemente subjetivo. (...) Como último estadio de la imputación objetiva adquiere especial relevancia en el tipo de la estafa el alcance de la protección de la norma, que constituye un criterio fundamental para delimitar el ámbito típico de la estafa y llevar sus justos términos el principio de la función de protección subsidiaria que corresponde al Derecho penal. En este contexto adquiere su verdadero significado la cuestión de la lesión por la víctima de sus deberes de autoprotección a la que se refiere la sentencia de esta Sala de 29.10.98, para negar la adecuación de la conducta al tipo objetivo de la estafa.*

En la recientísima STS de 11 de Febrero de **2015**, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE resume así la teoría de la imputación objetiva: (...) *Varios son los criterios de imputación del resultado, y como más destacamos señalaremos la teoría del incremento del riesgo; conforme a la misma es preciso que el resultado constituya la realización del riesgo generado por la acción y que la conducta del sujeto haya incrementado la probabilidad de producción del resultado comparándola con el peligro que es aceptable dentro del riesgo permitido. Para la teoría del ámbito de protección de la norma, no habrá imputación del resultado cuando éste no sea uno de los que se pretenden impedir con la indicada norma. En otras palabras, la norma que impone los deberes pretende evitar ciertos resultados, cuando el resultado no es uno de ellos, significa que se encuentra fuera de su ámbito de protección y, consecuentemente, debe negarse la imputación de dicho resultado. Por último la teoría de la evitabilidad, conforme a la cual habrá que preguntarse qué hubiera sucedido si el sujeto hubiera actuado conforme a la norma. Si a pesar de ello, es decir, si aunque el sujeto hubiera cumplido con la norma el resultado se hubiera producido igualmente, habrá que negar la imputación objetiva del resultado. En el delito imprudente, el tipo subjetivo lo constituye el desconocimiento individualmente evitable del peligro concreto. Desconocimiento que le es imputable ya que pudo haber previsto el resultado si su comportamiento hubiera sido adecuado al deber de cuidado. En el caso presente la determinación de la relación de causalidad no ofrece duda alguna al ser evidente el*

*nexo causal entre la acción del acusado y el resultado lesivo producido y en cuanto a la calificación de la culpa, habrá de partirse de que en las infracciones culposas es la intensidad y relevancia de la previsión y diligencias dejadas de observar la que va a determinar la incardinación en una u otra modalidad, y de ahí que en los casos de lesiones imprudentes del artículo 152, la gravedad en la culpa es exigencia del tipo delictivo, convirtiéndose en falta en los casos de levedad en la imprudencia aunque el resultado lesivo fuese de los previstos como delito (art. 621).*

Concluye afirmando que en el caso (conductor que arranca el motor de su coche e inicia la marcha estando la víctima subida en el capó) el acusado incurrió en culpa grave, omitiendo de forma relevante y grave elementales deberes de precaución, previsibilidad y cuidado inherentes a la circulación viaria, infringiendo de manera evidente, tanto el contenido normativo de la culpa al no actuar conforme al deber exigido en el lugar y momento concretos, como el factor psicológico ya que habiendo podido prever y evitar el siniestro actuó de forma contraria al deber exigible a un conductor prudente y diligente con omisión grave de las adecuadas medidas de precaución. Sigue diciendo que: *Consecuentemente, de una parte, concurrieron los requisitos de previsibilidad y evitabilidad del delito imprudente. El acusado ejecutó un hecho que infringía gravemente el deber objetivo de cuidado, impuesto por las máximas de experiencia, siendo previsible que su realización provocase un resultado lesivo, y su conducta puede ser calificada de grave imprudencia, y de otra parte, conforme a la teoría de la imputación objetiva le es imputable el resultado al haber creado con su conducta un riesgo jurídicamente desaprobado para un determinado bien jurídico, constatada la relación de causalidad, siendo tal resultado la realización del riesgo creado con la conducta.*

En otra reciente STS de 16 de Marzo de **2015** se niega que exista inducción al homicidio basándose en los criterios de la imputación homicida en los siguientes términos: (...) *ya que la instigación del acusado con respecto a "dar un susto" a la víctima mediante la perpetración de un robo con violencia o intimidación no presentaba ex ante para el inductor un riesgo de muerte. Y ello porque, aun siendo cierto que a tenor del desarrollo de los acontecimientos sí existía ese riesgo, toda vez que se dio el nexo causal y la relación de riesgo propia de la imputación objetiva entre la incitación y el peligro para la vida de la víctima, no consta probado, sin embargo, que el recurrente conociera las circunstancias objetivas de ese riesgo ni que fuera*

*probable que su instigación generara un peligro concreto para la vida de la denunciante. Por todo lo cual, ha de excluirse en el inductor el dolo correspondiente a la imputación subjetiva de la tentativa de homicidio, exclusión que impide su responsabilidad penal en el exceso o desviación en que incurrieron el autor o los autores de la agresión.*

\* \* \* \* \*

## **Prof. Dra. Josefa Muñoz Ruiz**

Profesora Asociada. Univ. de Murcia, España. Socia de la FICP.

### **~Una aproximación al delito de homicidio al hilo de la LO 1/2015, de 30 de marzo~**

**Resumen.-** El delito de homicidio, pilar sobre que se articula la protección penal del derecho a la “vida”, ha sido impermeable a las casi treinta reformas habidas en el vigente Código Penal. Sin embargo, no ha escapado al influjo innovador de la LO 1/2015, que si bien ha mantenido la clásica caracterización del tipo, en coherencia con la nueva configuración del delito de asesinato, ha introducido un subtipo agravado, con remisión expresa a las circunstancias descritas en el número 1 del artículo 140, amén de incorporar el supuesto en que el homicidio constituye además un delito de atentado del artículo 550 del Código Penal. Presupuestos, todos ellos, que junto al tratamiento de la muerte por imprudencia penalmente relevante, constituyen el objeto de análisis de la presente intervención.

## **I. INTRODUCCIÓN**

El Código Penal de 1995 cambió la estructura del anterior, comenzando su Libro II con la protección del bien jurídico de mayor valor como es la vida<sup>1</sup>. Más allá del cambio de título en el que se protegía (del Título VIII pasa al Título I) y de rúbrica (“Delitos contra las personas” se suprime por “Del homicidio y sus formas”), ha sufrido pocos cambios desde 1995, excluidos los propios de naturaleza penológica<sup>2</sup>. Y es que sus sólidas bases estructurales, aquilatadas por la jurisprudencia, y la ausencia de demandas doctrinales o jurisprudenciales de renovación en esta materia, aconsejaban dejar cosas como estaban.

Sin embargo, la LO 1/2015, cuyas apuestas clave son la transformación de la estructura propia del Código Penal, con la supresión del Libro III, dedicado a las faltas, y la incorporación al sistema penal de la prisión permanente revisable -en el elenco de penas privativas de libertad-, arrastra también sustanciales cambios en diversas instituciones penales y, además, reinventa el régimen jurídico de determinadas familias delictivas. A raíz de esta norma, incluso, los delitos de homicidio y asesinato, puntales clásicos en la tutela penal del derecho a la vida, han visto tambalear su construcción tradicional, con la introducción de un régimen agravado que se instrumenta acudiendo a determinadas circunstancias que, como más adelante se comprobará, no se apoyan en un mayor desvalor o injusto como fundamento de una dicha cualificación penal, sino en un juicio de peligrosidad del autor; y además, el legislador, en la consideración al sistema punitivo como última ratio, traspone el homicidio por imprudencia leve a la jurisdicción

<sup>1</sup> SERRANO GÓMEZ, A./SERRANO MAÍLLO, A. Derecho Penal Parte Especial. Madrid, 2011, p. 3.

<sup>2</sup> SIERRA LÓPEZ, M<sup>a</sup> del Valle, El homicidio y asesinato: modificaciones previstas en las últimas reformas legislativas (El Proyecto de Reforma del Código Penal de 20 de septiembre de 2013), Actualidad legislativa, 2013, p. 5.

civil.

Precisamente al análisis del nuevo delito de homicidio dedicaré las siguientes líneas, si bien, en un estudio de estas características, me centraré en examinar las primicias más sobresalientes e indagar en las consecuencias que acarreará la aplicación de este tipo penal, especialmente en materia concursal.

## **II. LA NUEVA CONSTRUCCIÓN DEL DELITO DE HOMICIDIO EN LA LO 1/2015**

Como se acaba de apuntar, a pesar del elevado número de reformas operadas en el Código Penal vigente y el calado de algunas de ellas, ha sido la LO 1/2015, la que, finalmente, ha introducido importantes innovaciones en los delitos cobijados bajo el lema “Del homicidio y sus formas”. Pero, a diferencia del asesinato cuya compleja configuración se proyectaba ya en el arranque mismo de la reforma -ofrece una nueva caracterización, se amplía el marco penal y se introduce subtipo hiperagravado para “los asesinatos especialmente graves”-, en el homicidio, la modificación ha sido totalmente improvisada y huérfana de cualquier explicación justificativa en la Preámbulo. Y es que la incongruencia sistemática de que el proyectado artículo 140.1 recogiese tres circunstancias agravatorias de la figura especial del asesinato que, sin embargo, no figuraban como agravantes específicas del delito base de homicidio, que en caso de concurrir en la ejecución de un delito de homicidio común su influencia en la determinación de la pena quedaría condicionada a su eventual subsunción en alguna de las circunstancias agravantes genéricas previstas en el artículo 22 del Código Penal (por ejemplo, el abuso de superioridad, cuando la víctima sea especialmente vulnerable), o como un elemento a valorar en un proceso de individualización de la pena conforme a los parámetros establecidos en el artículo 66 del Código Penal<sup>3</sup>, vaticinaba que el legislador tendría que salvar la situación haciendo que las circunstancias cualificadoras introducidas en sede de asesinato por medio del artículo 140, fuesen previstas igualmente como agravantes específicas del delito de homicidio del artículo 138, lo que, finalmente, ha hecho la LO 1/2015, de 30 de marzo de 2015, introduciendo un segundo número en el citado tipo penal.

---

<sup>3</sup> Por lo que, como bien apunta el Consejo Fiscal en su Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica que Modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, de 16 enero de 2013, p. 128, se consumaría la paradoja de que el que mata dolosamente no le son aplicables las cualificaciones del artículo 140.1 si en la ejecución del hecho no ha incurrido en alguna de las modalidades típicas del asesinato previstas en el artículo 139 del Código Penal

Al tiempo, en atención al principio de intervención mínima, y a la racionalización del uso del servicio público de Justicia, se ha adoptado el criterio de la excepcionalidad en el castigo penal de las conductas imprudentes. Con la Reforma de 2015 se produce una nueva construcción de la imprudencia penalmente relevante con resultado muerte; se sanciona una nueva escala de la imprudencia en las lesiones: se apuesta por la incorporación de las lesiones causadas por “imprudencia menos grave” y, las anteriores faltas de homicidio causadas por imprudencia leve se reconducen a la vía jurisdiccional civil.

### **1. El delito de homicidio doloso**

El artículo 138 recoge el delito de homicidio en sentido estricto, constituyendo la estructura o armazón de los delitos contra la vida humana independiente<sup>4</sup>. Dado que se mantiene la definición del delito de homicidio en el número 1 del artículo 138, paso a analizar el número 2, en donde, en coherencia con la cualificación prevista para el delito de asesinato, se introduce un subtipo agravado con remisión expresa a las circunstancias descritas en el número 1 del artículo 140, además de incorporar el supuesto en que el homicidio constituye además un delito de atentado del artículo 550 del Código Penal:

A) Cuando concurren alguna de las circunstancias del apartado 1 del art. 140. En este apartado se incluyen, a su vez, tres situaciones:

1ª. 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.

Lo primero que llama la atención es la enredada sistematización de estos supuestos, aunque todos ellos tienen en común la justificación de su presencia en una pretendida mayor vulnerabilidad, ya sea derivada de la edad, ya de un estado físico o psíquico de cierto desvalimiento en la que se encuentran estas víctimas<sup>5</sup>. La “ratio “de la agravación podría radicar en la escasa o nula capacidad de la víctima para oponerse al atentado contra su vida.

Conforme a ello, dos son los supuestos que pueden agravar la pena del delito de homicidio:

---

<sup>4</sup> SIERRA LÓPEZ, Actualidad legislativa, 2013, p. 5.

<sup>5</sup> SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos. Del homicidio y sus formas (artículos 138 y 139), en: Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015 (Dir. González Cussac. Coords. Matallín Evangelio-Górriz Royo), Valencia, 2015, p. 467, señala que nada tiene que ver en cuanto a su posible vulnerabilidad de un chico de quince años con un oligofrénico profundo o con alguien paralizado a causa de una gran invalidez.

El primera cualificación prevista (“cuando la víctima sea menor de dieciséis años”), sigue la línea mantenida por el legislador de establecer una protección penal reforzada de los menores como víctimas del delito: en ocasiones previendo agravaciones específicas; en otras, agravaciones genéricas, y en otras, como circunstancia delimitadora del sujeto pasivo de cara a recibir una especial protección por parte del Derecho Penal<sup>6</sup>.

Pero, ¿cuál es el fundamento de esta presunción de vulnerabilidad? GONZÁLEZ RUS apela al hecho de aprovechar las condiciones de inferioridad o indefensión del sujeto pasivo que lo hacen especialmente vulnerable, y que de forma general se dan por supuestas en el tipo como fundamento de esta agravación<sup>7</sup>. Mientras que para SIERRA LÓPEZ la explicación a tal límite cronológico se puede encontrar en la diferente madurez y desarrollo del menor<sup>8</sup>.

La segunda se refiere a que “se trate de una víctima especialmente vulnerable”. La condición de vulnerabilidad está directamente relacionada con la existencia de una reducción o eliminación de los mecanismos de autodefensa de la víctima y ésta suele derivar exclusivamente de las características de la víctima.

La especial vulnerabilidad puede ser debida a cualquier circunstancia o condición de la víctima comprendiendo causas de incapacidad o dependencia física o psíquica que la hacen especialmente susceptible de ser agredida, restringiendo el tipo, en el caso de homicidio, a los casos de vulnerabilidad por razón de edad, enfermedad o discapacidad<sup>9</sup>. Así, se requieren dos elementos: que el sujeto pasivo sea una persona especialmente vulnerable y que dicha vulnerabilidad derive de su edad, del hecho de padecer una enfermedad o una discapacidad. Y como apunta SIERRA LÓPEZ, dada la determinación de la expresión, dicha vulnerabilidad podrá ser momentánea o permanente, física o

---

<sup>6</sup> SIERRA LÓPEZ, Actualidad legislativa, 2013, p. 6, calificaba de caótico y perturbador el sistema que articulaba nuestro legislador en el establecimiento de la especial vulnerabilidad vinculada a la edad.

<sup>7</sup> GONZÁLEZ RUS, J. José, Las lesiones, en: *Sistemas de Derecho Penal Español Parte Especial*. (Coord. Morillas Cueva) Madrid, 2011, p. 100, se refiere, en esos términos, a la agravante específica prevista en el número 3 del artículo 148 del Código Penal “minoría de edad de doce años o incapacidad de la víctima”.

<sup>8</sup> Añadiendo SIERRA LÓPEZ, Actualidad legislativa, 2013, p. 6, que la introducción de esta circunstancia debía haber sido razonada por el legislador, teniendo en cuenta que los mayores de dieciséis y los menores de dieciocho años quedan excluidos de esta especial protección en los delitos de homicidio y asesinato.

<sup>9</sup> Si bien conforme a la Circular de la FGE 4/2005, relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, la condición de vulnerabilidad está directamente relacionada con la existencia de una reducción o eliminación de los mecanismos de autodefensa de la víctima y ésta suelen derivar de una serie de circunstancias como la edad, la enfermedad o en la situación en que se encuentra.



psicológica, buscada o encontrada; y no sería necesario que el sujeto activo abusase de la situación de vulnerabilidad, sino que sería suficiente con que éste conociese dicha situación<sup>10</sup>.

En cuanto a la especial vulnerabilidad por razón de edad, la edad puede ser muy elevada o escasa. Atañe a niños —bebés o niños de corta edad—, y personas de edad avanzada, que tengan limitaciones físicas o psíquicas que impidan o mermen considerablemente su capacidad defensiva<sup>11</sup>. Pero habrá que extraer de este supuesto los casos de menores de dieciséis años, que estarían ya recogidos en el supuesto primero; quedan incluidos entonces, en este segundo supuesto, los casos de sujetos de avanzada edad, que por razón de la misma tienen menores posibilidades de defenderse de la agresión. Esta especial vulnerabilidad debe ser probada para poder aplicar la cualificación<sup>12</sup>.

Respecto a la vulnerabilidad por razón de enfermedad —con independencia de la edad que se tenga—, podría quedar referida a sujetos que padecen cualquier afección del cuerpo o de la mente que altere de manera duradera e importante el normal funcionamiento del organismo; esto es, una enfermedad tanto somática como psíquica; esta última acoge tanto la enajenación como cualquier alteración de las facultades mentales del sujeto<sup>13</sup>. No es preciso a estos efectos que la enfermedad sea incurable.

Y en relación a la discapacidad, si bien en el Proyecto de 4 de octubre de 2013 se restringía el tipo al aludir a “la discapacidad física o mental”, finalmente, la LO 1/2015 suprime dichas referencias. El legislador deja claro que la especial vulnerabilidad puede venir determinada además de por la edad y enfermedad “por la discapacidad”, excluyendo los supuestos de especial vulnerabilidad “por razón de la situación” que pasarían a ser tenidos en cuenta, en su caso, a través de las circunstancias agravantes genéricas<sup>14</sup>.

El Preámbulo anuncia que las personas con discapacidad deben ser objeto de una

---

<sup>10</sup> SIERRA LÓPEZ, Actualidad legislativa, 2013, p. 6.

<sup>11</sup> GALDEANO SANTAMARÍA, Ana. Maltrato. Art. 153, en: Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012 (Dir. Álvarez García. Coord. Dopico Gómez-Aller). Valencia, 2013, p. 541.

<sup>12</sup> SIERRA LÓPEZ, Actualidad legislativa, 2013, p. 4.

<sup>13</sup> En efecto, propósito del delito de lesiones, SERRANO GÓMEZ, A./SERRANO MAÍLLO, A. Derecho Penal, 2011, p. 100, señalan que “enfermedad somática es toda la que afecta al cuerpo humano y equivale a la pérdida de salud, a la alteración o desviación del estado fisiológico en alguna parte del cuerpo. La enfermedad psíquica, por el contrario, afecta a lo anímico y mental por lo que con frecuencia habrá que acudir a la psiquiatría.

<sup>14</sup> SIERRA LÓPEZ, Actualidad legislativa, 2013, p. 7.

protección penal reforzada en atención a su especial vulnerabilidad y para conseguirlo insiste en que es necesario actualizar la terminología ya superada de “minusválido” e “incapaz”, incorporando los términos más adecuados de “discapacidad” y de “persona con discapacidad necesitada de una especial protección”. De modo que, apelando a la necesidad de adaptar el Código Penal a la Convención Internacional auspiciada por la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, sobre que las personas con discapacidad, justifica la reforma del artículo 25 al objeto de ofrecer “una definición más precisa de las personas que constituyen objeto de una especial protección penal”<sup>15</sup>.

A tal fin, se modifica para actualizar tales términos y conforme a ello, el nuevo artículo 25 incorpora una definición de discapacidad prácticamente idéntica a la recogida en la citada Convención. Y así define “la incapacidad” como aquella situación en que se encuentra una persona con deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales de carácter permanente que, al interactuar con diversas barreras, puedan limitar o impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás; mientras que “persona con discapacidad necesitada de especial protección” es aquella persona con discapacidad que, tenga o no judicialmente modificada su capacidad de obrar, requiera de asistencia o apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica y para la toma de decisiones respecto de su persona, de sus derechos o intereses a causa de sus deficiencias intelectuales o mentales de carácter permanente.

En definitiva, de la configuración de esta circunstancia se pueden extraer dos conclusiones: a) Dado que el número 1 del art. 140 no establece distinción alguna en lo que a la discapacidad se refiere, en ausencia de limitación expresa, se puede decir que se aplicará la pena superior en grado a los supuestos de discapacidad física, mental, intelectual o sensorial de carácter permanente como los supuestos de discapacidad necesitada de especial protección; b) Pero, por otra parte, es innegable que la extensión del ámbito de protección penal a determinadas personas sobre la base de su mayor vulnerabilidad, mediante cualificaciones específicas en los delitos de homicidio y

---

<sup>15</sup> En este sentido, MARTÍNEZ GARAY, Lucia. Concepto penal de discapacidad y de persona con discapacidad necesitada de especial protección (art.25), en: Comentarios a la Reforma, 2015, pp. 132 y 133, señala que aunque el concepto de “incapaz” no estuviera generando problemas que justificaran una reforma es cierto que nuestro ordenamiento jurídico hace años que ha ido incorporando la terminología de la Convención de la ONU en detrimento de las denominaciones de minusválido o incapaz, y también que ello ha supuesto ir asumiendo el concepto funcional de persona con discapacidad consagrado en aquella y abandonando anteriores definiciones más ligadas al reconocimiento administrativo de determinados grados de minusvalía.

asesinato, supone aumentar los problemas de deslinde de esta circunstancia y por ejemplo la alevosía en el delito de asesinato. Pues como advierte Suárez-Mira Rodríguez esta nueva regulación puede acarrear importantes problemas concursales pues, constituyendo la alevosía la condición de cualquiera de los delitos contra las personas empleando en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa y especialmente a asegurarla, sin el riesgo que pudiera resultar para el ofendido, resultará que la muerte dolosa de una persona que no puede ofrecer una resistencia eficaz a causa de su corta edad o situación física o psíquica podrá incluirse tanto en las lindes del homicidio agravado como del asesinato, planteándose de entrada una situación concursal insólita<sup>16</sup>.

2ª. Que el hecho fuera subsiguiente a un delito contra la libertad sexual que el autor hubiera cometido sobre la víctima.

En este caso, el legislador, sin esgrimir argumento, ha considerado meritorio de mayor reproche penal el hecho de matar a una persona después de atentar contra su libertad sexual. No obstante, a pesar de que el tenor literal del precepto se refiere expresamente a “un delito contra la libertad sexual”, entiendo que esta circunstancia cualificadora debe incluir cualquiera de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales que recoge el Título VIII, de manera que sujeto pasivo del delito puedan ser tanto mayores como menores de edad.

Por otra parte, en ausencia de justificación expresa, conviene profundizar en por qué el legislador liga la naturaleza del delito precedente únicamente a los delitos contra la libertad sexual; de entrada, no se adivina razón bastante para un incremento tan importante de la penalidad de la muerte dolosa de otro basado en esa circunstancia; como apunta MIRA-SUÁREZ podría haberse considerado cualquier otro delito atentatorio a intereses personalísimos de la víctima, por ejemplo un delito contra la libertad ambulatoria como la detención ilegal o el secuestro, etc<sup>17</sup>. Sin embargo, SIERRA LÓPEZ sugiere que la específica alusión a los delitos contra la libertad sexual puede responder a razones cirminológicas, es decir, está teniendo en cuenta a un determinado tipo de autor con un mayor grado de perversidad: al móvil sexual se une el de matar<sup>18</sup>. Aunque si la

---

<sup>16</sup> En este sentido, SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, en: Comentarios a la Reforma, 2015, p. 467, subraya que si lo que se pretendía era castigar en mayor medida la muerte alevosa, ya existía y sigue existiendo el delito de asesinato; SIERRA LÓPEZ, Actualidad legislativa, 2013, p. 7.

<sup>17</sup> SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, en: Comentarios a la Reforma, 2015, p. 468.

<sup>18</sup> SIERRA LÓPEZ, Actualidad legislativa, 2013, p. 14.

finalidad de la agravante es desincentivar el homicidio posterior a la agresión sexual con fines de eludir la identificación, podría incluirse la posibilidad de que el víctima del homicidio y del delito sexual fueran diferentes pero vinculadas como podría ser el caso de la violación de un menor de corta edad (o invidente) que no pudiera identificar al agresor y posterior homicidio de la madre o padre testigo presencial de los hechos<sup>19</sup>.

Siendo igualmente cuestionable el que se considere de especial gravedad la producción de la muerte de la víctima de dicho delito que es “subsiguiente” a su comisión y no la que es antecedente (para satisfacer el deseo sexual con el cadáver, necrofilia) o simultánea a la misma (por ejemplo para encontrar satisfacción sexual con la propia conducta homicida o facilitar la agresión sexual), supuestos todos ellos que se suelen equiparar en aquellos ordenamientos que atienden a tales factores en la configuración del delito de asesinato<sup>20</sup>.

En cualquier caso, la aplicación práctica de esta agravante no va a estar exenta de complicaciones: es posible su concurrencia acumulativa con la de que la víctima sea menor de 16 años, víctima especialmente vulnerable y además perfectamente identificable con la circunstancia 4 del artículo 139, en su variante de “ocultación de la comisión de otro delito”, con lo que la complejidad que revisten las posibles relaciones concursales está servida.

3ª. Que el delito se hubiera cometido por quien perteneciere a un grupo u organización criminal.

Que la lucha contra la delincuencia organizada es una prioridad en las agendas políticas de nuestro país y del resto de países europeos es un hecho innegable<sup>21</sup>. No cabe duda que la protección de la seguridad ciudadana exige una respuesta adecuada, tanto frente a los grupos organizados, estructurados jerárquicamente como frente a los grupos o subgrupos de delincuentes que se organizan transitoriamente para periodos cortos de tiempo, incluso fines de semana, aptos para desplazarse por distintas localidades con el objetivo de cometer modalidades violentas de atentados contra la propiedad o actos de

---

<sup>19</sup> Ibidem.

<sup>20</sup> En este sentido, PEÑARANDA RAMOS, Enrique. Delito de asesinato: Arts. 139, 140 y 140 bis CP, en: Estudio crítico, 2013, p. 505.

<sup>21</sup> Acción común 98/245/JAI, de 19 de marzo de 1998, adoptada por el Consejo por la que se establece un programa de intercambios, formación y cooperación para responsables de la lucha contra la delincuencia organizada; Decisión Marco [2008/841/JAI](#) del Consejo, de 24 de octubre de 2008, relativa a la lucha contra la delincuencia organizada; Recomendación del Consejo, de 25 de junio de 2001, relativa a los puntos de contacto en los que se ofrece un servicio ininterrumpido de veinticuatro horas para luchar contra la delincuencia en el ámbito de la alta tecnología., etc.

delincuencia menor (hurtos en entidades bancarias, mendicidad utilizando a menores de edad)<sup>22</sup>.

La expansión de la delincuencia organizada y diversidad de los campos de actuación de estos entes determina que la adecuada tipificación de la organización de carácter criminal se haya venido planteando como una necesidad desde hace años. De hecho, la LO 5/2010, de 22 de junio, de Reforma del Código Penal, respondiendo a las necesidades de política criminal de primer orden de combatir adecuadamente las distintas manifestaciones de criminalidad organizada, ha introducido expresamente la tipificación autónoma de dirección y pertenencia a organización o grupo criminal, diferenciando entre ambos conceptos y ofrece definiciones auténticas de ambas figuras criminales en los artículos 570 bis y 570 ter. Pero no es ésta la única novedad que introduce la mentada LO en materia de criminalidad organizada. Son igualmente reseñables la previsión de tipos cualificados por pertenencia a una asociación u organización en figuras delictivas que hasta ahora carecían de la misma (art. 188.4 reformado), o la inclusión de esta misma agravación en la tipificación de nuevos delitos (art. 177 bis 6 sanciona la trata de seres humanos), y también el establecimiento del comiso ampliado cuando se trate de actividades delictivas cometidas en el seno de una organización criminal (art. 127.1, párrafo 2º) etc.<sup>23</sup>

Siguiendo una línea continuista, el legislador de 2015 amplía los subtipos agravados cuya razón de ser está íntimamente relacionada con la delincuencia organizada. Así, el homicidio (y como se verá más adelante el asesinato) será castigado más duramente cuando el autor pertenezca a un grupo u organización criminal. De modo que el punto de partida en el análisis dogmático de esta circunstancia agravante pasa inevitablemente por determinar qué se entiende por “grupo u organización criminal”. El artículo 570 bis CP define la organización criminal como agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de

---

<sup>22</sup> Circular 2/2011, de la Fiscalía General del Estado sobre la Reforma del Código Penal por la LO 5/2010, en relación con las organizaciones y grupos criminales, p. 6. Señala que la jurisprudencia ha venido ofreciendo una interpretación restrictiva de los conceptos de “organización” y “agrupación de carácter transitorio” empleados por el legislador, indistintamente en muchos casos junto con el de asociación, en numerosos subtipos agravados en la parte especial del Código Penal, doctrina jurisprudencial desarrollada sobre todo con ocasión de la aplicación del subtipo cualificado de pertenencia a organización o agrupación de carácter transitorio, en relación con el delito de tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas.

<sup>23</sup> Ibidem, pp. 7 y 8, Añade la Circular 2/2011, que cabe señalar al respecto, que el apartado 1 del artículo 570 quater ha sido redactado de nuevo por la Disposición final segunda de la Ley Orgánica 3/2011, de 28 de enero, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (BOE de 29 de enero de 2011).

manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos, y el 570 ter identifica el grupo criminal con la unión de dos o más personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos.

En mi opinión, la seguridad ciudadana debe ser un reto en la política criminal de cualquier estado pero no puede servir de excusa el legislador para la cualificación del tipo penal basada en situaciones que, si bien indiciariamente denotan mayor peligrosidad, sin embargo, no implican un mínimo aumento del injusto o un mayor desvalor. Por ello no se puede pasar por alto que del tenor literal del precepto se desprende que, precisamente, la agravación tan notable de la pena obedece al aumento de injusto que supone la mera pertenencia a organización o grupo criminal del sujeto que perpetrare el homicidio; no es exigible que la muerte se produzca en el marco de las actividades violentas desarrolladas en el seno de dichos entes. Hecho que lleva a SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ a sostener que esta nueva previsión penal nos sitúa ante una consideración cercana a los postulados de un Derecho Penal de autor que debiera ser ajeno al Derecho penal actual<sup>24</sup> y que Peñaranda Ramos aproxima a un “Derecho Penal del enemigo” pero no a un derecho penal del hecho que es el único compatible con un Estado Social y Democrático de Derecho<sup>25</sup>. Y es que, ciertamente, el propio texto punitivo contiene ejemplos que se alejan de esta perspectiva, es el caso del número 4.f) del artículo 183, en el que el mayor reproche penal se basa, no en que el agresor sexual del menor de dieciséis pertenezca a una organización o grupo criminal sino en que la comisión del hecho delictivo tuviere lugar en el seno de la misma y que además se dedicara a la realización de tales actividades.

Por otra parte, la introducción de esta agravante también suscita importantes problemas concursales. Se producirá un concurso de normas con los artículos 570 bis o 570 ter del Código Penal en los que se sanciona automáticamente dicha pertenencia o dirección de la organización o grupo, pues precisamente la agravación de la pena en el delito de asesinato obedece al aumento del injusto que supone la pertenencia a una organización, por lo que no podrá castigarse este último comportamiento de forma autónoma por la vía de los artículos 570 bis o 570 ter en concurso de delitos con el

---

<sup>24</sup> SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, en: Comentarios a la Reforma, 2015, p. 471.

<sup>25</sup> PEÑARANDA RAMOS, en: Estudio crítico, 2013, p. 506.

subtipo agravado específico, ya que ello vulneraría el principio non bis in idem. Por lo que parece que se sancionará sólo el subtipo agravado de asesinato, con la pena de prisión permanente revisable, entendiéndose absorbido el delito autónomo de pertenencia o dirección de grupo u organización<sup>26</sup>.

B) Cuando los hechos además sean constitutivos de un delito de atentado del artículo 550<sup>27</sup>.

Se ha previsto también la agravación del homicidio de autoridades, funcionarios y agentes de la autoridad –cuando son víctimas de este delito en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas- con la finalidad, especialmente, de reforzar la protección de los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad<sup>28</sup>.

Aunque conviene recordar que esta figura también ha sido objeto de profunda reforma, como expone el Preámbulo, se introduce una nueva definición y se produce una expansión del delito. Se refleja de manera explícita que en todo caso se considerarán actos de atentado los que se cometan contra funcionarios de sanidad y educación en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de las mismas, dando visibilidad algo que, por otra parte, ya venía recogiendo la jurisprudencia mayoritaria<sup>29</sup>. Si bien, tampoco faltan pronunciamientos en sentido contrario como la SAP de Barcelona 395/2008, de 23 de mayo [ARP 2008\351], que subrayan que la relación en un centro docente entre profesor y alumnos no tiene nada que ver con el orden público.

En cualquier caso, el nuevo delito de atentado, al igual que ocurre con la redacción anterior, exige dos requisitos: a) que el sujeto pasivo sea la Autoridad, sus agentes o los funcionarios públicos, y b) deben ser atacados “cuando se hallen ejecutando funciones de sus cargos o con ocasión de ellas”. Tal expresión, subraya

---

<sup>26</sup> En este sentido, el Informe del Consejo General del Poder Judicial..., cit., pp. 169 y 170.

<sup>27</sup> El artículo 550 del Código Penal, tras la LO 1/2015 dispone: «1. Son reos de atentado los que agredieren o, con intimidación grave o violencia, opusieren resistencia grave a la autoridad, a sus agentes o funcionarios públicos, o los acometieren, cuando se hallen en el ejercicio de las funciones de sus cargos o con ocasión de ellas. En todo caso, se considerarán actos de atentado los cometidos contra los funcionarios docentes o sanitarios que se hallen en el ejercicio de las funciones propias de su cargo, o con ocasión de ellas...»

<sup>28</sup> El delito de atentado se encuentra recogido en el Capítulo II del Título XII, en donde se incluyen conductas de oposición al ejercicio de las funciones públicas de las Autoridades, sus agentes y funcionarios públicos. Las principales novedades que incorpora el nuevo artículo 550 se reducen a dos: a) una nueva definición del delito de atentado, y b) la rebaja de los límites mínimos de la pena prevista en la figura básica (CUERDA ARNAU, María Luisa. Atentados y resistencia (art. 550 y ss.), en: Comentarios a la Reforma, 2015, p. 1282).

<sup>29</sup> La SAP de Salamanca 10/2013, de 8 de febrero [ARP 3013\1614], condena por delitos de atentado la causación de daños en el vehículo y verja de la vivienda propiedad de un profesor y tutor de los acusados; en el mismo sentido, JP de Bilbo (Vizcaya) núm. 4, 234/2011, de 3 de octubre [ARP 2011\1227].

SIERRA LÓPEZ, vincula el atentado con las funciones que representa el sujeto pasivo: en el primer caso, esto es, “cuando se hallen ejecutando las funciones del cargo” existirá una total identidad entre la persona de la autoridad, agente o funcionario y el órgano que encarna o representa; y en el segundo supuesto, es decir, “con ocasión de las funciones de sus cargos”, deberá producirse el ataque en atención a las funciones ya ejercidas o de las que puedan realizarse. Es más: hay unanimidad jurisprudencial en entender que el delito recogido en el artículo 550 exige un especial elemento subjetivo consistente en la “voluntad de vulnerar y menospreciar” el principio de autoridad<sup>30</sup>.

En definitiva ambas expresiones recogen un requisito de legalidad en la actuación de la autoridad, sus agentes o sus funcionarios públicos. De esta forma, en caso de extralimitación de los servidores públicos en el ejercicio de sus funciones deberán quedar despojados de la protección penal y, de la misma manera, en supuestos de producción de un resultado de muerte en relación a éstos, también decaería la cualificación del artículo 138 del Código Penal. No obstante, nuestra jurisprudencia ha matizado los casos en que se aprecia tal extralimitación en el servidor público al no actuar ya conforme a derecho. Los casos de extralimitación leve no suponen la atipicidad del atentado<sup>31</sup>. Así, la SAP de Badajoz 93/2011, de 5 de mayo [JUR 2011|207496] absuelve del delito de atentado en aquellos casos en que profesora que se excede patentemente en su cometido.

Realmente la reforma del delito de homicidio afecta a la propia consideración de la muerte de una persona por otra, a la que en su caso añadiríamos las correspondientes circunstancias agravantes genéricas en caso de concurrir. Pero ¿cuál es el fundamento de esta agravación? CUERDA ARNAU afirma que la agravación del homicidio trae causa exclusiva del mayor desvalor y/o reproche que el legislador vincula al hecho de que la conducta sea constitutiva, a su vez, de un delito de atentado, lo que, al menos, obliga a cuestionar la solución legislativa<sup>32</sup>. Para SIERRA LÓPEZ, la consideración del sujeto pasivo juega un papel especial ya que la muerte de un servidor público en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas tiene mayor pena que la de otra persona, no parece causa suficiente para provocar un aumento tan considerable de la pena, sobre todo porque los hechos tienen que haber sido además constitutivos de un delito de atentado del artículo 550, tipo penal que precisamente tiene en cuenta las características del

<sup>30</sup> SIERRA LÓPEZ, Actualidad legislativa, 2013, p. 7.

<sup>31</sup> Ibidem, p. 8.

<sup>32</sup> CUERDA ARNAU, en: Comentarios a la Reforma, 2015, p.1287.



sujeto pasivo, haciendo innecesaria la cualificación<sup>33</sup>.

En materia concursal, sabido es que el delito de atentado –en todo caso único aunque sean varios los agentes implicados- entra en concurso ideal con los resultados lesivos que se irroguen al sujeto pasivo de la acción, sean lesiones, sea la muerte<sup>34</sup>. A partir de ahora, el tenor literal del precepto “cuando los hechos además sean constitutivos” apunta, como bien sugiere SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, a una transformación de un concurso ideal de delitos en una suerte de delito complejo en la medida en que aparece integrado por dos acciones que individualmente consideradas ya serán delictivas por sí mismas, pero que se disipan formando el mismo delito<sup>35</sup>. Conclusión que no ha dejado indiferente a una parte de la doctrina. Y así, en opinión de Sierra López hay una infracción del principio non bis in idem, ya que tomada en cuenta la lesión al bien jurídico protegido en el delito de atentado (el correcto ejercicio de la función pública o como dice la STS de 27 de septiembre de 2007 “el principio de autoridad ejercido por el funcionario público con respeto y aceptación de todos y cada uno de los límites que...”, no puede nuevamente ser tenido en cuenta en el delito de homicidio. De hecho como el delito de atentado no exige un resultado lesivo del sujeto pasivo, si concurre se penará independientemente. En conclusión, conforme a lo establecido en la LO 1/2005 o se castiga únicamente como homicidio cualificado o como homicidio tipo base en concurso de delitos con el de atentado del artículo 550<sup>36</sup>.

## 2. El delito de homicidio imprudente

Como es lógico, la eliminación de todas las faltas del Libro III del Código Penal, en general, y de las faltas contra las personas que recogía el Título I, en particular, ha acarreado una importante modificación del homicidio imprudente derivada de la desaparición de algunas de ellas, su conversión en ilícitos administrativos o, como es el caso, su transformación en delitos leves. En efecto, ya advertía el legislador en el Preámbulo que en su mayoría se trata de conductas tipificadas ya como delitos, que pueden incluirse en cada uno de ellos como subtipo atenuado aplicable a los supuestos en los que las circunstancias del hecho evidencian una menor gravedad. Pero, no toda actuación culposa de la que se derive un resultado dañoso debe dar lugar a responsabilidad penal, sino que el principio de intervención mínima y la descongestión

<sup>33</sup> SIERRA LÓPEZ, Actualidad legislativa, 2013, pp. 8 y 9.

<sup>34</sup> CUERDA ARNAU, en: Comentarios a la Reforma, 2015, p.1286.

<sup>35</sup> SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, en: Comentarios a la Reforma, 2015, p. 470.

<sup>36</sup> SIERRA LÓPEZ, Actualidad legislativa, 2013, p. 9.

judicial, determinan que en la esfera penal deban incardinarse exclusivamente los supuestos graves de imprudencia, reconduciendo otro tipo de conductas culposas a la vía civil, en su modalidad de responsabilidad extracontractual o aquiliana de los artículos 1902 y siguientes del Código Civil, a la que habrá de acudir quien pretenda exigir responsabilidad por culpa de tal entidad.

No obstante, como bien apunta BOLDOVA PASAMAR, a pesar de la supresión nominal de las faltas, lo que en realidad se produce es una redistribución de las mismas orientándose en el principio de intervención mínima y el objetivo práctico de facilitar una disminución relevante del número de asuntos menores, que se derivan a otras jurisdicciones<sup>37</sup>. Así, en relación al homicidio, se estima oportuno reconducir la actual falta de homicidio por imprudencia leve hacia la vía jurisdiccional civil, de modo que sólo serán constitutivas de delito el homicidio por imprudencia grave (apartado 1 del artículo 142), así como el delito de homicidio por imprudencia menos grave, que entrarán a formar parte del catálogo de delitos menos leves (apartado 2 del artículo 142)<sup>38</sup>. En definitiva, se recoge, pues, una modulación de la imprudencia delictiva entre grave y menos grave, lo que dará lugar a una mejor graduación de la responsabilidad penal en función de la conducta merecedora de reproche, pero al mismo tiempo permitirá conocer supuestos de imprudencia leve que deben quedar fuera del Código Penal. Se distingue así entre:

A) Homicidio por imprudencia grave. La doctrina científica identifica la imprudencia grave con la imprudencia temeraria, según la denominación acuñada en el artículo 565 del Código Penal de 1973<sup>39</sup>. Así, si la imprudencia se calificará como grave cuando la diligencia omitida sea la mínima exigible, la indispensable o elemental (SSTS 228/2005, de 4 de marzo [RJ 2006\1980] y 186/2009, de 27 de febrero [RJ 2009\1672]); y el homicidio por imprudencia grave es la muerte de otro a causa de la falta de adopción de las más básicas normas de precaución y cuidado.

A efectos penológicos, se establece en párrafos separados que si la muerte resulta de la utilización de un vehículo a motor, de un ciclomotor o de un arma de fuego, se

---

<sup>37</sup> BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel.: La desaparición de las faltas en el Proyecto de Reforma del Código Penal de 2013, RECPC 16-2(2014), P. 3.

<sup>38</sup> SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, en: Comentarios a la Reforma, 2015, p. 482.

<sup>39</sup> A propósito del delito de conducción temeraria o por imprudencia grave, vid. CORCOY BIDASOLO, M: Homicidio y lesiones en el ámbito del tráfico viario. Problemática concursal entre los delitos contra la seguridad en el tráfico y los resultados lesivos a ellos imputables, en: Seguridad Vial y Derecho Penal. Análisis de la LO 15/2007, que modifica el Código penal en materia de Seguridad Vial (Dirs. Mir Puig-Corcoy Bidasolo. Coord. Cardenal Montraveta, S.) Valencia, 2008, p. 91.

impondrá acumulativamente a la pena privativa de libertad, la correspondiente pena privativa de derechos, previsión preventivo-general y especial dirigida a la evitación del incremento de riesgos en la circulación rodada y en las actividades cinegéticas, deportivas, etc.<sup>40</sup>

Se regula asimismo, en un tercer párrafo, el homicidio cometido por imprudencia profesional, la cual, según la doctrina jurisprudencial<sup>41</sup>, supone un plus de antijuridicidad consecutivo a la infracción de la *lex artis* y de las precauciones y cautelas más imperdonables e indiscutibles a personas que perteneciendo a una actividad profesional deben tener unos conocimientos propios de esa actividad. Y si bien MIRA-SUÁREZ RODRÍGUEZ, distingue a su vez, la culpa del profesional, que no es más que una imprudencia común cometida por un profesional en el ejercicio de su arte, profesión u oficio, de la culpa propiamente profesional identificable con la impericia (STS 1904/2001, de 23 de octubre [RJ 2001\9074]), en ambos casos se impondrá, también acumuladamente a la privativa de libertad, la pena consistente en la inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo<sup>42</sup>.

B) Homicidio por imprudencia menos grave: ¿Qué es la imprudencia menos grave? Con la reforma de 2015 queda superada la tradicional distinción entre imprudencia grave y leve. La “imprudencia menos grave”, es un concepto nuevo, cuyo contenido y características habrán de ser perfilados por la doctrina de los jueces y Tribunales en su aplicación reiterada a casos concretos. La principal cuestión que plantea es ¿a qué categoría delictiva pertenece? A tenor del artículo 13.3 “son delitos leves las infracciones que la ley castiga con pena leve” y a tenor del artículo 13.4 in fine “cuando la pena, por su extensión, pueda considerarse leve o como menos grave, el delito se considerará, en todo caso, como leve”<sup>43</sup>. Pues bien, las penas con que se sanciona el homicidio por imprudencia menos grave son, o bien leves (las privativas de derechos en la extensión de tres meses a un año, así como la multa de tres meses), o bien menos graves (estas mismas penas en la extensión de un año y un día a 8 años, así

---

<sup>40</sup> SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, en: Comentarios a la Reforma, 2015, p. 484.

<sup>41</sup> STS 173/2009, de 27 de febrero [RJ 2009\3240] y STS 1922/2013, de 17 de octubre [RJ 2013\7111].

<sup>42</sup> SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, en: Comentarios a la Reforma, 2015, p. 485.

<sup>43</sup> La graduación de las penas se contempla en el artículo 33 del Código Penal, en cuyo apartado 3 considera penas menos graves tanto la privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de un año y un día a ocho años como la privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a ocho años, así como la multa de más de tres meses. En su apartado 4 se considera penas leves la privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de tres meses a un año, la privación del derecho a la tenencia y porte de armas de tres meses a un año y la multa de hasta tres meses.

como la multa de más de tres meses). Por tanto, se puede concluir, conforme a los artículos 13 y 33, que esta inédita figura constituye un ejemplo de la nueva categoría de “delitos leves”, que viene a ser un sucedáneo de las antiguas faltas. Subraya Suárez-Mira Rodríguez que es evidente que el heredero natural (o cuanto menos legatario) de la falta de homicidio imprudente, que aparecía tipificada en el artículo 621.2, no es otro que el actual artículo 142.2 del Código Penal, el cual, por una parte, ha visto incrementada la pena, que pasa de la multa de uno a dos meses a la multa de tres a dieciocho meses, aumento exponencial que, necesariamente, debe ir unido a un injusto también mayor<sup>44</sup>.

Por otra parte, y a diferencia del homicidio cometido por imprudencia grave, el cometido por imprudencia menos grave exige, como requisito de perseguibilidad, denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Aunque, tratándose de un bien jurídico indisponible por su titular, los ataques al mismo no deberían dejarse a la voluntad del particular; y finalmente, aunque suene a broma, el artículo 140 bis permite que a los condenados por la comisión de uno o más delitos de homicidio por imprudencia grave o incluso menos grave se les puede imponer además una medida de libertad vigilada<sup>45</sup>.

### **III. AMPLIACIÓN DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LIBERTAD VIGILADA (Artículo 140 bis)**

La previsión contenida en el artículo 140 bis supone la aplicación de una medida de libertad vigilada a los condenados por la comisión de uno o más delitos comprendidos en el Título I.

En la redacción originaria, se hacía alusión a “los delitos comprendidos en este Capítulo”, sin embargo, el Título no está dividido en Capítulos con lo cual todo parecía apuntar que la medida quedaba circunscrita a los supuestos de asesinato, sin embargo, en su redacción final, la alusión a “los delitos comprendidos en este Título” no deja lugar a dudas: se produce una ampliación del campo de actuación de la medida de libertad vigilada a todos los incluidos en el Título I.

A pesar de los defectos que ya presentó en su día la introducción de la medida de libertad vigilada, el legislador amplía desmesuradamente con esta disposición su ámbito

---

<sup>44</sup> SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, en: Comentarios a la Reforma, 2015, p. 486.

<sup>45</sup> Ibidem.

de ampliación, llegando incluso a posibilitar su aplicación en casos de homicidio imprudente, participación intentada (artículo 141) o participación al suicidio, lo que Suárez-Mira Rodríguez califica de “grotesco y disparatado” y muestra su total desacuerdo con su imposición a quien ya ha cumplido una extensa condena<sup>46</sup>. Mientras que Vázquez Iruzubieta, afirma que debiera ser preceptiva habida cuenta la gravedad de los delitos a que se refiere y la peligrosidad de quienes salen en libertad<sup>47</sup>.

En mi opinión, dado que se trata de establecer una medida de libertad vigilada sucesiva al pleno cumplimiento de la pena impuesta por el delito cometido, hubiere sido más acertado determinar con mayor precisión los supuestos en los que realmente pueda llegar a imponerse la libertad vigilada.

#### IV. CONCLUSIONES

El régimen jurídico del delito de homicidio, al igual que otro amplio elenco de figuras delictivas, ha experimentado aceleradas variaciones a raíz de la reforma obrada por la LO 1/2015, de 30 de marzo. Pero, cuando la política criminal cede ante el sensacionalismo y alarma social que generan hechos puntuales más que a la reflexión, y a la precipitación más que a los datos estadísticos, los cimientos de la reforma se sitúan, desde su arranque, en el punto de mira de los operadores jurídicos y difícilmente las novedades introducidas mejoran la regulación vigente. En cualquier caso, de la nueva articulación penal de la tutela del derecho a la vida, en el artículo 138 del Código Penal, se pueden extraer las siguientes conclusiones:

En primer lugar, los acentuados e improvisados cambios en el homicidio, todos ellos cuestionables, dan la sensación de que el legislador, en su afán por aligerar la tramitación parlamentaria de una reforma tildada de autoritaria y expansionista<sup>48</sup>, realiza una selección arbitraria de situaciones merecedoras de una consideración cualificada, basándose no en su mayor injusto o desvalor, sino en un juicio de peligrosidad, en lo se proyecta como una firme manifestación de la expansión represiva del derecho penal. En mi opinión, el legislador ha perdido la ocasión de proyectar una tutela penal del derecho a la vida que, inspirada en los postulados de un Estado Social y Democrático de Derecho, deje libre de juicios de peligrosidad la raíz de la cualificación penal.

---

<sup>46</sup> Ibidem, p. 482.

<sup>47</sup> VÁZQUEZ IRUZUBIETA, Carlos. Código Penal Comentado (Actualizado por las Leyes Orgánicas 1/2015, de 30 de marzo), Barcelona, 2015, p. 273.

<sup>48</sup> VIVES ANTÓN, Tomás S. La reforma penal de 2015: una valoración genérica, en: Comentarios a la Reforma, 2015, p. 34.

Por otra parte, al tiempo que la transformación en delitos leves de algunas de las anteriores faltas fuerza la modificación de diversas instituciones penales, se recoge una nueva modulación de la imprudencia delictiva entre grave y menos grave, lo que dará lugar a una mejor graduación de la responsabilidad penal en función de la conducta merecedora de reproche, pero al mismo tiempo permitirá la desprotección de bienes jurídicos de máxima relevancia como “la vida”, por el destierro penal de los homicidios cometidos por imprudencia leve y su remisión de al orden civil.

\* \* \* \* \*

## Marta Pantaleón Díaz

Estudiante y becaria de colaboración en el Área de Derecho Penal. Universidad Autónoma de Madrid, España. Socia de la FICP.

### ~Imputación objetiva e imprudencia en el derecho anglosajón\*~

**Resumen.-** En este trabajo se analizan los criterios de imputación de responsabilidad por resultados lesivos en ausencia de dolo en los ordenamientos jurídicos del *common law*. Para ello, se compara el tratamiento que reciben, en los sistemas anglosajones de Derecho penal y de responsabilidad civil extracontractual, dos instituciones que desempeñan en estos sistemas funciones similares a las que, en Derecho continental, cumplen la imputación objetiva y la imprudencia: la causación (*causation*) y la negligencia (*negligence*). Se concluye que, en torno a estas dos instituciones, puede definirse, en el *common law*, una estructura básica de imputación de responsabilidad por resultados lesivos de conductas negligentes que opera tanto en el ámbito penal como en el de la responsabilidad civil extracontractual, sin perjuicio de las importantes diferencias funcionales que existen entre una y otra rama del Derecho.

## I. INTRODUCCIÓN

Aunque la imputación objetiva es uno de los institutos de la teoría general del delito que ha recibido el tratamiento doctrinal más intenso en las últimas décadas<sup>1</sup>, algunos de sus aspectos son aún muy discutidos<sup>2</sup>. Asimismo, si bien la preocupación científica por el delito imprudente – ámbito en el que la relevancia práctica de la teoría de la imputación objetiva del comportamiento se manifiesta con particular intensidad<sup>3</sup> – ha experimentado un crecimiento enorme desde aproximadamente mediados de los setenta, la intensidad de los esfuerzos científicos en la formación de conceptos, en la ordenación sistemática y en los resultados prácticos no ha producido aún tanto consenso

---

\* Presenté este escrito como Trabajo de Fin de Grado, en mayo de 2015, en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. El trabajo, que ha sido seleccionado como ponencia dentro del IV Congreso Internacional de Jóvenes Investigadores en Ciencias Penales (Universidad de Salamanca, 29 y 30 de junio y 1 de julio de 2015), fue dirigido por el Prof. Dr. D. Enrique Peñaranda Ramos, mi maestro, al que agradezco de corazón su incansable y generosísima ayuda en esta y todas mis investigaciones.

<sup>1</sup> JAKOBS, G., *La imputación objetiva en Derecho Penal*, trad. de M. Cancio Meliá, 1ª ed., Ad-Hoc, Buenos Aires, 2014, p. 9. CANCIO MELIÁ, M., *Estudios de Derecho Penal*, 1ª ed., Palestra Editores, Lima, 2010, p. 185, habla, en el mismo sentido, del inicio de “una auténtica marea de publicaciones” en la materia a partir de los años setenta del siglo pasado.

<sup>2</sup> PEÑARANDA RAMOS, E., *Tipicidad en los delitos activos: tipo objetivo*, en F. Molina Fernández (Coord.), *Memento Práctico Penal 2015*, Francis Lefebvre, Madrid, 2015, p. 146. En esta misma línea, CANCIO MELIÁ, *loc. cit.*, p. 186.

<sup>3</sup> JAKOBS, *La imputación...*, 1ª ed., Ad-Hoc, Buenos Aires, 2014 p. 23. De hecho, como señala FEIJÓO SÁNCHEZ, B., *Teoría de la imputación objetiva: estudio crítico y valorativo sobre fundamentos dogmáticos y evolución*, 1ª ed., Angel Editor, México D. F., 2000, p. 9, los primeros planteamientos de lo que se puede denominar ya “teoría tradicional de la imputación objetiva” tuvieron lugar precisamente en el ámbito del delito imprudente.

y claridad como en la dogmática del delito doloso<sup>4</sup>. Este trabajo trata, en este sentido, de introducir nuevos puntos de vista en algunos de los debates que todavía tienen lugar en este campo, presentando las soluciones que los ordenamientos jurídicos del *common law* ofrecen a los problemas jurídicos que plantea la atribución de responsabilidad a un sujeto por los resultados lesivos de sus acciones en ausencia de dolo.

El interés por la comparación entre los sistemas jurídico-penales continentales y anglosajones, alimentado por el proceso de integración europea, ha dado lugar a una creciente proliferación de la literatura especializada en esta materia, entre la que destaca, recientemente, *La estructura de la teoría del delito en el ámbito jurídico del “Common Law”* del profesor PIÑA ROCHEFORT<sup>5</sup>. Este autor se refiere al ejercicio de comparación como una “tarea titánica”<sup>6</sup>, por lo que opta por una algo más modesta: la descripción de uno de los sistemas involucrados (el anglosajón), sobre la base y estructura que la propia doctrina y jurisprudencia del *common law* reconocen, reduciendo los comentarios paralelos de la doctrina continental a meras propuestas orientadoras, analogías cuya única pretensión es facilitar la comprensión de las instituciones anglosajonas objeto de estudio<sup>7</sup>. Con esta misma orientación metodológica, mi aportación pretende ser aún menos “titánica”, en la medida en que se restringe al tratamiento de sólo dos de las piezas del sistema del *common law*. Intentaré, sin embargo – amén de profundizar en el análisis necesariamente somero que PIÑA ROCHEFORT dedica a las concretas instituciones objeto de este trabajo –, complementar su perspectiva introduciendo un segundo eje de comparación: el del tratamiento que la imputación objetiva y la imprudencia reciben en el sistema anglosajón de responsabilidad civil extracontractual (*Tort Law*).

En cualquier caso, he de advertir al lector que, ante este objeto de investigación potencialmente inabarcable para un estudio de estas características, mi trabajo se limita a una exposición de los principios rectores básicos de la atribución de responsabilidad civil y penal a título de imprudencia que pueden, con carácter general, considerarse comunes a todos los ordenamientos jurídicos de raíz anglosajona, por encima de las

---

<sup>4</sup> ROXIN, C., Derecho Penal. Parte General, tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, trad. de la 2ª ed. alemana y notas por D. M. Luzón Peña, M. Díaz y García Conlledo y J. de Vicente Remesal, 1ª ed., Civitas, Madrid, 1997, pp. 996-997.

<sup>5</sup> PIÑA ROCHEFORT, J. I., La estructura de la teoría del delito en el ámbito jurídico del “Common Law”, 1ª ed., Comares, Granada, 2002.

<sup>6</sup> *Loc. cit.*, p. 5.

<sup>7</sup> *Loc. cit.*, p. 6.



diferencias existentes en su desarrollo inglés, estadounidense – e incluso de cada uno de los Estados norteamericanos –, australiano, canadiense, sudafricano, etc. Renuncio también, en este sentido, salvo referencias ocasionales en notas a pie, a introducir siquiera las discusiones doctrinales de *lege ferenda* que se han planteado en la materia o a realizar un análisis pormenorizado de la abundantísima jurisprudencia que se ha pronunciado sobre las instituciones anglosajonas objeto de estudio, más allá de los casos paradigmáticos (*leading cases*) de obligada referencia en cada punto de la exposición.

Tras esta introducción, mi trabajo se divide en cuatro apartados. El primero de ellos (apartado II) supone un intento de mitigar, en la medida de lo posible, los riesgos que acarrea una comparación aislada o descontextualizada de instituciones entre diferentes sistemas jurídicos<sup>8</sup>. Trato, en este sentido, de identificar los equivalentes funcionales más próximos a las categorías continentales de la imputación objetiva y la imprudencia en el *common law* y de precisar su significado y ubicación sistemática en este último, tanto en el ámbito penal, como en el de la responsabilidad civil extracontractual. En el segundo (apartado III) y el tercero (apartado IV) desarrollo de forma algo más pormenorizada los principios que en Derecho anglosajón rigen, respectivamente, la calificación de una acción como imprudente y la imputación a esta acción de un resultado lesivo. Finalmente (apartado V) expongo las principales conclusiones de mi análisis, subrayando las principales similitudes y diferencias que pueden apreciarse en el tratamiento penal y civil de estas instituciones.

## II. ALGUNAS PRECISIONES CONCEPTUALES: PROBLEMAS DE TRADUCCIÓN Y UBICACIÓN SISTEMÁTICA

Este primer apartado se compone de cuatro epígrafes. En el primero, concreto el objeto de mi trabajo, que no versa, en realidad, sobre la imputación objetiva y la imprudencia tal y como se conciben en Derecho continental, sino sobre los que considero sus equivalentes funcionales más próximos en el *common law*: la *causation* (causación) y la *negligence* (negligencia). Una vez precisadas las instituciones que constituyen mi objeto de estudio, las ubico, en líneas muy generales, en los sistemas anglosajones de Derecho penal (epígrafe 2) y de responsabilidad civil extracontractual (epígrafe 3). Finalmente (epígrafe 4), concluyo identificando las similitudes estructurales que, en este punto, presentan ambos sistemas. Estas similitudes me permiten definir un “esqueleto común” en torno al que estructuro los dos siguientes

---

<sup>8</sup> De los que advierte el propio PIÑA ROCHEFORT, *loc. cit.*, p. 5.

apartados del trabajo.

### 1. Imputación objetiva e imprudencia; *causation* y *negligence*.

Un trabajo titulado “Imputación objetiva e imprudencia en el Derecho anglosajón” se enfrenta inevitablemente a un serio problema de traducción de categorías, en la medida en que, en el universo del *common law*, no existen propiamente ni una teoría de la imputación objetiva<sup>9</sup> ni – al menos en el ámbito penal – un equivalente funcional perfecto del concepto de imprudencia. En este sentido, he de comenzar precisando que el objeto propiamente dicho de este trabajo son, en realidad, las instituciones anglosajonas de la *causation* y la *negligence*, que, al igual que PIÑA ROCHEFORT<sup>10</sup>, he optado por traducir, respectivamente, como “causación” y “negligencia”. Esta renuncia a la elegancia en aras de la conservación de la máxima literalidad en la traducción no es arbitraria; se explica por la necesidad de desvincular estas categorías de una serie de conceptos relativamente similares pero no equivalentes, propios del Derecho continental, que podrían haberse utilizado como traducciones alternativas.

En efecto, aunque podría haber traducido “*causation*” por “causalidad” o “relación de causalidad”, con estos últimos términos suele aludirse en Derecho español – al menos desde mediados de la década de los ochenta – a la relación puramente fáctica que, como condición necesaria pero no suficiente, ha de existir entre la acción de un sujeto y un resultado para poder considerarlos jurídicamente vinculados, relación a la que se añadiría la de imputación objetiva<sup>11</sup>. Sin embargo, la *causation* anglosajona, como más adelante desarrollaré, engloba, de acuerdo con la opinión dominante, tanto esta relación de hecho (*factual causation* o *causation in fact*) como otras

---

<sup>9</sup> Con esta afirmación no pretendo dar por sentada la existencia, en el Derecho continental, de una teoría de la imputación objetiva, sino simplemente indicar que no existe una categoría dogmática equivalente a esta en el Derecho anglosajón. En efecto, probablemente siga pudiendo afirmarse, con SUÁREZ GONZÁLEZ, C./CANCIO MELIÁ, M., Estudio preliminar: la reformulación de la tipicidad a través de la teoría de la imputación objetiva, en *La imputación objetiva en Derecho penal*, G. Jakobs, 1ª ed., Civitas, Madrid, 1996, p. 21, que lo que se conoce en el Continente como “teoría de la imputación objetiva” es, todavía, más un conjunto de propuestas con orígenes sistemáticos muy diversos – y que ni siquiera coinciden siempre en sus resultados – que una teoría monolítica.

<sup>10</sup> *La estructura...*, 1ª ed., Comares, Granada, 2002.

<sup>11</sup> *Vid.*, por todos, en la doctrina penalista LUZÓN PEÑA, D. M., *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 198-199; MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, 9ª ed., Reppertor, Barcelona, 2011, p. 247; y PEÑARANDA RAMOS, *Tipicidad en los delitos activos...*, en F. Molina Fernández (Coord.), *Memento Práctico...*, Francis Lefebvre, Madrid, 2015, p. 146; y, en la civilista, Díez PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, tomo V, 1ª ed., Civitas, Pamplona, 2011, p. 371; y LACRUZ BERDEJO, J. L. *et al.*, *Elementos de Derecho Civil*, tomo II, vol. 2º, 4ª ed., Dykinson, Madrid, 2009, p. 467; y la jurisprudencia que citan.

consideraciones de política legislativa que, una vez establecido que la acción de un sujeto es una de las causas del resultado en cuestión, determinan si aquel debe ser considerado jurídicamente responsable de tal resultado (*legal causation* o *causation in the law*). De hecho, como argumentaré, los criterios que la doctrina y la jurisprudencia anglosajonas emplean mayoritariamente para apreciar la concurrencia de la mencionada causación “fáctica” probablemente serían considerados por la doctrina continental como verdaderos criterios de imputación, nada ajenos, por tanto, a valoraciones de carácter jurídico.

Estas distinciones podrían conducir a una traducción que identificara “*factual causation*” con “causalidad” y “*legal causation*” con “imputación objetiva” o, incluso – en la línea de la crítica apenas apuntada – el conjunto de la *causation* con esta última categoría continental. En el ámbito civil, donde la teoría de la imputación objetiva no se ha desarrollado hasta sus últimas consecuencias, cualquiera de estas dos traducciones sería probablemente correcta<sup>12</sup>. En Derecho penal español, la doctrina y la jurisprudencia parten hoy, en cambio, de forma dominante, de una concepción de la imputación objetiva no referida exclusivamente, como sucede en el ámbito civil, a la imputación de un resultado lesivo a una conducta, sino también a la imputación al tipo objetivo de la conducta misma (creación de un riesgo típicamente relevante)<sup>13</sup>. La *causation* anglosajona puede considerarse un equivalente funcional de la imputación objetiva del resultado, pero no de la del comportamiento. Para evitar posibles equívocos en este sentido y disculpándome, de nuevo, por el uso del poco feliz neologismo “causación”<sup>14</sup>, he preferido evitar traducciones del término *causation* que lo identifiquen con cualquiera de las mencionadas categorías dogmáticas continentales<sup>15</sup>.

---

<sup>12</sup> Acoge la primera PANTALEÓN PRIETO, F., Causalidad e imputación objetiva: Criterios de imputación, en Centenario del Código Civil (1889-1989), tomo II, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1989, p. 1562, identificando la imputación objetiva con “la *causation in law*, *legal causation* o *remoteness of damage* de los anglosajones”.

<sup>13</sup> Cfr., entre otros, CANCIO MELIÁ, Estudios..., 1ª ed., Palestra Editores, Lima, 2010, p. 187; MIR PUIG, Derecho Penal..., 9ª ed., Reppertor, Barcelona, 2011, p. 260; y PEÑARANDA RAMOS, Tipicidad en los delitos activos..., en F. Molina Fernández (Coord.), Memento Práctico..., Francis Lefebvre, Madrid, 2015, pp. 146 y 155.

<sup>14</sup> Como también hace PIÑA ROCHEFORT, La estructura..., 1ª ed., Comares, Granada, 2002, p. 31, nota 61.

<sup>15</sup> Hay que señalar, no obstante, que el legislador penal español ya ha hecho uso de este término al referirse, en el artículo 11 del Código Penal, a la no evitación de un resultado que equivalga, según el sentido del texto de la Ley, “a su causación”. Tampoco debe identificarse la *causation* anglosajona con la causación a la que alude este precepto y que la doctrina mayoritaria, con cierto apoyo jurisprudencial, identifica con la imputación objetiva. *Vid.*, en este sentido, PEÑARANDA RAMOS, E., Tipicidad en los

Algo similar sucede en relación con la *negligence* anglosajona, término para el que una traducción como “negligencia” resulta, en mi opinión, especialmente apropiada. Esto es así en la medida en que, si bien puede afirmarse que esta categoría del *common law* es un equivalente funcional prácticamente perfecto de la “negligencia” a la que se refiere el artículo 1902 del Código Civil español, no puede alcanzarse una conclusión tan clara en el ámbito penal. En efecto, en el sistema de Derecho penal anglosajón, como enseguida desarrollaré, los casos que en Derecho español se calificarían como de imprudencia grave y consciente escapan del ámbito de la *negligence* e integran, junto a los que en nuestro sistema se considerarían de dolo eventual, una forma de culpabilidad diferente: la *recklessness* (temeridad). Esta última distinción carece absolutamente de relevancia, tanto en Derecho continental como anglosajón, en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual, por lo que he considerado pertinente restringir el objeto de mi trabajo al campo de aplicación – civil y penal – de la *negligence*. Renuncio, así pues, a un análisis pormenorizado del concepto de temeridad, sin perjuicio de las aclaraciones de carácter general que realizaré en el siguiente epígrafe de este apartado. En cualquier caso, debe quedar claro que la imprudencia a la que se refiere el artículo 5 del Código Penal español es una categoría con un ámbito de aplicación más amplio que el de la *negligence* anglosajona, y de ahí la escasa pertinencia de una traducción que asocie directamente ambos conceptos.

## **2. La causación y la negligencia en el sistema anglosajón de Derecho penal.**

Una vez precisado con mayor nitidez el objeto de este trabajo, creo conveniente contextualizar las instituciones que lo integran en el marco de los sistemas anglosajones de Derecho penal y de responsabilidad civil extracontractual. Comenzando por el primero de ellos, la teoría del delito en el ámbito anglosajón se estructura en torno al aforismo latino *actus non facit reum, nisi mens sit rea*, del que emanan los dos elementos básicos que deben concurrir para considerar penalmente responsable a una persona: el *actus reus* o elemento conductual (*conduct element*) y la *mens rea* o elemento psicológico (*mental element*). En definitiva, para lograr una condena penal, la acusación ha de probar, más allá de toda duda razonable (*beyond reasonable doubt*), (i) que un sujeto se ha comportado de una forma prohibida por la ley y, en general, (ii) que ha tenido respecto de esta conducta una disposición mental (*state of mind*) que el

---

delitos omisivos, en F. Molina Fernández (Coord.), *Memento Práctico Penal 2015*, Francis Lefebvre, Madrid, 2015, pp. 166-167 y 174-176, y la jurisprudencia que cita.

Derecho considera especialmente reprochable (*blameworthy*)<sup>16</sup>. Este esquema general sólo se rompe en el caso de los llamados “delitos de responsabilidad estricta” (*strict liability offences*), que no requieren la concurrencia del segundo de los elementos mencionados<sup>17</sup>.

En ocasiones, el *actus reus* de un crimen requiere no sólo un determinado comportamiento activo u omisivo del autor sino también la producción de un resultado concreto. En estos casos, para que concurra el elemento conductual del delito, ha de probarse – también más allá de toda duda razonable – la existencia de una relación de causación entre tal comportamiento y tal resultado<sup>18</sup>. La causación es, así pues, en el sistema anglosajón de Derecho penal, un elemento del *actus reus* de los delitos de resultado. La negligencia, por su parte, es una de las “disposiciones mentales” que pueden satisfacer el requisito de *mens rea*, junto con la intención (*purpose* o *intent*), el conocimiento (*knowledge*) y la ya mencionada temeridad (*recklessness*)<sup>19</sup>. Sin embargo, esta afirmación ha de ser matizada en dos sentidos.

En primer lugar, aunque volveré sobre este punto mucho más extensamente en el segundo apartado de este trabajo, es necesario tener presente desde este momento que la negligencia tiene, en realidad, muy poco que ver con una disposición mental. El criterio que el Derecho penal anglosajón utiliza para apreciar la concurrencia de este elemento del delito es, en efecto, completamente objetivo: una persona obra negligentemente si su

---

<sup>16</sup> Cfr. HERRING, J., *Criminal Law. Text, Cases and Materials*, 6ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2014, pp. 69-70; LAFAVE, W. R., *Criminal Law*, 5ª ed., West: Hornbook Series, Saint Paul, 2010, p. 253; y la doctrina y jurisprudencia citadas por PIÑA ROCHEFORT, *La estructura...*, 1ª ed., Comares, Granada, 2002, pp. 13-14. No obstante, como señala este último autor (*loc. cit.*, p. 18), la concurrencia de estos dos elementos no garantiza sin más la existencia de la responsabilidad. Es necesario, además, que no concurra alguna de las circunstancias a las que la ley o la jurisprudencia han dado capacidad de eximir de responsabilidad al agente, que se conocen como “defensas” (*defences* o, en la grafía estadounidense, *defenses*).

<sup>17</sup> Sobre este interesante y muy discutido punto, cuyo análisis excede los límites de este estudio, pueden consultarse HERRING, *Criminal Law...*, 6ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2014, pp. 213-233; LAFAVE, *Criminal Law*, 5ª ed., West: Hornbook Series, Saint Paul, 2010, pp. 288-298; y la abundante bibliografía y jurisprudencia que citan.

<sup>18</sup> HERRING, *loc. cit.*, p. 85; LAFAVE, *loc. cit.*, p. 351.

<sup>19</sup> Esta es la clasificación de las formas de *mens rea* que suele utilizarse en el Derecho penal estadounidense (*vid.* LAFAVE, *loc. cit.*, p. 257) y, por este motivo, también la que ha sido acogida por el *Model Penal Code* (artículo 2.02.2). Aunque el esquema del Derecho británico no reconoce como forma autónoma de *mens rea* la segunda de estas categorías – el conocimiento por parte del autor de que su conducta producirá el resultado lesivo con una probabilidad rayana en la certeza –, la considera una forma “indirecta” u “oblicua” de intención, al menos en relación con el delito de asesinato. El caso paradigmático en esta materia (sobre la que puede consultarse, *in extenso*, HERRING, *loc. cit.*, pp. 137-143 y 176-180) es *R v Woolin* [1999] AC 82 (HL).

conducta, en relación con un riesgo razonablemente apreciable, se sitúa por debajo del estándar exigible a una persona razonable a la luz de dicho riesgo<sup>20</sup>. A diferencia, pues, de la temeridad<sup>21</sup>, la negligencia no requiere que el acusado sea efectivamente consciente de la existencia de un riesgo de que su conducta produzca el resultado típico<sup>22</sup>.

En segundo lugar, hay que señalar que, aunque la negligencia es la *mens rea* de una cantidad nada despreciable de delitos en los ordenamientos anglosajones, la mayoría de ellos son – como el grueso de las *strict liability offences* – infracciones menores, de carácter regulatorio y origen legislativo (*statutory crimes*), de mera actividad, y que llevan normalmente aparejadas sanciones de carácter pecuniario<sup>23</sup>. Los delitos de origen jurisprudencial (*common law crimes*), bien no emplean la negligencia como *mens rea*, como sucede en la mayoría de los casos, o bien cualifican este requisito, exigiendo para la atribución de responsabilidad penal una negligencia particularmente grave. Este es, muy señaladamente, el caso del homicidio gravemente imprudente (*gross negligence manslaughter*)<sup>24</sup>. Esta agravación no supone, sin embargo, una alteración cualitativa del juicio básico de negligencia, sino meramente gradual: se exige una desviación especialmente grave respecto del estándar de conducta de la persona razonable, nunca una efectiva percepción por el autor del riesgo de causar

---

<sup>20</sup> Cfr. PIÑA ROCHEFORT, *La estructura...*, 1ª ed., Comares, Granada, 2002, p. 102. y la doctrina que cita.

<sup>21</sup> En el caso *R v G and R* [2003] UKHL 50 [2004] 1 AC 1034, [2003] 3 WLR 1060, [2003] 4 All ER 765, [2004] 1 Cr App R 21, [2004] Crim LR 369, la *House of Lords* abolió definitivamente el criterio objetivo de *recklessness* que, a raíz del caso *R v Caldwell* [1983] 2 All ER 1005 (DC), había venido adoptando la jurisprudencia en relación con determinados delitos (la llamada “*Caldwell recklessness*”). Así pues, la única modalidad de *recklessness* que existe hoy en Derecho británico – que puede ser propiamente traducida por “temeridad” – es la conocida como “*Cunningham recklessness*”, así apodada por el criterio utilizado para la apreciación de esta forma de *mens rea* en el famoso caso *R v Cunningham* [1957] 2 QB 396 (CA), que exige que el autor sea efectivamente consciente del riesgo de producción del resultado lesivo que su conducta entraña. Para una explicación más detallada de esta evolución jurisprudencial y del debate suscitado en torno a ella puede consultarse HERRING, *Criminal Law...*, 6ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2014, pp. 144-152 y 184-192. En Derecho estadounidense es una cuestión pacífica que la *recklessness* exige que el autor se represente la peligrosidad de su acción. *Vid.*, en este sentido, LAFAVE, *Criminal Law*, 5ª ed., West: Hornbook Series, Saint Paul, 2010, pp. 278 y 285; y la definición de esta forma de *mens rea* adoptada por el *Model Penal Code* (artículo 2.02.2.c).

<sup>22</sup> HERRING, *loc. cit.*, p. 153; LAFAVE, *loc. cit.*, p. 279.

<sup>23</sup> HERRING, *loc. cit.*, p. 153.

<sup>24</sup> PIÑA ROCHEFORT, *La estructura...*, 1ª ed., Comares, Granada, 2002, p. 103, presenta el castigo de esta modalidad homicida como una característica común a los ordenamientos jurídicos del ámbito anglosajón. Para una exposición más detallada de su tratamiento de *lege lata* en el Derecho británico cfr. HERRING, *loc. cit.*, pp. 273-277 y, en el Derecho estadounidense, LAFAVE, *Criminal Law*, 5ª ed., West: Hornbook Series, Saint Paul, 2010, pp. 837-844.

la muerte<sup>25</sup>.

### 3. La causación y la negligencia en el sistema anglosajón de responsabilidad civil extracontractual.

El sistema de responsabilidad civil extracontractual del *common law* no parte, como el español o el francés, de un principio general según el cual quien negligentemente causa un daño a otro está obligado a repararlo<sup>26</sup>. En el sistema anglosajón, sólo por los daños derivados de la comisión de los ilícitos civiles (*private wrongs*) contemplados como tales por la ley – o, como sucede en la inmensa mayoría de los casos, por la jurisprudencia – pueden quienes los sufren reclamar una indemnización de quienes los causan. Estos ilícitos civiles son precisamente los *torts* (del latín “*tortus*”, “torcido”) de los que recibe su nombre la disciplina<sup>27</sup>.

Pero la “tipicidad” de este sistema<sup>28</sup> queda en buena medida relativizada por, al menos, dos factores. El primero es el poder de los tribunales de crear nuevos ilícitos civiles, reconocido de forma prácticamente unánime por la doctrina<sup>29</sup>, en cuya virtud las demandas de indemnización de daños y perjuicios no fundamentadas en ningún *tort* específico no tienen por qué ser, en principio, desestimadas. El segundo, y más importante a los efectos que aquí interesan, es la existencia de un ilícito con un ámbito de aplicación tan amplio que, en la práctica, tiene efectos muy similares a los de una

---

<sup>25</sup> Así lo han afirmado, respecto del homicidio gravemente imprudente en el Derecho británico, tanto la jurisprudencia – *vid. Attorney-General’s Reference (No. 2 of 1999)* [2000] QB 796 (CA) – como la *Law Commission* en su Informe (nº 304) de 2006 sobre la reforma del homicidio (punto 3.60, p. 64). Respecto del Derecho estadounidense, LAFAVE, *loc. cit.*, pp. 280-283, llega, con cita de abundante jurisprudencia, a esta misma conclusión que coincide, por lo demás, con la solución acogida por el *Model Penal Code* (artículo 210.4.1, en relación con artículo 2.02.2.d).

<sup>26</sup> *Vid.* artículos 1902 y ss. del Código Civil español y artículos 1382 y ss. del Código Civil francés.

<sup>27</sup> MCBRIDE, N. J./BAGSHAW, R., *Tort Law*, 4ª ed., Pearson, Harlow, 2012, pp. 5-8, recogen una lista de los ilícitos reconocidos hasta la fecha en el Derecho inglés, agrupándolos en ocho categorías. De las clasificaciones incluidas en otros manuales puede inferirse que los demás ordenamientos jurídicos del *common law* contemplan un rango de *torts* muy similar, aunque casi ninguna de estas obras – ni, por lo demás, la de los autores citados – lleva a cabo un análisis pormenorizado de todos ellos. *Vid.* por ejemplo, los manuales, ya clásicos, del australiano FLEMING, J. G., *The Law of Torts*, 6ª ed., The Law Book Company, Sídney, 1983; o el estadounidense PROSSER, W. L., *Law of Torts*, 4ª ed., West: Hornbook Series, Saint Paul, 1971. Respecto de la estructura del sistema y su evolución histórica, puede consultarse ROGERS, W. V. H., *Winfield & Jolowicz on Tort*, 17ª ed., Sweet & Maxwell, Londres, 2006, pp. 51-70.

<sup>28</sup> Que, en este punto, guarda un cierto paralelismo con el alemán: *vid.* artículos 823 y ss. del Código Civil alemán, comentados por SPRAU, H., *Titel 27. Unerlaubte Handlungen*, en *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*, 72ª ed., C. H. Beck, Múnich, 2013, pp. 1312 y ss.

<sup>29</sup> *Vid.*, por todos, FLEMING, *The Law...*, 6ª ed., The Law Book Company, Sídney, 1983, p. 5; MCBRIDE/BAGSHAW, *Tort Law*, 4ª ed., Pearson, Harlow, 2012, pp. 7-8; y PROSSER, *Law of Torts*, 4ª ed., West: Hornbook Series, Saint Paul, 1971, p. 3.

cláusula general de responsabilidad por culpa: el *tort of negligence* (ilícito civil de negligencia<sup>30</sup>).

El ilícito de negligencia es el único *tort* al que presto atención en este trabajo, no sólo por su destacadísima importancia en el conjunto del sistema anglosajón de responsabilidad civil extracontractual<sup>31</sup> sino, sobre todo, por ser el único de los ilícitos civiles amparados por el *common law* que exige la concurrencia cumulativa de los dos elementos objeto de mi investigación: un comportamiento negligente y un daño vinculado a él por una relación de causación<sup>32</sup>. En efecto, para que una demanda de responsabilidad extracontractual con base en el ilícito civil de negligencia sea estimada, el demandante debe probar, como mínimo, que el demandante fue negligente hacia él y que, con este comportamiento negligente, le causó (causación) un daño económicamente evaluable.

#### **4. Similitudes estructurales: un “esqueleto común” de la responsabilidad por resultados lesivos de conductas negligentes.**

El delito negligente de resultado y el ilícito civil de negligencia no son estructuralmente similares únicamente por el hecho de incluir la negligencia y la causación como elementos necesarios de sus estructuras de imputación de responsabilidad; el *significado* de estos dos elementos es, además, sustancialmente idéntico en ambos campos. La negligencia penal sólo se diferencia de la civil en términos de grado<sup>33</sup>. De hecho, los manuales de Derecho penal anglosajón suelen prestar una atención muy limitada a la negligencia como *mens rea*, remitiéndose directamente a las obras generales del *Tort Law* para un análisis más pormenorizado de esta institución<sup>34</sup>. Respecto de la causación, la única diferencia relevante entre los

---

<sup>30</sup> A esta ambigüedad del término “negligencia” en el ámbito de la responsabilidad extracontractual se refieren MARKESINIS, B. S./DEAKIN, S. F., *Tort Law*, 3ª ed., Oxford University Press, Oxford, 1993, p. 18. En el lenguaje del *Tort Law* pueden distinguirse, en efecto, una negligencia en sentido amplio – la que hace referencia al ilícito civil de este nombre – y una negligencia en sentido estricto – elemento de este ilícito e institución objeto de este trabajo. En adelante, me referiré a la primera como “ilícito (civil) de negligencia” y a la segunda, como vengo haciendo hasta este punto, simplemente como “negligencia”.

<sup>31</sup> Los manuales en la materia contemplan este *tort* como una suerte de “parte general” del Derecho de daños.

<sup>32</sup> Es ilustrativo, en este sentido, el diagrama en el que MARKESINIS/DEAKIN, *Tort Law*, 3ª ed., Oxford University Press, Oxford, 1993, p. 19, clasifican los diferentes ilícitos civiles del sistema en función de los requisitos necesarios para apreciar su concurrencia.

<sup>33</sup> *Vid. supra* p. 9 y nota 25.

<sup>34</sup> Así, por ejemplo, HERRING, *Criminal Law...*, 6ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2014, p. 275; y LAFAVE, *Criminal Law*, 5ª ed., West: Hornbook Series, Saint Paul, 2010, p. 278 y nota 9.



órdenes penal y civil es el estándar probatorio: mientras que, en el ámbito penal, como ya señalé, esta relación ha de probarse más allá de toda duda razonable (*beyond reasonable doubt*), en el civil basta con convencer al tribunal de que la probabilidad de que existiera supera a la contraria (*balance of probabilities*). Más allá de esta importante matización procesal, puede afirmarse que los criterios empleados en uno y otro caso por los tribunales para comprobar la concurrencia de este requisito son prácticamente los mismos<sup>35</sup>.

Una diferencia entre ambas ramas podría radicar en el hecho de que la negligencia (*mens rea*) y la causación (*actus reus*) se encuentran en las antípodas de la estructura bipartita de la teoría del delito del *common law*, lo que conduciría, intuitivamente, a pensar que los tribunales valoran la concurrencia de estos requisitos en dos estadios diferenciados: sólo una vez comprobada la existencia de una conducta y un resultado antijurídicos causalmente vinculados debería comenzar a indagarse sobre la disposición mental del autor, y así sucede, en efecto, con carácter general. Sin embargo, las sentencias penales anglosajonas en materia de delitos imprudentes de resultado son mucho más parecidas a las de responsabilidad civil extracontractual de lo que tal estructura teórica parecería indicar<sup>36</sup>. El mejor ejemplo de ello es, quizás, la sentencia de la *House of Lords* en el caso *Adomako*<sup>37</sup>, el *leading case* británico en materia de homicidio gravemente imprudente. La estructura de esta sentencia es la típica de los pronunciamientos judiciales sobre el ilícito civil de negligencia, en los que primero se comprueba el carácter negligente de la conducta del demandado (aquí, el acusado) y, en un segundo estadio, la relación de causación entre esta conducta y el resultado dañoso (la muerte).

En mi opinión, las consideraciones anteriores ofrecen una base suficiente para distinguir, en el ámbito del *common law*, una estructura básica de imputación de responsabilidad por resultados lesivos de conductas negligentes, común a los sistemas

---

<sup>35</sup> A esta misma conclusión llega, en un reciente estudio comparado de ambas ramas del ordenamiento británico, STEEL, S., *Causation in tort law and criminal law: unity or divergence?*, en M. Dyson (Ed.), *Unravelling Tort and Crime*, 1ª ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2014, pp. 239 y ss. Respecto del Derecho estadounidense, así lo constata también LAFAVE, *loc. cit.*, pp. 356-357, que, sin embargo, critica esta homogeneidad de criterios, al menos en lo que se refiere a la *legal causation*.

<sup>36</sup> La razón de ello podría ser, precisamente, que – como señalé *supra* (pp. 8-9) y reiteraré en el siguiente apartado de este trabajo – la negligencia penal anglosajona sólo tiene de disposición mental una larga tradición histórica que, probablemente sin fundamento, la ubica todavía bajo la categoría dogmática de la *mens rea*.

<sup>37</sup> *R v Adomako* [1995] 1 AC 171 (HL), [1994] 3 All ER 79, [1994] 3 WLR 288, [1994] Crim LR 757.

de Derecho penal y de responsabilidad civil extracontractual. Con esta afirmación, me limito a constatar una similitud estructural entre ambos sistemas: tanto en uno como en otro, para lograr una condena, ha de probarse, como mínimo y en este orden, en los términos que más adelante expondré, (i) la existencia de una conducta negligente (ii) una relación de causación entre esta conducta y un resultado lesivo. Por supuesto, este “esqueleto común” se cubre en una y otra rama de elementos completamente diferentes y que responden a sus respectivas particularidades funcionales. Esta es una idea absolutamente fundamental, sobre la que volveré a insistir en la conclusión. La definición de esta estructura común me permite, no obstante, exponer los principios rectores básicos de las instituciones objeto de este trabajo sin necesidad establecer distinciones entre estas dos ramas del *common law* más allá de las estrictamente imprescindibles. Todo lo dicho en los dos apartados siguientes de este trabajo – que se estructuran en torno al “esqueleto común” que acabo de describir – vale, pues, salvo indicación expresa en contrario, tanto para el Derecho penal como para el de la responsabilidad civil extracontractual.

Como, espero, podrá inferirse de las explicaciones que siguen de inmediato, este “esqueleto común” tiene cierto carácter especular: se comporta negligentemente quien se desvía del estándar de conducta de la persona razonable en una situación en la que (*ex ante*) es previsible causar un daño a otro y se imputa a este comportamiento un resultado lesivo sólo en la medida en que éste constituya la materialización (*ex post*) del daño que era previsible causar; la negligencia se define como la infracción (*ex ante*) de un deber de cuidado y sólo se responde (*ex post*) de resultados lesivos comprendidos en el ámbito de protección de este deber. Pero más allá de estos vagos principios generales – importantes, en mi opinión, por mucho que su valor sea más pedagógico que práctico – hay que señalar que la aproximación del Derecho anglosajón a esta materia se basa mucho más en la definición de tópicos para la solución de grupos de casos similares que en la construcción dogmática de conceptos y categorías universalmente aplicables<sup>38</sup>. En

---

<sup>38</sup> Este carácter mucho más tópico que sistemático le atribuye también buena parte de la doctrina continental a la teoría de la imputación objetiva, aunque las valoraciones críticas sobre este hecho distan de ser uniformes. *Cfr.*, por ejemplo, en la doctrina española, MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., *La imputación objetiva del resultado*, 1ª ed., Edersa, Madrid, 1992, que describe el estado de la cuestión como de un “casuismo desesperante” (p. 172); SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Sobre la relevancia jurídico-penal de la no-inmediatez en la producción del resultado*, en *Estudios penales en memoria del Profesor Agustín Fernández-Albor*, Universidad de Santiago de Compostela (Servicio de Publicaciones), Santiago de Compostela, 1989, que prefiere hablar de la imputación objetiva como “tópica” y no como teoría (p. 679); y, entre los civilistas, PANTALEÓN PRIETO, *Causalidad...*, en *Centenario del Código Civil...*, tomo II,

este ámbito, los buenos juristas del *common law* evitan de forma muy consciente caer en lo que Lord GOFF llamó extrajudicialmente la “*temptation of elegance*”: la tentación de encontrar una regla, un principio, una idea a la que las soluciones de todos los casos respondan<sup>39</sup>.

### III. LA NEGLIGENCIA (*NEGLIGENCE*): EL JUICIO *EX ANTE*

He indicado ya que el juicio de negligencia, tanto en el Derecho penal como en el de la responsabilidad civil extracontractual, es básicamente objetivo. En la clásica formulación de TERRY, “*negligence is conduct, and not a state of mind*”<sup>40</sup>; una conducta que, en los ordenamientos del *common law*, se define en términos de infracción por parte del pretendido autor del daño de su deber de cuidado respecto de quien lo sufre. Así pues, para establecer la concurrencia de este primer requisito, la acusación (o el demandante) ha de probar (i) la existencia de un deber de cuidado (*duty of care*) del acusado/demandado, reconocido por la ley para proteger a la víctima/demandante de un determinado riesgo (ii) la infracción (*breach*) de este deber de cuidado por parte del primero<sup>41</sup>. Al análisis de cada uno de estos elementos dedico, respectivamente, los dos epígrafes en que se divide este apartado.

#### 1. El deber de cuidado (*duty of care*).

La negligencia del *common law* nunca se predica de un comportamiento en abstracto, sino que presupone la existencia de una especial relación entre el autor del resultado dañoso y quien lo padece, en virtud de la cual el primero tiene un deber jurídico de proteger al segundo, precisamente, de tal daño<sup>42</sup>. Para verificar la existencia de este deber, los tribunales ingleses suelen recurrir hoy a una fórmula general definida por Lord Bridge en la famosa sentencia civil inglesa *Caparo Industries plc v Dickman*<sup>43</sup>

---

Centro de Estudios Ramón Areces, 1989, que concluye su trabajo afirmando que “los criterios de imputación objetiva no son dogmas de contornos perfectamente dibujados, sino tópicos de impreciso halo, en cuanto condensan juicios de valor, a veces contradictorios, y siempre difíciles de aprehender” (p. 1591).

<sup>39</sup> GOFF, R., The search for principle, Proceedings of the British Academy, vol. 69, 1983, p. 174.

<sup>40</sup> TERRY, H. T., Negligence, Harvard Law Review, vol. 29, 1915, p. 40.

<sup>41</sup> *Vid.*, por todos, HERRING, Criminal Law..., 6ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2014, pp. 275-276; MCBRIDE/BAGSHAW, Tort Law, 4ª ed., Pearson, Harlow, 2012, p. 92; y PROSSER, Law of Torts, 4ª ed., West: Hornbook Series, Saint Paul, 1971, p. 143.

<sup>42</sup> En palabras de POLLOCK, F., The Law of Torts: A Treatise on the Principles of Obligations arising from Civil Wrongs in the Common Law, 13ª ed., Stevens and Sons, Londres, 1929, p. 468, “*Negligence in the air, so to speak, will not do*”. *Vid.* adicionalmente, sobre este punto, MCBRIDE /BAGSHAW, *loc. cit.*, pp. 10-13; y PROSSER, *loc. cit.*, pp. 324-326.

<sup>43</sup> [1990] 2 AC 605, pars. 617-618.

y a la que, por este motivo, suele referirse la doctrina con el nombre de “test *Caparo*”. De acuerdo con ella, puede afirmarse en un caso concreto la existencia de un deber de cuidado del demandante hacia el demandado si (i) era (*ex ante*) razonablemente previsible que el demandante sufriría un daño a resultas de la conducta del demandado, (ii) existía una relación de proximidad (*proximity*) entre uno y otro, y (iii) es equitativo, justo y razonable (*fair, just and reasonable*), en opinión del tribunal, que la ley imponga tal deber a uno en beneficio del otro<sup>44</sup>.

El tercer elemento de la fórmula conduce a que, en la práctica, los requisitos que deben concurrir para que se considere probada la existencia de una *duty of care* varíen en función de las características de cada supuesto, que condicionan lo que la jurisprudencia considera “equitativo, justo y razonable”. Así, en un primer grupo de casos – conductas activas que causan un daño físico a una persona o su propiedad – basta la previsibilidad razonable del daño para que los tribunales consideren también suficientemente acreditada la relación de proximidad a la que se refiere el segundo elemento de la fórmula y aprecien, en consecuencia, la existencia de un deber de cuidado. En otros, por el contrario, es necesario probar la concurrencia de determinadas circunstancias adicionales (v.gr. una relación especialmente estrecha entre quien causa el daño y quien lo padece) para que se estime la concurrencia de este requisito. En este segundo grupo se ubican los casos de conductas omisivas y todos aquellos en los que el resultado dañoso es psíquico, moral o puramente económico (*pure economic loss*)<sup>45</sup>.

Un ejemplo paradigmático del potencial que tiene la exigencia de un deber de cuidado para limitar la responsabilidad en el primer grupo de supuestos es el famoso caso estadounidense *Palsgraf v Long Island Railroad Co*<sup>46</sup>. En él, un viajero corría para

---

<sup>44</sup> En un caso de homicidio gravemente imprudente, la sentencia inglesa *R v Wacker* [2003] Crim LR 108, [2003] QB 1207 (CA) confirmó que, para determinar la existencia de un deber de cuidado del autor hacia la víctima, debían aplicarse estos mismos criterios. Aunque en la jurisprudencia estadounidense no se ha establecido una fórmula comparable al test *Caparo* para valorar la concurrencia de este requisito, los criterios empleados por los tribunales de este país conducen a soluciones prácticamente idénticas a las británicas. *Vid.*, en este sentido, PROSSER, *Law of Torts*, 4ª ed., West: Hornbook Series, Saint Paul, 1971, pp. 324-350, y la jurisprudencia que cita.

<sup>45</sup> *Cfr.* MCBRIDE/BAGSHAW, *Tort Law*, 4ª ed., Pearson, Harlow, 2012, pp. 107-108. Esta “polisemia” del concepto “deber de cuidado” en los diferentes grupos de casos ha conducido a muchos autores a afirmar – probablemente con razón – que, en el campo de la responsabilidad civil extracontractual, la *duty* no es más que un “dispositivo de control” que se reservan los tribunales para poder desestimar ciertas demandas que, por los más variados motivos de política jurídica, se considera que no deberían prosperar. *Vid.*, muy señaladamente, FLEMING, *The Law...*, 6ª ed., The Law Book Company, Sidney, 1983, pp. 129-130.

<sup>46</sup> 248 NY 339 (1928), “*the most discussed and debated of all torts cases*” de acuerdo con PROSSER, *Law of Torts*, 4ª ed., West: Hornbook Series, Saint Paul, 1971, p. 254.

tratar de subirse a un tren en marcha, propiedad de la compañía de ferrocarriles demandada. Un empleado de la compañía, tratando de ayudarlo a montar, dejó que se cayera a la vía uno de los paquetes del equipaje del viajero. El paquete contenía fuegos artificiales, que estallaron. La explosión provocó la caída de una báscula a muchos metros del andén, provocando lesiones a la demandante, que estaba de pie junto a ella. Por una ajustada mayoría, la *New York Court of Appeals* desestimó la demanda con base en la inexistencia de un deber de cuidado de la demandada para con la demandante: no era razonablemente previsible que la conducta del empleado de la primera pudiera causar un daño a la segunda.

Respecto del segundo grupo de casos, los únicos que, en la práctica, tienen relevancia tanto en el ámbito civil como en el penal<sup>47</sup> son los de comportamientos omisivos<sup>48</sup>. Se trata de una materia enormemente compleja y casuística, amén de muy discutida entre los juristas del *common law*, respecto de la que no puedo aspirar aquí más que a describir sus implicaciones más básicas en relación con el objeto de mi trabajo<sup>49</sup>. La más importante de ellas es el principio de que la mera previsibilidad de que la inacción de un agente cause un daño a otro nunca es suficiente para fundamentar la existencia de un deber de cuidado del primero hacia el segundo. Para ello, deben concurrir circunstancias adicionales de las que se derive un deber jurídico del primero de actuar en un sentido determinado para proteger al segundo de tal daño previsible (una *duty to act*). Las circunstancias de las que pueden emanar estos deberes de actuar coinciden, en líneas generales, con las que en Derecho penal español pueden fundamentar la existencia de una posición de garantía, a los efectos de la comisión por

---

<sup>47</sup> Y en este, merece la pena recordarlo, en relación con todo tipo de delitos, y no sólo con los negligentes.

<sup>48</sup> Las limitaciones de responsabilidad en casos de daños psíquicos, morales y puramente económicos tienen una enorme importancia en el campo del ilícito civil de negligencia. Respecto de ellas, *vid. in extenso*, MCBRIDE/BAGSHAW, *Tort Law*, 4ª ed., Pearson, Harlow, 2012, pp. 140-206. Sin embargo, en los ordenamientos del *common law*, el escasísimo (si no nulo) elenco de delitos negligentes descritos en términos de producción de esta clase de resultados (*vid. supra* p. 9) les priva prácticamente de operatividad en el ámbito penal.

<sup>49</sup> Me remito, en este sentido, para un análisis más pormenorizado de la cuestión a las obras generales de HERRING, *Criminal Law...*, 6ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2014, pp. 71-84; LAFAYE, *Criminal Law*, 5ª ed., West: Hornbook Series, Saint Paul, 2010, pp. 329-341; MCBRIDE/BAGSHAW, *loc. cit.*, pp. 207-243; y PROSSER, *Law of Torts*, 4ª ed., West: Hornbook Series, Saint Paul, 1971, pp. 338-350; y la doctrina y la jurisprudencia que citan. Todo lo que sigue no es más que un somero resumen de estos materiales, en lo que hace a la responsabilidad por resultados lesivos a título de negligencia.

omisión<sup>50</sup>. Por lo demás, una vez establecida la existencia de un deber de actuar, los criterios de imputación de responsabilidad por comportamientos activos y omisivos son absolutamente idénticos, algo sobre lo que volveré a insistir cuando me refiera a la causación.

Mención aparte merecerían, por último, los casos de consentimiento y asunción del riesgo por parte de la víctima, sobre los que, de nuevo, debo limitarme a hacer unas breves consideraciones generales, remitiéndome a la extensa literatura en la materia<sup>51</sup>. Baste señalar aquí que, aunque algunos autores sostienen – con base en la máxima *volenti non fit injuria* – que en esta clase de supuestos debería considerarse que decae ya el deber de cuidado del autor de la conducta “lesiva” frente a quien la consiente y, por consiguiente, la posibilidad de afirmar que el primero comete un ilícito (penal o civil)<sup>52</sup>, no parece ser esta la postura de la jurisprudencia. En general, esta trata el consentimiento como una defensa que, en determinadas circunstancias, puede eximir de responsabilidad al autor de un ilícito que se considera, en todo caso, cometido<sup>53</sup>. Se adopte una postura u otra, las importantes diferencias que existen entre el tratamiento penal y civil de esta materia<sup>54</sup> aconsejan, en mi opinión, excluirla del “esqueleto común” de imputación de responsabilidad al que vengo refiriéndome.

## 2. La infracción del deber de cuidado (*breach of duty*).

Se considera que un sujeto infringe su deber de cuidado cuando su conducta difiere de la que, en las mismas circunstancias, habría adoptado una persona

---

<sup>50</sup> *Vid.*, por todos, MIR PUIG, Derecho Penal..., 9ª ed., Reppertor, Barcelona, 2011, pp. 324-330; y PEÑARANDA RAMOS, Tipicidad en los delitos activos..., en F. Molina Fernández (Coord.), Memento Práctico..., Francis Lefebvre, Madrid, 2015, pp. 165-173.

<sup>51</sup> Pueden consultarse, de nuevo, HERRING, Criminal Law..., 6ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2014, pp. 367-381 y 369-408 (en relación con el delito de lesiones); LAFAVE, Criminal Law, 5ª ed., West: Hornbook Series, Saint Paul, 2010, pp. 380-385; MCBRIDE/BAGSHAW, Tort Law, 4ª ed., Pearson, Harlow, 2012, pp. 725-728; y PROSSER, Law of Torts, 4ª ed., West: Hornbook Series, Saint Paul, 1971, pp. 439-457.

<sup>52</sup> Así, por ejemplo, MCBRIDE/BAGSHAW, *loc. cit.*, p. 275.

<sup>53</sup> En este epígrafe lo ubican, en general, los manuales británicos y estadounidenses de Derecho penal y de responsabilidad civil extracontractual. *Vid.*, sin embargo, LAFAVE, Criminal Law, 5ª ed., West: Hornbook Series, Saint Paul, 2010, pp. 380-385. Respecto del Derecho penal inglés, véase, además, el *Consultation Paper* (nº 139) de la *Law Commission* sobre el consentimiento en el Derecho penal.

<sup>54</sup> *Cfr.* SIMONS, K. W., Consent and assumption of risk in tort and criminal law, en M. Dyson (Ed.), *Unravelling Tort...*, 1ª ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2014, pp. 330 y ss. Como señala LAFAVE, *loc. cit.*, p. 17, y analiza en mayor profundidad GOUDKAMP, J., Defences in tort and crime, en M. Dyson (Ed.), *Unravelling Tort...*, 1ª ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2014, pp. 208 y ss., estas diferencias pueden predicarse también del tratamiento general de las defensas en una y otra rama.

razonable<sup>55</sup>, o – en la formulación que suelen utilizar la doctrina y la jurisprudencia estadounidenses<sup>56</sup> – cuando con ella crea un riesgo de causar un daño a otros que, teniendo en cuenta todas las circunstancias, puede considerarse irrazonable (*unreasonable risk*)<sup>57</sup>. Este es, precisamente, el elemento del juicio de negligencia sobre el que inciden las cualificaciones de esta *mens rea* que, en el Derecho penal del *common law*, suelen introducirse en las definiciones de los delitos. En efecto, como ya tuve ocasión de indicar, cuando se exige para la atribución de responsabilidad penal una negligencia particularmente grave (*gross negligence*), lo que se requiere es una desviación del comportamiento del autor respecto del estándar de conducta de la persona razonable mayor de la que, en general, sería suficiente para fundamentar su responsabilidad civil por el mismo hecho<sup>58</sup>.

El juicio de infracción del deber de cuidado es objetivo en dos sentidos. Al primero de ellos me he referido ya *supra* al analizar la diferencia, en el ámbito penal, entre la temeridad (*recklessness*) y la negligencia<sup>59</sup>: esta no exige en absoluto que el agente sea efectivamente consciente del riesgo de producción del resultado lesivo que entraña su conducta. El segundo de los sentidos en que es objetivo este juicio radica en que parte de un estándar abstracto de comportamiento para el que, en principio, son irrelevantes las peculiares cualidades y características de cada agente concreto: el del hombre razonable de prudencia media (*reasonable man of ordinary prudence*). En efecto, la aplicación de un estándar “externo y objetivo”<sup>60</sup> para la calificación de una conducta como diligente o negligente ha sido una constante en la jurisprudencia del *common law* desde la sentencia civil inglesa *Vaughan v Menlove* (1837)<sup>61</sup>, que continúa siendo el *leading case* en la materia<sup>62</sup>.

No obstante, como ya he señalado, el estándar de diligencia viene dado por la conducta que habría adoptado una persona razonable *en las mismas circunstancias* en

---

<sup>55</sup> HERRING, *Criminal Law...*, 6ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2014, p. 153; MCBRIDE/BAGSHAW, *Tort Law*, 4ª ed., Pearson, Harlow, 2012, p. 244.

<sup>56</sup> Así, por ejemplo, LAFAYE, *Criminal Law*, 5ª ed., West: Hornbook Series, Saint Paul, 2010, pp. 278-279; y PROSSER, *Law of Torts*, 4ª ed., West: Hornbook Series, Saint Paul, 1971, pp. 145-166, que usa indistintamente una y otra.

<sup>57</sup> Como puede observarse, se trata, en ambos casos, de fórmulas muy similares a la del pronóstico posterior objetivo desarrollada por la doctrina continental en el marco de la teoría de la adecuación.

<sup>58</sup> *Vid. supra* p. 9 y nota 25.

<sup>59</sup> *Vid. supra* pp. 8-9.

<sup>60</sup> PROSSER, *Law of Torts*, 4ª ed., West: Hornbook Series, Saint Paul, 1971, p. 150.

<sup>61</sup> 3 Bing NC 468, 132 ER 490.

<sup>62</sup> MCBRIDE/BAGSHAW, *Tort Law*, 4ª ed., Pearson, Harlow, 2012, p. 248.

las que se encontraba el agente concreto cuyo comportamiento se enjuicia. Esta matización tiene una enorme importancia, en la medida en que la jurisprudencia anglosajona recurre con frecuencia a una interpretación extensiva de estas “circunstancias”, como vía para introducir indirectamente elementos subjetivos en el juicio de infracción del deber de cuidado<sup>63</sup>. Muy señaladamente, los conocimientos y capacidades del agente superiores a los del hombre medio suelen tenerse en cuenta para hacer más exigente el estándar de diligencia aplicable a su conducta<sup>64</sup>. En cambio, no tienen normalmente el efecto contrario los conocimientos y capacidades inferiores a la media<sup>65</sup>. Así lo ponen de manifiesto, por ejemplo, los precedentes ingleses de condena a conductores en prácticas por negligencia al volante, tanto en el orden penal<sup>66</sup> como en el civil<sup>67</sup>. Como regla, pues, la prueba de que el agente hizo todo lo que estaba en su mano para evitar el resultado lesivo no es suficiente para excluir la infracción de su deber de cuidado frente a quien lo sufre. Ello sin perjuicio, por supuesto, en el ámbito penal, de la posibilidad de apreciar en estos casos la concurrencia de una causa de exculpación (*excuse*), alegada por el reo como defensa, en la medida en que se cumplan sus presupuestos<sup>68</sup>.

Por lo demás, respecto de la determinación del estándar de diligencia aplicable en cada caso concreto, de la jurisprudencia anglosajona en la materia pueden inducirse, en mi opinión, los siguientes principios básicos:

(i) Con carácter general, este estándar se determina a través de una ponderación (*balance*) de los intereses en juego. Por un lado, han de tenerse en cuenta el valor social del interés protegido por el deber de cuidado, la entidad de la amenaza que para él supone la conducta del agente y la probabilidad *ex ante* de que esta amenaza se

---

<sup>63</sup> *Cfr.*, en detalle, PROSSER, *Law of Torts*, 4ª ed., West: Hornbook Series, Saint Paul, 1971, pp. 151-166.

<sup>64</sup> PROSSER, *loc. cit.*, p. 161.

<sup>65</sup> Se llega, por esta vía, a una generalización “hacia abajo” e individualización “hacia arriba” del baremo de la imprudencia como la que para el Derecho penal alemán defiende ROXIN, *Derecho Penal...*, 1ª ed., Civitas, Madrid, 1997, pp. 1013-1018.

<sup>66</sup> *McCrone v Riding* [1938] 1 All ER 721.

<sup>67</sup> *Nettleship v Weston* [1971] 2 QB 691.

<sup>68</sup> En este sentido, más allá de los supuestos de minoría de edad penal (*infancy*) o trastorno mental (*insanity*), los casos de conocimientos y capacidades inferiores a la media quizá podrían reconducirse, como para el Derecho alemán sugiere ROXIN, *Derecho Penal...*, 1ª ed., Civitas, Madrid, 1997, pp. 1035-1037, a la categoría del error invencible (*reasonable mistake*). En relación con los presupuestos de estas tres defensas pueden consultarse HERRING, *Criminal Law...*, 6ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2014, pp. 694, 686-692 y 698-701; y LAFAVE, *Criminal Law*, 5ª ed., West: Hornbook Series, Saint Paul, 2010, pp. 511-518, 389-424 y 298-317.



materialice en un daño efectivo. Por otro, se han de considerar el valor social del interés que el agente trata de proteger con su conducta y la existencia de alternativas razonables – no demasiado costosas – para su protección<sup>69</sup>.

(ii) En determinados ámbitos, sin embargo, la existencia de normas – jurídicas o no – que imponen determinados estándares de conducta a quienes operan en ellos convierte en innecesarios estos cálculos: al menos en principio, puede afirmarse que la infracción de tales normas supone *per se* una infracción del deber de cuidado debido y, viceversa, que quien adecúa su comportamiento a ellas actúa diligentemente. Entre estas normas se encuentran, por ejemplo, las leyes y reglamentos administrativos que regulan el ejercicio de determinadas actividades (paradigmáticamente, el tráfico rodado)<sup>70</sup> o las normas de la *lex artis* a las que debe ajustarse la actividad de determinados profesionales, con especial relevancia en casos de responsabilidad médica<sup>71</sup>.

(iii) Opera, por último, un “principio de confianza” – al que, sin embargo, ni la doctrina ni la jurisprudencia del *common law* se refieren con este nombre –, según el cual para cumplir con el deber de cuidado no es necesario, como regla general, tomar precauciones frente a los posibles fallos de otras personas. Puede confiarse, en este sentido, en que se comportarán adecuadamente. No obstante, como ocurre en Derecho español<sup>72</sup>, este principio queda excluido cuando resulta evidente o hay serios indicios para pensar que el otro no se atenderá adecuadamente a su papel y no opera, tampoco, respecto de personas que padecen de importantes déficits cognitivos (v.gr. niños)<sup>73</sup>.

---

<sup>69</sup> Cfr. LAFAVE, *loc. cit.*, pp. 278-279; MCBRIDE/BAGSHAW, *Tort Law*, 4ª ed., Pearson, Harlow, 2012, pp. 252-255; PROSSER, *Law of Torts*, 4ª ed., West: Hornbook Series, Saint Paul, 1971, pp. 145-149; y la jurisprudencia que citan.

<sup>70</sup> Sobre el papel que desempeñan esta clase de normas en el juicio de negligencia *vid.* LAFAVE, *loc. cit.*, pp. 283-284; PROSSER, *loc. cit.*, pp. 190-204; y la jurisprudencia que citan.

<sup>71</sup> En relación con esta última clase de casos, *vid.* MCBRIDE/BAGSHAW, *Tort Law*, 4ª ed., Pearson, Harlow, 2012, pp. 256-258; PROSSER, *loc. cit.*, pp. 161-166; y la jurisprudencia que citan. Este fue también el principio aplicado en el caso *Adomako* (citado *supra*, nota 37), en el que no prosperaron las alegaciones del anestesista acusado sobre su fatiga tras un largo turno de trabajo y su inadecuada preparación para el ejercicio de la actividad.

<sup>72</sup> Para un panorama general de la cuestión, *cfr.* PEÑARANDA RAMOS, “Tipicidad en los delitos activos...”, pp. 149-150, y la doctrina y la jurisprudencia que cita; con mayor detalle, *vid.* MARAVER GÓMEZ, M., *El principio de confianza en Derecho penal: un estudio sobre la aplicación del principio de autorresponsabilidad en la teoría de la imputación objetiva*, 1ª ed., Civitas, Pamplona, 2009, especialmente, sobre este particular, pp. 119-145.

<sup>73</sup> Así, PROSSER, *Law of Torts*, 4ª ed., West: Hornbook Series, Saint Paul, 1971, p. 170-176, que cita abundantes ejemplos de la jurisprudencia estadounidense.

#### IV. LA CAUSACIÓN (*CAUSATION*): EL JUICIO *EX POST*

Para atribuir al autor de una conducta negligente responsabilidad penal o civil por un resultado lesivo ha de probarse la existencia de una relación de causación entre tal conducta y tal resultado. Como ya señalé, para la jurisprudencia y la doctrina mayoritaria, el juicio de causación consta de dos componentes: una relación fáctica (*factual causation* o *causation in fact*) y una jurídica o de imputación (*legal causation* o *causation in the law*), de forma que, una vez establecido que la conducta negligente del autor ha sido, *de facto*, una de las causas del resultado, los criterios de causación jurídica – vinculados a consideraciones de política jurídica, mucho más que a ninguna concepción científica o filosófica de la causalidad – determinan si, *de iure*, aquel debe ser considerado responsable de tal resultado. Estos dos juicios operan, en este sentido, como “filtros sucesivos” en la imputación del resultado a la conducta negligente<sup>74</sup>.

Aunque he optado por utilizar esta estructura (la dominante) para la explicación de la causación anglosajona – dedicando a cada uno de estos juicios, respectivamente, los dos epígrafes en que se divide este apartado –, probablemente pueda seguir hoy afirmándose, con PROSSER, de esta institución que “[t]here is perhaps nothing in the entire field of law which has called forth more disagreement, or upon which the opinions are in such a welter of confusion”<sup>75</sup>. En efecto, una minoría muy cualificada de autores, en buena medida influidos por el clásico *Causation in the Law* de HART/HONORÉ<sup>76</sup>, critican esta construcción bipartita de la causación y adoptan un esquema expositivo diferente<sup>77</sup>. Hay que señalar, en cualquier caso, que la distinción entre

---

<sup>74</sup> Vid., por todos, FLEMING, *The Law of Torts*, 6ª ed., The Law Book Company, Sídney, 1983, p. 170; MARKESINIS/DEAKIN, *Tort Law*, 3ª ed., Oxford University Press, Oxford, 1993, pp. 163-167; PROSSER, *loc. cit.*, pp. 236-237; y ROGERS, Winfield & Jolowicz..., 17ª ed., Sweet & Maxwell, Londres, 2006, pp. 268-272; y, en la doctrina penalista, HERRING, *Criminal Law...*, 6ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2014, pp. 86-87; y LAFAVE, *Criminal Law*, 5ª ed., West: Hornbook Series, Saint Paul, 2010, pp. 350-351. Esta es también la construcción que subyace al artículo 2.03 del *Model Penal Code*, aunque no se empleen en él expresamente los términos “*factual*” y “*legal causation*”. Cfr., en este sentido, DUBBER, M. D., *Criminal Law: Model Penal Code*, 1ª ed., Foundation Press, Nueva York, 2002, pp. 128-141.

<sup>75</sup> PROSSER, *loc. cit.*, p. 236.

<sup>76</sup> HART, H. L. A./HONORÉ, A. M., *Causation in the Law*, 1ª ed., Oxford University Press, Oxford, 1959.

<sup>77</sup> Así, por ejemplo, MCBRIDE/BAGSHAW, *Tort Law*, 4ª ed., Pearson, Harlow, 2012, tratan en sede de causación únicamente los criterios de imputación del resultado que pueden considerarse – en la línea de lo que sugieren Hart y Honoré – manifestaciones del “sentido común” de lo que socialmente se entiende por “causalidad”: básicamente, el *but for test* y sus correctivos, y la doctrina del *novus actus interveniens* (*break in the chain of causation*). Los juicios de previsibilidad del daño (*remoteness of damage*) y ámbito de protección del deber de cuidado (*scope of duty*) quedan relegados a un capítulo diferente, en el que los autores se refieren, con carácter general, a los criterios de política jurídica que pueden impedir que prospere una demanda de responsabilidad civil extracontractual (*actionability*).

causación de hecho y de Derecho tiene, en el *common law*, consecuencias prácticas relativamente escasas: ni los aspectos de las decisiones judiciales que pueden ser revisados por tribunales superiores ni la división de tareas, en su caso, entre juez y jurado se delimitan con base en este criterio<sup>78</sup>.

### 1. Causación fáctica (*factual causation*): el “*but for test*” y sus correctivos.

Un comportamiento negligente puede ser considerado, de hecho, causa de un resultado, si puede afirmarse que el segundo no habría ocurrido de no ser por (*but for*) el primero. Esta fórmula, conocida como “*but for test*” es la que aplica uniformemente la jurisprudencia anglosajona para verificar la causalidad fáctica que, precisamente por ello, muchos autores denominan también “*but for causation*”<sup>79</sup>. El caso que suele citarse para ejemplificar el funcionamiento de este criterio es *R v White*<sup>80</sup>, un supuesto de tentativa de asesinato resuelto por los tribunales ingleses, en el que el acusado envenenó la bebida de la víctima. Esta falleció, tras haber bebido algunos sorbos, de un ataque al corazón que la evidencia médica calificó, sin embargo, como no relacionado en absoluto con el veneno. El tribunal absolvió al reo del asesinato consumado del que se le acusaba aplicando el *but for test*: aunque el acusado no hubiera envenenado la bebida, la víctima habría muerto en cualquier caso, en el mismo momento y de la misma forma.

Aunque la doctrina y la jurisprudencia anglosajonas identifican a menudo este test con la fórmula de la *condicio sine qua non*<sup>81</sup>, conviene subrayar las diferencias entre ambos, al menos si se parte del significado que se atribuye a esta última en Derecho continental<sup>82</sup>. El *but for test* no se basa en una supresión hipotética de la conducta negligente del autor, sino en una supresión de la *negligencia* misma: no se pregunta qué habría sucedido si el autor no se hubiera comportado como lo hizo, sino cuál habría sido el resultado si el autor hubiera actuado *correctamente*<sup>83</sup>. En este sentido, se parece

<sup>78</sup> HART/HONORÉ, *Causation in the Law*, 1ª ed., Oxford University Press, Oxford, 1959, p. 86. Respecto de la competencia del jurado en materia de causación (fáctica y jurídica), *vid.* también HERRING, *Criminal Law...*, 6ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2014, p. 86; y PROSSER, *Law of Torts*, 4ª ed., West: Hornbook Series, Saint Paul, 1971, pp. 289-290.

<sup>79</sup> Así, por ejemplo, HERRING, *loc. cit.*, p. 86; o MARKESINIS/DEAKIN, *Tort Law*, 3ª ed., Oxford University Press, Oxford, 1993, p. 167.

<sup>80</sup> [1910] 2 KB 124 (CA).

<sup>81</sup> *Vid.*, por todos, FLEMING, *The Law...*, 6ª ed., The Law Book Company, Sídney, 1983, p. 171; HERRING, *Criminal Law...*, 6ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2014, p. 87; PROSSER, *Law of Torts*, 4ª ed., West: Hornbook Series, Saint Paul, 1971, p. 238-239; y ROGERS, *Winfield & Jolowicz on Tort*, 17ª ed., Sweet & Maxwell, Londres, 2006, p. 273.

<sup>82</sup> *Contra*, PIÑA ROCHEFORT, *La estructura...*, 1ª ed., Comares, Granada, 2002, pp. 35-36.

<sup>83</sup> *Cfr.* MCBRIDE/BAGSHAW, *Tort Law*, 4ª ed., Pearson, Harlow, 2012, pp. 276-277.

mucho más a la fórmula continental de la conducta alternativa conforme a Derecho empleada el marco de la imputación objetiva del resultado que a ninguna de las fórmulas que, en estos ordenamientos, se utilizan para verificar la causalidad fáctica conforme a la teoría de la equivalencia de las condiciones<sup>84</sup>. Los juristas del *common law* resuelven, pues, en sede de causación fáctica, problemas que en Derecho continental se abordan, de forma ya prácticamente unánime, en el ámbito de la imputación<sup>85</sup>.

Esto explica, en buena medida, que la doctrina anglosajona apenas haya discutido el problema de la causalidad fáctica en las omisiones<sup>86</sup>. Precisamente porque el *but for test* es, propiamente, un criterio de imputación, se aplica exactamente igual a las conductas omisivas que a las activas. Respecto de las primeras, los tribunales simplemente se preguntan qué habría ocurrido si el agente hubiera actuado en el sentido requerido por su *duty to act*<sup>87</sup>. El *leading case* británico en materia de causación fáctica en el ilícito civil de negligencia, *Barnett v Chelsea & Kensington Hospital Management Committee*<sup>88</sup>, es, de hecho, un caso de responsabilidad a título de omisión. En él, un médico de urgencias se negó, negligentemente, a atender a un paciente que acudió al hospital con dolor de estómago y vómitos, remitiéndolo a su médico de cabecera. El paciente se había envenenado accidentalmente con arsénico, y falleció cinco horas más tarde. El tribunal absolvió al médico con el argumento de que el paciente habría muerto en cualquier caso, en el mismo momento y de la misma forma, aunque hubiera recibido tratamiento.

Los problemas a los que conduce el uso de esta fórmula han sido, por lo demás, bien identificados por la jurisprudencia y la doctrina del *common law*. Son, como no podría ser de otra manera, enormemente similares a los que plantea en los ordenamientos continentales el uso de la conducta alternativa conforme a Derecho como

---

<sup>84</sup> En el Derecho de la responsabilidad civil extracontractual, además, como consecuencia del estándar probatorio que se aplica en este el ámbito (*vid. supra* p. 12), funciona de forma muy similar al criterio del incremento del riesgo de ROXIN (*vid. ROXIN, Derecho Penal...*, 1ª ed., Civitas, Madrid, 1997, pp. 379-384).

<sup>85</sup> Este es, probablemente, un potente argumento a favor de la concepción minoritaria de la causación anglosajona a la que me he referido brevemente *supra* (p. 22 y nota 77).

<sup>86</sup> Una notable excepción es el trabajo de MOORE, M. S., *Causation and Responsibility*, 1ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2009.

<sup>87</sup> HERRING, *Criminal Law...*, 6ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2014, p. 79; MCBRIDE/ BAGSHAW, *Tort Law*, 4ª ed., Pearson, Harlow, 2012, pp. 278-279; PROSSER, *Law of Torts*, 4ª ed., West: Hornbook Series, Saint Paul, 1971, p. 238.

<sup>88</sup> [1969] 1 QB 428.

fórmula de imputación<sup>89</sup>. El *but for test* falla, en primer lugar, arrojando “falsos negativos”, en supuestos de causalidad doble o alternativa y de causalidad hipotética, casos que la doctrina anglosajona agrupa generalmente bajo la rúbrica de la “sobredeterminación” (*overdetermination*)<sup>90</sup>. Para solucionar este problema, la jurisprudencia suele recurrir en estos supuestos a la fórmula del “factor sustancial” (*substantial factor*)<sup>91</sup>, de acuerdo con la que un comportamiento negligente puede ser considerado, de hecho, causa de un resultado, si ha contribuido de forma no insignificante (*more than negligibly*) a su producción<sup>92</sup>.

Una segunda dificultad plantean, por último, los casos – no tan frecuentes en la jurisprudencia – en los que el agente podría haber adoptado varias conductas alternativas, todas ellas conformes a Derecho, y la fórmula arroja resultados diferentes según se tome como referencia una u otra para su aplicación, dando lugar lo que parte de la doctrina ha denominado un problema de “indeterminación” (*indeterminacy*)<sup>93</sup>. Para esta clase de supuestos, la jurisprudencia civil inglesa parece haber desarrollado una regla según la cual la conducta alternativa que debe tenerse en cuenta es la que supone una menor desviación respecto de la efectivamente adoptada por el demandado<sup>94</sup>, un criterio que, a mi juicio, no deja de ser algo arbitrario.

---

<sup>89</sup> Bien resumidos por PEÑARANDA RAMOS, Tipicidad en los delitos activos..., en F. Molina Fernández (Coord.), Memento Práctico..., Francis Lefebvre, Madrid, 2015, p. 156.

<sup>90</sup> Cfr., por todos, MCBRIDE /BAGSHAW, Tort Law, 4ª ed., Pearson, Harlow, 2012, pp. 300-305.

<sup>91</sup> A veces denominada también de la “contribución material” (*material contribution*). Vid, por ejemplo, STEEL, Causation..., en M. Dyson (Ed.), Unravelling Tort..., 1ª ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2014, pp. 243-245; y la jurisprudencia que cita.

<sup>92</sup> Cfr. HERRING, Criminal Law..., 6ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2014, pp. 87-88; LAFAVE, Criminal Law, 5ª ed., West: Hornbook Series, Saint Paul, 2010, pp. 353-355; PROSSER, Law of Torts, 4ª ed., West: Hornbook Series, Saint Paul, 1971, pp. 239-241; y la jurisprudencia que citan. La doctrina también ha ideado fórmulas alternativas de valoración de la causación fáctica dirigidas a evitar los problemas de sobredeterminación. Entre ellas, pueden señalarse el “*NESS test*” (*Necessary Element of a Sufficient Set*), popularizado por el estadounidense WRIGHT o el “*Necessary Breach Analysis*” (NBA), recientemente desarrollado por la inglesa GREEN. Vid., respectivamente, WRIGHT, R. W., Causation in tort law, California Law Review, vol. 73, 1985, pp. 1735 y ss.; y GREEN, S., Causation in Negligence, 1ª ed., Hart Publishing, Oxford, 2015.

<sup>93</sup> STEEL, Causation..., en M. Dyson (Ed.), Unravelling Tort..., 1ª ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2014, p. 242.

<sup>94</sup> Así lo infiere STEEL, *loc. cit.*, p 242, del reciente caso *Robbins v London Borough of Bexley* [2013] EWHC Civ 1233. La solución adoptada por estos mismos tribunales en el caso *The Empire Jamaica* [1957] AC 386 también parece ajustarse a esta regla general. Salvo error por mi parte, no existe una regla similar en la jurisprudencia estadounidense.

## 2. Causación jurídica (*legal causation*): previsibilidad razonable, *novus actus interveniens* y ámbito de protección del deber de cuidado (*scope of duty*).

Un sujeto cuyo comportamiento negligente ha sido calificado como causa (fáctica) de un resultado puede, sin embargo, no ser considerado penal o civilmente responsable de él en virtud de los principios de causación jurídica, que, como ya señalé, operan como un segundo “filtro” en la imputación del resultado a la conducta. En el Derecho anglosajón, el más importante de estos principios es el de previsibilidad razonable (*reasonable foreseeability*): en general, un agente sólo puede ser considerado jurídicamente responsable de los resultados de su comportamiento que suponen la materialización *ex post* del riesgo de causar un daño por él generado<sup>95</sup>. A esta regla general de limitación de la responsabilidad a los resultados “próximos” (*proximate*) de la conducta o los daños “no demasiado remotos” (*not too remote*) derivados de ella responden las denominaciones “*proximate cause*”<sup>96</sup> o “*remoteness of damage*”<sup>97</sup> con las que muchas veces se refiere la doctrina anglosajona a la causación jurídica<sup>98</sup>.

La sentencia del *Privy Council* en el caso civil australiano conocido como *The Wagon Mound* (1961)<sup>99</sup> fue la primera en establecer que la previsibilidad razonable de causar un daño no debía ser sólo un criterio para determinar la existencia o no de un deber de cuidado del demandado hacia el demandante<sup>100</sup>, sino también para fijar los límites de la responsabilidad del primero por los daños causados como consecuencia de su eventual infracción de tal deber de cuidado. Los hechos del caso tuvieron lugar en el puerto de Sídney, donde se encontraba amarrado el barco *Wagon Mound*, que la compañía demandada había alquilado para transportar aceite. Durante la carga, sus

---

<sup>95</sup> *Vid.*, por todos, MCBRIDE/BAGSHAW, *Tort Law*, 4ª ed., Pearson, Harlow, 2012, p. 331; PROSSER, *Law of Torts*, 4ª ed., West: Hornbook Series, Saint Paul, 1971, p. 251; y ROGERS, Winfield & Jolowicz..., 17ª ed., Sweet & Maxwell, Londres, 2006, p. 291. El artículo 2.03.3 del *Model Penal Code* recoge expresamente este principio al regular la causación (jurídica) en los delitos negligentes.

<sup>96</sup> LAFAVE, *Criminal Law*, 5ª ed., West: Hornbook Series, Saint Paul, 2010, p. 350; PROSSER, *loc. cit.*, p. 236.

<sup>97</sup> FLEMING, *The Law of Torts*, 6ª ed., The Law Book Company, Sídney, 1983, p. 170; MARKESINIS/DEAKIN, *Tort Law*, 3ª ed., Oxford University Press, Oxford, 1993, p. 181; ROGERS, Winfield & Jolowicz..., 17ª ed., Sweet & Maxwell, Londres, 2006, p. 290.

<sup>98</sup> En mi opinión, sin embargo, la existencia de otros principios de causación jurídica con un fundamento autónomo respecto del de previsibilidad razonable – el del ámbito de protección del deber de cuidado (*scope of duty*) y, al menos en parte, también la doctrina del *novus actus interveniens* – aconsejan referirse con estas denominaciones únicamente al primero de estos principios.

<sup>99</sup> Cuyo verdadero nombre es *Overseas Tankship (UK) Ltd v Morts Dock & Engineering Co Ltd* [1961] AC 388.

<sup>100</sup> *Vid. supra* pp. 15-16.

empleados permitieron negligentemente que parte del aceite se derramara en las aguas del puerto y fluyera hacia un embarcadero, propiedad de los demandantes, en el que se estaban llevando a cabo tareas de reparación de barcos. Como consecuencia de estas labores, saltaron al agua algunas chispas que, de forma absolutamente imprevisible<sup>101</sup>, incendiaron el aceite. El incendio provocó graves daños materiales en el embarcadero, de cuyo resarcimiento fue absuelto el demandado. Aunque el tribunal se apartó expresamente, con esta decisión, del Derecho inglés hasta entonces vigente<sup>102</sup>, esta sentencia fue acogida prácticamente de inmediato como precedente vinculante por la jurisprudencia británica y, en general, por la del resto de países del ámbito anglosajón<sup>103</sup>.

El principio de previsibilidad razonable tiene, sin embargo, una importante excepción en los casos de daños personales: la llamada “*eggshell skull rule*” que opera tanto en el ámbito penal<sup>104</sup> como en el civil<sup>105</sup>. Su nombre deriva de los famosos *dicta* del Juez Kennedy, en el caso *Dulieu v White & Sons*<sup>106</sup>, “[i]f a man is negligently run over or otherwise injured in his body it is no answer to the sufferer’s claim for damages that he would have suffered less injury, or no injury at all, if he had not had an unusually thin skull or an unusually weak heart”. Implica, en este sentido, que las debilidades pre-existentes de quien padece el resultado lesivo, o su especial predisposición a sufrirlo, no pueden servir de base para negar la existencia de una relación de causación jurídica entre tal daño – por imprevisible que sea – y la conducta de quien lo ha provocado. En definitiva, como insistentemente recuerda la jurisprudencia en esta clase de casos, “*the wrongdoer must take the victim as he finds*

---

<sup>101</sup> Se consideró probado, de conformidad con los testimonios periciales, que prender fuego al aceite combustible sobre una superficie de agua habría sido, en circunstancias normales, prácticamente imposible.

<sup>102</sup> La *Court of Appeal* había establecido, en el discutidísimo caso *Re Polemis* [1921] 3 KB 560 (CA), una regla contraria según la cual, en supuestos de “causalidad directa” (*direct causation*) – esto es, en ausencia de un *novus actus interveniens* – un demandado debía responder de todos los resultados causados por su conducta negligente, con independencia de su carácter más o menos previsible.

<sup>103</sup> Respecto de esta evolución jurisprudencial, *vid.*, en detalle, PROSSER, *Law of Torts*, 4ª ed., West: Hornbook Series, Saint Paul, 1971, pp. 265-267; y ROGERS, Winfield & Jolowicz..., 17ª ed., Sweet & Maxwell, Londres, 2006, pp. 291-294.

<sup>104</sup> *Vid.*, por todos, HERRING, *Criminal Law...*, 6ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2014, pp. 100-101; y LAFAVE, *Criminal Law*, 5ª ed., West: Hornbook Series, Saint Paul, 2010, pp. 364 y 370, que, sin embargo, critica su aplicación más allá del ámbito de los delitos intencionales.

<sup>105</sup> *Cfr.*, entre otros, MCBRIDE/BAGSHAW, *Tort Law*, 4ª ed., Pearson, Harlow, 2012, p. 629; PROSSER, *Law of Torts*, 4ª ed., West: Hornbook Series, Saint Paul, 1971, pp. 267-268; y ROGERS, Winfield & Jolowicz..., 17ª ed., Sweet & Maxwell, Londres, 2006, pp. 305-306.

<sup>106</sup> [1901] 2 KB 669.

him”<sup>107</sup>.

Mención aparte merecen los supuestos en los que, entre el comportamiento negligente del acusado o demandado y el resultado lesivo se interpone un suceso que “rompe la cadena de causación” (*breaks the chain of causation*). Cuando esto ocurre, la jurisprudencia y la doctrina del *common law* suelen calificar al suceso en cuestión como un “*novus actus interveniens*”<sup>108</sup>. La doctrina del *break in the chain* ha dado lugar a una riquísima casuística en la jurisprudencia anglosajona, que sólo puedo aspirar aquí a describir en sus líneas más generales<sup>109</sup>. Tradicionalmente, se ha venido considerando que esta doctrina no es más que el resultado de la aplicación del principio general de previsibilidad razonable a los casos de causación indirecta, una idea que sigue subyaciendo a muchos pronunciamientos judiciales en la materia. Así, suele entenderse que los eventos naturales (“*acts of God*”) que se interponen entre una conducta negligente y su resultado sólo rompen la cadena jurídica de causación cuando son tan extraordinarios que pueden calificarse como imprevisibles (“*freaks of nature*”) <sup>110</sup>.

Este es también el principio que tiende a aplicarse en los casos, más frecuentes en la práctica, en los que el suceso que se interpone entre el comportamiento negligente del agente y su resultado es una conducta humana, sea de la propia víctima del daño o de un tercero. En efecto, es pacífico en la jurisprudencia que los comportamientos completamente imprevisibles de estos últimos rompen la cadena de causación, aunque no es en absoluto frecuente que prospere una alegación de este tipo en casos de tratamiento médico defectuoso<sup>111</sup>. Sin embargo, como ha puesto de relieve la doctrina más moderna<sup>112</sup>, no todos los supuestos en los que la jurisprudencia califica una conducta humana como *novus actus interveniens* pueden reconducirse al principio

---

<sup>107</sup> De nuevo, en mi opinión, esta regla no debería impedir, en el ámbito penal, reconducir esta tipo de supuestos a la categoría del *reasonable mistake*, como causa de exculpación (*vid. supra* nota 68).

<sup>108</sup> *Vid.*, por ejemplo, HERRING, *Criminal Law...*, 6ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2014, p. 88; o MCBRIDE/BAGSHAW, *Tort Law*, 4ª ed., Pearson, Harlow, 2012, p. 311.

<sup>109</sup> Para un análisis más detallado, me remito, de nuevo, a HERRING, *loc. cit.*, pp. 88-102; LAFAVE, *Criminal Law*, 5ª ed., West: Hornbook Series, Saint Paul, 2010, pp. 364-373; MCBRIDE/BAGSHAW, *loc. cit.*, pp. 311-317; y PROSSER, *Law of Torts*, 4ª ed., West: Hornbook Series, Saint Paul, 1971, pp. 271-289.

<sup>110</sup> HERRING, *loc. cit.*, p. 101; LAFAVE, *loc. cit.*, pp. 368-369; MCBRIDE/BAGSHAW, *loc. cit.*, pp. 314-315.

<sup>111</sup> *Cfr.* HERRING, *loc. cit.*, pp. 92-96; LAFAVE, *loc. cit.*, pp. 367 y 371; PROSSER, *Law of Torts*, 4ª ed., West: Hornbook Series, Saint Paul, 1971, pp. 278-279; y la jurisprudencia que citan.

<sup>112</sup> *Vid.*, por todos, MCBRIDE/BAGSHAW, *Tort Law*, 4ª ed., Pearson, Harlow, 2012, p. 315; y, más extensamente, STEEL, *Causation...*, en M. Dyson (Ed.), *Unravelling Tort...*, 1ª ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2014, pp. 250-252.



general de previsibilidad razonable. Un buen ejemplo de ello es el caso inglés *R v Kennedy*<sup>113</sup>, en el que el tribunal no consideró penalmente responsable de la muerte por sobredosis de heroína de la víctima a la persona que le había proporcionado la droga, argumentando que el acto “libre, deliberado e informado” de la primera al inyectársela había roto la cadena de causación. En esta clase de supuestos, la *ratio decidendi* de las decisiones judiciales descansa en consideraciones sobre la justa atribución al ámbito de responsabilidad de las personas de las consecuencias inmediatas de sus decisiones conscientes y voluntarias, con independencia de que la toma de estas decisiones sea o no razonablemente previsible para el acusado o demandado.

El último de los principios de causación jurídica en el *common law* al que considero necesario hacer una breve referencia en este trabajo es el del ámbito de protección del deber de cuidado (*scope of duty*), un criterio prácticamente idéntico al del fin de protección de la norma de cuidado que opera, en el Derecho continental, en el marco de la imputación objetiva del resultado. El célebre caso civil británico *Gorris v Scott*<sup>114</sup> ilustra perfectamente su funcionamiento. En él, el demandante había contratado al demandado para transportar sus ovejas por mar a un puerto extranjero. La normativa sanitaria vigente en la época imponía que, en esta clase de operaciones, los animales fueran transportados en jaulas, precaución que no fue adoptada por el demandado. En el trayecto, una ola golpeó el barco, arrastrando al mar a todas las ovejas, algo que sin duda no habría ocurrido de haber estado estas enjauladas. El tribunal, sin embargo, desestimó la demanda de daños interpuesta por el demandante: en el resultado lesivo se había materializado un riesgo distinto al que trataba de prevenir la norma administrativa incumplida, que no era otro que el contagio de enfermedades. El principio es especialmente relevante en supuestos, como este, en los que el juicio de negligencia se fundamenta en la infracción de leyes y reglamentos administrativos que regulan el ejercicio de determinadas actividades<sup>115</sup>, aunque su ámbito de aplicación no se limita a este grupo de casos<sup>116</sup>.

---

<sup>113</sup> [2008] UKHL 38.

<sup>114</sup> (1874) LR 9 Ex 125.

<sup>115</sup> *Vid. supra* pp. 20-21. Sobre su aplicación en esta clase de supuestos puede consultarse PROSSER, *Law of Torts*, 4ª ed., West: Hornbook Series, Saint Paul, 1971, pp. 192-197.

<sup>116</sup> *Cfr., in extenso*, MCBRIDE/BAGSHAW, *Tort Law*, 4ª ed., Pearson, Harlow, 2012, pp. 339-346.

## V. A MODO DE CONCLUSIÓN: DIFERENCIAS FUNCIONALES; SIMILITUDES ESTRUCTURALES.

El Derecho penal y el Derecho de la responsabilidad civil extracontractual cumplen, en los ordenamientos jurídicos del *common law*, funciones muy diferentes. Cuando se atribuye responsabilidad penal a un sujeto por el daño que, negligentemente, causa a otro, se le *castiga*; cuando la responsabilidad que se le atribuye es civil se trata, por el contrario, de *compensar* a quien ha sufrido este daño. Ciertamente, el carácter cuasi-típico del sistema de *torts* anglosajón y el reconocimiento de la figura de los daños punitivos en muchas de estas jurisdicciones son elementos que han conducido a gran parte de la doctrina, a matizar – en algunos casos hasta prácticamente hacerlas desaparecer<sup>117</sup> – las diferencias funcionales entre ambas ramas. Ello no ha impedido, empero, que los juristas anglosajones estén todavía mayoritariamente de acuerdo en que la responsabilidad civil extracontractual es, al menos predominantemente, un sistema de compensación de daños destinado a lograr una distribución social justa de los costes de la convivencia, una finalidad muy diferente de la principalmente preventivo-general (*deterrence*) que se suele atribuir a la pena<sup>118</sup>.

Estas importantes diferencias funcionales se traducen en principios e instituciones también muy diferentes en una y otra rama, muchos de los cuales inciden sobre la atribución de responsabilidad por resultados lesivos a título de negligencia. A lo largo de este trabajo, he tenido ocasión de referirme – sin ánimo de exhaustividad – a algunos de ellos. En primer lugar, la existencia de diferentes estándares probatorios en Derecho penal y en Derecho civil<sup>119</sup> permite que, incluso partiendo de la base de unos mismos hechos y de unos mismos requisitos jurídico-materiales para la mencionada atribución de responsabilidad, un sujeto sea absuelto en el primero de los órdenes y condenado en el segundo. Por otro lado, ya en el plano sustantivo, las exigencias que del principio de culpabilidad (*principle of responsibility*) se derivan para el Derecho penal, y no, en cambio para el Derecho civil, permiten fundamentar, en el primero de estos ámbitos, absoluciones basadas en causas de exculpación que, sin embargo, no operan en el

---

<sup>117</sup> Así, por ejemplo, DUFF, R. A., *Torts, crimes and vindication: whose wrong is it?*, en M. Dyson (Ed.), *Unravelling Tort...*, 1ª ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2014, pp. 146 y ss.

<sup>118</sup> Respecto de las funciones del Derecho penal y el *Tort law* y los criterios básicos de distinción entre este uno y otro, *cfr.*, por ejemplo, LAFAVE, *Criminal Law*, 5ª ed., West: Hornbook Series, Saint Paul, 2010, pp. 13 y 15-18; MCBRIDE/BAGSHAW, *Tort Law*, 4ª ed., Pearson, Harlow, 2012, pp. 1-2 y 23-24; o ROGERS, *Winfield & Jolowicz...*, 17ª ed., Sweet & Maxwell, Londres, 2006, pp. 2-4 y 17-19.

<sup>119</sup> *Vid. supra* p. 12.

segundo<sup>120</sup>. He hecho, por último, una brevísima alusión al diferente tratamiento que se hace de las defensas – y, en particular, del consentimiento y la asunción del riesgo por parte de la víctima del daño – en uno y otro orden<sup>121</sup>.

Lo que he tratado de transmitir en este trabajo es que, sin perjuicio de estas particularidades, existe, en el *common law*, una estructura básica de imputación de responsabilidad por resultados lesivos de conductas negligentes que es común a los sistemas de Derecho penal y de responsabilidad civil extracontractual. Este “esqueleto común” consta de dos juicios, ambos de carácter básicamente objetivo: un juicio *ex ante* de negligencia y un juicio *ex post* de causación, cuyos componentes son sustancialmente idénticos en una y otra rama del Derecho. Intuyo que esta estructura – basada mucho más en tópicos aplicables a grupos de casos más o menos bien definidos que en un sistema perfecto – cumple, en los ordenamientos jurídicos anglosajones, funciones muy similares a las que desempeña, en los continentales, la teoría de la imputación objetiva desarrollada por los penalistas. La contrastación de esta hipótesis (que relego a una investigación posterior) contribuiría, sin duda, a clarificar lo que de similares y de diferentes tienen, en el Derecho español, los sistemas de Derecho penal y de responsabilidad civil extracontractual.

### BIBLIOGRAFÍA

CANCIO MELIÁ, M., Estudios de Derecho Penal, 1ª ed., Palestra Editores, Lima, 2010.

DÍEZ PICAZO, L., Fundamentos de Derecho civil patrimonial, tomo V, 1ª ed., Civitas, Pamplona, 2011.

DUBBER, M. D., Criminal Law: Model Penal Code, 1ª ed., Foundation Press, Nueva York, 2002.

DUFF, R. A., Torts, crimes and vindication: whose wrong is it?, en M. Dyson (Ed.), Unravelling Tort and Crime, 1ª ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2014, pp. 146 y ss.

FEIJÓO SÁNCHEZ, B., Teoría de la imputación objetiva: estudio crítico y valorativo sobre fundamentos dogmáticos y evolución, 1ª ed., Angel Editor, México D. F., 2000.

FLEMING, J. G., The Law of Torts, 6ª ed., The Law Book Company, Sídney, 1983.

---

<sup>120</sup> Vid. *supra* p. 20 y notas 68 y 107.

<sup>121</sup> Vid. *supra* pp. 17-18.

GOFF, R., The search for principle, *Proceedings of the British Academy*, vol. 69, 1983, pp. 169 y ss.

GOUDKAMP, J., Defences in tort and crime, en M. Dyson (Ed.), *Unravelling Tort and Crime*, 1ª ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2014, pp. 208 y ss.

GREEN, S., *Causation in Negligence*, 1ª ed., Hart Publishing, Oxford, 2015.

HART, H. L. A./HONORÉ, A. M., *Causation in the Law*, 1ª ed., Oxford University Press, Oxford, 1959.

HERRING, J., *Criminal Law. Text, Cases and Materials*, 6ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2014.

JAKOBS, G., *La imputación objetiva en Derecho Penal*, trad. de M. Cancio Meliá, 1ª ed., Ad-Hoc, Buenos Aires, 2014.

LACRUZ BERDEJO, J. L. *et al.*, *Elementos de Derecho Civil*, tomo II, vol. 2º, 4ª ed., Dykinson, Madrid, 2009.

LAFAVE, W. R., *Criminal Law*, 5ª ed., West: Hornbook Series, Saint Paul, 2010.

LUZÓN PEÑA, D. M., *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

MARAVÉR GÓMEZ, M., *El principio de confianza en Derecho penal: un estudio sobre la aplicación del principio de autorresponsabilidad en la teoría de la imputación objetiva*, 1ª ed., Civitas, Pamplona, 2009.

MARKESINIS, B. S./DEAKIN, S. F., *Tort Law*, 3ª ed., Oxford University Press, Oxford, 1993.

MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., *La imputación objetiva del resultado*, 1ª ed., Edersa, Madrid, 1992.

MCBRIDE, N. J./BAGSHAW, R., *Tort Law*, 4ª ed., Pearson, Harlow, 2012.

MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, 9ª ed., Reppertor, Barcelona, 2011.

MOORE, M. S., *Causation and Responsibility*, 1ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2009.

PANTALEÓN PRIETO, F., *Causalidad e imputación objetiva: Criterios de imputación*, en *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, tomo II, Centro de Estudios Ramón Areces,

Madrid, 1989, pp. 1561 y ss.

PEÑARANDA RAMOS, E., Tipicidad en los delitos activos: tipo objetivo, en F. Molina Fernández (Coord.), *Memento Práctico Penal 2015*, Francis Lefebvre, Madrid, 2015, pp. 141 y ss.

— Tipicidad en los delitos omisivos, en F. Molina Fernández (Coord.), *Memento Práctico Penal 2015*, Francis Lefebvre, Madrid, 2015, pp.163 y ss.

PIÑA ROCHEFORT, J. I., *La estructura de la teoría del delito en el ámbito jurídico del “Common Law”*, 1ª ed., Comares, Granada, 2002.

POLLOCK, F., *The Law of Torts: A Treatise on the Principles of Obligations arising from Civil Wrongs in the Common Law*, 13ª ed., Stevens and Sons, Londres, 1929.

PROSSER, W. L., *Law of Torts*, 4ª ed., West: Hornbook Series, Saint Paul, 1971.

ROGERS, W. V. H., *Winfield & Jolowicz on Tort*, 17ª ed., Sweet & Maxwell, Londres, 2006.

ROXIN, C., *Derecho Penal. Parte General, tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, trad. de la 2ª ed. alemana y notas por D. M. Luzón Peña, M. Díaz y García Conlledo y J. de Vicente Remesal, 1ª ed., Civitas, Madrid, 1997.

SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Sobre la relevancia jurídico-penal de la no-inmediatez en la producción del resultado*, en *Estudios penales en memoria del Profesor Agustín Fernández-Albor*, Universidad de Santiago de Compostela (Servicio de Publicaciones), Santiago de Compostela, 1989, pp. 677 y ss.

SIMONS, K. W., *Consent and assumption of risk in tort and criminal law*, en M. Dyson (Ed.), *Unravelling Tort and Crime*, 1ª ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2014, pp. 330 y ss.

SPRAU, H., *Titel 27. Unerlaubte Handlungen*, en *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*, 72ª ed., C. H. Beck, Múnich, 2013, pp. 1312 y ss.

STEEL, S., *Causation in tort law and criminal law: unity or divergence?*, en M. Dyson (Ed.), *Unravelling Tort and Crime*, 1ª ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2014, pp. 239 y ss.

SUÁREZ GONZÁLEZ, C./CANCIO MELIÁ, M., *Estudio preliminar: la reformulación de la tipicidad a través de la teoría de la imputación objetiva*, en *La imputación objetiva en*

Derecho penal, G. Jakobs, 1ª ed., Civitas, Madrid, 1996, pp. 21 y ss.

TERRY, H. T., Negligence, Harvard Law Review, vol. 29, 1915, pp. 40 y ss.

WRIGHT, R. W., Causation in tort law, California Law Review, vol. 73, 1985, pp. 1735 y ss.

\* \* \* \* \*

## Tarija Pozo

Abogada, São Paulo, Brasil. Socia FICP.

### ~La autopuesta de la víctima en peligro y el consentimiento del ofendido en el crimen de trata de personas con la finalidad de explotación sexual: Un estudio comparado entre el derecho español y el brasileño~

**Resumen.-** El objetivo de este trabajo es realizar un estudio comparativo entre los ordenamientos jurídicos brasileño y español, en lo que se refiere al tipo penal incriminador de la trata de personas. Para tanto, se harán algunas aclaraciones superficiales sobre las conductas punibles, bien como se profundizará la cuestión referente a la posibilidad de aplicación de institutos excluyentes de tipicidad, tales como el consentimiento del ofendido y la autopuesta de la víctima en peligro.

#### I. INTRODUCCIÓN

La trata de personas ocupa una posición elevada entre las actividades ilícitas más lucrativas del mundo, involucrando cerca de 2,5 millones de personas y más de 32 mil millones de dólares por año, de los cuales 79% provienen de una explotación sexual<sup>1</sup>.

La United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC) averiguó que, en el contexto Europeo — más específicamente en la zona centro oeste de Europa — 84% de las personas objeto de trata se destinan a la explotación sexual<sup>1</sup>. Constató además que las víctimas de ese delito provienen de varios países y regiones del globo, sin embargo, entre las de origen sudamericana contabilizadas en el continente europeo a partir del año de 2010, fue notable el creciente número de brasileñas oriundas, en su mayoría, de zonas carentes del norte del país, como los estados de Amazonas, Pará, Roraima y Amapá<sup>2</sup>.

Los principales destinos de las víctimas sudamericanas son España, Italia, Portugal, Francia, Holanda, Alemania, Austria y Suiza, siendo la mayor incidencia y profusión en los países ibéricos, como es el caso de España<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> UNODC. Trafficking in Persons to Europe for sexual exploitation. Disponible en: <[http://www.unodc.org/documents/lpo-brazil//Topics\\_TIP/Publicacoes/TiP\\_Europe\\_EN\\_LORES.pdf](http://www.unodc.org/documents/lpo-brazil//Topics_TIP/Publicacoes/TiP_Europe_EN_LORES.pdf)>. Acceso el: 13 abr. 2015.

<sup>2</sup> UNODC. Trata de personas hacia Europa con fines de explotación sexual. In: The Globalization of Crimen — A Transnational Organized Crime Threat Assessment. Disponible en: <[http://www.unodc.org/documents/southerncone//Topics\\_TIP/Publicacoes/TiP\\_Europe\\_ES\\_LORES.pdf](http://www.unodc.org/documents/southerncone//Topics_TIP/Publicacoes/TiP_Europe_ES_LORES.pdf)> Acceso el 24.jan. 2011.

<sup>3</sup> UNODC. Global Report on Trafficking in Persons 2014. United Nations publication, sales n° E. 14, v. 10. Disponible en: <[http://www.unodc.org/documents/lpo-brazil//Topics\\_TIP/Publicacoes/GLOTIP\\_2014\\_full\\_report.pdf](http://www.unodc.org/documents/lpo-brazil//Topics_TIP/Publicacoes/GLOTIP_2014_full_report.pdf)>. Acceso el 13 abr. 2015.

De esta forma, ante la intrínseca conexión entre Brasil y España en lo que se refiere a la oferta y demanda ilegal de personas, es imperioso elaborar un comparativo que demuestre cual es el alcance de los tipos penales adoptados en ambos los países afectados, y que averigüe la posibilidad de aplicación de causas excluyentes de tipicidad a ese delito transnacional.

## **II. ESTUDIO COMPARADO ENTRE BRASIL Y ESPAÑA SOBRE EL CRIMEN DE TRATA DE PERSONAS PARA FINES DE EXPLOTACIÓN SEXUAL**

En España, la L.O. 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, creó un nuevo Título VII bis, intitulado “De la trata de seres humanos”, cuyo artículo 177 bis, prevé la criminalización de las siguientes conductas:

1. Será castigado con la pena de cinco a ocho años de prisión como reo de trata de seres humanos el que, sea en territorio español, sea desde España, en tránsito o con destino a ella, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima nacional o extranjera, la capture, transportare, trasladare, acogiere, recibiere o la alojare con cualquiera de las finalidades siguientes:

- a) La imposición de trabajo o servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud o a la servidumbre o a la mendicidad.
- b) La explotación sexual, incluida la pornografía.
- c) La extracción de sus órganos corporales.

[..]

En Brasil, distintamente del derecho español, existen dos tipos distintos para criminalizar el crimen de trata de personas: uno de carácter internacional y el otro interno, previstos respectivamente en los artículos 231 y 231-A del Código Penal Brasileño:

### **Trata internacional de persona para fines de explotación sexual**

Art. 231. Promover o facilitar la entrada, en el territorio nacional, de alguien que en él pase a ejercer prostitución u otra forma de explotación sexual, o la salida de alguien que lo ejerza en el extranjero.

Pena - reclusión, de 3 (tres) a 8 (ocho) años.

§ 1º Incurrir en la misma pena aquél que agenciar, incitar o comprar a persona objeto de trata, bien como, conociendo tal condición, la transportare, transfiriere o alojare.

### **Trata interna de persona para fines de explotación sexual**

Art. 231-A. Promover o facilitar el desplazamiento de alguien dentro del territorio nacional para el ejercicio de prostitución u otra forma de explotación sexual:

Pena - reclusión, de 2 (dos) a 6 (seis) años.



§ 1º Incurrir en la misma pena aquél que agenciar, incitar o comprar a persona objeto de trata, bien como, conociendo tal condición, la transportar, transferir o alojar.

Se observa, por tanto, que en cuanto a la finalidad de explotación sexual, el Código Penal Español pune el crimen de trata de personas cuando, mediante uso de violencia, intimidación, engaño o abuso, el agente captar, transportar, trasladar, acoger, recibir o alojar víctimas nacionales o extranjeras en su territorio.

En Brasil, el tratamiento es semejante, una vez que pune en el ámbito internacional aquél que promueve o facilita la entrada en territorio nacional de alguien que en él pase a ejercer la prostitución u otra forma de explotación sexual, o la salida de alguien que vaya a ejercerla en el extranjero, bien como aquél que agencia, incita, compra, transporta, transfiere o aloja la persona objeto de trata, conociendo tal condición. Las mismas conductas también son punibles en el ámbito interno, cuando tales acciones se practican para desplazamiento dentro del territorio nacional.

A pesar de la amplia criminalización de conductas, tanto en Brasil como en España, se debe observar un aspecto muy relevante en los delitos de trata de personas para fines de explotación sexual, que consiste en la posibilidad de aplicación del instituto del consentimiento del ofendido. Sin embargo, hay que destacar que este análisis solamente tiene validez cuando se trata de víctimas adultas, es decir, cuando el sujeto pasivo consistir en hombre o mujer mayor de edad y plenamente capaz de manifestar voluntad jurídicamente válida.

Esto porque, en principio, no sería plausible aceptar que un ordenamiento jurídico suprimiese el consentimiento de personas mayores de edad, negándoles la posibilidad de disponer de sus propios cuerpos de la manera que bien entiendan<sup>4</sup>, incluso cuanto al acto de transitar por el territorio nacional, o transponer las fronteras del país, para ejercer actos relativos a la prostitución, una vez que éste oficio siquiera se encuadra como ilícito.

El Código Penal Español ya prevé expresamente en el punto 3 del artículo 177 bis, que si hay empleo de violencia, intimidación, engaño, abuso de autoridad, de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima, el consentimiento será irrelevante:

3. El consentimiento de una víctima de trata de seres humanos será irrelevante cuando se haya recurrido a alguno de los medios indicados en el apartado primero de este artículo.

En el Código Penal Brasileño, a su vez, esto no sucede, ya que no hay ninguna previsión legal sobre el instituto del consentimiento en ninguna de las modalidades de trata de personas.

Todavía, al hacerse signatario del Protocolo relativo a la Prevención, Represión y Sanción de Trata de Personas, en especial Mujeres y Niños<sup>5</sup>, pasó a aplicarse en Brasil el precepto establecido en el artículo 3º, letra ‘b’ del Protocolo, que determina que es irrelevante el consentimiento de la víctima de tráfico si el agente, al practicarlo, recurre a uno de los medios descritos en la letra ‘a’ del mismo artículo, que corresponden a los vicios de consentimiento resultantes de: amenaza, uso de la fuerza, coacción, raptó, abuso de autoridad, fraude, engaño, entrega o aceptación de pago o beneficios de persona que tenga autoridad sobre la otra, y situación de vulnerabilidad.

Entre estos factores que descartan el consentimiento, se destaca el de la vulnerabilidad, porque se trata de un concepto penal nuevo, que no es relativo a la falta de capacidad o comprensión, sino, a un conjunto de circunstancias que llevan al individuo objeto de la trata a subyugarse ante el traficante. Tales circunstancias pueden tener carácter económico y psicológico, además de resultar del contexto social que circunda la víctima. Sobre el tema, enseñan Alessandra Orcesi Greco y Pedro Rassi:

A vulnerabilidade nesses casos tem conteúdo ligado diretamente à igualdade material, inexistente entre traficante e traficado ou o explorador e explorado. Considerou o Protocolo que o consentimento da pessoa traficada deve ser desconsiderado nos casos em que ela esteja em situação de precariedade, podendo ser facilmente submetida à exploração, seja porque tem poucas defesas, seja porque não possui meios para exercê-las. A vulnerabilidade, portanto, poderá ser social, especialmente econômica, e psicológica. Como já comentamos no art. 231, as circunstâncias fáticas poderão servir de forte indicativo sobre vulnerabilidade do cidadão, como acontece, por exemplo, nos países em que há conflito bélico, acentuada desigualdade social, crise econômica de grandes proporções<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> La vulnerabilidad en estos casos tiene contenido directamente relacionado a la igualdad material, inexistente entre traficante y traficado o explotador y explotado. El Protocolo consideró que el consentimiento de la persona traficada debe ser desconsiderado en los casos en que ella esté en situación de precariedad, pudiendo ser fácilmente sometida a explotación, sea porque tiene pocas defensas, sea porque no posee medios para ejercerlas. La vulnerabilidad, por tanto, podrá ser social, especialmente económica y psicológica. Como ya comentamos en el art. 231, las circunstancias fáticas podrán servir de fuerte indicativo sobre la vulnerabilidad del ciudadano, como sucede, por ejemplo, en los países en que hay conflicto bélico, acentuada desigualdad social o crisis económica de grandes proporciones. (GRECO,

La vulnerabilidad, ya incluida en el tipo penal español como causa excluyente del consentimiento, parte de un criterio subjetivo para legitimar la acción estatal ante víctimas mayores de edad y legalmente capaces que, a pesar de tener derecho de autodeterminación y de disponer de sus propios bienes jurídicos, son consideradas por el Estado como la parte más débil de una relación y especialmente frágiles, en la medida en que su condición personal, social o económica invalida su propio consentimiento.

Observados los criterios que ignoran el consentimiento de las víctimas de la trata de personas, hay que destacar que ni el ordenamiento jurídico brasileño, ni el español disponen sobre la posibilidad de invalidar completamente el consentimiento del ofendido, porque los roles contenidos en ambos ordenamientos son categóricos y, por tanto, sería admisible, en tesis, la exclusión de la tipicidad por el consentimiento, si no se emplean medios violentos, fraudulentos, financieros o abusivos.

Es decir, el consentimiento de la víctima solamente sería irrelevante si hay — en términos genéricos — medios capaces de viciar la manifestación de voluntad de la persona capaz, de manera que — si no ocurre tal vicio — se rompe el nexo de causalidad entre la manifestación de voluntad de la víctima y el resultado de la trata.

Si la voluntad de la persona objeto de la trata es válida y exenta de vicios no hay motivo para que el Estado resguarde tal persona, pues será ella misma quien consentirá la exposición de sus bienes jurídicos, eliminando cualquier tipo de riesgo generado por la conducta del traficante. Del mismo modo sostiene Luiz Flávio GOMES, citado por Fausto Martins DE SANCTIS:

[...] para o reconhecimento de qualquer infração envolvendo a prostituição o fundamental é identificar não só a ‘exploração’, senão também a clara ofensa a outros bens jurídicos da vítima (liberdade individual, liberdade sexual etc.). Sempre que se tratar de vítima maior, que de modo algum tenha sido ludibriada ou iludida, isto é, sempre que a vítima tenha aderido livremente (não coagida) ao tráfico, conquistando ela mesma certa vantagem com esse ato, não consigo vislumbrar delito algum. Todos os bens jurídicos envolvidos nesse tráfico são disponíveis. O consentimento válido da vítima elimina a situação de risco proibido. Logo, pela teoria da imputação objetiva, não havendo risco proibido, não há imputação objetiva da conduta (isto, é, não há tipicidade, não há crime)<sup>7</sup>.

---

Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. Crimes contra a dignidade sexual. São Paulo: Editora Atlas, 2010. ISBN 978-85-224-5801-1, p. 118 y 119).

<sup>7</sup> [...] para el reconocimiento de cualquier infracción que involucra prostitución lo fundamental es identificar no solo la ‘explotación’, sino también la clara ofensa a otros bienes jurídicos de la víctima (libertad individual, libertad sexual, etc.). Siempre que se trata de víctima mayor de edad, que de ningún modo haya sido engañada o iludida, es decir, siempre que la víctima haya adherido libremente (no coaccionada) a la trata, conquistando ella misma cierta ventaja con este acto, no consigo vislumbrar delito alguno. Todos los bienes jurídicos abarcados por esta trata son disponibles. El consentimiento válido de la víctima elimina la situación de peligro prohibido. Luego, por la teoría de la imputación objetiva, si no hay

Igualmente enseña Renato de Mello Jorge SILVEIRA:

Por vezes, encontra-se um verdadeiro consentimento por parte da pessoa traficada, a qual procura novos mercados de trabalho. Isso não tem relação com ninguém, ao menos na construção verificada na legislação nacional. Ao se admitir a idéia da autonomia das relações interpessoais, a ninguém interessa condutas dadas no exercício de uma autonomia sexual, ainda que com uma intervenção de terceiros. Esta, por óbvio, não pode se dar de forma violenta, sob pena de configuração de agressão à autodeterminação sexual<sup>8</sup>.

Ante estas ponderaciones, es posible considerar la aplicación de la Teoría del Incremento del Riesgo, de Claus ROXIN, que consiste en observar el comportamiento del autor del hecho criminoso, bien como la conducta correcta de la víctima realizada en los límites del riesgo permitido, y verificar si hubo o no la posibilidad de producción de resultado lesivo al ofendido. En ese contexto, el análisis de la participación de la víctima en el proceso de imputación de la tipicidad es crucial, pues permite encuadrarla como cocausadora de concretar la conducta, lo que podrá influir positivamente en la responsabilidad penal del ofensor, generando, incluso, exclusión de tipicidad, ante la constatación de autopuesta de la víctima en peligro.

El instituto de la autopuesta en peligro versa sobre la exposición consciente de la víctima a un determinado evento peligroso, que genere riesgo de lesión. Este instituto se encuadra en las llamadas “acciones al propio riesgo”, en las cuales el titular pone sus bienes en peligro por medio de una acción creada o favorecida por tercero. Importa destacar que el consentimiento, en este caso, está relacionado con el riesgo de lesión y no con la lesión propiamente.

El impedimento a la aplicación del instituto de la autopuesta en peligro consiste en saber cuál es el límite de las acciones practicadas por la víctima, de modo que la conducta del tercero sea un riesgo jurídicamente permitido, a punto de excluir la tipicidad.

Esto porque — si la conducta del traficante no creó un peligro no permitido por la víctima, o si no produjo efectos concretos — no sería plausible que el Derecho Penal

---

peligro prohibido, no hay imputación objetiva de la conducta (es decir, si no hay tipicidad, no hay crimen). (SANCTIS, Fausto Martins de. Tráfico internacional de personas: tipo penal e o consentimento do ofendido In REALE JÚNIOR, Miguel; PASCHOAL, Janaína (Coord.). Mulher e direito penal. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 188).

<sup>8</sup>A veces, existe un verdadero consentimiento de parte de la persona traficada, que busca nuevos mercados de trabajo. Esto no tiene relación con nadie, al menos en la construcción que se verifica en la legislación nacional. Al admitir la idea de la autonomía de las relaciones interpersonales, a nadie le interesan las conductas dadas en el ejercicio una autonomía sexual, aunque con una intervención de terceros. Esta, obviamente, no puede darse de forma violenta, bajo pena de configuración de agresión a la autodeterminación sexual. (SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Crimes sexuais – bases críticas para a reforma do direito penal sexual. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2008, p. 377).

asumiese el encargo de tutelar un bien cuyo propio titular interesado no se preocupó en proteger.

Asimismo, a partir de los conceptos de consentimiento y autopuesta en peligro, Alessandra Greco distinguió tres conductas referentes a la situación de las víctimas de la trata de personas: (i) son incitados con falsas promesas, pero cuando la situación no deseada se revela, ya es irreversible en virtud de las circunstancias; (ii) saben cuál es la situación que les espera y la aceptan, pero, por medios de coacción, no pueden abandonarla en momento posterior; y (iii) saben lo que les espera y aceptan estas condiciones porque su condición de vida, aunque menos digna, es mejor que la condición en su región de origen<sup>9</sup>.

Hipotéticamente, en el caso de la primera conducta, se entiende que no sería posible la aplicación del instituto de la autopuesta en peligro, pues la voluntad fue viciada; en los demás casos la voluntad es libre, lo que admitiría la aplicación de los institutos de la autopuesta en riesgo y del consentimiento, ambos suficientes a la exclusión de la tipicidad. O sea, la doctrina sugiere que la solución estaría en la identificación de la situación de la víctima: si ésta es capaz y se encuentra en condiciones de asumir riesgos, o si de hecho se encuentra en un estado de vulnerabilidad, a punto de que su manifestación de voluntad se considere descartable.

Sin embargo, tal sugerencia doctrinaria solamente se podría aplicar si el bien jurídico tutelado en los crímenes de trata de personas es individual, sobre el cual la víctima pueda disponer libremente.

En España, el bien jurídico protegido por la norma penal referente a la trata de personas es la integridad moral de la víctima, como manifestación de la dignidad humana, y por tanto, un bien individual disponible, como explica la doctrina:

El delito de trata de seres humanos protege bienes jurídicos individuales, básicamente, “la dignidad y la libertad” del sujeto pasivo. Se trata de una modalidad específica de ataque contra la integridad moral de las personas, en tanto que la utilización del ser humano para la obtención de fines mercantilistas supone su anulación como persona, en contra de su voluntad o sin consentimiento válido. (...) Ciertamente, la integridad moral constituye una manifestación directa de la dignidad humana. El atentado contra la integridad moral intensifica el injusto producido por la agresión al bien jurídico, ya que como derecho fundamental y consecuencia directa de la dignidad humana, dicho bien jurídico resulta disponible por lo que el consentimiento del sujeto pasivo actuará como causa de exclusión de la tipicidad. En todo caso, el carácter degradante de una acción no se encuentra en si

---

<sup>9</sup> GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. Da autotolocação da vítima em risco e o tráfico de pessoas, en MARZAGÃO JÚNIOR, Laerte I. (coord.). Tráfico de personas. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2010. ISBN 85-7674-438-4, p. 30 y 31.

misma, sino en el hecho de que la misma sea impuesta al sujeto pasivo<sup>7</sup>. La integridad moral se configura como el derecho a ser tratado como persona y no como cosa, con interdicción de cualquier intento de que el “ser humano” sea considerado como puro y simple medio para la consecución de cualquier fin, lícito o ilícito. Toda persona, por tanto, tiene derecho a recibir tratamiento en conformidad con su condición de ser humano libre y digno de respeto; en suma a ser tratado como un ser humano, nunca como un simple objeto. El bien jurídico integridad moral se interpreta, también, como el derecho de la persona a no padecer sufrimientos físicos o psíquicos humillantes, vejatorios o envilecedores. Finalmente, el referido bien jurídico se concibe como el derecho a configurar de forma voluntaria pensamientos, ideas o sentimientos, sin que nadie pueda alterar dicha configuración, utilizando métodos o procedimientos contrarios a esa voluntad<sup>10</sup>.

El delito de trata de seres humanos se regula tras los delitos contra la integridad moral de las personas, aquellos que persiguen la instrumentalización de las personas, o la negación de su condición de tal, a través de un trato inhumano o degradante<sup>11</sup>.

A pesar de describir el tipo penal de trata de personas de forma semejante al derecho español, en el derecho brasileño — por fuerza de la nueva redacción que introdujo la Ley nº 12.015/09 — el bien jurídico tutelado en los crímenes en cuestión no es la integridad moral de la víctima, sino la dignidad sexual en sentido *lato*, y que por tanto, no está a la disposición de titulares individualizados, pero de toda la colectividad en conjunto.

Esto significa decir que, aunque que la víctima sea la ofendida inmediata, no podrá consentir sobre el resultado lesivo, ya que el bien jurídico no es suyo, pero de la colectividad. Es lo que expone Maria Elizabeth QUEIJO:

Mas nem todos os bens jurídicos podem ser objeto do consentimento. Quando se tratar de bens jurídicos cuja lesão dirige-se contra a comunidade, o consentimento restará excluído. Mesmo nos casos em que é uma pessoa individual a que resulta imediatamente ofendida pelo fato, não poderá ela consentir na lesão, porque o bem jurídico não está ao seu dispor. Essa é, exatamente, a hipótese do crime de tráfico de pessoas<sup>12</sup>.

Por tratarse de un bien jurídico colectivo, tal como sucede con el instituto del consentimiento, no se permite a la víctima poner en riesgo un bien jurídico que no le pertenece y que, por tanto, no está disponible. En ese sentido enfatiza ORCESI:

A autocolocação em risco só poderá ser relevante quando a disposição com relação ao risco só afete a vítima, ou seja, só afete os bens jurídicos individuais. Nos delitos contra bens

<sup>10</sup> NUÑEZ, Juan Antonio Martos. El delito de trata de seres humanos: análisis del artículo 177 bis del Código Penal. Estudios Penales y Criminológicos, v. XXXII, 2012, p. 100 y 101.

<sup>11</sup> CINTRA, Esther Pomares. El delito de trata de seres humanos com finalidade de explotación laboral. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2011, p. 6.

<sup>12</sup> Sin embargo, no todos los bienes jurídicos pueden ser objeto de consentimiento. Cuando se trata de bienes jurídicos cuya lesión esté dirigida contra la comunidad, el consentimiento restará excluído. Aun en los casos en que es una persona individual la que resulta inmediatamente ofendida por el hecho, ella no podrá consentir la lesión, porque el bien jurídico no está a su disposición. Esta es, exactamente, la hipótesis del crimen de trata de personas (QUEIJO, Maria Elizabeth; RASSI, João. Tráfico internacional de pessoas e o Tribunal Penal Internacional, en: MARZAGÃO JÚNIOR, Laerte I. (coord.). Tráfico de pessoas. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2010, p. 229).

jurídicos da coletividade não existe disposição do bem válida porque o indivíduo, como tal, não é o titular<sup>13</sup>.

Hay que destacar que los bienes jurídicos colectivos o vagos en el ámbito del Derecho Penal Sexual no son compatibles con el avance legislativo pretendido por una sociedad plural; el concepto amplio de dignidad no puede sobrepujar los deseos libres del individuo, aun cuando prostituido o en vías de prostituirse, o sea, en el campo sexual cada individuo tiene el derecho de ponerse en situación distinta de la posiblemente elegida por el consenso social, véase:

De la misma forma, aunque la acción consentida no provoque un bienestar en el titular del bien jurídico o no esté en el ámbito de lo generalmente aceptable, no hay que discutir el desvalor do resultado. Cuando se trata de un bien jurídico, lo que vale es la voluntad real de su titular y no el ‘bienestar real’ del titular del bien. Además, es exactamente el titular el que puede decir qué es bueno para su propio bienestar<sup>14</sup>.

Es decir, a pesar de que el legislador brasileño estipule un bien jurídico colectivo, cerceando la voluntad libre y consciente de personas mayores y capaces en detrimento de la dinámica social actual y de la evolución del Derecho Penal Sexual, no se debe admitir que un tipo penal concerniente a la manifestación de la libertad sexual, tal como la trata de personas, sea limitado ante la estipulación legal del bien jurídico, una vez que — si el individuo es mayor de edad y legalmente capaz — tiene derecho de autodeterminación de la manera le convenga, independiente de cualquier patrón moral.

### III. CONCLUSIÓN

Se concluye, por tanto, que tanto el ordenamiento jurídico brasileño como el español criminalizan varias conductas abarcadas en la práctica de crimen de trata de personas. Sin embargo, el factor impeditivo de la aplicación de institutos despenalizadores a estas conductas —como el consentimiento del ofendido y la autopuesta en peligro— se ubica en lo que la ley elige como bien jurídico protegido por la norma penal.

En el caso de España, la aplicación de estos institutos es plenamente posible, porque el bien jurídico protegido es la integridad moral de la persona humana, un bien

---

<sup>13</sup> La autopuesta en peligro solamente podrá ser relevante cuando la disposición con relación al riesgo afecte solamente a la víctima, es decir, solamente afecte los bienes jurídicos individuales. En los delitos contra bienes jurídicos de la colectividad no existe disposición válida del bien porque el individuo, como tal, no es el titular. (GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. Da autotocolocação da vítima em risco e o tráfico de pessoas, en MARZAGÃO JÚNIOR, Laerte I. (coord.). Tráfico de pessoas. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2010, p. 28).

<sup>14</sup> GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. Crimes contra a dignidade sexual. São Paulo: Editora Atlas, 2010, p. 93.

individual y disponible. En Brasil, a su vez, existe un obstáculo legislativo que adviene de la Ley nº 12.015/09, que definió como bien jurídico la dignidad sexual en sentido amplio, un bien colectivo e indisponible a la víctima, lo que hace imposible la aplicación de tales institutos.

\* \* \* \* \*



**Prof. Dra. M<sup>a</sup> José Trenzado Asensio**

Magistrada suplente de la Audiencia Provincial de Barcelona. Socia de la FICP.

**~La expansión de los supuestos de revisión del art. 954.4 LECr.,  
en relación con la agravante de reincidencia~**

**Resumen.**- Razones de justicia material están llevando a la Sala Segunda del Tribunal Supremo a estimar recursos de revisión interpuestos contra sentencias dictadas, con la conformidad del acusado, en el ámbito de las diligencias urgentes de juicio rápido, en delitos contra la seguridad vial, en concreto en las modalidades contempladas en los dos párrafos del art. 384 del CP, estos es, pérdida de la vigencia del permiso o licencia por pérdida total de puntos asignados legalmente (párrafo primero), o conducción realizada tras haber sido privado cautelar o definitivamente del permiso o licencia por decisión judicial, y conducir un vehículo a motor o ciclomotor sin haber obtenido nunca permiso o licencia de conducción (párrafo segundo), al resolver sobre la no concurrencia de una circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, agravante de reincidencia. La Sentencia que vertebra nuestro comentario (STS de 9 de abril de 2015) analiza dos cuestiones de forma, esto es, si cabe revisión contra sentencias dictadas con la conformidad del acusado, y si puede entenderse incluido dentro de la terminología “*el conocimiento de nuevos hechos o de nuevos elementos de prueba*” del art. 954.4 de la LECr., las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, en concreto la agravante de reincidencia, resolviéndolas, ambas cuestiones de forma, en sentido estimatorio. Y, analizado lo anterior, entra en el fondo, estimando la revisión, pero no con la consecuencia de la propia naturaleza del recurso de revisión, la declaración de nulidad de la sentencia revisada, sino que al tratarse de la no concurrencia de una circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, y la revisión, sólo afectar a esta, procede a declarar la nulidad parcial con la consiguiente consecuencia “*ágil*” de proceder en la misma sentencia a la reindividualización penológica, que hace la propia Sala en el mismo recurso de revisión, por aplicación analógica de las disposiciones del recurso de casación.

En el análisis de la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo recaída en recursos de revisión, nos ha llamado la atención las razones de justicia material que están llevando a la Sala Segunda a estimar recursos de revisión interpuestos contra sentencias dictadas, con la conformidad del acusado, en el ámbito de las diligencias urgentes de juicio rápido, en delitos contra la seguridad vial, en concreto en las modalidades contempladas en los dos párrafos del art. 384 del CP, estos es, pérdida de la vigencia del permiso o licencia por pérdida total de puntos asignados legalmente (párrafo primero), o conducción realizada tras haber sido privado cautelar o definitivamente del permiso o licencia por decisión judicial, y conducir un vehículo a motor o ciclomotor sin haber obtenido nunca permiso o licencia de conducción (párrafo segundo), al resolver sobre la no concurrencia de una circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, agravante de reincidencia.

Con carácter previo, y tal como recoge la STS de 19 de diciembre de 2014, es necesario recordar que “*el recurso de revisión es un recurso excepcional (v. SS. de 25 de mayo de 1984, 18 de octubre de 1985 y de 30 de mayo de 1987, entre otras), al tener por objeto la revocación de sentencias firmes y atender por ello al principio de cosa juzgada, e implica la inculpabilidad de aquellas personas que han sido condenadas con*

*notoria equivocación o error, de modo que su finalidad está encaminada a que prevalezca, sobre la sentencia firme, la auténtica verdad y, con ello, la justicia material sobre la formal (v. ss. de 30 de noviembre de 1981 y de 11 de junio de 1987, entre otras). Supone, en definitiva, una derogación para el caso concreto del principio preclusivo de la cosa juzgada y persigue fundamentalmente mantener, en la medida de lo posible, el necesario equilibrio entre las exigencias de la justicia y las de la seguridad jurídica (v. STC de 18 de diciembre de 1984). Por todo ello, solamente cabe acudir a este remedio procesal en los supuestos expresamente previstos en el art. 954 de la LECrim. (ATS de 21 de octubre de 2001).*

*Cuando se trata del supuesto previsto en el artículo 954.4º LECr. es preciso que las nuevas pruebas lo sean efectivamente, bien porque antes no existieran o porque fueran conocidas después, y que demuestren la inocencia del condenado o justifiquen la imposición de una pena menos grave o más beneficiosa para el reo.*

*No se trata por lo tanto de elementos probatorios que permitan nuevas argumentaciones en pro de la inocencia del entonces condenado, sino de nuevas pruebas que la evidencien desvirtuando totalmente las pruebas que en su día se tuvieron en cuenta para la condena”.*

Pues bien, en la sentencia que vamos a comentar, y que vertebra la exposición (STS 9 de abril de 2015), se matiza lo que acabamos de exponer, procediendo la Sala, con agudeza de razonamiento, a resolver sobre cuestiones no infrecuentes en la práctica forense, en la necesidad de llevar la justicia material a situaciones provocadas por la conjunción de la conformidad prestada en el ámbito de las diligencias urgentes del juicio rápido (B.O.E. nº 258, de 28 de octubre de 2002), traducido en la rebaja de un tercio de la pena, lo que provoca el aquietamiento del acusado (a pesar de conocer que no concurre la agravante pero sin poderlo probar), en el tipo del art. 384 del CP, en relación con el recurso de revisión de la LECr («BOE» núm. 260, de 17/09/1882).

En efecto, la Sala Segunda da respuesta a dos problemas de forma y el de fondo, con las consecuencias que ello produce.

Cómo cuestiones de forma se plantea si cabe revisión en sentencias de conformidad, y si en la terminología “*el conocimiento de nuevos hechos o de nuevos elementos de prueba*” del art. 954.4 de la LECr. se entienden incluidas las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

Resuelto lo anterior, entra en la cuestión de fondo dándole respuesta: concurre el motivo de revisión, lo que provoca, dada “*singularidad del supuesto*”, una declaración de nulidad parcial, haciéndose hincapié en que la apreciación del motivo de revisión no produce el efecto característico de la nulidad de la sentencia para, en su caso, iniciarse nueva causa. Lo anterior conduce a la consecuencia “*ágil*” de proceder en la misma sentencia a la reindividualización penológica en la misma resolución, que hace la propia Sala en el mismo recurso de revisión, por aplicación analógica de las disposiciones del recurso de casación, sin necesidad de demorarlo a un momento posterior.

Veámoslo pues. Estamos hablando de la sentencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de fecha 9 de abril de 2015, nº de recurso 20332/2014, nº de resolución 204/2015, en la que es Ponente el Excmo. Magistrado del Tribunal Supremo, D. Antonio del Moral García. En ella se resuelve, en sentido estimatorio, con declaración de nulidad parcial, un recurso de revisión interpuesto contra una sentencia dictada por un Juzgado de Instrucción, en el ámbito de juicio rápido, por la que se procedía a la condena por un delito contra la seguridad vial concurriendo la agravante de reincidencia.

Según se explica en la citada resolución, el entonces acusado de ese delito concurriéndole esa agravación, se encontraba en trámite procesal de diligencias urgentes-juicio rápido, lo que justifica que la sentencia fuera dictada por el propio Juez de Instrucción (la sentencia no lo dice, pero presuponemos, que en funciones de guardia), y según el mismo acusado manifiesta en su recurso, y así lo recoge la sentencia, este se aquietó a acusación del Ministerio Fiscal “*para no renunciar a los beneficios penológicos que se anudan a esa temprana conformidad en el art. 801 LECr*” (imposición de la pena solicitada reducida en un tercio). El acusado explica que en ese momento era consciente de que los antecedentes penales que le constaban, no sólo eran cancelables en la fecha de comisión del hecho sino que habían sido ya cancelados.

En trámite de revisión, “*el solicitante no proclama su inocencia, como exige expresamente el precepto, sino la cancelabilidad del antecedente penal que sustentaba la agravante de reincidencia y, por tanto, la improcedencia de su apreciación*”.

La sentencia que comentamos, ventila **dos cuestiones de forma**:

La primera viene referida a si cabe la revisión frente a una sentencia de

conformidad. En este sentido, existen precedentes (SSTS de 4 de diciembre de 1979 ó 1032/2013, de 30 de diciembre, por citar junto a una de las más recientes, otra de las más lejanas en el tiempo que suelen evocarse), tal y como recoge la STS de 19 de noviembre de 2014. Como consecuencia de lo anterior, la sentencia que comentamos procede, en el FJ 2º, a declarar que *“No es obstáculo para la revisión que estemos ante una sentencia dictada por conformidad”*.

Añade que *“La revisión no es propiamente un recurso. Es un procedimiento autónomo dirigido a rescindir una sentencia condenatoria firme”*. Por ello entiende que no resulta aplicable el art. 787.7 LECr. (Precepto que restringe la recurribilidad de las sentencias de conformidad, únicamente, a los casos en los que no se hayan respetado los requisitos o términos de la conformidad, sin que el acusado pueda impugnar por razones de fondo su conformidad libremente prestada).

En este sentido la sentencia comentada se hace eco del Auto del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 2014 (por todos) en el que se recoge que *“no es totalmente neutro o indiferente el carácter consensuado de la sentencia. Supone que el acusado aceptó los hechos y mostró su anuencia con la pena. El principio de no ir contra los propios actos (nemo potest contra proprium actum venire) podría alentar el rechazo absoluto de una vía de impugnación como la revisión frente a una sentencia que contaba con el asentimiento expreso del ahora demandante.*

*Pero* (indica el alto Tribunal que) *no puede situarse al imputado en la tesitura de: a) o acudir a juicio para demostrar que no era reincidente, pero verse sometido a una pena posiblemente superior por la pérdida de los beneficios derivados de la conformidad premial; o b) conformarse con la pena rebajada, aunque asumiendo una agravante que no procede (STS 803/2013, de 31 de octubre).*

*En casos como éste **es de justicia abrir las puertas de la revisión** pese a su carácter excepcional para permitir acreditar la improcedencia de esa agravante.”*

La segunda cuestión de forma viene referida a la cuestión de si es la revisión el cauce idóneo para anular una agravante manteniendo la declaración de culpabilidad del sujeto. Esta cuestión queda resuelta en el FJ 3º, evocando la doctrina de la Sala 2ª que saliendo al paso de la literalidad del art. 954.4 LECr (que permite recurrir en revisión cuando después de la sentencia sobrevenga el conocimiento de nuevos hechos o de nuevos elementos de prueba, de tal naturaleza que evidencien la inocencia del

condenado) “que ha ido ensanchando el ámbito de los motivos de revisión para dar cabida, entre otros supuestos, a casos en que los **nuevos elementos de prueba acreditan** no la inocencia, sino una **eximente o atenuante** de la responsabilidad penal; o incluso una **“no agravante”**.”

A esa fuerza expansiva del ámbito de las causales de revisión se refiere la STS 736/2012, de 2 de octubre. Se mencionan en ella precedentes de admisión de una revisión para atenuar la responsabilidad penal:

“Otro ejemplo de la evolución jurisprudencial en la expansión de los supuestos de admisión de la revisión, lo es, entre otras la STS nº 1594/2003 al proclamar que la revisión es admisible, no solamente en los casos en que el nuevo hecho o elemento de juicio sea determinante de la absolución, sino también cuando la injusticia a enmendar sea la indebida no estimación de una circunstancia modificativa de la responsabilidad. Y, desde luego la de una causa de exención.

Doctrina que reitera la del Auto de 20 de febrero de 2003 que decía: Aunque la jurisprudencia más clásica negó la posibilidad de reconducir al artículo 954.4º supuestos como el presente, esa doctrina fue rectificadada hace años y en la actualidad esa Sala admite que por la vía del artículo 954.4º se canalicen aquellos supuestos en que los nuevos hechos o nuevos elementos de prueba no vengan a demostrar la inocencia, pero si la concurrencia de una eximente o atenuante u otra causa de aminoración de la responsabilidad que no hubiese sido apreciada en la sentencia condenatoria (Auto de 12 de julio de 1994 o sentencias de 7 de abril de 1994 o 11 de marzo de 1994).

En relación concretamente a la **agravante de reincidencia** se pueden identificar dos precedentes, que son certeramente invocados en el extenso y documentado informe del Ministerio Fiscal.

A saber: “Se admite en ambos que la posibilidad de (rectius, rescindir) una sentencia para dejar sin efecto esa agravante: STS 407/2002, de 7 de marzo, aunque venía acompañada del voto de un Magistrado, discrepante) o STS 296/2004, de 10 de marzo.

Se lee en la **primera** de las resoluciones citadas “La circunstancia de agravación ha supuesto para el recurrente una agravación de la consecuencia jurídica correspondiente a su conducta, por lo que el exceso de penalidad, con relación al

*mismo delito sin la concurrencia de la circunstancia de agravación, supone el hecho que fundamenta la revisión.*

*Y en la segunda: “La primera cuestión, como ya se ha dicho, jurisprudencialmente no resulta, en la actualidad y al existir precedentes en el mismo sentido, problemática, pues la indebida aplicación de la reincidencia ha significado para el recurrente una agravación de la consecuencia jurídica correspondiente a su conducta, por lo que el exceso de penalidad, con relación a la que correspondería al mismo delito son la concurrencia de la circunstancia de agravación, supone el “hecho” en que válidamente fundamenta la Revisión.*

***Por lo que se refiere al fondo** del asunto, señala la Sentencia que “el antecedente penal era cancelable tal y como recoge el Fiscal en su dictamen y como se deriva del juego de fechas.*

*Las penas impuestas se habían convertido en leves aunque derivasen de un delito por efecto de la degradación admitida por el art. 801 LECr.*

*Y entre la fecha de extinción de las penas y la comisión de nuevo delito había transcurrido un tiempo superior al plazo que fija el art. 136 CP para la cancelabilidad de esos antecedentes.”*

*Pues bien, la Sala recoge que “La singularidad del supuesto de Revisión” que analiza “dificulta el sentido del desenlace”.*

*“En los supuestos plenamente ajustados al contenido previsto en el art. 954.4 LECr, la sentencia de Revisión, ha de consistir en la declaración sin más de la nulidad de la sentencia para, en su caso, iniciarse nueva causa, si procede.”*

*En este supuesto, por el contrario, la estimación del recurso extraordinario ha de ceñirse a una **nulidad parcial**, afectante tan solo a un específico apartado de la condena, manteniéndose el resto de pronunciamientos de la Sentencia revisada. La declaración de improcedencia de la agravación y la consiguiente modificación de la consecuencia jurídica constituyen el punto de llegada.*

*Está claro que la anulación corresponde a esta Sala Segunda: es contenido inexcusable de la estimación de una demanda de revisión. **La duda surge** a la hora de dilucidar si las consecuencias de esa nulidad parcial (en este caso **reindividualización penológica**) han de ser también proclamadas por éste órgano o por el de instancia.*

*El art. 959 de la ley Procesal dispone que la Sala, tras la tramitación del Recurso conforme a la normativa procesal de la casación por infracción de ley, dictará Sentencia que será irrevocable. Con esa base se puede entender que esta Sala está autorizada para resolver definitivamente la cuestión deducida sin reenviar la causa al órgano jurisdiccional que dictó la resolución a anular parcialmente. La aplicación analógica de las disposiciones del recurso de casación apuntan en igual dirección.*

*Consecuentemente procede dictar un Fallo que abarcará no solo la declaración de nulidad parcial de la sentencia revisada en cuanto a la circunstancia de reincidencia que ha de ser borrada. Eso ha de arrastrar también la sustitución de las penas. Es un debate poco útil plantearse si la formula ha de plasmar en una doble sentencia como invitaría a hacer la supletoriedad expresa del recurso de casación por infracción de ley; o basta con una única sentencia que declare la nulidad y seguidamente extraiga las oportunas consecuencias. Esta segunda, **más ágil**, es la que seguiremos como se hizo en los precedentes invocados.”*

La Sala Segunda termina asumiendo “**la labor de reindividualización penológica** redimensionando las penas impuestas, eludiendo así el trámite dilatorio de diferir al Juzgador la remodelación de esas duraciones tal y como marcan también los precedentes citados.

*A ese respecto consideran preciso recalcar que la supresión de la agravante no inevitablemente llevará al mínimo que reclama el solicitante. El art. 66 CP a la hora de individualizar las penas obliga a tener en cuenta las circunstancias personales del autor. Entre ellas está el dato no despreciable de que no es la primera vez que el solicitante cometía infracciones de esta naturaleza. La cancelabilidad impide apreciar la agravante; pero la constancia de ese antecedente es valorable por la vía del art. 66 CP, representa un elemento que aconseja no imponer estrictamente el mínimo: es proporcionado un ligero incremento en los términos que se reflejarán en la parte dispositiva y que tienen en cuenta la reducción en un tercio sobre las que se reputarían procedentes en abstracto.”*

Pues bien, concluyendo, entendemos que la labor que realiza la Sala Segunda de sanación de situaciones acreditativamente injustas, lo hemos ceñido al supuesto de no concurrencia de la agravante de reincidencia, siendo frecuentes los pronunciamientos del alto tribunal, por concurrencia de hechos nuevos o nuevos elementos de prueba, acreditativos de la inocencia (STS 19 noviembre de 2014, o STS 15 de marzo de 2015),

o incluso de la atipicidad (STS 17 de diciembre de 2014). Llamando poderosamente la atención que todas ellas comparten los elementos comunes de: sentencia, conformidad (aquietamiento, no convencido, por la rebaja de la pena en un tercio), diligencias urgentes juicio rápido, revisión por hechos nuevos o nuevos elementos de prueba. Una vez más la labor judicial imparte justicia material conjugando la legislación más moderna (2002) con la antigua (1882).

\* \* \* \* \*



## 4ª Sesión.

### La imputación subjetiva en la actualidad. Dolo: requisitos, límites y prueba. Error. Ignorancia deliberada. Imprudencia.

#### Victoria Gallego Martínez

Juez Sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Socia de la FICP.

#### ~Error de prohibición en el delito de quebrantamiento de condena o medida cautelar~

**Resumen.-** El presente artículo pretende analizar los supuestos de error de prohibición en el ámbito de la violencia de género y en concreto en el ámbito del delito de quebrantamiento de condena o medida cautelar examinando distintos pronunciamientos jurisprudenciales.

#### I. INTRODUCCIÓN

En la actualidad y en el marco de los delitos de violencia de género y de violencia doméstica especialmente son numerosas las resoluciones que bien de manera cautelar al presunto culpable, bien de forma definitiva en sentencia firme al ya condenado, imponen prohibiciones de aproximación o comunicación. Consecuencia de ello es el incremento de procedimientos existentes en los distintos juzgados por delitos de quebrantamiento de condena o medida cautelar. Ante dicha realidad merecen especial atención aquéllos supuestos, abundantes en la práctica, en los que se alega por parte del sujeto activo del delito con la finalidad de obtener una sentencia absolutoria, la creencia de estar obrando lícitamente.

Es el error de prohibición un tema recurrente en esta materia con consecuencias distintas en el caso de ser apreciada su concurrencia lo que obliga a conocer su tratamiento en este ámbito concreto profundizando en su contenido, características, circunstancias de aplicación y consecuencias jurídicas.

#### II. DELITO DE QUEBRANTAMIENTO DE CONDENA Y/O MEDIDA CAUTELAR

El delito de quebrantamiento de condena y /o medida cautelar aparece tipificado en el art. 468 CP

El bien jurídico del tipo penal es la efectividad y el acatamiento de las resoluciones judiciales y, cuando se imputa el incumplimiento de medidas de

prohibición de comunicación o de aproximación, al mismo tiempo se tutela los intereses de la parte que se ve beneficiada o protegida por la medida quebrantada.

Requiere la concurrencia de los siguientes elementos:

1) un elemento objetivo del tipo del injusto, que supone el incumplimiento de la pena o medida impuesta y que viene entendido como el acto material y real de aproximarse o comunicarse con la víctima en los casos en que existe una prohibición.

2) un elemento normativo, esto es, la decisión judicial firme previa adoptada por el Juez competente y,

3) un elemento subjetivo, constituido por la conciencia y voluntad de quebrantar, ya que el dolo del delito, no exige el propósito de eludir definitivamente el cumplimiento de la pena o medida, sino tan sólo la voluntad de no cumplir la condena en el modo en que debía serlo por mandato judicial.

El delito de quebrantamiento de condena y / o medida cautelar, es por tanto, un delito esencialmente intencional y exige que siendo conocida por el sujeto la pena o medida impuesta y la obligación de cumplirla, adopte no obstante una conducta o decisión a sabiendas de que con ello quebrantará la correspondiente orden judicial. No es preciso para que se de el elemento subjetivo del tipo un dolo específico sino que basta que el obligado conozca que tiene que cumplir una sanción o medida cautelar penal impuesta en resolución judicial y conozca que con su conducta vulnera la pena o medida impuesta, poniendo con ello en riesgo el bien jurídico protegido

Se trata por tanto de un tipo delictivo que solo admite su comisión dolosa siendo dicho elemento subjetivo del injusto uno de sus componentes esenciales y sobre el que ha de recaer prueba de cargo susceptible de enervar el principio de presunción de inocencia. La razón estriba en que la propia acción típica de quebrantar supone el necesario conocimiento de la existencia de una privación de derechos y la voluntad de vulnerar tal privación durante el período en que la misma se ha establecido. El dolo que articula el tipo subjetivo precisa conocimiento y voluntad de realizar el tipo del injusto y requiere de un componente anímico en el autor, orientado hacia la voluntaria vulneración de la prohibición que implica la medida o pena impuesta. Exige para su apreciación, la acreditación fehaciente de tal voluntad intencional de incumplir la medida impuesta esto es, exige la voluntad del sujeto de sustraerse definitivamente a la medida impuesta, frustrando de esta forma su efectividad.

La doctrina a partir del examen de la jurisprudencia menor viene señalando como requisitos los siguientes: a) la resolución judicial que acuerde el alejamiento, bien como medida cautelar, bien como pena; b) la firmeza de la resolución (en caso de pena); c) notificación fehaciente de ésta al obligado, con apercibimiento de que incurre en responsabilidad penal en el caso de incumplimiento de la obligación fijada y requerimiento de abstenerse de realizar la conducta prohibida; d) la conducta objetiva de quebrantamiento, esto es, la vulneración de la prohibición, acercándose a la víctima a la distancia no permitida por la resolución judicial (comunicándose con ella en caso de prohibición de comunicación) y e), debe tratarse de un quebrantamiento doloso entendiéndose por dolo el conocimiento de la prohibición judicial, de sus pormenores y de las consecuencias de su incumplimiento y a pesar de ello, la voluntad de incumplirla.

Por ello, para tener por realizado el delito de quebrantamiento, tanto de medida cautelar como de condena, será necesario que la indicada pena o medida cautelar existe y esté siendo objeto de ejecución o en definitiva, se encuentre vigente, así como que igualmente vigente concorra el conocimiento por parte del sujeto pasivo de que de la medida o de la pena impuesta se ha iniciado su ejecución, y que se halla sometido por tanto a las restricciones inherentes a la pena o medida en ejecución pues, si la pena o medida no está vigente o no se está ejecutando o si está ausente dicho conocimiento por parte del sujeto pasivo tampoco podrá residenciarse en su autor una intención o propósito de quebrantamiento en los términos exigidos para completar la realización típica.

Es precisamente en este ámbito en el que puede entrar en juego el error de prohibición

### **III. ERROR DE PROHIBICIÓN**

El error de prohibición, es la creencia errónea de estar obrando lícitamente y supone que el autor actúa con el convencimiento -erróneo- de que lo hace de forma lícita, sabe lo que hace pero cree erróneamente que está permitido.

Recae sobre el carácter ilícito del acto, sobre la conciencia de la antijuridicidad y precisamente por ello no afecta al dolo (como ocurre con el error de tipo). Se constituye, por tanto, como reverso de la conciencia de la antijuridicidad, como un elemento constitutivo de la culpabilidad, exigiendo por tanto que el autor de la infracción penal concreta ignore que su conducta es contraria a Derecho. No cabe extender el error de

prohibición a aquéllos supuestos en los que el autor cree que la sanción penal era de menor gravedad, ni tampoco a los supuestos de desconocimiento de la norma concreta infringida y únicamente excluirá o atenuará la responsabilidad cuando crea obrar conforme a derecho. Por otra parte, no debe confundirse el error de prohibición con la situación de duda, pues ésta no es incompatible con la esencia del error que es la creencia errónea, de manera que no habrá situación de error de prohibición cuando existe duda sobre la ilicitud del hecho y a pesar de ello se decide actuar de forma delictiva, existiendo en estos supuestos culpabilidad de la misma manera que el dolo eventual supone la acción dolosa respecto a la tipicidad subjetiva (STS 1141/97, de 14 de noviembre).

El error de prohibición ha sido explicado mediante la teoría clásica denominada del dolo o la teoría de la culpabilidad, propia del finalismo. Para la primera es preciso que el agente conozca el hecho y su significado antijurídico, mientras que para la segunda lo importante no es que el autor conozca o no conozca la prohibición, sino si podía o no conocerla, de forma que quien no puede conocer la prohibición de un hecho no puede actuar de otro modo.

Aparece regulado actualmente el error de prohibición en el artículo 14.3 del Código Penal, que distingue entre error vencible y error invencible. Literalmente el precepto dice así:

"El error invencible sobre la licitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuera vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados".

Contempla así el error de prohibición como un estado de persona que afecta directamente a su capacidad de reproche social y legal, por no tener conciencia de la ilicitud del hecho concernido en los términos del art. 14 CP. A la vista de la regulación contenida en el precepto debe tenerse en cuenta que el legislador ha sido consciente de la extrema dificultad de la prueba del conocimiento subjetivo de la antijuridicidad por parte del que la alega por lo que adopta la llamada teoría de la culpabilidad y, conforme con ella, desplaza la cuestión al ámbito objetivo de la evitabilidad del error, de suerte que la relevancia del error queda supeditada a su evitabilidad o inevitabilidad, campo más concreto porque en él todo Tribunal puede juzgar con arreglo a las máximas de experiencia y reglas de cultura existentes en la generalidad de la sociedad y de acuerdo a ellas, determinar si tal alegación del error debe decaer totalmente, o si éste fue vencible o invencible.

De dicha regulación se concluye necesariamente que el error de prohibición no excluye el dolo concebido como dolo simple o dolo natural que forma parte del injusto sino que elimina el conocimiento de la antijuridicidad por lo que solo puede afectar a la culpabilidad individual del sujeto excluyéndola, si es invencible o atenuándola si es vencible, al no actuar con conciencia de antijuridicidad y por tanto ignorar que su conducta está prohibida. Por tanto el error de prohibición es causa de exclusión de la culpabilidad, no del tipo y del injusto.

La doctrina discute la adscripción de la regulación del error en el Código Penal a la teoría del dolo o de la culpabilidad, desde su incorporación por la LO 8/1983, de 25 de junio. Para la doctrina mayoritaria, el error vencible, de tipo o de prohibición, determina la sanción de la conducta como culposa, aunque en el segundo caso establezca una regla especial de punición, que respetaría también la exigencia del art. 12 CP. En particular, como recuerda la STS de 19 de abril de 2013, el Tribunal Supremo tiene establecido que el error de prohibición "constituye uno de los avances del Derecho Penal contemporáneo de los diferentes países el reconocimiento de la conciencia de la antijuridicidad como elemento de la culpabilidad, necesario pues para que una determinada conducta pueda considerarse merecedora de reproche penal. Si falta tal conciencia de la antijuridicidad, bien directamente por la creencia de que el hecho no está legalmente castigado, error sobre la norma prohibitiva o imperativa (error directo de prohibición), bien indirectamente por estimarse que concurría una causa de justificación (error indirecto de prohibición o error de permisión), la doctrina penal entiende que no debe ser considerado el sujeto culpable del hecho, si el error es invencible, o que puede ser merecedor de una atenuación de la pena si se considera vencible (art. 14.3 Código Penal). El error de prohibición constituye el reverso de la conciencia de la antijuridicidad como elemento constitutivo de la culpabilidad cuando el autor de la infracción penal ignore que su conducta es contraria a Derecho".

En este punto, por tanto el art. 14 Código Penal como la doctrina mayoritaria siguen por tanto, la llamada "teoría de la culpabilidad" y así, el error de prohibición vencible, no da lugar a un delito imprudente o a la impunidad en el caso de que no se contemple como típica la comisión imprudente sino que únicamente se atenúa la pena del delito doloso porque está disminuida la culpabilidad.

Existen dos clases de error de prohibición: vencible o invencible.

Será invencible cuando el sujeto no podría haber salvado su error dadas las circunstancias del caso, resultando imposible haber podido evitar el desconocimiento de la ilicitud del hecho y, vencible, cuando podría haberse percatado del error si hubiera actuado con la diligencia de un hombre medio. Y en concreto el TS en Sentencia 6966/2010, de 1 de diciembre, refiere que "el error es vencible, y por tanto imputable, entre otros supuestos, cuando el autor con un esfuerzo de conciencia normal hubiera podido comprender la ilicitud de su conducta o cuando al menos hubiera podido dirigirse a una fuente fiable de información jurídica para entender el alcance de la prohibición".

La diferencia resulta relevante en cuanto se refiere a sus efectos, puesto que en el caso del error de prohibición invencible el sujeto quedará exento de responsabilidad y en el caso de error vencible, se le impondrá la pena inferior en uno o dos grados a la prevista en el tipo.

En cualquier caso para determinar el grado del "vencibilidad" del error será necesario atender a las circunstancias objetivas y a las subjetivas del agente, sus condiciones psicológicas y de cultura así como a las posibilidades de recibir instrucción o asesoramiento o de acudir a medios que permitan conocer la trascendencia jurídica de su obra así como la naturaleza del hecho delictivo y sus características (STS 20 de julio de 2000), a parámetros objetivos y subjetivos como la naturaleza formal o material de la infracción dentro de la cultura en que se desarrolle la actividad, el grado de culturización del agente, la urgencia del actuar, la accesibilidad a la información capaz de deshacer la falsa representación (STS 18 de abril de 2006).

Ya entrando en el terreno procesal, el presupuesto del error de prohibición deberá ser alegado y racionalmente expuesto. En cuanto se refiere a la prueba del error, dificultosa en cuanto pertenece al arcano íntimo de la conciencia, la STS 163/2005, de 10 de febrero establece que "con independencia de que el artículo 14 del Código Penal pueda ser adscrito a una u otra concepción del error de prohibición, lo cierto es que la Jurisprudencia participa de ambas concepciones cuando establece que no basta alegar la existencia del error sino que éste ha de quedar suficientemente acreditado", su realidad debe resultar con claridad de las circunstancias del caso (SSTS 1861/2011, de 29 de marzo). Y en el mismo sentido, ya la STS de 3 de enero de 1985 negaba la relevancia de la mera alegación del error, que debía ser objeto de prueba, como también debía serlo, en su caso, su carácter invencible (SSTS 28 de marzo de 1994, 30 de junio de 1994). Y,

la STS 691/2010, de 13 de julio insiste en que "el presupuesto del error de prohibición debe ser alegado y racionalmente expuesto, pues dadas las funciones que en un Estado democrático realiza la norma penal, valoradora, sancionadora y determinante de conductas, es razonable afirmar el conocimiento por los ciudadanos de la antijuridicidad de la norma sancionadora, pues forma parte de la cultura de España, país en que vive el acusado (cfr. STS de 4 de abril de 2010, nº 174/2010)."

Corresponderá a quien lo alega exponer las condiciones que hacen que en el sujeto concreto concurre el supuesto de exclusión de responsabilidad penal, o su atenuación, por la concurrencia del error, y su razonabilidad deberá ser extraída de condicionamientos particulares que concurren en el sujeto, y bien entendido, que como ha declarado el TS, resulta inverosímil, y por lo tanto inadmisibile la invocación de error de prohibición (STS 71/2004, de 2 de febrero), cuando se trata de "infracciones de carácter natural o elemental, cuya ilicitud es notoriamente evidente y de comprensión y constancia generalizada".

#### **IV. ERROR DE PROHIBICIÓN Y DELITO DE QUEBRANTAMIENTO DE CONDENA ART. 468.2 CP**

Expuesto lo anterior debe señalarse que en principio y en esta clase de delito, es posible la alegación y posterior estimación del error, tanto de tipo como de prohibición, vencible e invencible.

Los supuestos de error de tipo son posibles en este tipo de delito aunque la práctica nos indica que esporádicos (así se daría en aquéllos casos en los que el sujeto conoce perfectamente que le afecta una prohibición de aproximación a la víctima, la distancia a la que no puede aproximarse y conoce las consecuencias derivadas del incumplimiento, pero cree que en el caso concreto no concurren los elementos objetivos del tipo y por ejemplo, a pesar de aquél conocimiento se introduce en el radio de acción prohibida convencido de que realmente se encuentra a una distancia superior y que por tanto, está actuando conforme a Derecho, o cree que el domicilio de la víctima no es al que él se está acercando o que el lugar al que acude no es uno de los que frecuenta la víctima, por ejemplo). No obstante ello, en el presente caso nos centramos exclusivamente en la posibilidad del error de prohibición en esta clase de delito.

El error de prohibición en el delito de quebrantamiento podrá ser estimado en aquéllos casos en los que el sujeto activo alegue y lo que es más importante, pruebe, que

en el caso concreto actuaba en la creencia de obrar lícitamente bien porque cree que una vez producido el encuentro casual con la víctima puede permanecer en el lugar sin irse, o porque cree que el domicilio al que no puede aproximarse es únicamente aquél en el que la víctima se encuentra empadronada y no aquél en el que habitualmente reside, o bien cree que grabando su voz en el contestador de la víctima no comunica con ella, o especialmente, cuando el sujeto cree que el consentimiento de la víctima excluye la tipicidad.

Acreditado tal extremo resultará probado que no obraba guiado por una voluntad de suprimir la prohibición siendo posible excluir la responsabilidad o atenuarla por falta de culpabilidad.

Ahora bien, como se ha adelantado anteriormente, el error quedará excluido en aquéllos supuestos en los que el sujeto aunque no tenga seguridad respecto a su proceder antijurídico y por el contrario tenga conciencia de una alta probabilidad de antijuridicidad (SSTS 29 septiembre 1997 y 19 octubre de 2004), siendo suficiente la duda (SSTS 3 de diciembre de 2002 y 7 de marzo de 2007), puesto que la incertidumbre es incompatible con el concepto de creencia errónea, excluyendo igualmente el error los supuestos de ignorancia deliberada (SSTS 5 de febrero de 2007 y 8 de abril de 2008).

Y debe comenzar por indicarse que el Tribunal Supremo no ha recogido de forma expresa la posibilidad de estimar concurrente el error de prohibición en el delito de quebrantamiento de condena aunque ha abierto las puertas a su estimación. Señalar que efectivamente acreditada la sentencia o resolución judicial imponiendo la pena y/o medida cautelar de alejamiento respecto de una determinada persona y a una concreta distancia, acreditada la notificación de la misma con todas sus circunstancias al sujeto así como el requerimiento personal al propio condenado o afectado, y la liquidación de condena de prohibición de aproximación donde constará el día de inicio y el de finalización de la pena efectivamente, resultará sumamente difícil aunque no imposible estimar concurrente un alegado error de prohibición. Decimos que no resultará imposible por cuanto existen resoluciones judiciales en las que se aprecia el error de prohibición cuando a pesar de lo anterior, ha mediado el consentimiento de la víctima y/o el quebrantamiento se ha producido precisamente por la intervención activa de ésta. Dichas resoluciones sin embargo van decreciendo en número desde el Acuerdo de Pleno no Jurisdiccional del TS celebrado el 25 de noviembre de 2008.



Así la Sentencia del Tribunal Supremo 114/2008, de 8 de abril, aunque no lo estima probado en el caso, admite la existencia de un error de prohibición; la STS 61/2010, de 28 de enero, acepta, tras rechazar la hipótesis de la relevancia del consentimiento, la posibilidad de un error de tipo que excluyera el dolo y, la STS 126/2011, de 31 de enero, recuerda que "la subsistencia de la tipicidad de la conducta no excluye, como en cualquier otro caso, un hipotético error de prohibición".

El consentimiento de la víctima o la reanudación consentida de la convivencia resultó relevante para fundamentar sentencia absolutorias en este tipo de delitos especialmente al amparo de la STS 1156/2005, de 26 de septiembre que concluyó que en cuanto la pena o medida de prohibición de aproximación está directamente enderezada a proteger a la víctima de la violencia que pudiera provenir de su anterior conviviente, la decisión de la mujer de recibirle y reanudar la vida con él, acreditaría de forma fehaciente la innecesariedad de la protección, y por tanto, supondría de facto, el decaimiento de la medida de forma definitiva, por lo que el plazo de duración de la medida fijado por la autoridad judicial, quedaría condicionado a la voluntad de aquella. No obstante esta línea jurisprudencial la STS 10/2007 de 19 de enero, sigue una postura radicalmente opuesta señalando que el consentimiento de la ofendida no podría eliminar la antijuridicidad del hecho. Posteriormente, la STS 775/2006, de 28 de febrero distingue entre el quebrantamiento de pena y el de medida dejando abierta la posibilidad de excluir la comisión del delito cuando de medida de seguridad se trata negando eficacia del consentimiento de la víctima en los supuestos de quebrantamiento de la víctima. Finalmente, el Acuerdo de Pleno no Jurisdiccional celebrado el 25 de noviembre de 2008 acordó que "el consentimiento de la mujer no excluye la punibilidad a efectos del art. 468 CP". Dicho Acuerdo ha sido aplicado en posteriores resoluciones tanto por el TS como por las distintas Audiencias Provinciales no cierra el paso a la posibilidad de valorar ese comportamiento de la víctima como causa que puede llevar a aplicar la existencia de un error de prohibición, aunque la posibilidad es sumamente restrictiva. Así tras el citado Acuerdo se han producido tímidos intentos de flexibilización de los rigurosos efectos de su aplicación incondicionada, para poder tener en consideración las circunstancias del caso concreto y la fórmula de flexibilización de la respuesta penal a los supuestos frecuente de "quebrantamiento consentido" se ha desplazado, en determinadas resoluciones, a la teoría del error.

Y diversas resoluciones han aplicado el error de prohibición invencible a supuestos de quebrantamiento consentido, como la SAP Madrid, Sección 16, de 3 de julio de 2007 o, después del Acuerdo de Pleno de 2008 citado, la SAP León Sección 3ª de 24 de octubre de 2011, o la SAP Valladolid Sección 4ª de 13 de diciembre de 2010 y, la Sentencia de 27 de junio de 2006 de la Sección 5ª de la AP de Murcia, estimaba la concurrencia de un error vencible.

El propio TS en Sentencia 126/2011, de 31 de enero no niega la eventual posibilidad de su apreciación al recordar que "la subsistencia de la tipicidad de la conducta no excluye, como en cualquier otro caso, un hipotético error de prohibición", si bien lo negaba en el caso concreto.

En cambio, otras muchas resoluciones, como la SAP de Barcelona, Sección 27ª de 12 de diciembre de 2011, niegan toda eficacia a las alegaciones de error "al conocer perfectamente el acusado la prohibición (...) mediante la notificación del auto personalmente y de las consecuencias que su incumplimiento le podría acarrear; sin que pueda quedar al mero arbitrio de las partes el cumplimiento de las resoluciones judiciales", considerando que "forma parte de la experiencia comúnmente aceptada que el otorgamiento de esas medidas cautelares, así como las decisiones posteriores sobre su mantenimiento o derogación, que sólo incumben al órgano jurisdiccional que la haya otorgado". En el mismo sentido, la SAP Tarragona, Sección 4ª, de 7 de diciembre de 2011, llega a idéntica conclusión, destacando que la apreciación del error depende de "presupuestos estrictos que acrediten que el déficit de cognoscibilidad no pueda reprocharse a una conducta descuidada o despreciativa del derecho o del mandato por parte del destinatario", y que "el autor deviene obligado a un esfuerzo de conciencia, hasta el punto que debe emplear toda su potencia intelectual para conocer y, en su caso, despejar las dudas que le surjan mediante la reflexión y, si fuere necesario, dejándose aconsejar. Para determinar el grado y alcance de dicha potencialidad de reconocimiento habrá que estar, como criterio principal, al entorno personal del sujeto activo", criterio que, combinado con el del tipo de norma afectada permitirá distinguir cuando el conocimiento de la norma o del mandato concreto es algo evidente y cuando no lo es. Esta resolución invoca el concepto de un primer nivel "incuestionable", una reserva de conocimientos que correspondería a toda persona que forma parte de una sociedad y que "se asienta en consideraciones de experiencia individual y colectiva", de forma que el incumplimiento de los mandatos elementales que integran ese nivel "implica conciencia

de antijuridicidad aunque durante la ejecución de la conducta prohibida la persona no se repita o reflexione expresamente sobre el contenido ilícito de la acción u omisión", con la única excepción de que el sujeto sea inimputable. Con esos parámetros de valoración, se niega el error en un supuesto en que, impuesta la pena de alejamiento, existió un requerimiento personal sobre el contenido de aquélla, lo que "supone que participó de forma personal en el proceso, asistido de letrado, y conoció de primera mano, el alto grado de jurisdiccionalidad que lo envuelve. Para cualquier ciudadano medio y, particularmente, para aquéllos que se ven sometidos a un proceso penal resulta fácilmente aprehensible que las decisiones penales solo pueden adoptarse por el juez y en consecuencia solo éste puede modificarlas. El recurrente disponía de elementos e instrumentos de información suficientes sobre el alcance de las decisiones que le fueron notificadas. El estándar aplicable, por tanto, es el específico del tráfico o del contexto singular en el que se desenvolvía el recurrente. Y es evidente que una persona sometida a un proceso penal, asistida de letrado, al que por sentencia se le ordena de forma precisa que se abstenga de un determinado comportamiento no puede argüir desconocimiento de la continuada vigencia del mandato porque aun cuando su expareja le propusiera o le invitara a un reencuentro puntual. De contrario, el esfuerzo de conciencia, el potencial reconocimiento, del que disponía le obligaba antes de aventurarse a incumplir lo que se le ordenó a recabar consejo o información precisa y cualificada que le permitiera superar un putativo estado de duda o de incerteza". Y si el sujeto, como era el caso, disponía de todos los elementos cognoscitivos para "actualizar" el preciso contenido de su obligación y no lo hizo, se hace patente el "consciente desprecio por la norma, con independencia de la putativa actitud complaciente o colaboradora " de la persona protegida por la pena.

También llega a una conclusión negativa la STS 61/2010, por haberle sido notificada al sujeto la orden de alejamiento y por haber declarado que conocía su vigencia, "siendo notorio que las resoluciones judiciales sólo pueden ser modificadas, alteradas en su contenido o suprimidas por los Jueces y Tribunales que las han dictado, y no por las personas afectadas por las mismas" y que "forma parte de la experiencia comúnmente aceptada que el otorgamiento de esas medidas cautelares, así como las decisiones ulteriores sobre su mantenimiento o derogación, sólo incumben al órgano jurisdiccional que la haya dictado".

Algunos incluso refieren la posibilidad de error de prohibición en aquéllos supuestos en los que a pesar de la notificación formal de la resolución imponiendo la prohibición de aproximación o comunicación, no se ha practicado el oportuno requerimiento. La cuestión de determinar si la notificación formal de la resolución es suficiente para entender que el sujeto activo tiene perfecto conocimiento de la pena/ medida impuesta o debe complementarse necesariamente con un acto de requerimiento expreso de que debe cumplirse el alejamiento de la víctima o la prohibición de comunicación respecto de las personas designadas en la resolución judicial puesto que existe jurisprudencia de violencia de género que en aquéllos casos en los que no consta expresamente el requerimiento se afirma que la mera notificación de la resolución judicial no es suficiente y que de no haberse practicado dicho requerimiento la sentencia a dictar será necesariamente absolutoria cuando el sujeto activo alegue desconocimiento de la medida y/o de su vigencia

Igualmente se discute si cabría afirmarse concurrente el error de prohibición en aquéllos supuestos en los que a pesar de haberse establecido por resolución judicial como pena o como medida , un alejamiento o una prohibición de comunicación, y notificada dicha resolución al afectado y requerido de su cumplimiento, no constan en las actuaciones que se efectuaron los correspondientes apercibimientos de las consecuencias del incumplimiento.

En casos como el indicado, algunas Audiencias Provinciales niegan la posibilidad de estimar el error de prohibición por cuanto que el apercibimiento judicial de incurrir en caso de incumplimiento en un delito de quebrantamiento de condena no es preciso para la comisión del delito no siendo elemento esencial del tipo establecido en el art. 468.2 del Código Penal, al encontrarnos ante una infracción cuyo carácter ilícito es conocido normalmente, prima facie, para el hombre medio. En tales casos, constando la diligencia de requerimiento y notificación al acusado se entiende que el mismo es perfecto conocedor de la pena impuesta y del lugar y de las condiciones en que debe cumplirlas.

No obstante ello no puede obviarse que el delito de quebrantamiento de condena es un delito eminentemente intencional que, no sólo protege el bien jurídico de la Administración de justicia, sino que tiene también como objetivo la protección de la víctima.

Y dadas las graves consecuencias del incumplimiento de las medidas cautelares o de las penas de prohibición de aproximación y/o de comunicación con la víctima, siendo que estamos ante un delito esencialmente intencional, entendemos que su notificación, requerimiento de cumplimiento y apercibimiento de las consecuencias del quebrantamiento resultan necesarias y deben practicarse con la mayor escrupulosidad sin que pueda obviarse ese requisito bajo el pretexto de que las consecuencias de estas prohibiciones son conocidas por la sociedad en general o que se trata de expresiones manejadas con normalidad y comprendidas en toda su extensión por todos. Precisamente por ello debe requerirse el debido rigor con la documentación de las resoluciones que imponen las penas o medidas quebrantadas y de su comunicación al acusado, con los debidos apercibimientos y la necesaria precisión de las fechas de vigencia o ejecución. En esta línea la Sentencia de 31 de enero de 2011, de la Sección 3ª de la AP de Murcia, que refiere que "solo cabe incumplir, y de ahí extraerse las conclusiones inculpativas correspondientes, aquélla medida cautelar o pena impuesta judicialmente (...), que es comunicada formalmente a quien afecta y con las advertencias legales derivadas para su eventual incumplimiento por parte del requerido".

Y yendo más allá, se viene exigiendo la notificación fehaciente al afectado debiendo constar la misma en las actuaciones procesales para acreditar el conocimiento por parte del acusado de la pena o medida impuesta. De este modo, premisa necesaria, para que pueda formularse un juicio de antijuridicidad de la acción es, no solo que el interesado tenga conocimiento, mediante su notificación fehaciente, de la sentencia o resolución firme en cuya virtud se le impone una pena o medida, sino también, que exista constancia en las actuaciones de que dicho destinatario conoce el tiempo y el modo en que debe cumplir tales penas o medidas. Sólo a partir de la previa comprobación de que se cumplen tales exigencias legales el quebrantamiento es posible, pues solo así puede considerarse que el interesado ha podido representarse los elementos objetivos del tipo, de modo tal que, adquirido dicho conocimiento fehaciente, la consumación de la conducta típica se produciría cuando se realice la actividad prohibida por la resolución judicial

Por tanto, concluimos que el tipo de cumple cuando el sujeto es plenamente consciente y conocedor de la prohibición impuesta y de las consecuencias de su incumplimiento. Faltando uno de dichos elementos, no puede afirmarse que nos hallemos ante un delito de quebrantamiento de condena.

## V. CONCLUSIONES

- El error de prohibición regulado en el art. 14.3 Código Penal elimina el conocimiento de la antijuridicidad por lo que solo puede afectar a la culpabilidad del individuo excluyéndola, si es invencible o atenuándola si es vencible
- El delito de quebrantamiento de pena o medida cautelar previsto en el art. 468 CP exige como elemento subjetivo la conciencia y voluntad de quebrantar por lo que en los casos en que el sujeto no actúe con conciencia de antijuridicidad estaremos ante un error de prohibición.
- Dicho error no podrá ser estimado, como vencible ni como invencible, en aquellos supuestos en los que la pena o medida de alejamiento se haya notificado de forma personal y fehaciente al sujeto a quien se impone, requiriéndole de cumplimiento con el apercibimiento de las consecuencias del quebrantamiento, quedando constancia documental de ello en las actuaciones.
- Y finalmente si desde el Acuerdo de Pleno de 25 de noviembre de 2008 son esporádicas las resoluciones acogiendo el error de prohibición en supuestos del llamado "quebrantamiento consentido", lo cierto es que se cerrarán prácticamente las posibilidades de su estimación si en la notificación de la pena o medida se hace constancia expresa de la irrelevancia típica del consentimiento de la víctima.

## BIBLIOGRAFÍA

BAJO FERNÁNDEZ, M., Eficacia del error de Derecho

GROSSO DE LA HERRAN, M. , Actualización o unificación de criterios en materia de violencia de género, Encuentro de la Jurisdicción Penal, Córdoba 2012.

LESCH, Heiko H., Fundamentos dogmáticos para el tratamiento del error de prohibición, Revistas del Poder Judicial nº 45, Primer Trimestre, Consejo General del Poder Judicial 1997

LÓPEZ DEL MORAL ECHEVARRÍA, J.L., Quebrantamiento de pena y de medida cautelar de prohibición de aproximación y comunicación, problemas que plantea el consentimiento de la víctima. Distintos criterios de las Audiencias Provinciales y del Tribunal Supremo, Cuadernos Digitales de Formación, nº 49, Consejo General del Poder Judicial, 2008

LUZÓN PEÑA, D.M, Caso fortuito y creencia razonable: error objetivamente invencible y consentimiento presunto como causas de justificación o de exclusión de la tipicidad penal, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007.

MIR PUIG, S. La distinción de error de tipo y error de prohibición en derecho penal, Consejo General Poder Judicial, El error, El consentimiento, Madrid 1993

OLAIZOLA NOGALES, I., Error de prohibición, especial atención a los criterios para su apreciación y para la determinación de su vencibilidad e invencibilidad, La Ley, octubre 2007

\* \* \* \* \*

## 5ª Sesión.

### ¿Nueva forma de imputación de la responsabilidad penal: responsabilidad penal de las personas jurídicas?

#### Prof. Dr. Dino Carlos Caro Coria

Socio fundador de Caro & Asociados y del Centro de Estudios de Derecho Penal Económico y de la Empresa. Profesor de Derecho Penal. Pontificia Universidad Católica del Perú.  
Socio de la FICP.

#### ~Compliance y corrupción~

**Resumen.-** Hace ya varias décadas que la corrupción se viene percibiendo como una especie de estrategia comercial o mal necesario; habiéndose convertido los pagos a funcionarios públicos o políticos “por servicios prestados” en una situación común o aceptada; existiendo incluso desde las filas del análisis económico del derecho cuestionamientos en torno a si la corrupción es eficiente o no en el mercado<sup>1</sup>. En ese entendido, frente a los escándalos financieros relacionados con empresas multinacionales y ante el crecimiento exponencial de la corrupción en las relaciones comerciales, desde el mundo del derecho y de las políticas públicas, se viene observando un cambio de estrategia, adoptando modelos de la política criminal gestada en los Estados Unidos<sup>2</sup>. En la actualidad se exige a las empresas: i) adoptar medidas internas de prevención de la corrupción, ii) coadyuvar al Estado en el esclarecimiento de los casos de corrupción y iii) la prohibición de sobornar tanto a funcionarios públicos como a directivos o empleados de otras empresas. En cuanto a la corrupción internacional, hoy en día se busca sancionar a las empresas y a sus agentes, generándose paralelamente un menor interés por la sanción del funcionario público. En consecuencia, la corrupción está pasando a ser, de un asunto de funcionarios públicos o políticos ímprobos, a un asunto que incumbe, sobre todo a los privados.<sup>3</sup>

## I. ORÍGENES DEL COMPLIANCE Y LA PRIVATIZACIÓN DE LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN

1. La privatización de la lucha contra la corrupción, viene de la mano con la figura del *compliance*; noción que la realidad ha introducido en el discurso jurídico penal y empresarial en general. Y es que en estos tiempos, no organizarse bajo un modelo de *compliance* conlleva el peligro de que directivos, trabajadores y la empresa misma se vean expuestos de forma constante a todo tipo de responsabilidades, incluso vulnerables a los efectos negativos para la reputación empresarial. Una primera aproximación a dicho concepto pasaría por afirmar que la “Ciencia del *Compliance*”<sup>4</sup> se

<sup>1</sup> SOTO/ GHERSI/GHIBELLINI MARIO. El otro Sendero, Lima, Editorial El Barranco, 1986, pp. 198–199. Vid. MAROTO CALATAYUD, Corrupción y financiación de partidos. Un análisis político criminal. Tesis doctoral, Ciudad Real, 2012

<sup>2</sup> NIETO MARTIN, Adán. La corrupción en el comercio internacional (o cómo la americanización del derecho penal puede tener de vez en cuando algún efecto positivo). En: Revista Penal, Número 12, 2003, La Ley, p. 3.

<sup>3</sup> NIETO MARTIN, Adán, La privatización de la lucha anticorrupción. En: El derecho penal económico en la era del *compliance*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2013. pp. 191-192.

<sup>4</sup> COCA VILA, Ivó, ¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada?. En: Criminalidad de empresa y *compliance*, Barcelona, Atelier, 2013, p. 54.



ocupa i) en general: de la responsabilidad penal en el marco de la empresa, y ii) en concreto: de la determinación de las medidas que la dirección empresarial -en el marco de su deber de supervisión y prevención de riesgos general- debe adoptar para evitar la infracción de deberes jurídico-penales por parte de sus empleados y de la propia corporación, siendo la debida diligencia un principio fundamental que debe desplegarse sobre todos y cada uno de los componentes necesarios para prevenir y detectar comportamientos ilícitos de manera óptima: desde el diseño del programa de cumplimiento hasta la adopción de medidas correctivas posteriores a la infracción.<sup>5</sup> El alcance y la intensidad de la debida diligencia se determinará con base al nivel de riesgo específico al que se enfrenta cada empresa.

2. Expresiones como *Compliance Programs*, *Risk Management*, *Value Management* y *Corporate Governance*, *Business ethics*, *Integrity Codes*, *Codes of Conduct* y *Corporate Social Responsibility*, describen nuevos conceptos de dirección empresarial que definen, acentuando de manera diferente, determinados objetivos y procedimientos de *management*<sup>6</sup>. La tendencia se orienta cada vez más a que las empresas asuman privadamente, con sus propios recursos humanos y financieros, una función preventiva, basada en códigos de conducta, programas de cumplimiento, en el asesoramiento y en la vigilancia de la legalidad de sus administradores y empleados<sup>7</sup>. No obstante, el *compliance* no debe limitarse a la organización interna de la empresa, sino que cada organización en particular deberá emprender un examen exhaustivo de selección y evaluación permanente de terceros: proveedores, contratistas, representantes, consultores, abogados, contadores, entre otros; considerando su historial, cualificación, socios, reputación, relación con funcionarios extranjeros, entre otros criterios<sup>8</sup>.

3. Ahora bien, el germen del *compliance* y la lucha contra la corrupción se remonta a EE.UU. en la década de los setentas; siendo el escándalo político *Watergate*, que ocurrió en 1972 durante el mandato de Richard Nixon, y la constatación de que la

---

<sup>5</sup> CARRIÓN, ZENTENO, Andy. Criminal compliance. De la ley de EE.UU de prácticas corruptas en el extranjero, el riesgo de las empresas de acción internacional y la trascendencia de los programas de cumplimiento, Lima, Thomson Reuters, 2014, p. 108.

<sup>6</sup> ULRICH SIEBER, Programas de *compliance* en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica, En: El derecho penal económico en la era *compliance*. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2013, p. 65.

<sup>7</sup> BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. «*Compliance*» y derecho penal. Prevención de la responsabilidad penal de directivos y de empresas, Buenos Aires, Hammurabi, 2012, p. 138.

<sup>8</sup> CARRIÓN, ZENTENO, Andy. Criminal compliance. pp. 81-83.

mayoría de las grandes empresas norteamericanas pagaban sobornos de considerables sumas de dólares, el detonante del proceso de cambio<sup>9</sup>. En este contexto nace la *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) promulgada por el Congreso de Estados Unidos y refrendada por el presidente Jimmy Carter el 19 de diciembre de 1977, constituyéndose en el primer cuerpo legislativo que implicaba una incursión global contra la corrupción y que contiene los rasgos más importantes de la política actual en esta materia, siendo una norma con clara vocación de aplicarse extraterritorialmente.

La FCPA parte de que los efectos perjudiciales de la corrupción no radican solo en el daño que generan a la administración pública, sino que altera la competencia y daña a los inversores y afecta los intereses de los accionistas.<sup>10</sup> En ese entendido, y restándose importancia al delito de corrupción cometido por el funcionario público, la FCPA trajo consigo una nueva política que afianzaba la importancia de los programas de cumplimiento como instrumento preventivo, exigiendo al sector privado que tome partido y se responsabilice, también, de la lucha contra la corrupción.

A partir de la FCPA se busca corresponsabilizar a las empresas en la lucha contra la corrupción en base a la idea de que las empresas deben implicarse activamente en la prevención y detección de aquellos hechos delictivos cuyo riesgo de aparición se incrementa como consecuencia de la actividad que realiza la empresa. Precisamente, en los países que prevén la responsabilidad de las personas jurídicas, se viene extendiendo como fundamento de la responsabilidad el no haber adoptado medidas de prevención y detección, con el fin de impedir la comisión de delitos al interior de la organización. En consecuencia, la responsabilidad penal de las personas jurídicas se muestra como un ejemplo de privatización de funciones públicas: La idea que se esconde tras la responsabilidad penal es que la imposición de una pena sirve para motivar a los dirigentes de la persona jurídica a poner en marcha un sistema “policial” interno que impida la comisión de delitos como la corrupción, y que en caso de que se hayan cometido, los descubra.<sup>11</sup>

Asimismo, la FCPA introduce la extraterritorialidad del derecho penal nacional en un contexto en el que los delitos de corrupción se concebían exclusivamente en

---

<sup>9</sup> NIETO MARTIN, Adán, La privatización de la lucha anticorrupción. pp. 194.

<sup>10</sup> Loc. cit. p. 195.

<sup>11</sup> Vid. GÓMEZ JARA, La incidencia de la autorregulación en el debate legislativo y doctrinal actual sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en ARROYO JIMÉNEZ/NIETO MARTÍN, Autorregulación y Sanciones, Valladolid, Lex Nova, 2008; NIETO MARTÍN. La responsabilidad penal de personas jurídicas. Madrid, Iustel, 2008.

términos de perjuicio a la administración pública de un Estado, y se consideraba que la competencia de cada Estado se limitaba a la protección de la probidad y los principios básicos de su propia administración<sup>12</sup>. La FCPA cambia de paradigma y busca sancionar precisamente la corrupción de funcionarios de otros Estados y organizaciones internacionales realizadas por empresas norteamericanas o realizadas en el territorio, o simplemente “a través”, de los Estados Unidos.

4. Siguiendo los orígenes del *compliance* y la privatización de la lucha contra la corrupción, se tiene que una década después, a raíz del develamiento de los escándalos de *insider trading* en la bolsa norteamericana, el Congreso estadounidense comprobó la inexistencia de incentivos eficaces para la instauración de programas preventivos en las empresas, situación que trató de revertir con el *Insider Trading and Securities Fraud Enforcement Act* de 1988.<sup>13</sup> Sin embargo, no es sino a raíz del destape de casos de soborno y estafa en la industria de armamento que se da un impulso decisivo a la consolidación del *compliance*. En efecto, las empresas de defensa más grandes firmaron la *Defense Industry Initiative on Business Ethics and Conduct* a instancias del Departamento de Defensa norteamericano, comprometiéndose a adoptar y a poner en práctica un conjunto de principios y valores éticos que rijan sus negocios.<sup>14</sup>

5. Ahora bien, la *Federal Sentencing Guidelines* es la primera y más completa directriz normativa en superar el déficit regulatorio de los programas preventivos que se materializó en el año 1991, elaborada por la *United States Sentencing Commission* a petición expresa del Congreso norteamericano. La versión primigenia de esta directriz consideró como un programa de cumplimiento efectivo a aquel que haya sido razonablemente diseñado, implementado y aplicado de tal manera que sea capaz de prevenir y detectar oportunamente una violación jurídica. Frente a las críticas de que un programa de cumplimiento pueda ser calificado como una mero *cosmetic compliance*, las directrices fueron sometidas a revisión por un *ad hoc advisory group*, cuyas conclusiones se plasmaron en la reforma del 2004, demandando explícitamente, además de la disposición de un programa de cumplimiento, la orientación ética en la dirección empresarial a través del establecimiento de una cultura organizacional *to compliance with the law*. Otro de los aportes fundamentales se concentró en la clarificación de las competencias y responsabilidades de los directivos, a quienes se vinculó de forma

---

<sup>12</sup> NIETO MARTIN, Adán, La privatización de la lucha anticorrupción. p. 196.

<sup>13</sup> CARRIÓN, ZENTENO, Andy. Criminal compliance. p. 81-83.

<sup>14</sup> Loc. cit. p. 81-83.

amplia y directa en el seguimiento del programa preventivo. Siguiendo su política de reformas, en el año 2010 la *United States Sentencing Commission* sometió a otra significativa revisión las directrices del programa de cumplimiento de la FSG, abarcando temas como el comportamiento empresarial una vez descubierto el delito, el involucramiento de los directivos en el ilícito y la implementación de un sistema preventivo como sanción<sup>15</sup>.

6. Como reacción directa a los escándalos financieros que incluyeron a empresas como Enron y WorldCom, el 30 de julio de 2002 George Bush promulgó la *Sarbanes-Oxley Act* (SOA)<sup>16</sup>. Esta ley, pensada para otorgar mayor protección a los inversores, se constituyó en uno de los más ambiciosos cuerpos normativos de lucha contra la criminalidad económica. Además de penalizar nuevos comportamientos e incrementar las sanciones de algunos de los delitos ya existentes, la SOA fortaleció y amplió los principios del gobierno corporativo de las empresas endureciendo y creando obligaciones vinculadas al *financial reporting, corporate compliance, internal control* y *enterprise risk management*<sup>17</sup>.

7. La *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act* (Dodd-Frank Act) es una norma federal de los Estados Unidos de América que fue promulgada definitivamente el 21 de julio de 2010 y pone en práctica la reforma de la regulación financiera patrocinada por el gobierno del presidente Barack Obama. Introducida como una respuesta presuntamente drástica a la grave recesión económica y a las crisis financieras de los últimos años, la Dodd-Frank Act incorpora los cambios más significativos en la regulación financiera de los Estados Unidos desde la reforma que siguió a la Gran Depresión del año 1929. Ello representa un cambio significativo en el contexto económico, empresarial y regulatorio estadounidense, cosa que afecta a todos los organismos federales de regulación financiera y a casi todos los aspectos de la industria de los servicios financieros del país.<sup>18</sup>

La Dodd-Frank Act tiene como principal objetivo promover la estabilidad económica y financiera de los Estados Unidos de América mediante la mejora de los mecanismos de rendición de cuentas y la garantía de una mayor transparencia en el

---

<sup>15</sup> Loc. cit. p. 84.

<sup>16</sup> Loc. cit. p. 90.

<sup>17</sup> Loc. cit. p. 90.

<sup>18</sup> GONZALES DE LEÓN BERININI, ARTURO. En: *Criminalidad de empresa y compliance*. Barcelona, Atelier, 2013, p.131.

funcionamiento de las entidades del sistema financiero; todo ello para proteger al contribuyente americano y a los consumidores de prácticas abusivas de los servicios financieros, así como para poner fin a las llamadas entidades *too big to fail* y a los rescates financieros<sup>19</sup>. Implementa toda una serie de cambios que afectan principalmente a la nueva regulación sobre las labores gubernamentales de vigilancia y supervisión de las instituciones que operan con recursos financieros. Además, crea una nueva agencia responsable de garantizar la aplicación íntegra y el cumplimiento efectivo de las leyes de protección de los consumidores de servicios financieros, así como también establece la introducción de requisitos reglamentarios más estrictos de garantía de capital para las entidades bancarias.

Por otra parte, acomete la reforma de la regulación de las *Credit Rating Agencies* e introduce importantes y sustanciales cambios en el ámbito del gobierno corporativo y en las prácticas de compensación económica a los altos ejecutivos de entidades financieras<sup>20</sup>. También es interesante resaltar que la Dodd-Frank Act incrementa los estándares impuestos a los profesionales del sector, promoviendo que los trabajadores del sistema financiero informen convenientemente a las agencias gubernamentales de las posibles infracciones de la normativa. Así pues, se confiere a los *whistleblowers* un papel central en la articulación del sistema de cumplimiento efectivo de la normativa económica y financiera con el objetivo previsto de fortalecer así la protección general de los inversores mediante una mayor disuasión a las entidades financieras para evitar que lleven a cabo infracciones a la legislación vigente<sup>21</sup>.

8. Finalmente, las directrices internas y de procedimientos de la actividad persecutora del Departamento de Justicia de Estados Unidos, recogidas en el *United States Attorney's Manual* señala los criterios fiscales para evaluar la efectividad del programa de cumplimiento. Como punto de partida se señala que la mera instauración y funcionamiento adecuado de un programa preventivo interno no es suficiente para excluir de responsabilidad a los directores, empleados o agentes de la empresa. Asimismo, se admite explícitamente que ningún programa de cumplimiento, por más efectivo que sea, se encuentra en la capacidad de evitar cualquier comportamiento delictivo de los empleados. Contrariamente a las directivas analizadas precedentemente, el *United States Attorney's Manual* no enumera los requisitos necesarios de constitución

---

<sup>19</sup> Loc. cit. p.132.

<sup>20</sup> Loc. cit. p.133.

<sup>21</sup> CARRIÓN, ZENTENO, Andy. Criminal compliance. p. 91.

del sistema preventivo, sino que los agrupa en criterios generales formulados a modo de preguntas: “*Is the corporation's compliance program well designed? Is the program being applied earnestly and in good faith? Does the corporation's compliance program work?*”. Para dar respuesta a estas interrogantes los fiscales valorarán una serie de factores como la amplitud del programa preventivo; la extensión y la permisividad empresarial en la comisión del delito; el número y nivel de empleados comprometidos; la gravedad, frecuencia y duración de la infracción; y todas las acciones de remedio adoptadas por la empresa, como la instauración de investigaciones internas, las sanciones impuestas, la adaptación del programa de cumplimiento a las nuevas exigencias, entre otras<sup>22</sup>.

## II. DEBIDA DILIGENCIA Y COMPROMISO TO COMPLIANCE WITH LAW

9. El programa de cumplimiento es el componente más importante del sistema de control interno. De acuerdo a la *Federal Sentencing* para que un programa de cumplimiento posea tal cualidad, la organización debe basarse en dos principios fundamentales: i) el ejercicio de la debida diligencia para prevenir y detectar conductas ilícitas; y, ii) la promoción de una cultura organizacional que fomente una conducta ética y un compromiso *to compliance with the law*. Es decir, el sistema de cumplimiento deberá concebirse de tal manera que determine y promueva una cultura de comportamiento ético, el mismo que debe estar en la capacidad de prevenir, detectar y corregir infracciones legales.<sup>23</sup>

10. En relación al responsable del cumplimiento o *compliance officer*, se tiene que su perfil se desprende del entendimiento del concepto mismo de *compliance* de la empresa. Así pues, pese a no existir los parámetros delimitados de sus funciones, se puede decir -en líneas generales- que su actividad consiste en procurar que los miembros de la empresa observen y sigan las reglas jurídicas; lo que incluye el conglomerado de deberes para el control de peligros que se generan en los procesos empresariales y la sujeción a todos los preceptos y medidas encaminadas a asegurar el respeto de tales deberes.

11. Se pueden identificar tres grandes etapas en la implementación de los programas de cumplimiento. En primer lugar se tiene **EL DISEÑO DEL**

---

<sup>22</sup> CARRIÓN, ZENTENO, Andy. Criminal compliance. p. 93.

<sup>23</sup> Loc. cit. pp. 16-17.

**PROGRAMA** que debe ser aprobado por la dirección de la empresa y debe satisfacer los estándares de calidad referidos a la identificación, control, información y evitación de los riesgos de la empresa. Un factor determinante para el diseño, implementación y desarrollo del programa de cumplimiento es la identificación y valoración de los riesgos potenciales de infracción jurídica que supone la actividad empresarial. La efectividad del programa dependerá precisamente del adecuado emprendimiento de dicha tarea, la misma que deberá abordarse de forma permanente y en atención al grado de probabilidad de configuración de ciertas conductas corruptas. Más allá de esta particularidad, otros factores a considerar en la identificación de los riesgos son: el sector del negocio, los socios de la empresa, el nivel de involucramiento con un determinado gobierno, agentes o terceros, antecedentes delictivos de la organización, donaciones gubernamentales, financiación de viajes y entretenimiento de funcionarios extranjeros, pagos de facilitación, lobby, entre otros.

En cuanto a los destinatarios del código de conducta, el alcance internacional de los negocios y las complejas formas de manifestación de la corrupción obligan a que estos no sean únicamente los trabajadores directos de la empresa, sino que se extienda, en la medida de lo posible, a los así llamados *agents and business partners*, esto es, a los apoderados, asesores, representantes, intermediarios, socios de la *joint venture*, entre otros agentes similares. De lo que se trata es de vincular el carácter preventivo del código con la realidad criminógena<sup>24</sup>.

En el ámbito procedimental, el código de ética debe señalar las medidas de debida diligencia a adoptar frente a circunstancias de alerta (*compliance red flags*) o de especial relevancia riesgosa, como por ejemplo, la negativa a suscribir declaraciones o garantías del cumplimiento de normas anticorrupción; comisiones o desembolsos inusualmente elevados; pagos fuera del país en el que el representante o tercero reside o se prestan los servicios; desembolsos en efectivo; evasión de controles de cambio o de impuestos; nombres de directores, representantes o intermediarios no revelados; pagos no abarcados por las normas del país que se trate; depósitos en paraísos fiscales; incorporación a la empresa o mantenimiento de una relación laboral o de negocios con familiares de funcionarios, por mencionar algunos ejemplos<sup>25</sup>.

---

<sup>24</sup> CARRIÓN, ZENTENO, Andy. Criminal compliance. p. 103

<sup>25</sup> CARRIÓN, ZENTENO, Andy. Criminal compliance. p. 104.

Solo cuando se formulan los procedimientos y las conductas prohibidas de manera clara y, por tanto, accesible a los trabajadores, se pueden tener expectativas de su correcta aplicación y adecuado seguimiento. Por esta razón se recomienda un código de ética de lenguaje sencillo, orientado a la práctica diaria antes que a formulaciones abstractas únicamente comprensibles a ojos de expertos<sup>26</sup>.

12. En segundo lugar se tiene **LA COMUNICACIÓN, APLICACIÓN Y CAPACITACIÓN SOBRE EL PROGRAMA** para lograr su efectiva materialización y fines preventivos en todo los niveles de la empresa. En efecto, sin el conocimiento y la adecuada interiorización por parte de los miembros de la empresa de las conductas prohibidas consignadas en el código de conducta no se pueden albergar expectativas de su fidelidad. Para lograr tal fin se exige de la organización empresarial la adopción de medidas razonables para comunicar efectiva y periódicamente sus directrices de cumplimiento normativo, ya sea ofreciéndose programas de capacitación o, de lo contrario, difundiendo la información pertinente sobre las funciones y responsabilidades individuales. De lo que se trata es de hacer accesible las líneas de comportamiento tomando en cuenta las competencias particulares que se adscribe a cada empleado, por un lado, y ofreciendo herramientas prácticas para la identificación de las conductas prohibidas, por otro<sup>27</sup>.

13. En tercer lugar se tiene **EL CONTROL Y SEGUIMIENTO DE LAS NORMAS DERIVADAS DEL PROGRAMA**, esto es la identificación de las posibles infracciones y el envío de información a la dirección de la empresa con el fin de prevenirlas<sup>28</sup>. Para todo ello, resulta de vital importancia que en la empresa se haya realizado un análisis de los riesgos jurídicos, y que exista una declaración de la alta administración de actuar en el futuro contra determinadas irregularidades. Es importante, de igual manera la comunicación de conocimientos jurídicos en la empresa mediante circulares o memorándums, así como la documentación de las medidas adoptadas y de las irregularidades jurídicas descubiertas.

14. Ahora bien, la adopción de un código de conducta sin la participación de los responsables de la empresa en su aplicación y seguimiento, ha demostrado ser insuficiente para el establecimiento de una cultura ética. *La Federal Sentencing*

---

<sup>26</sup> Loc. cit. p. 103

<sup>27</sup> Loc. cit. p. 107

<sup>28</sup> ROBLES PLANAS, Ricardo, El responsable de cumplimiento («*compliance officer*») ante el derecho penal. En: Criminalidad de empresa y *compliance*. Barcelona, Atelier, 2013, pp. 320 y ss.



*Guidelines* se hizo cargo de esa deficiencia imponiendo al consejo directivo los deberes, por un lado, de conocer el contenido y la ejecución del programa de ética y cumplimiento; y, por otro, de vigilar razonablemente su implementación y eficacia. Las mismas obligaciones son trasladadas a los ejecutivos encargados del manejo y administración del ente colectivo. Así, en caso de configurarse un comportamiento corrupto de algún empleado, el directivo no se hará responsable por dicho acto en tanto haya satisfecho sus obligaciones de *compliance*, es decir, haya cumplido con procurarse el conocimiento suficiente sobre el funcionamiento del sistema preventivo, además de vigilar su adecuada instauración y efectividad<sup>29</sup>.

Sentado que también los deberes de control y vigilancia propios de la dirección de la empresa son susceptibles de delegación, es precisamente en este marco donde entra en escena la figura del responsable de cumplimiento. Entre otras cosas, asume la vigilancia sobre el correcto cumplimiento del Derecho en las diversas capas de la empresa y la transmisión de las informaciones relevantes al respecto a los órganos de dirección. Ciertamente, el responsable de cumplimiento no tiene facultades ejecutivas ni asume, con carácter general, la obligación de impedir delitos en los ámbitos sometidos a su competencia. Su asunción es más limitada: debe obtener un conocimiento respecto del cumplimiento del Derecho en la empresa y, en caso de detectar que algo va mal, debe transmitirlo para que lo corrija el competente.

Por consiguiente, el responsable de cumplimiento no asume la completa posición de garantía de control o vigilancia por delegación del órgano competente, ni tampoco se genera una nueva posición de garantía con el mismo contenido, sino que lo asumido es sólo una parte: el deber de investigar y transmitir información al órgano superior. Por consiguiente, es erróneo entender que al responsabilizar al responsable de cumplimiento se está institucionalizando una “cabeza de turco” en la empresa.<sup>30</sup>

15. Finalmente, la *Federal Sentencing Guidelines* dispone el otorgamiento de incentivos y la imposición de sanciones al interior de la empresa como medidas orientadas a promover y aplicar de manera consistente el programa de cumplimiento en toda la organización. La forma de implementación del dispositivo y la determinación del tipo de incentivos y sanciones está delegada a cada una de las empresas. Se estará lejos de cumplir con ese objetivo si dado el caso no se adopta ninguna medida

---

<sup>29</sup> CARRIÓN, ZENTENO, Andy. Criminal compliance. p. 104

<sup>30</sup> ROBLES PLANAS, Ricardo, El responsable de cumplimiento. pp. 320 y ss.

sancionatoria contra la persona transgresora de las políticas empresariales anticorrupción, pues de esta manera se pondrá en duda la credibilidad del programa de cumplimiento, por una parte, y se daría a entender la implícita tolerancia de la corrupción, por otra<sup>31</sup>.

16. Ahora bien, el solo hecho de tener un sistema de *compliance* no implica evidentemente una solución automática. Existen tres grandes problemas en la implementación del sistema de *compliance* en las empresas. El primero de ellos es el que puede denominarse **el problema de la cosmética**<sup>32</sup>. Los fiscales o autoridades administrativas señalan que la existencia de un programa de cumplimiento en el seno de una organización, no indica necesariamente una voluntad de implantar una cultura de respeto a la legalidad e implementar los controles que para ello sean necesarios. Los programas de cumplimiento podrían tratarse de una simple fachada fabricada por el *compliance bussines*, que los administradores adoptan como si fuera una suerte de seguro antimultas. De producirse un delito, la defensa de la empresa lo mostraría ante los fiscales o autoridades administrativas con el fin de convencerles de que ha hecho todo cuanto estaba en su mano, y que por tanto la empresa y sus funcionarios carecen de responsabilidad o esta debe ser atenuada. Así, el primer gran problema de los programas de cumplimiento es, por tanto, que carecen de credibilidad.

Esta deficiencia fue advertida en casos concretos, en el año 2001, por ejemplo, se hizo público el estado de insolvencia de Enron: La empresa contaba con un programa de cumplimiento según los siete puntos requeridos por la FSG para la prevención y detección de infracciones. Su código de conducta las agrupaba bajo la fórmula “*Respect, Integrity, Communication and Excellence*” (R.I.C.E), enfatizando su seguimiento empresarial en todos los niveles. Precisamente, el fracaso de este y otros sistemas preventivos, aunado a la suma de críticas vertidas contra la viabilidad de la FSG, afianzaron la idea que la simple adopción de un programa de cumplimiento no determina el comportamiento de acuerdo a “derecho” de la empresa y sus empleados, en tanto no se instale una verdadera “cultura” organizativa de seguimiento normativo<sup>33</sup>.

17. En segundo lugar, se tiene **el problema de la determinación penal o certeza**, que viene de la mano con el lamento de las empresas por la falta de seguridad

---

<sup>31</sup> CARRIÓN, ZENTENO, Andy. Criminal compliance. p. 107

<sup>32</sup> NIETO MARTIN, Adán, *Regulatory capitalism* y cumplimiento normativo. En: El Derecho penal en la era *compliance*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2013, p. 22.

<sup>33</sup> CARRIÓN, ZENTENO, Andy. Criminal compliance. p. 86

jurídica. Y es que la realidad nos muestra que el legislador exige ejercer el debido control, sin dar pista a las empresas acerca de cuál debe ser el contenido preciso de los programas de cumplimiento ni cuál será el concreto nivel de exigencia judicial.

18. El tercer problema radica en que el sistema de *compliance* en la empresa supone, al menos en parte, **la privatización de una función pública** tan importante como es la del control de la criminalidad. El día a día nos muestra que se exige a las empresas que investiguen las infracciones que han tenido lugar en su interior, e incluso se las exhorta a aportar los resultados de esta investigación a una investigación oficial, más aún en el proceso penal. De esta manera, se obliga a las empresas a financiar los costes que supone para el Estado la criminalidad de empresa. Ahora bien, lo preocupante no es solo que la investigación interna se venga convirtiendo en una especie de privatización de la fase de investigación, sino que existe el peligro de que la investigación interna eluda las garantías procesales mínimas<sup>34</sup>. No menos cuestionado, puede ser el comportamiento empresarial frente al ilícito, pues la información brindada a las autoridades persecutoras generalmente compromete solo a ejecutivos del más bajo nivel y no a quienes se ubican en las más altas esferas decisionales de la empresa. De esta manera, los programas de cumplimiento no necesariamente se instauran con la finalidad de prevenir y detectar el delito, sino muchas veces con la intención de salvaguardar de responsabilidad a los altos ejecutivos.

Por estas razones, conviene que las empresas establezcan responsablemente un departamento de cumplimiento que cuente con procedimientos realmente estructurados para prevenir riesgos y responsabilidades de todos y cada uno de los miembros de la corporación. Debe contar también con una política de sanciones disciplinarias, fijando con claridad los derechos y obligaciones de los empleados en las investigaciones internas y los elementos esenciales del proceso de investigación. Y es que si se va a llevar a cabo una investigación interna, al menos deben aplicarse garantías similares o

---

<sup>34</sup> Como señala CASTILLO CÓRDOVA, “La garantía del debido proceso también ha sido extendida al ámbito particular a fin de determinar la procedencia de las demandas constitucionales contra decisiones producidas dentro de un procedimiento irregular” (Comentarios al Código Procesal Constitucional. Lima, Ara Editores, 2004, p. 167). La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha establecido de modo vinculante que el debido proceso rige incluso en el ámbito de las instituciones de derecho privado y en todo tipo de procedimiento que pueda traer consigo consecuencias para los derechos personales: “el respeto de las garantías del debido proceso, no puede soslayarse, de modo que también son de aplicación en cualquier clase de proceso o procedimiento disciplinario privado, como el desarrollado por el Club demandado; que si bien, en consecuencia, no se privó al demandante de todo derecho de defensa, tampoco se le brindaron las garantías constitucionales del caso. (...)”, STC de 12.12.96, Exp. 0067-1993-AA/TC, caso del Club de Regatas Lima, repetida en la STC de 17.12.04, Exp. 3312-2004-AA/TC y otras posteriores.

comunes al núcleo del derecho sancionador. Determinar previamente estas cuestiones otorga legitimidad al sistema de *compliance*, tanto a las investigaciones como a las sanciones disciplinarias que del mismo emanen.

### III. PROPUESTAS DE RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS Y MODELOS DE PREVENCIÓN EN PERÚ

19. Aterrizando a lo que ocurre en la realidad peruana, se tiene que actualmente somos testigos de la creación de proyectos de ley que promueven modificaciones relacionadas al sistema interno de prevención y responsabilidad de la persona jurídica, que se dan en un afán por no perder paso frente a la dinámica internacional en la materia; proyectos que muchas veces solo implican la copia de instrumentos jurídicos internacionales sin la adecuación del texto a las exigencias constitucionales o a las instituciones jurídicas internas. El riesgo que se corre es que estos proyectos pasen a ser derecho interno tras un escaso o nulo debate, denotando la falta de una estrategia a largo plazo.

20. La propuesta recogida en el Proyecto de Ley N° 1627/2012-PJ de fecha 22 de octubre de 2012 presentado por el Juez Supremo César San Martín Castro, tiene sustento en la reforma penal española, Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio de 2010, que reconoce la responsabilidad de la persona jurídica. En ese sentido se promueve la reforma del artículo 105 del Código penal<sup>35</sup>, instaurando la responsabilidad de la persona jurídica: i) por los delitos cometidos en su nombre o por cuenta de la misma, y en su provecho, por sus representantes legales y sus administradores de hecho o de derecho; así como ii) por los delitos cometidos en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a autoridad de sus gestores y órganos han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas situaciones del caso. De este modo, el artículo 105 propuesto incorpora el texto de los dos primeros párrafos del artículo 31 bis

---

<sup>35</sup> Artículo 105°.- Responsabilidad penal de la persona jurídica.

“Las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en su nombre o por cuenta de las mismas y en su provecho, por sus representantes legales y sus administradores de hecho o de derecho.

Las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de sus gestores y órganos, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas situaciones del caso. (...)”

de la Ley Orgánica 5/2010<sup>36</sup> sin incluir por tanto, la circunstancia atenuante de la responsabilidad de las personas jurídicas por haber establecido con posterioridad a la comisión del delito y antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica recogida, en el literal d del numeral 5 del artículo en referencia. De este modo, en el proyecto en mención no se establece ningún tipo de previsión sobre los programas de prevención del delito a través del *compliance* como elemento para excluir responsabilidad o atenuante de la pena.

21. El Proyecto de Ley N° 2225/2012-CG: “Ley que modifica los artículos 27, 104 y 105 del Código penal” presentado por el Congresista José Antonio Urquiza Maggia, elimina la figura del “actuar en nombre de otro” recogida en el artículo 27° del

---

<sup>36</sup> Artículo 31 bis.-

«1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho.

En los mismos supuestos, las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso.

2. La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el apartado anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella. Cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de multa, los jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos.

3. La concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, o el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia, no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin perjuicio de lo que se dispone en el apartado siguiente.

4. Sólo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes actividades:

a) Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades.

b) Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos.

c) Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito.

d) Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica.

5. Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones Públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades Públicas Empresariales, a los partidos políticos y sindicatos, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía, administrativas o cuando se trate de Sociedades mercantiles Estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general.

En estos supuestos, los órganos jurisdiccionales podrán efectuar declaración de responsabilidad penal en el caso de que aprecien que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal.»

Código penal y se centra en proponer una fórmula legal de responsabilidad penal de la persona jurídica:

“Artículo 27.- Las personas jurídicas, a excepción del Estado, serán penalmente responsables conforme a las reglas de este capítulo, de los delitos cometidos por su cuenta, por sus órganos, representantes o por cualquier integrante o persona por delegación de éstos.

No están excluidas de dicha responsabilidad aquellas personas jurídicas, que, con relación al Estado, intervienen en calidad de delegación, tercerización, asociación, u otra forma similar.

La responsabilidad penal de las personas jurídicas no excluye la de las personas físicas de los mismos hechos”.

En cuanto a las sanciones aplicables a las personas jurídicas, mantiene las medidas recogidas en el artículo 105º del Código penal vigente. Al igual que el proyecto anterior, no introduce alguna previsión sobre los sistemas de *compliance* para excluir responsabilidad o como atenuación de pena.

22. El Dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos propone un texto sustitutorio mediante el cual se propone la Ley del Nuevo Código Penal, que, siguiendo en gran medida el texto de la Ley 20.393 de Chile publicada el 2 de diciembre de 2009, incluye artículos sobre la responsabilidad de las personas jurídicas y modelos de prevención aplicable a las mismas.

Precisamente, la Ley N.º 20.393 chilena, adoptando el modelo de regulación propuesto por el Profesor Nieto Martín y siguiendo la regulación italiana (aunque designándola directamente como responsabilidad penal y no como responsabilidad legal o administrativa, según se prevé en la legislación italiana y se preveía en el proyecto original), introdujo una regulación específica de la responsabilidad penal de las personas jurídicas derivada de la comisión de determinados delitos, como el lavado de activos, financiamiento del terrorismo y corrupción de funcionarios públicos<sup>37</sup>, siempre que la comisión del delito fuere consecuencia del incumplimiento de los deberes de dirección y supervisión de la persona jurídica. Estos deberes generales de dirección y supervisión se especifican en la ley, y se entiende que se han cumplido cuando, con anterioridad a la comisión del delito, la persona jurídica hubiere adoptado e implementado modelos de organización, administración y supervisión para prevenir la comisión de delitos como el cometido.

La ley chilena indica que las personas jurídicas podrán adoptar o no programas de prevención, y establece los lineamientos para el caso que los adopten, recogiendo los

---

<sup>37</sup> MATUS ACUÑA, Jean Pierre. La certificación de los programas de cumplimiento. En: El Derecho penal en la era del *compliance*. Valladolid, Tirant Lo Blanch, 2013, p. 145.

principales elementos de la FCPA: la designación de un encargado de prevención con facultades y recursos independientes de la gerencia de la empresa encargado de establecer un sistema de prevención de delitos, que tome en cuenta los riesgos de su comisión en las actividades de la empresa, establezca protocolos y reglas de actuación que permitan minimizarlos, y un sistema de sanciones internas que haga posible su *enforcement* dentro de la misma. No obstante, no se exige el establecimiento de códigos de ética ni la promoción de la ética empresarial, como parte del modelo de prevención.

Si una empresa ha adoptado un modelo de prevención, la ley considera también la posibilidad de que decida someterlo a un proceso de "certificación" de la adopción e implementación de su programa de cumplimiento. De obtenerse tales certificados, éstos deberán indicar que el modelo de prevención o programa de cumplimiento "contempla todos los requisitos" establecidos por la ley, en relación "a la situación, tamaño, giro, nivel de ingresos y complejidad de la persona jurídica". Dichas certificaciones podrán ser expedidas por las empresas de auditoría externa, clasificadoras de riesgo u otras entidades registradas ante la Superintendencia de Valores y Seguros - el equivalente funcional en Chile de la SEC norteamericana- delegando en dicha entidad la regulación específica de este proceso.

23. Pues bien, el texto de la propuesta peruana contiene un régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas aplicable a toda clase de organizaciones por el delito de cohecho activo internacional, por los actos de: i) sus administradores de hecho de derecho, representantes legales, contractuales y órganos colegiados, siempre que actúen en el ejercicio de sus funciones propias de su cargo; ii) las personas naturales que prestan cualquier tipo de servicio a la entidad, y que, estando sometidas a la autoridad y control de los gestores y órganos mencionados, actúan por orden o autorización de estos últimos; iii) las personas naturales que prestan cualquier tipo de servicio a la entidad, cuando no se ejerza el debido control y vigilancia en atención a la situación concreta del caso.

Siguiendo la legislación comparada, de países como Italia, Austria, Estados Unidos o la Bribery Act en el Reino Unido<sup>38</sup>, que prevén la posibilidad de no sancionar o imponer una sanción atenuada si la empresa ha establecido un sistema de

---

<sup>38</sup> La Bribery Act ha creado un delito autónomo para la persona jurídica denominado "*failure of commercial organisation to prevent bribery*". infracción que castiga a las empresas que no previenen la corrupción de manera adecuada y que se aplica extraterritorialmente.

cumplimiento adecuado; en la propuesta legislativa se incorpora: i) un supuesto de exclusión de responsabilidad de la persona jurídica cuando con anterioridad a la comisión del delito, la persona jurídica voluntariamente hubiere adoptado e implementado en su organización modelos de prevención con anterioridad a la comisión del delito, en atención a su naturaleza, riesgos, necesidades y características, ii) de atenuación de la responsabilidad de la persona jurídica cuando se hubiere adoptado e implementado por parte de la persona jurídica, después de la comisión del delito, un modelo de prevención o iii) de circunstancia atenuante privilegiada si se acreditasen parcialmente los elementos previstos en el modelo de prevención, pudiéndose reducir la medida hasta un tercio por debajo del mínimo legal establecido.

El modelo de prevención aplicable a las personas jurídicas es facultativo, pero se especifica en el proyecto de ley, entregándose lineamientos mínimos para el caso que los adopten. Si bien estos lineamientos mínimos recogen el modelo chileno, y en consecuencia, algunos elementos de la FCPA, no reflejan el estado de la cuestión en el derecho comparado, al haberse trasladado en el proyecto de manera bastante disminuida y cuya adopción no implica el establecimiento de una cultura organizacional *to compliance with the law*, haciendo viable que las empresas adopten el modelo como una fachada para beneficiarse con la exclusión de responsabilidad o atenuación de la sanción, o para salvaguardar de responsabilidad a los altos ejecutivos.

Se señala que el modelo de prevención debe contener como mínimo los siguientes elementos:

- a) Una persona u órgano designado por el máximo órgano de administración de la entidad, que ejerza la función de auditor interno de prevención y que cuente con el personal, medios y facultades necesarias para cumplirla adecuadamente. Esta función deberá ejercerse con la debida autonomía respecto del órgano de administración, sus propietarios, accionistas o socios.
- b) Como medidas preventivas debe establecerse: i) La identificación de las actividades o procesos de la entidad que generen o incrementen riesgos de comisión de los delitos, ii) El establecimiento de procesos específicos que permitan a las personas que intervengan en estos, programar y ejecutar sus tareas o labores de una manera que prevenga la comisión de los delitos, iii) La identificación de los procesos de administración y auditoría de los recursos financieros que permitan a la entidad prevenir su utilización en la



comisión de conductas delictivas, iv) La existencia de sistemas de denuncia, protección del denunciante, persecución e imposición de sanciones internas en contra de los trabajadores o directivos que incumplan el modelo de prevención. Al igual que en Estados Unidos o Chile, se prevé la posibilidad de que el modelo de prevención pueda ser certificado por tercero dentro del marco de los sistemas nacionales de acreditación y certificación del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) con la finalidad de acreditar el cumplimiento de todos los elementos establecidos en el modelo de prevención.

24. Pues bien, es evidente que el vertiginoso desarrollo de la economía, la tecnología y los cambios políticos constituyen un reto permanente de adaptación de las normas de control a las nuevas realidades, pero es de esperarse que éstas ocurran en el contexto de una estrategia coherente de prevención. Sin embargo, se vienen dando propuestas que, lejos de corresponderse con una estrategia coherente de prevención, parecen obedecer más a una reacción improvisada frente a los avances de la legislación comparada.

Nuevamente, un sistema de *compliance* adecuadamente implementado es la mejor garantía para que la empresa no se vea involucrada en situaciones de riesgo penal. Cada miembro de la empresa deberá interiorizar que el cumplimiento del Derecho vigente no debe obedecer a la casualidad, al compromiso individual o a los intereses parciales de un departamento, sino a una arquitectura de *compliance* vinculada globalmente con las actividades empresariales tanto internas como externas. Pero ello implica la instauración de una cultura de cumplimiento, que en países como el nuestro se enfrenta a altos niveles de informalidad y corrupción privada y pública que, desde ya, conspiran contra la eficacia de ese sistema general de prevención del riesgo penal corporativo a través del *compliance*.

\* \* \* \* \*

## Francisco Javier Bretones Alcaraz

Abogado del Ilustre. Colegio de Abogados de Almería. Socio FICP.

### ~Bien jurídico protegido en el delito agravado de tráfico de drogas en el seno de la organización delictiva del art. 369 bis del CP~

**Resumen.**- En este trabajo vamos a exponer las distintas posiciones doctrinales existentes en relación al bien jurídico protegido en el tipo básico del art. 368 del CP al que se remite el art. 369 bis, haciendo especial mención a la salud pública como posición mayoritaria en la doctrina. Asimismo, se expondrán las líneas doctrinales existentes en relación al concepto salud pública como bien jurídico protegido. Finalmente, se expondrá si existen efectivamente otros intereses que son objeto de protección en el subtipo agravado del art. 369 bis CP y cuál es la postura mayoritaria en relación a esta cuestión y sobre el fundamento de la agravante, haciendo mención a la Jurisprudencia del nuestro Tribunal Supremo. Y finalmente expondré mi posición personal en las conclusiones.

#### I. INTRODUCCIÓN

El delito del art. 369 bis del CP, constituye un subtipo agravado del delito de tráfico de drogas del art. 368.1 CP, estando comprendido dentro del Título XVII del libro II del CP donde se recogen los delitos contra la seguridad colectiva y comprendido en el capítulo III relativo a los “delitos contra la salud pública” (arts. 359 a 378). A su vez, pertenece a los llamados, por la doctrina y la jurisprudencia, delitos de tráfico de drogas.

La doctrina afirma en relación a los subtipos agravados contenidos tanto en los artículos 369 y 370 del CP, así como en el art. 369 bis CP, que la agravación se fundamenta, en un plus de antijuridicidad, consistente en unas ocasiones en un mayor grado de peligro para el bien jurídico salud pública, y en otras en que junto a ese bien jurídico de la salud pública se protegen otros bienes jurídicos (delitos pluriofensivos).<sup>1</sup>

En este trabajo, analizaremos cual es el bien jurídico protegido del tipo básico (art. 368 del CP), al que se remite el subtipo agravado objeto de nuestro estudio, y posteriormente analizaremos el fundamento del mismo, es decir, si concurren otros intereses que el legislador quiera proteger con el delito de tráfico de drogas cometido por persona que pertenece a una organización delictiva, o si por el contrario concurre únicamente un mayor grado de peligro para el bien jurídico protegido de la salud pública y en que se basa el mismo.

De entrada, DIEZ RIPOLLÉS pone de manifiesto como la determinación de cual es o cual debiera ser el bien jurídico protegido en los delitos de tráfico de drogas es “algo

<sup>1</sup> Vid. GALLEGO SOLER, J. I.: Los delitos de tráfico de drogas II. Un estudio analítico de los arts. 369, 370, 372, 374, 375, 377 y 378 del CP. y tratamientos jurisprudenciales, Barcelona, edit. Bosch, 1999, p. 11.

menos pacífico de lo que se cree”.<sup>2</sup> Vamos a exponer las posturas doctrinales y jurisprudenciales en torno al bien jurídico-penal tutelado en los delitos de tráfico de drogas.

## II. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO DEL ART. 368 CP: POSICIONES DOCTRINALES

### 1. Salud pública

La mayoría de la doctrina ha entendido tradicionalmente,<sup>3</sup> y entiende, que el bien jurídico protegido en los delitos de tráfico de drogas es la salud pública.

REY HUIDOBRO explica como los autores que mantienen esta postura refieren como argumento la colocación sistemática de los delitos de tráfico de drogas en el CP de 1973, entre los delitos contra la salud pública, lo cual se puede mantener igualmente en relación al actual CP de 1995<sup>4</sup>. Asimismo, los convenios internacionales ratificados por España también hacen referencia a la salud.<sup>5</sup>

El texto constitucional (art. 43, 1 y 2)<sup>6</sup>, dice MOLINA MANSILLA, nos remite a la expresión “salud pública”, que puede ser interpretado con arreglo a tres acepciones:

Como acción gubernamental, que integra un conjunto de medidas preventivas, como prestación de un servicio público de carácter asistencial y como reconocimiento de un derecho de la protección de la salud de todos los ciudadanos, situándose el Estado

---

<sup>2</sup> Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.: La política sobre drogas en España, a la luz de las tendencias internacionales. Evolución reciente. ADPCP, T. XXXVIII, 1987, p. 378.

<sup>3</sup> En este sentido, GARGÍA-PABLOS, A.: Bases para una política criminal de la droga, en *La problemática de la droga en España (Análisis y propuestas político-criminales)*, Editoriales de Derecho reunidas, S.A., Madrid, 1986, pp. 371 y ss.; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C.: El tratamiento penal del tráfico de drogas: las nuevas cuestiones, en: *La problemática de la droga en España (Análisis y propuestas político-criminales)*, Editoriales de Derecho reunidas, S.A., Madrid, 1986, p. 132; RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.: *Derecho penal español. Parte Especial*, 9ª ed., Madrid, 1983, p. 1000; QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Tratado de la Parte Especial del Derecho penal*, tomo IV, Ed. Revista de Derecho privado, Madrid, 1967, p. 360; CARBONELL MATEU, J. C.: *Consideraciones técnico-jurídicas en torno al delito de tráfico de drogas*, en VV: AA., *La problemática de las drogas en España (Análisis y propuestas político-criminales)*, Madrid, 1986, p. 338.

<sup>4</sup> REY HUIDOBRO, L. F.: *El delito de tráfico de estupefacientes. Su inserción en el ordenamiento penal español*. Bosch, 1987, p. 127.

<sup>5</sup> Preámbulos tanto de la Convención Única de 1961 sobre estupefacientes como del Convenio sobre sustancias psicotrópicas de Viena, 21 de febrero de 1971 comienzan diciendo “*Las partes, preocupadas por la salud física y moral de la humanidad...*” Asimismo, el Preámbulo de la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 1988 dice «*...la demanda y el tráfico ilícitos de estupefacientes y sustancias... grave amenaza para la salud y el bienestar de los seres humanos* “

<sup>6</sup> El art. 43, 1 y 2 de la Constitución dice: “1.- *Se reconoce el derecho a la protección de la salud. 2.- Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto.*”

en posición de garante, siendo la “salud comunitaria” la verdadera esencia del bien jurídico protegido.<sup>7</sup>

Ahora bien, siguiendo a DOVAL PAÍS, existen básicamente dos líneas doctrinales a la hora de caracterizar a los delitos contra la salud pública:

a) Por un lado, según este autor, está la línea doctrinal que parte de la relación entre salud pública y salud individual, destacando las diferencias de estos delitos en relación con los delitos contra las personas.

Estos autores refieren que lo que se protege en estos delitos contra la salud pública es la salud de la generalidad de los ciudadanos.<sup>8</sup> Dentro de esta línea doctrinal estarían también los autores que asimilan la salud pública con la suma de “saludes individuales.”

Así, dentro de este grupo de autores podemos mencionar a ACALE SÁNCHEZ, que afirma que todos los delitos contenidos en el Capítulo III afectan de manera distinta al bien jurídico salud pública, lo que tiene su respaldo constitucional en el art. 43 de la Constitución, en el que se reconoce “el derecho a la protección de la salud”. Asimismo, afirma que es un bien jurídico colectivo que se levanta sobre el bien jurídico salud individual. En concreto, sobre la suma de la salud de cada uno de los individuos, pero que cobra independencia de la misma, no pudiendo confundirse la salud pública con la individual.<sup>9</sup>

En esta línea REY HUIDOBRO afirma que si bien es verdad que el término salud pública es un vocablo que indica la salud de los individuos que componen la sociedad, no es menos cierto que no da la idea de una salud genérica y sin portadores, sino que ha de considerarse la suma de cada una de los pertenecientes a

<sup>7</sup> MOLINA MANSILLA, M<sup>a</sup>. C., El delito de narcotráfico, ed. Bosch, 2008, pp. 29 y 30.

<sup>8</sup> DOVAL PAÍS, A.: Delitos de fraude alimentario. Análisis de sus elementos esenciales, Pamplona, 1996, pp. 188 y 190. Así esta postura es mantenida por RODRÍGUEZ RAMOS que consideraba en relación al CP de 1973 que la salud pública es la suma de las saludes individuales de una colectividad de ciudadanos, que se ponía en peligro cuando más o menos aproximadamente se agudizara la posibilidad de que algún o algunos individuos de tal colectividad resultaran atacados en su salud personal. RODRÍGUEZ RAMOS, L.: Fraudes alimentarios contrarios a la salud pública, Temas de Derecho penal, Universidad Complutense, Madrid, 1977, p. 97.

<sup>9</sup> ACALE SÁNCHEZ, M.: Salud pública y drogas tóxicas. 2002, Tirant lo Blanch, pp. 19 y 20. En este mismo sentido SÁNCHEZ MARTÍNEZ, afirma que la salud colectiva se diferenciaría de la salud individual en que se trataría de un bien jurídico colectivo y que no sería la simple suma atomizada de saludes individuales, sino de un bien jurídico con naturaleza propia y diferenciada, en el que el individuo sería absorbido y difuminado en la colectividad, siendo sólo la ofensa a tal colectividad lo relevante. Si se aceptara a la salud pública como una suma de saludes individuales, en este sentido la salud pública vendría a significar tan sólo una dimensión del bien jurídico, salud individual, su aspecto social, negando una naturaleza propia y diferenciada a la salud personal. No obstante, existiría una estrecha conexión y lógica dependencia de ambos conceptos, salud pública y salud individual, puesto que se partiría del concepto salud sin adjetivos.

una colectividad de ciudadanos, sosteniendo por ello que la defensa de la salud colectiva lleva consigo la individual de cada persona en particular. No se puede pretender que una norma defienda la salud colectiva y olvide la individual.<sup>10</sup>

MANJÓN-CABEZA, refiere como el bien jurídico salud pública ha sido entendido como salud colectiva, o sea, como la suma de la salud de todos los individuos, afirmándose que cualquier peligro para salud pública es grave, aunque el daño en una persona concreta que consuma no sea grave. Además afirma que para decir que la salud pública ha sido afectada es necesario constatar el peligro para terceras personas, aunque no sea necesaria la determinación concreta de esas personas destinatarias de la droga para ser consumida.<sup>11</sup>

Antes de seguir adelante conviene destacar el cambio producido en relación al concepto de salud del que parte la doctrina moderna. Así ya no se tiene la concepción de salud como ausencia de enfermedad o perturbación del organismo humano, ya sea física o psíquica. Se acoge, por el contrario, la que figura en la Carta Constitucional del la OMS de 1946. Se define salud como “*estado completo de bienestar físico, mental y social, conceptuándose como pública si afecta a un número indeterminado de sujetos.*”<sup>12</sup>

b) La otra postura o línea doctrinal, siguiendo igualmente la exposición de DOVAL PAIS, es la que tiene una concepción de la salud pública como un conjunto de condiciones que posibilitan la salud (individual). Esencialmente tratan de hallar un objeto de protección jurídico-penal de naturaleza colectiva que tenga entidad propia o, al menos, no tan dependiente de la salud individual.<sup>13</sup>

Así, MUÑOZ CONDE define salud pública como “conjunto de condiciones que, de acuerdo con el desarrollo tecnológico y científico de cada época, garantizan un nivel de

---

<sup>10</sup> REY HUIDOBRO, L. F.: El delito de tráfico de estupefacientes. Su inserción en el ordenamiento penal español. Bosch, 1987, p. 130.

<sup>11</sup> MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A.: Venta de cantidades mínimas de droga: insignificancia y proporcionalidad. Bien jurídico y (des)protección de menores e incapaces”, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, T. LVI, 2003, p. 95. En el mismo sentido ACALE SÁNCHEZ, M.: Salud pública y drogas tóxicas. 2002, Tirant lo Blanch, p. 20, quien añade que la protección de la salud pública propende a la salvaguarda de la salud individual pero no puede confundirse con ésta.

<sup>12</sup> Vid. REY HUIDOBRO, L. F.: El delito de tráfico de estupefacientes. Su inserción en el ordenamiento penal español. Bosch, 1987, p. 128. Asimismo, hace referencia a este nuevo concepto DOVAL PAIS, A.: Delitos de fraude alimentario. Análisis de sus elementos esenciales, Pamplona, 1996, p. 192.

<sup>13</sup> DOVAL PAIS, A.: Delitos de fraude alimentario. Análisis de sus elementos esenciales, Pamplona, 1996, pp. 201.

bienestar, físico y psíquico, a la generalidad de los ciudadanos”. Los delitos contra la salud pública serían delitos contra tales condiciones.<sup>14</sup>

MAGALDI PATERNOSTRO mantiene que no hay obstáculo a la protección penal de bienes jurídicos colectivos, y ésta protección se puede articular a través de delitos de peligro, sino que nuestra sociedad cada vez más compleja reclama esta protección y que la legitimidad o no del recurso a la vía penal deberá fundamentarse en dos extremos: el primero, que se trate materialmente (y no sólo formalmente) de un bien jurídico que sea objetivamente calificable como importante para la estabilidad y desarrollo de la colectividad; y el segundo, que el ataque contra dicho bien sea sentido como intolerable por el colectivo social de que se trate (principio de lesividad).<sup>15</sup>

c) Finalmente DOVAL PAÍS considera que la salud pública debe entenderse conforme a su estructura como un bien jurídico colectivo de referente individual, es decir, este autor mantiene que se construye en torno a la garantía de unas condiciones de seguridad de los bienes individuales y que son susceptibles de ser disgregados en una multiplicidad de intereses jurídicos individuales. Y es por ello que los bienes jurídicos colectivos tienen un carácter meramente instrumental o medial en el sistema diseñado por el legislador para la protección de bienes jurídicos individuales. Sigue diciendo este autor que, debido a ese carácter, se sostiene a menudo que son complementarios<sup>16</sup> de los individuales. DOVAL PAÍS afirma que esa complementariedad no se ha de entender como una relación de complementariedad entre un bien jurídico y otro, sino en el sentido de que el bien jurídico colectivo ofrece un complemento para la integración del

---

<sup>14</sup> MUÑOZ CONDE, F./ HASSEMER, W.: La responsabilidad por el producto en Derecho penal, Valencia, 1995, p. 64. También GARCÍA-PABLOS se refiere a la salud pública como “presupuestos objetivos que garantizan la salud de todos”. GARCÍA-PABLOS, A.: Bases para una política criminal de la droga, en La problemática de la droga en España (Análisis y propuestas político- criminales), Editoriales de Derecho reunidas, S.A., Madrid, 1986, p. 371. También RODRÍGUEZ RAMOS, L.: Fraudes alimentarios contrarios a la salud pública, en Derecho penal, Parte Especial, Madrid, 1989, p. 96. SÁNCHEZ MARTÍNEZ define la salud pública como “un conjunto de condiciones que garantizan la salud personal de todos y cada uno de los miembros de la colectividad” en SANCHEZ MARTÍNEZ, F.: El delito farmacológico, Edersa, Madrid, 1995, p. 68.

<sup>15</sup> MAGALDI PATERNOSTRO, M<sup>a</sup>. J.: “Libro II Tít. XVII: de los delitos contra la seguridad colectiva. Cap. III, de los delitos contra la salud pública” en VV. AA., CÓRDOBA RODA, J./GARCÍA ARÁN, M. (dirs.): Comentarios al Código Penal. Parte especial, tomo II, Madrid, edit. Marcial Pons, 2004, p. 1555 y 1556. Así este autor define el bien colectivo salud pública como: «el conjunto de condiciones generales de salubridad y sanidad en las que deben desarrollarse todos los ámbitos de la vida social de una colectividad políticamente organizada y que deben estar garantizadas por el Estado tanto mediante una actuación positiva de fomento y reglamentación como prohibiendo (y no sólo bajo pena), en último extremo, a los integrantes de la colectividad la realización de conductas susceptibles de incidir negativamente sobre aquéllas».

<sup>16</sup> PÉREZ ÁLVAREZ, F.: Protección penal del consumidor. Salud pública y alimentación, Praxis, Barcelona 1991, p. 75. Dice también que la probabilidad de lesión se tiene que proyectar sobre el bien complementado –salud individual- y no sobre el bien complementario –salud pública-.

sistema de protección de bien jurídicos individuales que el CP contiene, siendo la particularidad de la aportación en la tutela del bien jurídico individual, consistente en el adelantamiento de la reacción penal, mediante las “normas barrera” o “normas obstáculo”<sup>17</sup>

ACALE SÁNCHEZ hace referencia a esa función de barrera que cumple el bien jurídico colectivo salud pública, de modo que la mera puesta en circulación de medicamentos o alimentos deteriorados, supone ya lesión del mismo, con independencia de que los mismos lleguen o no a ser consumidos por una persona. Ahora bien, la autora matiza que los delitos de tráfico de drogas presentan una particularidad, en relación a los demás delitos contra la salud pública del Capítulo III, consistente en que el objeto material del delito de tráfico de drogas no es de curso legal al estar prohibidas y además hay que referirse a la protección de la salud pública a través de la salud individual de las personas que “quieren consumirlas”. El resto de delitos incluidos en el Capítulo III tienden a castigar la distribución de una serie de productos deteriorados, cuya mera puesta en circulación produce un peligro inmediato para la salud pública y mucho más lejano para la salud individual de las personas que no quieren que su salud se vea afectada por el consumo de una serie de alimentos o medicamentos que pueden consumir porque son de curso legal.<sup>18</sup>

MANJÓN-CABEZA OLMEDA afirma que “si un comportamiento pone en peligro la salud pública es porque tiene capacidad para dañar la salud individual, aunque efectivamente no lo haga. Por eso se dice que en los delitos contra la salud pública se protege inmediatamente el bien jurídico que les da nombre, pero mediatamente la salud individual, que no alcanza la categoría de segundo bien jurídico, pero sí permanece como referencia”<sup>19</sup>

## **2. Otras posiciones doctrinales sobre el bien jurídico protegido en el delito de tráfico de drogas**

PEDREIRA GONZÁLEZ afirma que las posiciones doctrinales minoritarias que

---

<sup>17</sup> DOVAL PAIS, A.: Delitos de fraude alimentario. Análisis de sus elementos esenciales, Pamplona, 1996, pp. 251 a 253.

<sup>18</sup> ACALE SÁNCHEZ, M.: Salud pública y drogas tóxicas. 2002, Tirant lo Blanch, p. 22. Además añade que la salud pública se pone en peligro no solo por la nocividad de las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas sino por la propia prohibición que impide que sean sometidas a control sanitario previo.

<sup>19</sup> MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A.: Venta de cantidades mínimas de droga: insignificancia y proporcionalidad. Bien jurídico y (des)protección de menores e incapaces”, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, T. LVI, 2003, p. 101.

fueron manejadas hace tiempo están prácticamente abandonadas, como la relativa a la libertad del consumidor, al interés del Estado en la producción y el comercio de los estupefacientes y también las pluriofensivas<sup>20</sup>. Estas posiciones son las siguientes:

**a) *Interés del Estado en la producción y el comercio de los estupefacientes.***

COBO DEL ROSAL opina que en los delitos de tráfico de drogas se defienden en todo momento, los intereses propios y exclusivos del Estado al control de la producción y comercio de estos productos “ciclo de la droga”, considerándolo como un auténtico y propio bien jurídico, de suerte que puede ser afirmada la siguiente proposición: Fuera del control estatal, toda conducta de tráfico en sentido amplio es ilegal y en su mayoría penamente antijurídica, tal y como está redactado el artículo 344 del Código penal<sup>21</sup>. Fundamenta esta teoría en el artículo 1 de la Ley 17 /1967 de 8 de abril, de estupefacientes, en su art. 1 se dice: “*Corresponde al Estado español el derecho de intervenir, dentro de su territorio, el cultivo y producción, la fabricación y extracción, el almacenamiento, transporte y distribución, la importación, la exportación y el tránsito de primeras materias y de productos estupefacientes, así como su prescripción, posesión, uso y consumo.*”

REY HUIDOBRO sostiene que el interés del Estado no posee aquí la suficiente relevancia como para poder integrar el objeto jurídico específico de este delito de un modo general y permanente, y únicamente, cuando el sujeto activo sea un funcionario público o un facultativo, dicho interés toma consistencia.<sup>22</sup>

**b) *La libertad del consumidor***

Consideran que el delito de tráfico de drogas comporta un ataque directo a la libertad del consumidor al crear estados de dependencia en todos los sujetos que las consumen, de forma abusiva, lo que genera un menoscabo en su voluntad.

BUSTOS RAMÍREZ es uno de sus defensores. Con arreglo a esta postura no podría prohibirse el consumo de droga entre adultos, por lo que no se podría proscribir su

---

<sup>20</sup> PEDREIRA GONZÁLEZ, F. M.: AAVV, El delito de tráfico de drogas, ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (dir.), coords. ÁLVAREZ GARCÍA/MANJÓN-CABEZA OLMEDA (coords), A., Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 22 (nota 2).

<sup>21</sup> COBO DEL ROSAL, M.: Consideraciones generales sobre el denominado tráfico ilegal de drogas tóxicas o estupefacientes, en Delitos contra la salud pública. Tráfico ilegal de drogas tóxicas o estupefacientes, Universidad de Valencia, 1977, pp. 160 y ss.

<sup>22</sup> REY HUIDOBRO, L. F.: El delito de tráfico de estupefacientes. Su inserción en el ordenamiento penal español. Bosch, 1987, p. 123, y sigue diciendo: “ello es debido a que el artículo 344 no integra una infracción que afecte especialmente a sus funciones, a su seguridad o integridad, ni tampoco parece que vaya dirigido a tutelar un monopolio económico del Estado sobre el tráfico del producto”.



venta. Considera que debería establecerse un control sobre productores y vendedores, así como de la cantidad de droga. Solo procede penar, en principio, aquellas conductas destinadas a violentar de algún modo la voluntad de los consumidores, es específica de los menores.<sup>23</sup>

REY HUIDOBRO estima que la postura no es correcta pues hay que partir del hecho de que todos los delitos contra la libertad, son delitos contra la voluntad del sujeto pasivo y en el que aquí es objeto de nuestro estudio, el traficante opera la mayoría de las veces con toxicómanos que prácticamente carecen de voluntad, o la poseen en muy escasa medida. En consecuencia, la libertad solo es perjudicada de manera indirecta o mediata. Sigue diciendo este autor, que la libertad moral se anula con la droga y posterior adicción, porque el sujeto inicial y libremente ha querido y ha tomado esta decisión, adquiriendo y consumiendo el producto estupefaciente.<sup>24</sup>

Desde otro punto de vista, MARTÍNEZ BURGOS afirma que las drogas llamadas “blandas” no crean dependencia física y, por tanto, no suponen una limitación de la libertad del consumidor. Añade, además, que tampoco se puede castigar al traficante mientras no se pruebe que el sujeto pasivo es un adicto, pues en caso de no serlo habría libertad del mismo para poder oponerse a recibir la droga.<sup>25</sup>

MANJÓN-CABEZA afirma que “la libertad del consumidor, que se merma o desaparece con la dependencia, es relevante en tráfico de drogas, no como bien jurídico, sino como preocupación de salud pública que se fija en un bien personalísimo como es la libertad de autodeterminación frente a las drogas.”<sup>26</sup>

### **c) Delito pluriofensivo (Beristain Ipiña)**

BERISTÁIN IPIÑA afirma que en el texto del artículo 344 del CP de 1973 se defiende la salud pública y, además, o sobre todo, los bienes económicos y la seguridad general. Dice, asimismo, que se pretende evitar el ataque real (daños o lesiones) contra la propiedad o la incolumidad corporal de individuos concretos (bienes jurídicos a los

---

<sup>23</sup> BUSTOS RAMÍREZ, J.: Manual de Derecho Penal. Parte especial. Barcelona, 1986, pp.277 y 278.

<sup>24</sup> REY HUIDOBRO, L. F.: El delito de tráfico de estupefacientes. Su inserción en el ordenamiento penal español. Bosch, 1987, p. 121. En el mismo sentido JOSHI JUBERT, U.: «Los Delitos de Tráfico de Drogas I. Un estudio analítico del art. 368 del Código Penal», José María Bosch, Barcelona, 1999, p. 38. NÚÑEZ PAZ, M. A. / GUILLÉN LÓPEZ, G.: «Moderna revisión del delito de tráfico de drogas: estudio actual del art. 368 del Código Penal», en Revista Penal, n.º 22, julio de 2008, p. 83.

<sup>25</sup> MARTÍNEZ BURGOS, C.: Las drogas ante la ley, 1973, pp. 46 y 47

<sup>26</sup> Cfr. MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A.: Venta de cantidades mínimas de droga: insignificancia y proporcionalidad. Bien jurídico y (des)protección de menores e incapaces, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, T. LVI, 2003, p. 103.

que éstos, en cierto sentido, pueden renunciar). Además se pretende evitar la situación de riesgo general de peligro para la comunidad, por la probabilidad de que se cometa cualquier delito. Presupone, por tanto, que quien facilita el uso (y abuso) de las drogas, abre la puerta a probables conductas delictivas, y con ello (aunque esas conductas no lleguen a realizarse) pone en peligro la seguridad de la colectividad.<sup>27</sup>

REY HUIDOBRO rechaza la teoría de BERISTÁIN, en su referencia a la seguridad en general, porque si bien es cierto que muchas veces el uso de estupefacientes puede conducir al delito a los consumidores, “esto no puede llevarnos a presumir «iuris et de iure» que una persona, por el mero hecho de utilizar droga, vaya a convertirse en delincuente”. Además afirma el hecho de que un drogadicto cometa un delito no es consecuencia del delito de tráfico de drogas sino consecuencia del estado de dependencia o adicción que le causa compulsión para conseguir los medios económicos para conseguir la sustancia prohibida.<sup>28</sup>

Por otra parte, NÚÑEZ PAZ Y GUILLÉN LÓPEZ afirman que no aceptan que los intereses económicos, políticos o, incluso la seguridad en general, sean los protegidos por el art. 368 del CP pues entienden que se está confundiendo el verdadero bien jurídico protegido con lo que no son sino motivos político-criminales.<sup>29</sup>

#### ***d) Moral y perspectiva sociocultural***

PRIETO RODRÍGUEZ expone como en esta labor de búsqueda de un bien jurídico protegido en el art. 344 del CP de 1973, no debemos de olvidar cómo la legislación prohibitiva sobre el tráfico de drogas obedeció, en un primer momento, no a la protección de la salud colectiva o individual, o de la libertad, sino al rechazo de ciertas formas religiosas y moral de diversos grupos, tomando en cuenta la vinculación de las drogas con ceremonias heréticas, actos de brujería etc. Sigue exponiendo este autor como en nuestra sociedad actual de consumo, la droga ha estado frecuentemente vinculada a algunos movimientos, englobados bajo la expresión -contracultura-, -subcultura- , es decir, a un sistema de vida, a una moral, a una cultura propia y diferente de la imperante en la sociedad, o al menos, en la parte social dominante. Se

---

<sup>27</sup> BERISTÁIN IPIÑA, A.: Las drogas y su legislación en España, en ADPCP, fascículo 1, 1973, p. 55 y 56.

<sup>28</sup> REY HUIDOBRO, L. F.: El delito de tráfico de estupefacientes. Su inserción en el ordenamiento penal español. Bosch, 1987, p. 123 y 124.

<sup>29</sup> NÚÑEZ PAZ, M. A. / GUILLÉN LÓPEZ, G.: Moderna revisión del delito de tráfico de drogas: estudio actual del art. 368 del Código Penal, Revista Penal, n.º 22, julio de 2008, p. 82.

pregunta finalmente si lo que realmente se protege con el tráfico de drogas es la moral social o impuesta de la clase dominante.<sup>30</sup>

Incluso el Preámbulo de la Convención Única de 1961 hace referencia a la moral como objeto de protección cuando dice: “*Las Partes... preocupadas por la salud física y moral de la Humanidad*” y “*La toxicomanía ... entraña un peligro social...*”

Con el favorecimiento del consumo de drogas se favorecen una serie de conductas moral y socialmente rechazables, amén de que muchas constituyen también delito como la trata de blancas y tráfico de armas, el blanqueo de capitales, el poder económico de las mafias y la corrupción.<sup>31</sup>

### III. OTROS POSIBLES INTERESES PROTEGIDOS EN EL TIPO PENAL DEL ART. 369 BIS CP. FUNDAMENTO DE LA AGRAVACIÓN.

DÍEZ RIPOLLÉS en su exposición sobre el bien jurídico protegido en el tráfico de drogas destaca como interesantes las escasas referencias a los daños a la estructura económica y aún institucional de nuestra sociedad a los que el surgimiento de poderosas organizaciones criminales dedicadas al narcotráfico está causando.<sup>32</sup>

Otros autores se refieren a los intereses económicos como otro bien jurídico subyacente tomando como base el Preámbulo de la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 1988 que establece lo siguiente: “*Reconociendo los vínculos que existen entre el tráfico ilícito y otras actividades delictivas organizadas relacionadas con él, que socavan las economías lícitas y amenazan la estabilidad, la seguridad y la soberanía de los Estados*”. Asimismo se dice en el mismo Preámbulo lo siguiente: “*Conscientes de que el tráfico ilícito genera considerables rendimientos financieros y grandes fortunas que permiten a las organizaciones delictivas transnacionales invadir , contaminar y*

---

<sup>30</sup> PRIETO RODRÍGUEZ, J. I.: El delito de tráfico y el consumo de drogas en el ordenamiento jurídico penal español, Aranzadi, 1993, Pamplona, p. 221. En la misma línea ABARCA JUNCO quien también se pregunta si se prohíben las sustancias por ser dañosas o realmente porque repugnan a la sociedad. ABARCA JUNCO, A. P.: Un problema político criminal: la penalización internacional de los estupefacientes, Revista de Derecho UNED 8, Madrid 1982, pp. 226 y ss.

<sup>31</sup> GANZENMÜLLER ROIG, C./ ESCUDERO MORATALLA, J. F./ FRIGOLA VALLINA, J.: «Delitos contra la salud pública (II): Drogas, sustancias psicotrópicas y estupefacientes», Bosch, Barcelona, 1997, p.78.

<sup>32</sup> DIEZ RIPOLLÉS hace referencia a dos obras: GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: Bases para un política criminal de la droga, en: La problemática de la droga en España (Análisis y propuestas político-criminales), Editoriales de Derecho reunidas, S.A., Madrid, 1986 p. 378 y BERISTÁIN IPIÑA Dimensión histórica, económica y política de las drogas en la Criminología crítica, en: Delitos contra la salud pública. Universidad de Valencia. 1977, p. 59. Vid. DÍEZ RIPOLLÉS J. L.: La política sobre drogas en España, a la luz de las tendencias internacionales. Evolución reciente. ADPCP, T. XXXVIII, 1987, p.380.

*corromper las estructuras de la administración pública, las actividades comerciales y financieras lícitas y la sociedad a todos sus niveles,”*

Hacen referencia a los grandes beneficios económicos que obtienen las organizaciones del narcotráfico, al blanqueo de los mismos y a la influencia a través de la corrupción en los centros de poder económico y político a todos los niveles. Afirman que el beneficio económico es consecuencia de la existencia de la misma ley prohibitiva y represiva que determina un incremento del precio de la droga y de los beneficios de las organizaciones criminales.<sup>33</sup>

Sin embargo, la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia mantienen en relación del subtipo agravado del actual art. 369 bis CP, que realmente el único bien jurídico protegido es la salud pública, constituyendo su fundamento la superior capacidad de agresión al bien jurídico “salud pública” por la posibilidad de supervivencia del propósito criminal que la organización criminal supone además de la neutralización de la acción estatal que se ve favorecida por la existencia de la estructuración y planificación.<sup>34</sup>

Asimismo, la Jurisprudencia mantiene en la STS 486/2009 de 8 de mayo lo siguiente:

*“Lo que se trata de perseguir es la comisión del delito mediante redes ya mínimamente estructuradas en cuanto que, por los medios de que disponen, por la posibilidad de desarrollar un plan delictivo con independencia de las vicisitudes que afecten individualmente a sus integrantes, su aprovechamiento supone una mayor facilidad, y también una eventual gravedad de superior intensidad, en el ataque al bien jurídico que se protege, debido especialmente a su capacidad de lesión.”<sup>35</sup>*

En otras Sentencias se hace referencia a la dificultad del Estado para luchar contra estas organizaciones dedicadas a la difusión de drogas. Así la STS núm. 492/2010 de 18 de mayo, dice literalmente:

---

<sup>33</sup> GANZENMÜLLER ROIG, C./ ESCUDERO MORATALLA, J. F./ FRIGOLA VALLINA, J.: Delitos contra la salud pública (II): Drogas, sustancias psicotrópicas y estupefacientes, Bosch, Barcelona, 1997, p. 79-81.

<sup>34</sup> Vid. GALLEGO SOLER, J. I.: Los delitos de tráfico de drogas II. Un estudio analítico de los arts. 369, 370, 372, 374, 375, 377 y 378 del CP. y tratamientos jurisprudenciales, Barcelona, edit. Bosch, 1999, p. 183. En el mismo sentido, JOSHI JUBERT, U.: Sobre el concepto de organización en el delito de tráfico de drogas en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1995, II, sección de Jurisprudencia p. 662.

<sup>35</sup> STS 356/2009 de 7 de abril.

*“Este complejo de personas con organigrama y planificación previa, pertrechadas normalmente con medios adecuados a los fines delictivos propuestos, hace que resulte más difícil al Estado luchar contra tales redes perfectamente estructuradas, que a su vez realizan, lógicamente, operaciones de mayor envergadura. Esa y no otra es la "ratio" de la cualificación de la conducta.”<sup>36</sup>*

En este mismo sentido, la STS 544/2012 de 2 de julio hace referencia a que las organizaciones delictivas:

*«...generan procedimientos e instrumentos complejos específicamente dirigidos a asegurar la impunidad de sus actividades y de sus miembros, y a la ocultación de sus recursos y de los rendimientos de aquéllas, en lo posible dentro de una falsa apariencia de conformidad con la ley»,*

#### **IV. CONCLUSIONES**

Hemos expuesto como la posición mayoritaria entiende que en este subtipo agravado de ejecución del delito de tráfico de drogas por persona que pertenece a una organización criminal, el bien jurídico protegido único es la salud pública, basando el incremento de la pena o su fundamento en la mayor capacidad de las organizaciones criminales para causar un atentado de mayor intensidad a la salud pública por su planificación, coordinación y reparto de funciones. Así es, normalmente las organizaciones criminales dedicadas al narcotráfico realizarán operaciones de gran importancia en cuanto a la cantidad de droga objeto de la operación y cuanto al ámbito territorial de actuación, pudiendo estar implicados varios Estados. Además, también se valora la mayor facilidad de la organización para conseguir la impunidad o dificultar la acción del Estado en la lucha contra el narcotráfico.

Ahora bien, a mi entender, el legislador no solo ha tenido en cuenta esta circunstancia de la mayor capacidad de las organizaciones criminales para atacar a la salud pública. Así la LO 5/2010 de 22 de junio de reforma del CP, no solo ha supuesto el tratamiento autónomo de este subtipo agravado sacándolo del art. 369 del CP y regulándolo en el nuevo art. 369 bis del CP, sino que además ha introducido en el Título XXII un capítulo, el VI, que regula las organizaciones y grupos criminales, cuyo bien jurídico protegido es el orden público.

---

<sup>36</sup>En el mismo sentido la STS núm. 808/2005 de 23 de junio.

No hay que olvidar que tanto la doctrina como la Jurisprudencia remiten para la determinación del concepto de organización delictiva del art. 369 bis del CP a la definición auténtica del art. 570 bis del CP<sup>37</sup>. Es cierto que el bien jurídico principalmente protegido por el art. 369 bis CP es la salud pública pues se exige que se ejecute la conducta típica del art. 368 del CP, pero entendemos que también está tutelado en este subtipo agravado otro bien jurídico, el orden público entendido por SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ como estabilidad del sistema político y económico de los Estados democráticos, lo que coincide, dice la autora, con el Preámbulo de la LO 5/2010 de 22 de junio en el que se dice que “la seguridad jurídica, la vigencia efectiva del principio de legalidad, los derechos y las libertades de los ciudadanos, en fin, la calidad de la democracia, constituyen de este modo objetivos directos de la acción destructiva de estas organizaciones”<sup>38</sup>.

Por tanto, consideramos que el subtipo agravado se constituye en un delito pluriofensivo que atenta a la salud pública al exigir que se ejecuten los hechos del art. 368 del CP y al orden público al requerirse para su aplicación que los sujetos activos pertenezcan a una organización delictiva cuya definición auténtica se ubica en el art. 570 bis del CP.

Incluso nuestra argumentación va mas allá pues entendemos que es aplicable a todos lo subtipos agravados contenidos a lo largo de nuestro Código Penal en donde se recogen distintos subtipos agravados por ejecutarse en delito en cuestión en el seno de una organización criminal (art. 177 bis, 6, art. 183, 4, f), art. 187, 4, art. 188,4,b), art. 302,1, art. 318 bis, 4 CP y otros), que a nuestro entender constituyen subtipo agravados pluriofensivos siendo su denominador común a todos ellos el bien jurídico protegido del orden público.

\* \* \* \* \*

---

<sup>37</sup> Art. 570 bis, 1, párrafo 2º:” A los efectos de este Código se entiende por organización criminal la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos, así como de llevar a cabo la perpetración reiterada de faltas.

<sup>38</sup> Cfr. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I.: De las organizaciones y grupos criminales, art. 570 bis, en: VV.AA, GÓMEZ TOMILLO, M. (dir.) : Comentarios al Código Penal, Lex Nova, 2010, p. 1923.

## **Dra. Ana María Gil Antón**

Miembro del Grupo de Investigación de la Universidad Internacional de la Rioja (UNIR).  
Socia de la FICP.

### **~La responsabilidad de la persona jurídica tras la reforma del Código Penal según Ley 1/2015~**

#### **I. SITUACIÓN DE PARTIDA TRAS LA REFORMA DE LA LO 1/2015.**

Con la expansión de la responsabilidad penal que está sufriendo el Derecho Penal español, ya iniciada por la Ley 5/2010 de reforma del Código Penal, desde su entrada en vigor el 23 de diciembre de 2010, la persona jurídica es penalmente responsable de los delitos cometidos por sus directivos o empleados en el ejercicio de su cargo, junto con las personas físicas.

De este modo, los riesgos penales a los que se enfrenta la persona jurídica se han visto ampliados, pues responderá penalmente tanto por los delitos cometidos, en nombre y por cuenta de la persona jurídica, y- en beneficio directo o indirecto de la misma-, como por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho, así como cuando lo sea en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio de las mismas, por quienes estando sometidos a la autoridad de las personas físicas con poder de dirección, hubieren podido realizar los hechos constitutivos de delito por no haberse ejercido sobre ellos el debido control.

Todo ello implica que cuando se cometa un delito por los representantes legales, administradores o apoderados en nombre y beneficio de su empresa, o por un empleado en el ejercicio de las actividades sociales, igualmente en beneficio de la misma, si no se ha ejercido sobre éste el debido control, junto a la persona física, también se “*sentará en el banquillo*” la persona jurídica acusada como responsable penal, en los términos que iremos explicitando a continuación, tras la nueva reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 31 de marzo, con entrada en vigor el próximo 1 de julio.

Por otro lado, el Código Penal ha ido sufriendo otras importantes modificaciones a lo largo de estos años, ampliándose el elenco de entidades penalmente responsables. El 17 de enero de 2013 entró en vigor la LO 7/2012, de 27 de diciembre, de reforma del Código Penal en materia de Transparencia, lucha contra el Fraude Fiscal y la Seguridad Social, entre cuyas principales novedades se destacaba la posibilidad de declarar penalmente responsables a las entidades públicas: a) cuando no ejercieren políticas

públicas o servicios de interés económico general, y b) cuando eran creadas con el propósito de eludir la norma penal<sup>1</sup>. La Ley Orgánica 1/2015, de reforma del CP, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre de Código Penal, por la que se incorporan y cambian determinados aspectos de la responsabilidad de la persona jurídica, de forma relevante, pues de una parte queda ampliado de nuevo el marco de extensión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, alcanzando incluso a aquellas sociedades mercantiles estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general: se las podrá imponer penas de multa por cuotas proporcional o medidas de intervención judicial. En efecto, el artículo 31 *quinquies* determina, cuáles son las Administraciones y demás entes que quedan excluidos de dicha responsabilidad, y cuáles otros, como las sociedades públicas que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general, quedan incorporadas al sistema de responsabilidad penal, no obstante estar sujetas a la limitación de la pena fijada, limitación respecto de la pena que puede ser no obstante removida por el Juez o Tribunal, cuando el mismo apreciara la existencia de formas jurídicas creadas *al hoc* para la elusión de la eventual responsabilidad penal.

También resulta relevante indicar que en la citada reforma se ahonda sobre delimitación que requiere “el debido control”(a este respecto, se pormenoriza qué se ha de entender como tal, señalándose en particular, el impacto que tiene a estos efectos, el incumplimiento de los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad, atendidas las concretas circunstancias del caso) y, cuyo quebrantamiento permite fundamentar su responsabilidad penal, junto con la exigencia del fin del beneficio tanto directo como indirecto a favor de la empresa, que se ha de perseguir con el delito efectuado.

Por otra parte, es de reseñar que si el delito fuere cometido por las personas indicadas en el apartado a) del artículo 31.bis CP en su nueva redacción, es decir representantes legales o aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, y que estén autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostenten facultades de organización y control en la misma, la persona jurídica podría quedar exenta de responsabilidad, siempre que se cumplan las condiciones fijadas en el apartado número 2 del precepto, relativo éste al

---

<sup>1</sup> El Proyecto de Reforma del Código Penal ya convertido en LO 1/2015, de 30 de marzo que entrará en vigor el 1 de julio.



Plan de Prevención penal que exista en la misma y a su cumplimiento efectivo, siempre que no sea un simple elemento formal o decorativo de la empresa, puesto que todo ello deberá quedar acreditado.

En consecuencias, si nada cambia, en palabras del catedrático Rodríguez Ramos<sup>2</sup> “este parcheo de la legislación penal...” entrará en vigor el 1 de julio.

## **II. DELITO COMETIDO POR ADMINISTRADOR, REPRESENTANTE O EMPLEADO DE LA PERSONA JURÍDICA DE ACUERDO CON LA NUEVA REGULACIÓN: ALGUNAS NOTAS**

Se recoge una doble vía de imputación de responsabilidad penal a la persona jurídica, es decir los casos de delito cometidos por el administrador o representante en su nombre o por su cuenta, y en su beneficio, directo o indirecto; y los supuestos de delito cometido por un empleado sometido a la autoridad del administrador o representante, cuando haya podido cometerlo debido a la ausencia de vigilancia sobre él y en el ámbito de la actividad social de la empresa.

Como conceptos básicos a considerar, hemos de señalar que el precepto, ni en la anterior redacción, ni en la nueva aporta una definición positiva del término persona jurídica ( no resulta de aplicación la definición de sociedad prevista en el artículo 297 del CP, que se refiere solo a sociedades mercantiles), por lo que es necesario estar a un concepto extrapenal de persona jurídica, sin que sea posible interpretaciones extensivas o analógicas a entidades o realidades que no reúnan dicha característica de la personalidad jurídica.

Cuando el artículo 31 del CP reformado, se refiere a administrador de hecho o de derecho, que es empleado también en otros preceptos del mismo como en los delitos societarios del artículo 290 y ss. del CP, siendo así que mientras que sobre el administrador de derecho no existe mayor problema, -dado que su término ha de ser integrado por la normativa mercantil correspondiente-, no ocurrirá lo mismo con el de administrador de hecho, debiendo entender por tales aquellos que hayan ejercido funciones en nombre de la sociedad como si hubieren ostentado el título válido de administrador, cuando no se tenía, siempre que ello sea acreditable, o bien en aquellas personas que ofrezcan alguna irregularidad en su situación jurídica, bien se trate de

---

<sup>2</sup> RODRÍGUEZ RAMOS L, Estos parcheos de la legislación penal solo pueden interpretarse como una falta de diligencia y de responsabilidad de los partidos políticos, DOSSIER Reforma del Código Penal, entrevista. Thomson Reuters, pp.24.

nombramientos no válidos, defectuosos no aceptados, no inscritos o caducados o prescindiendo de conceptos extra-penales.

En definitiva podríamos considerar como administrador de hecho todo aquel que, de facto ejerza el mismo poder de decisión que un administrador de derecho, con lo que en verdad se trata de que la realidad social y societaria, así como del poder material detentado, se corresponda con la realidad penal. Pero lo que sí ha de quedar claro, es que este poder no se podría extender a mandos intermedios, o sujetos con cierta capacidad de decisión autónoma, pero supeditada a una dirección, control o supervisión de un administrador de derecho, pues cualquier subordinado de un administrador de derecho, no tiene la consideración de administrador de hecho.

Lo cierto, es que se ha visto la problemática que dicha cuestión conllevaba, por cuanto para que sea considerado un sujeto como administrador de hecho debe participar activamente en la gestión y dirección, de forma permanente y no sujeto a esferas superiores de aprobación o decisión. Según tiene declarado el T.S. en Sentencia de 26 de enero de 2007 ha de desempeñar una función de dirección real, con independencia de las formalidades de su nombramiento. En este mismo sentido, se ha pronunciado la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2011, que ha mantenido que son rechazables los intentos de considerar administrador de hecho a figuras que tanto, de facto como *de iure* están subordinadas al administrador de derecho, como jefes de obra, encargados de servicio, directores de subdivisiones, directores de zona o locales, etc.. Se ha de tratar de conductas que sean controlables por sus órganos de gobierno para que opere la responsabilidad a efectos penales.

Por su parte, el término representante debe interpretarse de modo estricto, en el sentido de lo establecido en el Real Decreto legislativo 1/2010, en sus artículos 233 y 234. No se trata de un sujeto con poderes limitados, sino sólo quien ejerce la representación de la sociedad extendida a la generalidad de los actos comprendidos en el objeto social.

Además se requiere que exista una actuación en nombre propio o de la persona jurídica que se ejecuten en su beneficio bien directa o indirectamente y, con una actuación en nombre y por cuenta de la entidad.

La actuación antes en provecho, y con la actual redacción en beneficio constituye el elemento subjetivo específico que debe concurrir en la conducta típica de la persona

física, lo que implica que la persona física deba de ser consciente de que comete el delito y que es un modo idóneo de lograr un beneficio para la entidad, en el mismo sentido se pronunciaba la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2011. Y esa actuación del beneficio ha de ser entendida tanto en un sentido directo, como modo de obtener un beneficio empresarial, o indirecto, en el sentido de ahorro de un coste a sabiendas de que se incrementa el riesgo de un resultado delictivo-o debiendo haber sido consciente de ello, entendemos que puede ser habitual este tipo de comportamientos por ejemplo en el ámbito fiscal o de la seguridad social, relacionados con las obligaciones empresariales. Pues bien éste último, ha sido uno de los aspectos nuevos introducido por la reforma.

El requisito de actuación en nombre o por cuenta de la persona jurídica exige que la conducta del administrador o representante tenga lugar en el marco de sus funciones empresariales, que lógicamente no es cometer acciones ilícitas, pero que este tipo se enmarca en el ámbito de sus funciones, y así se ha configurado y especificado con mayor rigor en la nueva redacción del artículo 31 bis a), cuando precisamente se refiere a *“aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma”*.

Como ya hemos indicado, una segunda vía de la que se puede derivar responsabilidad es la cometida por un empleado, de la que la persona jurídica sea el empleador, y que deriva de una ausencia del *debido control* sobre la conducta del trabajador, que precisamente por ello ha procedido a cometer un delito en beneficio directo o indirecto de la entidad, actuando por cuenta de la persona jurídica y en el ejercicio de actividades sociales. El delito debe haber sido cometido por el trabajador o actuando por la empresa, es decir en ejercicio de actividades sociales y por cuenta de la entidad. Normalmente, el beneficio de la persona jurídica en estos casos, suele venir producido de modo indirecto, por ejemplo un trabajador que pretenda mejorar sus cifras, para aumentar su prestigio ante la organización o mejorar su *bonus*, actúa en provecho de la entidad, y así se consideró igualmente en la citada Circular 1/2011 del FGE, y se ha recogido en la nueva redacción.

Y es que el delito se puede cometer porque no exista el debido control de la entidad, sobre estos empleados, y éste es una de las piezas claves del sistema vigente, que ha quedado complementado con el requerimiento de las medidas de vigilancia y

control que además han de ser idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión, deban de ser efectivas. De ahí que se exija la existencia, supervisión y cumplimiento de un modelo de prevención implantado, además de que ese modelo haya sido confiado a un órgano de la persona jurídica, (el denominado en los ámbitos empresariales como *Officer Compliance*), con poderes autónomos de iniciativa y control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos existentes, entre otras cuestiones y al que nos referiremos más adelante.

Por otra parte, se requiere igualmente, que los autores individuales del delito lo hayan cometido precisamente eludiendo fraudulentamente los sistemas de organización y prevención fijados, y que por supuesto, no se haya producido una omisión o un ejercicio insuficiente de esas funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano que tuviera a su cargo el velar por ese debido control. Indicar igualmente, que la referencia al control debido, ha de aplicarse al caso concreto, lo que exige analizar la diligencia prestada en relación con las circunstancias y el concreto delito, por lo que en los casos en los que las circunstancias antedichas solamente puedan ser objeto de acreditación parcial, esta circunstancia será tomada en cuenta a efectos de la eventual atenuación de la pena.

Por consiguiente, la acreditación de que la persona jurídica tiene una política general de prevención de delitos no es suficiente para demostrar si se ha prestado el debido control en la evitación de cohechos, estafas, delitos tributarios, por ejemplo. Frente a considerar que bastaría la existencia de un Plan de Prevención de delitos, ha de tenerse en cuenta que ello no puede ser suficiente, sino que debe analizarse si la persona jurídica tenía no sólo el modelo de vigilancia y control idóneos, sino también si había adoptado medidas para prevenir, detectar o reprimir la comisión de delitos como el que efectivamente se cometió, así como si el modelo implantado en efecto era supervisado en lo relativo a su funcionamiento y si realmente se cumplía, y ello debiendo ser acreditado por quien tenía su responsabilidad.

En este sentido, hemos de considerar que en todo caso, será necesario, pero no suficiente implementar el denominado *Corporate Compliance*, sino exigir la supervisión de funcionamiento y cumplimiento. Muchas sociedades, han podido considerar que con dicha “formalidad” se podría cubrir cualquier riesgo, cuando ello no resulta ser así, y a ello se refiere precisamente la nueva redacción otorgada al citado precepto 31 bis CP.

Se requiere algo más, es decir si estamos investigando un delito tributario, no basta solo la existencia de documentos a disposición de los empleados en la web para conocimiento de ellos, si no que será necesario analizar si la entidad había adoptado cautelas específicas para prevenir esa concreta clase de infracciones, sin que además resulte excusa la costumbre en la forma de operar, ante supuestos que pudieren reiterarse en el tiempo. Por su parte, si en el caso concreto, se constatará la existencia de medidas específicas para la evitación del delito, y la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento, no podremos entender que ante cualquier fallo organizativo, opere la responsabilidad de la persona jurídica, sino si efectivamente existían en ese supuesto medidas idóneas de prevención del delito en cuestión, establecidas dentro de un plan de prevención además adoptado al más alto nivel empresarial, aunque la ejecución hubiere resultado descuidada o defectuosa, por parte de cualquier cuadro medio u otro empleado.

En definitiva, siguiendo al Tribunal Constitucional, la Circular FGE 1/2011 y la nueva redacción del apartado 2 del artículo 31 bis CP, el principio de culpabilidad, de rango constitucional excluye la imposición de sanciones por el mero resultado y sin atender a que la conducta del sancionado fue infractora o, por el contrario, plenamente diligente en su sentido más amplio.

Como venimos diciendo, no cualquier ejecución defectuosa de un empleado o fallo organizativo, determina la responsabilidad penal de la persona jurídica, si bien siempre que haya medidas idóneas de prevención, se controle su funcionamiento y cumplimiento; y ello exige que los órganos societarios y de gobierno hubieren adoptado todas las medidas exigibles para la prevención, detección y reacción ante posibles delitos, que fuera real y efectiva, atendiendo al caso concreto. En este sentido el apartado 4 del referido precepto, indica que si el delito es cometido en el ejercicio de las actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de la misma, por quienes estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas( las de más alto nivel en el ámbito societario) por haberse incumplidos los indicados deberes de supervisión y vigilancia, igualmente, podría quedar exenta la persona jurídica de la responsabilidad, pero siempre que antes de la comisión del delito, hubiere adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que sea el adecuado para la prevención de los delitos de la tipología del cometido.

Igualmente, resulta relevante comentar que en el apartado 3 del precepto referido, se dispone que para las personas jurídicas de pequeñas dimensiones, esto es las que están autorizadas a la presentación de cuentas Anuales abreviadas, y teniendo en cuenta los costes y dificultades que puede suponer en una compañía de pequeñas dimensiones, un órgano ex profeso para el plan de prevención de riesgos penales, dichas funciones de supervisión pueden ser asumidas directamente por el órgano de administración.

Con respecto a los modelos de organización y gestión a que se refiere la normativa, ha de señalarse que han de cumplir una serie de requisitos que se determinan en el apartado 5 del referido precepto, como la identificación de las actividades en cuyo ámbito se puedan cometer delitos, puesto que han de ser prevenidos, en otras palabras un mapa de riesgos penales; se habrán de fijar los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas en relación con aquellos; así como han de contar con modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir los delitos que hayan de ser prevenidos; además se habrá de informar de aquellos posibles riesgos e incumplimientos al órgano que sea el encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención; y con respecto a las personas físicas y para que sean conocedoras de este sistema, se ha de imponer un sistema disciplinario para los eventuales incumplimientos.

Por último, se exige la existencia de una revisión y verificación periódica del modelo, con objeto de proceder a las modificaciones y adaptaciones que se consideren necesarias, y fundamentalmente cuando existieran cambios en la organización, en la estructura del control o en la actividad societaria desarrollada que lo hiciera necesario. Por otro lado, importante la constatación de un sistema de seguimiento de las medidas implantadas y la corrección de los posibles incumplimientos, que ha de ser acreditado.

Es relevante destacar que en la reforma operada se han añadido dos nuevos preceptos, el artículo 31 *ter* CP y el artículo 31 *quarter* CP. El primero precisamente viene a ahondar en el ámbito de la asunción de la responsabilidad por la persona jurídica, para entender que existirá dicha responsabilidad penal y será exigible siempre que se constate la comisión del delito que haya tenido que cometerse por quien ostentara los cargos o funciones directivas, aunque no fuera identificada la concreta persona física responsable o cuando no hubiere sido posible dirigir el procedimiento contra la misma. Tampoco quedará excluida dicha responsabilidad penal de la persona jurídica, cuando la

conurrencia en las personas que materialmente hubieran realizado los hechos o en las que los hubieren hecho posible, al no haber ejercido el debido control, de circunstancias que afecten a la culpabilidad de la persona física acusada o que agravaran su responsabilidad, o el hecho de que dichas personas hubieran fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia. El segundo precepto indicado, reseña cuales habrán de ser las circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, que sólo lo podrán ser con posterioridad a la comisión del delito, a través del hecho de la confesión de la infracción a las autoridades, con carácter previo a que conociese que se hubiere iniciado un procedimiento judicial contra la misma; cuando hubiere colaborado en la investigación del hecho, mediante la aportación de las pruebas, en cualquier momento del proceso si fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales que se deriven de esos hechos; si se hubiere procedido a la reparación del daño o su disminución con anterioridad a la celebración del juicio oral; o por último, haber establecido, igualmente antes del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran llegar a cometerse con los mismos medios o bajo la cobertura de la persona jurídica.

A mayor abundamiento, mencionar que si bien la responsabilidad penal de la persona jurídica es independiente y autónoma respecto de la persona física que haya ejecutado materialmente el delito, se disponen los supuestos en los que cabría su exención. Y es que no es necesario que haya condena a la persona física, para que se pueda condenar a la persona jurídica, pues basta para la condena la prueba suficiente del hecho, aunque la persona física no se hubiere identificado. Se admite tanto la responsabilidad penal por imprudencia grave, como por culpa in vigilando, encontrándose abarcados expresamente no sólo los actos de tolerancia, sino también aquellas conductas imprudentes a que se refiere el artículo 12 del CP. Tampoco es necesario que el delito de la persona física (administrador, directivo o empleado) llegue a consumarse para poder imputar responsabilidad penal a la persona jurídica.

### **III. SOBRE EL CATÁLOGO DE DELITOS**

**La reforma penal se caracteriza por suponer una ampliación generalizada de la tipicidad de diversas direcciones. Se anticipa y así proliferan los delitos de peligro para castigar el abuso de condiciones de funcionamiento de la economía, el tráfico...aunque sea bajo el ropaje de bienes jurídicos colectivos pero etéreos y se incrementa por otra parte del número de delitos consistentes en la preparación de**

**otros como el de tenencia o posesión. Importante, es que la responsabilidad penal se extiende a la fase post-delictiva; y ahí están los delitos subsiguientes, creados para blindar la eficacia de la sanción penal.; sobre todo con delitos como el blanqueo, junto a los clásicos de encubrimiento y la receptación, y con la ayuda del decomiso.**

Se amplía en relación con las personas jurídicas el ámbito de las conductas prohibidas, caracterizándose la reforma, en éste área por la intensificación de la intervención penal. Podemos afirmar que sólo hay responsabilidad penal de las personas jurídicas para un catálogo cerrado de delitos, si bien ampliado con la reforma operada por la Ley 1/2015. Se trata de un sistema de “*numerus clausus*”, y en este sentido, los tipos delictivos que según la actual redacción del Código Penal puede provocar la responsabilidad penal de la persona jurídica del modo establecido en el artículo 31.bis C.P y siguientes. No obstante, en este aspecto habrá de considerarse igualmente la modificación incorporada por el CP con respecto a algunos de ellos, pues es relevante entender que se produce una revisión técnica de la regulación de varias figuras delictivas, como el decomiso, delitos contra la propiedad, el catálogo de las agravantes de la estafa, la administración desleal, delitos contra la propiedad intelectual e industrial, insolvencias punibles, corrupción en los negocios, malversación, corrupción de agentes públicos en el extranjero, delitos de atentado y desobediencia, alteraciones de orden público, incendios, detención ilegal o secuestro con desaparición, intrusismo; por su parte se tipifican nuevos delitos como la financiación ilegal de partidos políticos, el hostigamiento y acecho, divulgación no autorizada de imágenes o grabaciones íntimas obtenidas con la ausencia de la persona afectada, manipulación de dispositivos de control, delitos relativos a la intromisión en la intimidad de los ciudadanos, delitos contra la libertad intelectual, de corrupción en los negocios, como el pago de soborno o cohecho internacional, la incitación al odio y la violencia, el nuevo delito especial de acoso.

Si bien no todos los indicados, entran en el ámbito de la persona jurídica, sí se produce una ampliación del catálogo anteriormente existente. Dicho catálogo de delitos de los que es posible su comisión por la persona jurídica son los que se indican a continuación, habiendo no obstante, quedado suprimido el delito de la omisión del deber de control del empresario, que inicialmente en el proyecto de la reforma estaba previsto en el artículo 286.6.CP.



A continuación se señalan los tipos penales incluidos en el ámbito de la responsabilidad penal de la persona jurídica:

- ***Tráfico de órganos. Art.156 bis C.P.***
- ***Trata de seres humanos. Art. 177 bis .7°C.P.***
- ***Prostitución, explotación sexual y corrupción de menores y pornografía infantil. Art. 189 y ss. C.P.***
- ***Delitos informáticos Art.197 , 197 bis y 197 ter ( 197 quinquies) y 264 quarter CP***
- ***Delitos contra la intimidad personal y familiar. Art. 197 C.P.***
- ***Estafas. Art. 251 bis C.P.***
- ***Frustración de la ejecución (diversos delitos). Art. 258 ter. C.P.***
- ***Insolvencias punibles. Art. 259 CP***
- ***Daños informáticos. Art. 264 quarter C.P.***
- ***Delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial. Arts. 270 y 274 C.P.***
- ***Corrupción en los negocios. Art. 286 bis, 286 ter, 286 quáter C.P.( sustituyen al delito de la corrupción entre particulares)***
- ***Delitos relativos al mercado y a los consumidores. Art. 288 C.P.***
  - *Secreto de empresa. Arts. 278, 279, 280 C.P.*
  - *Alteración de precios. Art. 281 C.P.*
  - *Publicidad engañosa. Art. 282 C.P.*
  - *Facturación fraudulenta. Art. 283 C.P.*
  - *Delitos Bursátiles. Arts. 284 y 285 C.P.*
  - *Suministro fraudulento. Art. 286 C.P.*
- ***Blanqueo de capitales. Art. 302 C.P.***
- ***Delitos de financiación ilegal de los partidos políticos. Art. 304 bis.***
- ***Delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social. Art. 310 C.P.***
  - *Fraude a la Hacienda Pública. Art. 305 C.P.*
  - *Fraude por incumplimiento de obligaciones contables. Art. 310 C.P.*
  - *Fraude a los Presupuestos Generales de la Unión Europea/obtención fraudulenta de fondos de la Unión Europea. Art. 306 C.P.*
  - *Fraude a la Seguridad Social. Art. 307 C.P.*
  - *Fraude de subvenciones. Art. 308 C.P.*
- ***Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. Art. 318 bis C.P.***

- *Delitos urbanísticos. Art. 319 C.P.*
- *Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente. Art. 326, 326 bis, 327, 328 y 332, 337 bis C.P.*
- *Delitos relativos a la energía nuclear y radiaciones ionizantes. Art. 343 y 345 C.P.*
- *Delitos contra la salud pública. Art. 369 bis C.P.*
- *Delito de falsificación de tarjetas de crédito, débito y cheques de viaje. Art. 399 bis. C.P.*
- *Delito de cohecho. Art. 427 C.P.*
- *Delito de tráfico de influencias. Art. 430 C.P.*
- *Delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales. Art. 445 C.P.*
- *Delito de financiación del terrorismo. Art. 576 bis C.P.*

#### **IV. REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES EN RELACIÓN CON LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS**

Con carácter previo, es necesario señalar que según el actual Código Penal vigente, las personas jurídicas, no podían ser sujetos más que de delitos, pero no de faltas. Con la reforma de la Ley 1/2015, se suprimen del Código Penal las faltas, para regularse los delitos leves. Como veremos, con independencia de lo limitadas sentencias que existen sobre responsabilidad penal de la persona jurídica, habida cuenta fundamentalmente, lo reciente de la Ley 5/2010, de 22 de junio, por la que por primera vez se incorpora al ordenamiento jurídico penal, por lo que en la actualidad se carece de Jurisprudencia que pudiera ofrecer la opinión que a los Jueces y Tribunales les merecen la interpretación y aplicación de los delitos a las personas jurídicas. A ello se añadía que no era posible la condena a la persona jurídica por un hecho susceptible de ser tipificado como falta, y no como delito. Cuestión ésta, que se constata en las sentencias a las que a continuación nos vamos a referir únicamente a 4 sentencias dictadas en este ámbito, tres de las cuales absolutorias y una tan sólo condenatoria a la persona jurídica.

La primera previsión a que nos lleva la sentencia n. 26/2012, rec. 232/2011, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, secc.29, que estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto por los condenados en la instancia como autores de una falta de estafa, es que no cabe la condena a la persona jurídica por faltas.

*“En efecto, señala el Tribunal, entre otros pronunciamientos, que la reforma operada en el C.P. por LO 5/2010, de 22 de junio, introdujo la responsabilidad penal de las personas jurídicas, lo que faculta que estas en determinadas condiciones puedan ser condenadas como penalmente responsables de un ilícito en las condiciones que establece el art. 31 bis CP95. El primer presupuesto de esta responsabilidad es que sólo es posible en los casos expresamente previstos en el código. Así se deduce del citado artículo que en su párrafo primero establece “en los supuestos previstos en este código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de...”. De la redacción del mencionado precepto se deduce que sólo cabe esa condena en los supuestos expresamente previstos en el Código. Y entre estos supuestos no se encuentra la falta de estafa. Ninguna previsión específica existe respecto a la misma, ni siquiera una genérica que pudiera sustentar la posibilidad de mantener la responsabilidad penal de las personas jurídicas en cuanto a estas infracciones de tipo leve. Partiendo de esa falta de determinación legal, puesta en conexión con la propia redacción del art. 31 bis CP 95 que exige expresa previsión del código, y además reconduce en todo caso esta responsabilidad al supuesto de delitos, ha de concluirse que no cabe una condena a persona jurídica en relación a una falta, ni en general, ni en concreto a la de estafa.”*

En el caso que nos ocupa, dicha inicial condena por una falta de estafas del art. 623.4 del CP, lo fue junto a la condena a los de los operarios cualificados de la citada sociedad mercantil, que fueron igualmente condenados cada uno de ellos por una falta de estafa, si bien ha de indicarse que se condena a la persona jurídica como responsable civil subsidiario respecto a la indemnización a la que fueron condenados solidariamente los empleados de la misma.

La Audiencia Provincial de Sevilla sec.4 5 de noviembre 2013, num. 562/2013, rec. 4760/2013, en relación con una falta estafa de la que una persona jurídica es condenada en la instancia, pero que en recurso de apelación es estimada, precisamente en base a que una persona jurídica no puede en ninguna caso ser condenada como autora de una falta de estafa, ni de cualquier otra infracción venial, al no haber en el C.P. 95, términos hábiles para dicha condena, en los términos que determina el libro III. Y dice expresamente la sentencia que *“huelga decir que no cabe una aplicación extensiva o analógica de la incriminación de las personas jurídicas a casos no previstos expresamente, por impedirlo la exigencia de “ley estricta” comprendida en el principio de legalidad y plasmada en el art. 4.1 del C.P., amén de la propia diferencia en el*

*sistema de penas específico de las personas jurídicas. Respecto de estas el legislador penal ha optado por el criterio *mínimis non curat praetor* y el aplicador de la ley no debe sino respetar esa opción.”*

En la sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete sec.1, de 7 de enero de 2014, rec.8/2013, se condena al acusado de un delito de falsedad en documento mercantil cometida entre particulares de los artículos 392 y 390.2 del CP en concurso medial con un delito de estafa, de los artículos 248.1º y 250.1º del C P., ya que se considera por el Tribunal que existe una relación medial entre los delitos, ya que el engaño constitutivo del delito de estafa se logró mediante la entrega de documento mercantil falso. En este supuesto, se condena en efecto a la persona jurídica mercantil privada por el delito de estafa, rigiéndose la pena que se le impone por el artículo 251 bis. A del C.P., que prevé una “*multa del triple al quíntuple de la cantidad defraudada, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años*”, en consecuencia se le impone la pena mínima de multa de triple de lo defraudado, siendo además tanto el administrador de la persona jurídica como la misma entidad responsables civilmente de las consecuencias dañosas para las víctimas.

Por último, la Audiencia Provincial de la Coruña, sec.2ª en sentencia de 14 de julio de 2014, n. 418/2014, rec.9/2014, resuelve absolver a los acusados de los delitos de trata de seres humanos con fines de explotación sexual de los artículos 177 bis 1b y art. 177.7 CP en concurso medial con dos delitos de coacción a la prostitución del art. 188.1 del CP imputados, por cuanto considera no existe en el presente caso ninguna corroboración periférica del relato de lo sucedido ofrecido por las denunciadas en las declaraciones que prestaron en la fase de instrucción. Es relevante el presente supuesto, por cuanto la absolución de la autora persona jurídica, imputada inicialmente por los delitos previstos en el art. 177.7 y 31 bis del CP de trata de seres humanos y responsable en concepto de autora de dos delitos de prostitución, de acuerdo con lo previsto en el art. 189 bis y 31 bis del CP, se produce por falta de pruebas, y en virtud del principio in dubio pro reo, pero debiéndose destacar que en este caso, entre las penas que le eran solicitadas precisamente se encontraba además de las pecuniarias, la disolución de la misma como persona jurídica, en virtud de lo previsto en el art. 33.7 y 66 bis 2º del CP.

## **V. SISTEMA PREVENTIVO DE RIESGOS PENALES**

Al no estar establecido en la Ley los rasgos básicos del modelo de organización preventivo, se ha hecho necesario indagar cuales deben ser las características mínimas

de un sistema de control interno de cumplimiento. Lo cierto es que en el actual marco regulatorio global las organizaciones cada vez están más sujetas a normativas internacionales relacionadas con la comisión de delitos, sobre todo en el ámbito de la corrupción y soborno. En este campo, muchos gobiernos siguen las recomendaciones de la OCDE (Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico), en particular los de Reino Unido, Francia, Turquía y España, entre otros, han reformado sus legislaciones alieándolas a la lucha contra el fraude y la corrupción. De acuerdo con las recomendaciones de la OCDE, los programas de cumplimiento normativo definen los principios, valores, reglas de actuación y comportamientos de la actividad de las organizaciones, cuestiones que deben aceptarse, comunicarse, supervisarse, reevaluarse y adaptarse con regularidad, para asegurar la eficacia continua de los controles internos, medidas y políticas de las compañías.

Dada la relevancia de estas modificaciones legislativas, y el impacto sobre las personas jurídicas, podemos afirmar que en el ámbito empresarial, se ha ponderado necesaria la adopción de medidas preventivas bajo lo que se ha denominado, como *Corporate Compliance*, para designar aquel conjunto de medidas y mecanismos que se crean, previo el correspondiente análisis preventivo de los riesgos penales que potencialmente pueden afectar a una persona jurídica en particular, cuyos fines se han venido centrando en la realización de las oportunas recomendaciones para que la empresa adopte medidas tendentes a minimizarlos, así como la demostración, si llegare el momento, sobre la implantación del correspondiente sistema de control interno tendente a prevenir estas situaciones.

En cualquiera de sus categorías: apropiación de activos, corrupción en los negocios, cohecho, corrupción en las transferencias internacionales, manipulación contable, uso de información privilegiada, financiación de partidos políticos, etc., los delitos económicos han derivado en nuevas amenazas para las organizaciones de todo el mundo. La irrupción de las nuevas tecnologías y las dificultades de las organizaciones para adaptarse por sí solas a un entorno económico en cambio continuo, complican estas situaciones de riesgo, dando lugar al aumento de los delitos informáticos, a los daños informáticos, a los delitos relativos a la propiedad intelectual en el ámbito de Internet, etc... El aumento de los fraudes detectados y su impacto han obligado a invertir en nuevas medidas de prevención para minimizar daños, por lo que se hace necesario contar con un programa eficaz de prevención, detección e investigación de delitos; junto

con el que deben constar otros elementos, como puedan ser un órgano colegiado o unipersonal independiente, que vele por la aplicación del Código de Conducta y sirva para procurar un comportamiento profesional, ético y responsable en las organizaciones; un código de Conducta o de Buenas Prácticas que defina los principios y valores que rigen las relaciones de la organización y su grupo de interés; el compromiso de la Alta comunicación; un plan de comunicación y de formación para toda la organización; un programa eficaz de prevención, detección e investigación de Fraude, así como un canal de denuncias.

El objeto de estas medidas podemos decir que es doble: por un lado, facilitar al mercado información sobre los mecanismos específicos que la entidad mantiene un ambiente de control interno que propicia la generación de información financiera completa, fiable y oportuna; y por otro, prevenir y atenuar las posibles conductas irregulares así como propiciar las vías para detectarlas. La función de vigilancia tiene una especial importancia respecto de la prevención y supervisión de conductas que pueden dar lugar a un número considerable de delitos. La función de asesoramiento se ha de dirigir a los directivos y sus colaboradores a quienes debe proporcionar los conocimientos necesarios para el cumplimiento de las normas y reglamentos vigentes, así como a las directivas de carácter ético establecidas por la empresa, cuya importancia preventiva no se debe infravalorar. Actualmente parece que se está imponiendo el hecho de que la observación de una serie de principios éticos que son la definición y transposición de una cultura empresarial que se ha impuesto determinadas ideas comunes de valor, tiene ventajas para todos los partícipes. El asesoramiento tiene especial importancia tanto en el ámbito de la responsabilidad penal individual de los directivos, como en el de la responsabilidad de la empresa. Y es que este asesoramiento puede ser eficaz e ir más allá del estricto derecho penal y se debe extender hasta a cuestiones relacionadas con infracción de otro tipo de normas como el de las administrativas.

No obstante, ante un hipotético proceso por la comisión de un delito por administrador de derecho o de hecho o por un empleado en el ámbito de sus funciones y de la actividad social, el *Corporate Compliance* servirá para acreditar que la persona jurídica ha ejercido el debido control que le es exigible y, por lo tanto, se ampliarían las

posibilidades de alcanzar una sentencia absolutoria.<sup>3</sup>, si bien habrá de estarse a cada supuesto en concreto, sin que sean suficientes las generalidades. En todo caso, estas medidas de control penal, como ha quedado indicado han venido a cobrar especial importancia al contemplar el CP, como atenuante específica aplicable a las personas jurídicas que hubieran establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica, por lo que sus efectos serán siempre beneficiosos para la empresa. Asimismo, se le podrá aplicar la atenuante de colaboración con la justicia, así como la de reparación del daño causado. De ahí que puede ser relevante la implantación en las empresas de Planes de Prevención de Riesgos Penales, orientados a conseguir reflejar un sistema estructurado y orgánico de la prevención y control dirigido a la reducción del riesgo de comisión de delitos relacionados con su ámbito empresarial, que podría enmarcarse en el seno de las distintas Políticas y Controles empresariales, a los efectos de la constatación, si llegara el supuesto concreto de su implicación en las normas de buen gobierno corporativo, y la sensibilidad con la responsabilidad social de la empresa, y ello con independencia de la necesidad de fijar cada día mayores medidas de lucha contra el fraude en el ámbito empresarial, habida cuenta de la realidad penal con la que nos encontramos en sede de los Tribunales.. Lógicamente, alcanzar dichos fines determina la realización de una serie de actividades y trabajos, en los que cobran suma relevancia, en primer lugar la Identificación de riesgos penales con objeto de proceder a un análisis preliminar de las distintas actividades de las empresas de las que pueden derivarse potencialmente riesgos penales. De forma sintética, únicamente mencionar que podemos hablar de cinco elementos que se hace necesarios para la citada detección del fraude en sentido amplio, el establecimiento de un programa de gestión del riesgo de fraude, como parte de la estructura de gobierno de las organizaciones; realización de evaluaciones periódicas de

---

<sup>3</sup> El nuevo CP de Reforma del Código Penal introduce importantes cambios entre los que destacan el nuevo artículo 31 bis del Código penal que exime literalmente de responsabilidad criminal a la persona jurídica en los casos de delitos cometidos por representantes y administradores cuando éstos hayan (i) adoptado modelos de organización y gestión que incluyan medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos, (ii) cuando hayan confiado su supervisión a un órgano con poderes autónomos de iniciativa y control, (iii) cuando los autores materiales hayan cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención, y, (iv) siempre que no se haya producido una omisión o ejercicio insuficiente de las funciones de supervisión, vigilancia y control del órgano encargado, y para los supuestos de delitos cometidos por los empleados o personas dependientes cuando, antes de la comisión del delito, cuenten con modelos de organización y gestión que resulten adecuados para prevenir el delito cometido, resultando igualmente aplicables los requisitos antes vistos.

la exposición de riesgo al fraude, con el fin de identificar potenciales actuaciones y fraudes específicos; implantación de técnicas de prevención, que eviten, en la medida de lo posible la comisión de delitos, y mitiguen sus impactos; Implantación de técnicas de detección para descubrir fraudes, cuando las técnicas preventivas hubieren fallado; y fijación de procedimientos de *reporting*, para solicitar input sobre potenciales fraudes. Por último, indicar que las funciones de verificación ex ante, no se pueden nunca confundir con las ex poste, que por ejemplo deba llevar a cabo un sistema de auditoría interna, si bien éste será un órgano que lógicamente haya de colaborar en las verificaciones.

## **VI. SOBRE EL COMPLIANCE OFFICER**

En primer término, podemos indicar que esta figura es habitual en otros Estados de nuestro entorno, pero de muy reciente introducción en España. Su función principal radica en el control del cumplimiento de la normativa aplicable al sector de que se trate y fundamentalmente, se ha venido instaurando en el ámbito del blanqueo de capitales. En efecto, como consecuencia de los numerosos escándalos financieros y contables producidos en algunas empresas, se han venido poniendo en marcha una batería de nuevas regulaciones, nacionales e internacionales, enfocadas a asegurar la transparencia y el cumplimiento estricto de las Leyes. En este escenario, cada vez con más asiduidad se habla de la figura o el rol del *Compliance Officer*, es decir aquel profesional encargado de inspeccionar, hacer un seguimiento y gestionar todos los asuntos vinculados directamente con la organización, para la prevención del delito. La preservación del secreto profesional y de la doctrina del producto del trabajo son consideraciones entendidas como claves.

Podemos referirnos someramente al rol que asume en una organización el *Compliance Officer* en cuanto responsable frente al Comité de Dirección de cumplir con las responsabilidades fiduciarias que le fueron delgadas, que además tiene la responsabilidad de promover y mantener los estándares de la organización de que se trate, así como el cumplimiento del Programa de *Compliance*. Ejerce una función de guía y consejero para ejecutivos y Comité de Dirección de la organización en ética y cumplimiento, además de ser un apoyo al CEO y al propio Comité de Dirección para la creación y promoción de valores y estándares de la entidad. Ha de tomar parte en las decisiones relevantes que afecten a las personas, debe tener una conexión con las operaciones de la compañía para construir una cultura ética, estableciendo los objetivos



organizacionales para *Compliance*, supervisando la evaluación del riesgo organizacional de actos eventualmente ilegales. Por otra parte, una de las características principales que se le atribuye es su independencia, que ha de quedar acreditada por la función de levantar temas sin miedos a conflictos de interés o castigo, supervisando esas evaluaciones del programa que se hubiere aprobado. Pero para la efectividad de su función, y la supervisión de la misma, habrá de implementar sistemas de medida para monitorizar la performance del programa, informando al Comité de Dirección y al Senior Management sobre riesgos detectados, incidentes y avance del programa de *Compliance*.

Ahora bien esta actividad no tendrá la efectividad pretendida, si no se logra una labor de sensibilización sobre los empleados para los temas éticos y legales, para lo que resulta de suma relevancia dentro de ese Programa, la debida formación a los empleados sobre el Código ético de la organización, y el conjunto de valores que han de imperar. En el supuesto de que una entidad tenga dificultades en relación con sanciones que se puedan imponer, consecuencia de las regulaciones aplicables, habrá de asistir a los ejecutivos respecto a la prevención de esos actos ilegales y tratarlos efectivamente cuando se produzcan. Por último, no es posible un buen sistema de *Compliance*, si no existe un compromiso al más alto nivel con esos valores y la cultura ética de la empresa.

Este nuevo órgano a instaurar como sistema preventivo de riesgos penales de la persona jurídica, requiere además un sistema que conlleve un impacto económico, ya que exigirá un propio equipo de *Compliance*, con recursos específicos atribuidos, con propio presupuesto y con sistemas de control- monitorización, que podrán llevarse a cabo mediante sistemas IT. Por su parte, se exigirá la existencia de un impacto funcional, que determinará la interacción del OC con las distintas áreas de negocio, tratándose esta figura no de “una especie de policía” sino de un Departamento de apoyo en las empresas.

La cuestión principal que en este área de la prevención de la responsabilidad penal de las empresas se plantea, es como deben actuar las empresas si existiera una investigación interna que confirmara la credibilidad de una denuncia de un hecho ilícito. El artículo 31 bis 4 del CP reformado, y que se introduce ex novo diferencia entre las medidas de descubrimiento y medidas de prevención del delito a los efectos de apreciar la correspondiente atenuación para la empresa que cuente con ellos. Aunque, de entrada los procedimientos internos de denuncia en una organización parece que puedan ser

fundamentalmente el medio para la averiguación de hechos ya acontecidos, si se diseñan adecuadamente pueden incorporar también una dimensión preventiva que aumenten su eficacia.

El descubrimiento de los hechos a través de estos sistemas pueden permitir detectar las deficiencias en los mecanismos de control e introducir las correspondientes medidas correctoras que eviten delitos futuros. Otra de las cuestiones, que se pueden plantear en esta materia, es si la empresa debiera o no proceder a denunciar a sus propios directivos o trabajadores ante la Jurisdicción penal, materia en la que se requeriría una distinción básica entre aquellos supuestos en los que la empresa haya sido víctima de las irregularidades descubiertas y, aquellos otros supuestos en los que la organización se habría beneficiado de una conducta de sus directivos o empleados que haya perjudicado bienes jurídicos de terceros o de la colectividad. En el primer caso, la empresa, en tanto que víctima, no debería temer consecuencias en caso de no denunciar, lo que no ocurre en el segundo, por cuanto sí podría dar lugar a responsabilidad de la empresa si se cumplen los restantes requisitos del artículo 31bis CP reformado. El hecho de denunciar no sólo puede suponer que se abriera un procedimiento contra el empleado responsable, sino el riesgo de que se impute a la propia persona jurídica o, cuando menos se le exija responsabilidad civil de acuerdo con el artículo 120 CP.

Para terminar, indicaremos que es exigible un compromiso de auto denuncia para que la empresa se pudiera beneficiar de las circunstancias atenuantes en caso de incurrir en responsabilidad penal. El hecho de que el legislador incentive a las empresas con la correspondiente atenuación-incluso exención- en caso de contar con las medidas eficaces de descubrimiento y prevención de delitos sólo se justifica por la voluntad de que desde las propias empresas se contribuya a esclarecer los hechos respecto de cuya persecución existe un interés público, tanto por la necesidad de proceder a su punición, como por la pretensión de compensar o reparar el daño causado. Y el hecho de que una empresa pudiera investigar y descubrir un hecho delictivo pero decidiera finalmente procesarlo únicamente de manera interna, es decir, únicamente con medidas disciplinarias, en nada contribuiría a la satisfacción de las citadas pretensiones, como tampoco al fin perseguido por la norma. De ahí, que a falta de Jurisprudencia sobre estas materias en la actualidad, hemos de indicar que el hecho de un Plan de Prevención de Delitos o incluso de un *OC*, con un sistema de denuncia interno, en tanto no conllevara el compromiso de poner eventuales hechos delictivos en conocimiento de la

Autoridad, entendemos no podría ser considerado como una medida eficaz de descubrimiento del delito que pudiera dar lugar a beneficios jurídico-penales. No se trata de la existencia de la adopción de medidas únicamente de tipo disciplinario en la organización, sino que se requiere que en efecto quede garantizada la satisfacción del interés público en la sanción del posible delito, así como la reparación del daño. En definitiva, si además de la implantación de un *Corpore Defense*, la empresa ante un supuesto concreto de hecho delictivo, procede a la confesión, y reparación del daño y aportación de elementos probatorios suficientes, podría llegar a beneficiarse de atenuaciones relevantes, que de acuerdo con los artículos 66 y 66 bis CP, podrán suponer la imposición de una pena inferior en dos grados a la prevista. Por otra parte, si la empresa no contaba con ningún programa de prevención será necesario que el plan que se diseñe antes de la apertura del juicio oral estableciendo medidas de control relacionadas con el foco del riesgo que haya motivado la imputación a la empresa. Si por el contrario, dicho plan ya existía deberá acreditarse que se han llevado a cabo las actuaciones oportunas para modificar o reforzar los controles ya previstos, al haberse mostrado ineficaces para lograr la prevención eficaz de las conductas delictivas. Y para poder acreditar todas las citadas iniciativas ante el Juez será necesario que todo ello se encontrare debidamente documentado.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

- LAMARCA PÉREZ, C. (coord.), Delitos y Faltas. La parte especial del Derecho Penal. Colex. Madrid.2012.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, G., La responsabilidad penal de las personas jurídicas y los principios básicos del Sistema. Abogados .Septiembre 2010.
- Circular de la Fiscalía General Del Estado 1/2011 relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal Efectuada por la Ley Orgánica número 5/2010.
- Instituto de Auditores Internos de España, Gestión del Riesgo de Fraude: prevención, detección e Investigación. Colección la Fabrica del Pensamiento. Enero 2015.
- Obra colectiva Memento Penal 2015. Francisca Lefebvre
- Reforma. Un nuevo Código Penal. Dossier de ACTUALIDAD LEGISLATIVA. Revista Aranzadi. Marzo 2015.
- PONENCIAS ICAM. Jornada sobre COMPLIANCE. Abril 2015.

\* \* \* \* \*

## **Ildefonso Manuel Gómez Padilla**

Abogado en ejercicio. Ex-Magistrado Suplente. Máster en Derecho Deportivo y Doctorando  
Univ. de Jaén. Socio de la FICP.

### **~La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el ámbito del Derecho deportivo~**

#### **I. RESUMEN**

Con el paso del tiempo, nuestro derecho ha evolucionado "a la fuerza" sobre todo por el compromiso adquirido por nuestro país con el resto de países de su entorno europeo y dentro del marco del derecho deportivo, mucho más si cabe, debido al marco normativo internacional y privado en el que se mueve su regulación.

En lo que respecta a la responsabilidad penal de las personas jurídicas a nivel interno, no esta tan lejana la aseveración latina que promulgaba nuestra regulación "societas delinquere non potest", y es que no deja de llamar la atención, como mínimo, que un ente abstracto pueda incurrir en un ilícito penal y que ello le depare una consecuencia jurídica, esto es una pena, que realmente le pueda intimar a cumplir la norma, sobre todo si tenemos en cuenta que el máximo exponente de la sanción penal en nuestro derecho penal es la pena de prisión, algo inviable de cumplir, estricto sensum, para una persona jurídica.

Con el presente trabajo, se pretende dar un breve repaso a la evolución que ha sufrido en nuestro ordenamiento la responsabilidad penal de una persona jurídica, de un extremo al otro, con inclusión de la futura reforma que afecta en la materia. Al tiempo, para finalizar con una extrapolación de dicho concepto al derecho deportivo, en los entes, por antonomasia, que operan bajo el auspicio de este régimen jurídico especial.

#### **II. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURIDICAS. DEL "SOCIETAS DELINQUERE NON POTEST" AL "SOCIETAS DELINQUERE POTEST"**

De esta manera, el brocado "societas delinquere non potest" se ha extinguido en España como ya sucedió anteriormente en países como Austria, Bélgica, Dinamarca, Francia, Finlandia, Holanda, Portugal, Suecia, etc. El texto penal establece ahora una responsabilidad penal para las personas jurídicas que trae como consecuencia la imposición a éstas de unas sanciones penales. Esta responsabilidad, según lo previsto en la LO 5/2010, no sustituye a la de la correspondiente persona física, sino que, por el

contrario, se acumula a ésta. El texto deja claro que la responsabilidad penal de la persona jurídica podrá declararse con independencia de que se pueda o no individualizar la responsabilidad penal de la persona física.

Quedan incluidas dentro del concepto de personas jurídicas y pueden ser, por ello mismo, penalmente responsables, las asociaciones, entendidas como agrupación de personas para un determinado fin (sociedades anónimas, de responsabilidad limitada, cooperativas, mutuas, clubes deportivos, organizaciones no gubernamentales, etc.), así como también las fundaciones, entendidas como organizaciones de bienes establecidas por una persona para la consecución de fines concretos.

Conforme dispone el apartado 1.º del artículo 31 bis del texto punitivo el presupuesto para que pueda decretarse la responsabilidad penal de las personas jurídica es necesario el cumplimiento de dos hipótesis:

1) la previa comisión del delito, perpetrado en nombre o por cuenta y en provecho de la sociedad por parte de persona física en quien concurra la condición de representante legal o administrador de hecho o de derecho, esto es, que ostente un poder de dirección, cimentado en la atribución de su representación o en su autoridad, conectada ésta última a la idea de poder al adoptar decisiones en su nombre o para controlar el funcionamiento de la sociedad.

2) las personas jurídicas también serán responsables de los delitos protagonizados por personas físicas en el ejercicio de actividades sociales que se verifiquen por cuenta y en provecho de aquellas.

Para la fijación de la responsabilidad de las personas jurídicas se ha optado por establecer una doble vía. Junto a la imputación de aquellos delitos cometidos en su nombre o por su cuenta, y en su provecho, por las personas que tienen poder de representación en las mismas, se añade la responsabilidad por aquellas infracciones propiciadas por no haber ejercido la persona jurídica el debido control sobre sus empleados, naturalmente con la imprescindible consideración de las circunstancias del caso concreto a efectos de evitar una lectura meramente objetiva de esta regla de imputación.

El apartado 2.º del artículo 31 bis del Código penal precisa que no es necesario identificar a la persona natural que ha cometido el delito bastando tan solo con que se

constate que alguien que reúne la cualidad de representante, administrador o empleado de la sociedad ha realizado el delito.

Es cierto que el artículo 31 bis, hasta la fecha, no ha dado lugar a ninguna sentencia condenatoria, ni son demasiados los procesos que se han abierto. Pero también es cierto que desde 2010, la legislación permite acusar no solo a personas físicas sino también a personas jurídicas.

Se opta, por tanto, por un sistema de *numerus clausus* conforme al cual la responsabilidad penal de las personas jurídicas solo podrá ser declarada con respecto a un catálogo cerrado de delitos previsto legalmente: insolvencias punibles –art. 261 bis-, delitos contra la propiedad intelectual e industrial, el mercado y los consumidores –art. 288-, delito de blanqueo de capitales –art. 302-, delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social –art. 310 bis-, delitos urbanísticos –art. 319-, delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros –art. 318 bis-, delitos contra el medio ambiente –art. 327 y 328-, etc.

Sin perjuicio de lo señalado a la fecha de hoy como derecho vigente, no se puede obviar la publicación en BOE de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo por la que se modifica la actual Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal con entrada en vigor para el próximo Julio de 2015. Con la presente reforma, se lleva a cabo una mejora técnica en la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, que fuera introducido por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, definiendo los presupuestos que deben cumplir los modelos de prevención y estableciendo las funciones de supervisión que pueden asumir los órganos que las tengan encomendadas. Se suprime el delito de omisión del deber de control que estaba inicialmente contemplado en el Proyecto, y que castigaba a los empresarios que no implementaran en su organización los planes de prevención del art. 286.6 del Código Penal. Se limita la responsabilidad penal de las personas jurídicas cuando el delito haya sido cometido por sus dependientes, y se extiende a las sociedades mercantiles estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general, que podrán ser castigadas con multa o intervención judicial.

De este modo, se procede a dejar esbozado, mediante cuadro sinóptico y comparado, la actual y posterior normativa que será derecho vigente con las novedades que la misma introduce al respecto, destacando como novedades fundamentales en lo que respecta a la finalidad de la reforma que trata de delimitar adecuadamente el

contenido del debido control cuyo quebrantamiento permite fundamentar su responsabilidad penal y la extensión a las sociedades mercantiles estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general y se les podrá imponer penas de multa por cuotas o proporcional o medida de intervención judicial.

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 (SP/LEG/17255)		
ARTÍCULO ÚNICO Modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal		
Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo SP/LEG/17255	CÓDIGO PENAL Texto anterior SP/LEG/2486	CÓDIGO PENAL Texto posterior SP/LEG/2486
<p><b>Diecinueve.</b> Se modifica el art. 31, que queda redactado como sigue:</p>	<p><b>Artículo 31</b></p> <p>El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o <u>falta</u> requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre.</p>	<p><b>Artículo 31</b></p> <p>El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre.</p>
<p><b>Veinte.</b> Se modifica el art. 31 bis, que queda redactado como sigue:</p>	<p><b>Artículo 31 bis</b></p> <p>1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, <u>y en su provecho</u>, por sus representantes legales <u>y administradores de hecho o de derecho.</u></p> <p><u>En los mismos supuestos, las personas jurídicas serán también penalmente responsables</u> de los delitos cometidos, en el</p>	<p><b>Artículo 31 bis</b></p> <p>1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables:</p> <p>a) De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, <b>y en su beneficio directo o indirecto</b>, por sus representantes legales <b>o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma.</b></p> <p>b) De los delitos cometidos, en el ejercicio</p>

	<p>ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en <u>provecho</u> de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos <u>por no haberse ejercido sobre ellos el debido control</u> atendidas las concretas circunstancias del caso.</p> <p><sup>1</sup> <u>2. La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el apartado anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella. Cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de multa, los jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquellos.</u></p> <p><u>3. La concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, o el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia, no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin perjuicio de lo que se dispone en el apartado siguiente.</u></p> <p><sup>2</sup> <u>4. Solo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes actividades:</u></p> <p><u>a) Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades.</u></p> <p><u>b) Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos.</u></p> <p><u>c) Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito.</u></p>	<p>de actividades sociales y por cuenta y en <b>beneficio directo o indirecto</b> de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos <b>por haberse incumplido gravemente por aquellos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad</b> atendidas las concretas circunstancias del caso.</p> <p><b>2. Si el delito fuere cometido por las personas indicadas en la letra a) del apartado anterior, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si se cumplen las siguientes condiciones:</b></p> <p><b>1.ª</b> el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión;</p> <p><b>2.ª</b> la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica;</p> <p><b>3.ª</b> los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención y</p> <p><b>4.ª</b> no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la condición 2.ª</p> <p>En los casos en los que las anteriores circunstancias solamente puedan ser objeto de acreditación parcial, esta circunstancia será valorada a los efectos de atenuación de la pena.</p> <p><b>3. En las personas jurídicas de pequeñas dimensiones, las funciones de supervisión a que se refiere la condición 2.ª del apartado 2 podrán ser asumidas directamente por el órgano de administración. A estos efectos, son personas jurídicas de pequeñas dimensiones aquellas que, según la legislación aplicable, estén autorizadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada.</b></p> <p><b>4. Si el delito fuera cometido por las personas indicadas en la letra b) del</b></p>
--	---	--



	<p><u>d) Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica.</u></p> <p><u><sup>3</sup>5. Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones Públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades Públicas Empresariales, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía, administrativas o cuando se trate de Sociedades mercantiles Estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general.</u></p> <p><u>En estos supuestos, los órganos jurisdiccionales podrán efectuar declaración de responsabilidad penal en el caso de que aprecien que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal.</u></p>	<p>apartado 1, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si, antes de la comisión del delito, ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión.</p> <p>En este caso resultará igualmente aplicable la atenuación prevista en el párrafo segundo del apartado 2 de este artículo.</p> <p>5. Los modelos de organización y gestión a que se refieren la condición 1.ª del apartado 2 y el apartado anterior deberán cumplir los siguientes requisitos:</p> <p>1.ª Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos.</p> <p>2.ª Establecerán los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquellos.</p> <p>3.ª Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos.</p> <p>4.ª Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención.</p> <p>5.ª Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo.</p> <p>6.ª Realizarán una verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios.</p>
<p><b>Veintiuno.</b> Se introduce un nuevo art. 31 ter, con el siguiente contenido:</p>		<p>Artículo 31 ter<sup>4</sup></p> <p>1. La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se cometiere la comisión de un delito que haya</p>

		<p>constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el artículo anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella. Cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de multa, los jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquellos.</p> <p>2. La concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, o el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia, no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin perjuicio de lo que se dispone en el artículo siguiente.</p>
<p><b>Veintidós.</b> Se introduce un nuevo art. 31 quáter, con el siguiente contenido:</p>		<p><b>Artículo 31 quáter<sup>5</sup></b></p> <p>Solo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes actividades:</p> <p>a) Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades.</p> <p>b) Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos.</p> <p>c) Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito.</p> <p>d) Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica.</p>

<p><b>Veintitrés.</b> Se introduce un nuevo art. 31 quinquies, con el siguiente contenido:</p>	<p><b>Artículo 31 quinquies<sup>6</sup></b></p> <p>1. Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades públicas Empresariales, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas.</p> <p>2. En el caso de las Sociedades mercantiles públicas que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general, solamente les podrán ser impuestas las penas previstas en las letras a) y g) del apartado 7 del artículo 33. Esta limitación no será aplicable cuando el juez o tribunal aprecie que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal.</p>
<p>OCTAVA Entrada en vigor</p>	
<p>La presente Ley Orgánica entrará en vigor el 1 de julio de 2015.</p>	

### III. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURIDICAS EN EL AMBITO DEL DERECHO DEPORTIVO.

Si una asociación deportiva, un club deportivo o una sociedad anónima deportiva (en lo sucesivo SAD) comete acciones tipificadas en el Código penal se verá sometida a responsabilidad penal como cualquier otra persona jurídica. Esta posibilidad es obra de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, que ha introducido en el Ordenamiento Jurídico Español la responsabilidad penal directa e independiente de las personas jurídicas, responsabilidad que únicamente podrá ser declarada en aquellos supuestos donde expresamente se prevea. Esta misma línea se continua con la Ley Orgánica 1/2015.

Dentro del Derecho Deportivo, es necesario hacer una diferenciación fundamental entre asociación deportiva, club deportivo y SAD, todo sobre la base de su carácter profesional o no profesional (amateur) en su funcionamiento.

La asociación deportiva como ente no profesional se estructuran sobre la base asociativa de los clubes deportivos elementales y los básico del artículo 18 de la Ley 10/1990 del Deporte, siendo la responsabilidad de sus directivos común para ambos; mientras que para los entes profesionales (club deportivo y SAD) su directivos tienen responsabilidades diferenciadas.

### **1. Régimen de responsabilidad penal de los directivos de las asociaciones deportivas**

El derecho de asociación constitucionalmente reconocido viene regulado por Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación (LODA), sin perjuicio de la Ley del Deporte a nivel nacional y autonómico. En su art. 15 se contempla el régimen general de responsabilidades para sus directivos, entendiendo por estos, los miembros o titulares de los órganos de gobierno y representación y personas que obren en nombre de la asociación, si bien en lo que a este trabajo nos atañe, es el apartado 6 el que explicita: “La responsabilidad penal se regirá por lo establecido en las leyes penales.” No obstante, de manera genérica, responderán ante la sociedad, socios y terceros por los daños causados y deudas contraídas por actos dolosos, culposos o negligentes realizados en el ejercicio de sus funciones y por los acuerdos que hubiesen votado, por tanto no responsabilidad objetiva y no asumiendo responsabilidades en caso fortuito o de fuerza mayor, siendo la regla general la de la solidaridad cuando el acuerdo se adopte colegiadamente sin que pueda determinarse individualmente la responsabilidad.

### **2. Régimen de responsabilidad penal de los administradores de las SAD.**

La normativa marco en este caso viene delimitada fundamentalmente por la Ley del Deporte (LD) 10/1990, Real Decreto 1251/1999, de 16 de julio de Sociedades Anónimas Deportivas y específicamente en lo que nos atañe nuestro Código Penal vigente.

Para los administradores de estas sociedades hay dos tipos de responsabilidades: las propias de las S.A. y la responsabilidad por infracciones y sanciones por cuestión de disciplina deportiva administrativa regulada en la LD.

El art. 133 LSA prevé que para que haya responsabilidad de los administradores, no es suficiente que sus actos sean lesivos para los intereses sociales, respondiendo los administradores por los daños causados por actos u omisiones contrarios a la ley,

estatutos o incumplimiento inherentes al cargo, siendo en iguales términos en cuanto a la solidaridad expuesta con anterioridad.

En las SAD, tanto estas como los administradores de las mismas pueden incurrir en los mismos delitos que se determinan conforme a la aplicación del sistema de responsabilidad penal definido por el artículo 31 bis, el cual se refiere exclusivamente a “los supuestos previstos en este Código”, limitándose al siguiente catálogo de delitos imputables jurídicamente a la persona jurídica

- Tráfico ilegal de órganos (art. 156 bis)
- Trata de seres humanos (art. 177 bis 7)
- Delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores (art. 189 bis)
- Delitos contra la intimidad y allanamiento informático (art. 197.3 segundo párrafo)
- Estafas y fraudes (art. 251 bis)
- Insolvencias punibles (art. 261 bis)
- Daños informáticos (art. 264.4)
- Delitos contra la propiedad intelectual e industrial, el mercado, los consumidores y la corrupción entre particulares (art. 288.1 en relación con arts. 270 a 286 bis)
- Blanqueo de capitales (art. 302.2)
- Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social (art. 310 bis)
- Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (art. 318 bis 4)
- Delitos contra la ordenación del territorio y el urbanismo (art. 319.4)
- Delitos contra el medio ambiente (arts. 327 y 328.6)
- Delitos relativos a los materiales y radiaciones ionizantes (art. 343.3)
- Delitos de riesgo por explosivos y otros agentes susceptibles de causar estragos, así como delitos relativos a sustancias destructoras del ozono (art. 348.3)
- Delitos contra la salud pública: tráfico de drogas (art. 369 bis)
- Falsificación de medios de pago (art. 399 bis)
- Cohecho (art. 427.2)
- Tráfico de influencias (art. 430)
- Corrupción en las transacciones comerciales internacionales (art. 445.2)
- Organizaciones y grupos criminales (art. 570 quater)
- Financiación del terrorismo (art. 576 bis 2)

No obstante se deben destacar como mas frecuentes de cometer varios de los delitos societarios, sin poder entrar en el análisis de la totalidad por su excesiva extensión y la limitación recomendada en el presente trabajo. Cuando se falsean las cuentas u otros documentos para causar un perjuicio económico a los accionistas o a terceros se está lesionando el bien jurídico patrimonio ya sea de los socios, lo cual es difícil debido a que las sociedades anónimas deportivas no generan dividendos a sus accionistas, o a terceros, que pueden ser otras sociedades. Pero es que en los casos en que no se lesione el patrimonio la doctrina considera que además se protege el adecuado funcionamiento de la sociedad, desde el punto de vista del patrimonio y, además, el sistema económico en su conjunto, como un bien jurídico colectivo. Esta misma situación se dará en el resto de acciones de los artículos 291 y 292 – imponer acuerdos abusivos e imponer un acuerdo abusivo mediante la utilización de la firma en blanco para dar el derecho a voto a quien no lo tiene o negárselo a quien lo posee legítimamente.

Especial interés es el caso regulado en el artículo 293 en donde se castiga el negar o impedir ejercer los ejercicios de los derechos de información, participación en la gestión o control de la actividad social. Este supuesto, que ya se ha dado en algún club de fútbol de primera división, lesionaría los bienes jurídicos señalados con anterioridad pertenecientes a los socios de la sociedad. Los perjuicios patrimoniales que puedan tener los socios de una SAD por la utilización fraudulenta de los bienes de la sociedad o por los acuerdos suscritos en nombre de ésta.

En el caso en que las sociedades anónimas deportivas incumplan sus obligaciones de informar al Consejo Superior de Deportes (artículo 20 del Real decreto 1251/1999) nos encontraríamos dentro de la regulación del artículo 294 del Código penal. En este caso el bien jurídico protegido es colectivo ya que lo protegido no es el patrimonio privado sino el carácter público de la sociedad.

En cualquier caso no tendría un trato diferenciado, por los bienes jurídicos que se protegen, de cualquier otra sociedad dentro del sistema económico.

### **3. Régimen de responsabilidad penal de los directivos de los clubes deportivos**

Son dos las diferencias fundamentales con los anteriores mandatarios. En primer lugar, la responsabilidad es mancomunada, según el artículo 1137 del Código Civil, no se pueden exigir las deudas íntegramente de manera individual a todos y cada uno de los

directivos. La responsabilidad es limitada, ya que no se extiende a cualquier deuda, sino a los resultados económicos negativos que se generen durante el periodo de su gestión.

En segundo lugar, la responsabilidad es objetiva, es decir, los directivos responden de este resultado, con independencia de la diligencia con la que han actuado. Se observa el mayor rigor con el que la Ley trata a estos directivos frente a los de las SAD.

Especial relevancia a nivel penal, además de por su actualidad y porque seguramente pueda derivar en la primera Sentencia que se pronuncie sobre la responsabilidad penal de una persona jurídica, en el caso que nos ocupa de un club deportivo no reconvertido en SAD, es la imputación del F.C. Barcelona por el fichaje de su jugador “Neymar”. De esta forma, recoge expresamente el AUTO En Madrid, a veinte de febrero de dos mil catorce, ante el JUZGADO CENTRAL DE INSTRUCCION Nº 5 AUDIENCIA NACIONAL MADRID en DILIGENCIAS PREVIAS 122/2013-PA<sup>1</sup> la petición del Ministerio Fiscal: *“que ante la apariencia – como se refería en el auto de 22.01.14- “de una simulación contractual presuntamente llevada a cabo entre las partes firmantes de los acuerdos, que pudiera evidenciar una falta de correspondencia entre la causa y finalidad real de los compromisos y obligaciones económicas en aquéllos documentados con el título nominal y apariencia formal de los contratos suscritos”, y ante la evidencia de que, para el caso de haber incumplido su obligación de retención impuesta por la normativa tributaria, pudiere haberse superado en exceso el límite de 120.000€ de cuota defraudada que fija el art. 305 del Código Penal, concurren al presente estadio indicios suficientes para la investigación acerca de la posible comisión del delito contra la Hacienda Pública por parte de la entidad FC Barcelona, ex. artículos 31 bis, 310 bis y concordantes del Código Penal; determinando los artículos 88, 65.1º in fine de la LOPJ y 17 LECrim. la competencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional para el conocimiento de los hechos, y de este Juzgado Central de Instrucción para su investigación.”* Consecuencia de lo expuesto el “Juez Ruz” DISPONE: *1. Tener por dirigido el procedimiento contra el Fútbol Club Barcelona, por su presunta participación en los hechos puestos de manifiesto en la presente resolución, y por si los mismos fueren constitutivos de un delito contra la Hacienda Pública...”*

---

<sup>1</sup> [http://www.sport.es/es/ext\\_resources/pdf/auto-juez-ruz.pdf](http://www.sport.es/es/ext_resources/pdf/auto-juez-ruz.pdf)

La imputación de un club deportivo (Persona Jurídica), no es óbice para que en el mismo procedimiento de manera personal estén imputados, depurándose las responsabilidades conforme se a señalado en este epígrafe de los directivos miembros del consejo de administración y como máximas figuras de los mismos el presidente, vicepresidente Sandro Rosell y Josep María Bartomeu, respectivamente; el jugador (Neymar Da Silva Santos Jr.), el padre como agente (Neymar Da Silva Santos) y sus sociedades “N&N Consultoria Esportiva e Empresarial Ltda.”, “N&N Administração de Bens, Participações e Investimentos Ltda.”, “Neymar Sport e Marketing S/S LTDA. – NR Sports” e “Instituto Projecto Neymar Jr”, interviniendo en representación de todas ellas el padre del jugador, Neymar Da Silva Santos.

#### **IV. CONCLUSIONES**

No deja de ser llamativa la evolución que a sufrido la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin duda influenciada por el entorno normativo supranacional en el que nos movemos y la cada vez más compleja o pormenorizada regulación con las modificaciones penales próximamente en vigor,

Las sociedades deportivas tienen cada vez más importancia dentro del deporte profesional y los equipos profesionales se conforman con estructuras empresariales cada vez más complejas para organizarse y financiarse. Un claro ejemplo, los clubes deportivos y las sociedades anónimas deportivas, estas últimas que se constituyen con un capital social que tienen los accionistas conectando por este medio con el derecho penal en las distintas formas de lesión de los más variados bienes jurídicos determinando la comisión de diferentes delitos: delitos societarios, delitos contra la propiedad intelectual e industrial, etc.

Los entes deportivos no se encuentran libres de las actividades criminales pero no les hace sujetos de especial trato por la actividad que desempeñan.

\* \* \* \* \*



## María Paz Malpica Soto

Abogada del Ilustre Colegio de Abogados de Sevilla. Socia FICP.

### ~Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Artículo 31 bis CP~

**Resumen.-** La LO 5/2010, de 23 de junio, de reforma a la LO 10/1995 de Código Penal supuso la admisión y regulación legal de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. La regulación legal actual es un sistema de responsabilidad objetiva por el hecho ajeno y de culpabilidad propia de la persona jurídica. Es una norma que prevé un tipo penal dentro de la parte general del CP que solo pueden infringir las personas jurídicas. Las teorías que interpretan el art. 31 bis CP tienden a alejarse de sistemas vicariales o de hetero-responsabilidad y se sitúan en modelos más modernos. La Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo de modificación del CP, en resumen establece que la responsabilidad de la persona jurídica se basa en la existencia de un defecto de organización en el seno de la empresa, por no haberse adoptado y ejecutado con eficacia, con anterioridad a la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyan medidas de vigilancia y control para prevenir delitos o infracciones de la misma naturaleza de los que se han realizado.

#### I. INTRODUCCIÓN

La LO 5/2010, de 23 de junio, de reforma a la LO 10/1995 de Código Penal supuso la admisión y regulación legal de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. La Directiva 2008/99/CE de 19 de noviembre del Parlamento Europeo, relativa a la protección del medio ambiente mediante el derecho penal, que fijaba como término el 26 de diciembre de 2010 influyó indudablemente en la reforma. Ello se reconoce en la propia Exposición de Motivos de la Ley que expone que fue el ordenamiento internacional de la Unión Europea el que motivó la reforma de la legislación penal interna referida a las personas jurídicas en el ámbito económico y social, aunque ya en nuestro país la doctrina se había pronunciado sobre el tema exponiendo que las personas jurídicas eran sujetos con un gran poder de creación de riesgos que el derecho penal ni controlaba ni respondía cuando se actuaba bajo un tejido organizativo o empresarial(1).

La LO 5/2010, de 23 de junio contempla el principio de culpabilidad y de personalidad de la pena aplicadas a la responsabilidad criminal de las personas jurídicas justa y apropiada y con absoluto respeto a los límites del ius puniendi (2)el principio de responsabilidad subjetiva, el de culpabilidad y de personalidad de las penas.

La regulación legal actual es un sistema de responsabilidad objetiva por el hecho ajeno y de culpabilidad propia de la persona jurídica. Es una norma que prevé un tipo penal dentro de la parte general del CP que solo pueden infringir las personas jurídicas.

Es un tipo penal cuyo injusto objetivo es el defecto de organización empresarial y el subjetivo, es imprudente. La norma penal descrita en el tipo del artículo 31 bis ordena a la persona jurídica que se organice de una debida forma para que desde esa debida organización tenga control y responsabilidad.

Es un tipo penal de mera actividad, de peligro abstracto, y puede cometerse por acción u omisión, es necesario separar la identidad de la persona jurídica de las personas físicas que la componen, aunque la regulación interna de la persona jurídica la hacen personas físicas, lo cierto es que la normativa de la persona jurídica, una vez aprobada por los órganos competentes, rige para ellos, que están obligados por esa forma de organización concreta que funciona como algo diferente a las personas físicas que la componen surge despersonalizándose así el delito del artículo 31 bis CP que castiga a la persona jurídica.

## **II. CARACTERÍSTICAS**

La implantación del sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas por parte de la reforma de 2010 en España, no sigue un modelo único, de una parte en el artículo 31 bis CP se sigue un sistema vicarial de responsabilidad, pues demanda hechos de personas físicas para hacer responsable a la persona jurídica de esos delitos, pero de otra parte el artículo 31 bis. 2 CP independiza ambas responsabilidades, y el artículo 31 bis. 3 CP prohíbe la comunicación de ciertas circunstancias, y el artículo 31 bis. 4 CP establece circunstancias de atenuación propias y exclusivas de las personas jurídicas y distintas de las de las personas físicas.

La doctrina dominante en España se postula por un sistema de autorresponsabilidad penal de las personas jurídicas, un modelo que supere y derogue el principio *societas delinquere non potest* y que respete los derechos fundamentales de las personas jurídicas.

Las teorías que interpretan el artículo 31 bis CP tienden a alejarse de sistemas vicariales o de hetero-responsabilidad y se sitúan en modelos más modernos. La responsabilidad penal de las personas jurídicas ha de entenderse bajo los conceptos de injusto personal, objetivo y subjetivo propios y culpabilidad propios, homólogos a los del sistema de responsabilidad penal de las personas individuales, y diferenciarse de la responsabilidad por el hecho ajeno y por la responsabilidad objetiva

Es correcta y adecuada la construcción del injusto propio de la persona jurídica el defecto de organización de la misma, y exigen como presupuesto de la responsabilidad colectiva al hecho delictivo de la persona física, entendiendo que el injusto de la persona física es distinto del injusto de la persona jurídica porque en ese caso se violarían los principios de personalidad de la responsabilidad penal, de no responder por hechos ajenos, principio de responsabilidad por el hecho, derecho de autor, principio de dolo o culpa, del artículo 5 y 10 del Código Penal, principio de imputación personal, etc.

Ya no estamos, como anteriormente, ante consecuencias accesorias, ahora consideramos a la persona jurídica como sujeto de imputación por lo que es exigible un injusto y una culpabilidad propios de la persona jurídica"(3)

El injusto de la persona jurídica es el defecto de organización, también debe exigirse una culpabilidad propia el de incumplimiento del derecho, y el hecho de conexión de la persona física que se describe en el apartado 1 del artículo 31 bis CP es un presupuesto de la conducta, una condición objetiva de punibilidad. El artículo 31 bis CP no es una norma penal que atribuye responsabilidad penal a la persona jurídica a partir de la responsabilidad penal de la física, es una norma penal que constituye un delito en sí mismo, un tipo penal específico, un injusto de organización empresarial defectuosa que se atribuye a determinadas personas jurídicas cuando también concurre el presupuesto de la responsabilidad, condición objetiva de punibilidad, que es la conducta delictiva de la persona física cometida por imprudencia en la propia organización empresarial defectuosa de la persona jurídica, organización empresarial defectuosa que puede ser evitada con una organización adecuada y la culpabilidad de la persona jurídica se entiende como una cultura corporativa de incumplimiento del Derecho, en este contexto solo las personas jurídicas con un nivel relevante de complejidad pueden ser sujetos activos del delito de organización empresarial defectuosa. En las pequeñas o en aquellas sin complejidad bastará el Derecho Penal individual para resolver el conflicto de manera adecuada como expone Feijóo Sánchez, las posibilidades interpretativas que otorga el art. 31 bis CP son muy amplias, "lo único que excluye la redacción del precepto son modelos puros de autorresponsabilidad, que acaben convirtiendo a los seres humanos en innecesarios, o de hetero-responsabilidad o de responsabilidad vicarial conforme al cual el delito del administrador o representante

legal o su falta de control generen automáticamente la responsabilidad penal de la persona jurídica"(4).

Si se toma por injusto penal propio de la persona jurídica el defecto organizativo esa norma y la culpabilidad propia de la persona jurídica, es necesario señalar que la persona jurídica participa con la persona física en una relación de coautoría o autoría mediata, pues la persona jurídica es responsable por cooperar o participar en el delito de otra persona, GÓMEZ TOMILLO señala que "lo injusto característico de las personas jurídicas resulta ser de naturaleza compleja. Deriva de la conjunción, de la sinergia de la actuación de la persona física con las especiales posibilidades estructurales y medios de la persona jurídica efectivamente utilizados e implica necesariamente la lesión o puesta en riesgo de bienes jurídicos. Como veremos infra, se trata de una situación muy próxima, si bien no idéntica, a la característica de la coautoría" (5), enseguida estima que el artículo 31 bis CP es "una causa de ampliación de la tipicidad"(6).

FEJOO estima que solo las personas físicas, con sus conductas humanas, son las que realizan los hechos típicos que exige el artículo 31 bis, "por muchas vueltas que se le quiera dar sin actuaciones delictivas de parte de personas físicas no hay responsabilidad de personas jurídicas"(7), y exige una conducta típica y antijurídica de la persona física "lo que se puede denominar una accesoriedad media"(8) así mismo afirma que el artículo 31 bis tiene la función de "determinar cuándo el hecho individual es también un hecho de la persona jurídica, dando lugar a una especie de 'autoría accesoria'... la persona física y la persona jurídica no son coautoras, es decir, cada una no realiza una parte de la organización del hecho ni se puede decir que organicen conjuntamente el hecho, sino que son co-responsables"(9).

Otra opción interpretativa que propone Pablo GONZÁLEZ SIERRA (10) es la de considerar que el artículo 31 bis CP no es una norma que expresa una responsabilidad subsidiaria o solidaria de la persona física, ni establece una forma específica de participación de personas en el delito, sino un delito específico, un tipo penal especial dentro de la Parte General del Código Penal.

La doctrina mayoritaria en España afirma una responsabilidad penal verdadera de las personas jurídicas, la persona jurídica responde de su propio hecho, de su propio injusto, y no del injusto del otro. Se trata de una norma que crea un delito específico, un injusto específico, un delito de organización empresarial defectuosa, es un tipo penal específico. El sujeto activo es una persona jurídica con una complejidad suficiente. La

conducta ínsita en la norma penal es "organizarse de forma defectuosa", lo que prohíbe la norma penal prohíbe a las personas jurídicas organizarse defectuosamente, ya sea por acción u omisión. Es un tipo penal de mera conducta, y de peligro abstracto. A ello hay que añadir que el delito de la persona física es una condición objetiva de punibilidad, que solo puede cometerse de forma imprudente, nivel subjetivo que la doctrina mayoritaria admite en la persona jurídica.

El Tribunal Constitucional ha admitido que las personas jurídicas tienen derechos fundamentales, pero que dicha protección constituye un efecto reflejo del derecho fundamental del que son titulares las personas físicas que la integran. El Tribunal Constitucional ha ido reconociendo a las personas jurídicas la titularidad directa de derechos fundamentales, y no una mera titularidad en sustitución de la titularidad directa de los derechos fundamentales de las personas físicas que las componen o integran, ahora bien, la jurisprudencia constitucional ha matizado que dicha titularidad directa de la persona jurídica de un derecho fundamental dependerá de que el mismo, por su naturaleza y contenido, no sea incompatible con la naturaleza o especialidad de fines del ente colectivo, de forma que se pueda identificar una relación funcional entre el derecho fundamental y el favorecimiento de los intereses de las personas físicas que han justificado la creación del ente colectivo y que la integran o que de algún modo pueden verse afectadas por su existencia, así ha reconocido el principio de igualdad, el derecho a la inviolabilidad de domicilio y del derecho a la no autoincriminación.

### **III. LA PUNIBILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL ACTUAL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL**

El art. 31 bis 1, primer párrafo CP establece que la persona jurídica será responsable *de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho*, en el segundo párrafo establece que serán penalmente responsables *de los delitos cometidos en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas*, aquellos que estando sometidos a la autoridad de los primeros, hayan realizado los hechos por no haberse ejercido el debido control.

El primer punto a señalar es el alcance de la imputación a la persona jurídica por los hechos de las personas físicas. Así imputable será el comportamiento del representante legal y del administrador de hecho o de derecho. En cambio, el comportamiento de miembros subordinados de la persona jurídica no será imputado

directamente, sino sólo cuando las personas directivas hayan omitido el control que debían ejercer de acuerdo a las circunstancias concretas sobre sus subordinados. De cualquier forma es necesario que se haya actuado en nombre o por cuenta y en beneficio de la persona jurídica.

La regulación legal se fija primero en el modelo de una imputación de la actuación del órgano, así, la acción del empleado subordinado sólo será imputada cuando se realizó por un control defectuoso. Sin embargo la penalización de la persona jurídica es declarada expresamente admitida, cuando la persona física que de forma concreta es responsable, no puede ser individualizada. En ello se ha seguido la dirección del modelo angloamericano, trabajado dogmáticamente por GÓMEZ-JARA, (11) de hacer responsable a la persona jurídica por todo lo que ocurre en su marco de organización. Es cierto que tiene que acreditarse un fallo en el control, una responsabilidad en la organización y es a través de ello como la regulación legal utiliza, la sanción contra la persona jurídica como un medio para conseguir un completo sistema de control en la empresa. Por eso, la sanción es, una pena en el sentido de una sanción amenazada negativamente de modo previo para el caso de infracción culpable a la norma, pero de hecho es una reacción a un estado defectuoso. Ese estado consiste, en opinión del legislador, en que un empleado subordinado de la empresa no ha sido controlado de un modo efectivo por un miembro de la dirección de la empresa.

Como los bienes jurídicos sólo pueden ser lesionados por acciones humanas, la concepción de protección penal clásica se basa siempre en el actuar culpable de una persona física concreta. Esa actuación puede consistir también en la instrucción o supervisión defectuosa de un empleado no suficientemente preparado o de poca confianza. Por el contrario, la concepción de imponer la pena a la persona jurídica por un defecto de organización podría llevar a la idea de que cada miembro de la organización debería ser debidamente supervisado. Una ideología de estas características se ha extendido a la organización moderna empresarial ya mediante la adopción de los especiales departamentos de «compliance» (cumplimiento de las leyes) de los Estados Unidos de Norteamérica. De acuerdo con ellas, deben constituirse órganos especiales de control para los empleados subordinados que actúan directamente para el fin empresarial. Ellos deben controlar que los empleados operativos observen las leyes.

Sin embargo la punibilidad de las personas jurídicas así regulada genera un peligro, que es que, la sustitución del sistema liberal que confía en principio en la fidelidad del individuo al Derecho por un sistema de control total que recuerda a las dictaduras (como es el de la instalación de secciones de compliance recogida de los Estados Unidos de Norteamérica), se puede extender al Derecho penal e imponerse con las severas sanciones del Derecho penal.

Este peligro aumenta debido a la discrecionalidad ilimitada que existe para elegir la sanción a imponer a la persona jurídica, según el artículo 33, ap. 7 del Código penal, porque junto a la multa, el Tribunal puede ordenar también la disolución de la persona jurídica, la suspensión de sus actividades por un plazo de hasta 5 años, la clausura de sus locales y establecimientos, la prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito, la inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, u otras intervenciones estatales en la actividad empresarial. Si, por un lado, se considera el alcance ilimitado de la responsabilidad penal conforme al artículo 31 bis del Código Penal y, por otro lado, la discrecionalidad completamente ilimitada que poseen los Jueces para elegir las sanciones, es ineludible expresar la objeción de que la totalidad de esta regulación amenaza con convertir el Estado liberal en un Estado policía regido por jueces. En tanto que no sea declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional por poseer una insoportable falta de certeza, la ciencia penal sólo puede intentar limitar en lo posible el ámbito de aplicabilidad de estas prescripciones a través de una interpretación restrictiva. La solución consistiría en hacer una interpretación del presupuesto que funda la responsabilidad de la persona jurídica en el artículo 31 bis del Código penal, de que el actuar delictivo de empleados subordinados ha sido posible por no ejercer el control debido de acuerdo a las circunstancias concretas. Se debería interpretar en el sentido de que se ha tratado de un empleado no preparado o de poca confianza y que su acción habría sido impedida seguramente si él hubiera sido correctamente instruido o controlado. Por el contrario, no es suficiente con un defecto abstracto de organización, por ejemplo, con alguna clase de falla en la organización de compliance de la empresa. Sólo con esta restricción se puede mantener en cierto modo dentro de los límites de Estado de Derecho a la punibilidad de las personas jurídicas.

#### **IV. LA PUNIBILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL CÓDIGO PENAL TRAS LA MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO PENAL QUE HA INTRODUCIDO LA LO 1/2015**

La Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo de modificación del CP, en resumen establece que la responsabilidad de la persona jurídica se basa en la existencia de un defecto de organización en el seno de la empresa, por no haberse adoptado y ejecutado con eficacia, con anterioridad a la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyan medidas de vigilancia y control para prevenir delitos o infracciones de la misma naturaleza de los que se han realizado. El nuevo texto del artículo 31 bis determina las características y requisitos mínimos que deberán tener los Programas de Cumplimiento o Compliance para que pueda ser aplicada la exención de responsabilidad y que deberán ajustarse a las particularidades del tipo de empresa y de actividad que desarrolla. Para las empresas, se convierten en pieza clave, pues les permite exonerarse de responsabilidad penal si se han mostrado diligentes en la organización interna. Las condiciones que han de concurrir en el programa adoptado por la organización para poder operar como eximente se enumeran en el artículo 31 bis. y se concretan en adoptar, ejecutar y supervisar con eficacia y antes de la comisión del delito las medidas de vigilancia y control idóneas.

Igualmente, se amplía el ámbito de responsabilidad penal de la persona jurídica a los actos, no sólo de sus representantes legales, sino también de cualquier persona con capacidad decisoria o facultades organizativas o de control, suprimiéndose la referencia de la regulación actual a los administradores de hecho o de derecho. Con ello, la finalidad de la responsabilidad de personas jurídicas debe ser aumentar la eficacia del Derecho penal y la responsabilidad individual de los órganos de administración de las organizaciones.

Una de las innovaciones es la creación de un nuevo tipo penal, el nuevo art. 286 bis del Código Penal, que castiga al directivo, administrador o empleado o colaborador que por si o por persona interpuesta reciba o solicite o acepte beneficio o ventaja no justificados considerando en varios supuestos Introduce un tipo delictivo que castiga con hasta cuatro años de prisión a los sujetos activos que menciona que participen en la ejecución de las conductas ilícitas que señala.



## V. BIBLIOGRAFÍA

- (1) DEL ROSAL, La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: una perspectiva comparada, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, página 51 y siguientes.
- (2) PÉREZ ALONSO, Esteban Juan, Tirant lo blanch, Valencia, 2004, páginas 941 y siguientes.
- (3) FEJOO SÁNCHEZ, Bernardo, "La responsabilidad penal de las personas jurídicas", Op. Cit., p. 84.
- (4) FEJOO SÁNCHEZ, Bernardo, "La responsabilidad penal de las personas jurídicas", Op. Cit., p. 80.
- (5) GÓMEZ TOMILLO, Manuel, Introducción..., Op. Cit., p. 53.
- (6) Ibídem, p. 53, nota 83.
- (7) FEJOO SÁNCHEZ, Bernardo, "La responsabilidad penal...", Op. Cit., página 89.
- (8) Ibídem, p. 90.
- (9) Ibídem, p. 92.
- (10) GONZÁLEZ SIERRA, Pablo Monografía El modelo de responsabilidad penal del art. 31 bis CP abril de 2014
- (11) GÓMEZ-JARA DÍEZ, Culpabilidad penal de la Empresa; Madrid, 2005, p. 330.

\* \* \* \* \*

## **Eva M<sup>a</sup> Motos Buendía**

Abogada del Ilustre Colegio de Abogados de Murcia. Socia FICP.

### **~Las personas jurídicas: su responsabilidad penal~**

**Resumen.-** La reforma del Código Penal en el 2010 con Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, hizo que las personas jurídicas que hasta ese momento no tuviesen responsabilidad penal en el desarrollo de sus actividades, echasen por la borda la expresión latina “societas delinquere et puniri potest”, y produciéndose así una revolución entre los penalistas, pues la citada ley carecía de bastantes lagunas que han llevado en la práctica a la aparición de problemas de interpretación y aplicación.

#### **I. INTRODUCCIÓN**

Existía desde antaño una locución latina que “societas delinquere et puniri potest”, cuyo significado es "las sociedades no pueden delinquir", la cual se utilizaba en nuestro Derecho para referir a un principio básico referido a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, según el cual las personas jurídicas no pueden cometer delitos pues carecen del elemento objetivo (voluntad) que abarque el dolo en su actuaciones. De esta forma, a las personas jurídicas no pueden imponérsele penas, entendidas como las consecuencias jurídico-penales clásicas, más graves que otras sanciones.

Pero esta situación ha ido cambiando a lo largo del tiempo hasta culminar en nuestro derecho penal con la reforma de Código Penal con la LO 1/2015 que introduce es la responsabilidad penal de las personas jurídicas y establece un catálogo de penas para imponerlas a las mismas.

#### **II. PROBLEMAS PROCESALES DE LA REFORMA**

Uno de los primeros problemas que se plantea es la intervención procesal de la persona jurídica, como imputada o acusada de un delito, sin que la ley que ha introducido la responsabilidad penal de las personas jurídicas haya modificado o retocado los preceptos sustantivos y adjetivos que se hubieran tenido por oportunos para regular la materia. Así se plantea ante una serie de incertidumbres y lagunas sobre la actuación procesal de la persona jurídica en el proceso penal que deberán ser colmadas por la interpretación de los juzgados y tribunales y operadores jurídicos ante el vacío legal existente sobre esta cuestión, y ante la falta de un verdadero Estatuto Jurídico de la Persona Jurídica.

Es de lamentar que esta Ley, que aborda una modificación considerable del Código Penal, no contemple modificaciones sustanciales del régimen jurídico de las

consecuencias accesorias en la Parte General del Código tal cual viene sugiriendo la doctrina científica.

Así la reforma operada limita con un listado numerus clausus los delitos que pueden cometer las personas jurídicas siendo los siguientes:

- Tráfico y trasplante ilegal de órganos humanos (art. 156 bis CP)
- Trata de seres humanos (art. 177 bis CP)
- Delitos relativos a la prostitución y la corrupción de menores (arts. 187 a 189 CP)
- Descubrimiento y revelación de secretos (art. 197 CP)
- Estafa (arts. 248 a 251 CP)
- Insolvencias punibles (arts. 257 a 261 CP)
- Daños informáticos (art. 264 CP)
- Delitos contra la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores (arts. 270 a 288 CP)
- Blanqueo de capitales (art. 302 CP)
- Delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social (arts. 305 a 310 CP)
- Tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas (art. 318 bis CP)
- Delitos contra la ordenación del territorio y el urbanismo (art. 319 CP)
- Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente (art. 325, 327 CP)
- Establecimiento de depósitos o vertederos tóxicos (art. 328 CP)
- Delitos relativos a la energía nuclear y a las radiaciones ionizantes (art. 343 CP)
- Delitos de riesgo provocados por explosivos (art. 348 CP)
- Delitos contra la salud pública en la modalidad de tráfico de drogas (arts. 368 y 369 bis CP)
- Falsificación de tarjetas de crédito y débito y cheques de viaje (art. 399 bis CP)
- Cohecho (arts. 419 a 427 CP)
- Tráfico de influencias (arts. 428 a 430 CP)

- Corrupción en las transacciones comerciales internacionales (art. 445 CP)
- Captación de fondos para el terrorismo (art. 576 bis CP).

Aunque los delitos más frecuentes en las actividades de las personas jurídicas en general, son los delitos económicos: Estafa, Insolvencia Punible, delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social y de Blanqueo de Capitales. Indudablemente la evolución de este tipo de delitos se ha visto afectada por la grave crisis económica, la presión de la carga fiscal y los altos costes sociales a los que tienen que hacer frente la mediana y pequeña empresa.

Por otro lado, el legislador no ha establecido una definición de "persona jurídica" penalmente sancionable, por lo que se ha de acudir a la legislación civil y mercantil debiendo concluir que se refiere a cualesquiera empresas, entidades o agrupaciones de personas que ostenten personalidad jurídica. Por lo que respecta a las entidades extranjeras, dado que se rigen por su ley nacional, habrá que estar a dicha ley para determinar si ostentan personalidad jurídica y pueden, por tanto, ser susceptibles de sanción penal.

El apartado 5 del art. 31 bis CP ha sido modificado por la LO 1/2015, la cual entrara en vigor el día julio de 2015, introduciéndose el artículo 31 *quinquies* que establece: “Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades públicas Empresariales, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas.

2. En el caso de las Sociedades mercantiles públicas que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general, solamente les podrán ser impuestas las penas previstas en las letras a) y g) del apartado 7 del artículo 33. Esta limitación no será aplicable cuando el juez o tribunal aprecie que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal.”

### **III. ESPECIALES CIRCUNSTANCIAS DE ATENUACIÓN DE LA PENA.**

El particular régimen de responsabilidad al que se someten a las personas jurídicas, diferente al de las personas físicas, también se puede observa con la mera

lectura de las atenuantes previstas y comprobar como los presupuestos aplicativos sólo se pueden dar con posterioridad a la comisión del delito y a través de la actuación de sus representantes; es decir, que el legislador *premia* con la atenuación a la persona jurídica que de manera *inmediata* colabore en la investigación de los hechos y en la reparación de la víctima, y de manera *mediata* prevenga de manera efectiva que en el futuro puedan producirse hechos similares.

En concreto son cuatro las atenuantes previstas expresamente, cada una de ellas además siendo eficaz únicamente si no se han flanqueado los límites temporales — *inconcretos*— que en cada caso se indican (art. 31 *bis.4* CP):

1.- Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades.

2.- Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas<sup>53</sup> para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos.

3.- Haber procedido, en cualquier momento del procedimiento pero siempre con anterioridad al juicio oral, a reparar<sup>5</sup> o disminuir el daño causado por el delito.

4.- También antes del comienzo del juicio oral, haber establecido medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica, en cuya determinación será fundamental la práctica de una prueba pericial puesto que la valoración que hay que hacer del *programa de compliance para el futuro*, y de su eficacia, no puede limitarse a su previsión jurídico-formal.

Tal sistema tasado no parece permitir la aplicación de atenuantes que, previstas para las personas físicas, no habría ningún inconveniente en principio que pudieran aplicarse también a las personas jurídicas, como es la actual circunstancia atenuante de dilaciones indebidas del art. 22.6º CP. La práctica nos dirá si los jueces o tribunales admiten su aplicación por la vía de la atenuante analógica del art. 22.7º CP.

A diferencia de las circunstancias atenuantes, no ha establecido el legislador un sistema específico de circunstancias agravantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, ni pueden ser de aplicación a las personas jurídicas las circunstancias agravantes del art. 22 CP relativo a las personas físicas. A pesar de ello, varias son las reglas de aplicación de las penas, establecidas en el nuevo art. 66 bis CP, que hacen

referencia a la agravación de las sanciones en el caso de concurrencia de las siguientes circunstancias: a) que la persona jurídica sea reincidente, b) que la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales.

#### **IV. TIPOS DE PENAS PARA APLICAR A LAS PERSONAS JURÍDICAS**

El código penal en su artículo 33.7, recoge una relación de las posibles penas a imponer a las personas jurídicas:

- a) Multa por cuotas o proporcional.
- b) Disolución de la persona jurídica. La disolución producirá la pérdida definitiva de su personalidad jurídica, así como la de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita.
- c) Suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años.
- d) Clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años.
- e) Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá ser temporal o definitiva. Si fuere temporal, el plazo no podrá exceder de quince años.
- f) Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder de quince años.
- g) Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años.

De las siete penas previstas, la que mayor valoración ha dado el legislador es la pena de multa, ya que ha sido establecida como pena principal para todos los delitos que se contemplan para la responsabilidad de las personas jurídicas.

La multa imponible a las personas jurídicas admite las dos variantes de multa por cuotas proporcional, lo que conecta con los artículos 50 y 52 del Código Penal, así como con sus correspondientes criterios de individualización. El número de cuotas en el primer caso se determinará dentro de los límites establecidos para cada delito y según

las reglas del Capítulo II del Título III del Libro I. Luego el importe de cada cuota se fijará teniendo en cuenta exclusivamente la situación económica del reo, deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones y demás circunstancias del mismo. Naturalmente, las cargas y obligaciones familiares mal pueden ser valoradas respecto a las personas jurídicas.

El sistema de multa adoptado para las personas jurídicas es mixto: combina los días- multa con la multa proporcional. La multa proporcional para las personas jurídicas carece de precedentes en el Derecho comparado. Hasta tal punto se han mezclado ambos sistemas que en algunos delitos la multa cuantificada conforme al sistema de días-multa se puede sustituir por una multa proporcional (arts. 319 y 445); y a la inversa, se ha previsto con carácter general la sustitución de la multa proporcional, en el caso de que no se pueda determinar su importe, por una multa cuantificada conforme al sistema de los días-multa (art. 52.4). Sin embargo, a pesar del propósito del legislador, estos preceptos no van a resolver todos los problemas. En efecto, sólo cabe acudir al sistema de días-multa cuando no estén concretadas las bases para poder determinar el importe de la multa proporcional y si entre ellas se encuentra el desvalor de resultado (perjuicio causado, cantidad defraudada...), el juez va a encontrarse a la hora de fijar el número de días-multa con las mismas dificultades que tenía con la multa proporcional, pues el número de días-multa se determina en función de la gravedad del hecho (arts. 50.5 y 66 bis). Estas dificultades se ven reflejadas también en el marco penal previsto para los días-multa subsidiarios, que es muy amplio (de 2 a 5; de 1 a 3; de 6 meses a 2 años). Por cierto, se puede observar también un gran arbitrio judicial en otros aspectos de la regulación de la pena de multa a las personas jurídicas, como por ejemplo, a la hora de relacionar la capacidad económica de la persona jurídica con el importe final de la cuota diaria (art. 50.5, igual que para las personas físicas), a la hora de fraccionar el pago de la multa porque lo aconseje el interés general (art. 53.5), o a la hora de reducir el importe de la multa prevista en el delito de corrupción entre particulares (art. 286 bis apart. 3).

En cuanto a la extensión de la multa, no ha quedado expresamente reflejado en la regulación general cuál es el mínimo. El legislador sólo se ha preocupado de indicar cuál es su máximo (art. 50.3), dejando para la parte especial el establecimiento del mínimo. Por lo que se refiere al importe de la multa, este oscila entre 30 y 5.000 € (art. 50.4). Por un lado, parece correcto prever para las personas jurídicas unos importes

mayores que para las personas físicas, pero por otro lado, resulta criticable que la *ratio* empleada para poder individualizar la carga punitiva sea menor que la prevista para las personas físicas.

## V. LAS CONSECUENCIAS ACCESORIA DEL ARTÍCULO 129 DEL CÓDIGO PENAL

La naturaleza jurídica de las consecuencias jurídicas es cuestión controvertida entre los estudiosos del derecho penal, pues para algunos son penas, para otros medidas de seguridad y para otros, partiendo de la propia incapacidad de acción o de omisión, en el sentido del Derecho Penal, de las personas jurídicas, defiende la naturaleza de medidas de carácter administrativo.

Por último, frente a las concepciones anteriores, que podrían ser calificadas como puras, en el sentido de decantarse por naturalezas jurídicas preexistentes en nuestro Ordenamiento jurídico, se sitúa la mayoría de la doctrina, quienes, sin desconocer lo discutible que puede resultar su naturaleza jurídica, da por válida la nomenclatura de consecuencias jurídicas accesorias empleada por el legislador en la rúbrica del Título VI del CP de 1995, afirmándose, incluso, que estamos en presencia de una "tercera categoría de consecuencias derivadas del delito", situada junto a las penas y las medidas de seguridad. En favor de esta concepción aboga el convencimiento, de una parte, de que tales medidas no son penas, por cuanto no guardan proporción ni con la gravedad del hecho ni con la culpabilidad del autor, y, de otra, de que tampoco constituyen medidas de seguridad, ya que no se fundamentan en un juicio de la peligrosidad personal del responsable, argumentos que se unen al más genérico de la propia incapacidad de acción, en sentido jurídico-penal, de las personas jurídicas, aspecto que cercena, *ab initio*, no sólo la posibilidad de imponerles penas por la realización de un hecho típico y antijurídico, sino también de aplicarles medidas de seguridad, desde el momento en que éstas tienen que basarse necesariamente en una peligrosidad criminal, o, si se prefiere, en la previa comisión de un delito por parte del sujeto peligroso, lo que precisamente en el actual sistema normativo no puede ser predicado de las personas jurídicas.

Con carácter general, el artículo 129, resulta de aplicación a las empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas sin personalidad jurídica.



En el caso de las empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que, por carecer de personalidad jurídica, no estén comprendidas en el artículo 31 bis de este Código, el Juez o Tribunal podrá imponer motivadamente una o varias consecuencias accesorias del artículo 129 del Código Penal, con el contenido previsto en los apartados c) a g) del artículo 33.7 y acordar la prohibición definitiva de llevar a cabo cualquier actividad, aunque sea lícita.

Las consecuencias accesorias a las que acabamos de referirnos sólo podrán aplicarse a las empresas, organizaciones, grupos o entidades o agrupaciones a que se refiere el precepto cuando el Código Penal lo prevea expresamente, o cuando se trate de alguno de los delitos o faltas por los que el mismo permite exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas. Dado que las únicas previsiones expresas que efectúa el Código Penal en relación con el artículo 129 se refieren a entidades con personalidad jurídica, solo serán de aplicación las consecuencias accesorias para los entes sin personalidad que cometan alguno de los delitos del catálogo de los que pueden ser responsables las personas jurídicas.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

ROIG ALTOZANO, Marina. Artículo Doctrinal, La responsabilidad penal de las personas jurídicas: *societas delinquere et puniri potest*. Febrero 2012, disponible en <http://noticias.juridicas.com/articulos/55-Derecho-Penal/533-la-responsabilidad-penal-de-las-personas-juridicas-societas-delinquere-et-puniri-potest.html>.

BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel. La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la legislación española. *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIII (2013).

MUÑOZ YANGÜELA, Beatriz. Magistrada del Juzgado de lo Penal nº 5 de Zaragoza. Ponencia. La responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Otras cuestiones procesales*, pp. 10-11.

ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier y González Cussac, José Luis. *Comentarios A La Reforma Penal De 2010*. Tiran lo Blanch 2010.

MARTÍNEZ RUIZ, Jesús. Profesor Derecho Penal Contratado Doctor Universidad de Granada. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Recpc 01-11 (1999).

Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2011 Relativa A La Responsabilidad Penal De Las Personas Jurídicas Conforme A La Reforma Del Código Penal Efectuada Por Ley Orgánica Número 5/2010.

\* \* \* \* \*

## **Pedro Ros Alcaraz**

Abogado en Nova Jurídica, S.L., Cartagena, España. Socio FICP.

### **~La frustración de la ejecución dineraria en materia de responsabilidad civil derivada de delito y en otros procesos de ejecución: nueva tutela penal~**

#### **I. INTRODUCCIÓN**

La reforma de Código Penal operada mediante la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo aborda de manera seria y decidida la frustración de las ejecuciones dinerarias que tan de cabeza llevan a los acreedores y por ende a los despachos de abogados que durante años hemos visto con gran desconsuelo el no poder contar con un tipo penal que permitiera poner remedio a las conductas de los deudores que por sistema se niegan a facilitar ante el Secretario/a Judicial la relación de bienes o derechos para cubrir el importe de la responsabilidad civil derivada del delito, o bien la cuantía de la ejecución que conforme al artículo 553 de la L.E.C. se le notifica simultáneamente junto con el Auto que contiene la orden general de ejecución y el despacho de la misma con expresión de las cantidades por principal, intereses y costas.

Por fin se aborda una reforma que profundiza en las insolvencias punibles en el nuevo Capítulo VII bis, artículos 259 y siguientes, pero que previamente regula en el Capítulo VII bajo la rúbrica de “La Frustración de la Ejecución”, artículos 257, 258, 258 bis y 258 ter todo este tipo de conductas tan habituales y que supone un importante giro a la situación actual, reforzando la posición del acreedor en la fase más importante del procedimiento judicial o administrativo: la ejecución dineraria.

Tal y como se indica en la exposición de motivos de la L.O. 1/2015, el legislador lleva a cabo una revisión técnica de los delitos de insolvencia punible, partiendo de la necesidad de establecer una clara separación entre las conductas de obstaculización o frustración de la ejecución, a las que tradicionalmente se ha entendido referido el delito de alzamiento de bienes, y los delitos de insolvencia o bancarrota, de tal forma que estos grupos de delitos pasan a estar regulados en capítulos diferenciados.

Y en lo que aquí abordamos, dentro de los delitos de frustración de la ejecución se incluyen, junto al alzamiento de bienes, dos nuevas figuras delictivas que están llamadas a completar la tutela penal de los procedimientos de ejecución y, con ello, del crédito, y que son habituales en el Derecho comparado: de una parte, se tipifica la

ocultación de bienes en un procedimiento judicial o administrativo de ejecución; y de otra, la utilización no autorizada por el depositario de bienes embargados por la autoridad.

## **II. REGULACION ANTERIOR A LA LEY ORGANICA 1/2015: DELITO DE DESOBEDIENCIA GRAVE, O SIMPLE FALTA.**

Hasta ahora, conforme al artículo 551.3 de la L.E.C., una vez que se ha dictado el Auto que contiene la orden general de ejecución, el Secretario/a judicial responsable de la misma, dicta el Decreto en el que se contienen las medidas ejecutivas concretas que resulten procedentes, incluyendo el embargo de bienes, y las medidas de localización y averiguación de los bienes del ejecutado que procedan, conforme a lo previsto en los artículos 589 y 590 de la L.E.C.

Así las cosas, el contenido del Decreto se ha limitado a requerir al ejecutado bajo apercibimiento de que podrá ser sancionado por “desobediencia grave” y con la posibilidad de imponerle “multas coercitivas periódicas” si en el plazo de 10 días no manifiesta ante el Juzgado bienes y derechos suficientes para cubrir la cuantía de la ejecución, con expresión, en su caso, de las cargas y gravámenes, así como, en el caso de inmuebles, si están ocupados, por qué personas y con qué título. Apercibimientos que se le notifican al acreedor tanto para el caso de que no presente la relación de sus bienes, incluya en ella bienes que no sean suyos, o bien excluya bienes propios susceptibles de embargo o no desvele las cargas y gravámenes que sobre ellos pesaren.

Queda claro que el acreedor tiene la obligación de comparecer y hacer la manifestación por la que ha sido requerido por el órgano judicial, simplemente porque es él, en su calidad de deudor-ejecutado, quien conoce con exactitud la realidad de su situación económica con la que debe afrontar el pago al ejecutante.<sup>1</sup>

Pero vemos como en la práctica habitual se trata de una “notificación más” a la que el ejecutado, en la mayoría de los casos no le da la mayor relevancia, ni por supuesto ante el incumplimiento del requerimiento, tampoco el Juzgado suele actuar de oficio, pues lo que ocurre finalmente es que el Secretario da traslado al ejecutante del resultado de la averiguación patrimonial, siendo éste quien finalmente, en virtud del

---

<sup>1</sup> BONET NAVARRO, Ángel. El juicio sobre la suficiencia en la ejecución en las sentencias de ejecución dineraria. Editorial Aranzadi, 2009, p 112.

principio de “justicia rogada”, ha de señalar los bienes susceptibles de embargo, al margen de los embargos telemáticos que se acuerdan con la orden general de ejecución.<sup>2</sup>

Ahora bien, en frecuentísimas ocasiones dicha averiguación resulta ser reveladora de una situación de insolvencia total, con cuentas bancarias a cero o en negativo, sin bienes inmuebles, sin vehículos, sin prestaciones, en definitiva sin patrimonio alguno, lo que conlleva a la desesperada necesidad de que el acreedor, o bien se espere a que transcurra un cierto periodo de tiempo para solicita una nueva averiguación patrimonial, o bien recabar información adicional sobre las actividades del ejecutado a ver si consigue trabar algún bien o derecho, tarea francamente difícil.

Evidentemente, el requerimiento judicial habla de “desobediencia grave”, si bien, los Decretos dictados por el Secretario no suelen indicar de forma expresa la mención al tipo delictivo en que se puede incurrir, el cual no es otro que un delito actualmente previsto en el art. 556 del Código Penal, castigado con pena de prisión de seis meses a un año.

Por tanto, pese a que suele pasar desapercibido, la regulación actual ya castiga como “delito” el incumplimiento del ejecutado al requerimiento realizado por el Secretario/a judicial para que manifieste cuáles son sus bienes o derechos, de tal forma que el tipo penal vendría integrado cuando tras la advertencia reiterada de incurrir en “desobediencia grave”, la persona que debe cumplir un mandato dictado por una autoridad en el ámbito de sus competencias simplemente no la cumple, sin ningún otro aditamento, y desde un punto subjetivo cuando se conoce la orden y se tiene una voluntad de no cumplirla, teniendo conciencia de la antijuricidad del comportamiento, deduciéndose tal voluntad precisamente del comportamiento externo de no aportar al Juzgado la relación de bienes, o cuanto menos, manifestar su inexistencia.

Así se recoge en escasas sentencias, por lo poco habitual en la persecución de estas conductas, si bien resulta interesante examinar las sentencias condenatorias de estos delitos como las dictadas por Sección Primera de la Audiencia Provincial de Álava, número 182/05, de 16 de diciembre de 2005 y la número 56/2006, de 12 de abril de 2006, que confirman las sentencias dictadas por los Juzgados de lo Penal al no prosperar la defensa del ejecutado basada en la falta de advertencia en el Decreto sobre el concreto delito y penas posibles, o que a, efectos exculpatórios, basar su defensa en

---

<sup>2</sup> BUITRÓN RAMÍREZ, Jose Guadalupe, El proceso de ejecución forzosa en la Ley de Enjuiciamiento Civil, Editorial Civitas, 5ª ed., 2013, p. 471.

que el ejecutado no tenía ningún bien susceptible de ser embargado, pues como acertadamente se fundamenta en dichas sentencias, si ese comportamiento totalmente omisivo fuera amparado, se impediría que el órgano judicial civil pudiera comprobar la certeza o verosimilitud de tal aserto, y, por ende, se podría burlar fácilmente la finalidad de la norma rituarial civil que impone al deudor-ejecutado la obligación de manifestar sus bienes en orden al pago del acreedor- ejecutante. En definitiva se comete un delito de desobediencia grave de comisión por omisión.

Ahora bien, a pesar de lo expuesto, la práctica demuestra que es una regulación laxa por cuanto ningún texto legal señala exactamente las diferencias entre el carácter grave o leve de la desobediencia que conduce a su diferente tipificación como delito o falta, por lo que hay que acudir inexorablemente a la jurisprudencia para saber qué calificación habría que emplear ante la negativa del deudor a manifestar sus bienes, y a saber, cuantos requerimientos y advertencias previas han de ser realizadas por el Juzgado para considerar su gravedad a efectos penales.

El Tribunal Supremo<sup>3</sup> ha señalado con carácter general cuales son los requisitos necesarios para la comisión del delito de atentado y desobediencia, si bien, centrándonos concretamente en la figura de la desobediencia, su consideración como delito exige: 1. Que previamente exista una orden directa y terminante de la autoridad o sus agentes, dictada con las formalidades legales y por la que se imponga al particular una conducta activa o pasiva, 2. La orden ha de llegar a conocimiento del particular. No se incurrirá así en una infracción penal por desobediencia si no se conoce la orden que ha de cumplirse, 3. Negativa a cumplir la orden. La oposición voluntaria al mandato de la autoridad también es considerada como negativa, y 4. Se exige gravedad en cuanto a la desobediencia.

Si no existiera la gravedad, aunque se hubiese desobedecido, estaríamos frente a una falta. Ahí radica, precisamente, la diferencia entre el delito del art. 556 y la falta del art. 634 del Código Penal, en la gravedad de la desobediencia, falta ésta que como se ha dicho, desaparece con la nueva regulación.

Y debemos acudir otra vez, irremediabilmente, a la jurisprudencia para dilucidar en qué consiste la gravedad o levedad de la desobediencia. Así, Sentencias del Tribunal Supremo de 5-7-89 y 29-6-92, consideran que lo que diferencia la desobediencia grave

---

<sup>3</sup> (STS 684/2008 y 1010/2009)

y la leve es la reiterada y manifiesta oposición, la grave actitud de rebeldía, la persistencia en la negativa, en el incumplimiento firme y voluntario de la orden y en lo contumaz y recalcitrante de la negativa a cumplir la orden o mandato, lo cual vendría a integrar el tipo y por tanto el resultado condenatorio como anteriormente se ha señalado en las Sentencias dictadas por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Álava.

Llegado a este punto, nos encontramos actualmente que la dificultad radica en dilucidar cuando la conducta del deudor ejecutado va a ser grave o leve, y por ende, que número de apercibimientos judiciales serán necesarios para integrar el delito previsto en el art. 556 del Código Penal, pues en sentido opuesto a las sentencias anteriormente mencionados, podemos señalar la dictada por la Audiencia Provincial de Albacete número 56/2004, de fecha 04 de junio de 2004, que absuelve al acusado del delito del art. 556 y condena a un falta del 634 del Código Penal.

### **III. NUEVO CAPÍTULO VII: “FRUSTACIÓN DE LA EJECUCIÓN”**

Es en el Capítulo VII bajo la rúbrica de “La Frustración de la Ejecución”, artículos 257, 258, 258 bis y 258 ter donde, ahora sí, queda mejor regulada las conductas omisivas del deudor, reforzando la posición del acreedor en caso de la frustración y estableciendo penas de prisión de tres meses a un año o multa de seis a dieciocho meses para éste caso concreto que pasamos a analizar.

El art. 257 contempla de forma concreta el delito de “alzamiento de bienes” y los artículos 258, bis y ter “la frustración de la ejecución”.

De un lado se incluye un nuevo tipo penal que castiga a “quien, en un procedimiento de ejecución judicial o administrativo, presente a la autoridad o funcionario encargados de la ejecución una relación de bienes o patrimonio incompleta o mendaz, y con ello dilate, dificulte o impida la satisfacción del acreedor”. El delito quedaría consumado por la presentación “incompleta o mendaz”, donde el dolo omisivo sería la base legal para calificar el delito, tras haberse podido comprobar por la autoridad judicial ese carácter incompleto o mendaz, extremo éste último que plantea serias dificultades pues en la práctica entiendo que se va a limitar a una comparación del resultado de la averiguación patrimonial realizada por el Juzgado a través de las terminales a que tiene acceso, con la lista o manifestación aportada por el deudor.

Es por ello, que a tenor de la nueva regulación, el Decreto que se notifique junto con el Auto que contiene la orden general de ejecución, debería ser mucho más concreto

en cuanto al tipo de delito en que se puede incurrir, la pena a imponer y lo fundamental en aras de satisfacer el derecho de cobro del ejecutante: que dicho Decreto sea exhaustivo y se extienda mucho más en el elenco de bienes o derechos que puede tener una persona física o jurídica que figure como deudora en un procedimiento de ejecución, que sin duda puede ser el pago de las responsabilidades civiles derivadas de un delito, las cantidades dinerarias a que tenga derecho en virtud de un procedimiento puramente civil, contencioso administrativo, social o administrativo de apremio.

Quiero decir con ello, que el Decreto a notificar deberá sustituir esa advertencia genérica que se hace actualmente al ejecutado “de poder incurrir en desobediencia grave” a “podrá ser castigado con penas de prisión de tres meses a un año o multa de seis a dieciocho meses de conformidad con el art. 258 del Código Penal”, y para poder descubrir la existencia de una declaración mendaz o incompleta (pues sin dicho resultado probatorio no habría delito) es sumamente importante que el Decreto, a partir de la entrada en vigor deje de hacer las referencias genéricas que actualmente se notifican al deudor (que señale bienes y derechos suficientes para cubrir la cuantía de la ejecución, con expresión, en su caso, de las cargas y gravámenes, así como, en el caso de inmuebles, si están ocupados, por qué personas y con qué título) por otra mucho más concreta y elaborada,<sup>4</sup> lo ideal, a modo de listado o cuestionario a cumplimentar por el propio ejecutado, del cual es Sr./a Secretario Judicial de fe, y donde no quedara fuera del mismo ni un solo bien o derecho de los que puede ostentar una persona física o jurídica y que en aras de exhaustividad podría ser:

Listado de cuentas bancarias, en las que figure como titular, co-titular o autorizado.

Acciones o participaciones sociales con expresión de la numeración, cuantía y sociedades, ya figuren en escritura pública o documento privado.

Planes de ahorro, Seguros de Vida, de Accidentes, Fondos de Pensiones, de Inversión, con expresión de detalla de primas únicas o periódicas, fechas de rescate, vencimiento y beneficiarios.

Depósitos bancarios, fondos de inversión, cartera de inversiones en acciones y/o cualquier producto financiero, con expresión de los importes, plazos y titulares.

---

<sup>4</sup> GARBERI LLOBREGAT Jose, La reclamación de créditos impagados: vías procesales. Editorial Bosch, 1ª ed., 2011, p. 377.



Derechos de cobro, retribuciones, comisiones, dinerarias o en especie, derivadas de su actividad laboral, profesional o empresarial, con expresión de su cuantía y datos del pagador. En el caso de actividades empresariales o profesionales manifestación detallada de los contratos y relaciones contractuales con expresión de clientes pagadores.

Procedimientos judiciales o extrajudiciales que el deudor tenga frente a sus propios deudores, con expresión del tipo de procedimiento (monitorio, verbal, ordinario, cambiario, o de cualquier ámbito judicial) del que eventualmente puedan resultar cantidades a su favor, incluidas tasaciones de costas o cualquier otro derecho de cobro.

Rentas, pensiones, contributivas o no, de cualquier especie que sean, tanto privadas como de organismos públicos.

Derechos cobro por arrendamientos o subarrendamiento de cualquier clase, tanto si el contrato es escrito o verbal.

Derechos de usufructo, goce o disfrute de bienes ajenos.

Derechos sucesorios, a título de heredero o legatario, con expresión de si existe alguna herencia yacente o pendiente de aceptar, manifestando los datos del causante y fecha fallecimiento.

Derechos de cobro por indemnizaciones laborales o de cualquier otro tipo a las que se tenga derecho, incluidas las derivadas de accidentes personales, de tráfico o cualquier otro tipo, con expresión concreta de los datos del deudor y/o entidad aseguradora.

Devoluciones tributarias de la AEAT, Comunidades Autónomas, Diputaciones, Entidades Locales o de cualquier organismo público.

Expropiaciones y derechos de cobro de cualquier organismo público, en expresión del mismo, cuantía a que se tenga derecho y datos del expediente.

Expresión detallada de bienes inmuebles, de cualquier clase, sean rústicos o urbanos, tanto si se encuentran inscritos o no en el Registro de la Propiedad, aportando los títulos de pertenencia, tanto en documento público como privado, incluso sobre aquellos bienes que aún sin título, pueda haberse ganado el dominio por prescripción adquisitiva.

Contratos sobre servicios públicos o concesiones administrativas de las que sea titular.

Expresión detallada de bienes muebles, incluidos vehículos, embarcaciones, joyas, bienes artísticos o de extraordinario valor, al margen de que figuren inscritos o no en cualquier tipo de registro público.

Contratos de permuta, mobiliaria, inmobiliaria, financiera o de cualquier tipo, con independencia de que se encuentre documentada en escritura pública o contrato privado, esté inscrita o no en algún registro público.

Contratos de prenda, hipoteca, o de garantía sobre cualquier tipo de bienes del deudor, al margen de que se encuentre inscrita o no en algún registro público.

Cualquier otro bien, patrimonio o derecho no incluido anteriormente y que el deudor tenga conocimiento.

Dicho lo anterior, el legislador ha reforzado la protección del acreedor en la ejecución dineraria, con un propósito totalizador que abarca tanto la responsabilidad civil derivada del delito como la ejecución dineraria en cualquier proceso civil, social o administrativo, de tal forma que a la vista de la nueva regulación legal el delito vendría integrado cuando concurren alguna de estas tres conductas:

#### **1. Presentar relación de bienes incompleta o mendaz.**

Presente a la autoridad o funcionario encargados de la ejecución una relación de bienes o patrimonio incompleto o mendaz, y con ello dilate, dificulte o impida la satisfacción del acreedor. Para integrar el tipo penal, será necesario que además de presentar esa relación incompleta o mendaz (ocultando bienes o derechos), que con ello se dilate, dificulte o impida la satisfacción al acreedor, circunstancia que para el operador jurídico será fácil de observar pues parece lógico que si el ejecutado excluye de bienes susceptibles de embargo, créditos o cualquier otro derecho, no cabrá la menor duda que tal conducta va a perjudicar la satisfacción al acreedor, bien por dilatarla, dificultarla o impedirarla.

Y el propio artículo 258 el C.P. aclara, entendemos que con carácter de *presunción iuris tantum*, que la relación de bienes o patrimonio “se considerará incompleta cuando el deudor ejecutado utilice o disfrute de bienes de titularidad de terceros y no aporte justificación suficiente del derecho que ampara dicho disfrute y de las condiciones a que

está sujeto”. Concepto que ha quedado suficiente claro y no necesita más aclaraciones, pero que si puede plantear dificultades de prueba, pues será el acreedor quien tendrá que estar vigilante durante el proceso de ejecución para comprobar si el deudor está disfrutando bienes de terceros, en la práctica muy frecuente y que en el seno de la investigación a los efectos de acreditar el título o justificación que le ampare en dicho derecho, podrían resultar de bienes que fueron titularidad del ejecutado y que “*ya no lo son*” (pasan a familiares, amigos, a sociedades, testafierros, etc.), por lo que puede dar lugar a una nueva “noticia criminis” por posible delito de alzamiento de bienes del art. 259 Código Penal.

## **2. No presentar la relación de bienes o patrimonio.**

Es una conducta puramente omisiva, pues el tipo quedaría integrado una vez que el deudor ejecutado ha sido requerido judicialmente y éste no manifiesta cuáles son sus bienes o patrimonio, por lo que desaparecen los problemas de que presentaba la anterior regulación en cuanto la necesidad de discernir si la desobediencia era grave o leve en función de número de requerimientos no atendidos, de tal forma que ahora se define desde un punto de vista totalmente objetivo: Existiendo requerimiento judicial y estando debidamente notificado al deudor, si no aporta la relación de bienes, el delito quedaría consumado, al igual que si lo hace con la lista incompleta o mendaz, y con ello se dilate, dificulte o impida la satisfacción del acreedor.

## **3. Uso de bienes embargados por autoridad pública.**

En este último caso se tipifica y castiga con pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a veinticuatro meses, salvo que ya estuvieran castigados con una pena más grave en otro precepto del Código, quienes hagan uso de bienes embargados por autoridad pública que hubieran sido constituidos en depósito sin estar autorizados para ello, lo que cierra el círculo en un espíritu totalizador de la norma penal para cerrar paso a todas las posibles conductas en que puede ocurrir el deudor para frustrar el procedimiento de ejecución, lo que es de alabar en *pro* de los derechos de cobro de los acreedores ejecutantes que por fin van a contar con una tutela penal que ampara las frecuentes conductas de numerosos deudores a quienes de ser parte únicamente en un proceso civil, por ejemplo, pueden ser imputados por delito en un proceso penal a tenor de la nueva regulación y con posibilidad de incurrir en penas de prisión de uno y hasta tres años.

#### **4. Excusa absolutoria.**

Razones de política criminal<sup>5</sup> y a modo de incentivo para no incurrir en delito por los motivos anteriormente expuestos, el legislador ha optado por no castigar aquellas conductas que faciliten el procedimiento de ejecución cuando el obligado al pago, antes de que la autoridad o funcionario hubieran descubierto el carácter mendaz o incompleto de la declaración presentada, compareciera ante ellos y presentara una declaración de bienes o patrimonio veraz y completa, en cuyo caso el delito ya no será perseguible.

Aunque se trata de una excusa absolutoria que incentiva no incurrir en el delito, técnicamente no es acertada puesto que los problemas se van a plantear en poder fijar cual es el momento concreto en que la autoridad o funcionario descubre ese carácter mendaz o incompleto de la declaración presentada, lo cual analizaremos en las cuestiones procesales que serán tratadas en el siguiente epígrafe.

#### **5. Penas a imponer.**

Concurriendo las circunstancias y demás requisitos aludidos anteriormente, nos encontramos que el Juez podrá imponer:

Pena de prisión de tres meses a año, o bien, multa de seis a dieciocho meses cuando se trate de personas físicas.

Para las personas jurídicas serán las penas previstas en el art. 258 ter con multas que pueden llegar hasta los cinco años, y la posibilidad de que atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33 del C.P.

Evidentemente estamos hablando que el legislador se ha situado en un delito mucho menos grave que el alzamiento de bienes (prisión de uno a cuatro años en el caso de personas físicas), pues nos situamos todavía en una fase del procedimiento de ejecución en que el deudor está dificultando la satisfacción al acreedor (frustrando la ejecución), aunque el tramo impositivo de la multa se sitúa en un mínimo de seis meses, que desde luego deberá abonar en la cuantía finalmente impuesta por el Juez de lo Penal, y que para el caso de impago el condenado quedará sujeto a la responsabilidad personal subsidiaria de un día de prisión por cada dos cuotas de multa no satisfechas, dándose la paradoja de que probablemente el condenado por este delito sea solvente

---

<sup>5</sup> CERREZO MIR, José. Curso de Derecho Penal Español: Parte General I. Tecnos. 3ª ed., 1992, p. 71, nota a pie de página 96.

para abonar la multa pero no lo sea para abonar las cantidades de la ejecución dineraria que resulten a favor del acreedor, de tal forma que la sustitución de la pena de prisión por la de multa se convertirá en una recaudación más para el Estado, que extinguirá el delito una vez cumplida, y sin que el acreedor haya visto satisfecha su deuda.

## 6. La sustitución de la pena.

No obstante, conviene destacar las novedades introducidas por la L.O. 1/2015 a la hora de llevar a cabo la sustitución de la pena por cuanto **se modifica el régimen de valoración del cumplimiento de la responsabilidad civil**. El sistema actual de comprobación previa resulta ineficaz y poco ágil, y dificulta que las decisiones sobre la suspensión de la pena puedan ser adoptadas en el mismo momento en que se dicta sentencia. Por ello, se introduce un sistema inverso al actual: el pago de la responsabilidad civil (y también, que se haya hecho efectivo el decomiso acordado por los jueces o tribunales) continúa siendo un presupuesto de la suspensión de la ejecución; pero es la ocultación de bienes o el hecho de no aportar información sobre los bienes disponibles o de no facilitar el decomiso acordado lo que determina la revocación de la suspensión ya acordada.

Así, el tradicional régimen de sustitución de la pena pasa a ser regulado como una modalidad de suspensión en la que el juez o tribunal pueden acordar la imposición (como sustitutivo) de una pena de multa o de trabajos en beneficio de la comunidad. Sin embargo, la conversión no se produce de forma automática, sino que se ofrece a jueces o tribunales la posibilidad de moderar su importe dentro de ciertos límites. Asimismo, se introduce como posible condición de la suspensión el cumplimiento de lo acordado entre las partes tras un proceso de mediación, en los casos en que legalmente sea posible. El sistema también resulta más ágil en el supuesto de impago de la multa sustitutiva impuesta y, al igual que en el supuesto anterior, será la ocultación de bienes o la falta de aportación de información veraz por el penado lo que determinará la revocación de la suspensión, tal y como se recoge en la nueva redacción del art. 85.1 d) del Código Penal donde ahora se establece que “El juez o tribunal revocará la suspensión y ordenará la ejecución de la pena cuando el penado: 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.”, por tanto nuevas medidas que refuerzan la posición del acreedor.

#### IV. CUESTIONES PROCESALES

En primer no cabe duda que estamos ante un delito público, de tal forma que si durante un procedimiento judicial de ejecución, tras el la notificación de Auto que contiene la orden general de ejecución firmado por el Juez y la notificación del Decreto firmado por el Secretario Judicial con las medidas concretas y requerimientos pertinentes, resulta que pueden darse cualquier de estas circunstancias:

1. Que el Secretario, verificado el incumplimiento por parte del ejecutado de “no atender el requerimiento”, por no facilitar la relación de bienes o patrimonio del deudor, o bien por presentar una relación incompleta o mendaz, y con ello dilate, dificulte o impida la satisfacción del acreedor. Por tal motivo, en su calidad de fedatario y dación de cuenta tanto formal como material, así como impulsor y ordenador del proceso (art. 7 ROSJ.<sup>6</sup> arts. 452.2, 454.3, 455, 456.1, 2 y 4 LOPJ) podrá de oficio levantar testimonio de las actuaciones y remitirlas directamente al Ministerio Fiscal, o bien, dar cuenta al Juez que dictó el despacho de ejecución, para que deduzca testimonio por posible delito de frustración de la ejecución previsto en el art. 258 del Código Penal, para su posterior remisión al Juzgado de Guardia, pues al tratarse de un delito público no será necesario denuncia o querrela previa del perjudicado, en este caso del acreedor ejecutante, en cumplimiento del mandato del art. 117.3 de la Constitución Española (juzgar y hacer ejecutar lo juzgado).

2. Ahora bien, pese a que lo comentado anteriormente sería lo deseable, entiendo que en la práctica será la parte ejecutante quien tras la comprobación de los hechos, presente la correspondiente denuncia o querrela, no para satisfacer su crédito, sino para que se cumpla condena impuesta por la Ley en caso de que finalmente quede probada la frustración de la ejecución.

3. De importancia capital, a los efectos posteriores de prueba, sería deseable que las normas procesales y en concreto la LECrim hubieran previsto la obligatoriedad de la comparecencia “personal”, con citación de las partes a fin de dar trámite e intervención activa de la parte ejecutante para que pueda cuestionar al deudor acerca de todos y cada

---

<sup>6</sup> Real Decreto 1608/2005, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Cuerpo de Secretarios Judiciales.

uno de sus bienes, quedando reflejadas sus manifestaciones en el acta de la comparecencia a tal efecto, o en su caso de la incomparecencia para el caso de que el deudor no asista a dicha audiencia. Pero aun así, sin estar previsto expresamente, de conformidad con el art.12 ROSJ. art. 456.3 LOPJ los Secretarios Judiciales tienen competencias procesales en materia de ejecución, por lo que nada impide que si lo solicita la parte ejecutante, pueda tener lugar la comparecencia en los términos que se acaban de exponer.<sup>7</sup>

## V. DIFICULTADES DE PRUEBA

Evidente la mayor dificultad de prueba que se plantea es la comprobación del carácter mendaz o incompleto de la relación de bienes aportada por el deudor, ya que hemos visto anteriormente cuando el deudor, requerido para ello, “deje de facilitar” la relación de bienes o patrimonio ya sería por sí misma constitutiva de delito.

Desde luego, a lo primero que habrá que acudir es al estudio comparativo de los bienes declarados, con los que resulten de la averiguación patrimonial llevada a cabo por el órgano judicial a los que tiene acceso (medidas de localización e investigación del patrimonio del ejecutado).

En segundo lugar, dada la innumerable lista de bienes o derechos que puede ostentar en deudor ejecutado que no figuran en registros públicos, para el caso de ocultación y tras haber manifestado su inexistencia u ocultación después de haberle sometido a ese examen que a modo de ejemplo hemos señalado en nuestro anterior apartado III, letras a) a s), será la comprobación posterior por el conocimiento que pueda llegar a la parte ejecutante o al órgano judicial que deberán estar expectantes si quieren ver satisfecho su derecho, pues recordemos que no estamos ante una pena de prisión por deudas, pero sí por frustrar una ejecución de forma intencionada.

Por otro lado, el tipo penal requiere de forma expresa que “con ello dilate, dificulte o impida la satisfacción del acreedor”, lo cual es consecuencia clara de la conducta anterior, que si bien le corresponderá al Juez motivarlo en sentencia, no cabe duda que el sólo hecho de no facilitar los bienes y derechos, así como su carácter mendaz o incompleto, es un indicio más que suficiente para integrar el delito y que constituirá prueba definitiva si a la postre se ha descubierto ese carácter mendaz cuando el acreedor u órgano judicial han descubierto otros bienes no declarados.

---

<sup>7</sup> ARMENGOT VILAPLANA, Alicia, Introducción al derecho procesal. Editorial Aranzadi, 2014.

Destacable, a efectos probatorios, es la aclaración que hace el legislador en el segundo párrafo del art. 258.1 cuando, a modo de “presunción iuris tantum”, aclara que la relación de bienes o patrimonio se considerará incompleta cuando el deudor ejecutado utilice o disfrute de bienes de titularidad de terceros y no aporte justificación suficiente del derecho que ampara dicho disfrute y de las condiciones a que está sujeto, lo cual implica un refuerzo de la posición del acreedor, pues en frecuentísimas ocasiones ve como el ejecutado, sea persona física o jurídica, continua aparentemente su mismo ritmo de vida, máxime en el caso de los que podemos denominar “insolventes profesionales”, que ahora tendrán que dar explicaciones y acreditar justificadamente el uso y disfrute de bienes de terceros, correspondiendo a él la carga de la prueba. Hemos de tener en cuenta que al deudor se le puede complicar su situación para el caso de no dar una justificación real al órgano judicial, pues a la postre podría ocurrir que si el uso o disfrute de tales bienes que aparentemente son de terceros, resulta que en realidad formaban parte del patrimonio del deudor, podría ser una maniobra constitutiva de un delito de alzamiento de bienes si los mismos salieron de su patrimonio en perjuicio de acreedores o para eludir el pago de responsabilidades civiles derivadas de un delito que hubiere cometido o del que debiera responder, con lo cual la pena a imponer sería la prevista en el art. 257 del Código Penal, es decir, prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.

Por último, de conformidad con el art. 12 del Código Penal, el delito que estudiamos no tiene previsto el castigo por imprudencia, por lo que sólo serán constitutivas de delito las conductas dolosas, sin que a mi juicio pueda ser castigada la tentativa de delito por lo que solo será punible el delito consumado, sin bien, habrá posiciones para todos los gustos, quizá sea dominante en la literatura la de quienes vienen entendiendo que los delitos de comisión por omisión, o delitos de omisión impropios, son equiparables a los delitos de acción positiva de resultado, por lo que en tal caso sería concebible la tentativa.<sup>8</sup>

## VI. CONCLUSIÓN

Sin duda, la nueva regulación alivia la situación del acreedor que ahora cuenta con instrumentos de tutela penal para aquellas conductas intencionadas, retientes y que tan frecuentes son en la actualidad, que frustran el proceso de ejecución dineraria y los

---

<sup>8</sup> GÓMEZ TOMILLO, Manuel, Comentarios al Código Penal, Editorial Lex Nova, 2ª ed. 2011, Comentario al art. 16.1 sobre tentativa y delitos de omisión. Portal Jurídico lex nova, publicado el 02/05/13.



mandatos jurídicos: Es obligado cumplir las sentencias, art. 118 CE y las sentencias se ejecutarán en sus propios términos (art. 18.2 LOPJ), por lo que todos reclamábamos el establecimiento de un programa legal de la actuación jurisdiccional que permita confiar en la eficacia del proceso de ejecución como instrumento idóneo para otorgar la tutela efectiva y la adecuación de los instrumentos ejecutivos preparados para dar satisfacción a los titulares de los derechos<sup>9</sup> de crédito.

\* \* \* \* \*

---

<sup>9</sup> ORDUÑA MORENO Francisco Javier / TAMAYO HAYA, Silvia La Protección Patrimonial del derecho de crédito. tomo I. La Conservación de la garantía patrimonial del derecho de crédito, Editorial Civitas, 2006, pp. 251-279.

## Joana Ruiz Sierra

Juez Sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana. Abogada no ejerciente del Ilustre Colegio de Abogados de Valencia. Socia FICP.

### ~La persona jurídica en el juicio oral~

**Resumen.** - En España, tras la reforma penal de 2010 se ha establecido la responsabilidad penal directa de las personas jurídicas. Un año más tarde se aprobó la necesaria, aunque insuficiente regulación procesal que delimitó su estatuto procesal como sujeto pasivo de un delito y dentro del juicio oral. Se analiza en el presente trabajo, la competencia objetiva, donde el artículo 14 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, nos dice que cuando ésta dependa de la gravedad de la pena, hay que acudir a la pena legalmente prevista para la persona física, esté o no acusada. La comparecencia a juicio a través de la persona especialmente designada para ello, sin duda el punto nuclear en esta materia. Quién puede ser, quién la elige, qué puede hacer en nombre de la persona jurídica. Se consigue garantizar adecuadamente el derecho de defensa y la presunción de inocencia de la misma. Se permite la conformidad no litisconsorcial. Problemas que conlleva, quién decide prestar dicha conformidad, es o no un mecanismo para evitar la responsabilidad de las personas físicas representantes de la entidad en el tráfico jurídico. La ausencia y la rebeldía. Y finalmente el futuro Código Procesal Penal.

## I. INTRODUCCIÓN

La Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio modificó el Código Penal y puso fin al arraigado principio de la “*societas delinquere non potest*”, permitiendo, según algunos autores que la persona jurídica pueda ser hoy sujeto activo del delito y que se la pueda condenar respecto de un determinado grupo de ellos. Mientras que para otros autores, esta modificación legislativa no hace más que reconocer que la persona jurídica siempre delinque a través de una persona física que actúa en su nombre, es decir, la persona jurídica no puede delinquir, aunque sí ser penalmente responsable por las actuaciones realizadas por personas físicas en su nombre o provecho.<sup>1</sup>

La importancia de esta modificación fue y sigue siendo evidente, pero nuestro legislador de entonces y de hoy (en menor medida), se ha ocupado principalmente de los aspectos sustantivos relativos al derecho penal, tanto en su parte general como especial, pero nada reguló sobre los aspectos procesales. Hubo una anomia legal que casó mal con el principio de legalidad del artículo 1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y si ya, tras la incorporación en el Código Penal de las denominadas consecuencias accesorias dirigidas a las personas jurídicas, en opinión de ECHARRI

---

<sup>1</sup> Véase a DE LA FUENTE HONRUBIA, F., Personas jurídicas: artículo 31 bis CP, en: Consideraciones a propósito del proyecto de ley de 2009 de modificación del Código Penal (Coords. MAJÓN-CABEZA OLMEDA, A.; VENTURA PÜSCHELL, A.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 49-52. Igualmente, compárese con lo manifestado en la ponencia realizada por DEL MORAL GARCÍA, A. Aspectos sustantivos y procesales derivados de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2011, p. 1.

CASI<sup>2</sup>, se hizo patente la necesidad de adaptar las normas de procedimiento, tras la instauración de este sistema de responsabilidad penal y la imposición de sanciones, dicha exigencia era inevitable y de pronto acometimiento.

Un año más tarde, la Ley 37/2011 de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal<sup>3</sup>, introdujo en la Ley de Enjuiciamiento Criminal unas pequeñas modificaciones procesales que exigían éste nuevo régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Modificaciones<sup>4</sup> que afectan tanto a normas de tipo orgánico (competencia objetiva para el conocimiento de los procesos seguidos contra personas jurídicas) como aquellas de carácter procesal que se ocupan de las especialidades concretas que ha de experimentar el desarrollo del proceso en tales supuestos, tanto en la fase de instrucción (imputación, declaración indagatoria, régimen de intervención en las diligencias, medidas cautelares, rebeldía) como en el juicio oral (intervención en el juicio oral, eventual conformidad, y otros derechos procesales, como derecho a declarar o no contra sí mismo, a guardar silencio, a no confesarse culpable y el uso a la última palabra).

La presente comunicación pretende un análisis de los aspectos procesales de la situación actual en la fase de enjuiciamiento<sup>5</sup> de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, y su situación futura, a través del tan esperado Código Procesal Penal, cuya propuesta ha sido presentada por la Comisión Institucional para la Elaboración de un texto articulado de Ley de Enjuiciamiento Criminal<sup>6</sup>, constituida por Acuerdo del Consejo de Ministros de 2 de marzo de 2012 y la ausencia también reclamada por la doctrina, de la elaboración de un completo estatuto jurídico procesal de la persona jurídica. Someramente, por su incidencia en el desarrollo del plenario se tratará la competencia y la rebeldía.

## II. COMPETENCIA OBJETIVA Y TERRITORIAL

La regla de competencia es fijada por el artículo 14 bis de la Ley de

---

<sup>2</sup> ECHARRI CASI, F. J., Las personas jurídicas y su imputación en el proceso penal: una nueva perspectiva de las garantías constitucionales. Diario La Ley, núm. 7632, 2011, pp. 1-30

<sup>3</sup> Boletín Oficial del Estado núm. 245, de 11 de octubre, (Verificado el 21.04.2015) <http://www.boe.es/boe/dias/2011/10/11/pdfs/BOE-A-2011-15937.pdf>

<sup>4</sup> Siguiendo a ARANGÜENA FANEGO, C., Responsabilidad Penal de la persona jurídica y medidas cautelares personales, Revista de Derecho Empresarial (REDEM), núm. 2, 2014, pp. 83-115

<sup>5</sup> Entendiendo como tal, el juicio oral en sentido estricto o de plenario, en el cual, bajo los principios de publicidad, inmediación y contradicción, se practican las pruebas propuestas por las partes y admitidas por el Tribunal o Juzgador.

<sup>6</sup> <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/actividad-legislativa/normativa/comisiones-institucionales> (Verificado 23.04.2015)

Enjuiciamiento Criminal. Declara que el juzgado o tribunal competente para conocer de un delito, si tal conocimiento depende de la gravedad de la pena, es estar en todo caso, a la pena legalmente prevista para la persona física, con independencia de que el proceso penal se dirija también, o incluso exclusivamente, contra una persona jurídica. Por lo que los órganos sentenciadores serán habitualmente el Juez de lo Penal y la Audiencia Provincial, a salvo las excepciones prevista en la ley por razón de la materia o de la persona.

La competencia de la Audiencia Nacional no queda excluida ni modificada, por lo que en atención a la gravedad de la pena, la distribución competencial será entre el Juez Central de lo Penal y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

Lo mismo cabe decir de los tipos delictivos cuya competencia esté atribuida al Tribunal de Jurado, si bien aquí es importante destacar que pueden suscitarse complejas cuestiones en relación a la persona jurídica como tal, que va más allá de los hechos presuntamente delictivos que se discutan.

Por último, las personas aforadas, en opinión de la magistrada MUÑOZ YANGÜELA<sup>7</sup> no parece ni razonable ni aconsejable que se lleve a cabo el enjuiciamiento de la persona física y de la persona jurídica por separado cuando exista conexidad entre los hechos que se le imputan a una y otra.

Respecto a la competencia territorial, la redacción del art. 14 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aunque venga referido a la competencia objetiva y no a la territorial, es que el criterio de atribución competencial, es el legalmente previsto para la persona física, y según el artículo 14 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal es el del “*forum delicti commissi*”.

En conclusión, la posible responsabilidad penal de una persona jurídica no altera la competencia, sea cual sea la pena que puede corresponder a ésta o a su domicilio legal<sup>8</sup>. Dicho lo anterior y a pesar de la aparente sencillez de esta regla, cabe destacar que las penas de las personas jurídicas no son las mismas que las de las personas físicas, participan de distinta naturaleza por lo que no parece lógico hacer depender las

---

<sup>7</sup> MUÑOZ YANGÜELA, B. J., Otras cuestiones procesales: determinación de la competencia objetiva y territorial; comparecencia de la persona jurídica; presencia y ausencia en el procedimiento; medidas cautelares; régimen de la declaración de representantes y empleados; conformidades, La responsabilidad penal de las personas jurídicas (Coords. SEXMERO IGLESIAS, M.; MORENO VERDEJO, J), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2012, pp. 1 -27

<sup>8</sup> Confróntese con DEL MORAL GARCÍA, A., La responsabilidad de las personas jurídicas en el ámbito penal, Cuadernos Digitales de Formación, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2012, pp. 24-30.

garantías procesales relativas al juez predeterminado por la ley, a la mayor gravedad de la pena que soportara un tercero persona física.

### III. COMPARECENCIA EN EL JUICIO ORAL

#### 1. Planteamiento.

Desde un punto de vista estrictamente procesal, la comparecencia de las personas jurídicas en el juicio oral es el talón de Aquiles de la responsabilidad penal. Éstas están presentes en el desarrollo del juicio oral si bien en un sentido figurado, por ello, uno de los principales problemas que surgen con ésta nueva responsabilidad penal de las personas jurídicas, es su intervención en el procedimiento. En concreto: qué persona física debe representarla.

La solución no es baladí puesto que estas entidades se encontrarán imputadas en nuestro ordenamiento jurídico penal, por un delito cometido por su representante legal, bien directamente, bien por no haber ejercido éste el debido control sobre el personal dependiente. Por tanto, lo más frecuente será en opinión de PÉREZ ARIAS<sup>9</sup> que siempre que una persona jurídica esté implicada en un procedimiento penal también lo estará, directa o indirectamente, la persona física que la representa (legalmente).

Otros interrogantes relacionados con la comparecencia a juicio oral es su estatuto jurídico procesal, su derecho a guardar silencio como parte de su derecho a la defensa, el derecho a no declarar contra sí misma que puede por ejemplo, verse afectado en aquellos casos en que la empresa debe aportar documentos que permitan fundar su acusación, el ejercicio del derecho a la última palabra, o porque no, el derecho a la asistencia jurídica gratuita, expresamente denegado por la Ley 1/1996, de 10 enero, que regula la asistencia jurídica gratuita<sup>10</sup>, salvo alguna excepción relativa a las fundaciones y asociaciones de utilidad pública.

#### 2. Regulación legal.

Para una mejor comprensión de lo que ocurre en el juicio oral, procede examinar qué acontece previamente durante la instrucción. El artículo 119 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, determina que ante la imputación a una persona jurídica de un hecho punible, la misma debe nombrar a una persona que le represente con poder

---

<sup>9</sup> PÉREZ ARIAS, J., Sistema de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas, Dykinson SL Madrid, 2014, pp. 204-209

<sup>10</sup> Boletín Oficial del Estado, número 11 de 12 de enero 1996 (verificado 25.04.2015) [https://www.boe.es/diario\\_boe](https://www.boe.es/diario_boe)

especial para ello, además de la representación procesal a través de abogado y procurador. La falta de designación del representante no impedirá la sustanciación del procedimiento con el abogado y procurador designado, artículo 119.1a) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. El artículo 119.1b) en relación con artículo 775 ambos de la misma ley, incide para el procedimiento abreviado, que deberá designarse a dicho representante, entendiéndose la lectura de derechos y la información de los hechos objeto de la denuncia o querrela con el abogado en caso de que no fuere designado representante legal. Destacar igualmente el artículo 409 bis, cuando en caso de incomparecencia de la persona especialmente designada, se tendrá por celebrado el acto, entendiéndose que la persona jurídica se acoge a su derecho a no declarar. Finalmente, nuestra Ley Procesal no prevé en este período ninguna incompatibilidad o limitación en la designación de esta persona.

En fase de enjuiciamiento, el art. 786 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, nos dice que cuando el acusado sea una persona jurídica, amén de asistir al acto de juicio oral el Abogado designado para su defensa (representación procesal), la persona moral podrá (no es obligatorio) estar representada por una persona que especialmente ésta designe, para un mejor ejercicio del derecho de defensa, quien deberá ocupar en la sala el lugar reservado a los acusados, podrá declarar en nombre de la persona jurídica si se hubiere propuesto y admitido esta prueba, y tendrá igualmente derecho a guardar silencio, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, así como a ejercer el derecho a la última palabra al finalizar el acto del juicio. Se recoge, como se observa, el pequeño estatuto jurídico procesal de la persona jurídica, acercándose al artículo 24 de nuestra Constitución Española.

Se añade una prohibición acerca de esta persona especialmente designada que no puede ser aquélla que haya de declarar en juicio como testigo.

Finaliza el citado precepto manifestando que la incomparecencia del representante especialmente designado no impide la celebración del juicio, que se llevará a cabo con la asistencia del Abogado defensor y del Procurador de la persona jurídica.

### **3. Persona especialmente designada.**

Del artículo 786 bis 1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ni del resto de su articulado se desprenden las cualidades que debe tener este representante especialmente designado por la persona jurídica, ni si esta persona debe tener alguna vinculación con

esta entidad.

El legislador ha arbitrado una representación procesal de la persona jurídica diferente a quien ostenta su representación legal en el tráfico jurídico, la razón desde un punto de vista puramente objetivo, obedece a que este último puede encontrarse imputado en el mismo proceso, por lo que es conveniente desligar la posición jurídica de cada uno de ellos y garantizar el derecho de defensa de ambos. Pero ello como seguidamente se expondrá no siempre se logra<sup>11</sup>.

Sin duda, la elección de este representante, es el primer acto del derecho de defensa de las personas físicas que componen la persona moral. Siendo posible que la persona física que representa a la entidad en el tráfico jurídico económico, pretenda controlar al representante procesal de la entidad, ello con múltiples finalidades o intenciones, entre ellas, transferir a ésta el mayor ámbito de responsabilidad penal. Esto, además, está permitido por el Código Penal que admite la condena de la persona jurídica sin haberse imputado ni tan siquiera a la persona física.

Citar, también a modo de ejemplo, otros supuestos que cuestionan esa pretendida dualidad representativa, el posible conflicto de intereses entre los derechos de defensa de la persona moral y su representante legal, cuando éste sea, a su vez, imputado en el mismo pleito; o, en el ámbito de la prueba, la incompatibilidad de que la persona física, que genera la responsabilidad de la persona jurídica, intervenga como testigo.

Entiendo que la pretendida dualidad procesal de la persona jurídica, podría ser posible si la persona moral se encontrará intervenida y su representación legal estuviera desvinculada del conjunto de intereses de las personas físicas que la componen. Pero esta posición también encierra un evidente peligro para la defensa de la persona jurídica, puesto que este representante especialmente designado (artículo 786 bis 1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) no tendrá información de ninguna clase y en nada podrá contribuir al esclarecimiento de los hechos en defensa real de la inocencia de la persona jurídica que representa.

En cuanto a la limitación recogida en el apartado 1 2º párrafo del artículo 786 bis, no se podrá ocupar la posición de representante especialmente designado cuando, a la vez, éste tenga que actuar en el proceso como testigo. Es, en este momento del

---

<sup>11</sup> Véase a PÉREZ GIL, J., *Cauces para la declaración de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Comentarios a la reforma penal de 2010 (Coords. ÁLVAREZ GARCÍA, F. J.; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L), Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 583-590.

procedimiento cuando ya se conoce la acusación y los intervinientes en el mismo, de esta forma se evitan los problemas que pudieran suscitarse entre declarar como testigo y no como imputado. Esta prohibición no es aplicable a la fase de instrucción, parece lógico porque será en el desarrollo de la investigación cuando se determinen los hechos y personas responsables objeto del futuro enjuiciamiento. Si se diera lugar a dicha limitación podría cercenarse el derecho de defensa y además obligar a la persona jurídica a ir cambiando de representante por el llamamiento como testigo de quien designó como su representante.

Finaliza el citado precepto manifestando que la incomparecencia del representante especialmente designado no impide la celebración del juicio, que se llevará a cabo con la asistencia del Abogado defensor y del Procurador de la persona jurídica. Mencionar que el borrador de Código Procesal introduce en este último punto la solución opuesta como seguidamente se verá.

#### **IV. CONFORMIDAD DE LA ACUSADA PERSONA JURÍDICA**

El artículo 787.8 Ley de Enjuiciamiento Criminal prevé que la conformidad deberá ser prestada por su representante especialmente designado siempre que cuente con poder especial. Tal conformidad podrá realizarse con independencia de la posición que adopten el resto de acusados, y su contenido no vinculará en el juicio que se celebre respecto de éstos.

Los problemas que suscita este precepto siguiendo al letrado MORALES GARCÍA<sup>12</sup> y a PÉREZ ARIAS<sup>13</sup>, van, desde una duda más que razonable de la libertad y de la legitimidad en y para prestar dicha conformidad, cuando hay coincidencia en la imputación de la persona física y en el representante especial designado para la sociedad. Dado que la ley procesal no prohíbe expresamente que sean la misma persona, no es difícil imaginar que en la mayoría de los supuestos se pretenda convertir a la persona jurídica en un mero instrumento de defensa de la persona física.

Un segundo problema relacionado con la propia institución de la conformidad, que supone el reconocimiento de un hecho, que en el caso de las personas jurídicas constituirá siempre un hecho ajeno. En definitiva lo que se reconoce es el hecho cometido por un tercero, y no el propio.

---

<sup>12</sup> MORALES GARCÍA, O., La persona jurídica ante el derecho y el proceso penal, Actualidad Jurídica Uría Menéndez, núm.extraordinario, 2011, pp.142-154

<sup>13</sup> PÉREZ ARIAS, J., Sistema, 2014, pp. 209-216.



Hay un olvido o una incongruencia del legislador, cuando refiere que dicha conformidad, se sujetará a los requisitos enunciados en los apartados anteriores, pero en ninguno de esos apartados se cita una conformidad no litisconsorcial.

Y por último el mencionado artículo permite *a sensu contrario* de lo que disponen los artículo 655 párrafo 4º y 697 párrafo 2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la conformidad no litisconsorcial. Ello supone la fractura del principio general de conservación de la continencia de la causa y de evitación de resoluciones contradictorias en caso de varios acusados. Nuestro Tribunal Supremo en sentencia de 11 de febrero de 2011 dispone “...la sentencia que ponga término a un proceso en el que exista una pluralidad de imputados ha de ser el resultado, bien de la apreciación de las pruebas desarrolladas en el plenario, bien de la aceptación del escrito de acusación por parte de todos los imputados”, todo ello como forma de evitar el contrasentido de que “un hecho se considere al mismo tiempo cierto por conformidad e incierto por el resultado de las pruebas”. De ahí “la necesidad de celebrarse el juicio oral para todos cuando la conformidad sólo es dada por algunos”

Siguiendo a PÉREZ ARIAS<sup>14</sup> una sentencia de conformidad en ningún caso se podrá convertir, en una carta de hechos probados para esos otros imputados que por decisión voluntaria y respecto de estos mismos hechos, siguen pendientes del correspondiente enjuiciamiento. Esta situación no ofrece problema si el resto están acusados por otros hechos diferentes de los que han sido objeto de conformidad. Pero si ello no es así, puede ocurrir, que la persona moral haya mostrado su conformidad, se le haya condenado, y que a ello, siga un proceso por el resto de acusados, personas físicas, dictándose sentencia absolutoria por atipicidad del hecho imputado, por lo que tendríamos una persona jurídica condenada por el hecho de un tercero que resulta a la postre no ser constitutiva de delito.

## V. REQUISITORIA Y REBELDÍA.

El artículo 839 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (ubicado en el título relativo al procedimiento contra reos ausentes) prevé que la persona jurídica sólo será llamada mediante requisitoria cuando no haya sido posible su citación para el acto de la primera comparecencia por falta de un domicilio social conocido. La requisitoria se publicará en el Boletín Oficial del Estado, en su caso en el Boletín Oficial del Registro

---

<sup>14</sup> *Ibidem*

Mercantil o en cualquier otro periódico o diario oficial relacionado con la naturaleza, el objeto social o las actividades del ente imputado, pero no origina, como en la persona física, órdenes de búsqueda y captura. Transcurrido el plazo fijado sin haber comparecido la persona jurídica, se la declarará rebelde, siendo posible sin concurrir los requisitos legales, la condena en rebeldía (art. 786.1 2º párrafo de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), con la imposición de la oportuna multa que prescribe a los 10 años (como pena grave).

Los efectos de la declaración en rebeldía de la persona moral no difieren de la rebeldía de la persona física. Así, se suspenderá la causa y se procederá a su archivo respecto de la persona declarada rebelde. Esta paralización del procedimiento supone el reinicio del plazo de prescripción del delito.

La doctrina opina que esta disposición está vacía de contenido porque no existe (como hemos visto) obligación de comparecencia del especial representante de la sociedad ni existen medidas restrictivas de derechos asociadas a la persona jurídica rebelde. Como seguidamente se verá ello cambia en el borrador de la futura ley de Enjuiciamiento Criminal.

## **VI. BORRADOR DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL DE 2013<sup>15</sup>**

El artículo 33 del citado borrador, relativo a la competencia objetiva no varía el criterio, continúa siendo la pena en abstracto para la persona física.

En cuanto a la comparecencia en el proceso de las personas encausadas, la Exposición de Motivos en relación con el artículo 51 del proyecto y para lo que interesa en este trabajo, acuerda que la representación en juicio de las personas jurídicas, (a diferencia de la normativa actual que establece la más absoluta libertad), ha de ser por el director del sistema de control interno de la entidad o, en su defecto, otra persona designada para asumir la representación (volvemos al sistema actual). Para el caso de falta de designación se prevé que habrá de comparecer como representante la persona que ostente el máximo poder real de decisión en el órgano de gobierno o administración o como administrador de hecho de la entidad, a instancia del Ministerio Fiscal y a criterio del Tribunal. La justificación es que si una persona física incapaz de comprender el significado y consecuencias del proceso no puede ser enjuiciada, carece

---

<sup>15</sup> <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/actividad-legislativa/normativa/comisiones-institucionales>. (Verificado 23.04.2015)

de sentido permitir que una persona jurídica pueda colocarse al margen del desarrollo de la causa cuando, precisamente, se enjuicia una posible responsabilidad penal derivada de la desatención del cumplimiento de la Ley por omisión del debido cuidado organizacional tendente a excluir o limitar el riesgo de criminalidad en su seno. En definitiva, se persigue asegurar que las personas jurídicas se tomen en serio la investigación y la prueba de los hechos por los que resulten encausadas, previéndose la posibilidad de acordar la detención para su comparecencia forzosa en caso de incomparecencia injustificada del representante de la persona jurídica (artículo 51.3 del borrador de Código Procesal Penal).

Los artículos 52.4 y 53 regulan las requisitorias (sin cambios significativos) y el enjuiciamiento en ausencia de las personas jurídicas, respectivamente. Expone este último precepto que cuando el encausado no sea una persona física podrá realizarse el enjuiciamiento en rebeldía, en todo caso.

La conformidad de la persona moral, requiere únicamente poder especial de la persona especialmente designada para su representación (artículo 112).

Finalmente, los artículos 70 y 91 del borrador. El artículo 70 no permite el ejercicio de la acción popular a persona jurídica pública o privada, con una importante salvedad, cuando se trate de personas jurídicas constituidas para la defensa de las víctimas del terrorismo en los procesos por delitos de terrorismo. Y el artículo 91 relativo a los motivos para el sobreseimiento cuando concurren razones de oportunidad, (sin duda una importante novedad en nuestro ordenamiento jurídico). Este precepto recoge en su punto 1.1 2º párrafo que si el delito se imputare a una persona jurídica, y ésta carezca de toda actividad y patrimonio, encontrándose incurso en causa legal de disolución aunque no se haya disuelto formalmente, puede sobreseerse la causa por motivos de oportunidad.

## VII. CONCLUSIÓN

Recientemente salió publicado en el Diario La Ley<sup>16</sup> un artículo con este significativo título: “Por qué no ha habido ninguna condena penal a una empresa”. Entre las razones que se apuntan está, según Don José Manuel Maza magistrado de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, que para el uso correcto de esta figura jurídica, sería

---

<sup>16</sup> VIGIL, A., Por qué no ha habido ninguna condena penal a una empresa. Diario La Ley, núm. 8431, 2014, pp. 1-3

necesario reformar el sistema procesal penal. No obstante, sí hay casos relevantes en trámite como el asunto Bankia, el del Fútbol Club Barcelona o el caso Pescanova.

Resulta harto paradójico que la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, de modificación del Código Penal, que introdujo la responsabilidad penal directa de las personas jurídicas, no fuera acompañada de los preceptos necesarios de reforma procesal, puesto que para exigir dicha responsabilidad y condenar a una persona jurídica (como física) es necesario el desarrollo de un proceso. Hubo que esperar un año, y aun así, tal y como se ha ido analizando en cada uno de los apartados de esta comunicación la regulación de la persona jurídica acusada no está correctamente perfilada y resulta insuficiente.

No se cuestiona que la persona jurídica es titular de derechos y que hoy es un sujeto responsable penalmente, que no puede condenarse a la pena de privación de libertad, pero sí a penas que pueden suponer su desaparición, disolución o clausura. Quizás no se trata de establecer una equivalencia de derechos entre la persona física y la jurídica, pero sí de garantizar su derecho de defensa y su presunción de inocencia. La búsqueda por el legislador de la pretendida independencia de la persona moral de sus representantes legales en el tráfico jurídico, no se ha garantizado, ni tampoco se comprende que la representación de las personas jurídicas en el proceso ante cualquier eventualidad recaiga en su defensor jurídico o abogado. Por lo que sigue siendo necesario una regulación de la situación procesal de la persona jurídica desde que es investigada, imputada, acusada y condenada.

## **VIII. BIBLIOGRAFÍA**

ARANGÜENA FANEGO, C., Responsabilidad Penal de la persona jurídica y medidas cautelares personales, Revista de Derecho Empresarial (REDEM), núm. 2, 2014, págs. 83-115.

DE LA FUENTE HONRUBIA, F., Personas jurídicas: artículo 31 bis CP, Consideraciones a propósito del proyecto de ley de 2009 de modificación del Código Penal (Coords. MAJÓN-CABEZA OLMEDA, A.; VENTURA PÜSCHELL, A.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, págs. 49-52.

DEL MORAL GARCÍA, A. Aspectos sustantivos y procesales derivados de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2011, p. 1

DEL MORAL GARCÍA, A., La responsabilidad de las personas jurídicas en el ámbito penal, Cuadernos Digitales de Formación, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2012, pp. 24-30.

ECHARRI CASI, F. J., Las personas jurídicas y su imputación en el proceso penal: una nueva perspectiva de las garantías constitucionales, Diario La Ley, núm. 7632, 2011, pp. 1-30.

MORALES GARCÍA, O., La persona jurídica ante el derecho y el proceso penal, Actualidad Jurídica Uría Menéndez, núm. extraordinario, 2011, pp.142-154.

MUÑOZ YANGÜELA, B. J., Otras cuestiones procesales: determinación de la competencia objetiva y territorial; comparecencia de la persona jurídica; presencia y ausencia en el procedimiento; medidas cautelares; régimen de la declaración de representantes y empleados; conformidades, La responsabilidad penal de las personas jurídicas (Coords. SEXMERO IGLESIAS, M.; MORENO VERDEJO, J), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2012, pp. 1 -27.

PÉREZ ARIAS, J., Sistema de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas, Dykinson SL Madrid, 2014. pp. 204-216.

PÉREZ GIL, J., Cauces para la declaración de responsabilidad penal de las personas jurídicas, Comentarios a la reforma penal de 2010 (Coords. ALVAREZ GARCÍA, F. J.; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L), Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 583-590.

VIGIL, A., Por qué no ha habido ninguna condena penal a una empresa. Diario La Ley, núm. 8431, 2014, pp. 1-3.

\* \* \* \* \*

## Inmaculada Serrano Pérez

Juez Sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana. Abogada no ejerciente del Ilustre Colegio de Abogados de Valencia. Socia de la FICP.

### ~La evolución legislativa de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho penal español~

**Resumen.-** La responsabilidad penal de las personas jurídicas, ha sido uno de los temas de debate abiertos históricamente en el Derecho Penal, tanto por la doctrina penalista española como de la doctrina extranjera. Fue introducida en España por primera vez con la reforma operada en el Código Penal por la LO 5/2010, tras las recomendaciones de la Unión Europea y desde entonces ha suscitado, no pocos puntos de controversia pues opta por un modelo híbrido que parte de una responsabilidad vicarial que tiene su base en el delito de persona física, pero al que dota de rasgos de independencia, de forma que, puede existir responsabilidad penal de la persona jurídica sin que concurra la de la persona física. Esta LO 5/2010 supuso un cambio en lo que respecta a las personas jurídicas, pues se introduce en el Derecho Español un auténtico modelo “*societas delinquere potest*”.

Con la promulgación de la LO 7/2012 se modifica el art. 31.5 CP, eliminando de este precepto a los partidos políticos y a los sindicatos, que los incluye en el régimen general de responsabilidad penal.

Finalmente ha sido aprobada una nueva reforma del Código Penal con la LO 1/2015 que entrara en vigor el próximo 1 de julio, y por la que se suplen las deficiencias que en esta materia introdujo la LO 5/2010, presentando como novedad la obligación a toda persona jurídica a establecer un plan de cumplimiento de riesgos penales o “corporate compliance”.

## I. INTRODUCCIÓN

La responsabilidad de las personas físicas en nuestro país en relación a hechos delictivos ha ido evolucionando al cuestionar el tradicional principio de la incapacidad de las personas jurídicas para ser penalmente responsables de los delitos.

En 1983, la reforma urgente y parcial del Código Penal mantuvo el postulado de “*societas deliquere non potest*”, defendido con carácter general por la mayoría de la doctrina, introduciendo en el art. 15 bis la fórmula de actuar en lugar de otro, mas llamada a la cobertura de las lagunas de punibilidad derivadas de los delitos especiales, que a la instrumentación de un mecanismo adecuado para la exigencia de responsabilidad penal en los hechos cometidos en el marco de personas jurídicas.

El Código Penal de 1.995 avanza en relación a la legislación anterior al regular determinadas consecuencias jurídicas accesorias, sin que estas se denominaran penas y sin reconocer que las personas jurídicas podían incurrir en responsabilidad penal. Así, en el art. 31 se mantuvo la norma del actuar en nombre de otro, art. 262 al referirse a la alteración de precios en concursos y subastas públicas y a la imposición entre otros, a la empresa de la pena de inhabilitación especial, incluso la prohibición de contratar con la Administración Pública y ocupaban una posición de relevancia las previstas en el art. 129, dirigidas a sociedades, asociaciones, fundaciones o empresas, tanto de titularidad

individual, como con personalidad jurídica propia<sup>1</sup>, y “orientadas a prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma, art.129.3. Por tanto, nuestro texto punitivo solo preveía consecuencias accesorias, nunca penas, que el Juez podía imponer, con carácter facultativo, a las personas jurídicas, pero siempre, previa declaración de responsabilidad penal de una persona física, pero con escasísima aplicación en la práctica por nuestros Tribunales.

La Ley Orgánica 15/2003 afecto levemente al contenido del art. 129 CP, al que se insertó una doble referencia para salvar “lo establecido en el art. 31” e incluir en la audiencia previa al Ministerio Fiscal, ampliando su aplicación a nuevos delitos . Se declaraba a la persona jurídica responsable del pago de la pena de multa, nada compatible con principios penales elementales como la personalidad, la igualdad y la inderogabilidad de las penas, abriéndose un debate en torno a la naturaleza de la nueva responsabilidad, al entenderse que legalmente quedaba descrita con términos más civiles que penales, pues más que introducir una verdadera sanción penal, la fórmula legal buscaba el aseguramiento patrimonial de una deuda de Derecho Público. La doctrina entendió que esta reforma operada por la LO 15/2003 se orientó, más que a regular la responsabilidad penal de las personas jurídicas, a hacer soportar de algún modo a la entidad, las consecuencias de la misma. La reforma de 2.003, no supuso un punto final en el proceso de regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho Español. Y ello se confirma por los posteriores anteproyectos y proyectos de reforma, desde 2.006<sup>2</sup>.

Con la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio, se produce un cambio al reconocerse de forma expresa la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Con esta reforma del Código Penal, se instituyó y reglamento por primera vez en nuestra legislación penal, la responsabilidad penal en las personas jurídicas con la introducción del art. 31 bis, con un catálogo de penas aplicables directamente a las mismas, art. 33.7 y un sistema de aplicación de estas penas, art. 67 bis. Tal modificación, no supuso la desaparición de las consecuencias accesorias que se siguen aplicando a empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de agrupaciones o entidades sin personalidad jurídica. Por ello se dice por la doctrina que la LO 5/2010 ha supuesto

---

<sup>1</sup> FEIJÓ SÁNCHEZ, B. Sanciones para empresas por delitos contra el medio ambiente, Madrid 2002, p. 57.

<sup>2</sup> JIMÉNEZ-VILLAREJO FERNÁNDEZ, F. La responsabilidad penal de la persona jurídica en el espacio judicial europeo. Comentarios al Proyecto de modificación del Código Penal de 2006, en: La reforma de la Justicia Penal. Aspectos materiales y procesales (coord. Arangüena Fanego/Sanz Morán), Valladolid, 2008 pp. 51 y ss.

definitivamente el “certificado de defunción”<sup>3</sup> del “paradigma anterior”<sup>4</sup>, al establecer la posibilidad de exigencia de responsabilidad penal a las personas jurídicas en aquellas figuras delictivas, por *numerus clausus* previstas expresamente por la ley. Así, del modelo basado en el principio “*societas deliquere non potest*”, se ha pasado a otro en el que, a partir de un modelo mixto de imputación, un modelo donde las personas jurídicas responden penalmente de los actos realizados en su nombre o provecho por personas físicas, se asume la responsabilidad penal de entidades con personalidad jurídica y por consiguiente, la posibilidad de imponer sanciones penales.

La Ley Orgánica 7/2012 de 27 de diciembre, modifico el apartado 5 del art. 31 bis, excluyendo de dicha cláusula a partidos políticos y sindicatos inicialmente ajenos a esta regulación, y por tanto hasta entonces, inviolables, por lo que, a partir de esta reforma, esta clase de organizaciones podrán ser responsables penalmente de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de los mismos y en su provecho, como ya lo eran desde un principio las organizaciones empresariales. Pero no solo se había puesto en tela de juicio la inclusión de los partidos políticos y sindicatos entre las excepciones de este apartado 5<sup>5</sup>. Así mismo fue objeto de discusión la inmunidad de las sociedades mercantiles estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general, puesto que, no forman parte del núcleo duro del Derecho público como es el caso de las administraciones públicas y el resto de entidades excluidas.

## II. ANÁLISIS DE LA LEY ORGÁNICA 5/2010 DE 22 DE JUNIO.

La mayor parte de la doctrina ha afirmado que la reforma del Código Penal de 1.995 llevada a cabo por la Ley Orgánica 5/2010, en lo que respecta a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, merece una valoración positiva. Se ha entendido que la admisión del modelo basado en “*societas deliquere non potest*”, era necesaria para, al tiempo que se satisfacían los compromisos internacionales, realizar mejoras en el sistema de responsabilidad del Derecho Penal económico, así como tratar de combatir la nueva delincuencia económica organizada.

---

<sup>3</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, B., La responsabilidad penal de las personas jurídicas, en: Estudios sobre las reformas del Código Penal operadas por las LO 5/2010 de 22 de junio y 3/2011 de 28 de enero, dir. Díaz-Maroto y Villarejo, Cizur Menor, 2011, p. 66

<sup>4</sup> ROBLES PLANAS, R. Pena y persona jurídica: crítica del artículo 31 bis CP, La Ley, 7705, D-359, 29 septiembre 2.011, pp. 12 y ss

<sup>5</sup> VALLS PRIETO, J. Las exenciones de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. ¿Son responsables los partidos políticos y sindicatos? Cuadernos de Política Criminal nº 104, 2011, pp. 109 ss.



Con esta Ley, España se sumó al grupo de países que introdujo la responsabilidad penal de las personas jurídicas, dando cumplimiento a las exigencias derivadas principalmente del Derecho Penal Europeo, sobre la necesidad de exigir responsabilidad a las personas jurídicas respecto de sus actores con relevancia penal. Este nuevo régimen prevé la transferencia de responsabilidad de los representantes legales del ente hasta el ente mismo, siempre que el delito se cometa en provecho de este. Y ambos, individuo y empresa, podrán responder conjunta o separadamente del delito, por lo que, las personas jurídicas podrán delinquir en sentido estricto y consecuentemente será posible imponer penas por este motivo. Ya no es necesario buscar una responsabilidad criminal de las personas jurídicas a través de preceptos como el art. 31, 31.2 o 129 del CP, ya que se regula de forma pormenorizada su responsabilidad.

### **1. Atribución de responsabilidad de las personas jurídicas**

Con la nueva regulación del art. 31.bis.1 CP se establece una doble vía de atribución de responsabilidad de las personas jurídicas, en función de, si el delito es cometido en su nombre y provecho por personas que ostentan su representación legal, como administradores de hechos, de derecho, y apoderados, o delitos cometidos en su nombre y provecho por personal sometido a la autoridad de los anteriores, propiciados por no haber ejercido sobre ellos el debido control atendidas las circunstancias del caso, esto es, los cometidos por otras personas con la aquiescencia o pasividad de estos representantes, pues es claro que, la persona jurídica, es una ficción creada por el Derecho, que no actúa por sí misma, sino que precisa de la acción de una persona física, y menos aún, que actúa con conciencia propia y con sentido de la responsabilidad, precisamente porque, tales notas únicamente son predicables de los seres humanos.

Así pues, los sujetos sometidos a este régimen de responsabilidad y por tanto, sus destinatarios son las personas jurídicas privadas de derecho civil y mercantil, por cuanto que, el Estado y las Entidades de los art. 53 y ss. de la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, se encuentran excluidas por imperativo legal, según así dispone el art. 31.bis.5, exclusión que no es exclusiva en nuestro ordenamiento, sino que también lo es en países de nuestro entorno.

Partiendo así pues de las anteriores premisas, se concluye que, el legislador con esta reforma del CP ha optado por establecer un primer filtro de imputabilidad consistente en el criterio de personalidad jurídica privada, pues aquellos entes que no gocen de la misma se ven relegados al régimen del art. 129 del CP. Por tanto, empresas,

organizaciones o grupos que carezcan de personalidad jurídica quedan excluidos del ámbito de aplicación del art. 31.bis.

Además de este primer filtro, se establece un segundo filtro, pues la personalidad jurídica es condición necesaria pero no suficiente. Si se extingue la personalidad jurídica, pero continúa su actividad económica y se mantiene la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados, o de la parte más relevante de todos ellos, la responsabilidad penal sigue vigente.

Una de las cuestiones problemáticas que se plantearan será determinar cuándo, una persona jurídica se ha utilizado instrumentalmente para la comisión de delitos, cuando mantiene una identidad sustancial a lo largo del tiempo, o cuando, en fin, ha sido creada con el propósito de evitar responsabilidad. Por tanto, para ser responsable en derecho penal, es necesario un mínimo de complejidad interna propia. Las sociedades pantalla, o aquellas con una complejidad prácticamente nula, serán consideradas instrumentos en manos de las personas físicas y en puridad podrán ser disueltas sin mayor complicación.

## **2. Delitos de los que puede derivar la responsabilidad penal para una sociedad.**

Las personas jurídicas no pueden cometer cualquiera de los delitos establecidos en la Parte Especial del Código Penal, pues el legislador opta por limitar el catálogo de delitos de que puede ser responsable una persona jurídica, estableciendo un sistema de remisión a la Parte Especial del Código Penal para determinar estos tipos ilícitos. Y así lo hace al utilizar expresiones “en los supuestos previstos en este Código”, en el primer párrafo del art. 31.bis.1 CP en relación con la primera vía y “en los mismos supuestos” en el segundo párrafo del art. 31.bis.1 CP en relación con la segunda vía. Por tanto, opta por un sistema de *numerus clausus* de delitos de los que pueda responder la persona jurídica, en virtud del principio de legalidad penal y de prohibición de *analogía in malam partem*. Dichos delitos son: tráfico ilegal de órganos, art. 156 bis.3 CP; trata de seres humanos, art. 177 bis.7 CP; delitos relativos a la prostitución y la corrupción de menores, art. 189 bis; delito de descubrimiento y revelación de secretos, art. 197.8 CP; delito de estafa, art. 251 bis CP; insolvencias punibles, art. 261 bis; daños informáticos, art. 264.4; delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores, art. 288.2; blanqueo de capitales, art. 302.2; delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, art. 310 bis; delitos contra los derechos de los extranjeros, art. 318 bis.4.3º; delitos contra la ordenación del territorio, art. 319.4;

delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente, art. 327 y 328.6; exposición a radiaciones ionizantes, art. 343.3; delitos de riesgo provocados por explosivos y otros agentes, art. 348.3; delitos relativos a drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas art. 369 bis 3º; delitos de falsificación de tarjetas de crédito y débito y cheques de viaje, art. 399 bis.1.3º; cohecho, art. 427.2; tráfico de influencias, art. 430.3º; corrupción de funcionario público extranjero, art. 445.2; asociación ilícita, art. 520; delitos relacionados con las organizaciones y grupos criminales, art. 570 quater.1; y delito de financiación del terrorismo, art. 576 bis 3.<sup>6</sup>

### **3. Penas a imponer a personas jurídicas.**

La determinación de las penas a imponer en las personas jurídicas se ajustará a lo dispuesto en artículo 66 bis CP, precepto que contiene las bases para mantener las penas en los límites, mínimos o máximos o con carácter definitivo en lugar de temporal. Según el art. 5 CP “no hay pena sin dolo o imprudencia”, principio de culpabilidad que debe regir también en la responsabilidad penal de las personas jurídicas, de forma que, la persona jurídica no puede responder penalmente, per se, de manera automática, por la conducta de la persona física autora del hecho punible, sino que, únicamente debería responder de conductas que sean imputables a la propia persona jurídica.

En la difícil tarea de trasladar este principio de culpabilidad a la persona jurídica, un sector de la doctrina viene sosteniendo que, el fundamento de la culpabilidad de la persona jurídica se halla en la constatación de un defecto de organización en su seno del que debe responder. De esta forma, cuando el delito lo comete un administrador o representante legal, la persona jurídica será responsable en una suerte de culpa eligiendo, de haber puesto al frente de la misma a una persona física que actúa incumpliendo la legalidad penal. Cuando del delito lo comete un empleado o colaborador la persona jurídica responderá por culpa in vigilando por no haber establecido los mecanismos de control necesarios para evitar que en su seno se cometan delitos

Se establece un amplio abanico de penas a imponer a las personas jurídicas y todas ellas tienen la consideración de graves, y que según el art. 33.7 CP podrán ser, según la naturaleza del delito y el beneficio obtenido: multa; disolución; suspensión de

---

<sup>6</sup> ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. Societas delinquere potest: análisis de la reforma operada en el Código Penal español por la LO 5/2010 de 22 de junio, en: La Ley Penal: Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario, nº 76, año 2010, p. 9

actividades; clausura; prohibición de realizar actividades de futuro; inhabilitación para obtener subvenciones e intervención judicial. Las penas de: suspensión de actividades; clausura; prohibición de realizar actividades de futuro; inhabilitación para obtener subvenciones e intervención judicial pueden acordarse, además, como medidas cautelares.

En cuanto a la pena de multa se refiere, en el Código Penal vigente hasta diciembre de 2010 no estaba prevista con carácter general su imposición las personas jurídicas, ni como consecuencias accesorias, ni como penas. Sin embargo el art. 31.2 establecía desde 2003 que si se imponía en sentencia una pena de multa, el autor del delito sería responsable del pago de la misma de manera directa y solidaria la persona jurídica en cuyo nombre o por cuya cuenta actuó, lo que no pasaba de ser una especie de responsabilidad civil de la persona jurídica contra el pago de la multa. En cambio con la reforma operada por la LO 5/2010 se impone a la persona jurídica como pena, tanto la multa por cuotas, como multa proporcional. Se opta en esta materia por el sistema predominante en el Derecho comparado en el que, la multa es la pena común y general para todos los supuestos de responsabilidad, reservando la imposición adicional de otras medidas más severas solo para supuestos cualificados que se ajusten a las reglas fijadas en el art. 66 bis.

Así pues, la pena de multa ha de ser proporcional y si no se pudiese calcular se estará a los parámetros fijados en el art. 52 CP, pero en todo caso el cálculo deberá estar expresamente motivado en la sentencia. Debe ser proporcional entre la pena de multa impuesta a la persona jurídica y la pena de prisión impuesta a persona física. Puede fraccionarse su pago atendiendo a determinadas circunstancias, si se cumplen los plazos y se podrá acordar la intervención judicial. En todo caso, cuando resulten condenados por los mismos hechos, personas físicas y jurídicas, se modularan las respectivas cuantías de modo que, la suma resultante no sea desproporcionada en relación a la gravedad de aquellos.

En lo que se refiere al resto de las penas relacionadas, disolución; suspensión de actividades; clausura; prohibición de realizar actividades de futuro; inhabilitación para obtener subvenciones e intervención judicial, se fijan tres criterios para la determinación y su extensión: 1) la necesidad de prevenir la continuidad delictiva. 2) las consecuencias económicas y sociales de la pena; 3) el puesto en la estructura empresarial que ocupa la

persona física que omitió el control... Estos tres criterios deben servir de guía para decidir si se impone una pena interdictiva a la persona jurídica.

Cuestión distinta es el problema que se suscita en relación a la posibilidad de sustituir o suspender las penas interdictivas a las personas jurídicas conforme a los art. 80 y 88 CP, ya que, expresamente no recoge esta posibilidad. La interpretación que se da es la de no tratar peor a las personas jurídicas en relación con las personas físicas y por tanto, procede conceder a las personas jurídicas el beneficio de la suspensión y sustitución en caso de penas interdictivas inferiores a dos años.

Para imponer penas superiores a dos años es necesario que concurran los siguientes presupuestos: 1) que la persona sea reincidente; 2) que sea utilizada instrumentalmente para la comisión de delitos. En todo caso resulta importante reseñar que, las penas impuestas a las personas jurídicas nunca podrán ser más graves que las impuestas a las personas físicas y ello por así venir regulado en el art. 33.7 CP.

#### **4. La atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.**

Resulta importante destacar que, las personas jurídicas pueden evitar sus implicaciones delictivas provocadas por sus representantes o empleados, ejerciendo el “debido control” sobre los mismos, mediante la implantación de un protocolo de actuación que les permita hacer valer sus principios éticos y atajar las conductas ilícitas de aquellos. Este plan de prevención de delitos se conoce en el derecho anglosajón como “*corporate compliance*”.

Se contemplan una serie de *numerus clausus* de circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y por tanto, no se les puede aplicar las genéricas del art. 21 CP, lo que puede provocar una desigualdad al darse el caso de que, a la persona física se le apliquen las atenuantes correspondientes y a la persona jurídica no. Así pues, si como consecuencia de la comisión de un hecho delictivo, la persona jurídica detecta la comisión del mismo, lo confiesa a las autoridades, lleva a cabo una investigación interna e institucionaliza un sistema de medidas eficaces para la prevención y detección de delitos, la pena a imponer será sustancialmente reducida. En todo caso es de señalar que, las circunstancias modificativas que concurran sobre las personas físicas materialmente responsables, no afectará a la responsabilidad penal de la persona jurídica.

Partiendo de estas premisas, la primera atenuante será la confesión de la infracción a las autoridades antes de tener conocimiento de que el procedimiento judicial se haya iniciado contra ella, art. 31 bis 4.a) CP. La segunda atenuante consistirá en la colaboración con las autoridades aportando pruebas decisivas para esclarecer las responsabilidades dimanantes de los hechos, art. 31 bis 4.b) CP. La tercera atenuante será la reparación del daño, art. 31 bis 4.c) CP. Y por último la cuarta causa para atenuar la pena será haber establecido unas medidas fiscales para prevenir y descubrir delitos, art. 31 bis 4.d) CP. Estas circunstancias atenuantes pertenecen a la punibilidad dado el carácter postdelictivo de las mismas y el hecho igualmente cierto de que la persona jurídica no realiza por si misma ningún injusto, ni tiene una culpabilidad propiamente dicha, sino únicamente la que se atribuye ex lege. Sin embargo, su reconocimiento y consideración autónoma de las circunstancias de la persona física no convence plenamente ni es consecuente con el sistema previsto

#### **5. La extensión de la responsabilidad penal de la persona jurídica.**

Como ocurre con el fallecimiento de las personas físicas, la extinción de las personas jurídicas provoca su desaparición del tráfico mercantil, por lo que, en principio “la muerte “de una persona jurídica impide cualquier persecución penal contra esta de forma que, la responsabilidad penal se extingue. Pero el legislador ha introducido en el art. 130.2 CP una previsión para evitar que los socios o personas físicas que se hallen detrás de sociedad la disuelvan y así evitar la responsabilidad penal.

Resulta relevante el régimen de transmisión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Por un lado, la responsabilidad penal conlleva la responsabilidad civil y no se extingue por la transformación, fusión, absorción pues se transmite a las entidades resultantes. Por otro lado, cuando se extinga la personalidad jurídica originaria, pero el sustrato organizativo empresarial, sea el mismo bajo la cobertura de otra personalidad jurídica, la responsabilidad penal seguirá vigente. Con ello se busca evitar que se evadan responsabilidades recurriendo a distintas técnicas que otorga el Derecho Mercantil. Algún autor ha criticado tal conclusión afirmando que pueden plantearse problemas de constitucionalidad por las dificultades que entraña atribuir la responsabilidad a una sociedad distinta de la autora del delito o a una persona jurídica

distinta de la condenada.<sup>7</sup>

El CP proporciona un criterio económico organizativo para la determinación última del sujeto responsable, esto es, la continuidad de una actividad económica con identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados, o de la parte más relevante de todos ellos. Pero hay que tener en cuenta que, el derecho penal no es derecho administrativo sancionador y por ello se establecen criterios adicionales a la hora de determinar la posibilidad de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el caso de que se produzca una sucesión empresarial.

En estos supuestos, la Circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado da concretas instrucciones a sus Fiscales en el sentido: “ *cuando la persona jurídica trate de eludir su responsabilidad penal por medio de mecanismos tan particularmente lesivos para los intereses de trabajadores y acreedores como su disolución pre ordenada a tal fin y/o ficticia, los Sres., Fiscales, valorando las concretas circunstancias del caso, podrán solicitar del juez la adopción de la medida cautelar de intervención judicial de la corporación conforme a lo previsto en el último párrafo del art. 33.7 del CP*”<sup>8</sup>

### III. COMENTARIO A LA LEY ORGÁNICA 1/2015

La Ley Orgánica 1/2015 por la que se modifica la Ley 10/1995 del Código Penal, viene a suplir las deficiencias que, en materia de responsabilidad penal de la persona jurídica introdujo la Ley Orgánica 5/2010. Esta reforma que entrara en vigor el día 1 de julio, obliga a las empresas a establecer un plan de cumplimiento de riesgos penales o corporate compliance.

Una de las cuestiones que aclara esta reforma, es la existencia de responsabilidad penal, tanto de los administradores de derecho, como de los administradores de hecho, que, en este último caso, supone hacer extensiva la responsabilidad a aquellos que pueden tomar decisiones en nombre de la empresa, pero también, aquellos que ejerzan facultades de control u organización y en consecuencia, quedan incluidos los altos directivos, bien sean personas físicas o personas jurídicas.

---

<sup>7</sup> ÚBEDA DE LOS COBOS, J.J La responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma del Código Penal aprobada por la LO 5/2010 de 22 de junio, en: La Ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario, nº 77, 2010, p. 16.

<sup>8</sup> Circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado.

En cuanto al beneficio obtenido a resultas del delito cometido, se incluye tanto el beneficio directo como el beneficio indirecto, y por tanto, cualquier beneficio particular que pudiera haber obtenido el administrador de hecho o de derecho.

Esta responsabilidad alcanza a todas las empresas aunque distinguiendo, a efectos de supervisión, las de pequeñas dimensiones, también se extiende, aunque de forma restringida, en el ámbito público, solo a las sociedades mercantiles públicas que ejecuten políticas públicas o que presten servicios de interés económico general y únicamente en ciertos casos.

Lo más importante de la reforma es la creación de una vía de exención de responsabilidad penal para las empresas que, con carácter previo a la comisión del delito, hayan adoptado y ejecutado con eficacia modelos de organización y gestión que incluyan medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión. En definitiva, se imponen para las empresas los Planes de Prevención de Riesgos Penales, lo que coloca a España al nivel de los países de nuestro entorno como precursor en cuestión de compliance.

Ahora bien, no se trata de establecer unos planes que favorezcan la exención de las empresas por su simple confección, ya que estos planes deben ser previos al delito, eficaces, idóneos y con capacidad de control continuo que incluyan sanciones internas en caso de incumplimiento de los protocolos. La demostración por parte de la empresa de haber cumplido estrictamente con sus obligaciones en esta cuestión supondría la exención de su responsabilidad como empresa y para el caso de que el cumplimiento no fuera absoluto, podría acogerse a una atenuación de la pena a imponer.

La definición clara de lo que cabe esperar de estos modelos de organización y gestión vienen fijados en el art. 3 bis.

#### **IV. BIBLIOGRAFÍA**

Circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado.

FEIJOO SÁNCHEZ, B. Sanciones para empresas por delitos contra el medio ambiente, Madrid 2.002, p. 57.



FEIJOO SÁNCHEZ, B., La responsabilidad penal de las personas jurídicas, en: Estudios sobre las reformas del Código Penal operadas por las LO 5/2010 de 22 de junio y 3/2011 de 28 de enero (dir. Díaz-Maroto y Villarejo), Cizur Menor, 2011, p. 66.

JIMÉNEZ-VILLAREJO FERNÁNDEZ, F. La responsabilidad penal de la persona jurídica en el espacio judicial europeo. Comentarios al Proyecto de modificación del Código Penal de 2006, en: La reforma de la Justicia Penal. Aspectos materiales y procesales (coord. Aragüena Fanego/Sanz Morán), Valladolid, 2008 pp 51 y ss.

ROBLES PLANAS, R. Pena y persona jurídica: crítica del artículo 31 bis CP, La Ley, 7705, D-359, 29 septiembre 2.011, pp. 12 y ss.

ÚBEDA DE LOS COBOS, J.J La responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma del Código Penal aprobada por la LO 5/2010 de 22 de junio, en: La Ley Penal: Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario, nº77, 2010, p. 16.

VALLS PRIETO, J. “Las exenciones de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. ¿Son responsables los partidos políticos y sindicatos?” Cuadernos de Política Criminal nº 104, 2011, pp. 109 ss.

ZUGALDIA ESPINAR, J.M. Societas delinquere potest: análisis de la reforma operada en el Código Penal español por la LO 5/2010 de 22 de junio, en: La Ley Penal: Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario, nº 76, año 2.010, p. 9.

\* \* \* \* \*

## Silvia Vivó Cabo

Juez Sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana.  
Socia de la FICP.

### ~La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Criterios de imputación~

**Resumen.-** La comisión de delitos no es solo cosa de las personas físicas, las personas jurídicas o empresas también pueden tener que responder por sus actos ante la jurisdicción penal. La posibilidad de que una persona jurídica sea criminalmente responsable es muy reciente en nuestro Derecho Penal. Hasta la aprobación de la LO 5/2010 por la que se modificó el Código Penal, en vigor desde el 23 de diciembre de 2010, no se instauró definitivamente el dogma *societas delinquere postest* en nuestro país. Esta norma supuso, por tanto, un cambio de paradigma en lo referente al sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas. De un modelo basado en el principio *societas delinquere non postest* se pasó a otro en el que, a partir de un modelo mixto de imputación, se asume la responsabilidad penal de determinadas entidades con personalidad jurídica, y por consiguiente, la posibilidad de imponerles sanciones penales. Con ello se quiere incorporar un mayor control de la actividad irregular que puede anidar en las compañías, con el daño que todo ello puede traer aparejado para los accionistas o para la sociedad en general.

La aparición de nuestro actual sistema de atribución de responsabilidad criminal a las personas jurídicas ha sido objeto de importantes disquisiciones doctrinales, así como una creciente evolución hasta la llegada de la LO 5/2010, que comenzó con la aprobación de nuestro vigente Código Penal<sup>1</sup>. Por lo tanto, con la reforma introducida por la LO 5/2010, se superó el tradicional modelo de responsabilidad individual (personas físicas), al combinarse con un auténtico sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Recientemente ha sido modificada por la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, con entrada en vigor el próximo 1 de julio de 2015, y cuya principal novedad en esta materia ha sido delimitar adecuadamente el contenido del «debido control» cuyo quebrantamiento permite fundamentar su responsabilidad. Y por otro lado, se extiende la responsabilidad penal de las personas jurídicas a las sociedades mercantiles estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general: se las podrá imponer penas de multa por cuotas o proporcional o medidas de intervención judicial.

## I. INTRODUCCIÓN

La regulación penal de la responsabilidad penal de las personas jurídicas deja claro, definitivamente, que se trata de la imposición de verdaderas penas a las personas jurídicas, y en este sentido, de responsabilidad penal.

Varias son las razones que determinan la necesidad de castigo de las personas jurídicas:

---

<sup>1</sup> Ya en el Código Penal de 1995, el artículo 31 que recoge la cláusula «actuar en nombre de otro» o las consecuencias accesorias del antiguo artículo 129 del Código Penal dieron lugar a que algunos autores afirmaran que esos preceptos instauraban un auténtico sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aunque como afirmó, entre otros, ZUGALDÍA ESPINAR, «el artículo 31 del Código Penal no guarda ninguna relación, en absoluto, con el tema de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas: es más, un Derecho Penal que admitiera plenamente la responsabilidad de las personas jurídicas, debería contener, de todos modos, una previsión expresa de las actuaciones en nombre de otro» (ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., Artículo 31, en: Cobo del Rosal, M., Comentarios al Código Penal, tomo III, Madrid, Edersa, 2000, p. 416).

1.- La concepción de la empresa como un foco de delincuencia: partiendo de la concepción filosófica de que la propia existencia de cualquier tipo de organización genera por si sola factores criminógenos que incrementan posibilidades de un comportamiento individual desviado, el mundo actual de los negocios incrementa exponencialmente tales factores. Así, la presión que se ejerce sobre directivos y trabajadores para alcanzar los objetivos marcados por la dirección financiera de la empresa provoca que, a menudo, tales directivos y empleados consideren que deben saltarse la legalidad si pretenden alcanzar los objetivos fijados: ahorro en medidas de prevención, contratación de personal con escasos escrúpulos, pagos a personal de empresas clientes para conseguir colocar un producto en detrimento de la competencia, ocultación de errores en la producción, etc. Tales hechos puntuales, que pueden ser o no conocidos y alentados por los socios y administradores de las empresas, generan un ambiente en que la desviación de la legalidad puede llegar a entenderse por la generalidad de los empleados como un hecho normal o, sencillamente, necesario a los fines económicos de la empresa o del propio empleado, cuyo salario e incentivos dependen directamente del cumplimiento de los objetivos marcados por la dirección financiera. En otros casos, no son solo los directivos y los empleados de las empresas los que actúan en el límite o al margen de la legalidad para conseguir los objetivos marcados por sus superiores, sino que son los propios administradores y socios de las empresas los que conculcan la legalidad consciente y deliberadamente para conseguir obtener mayores beneficios: defraudando a Hacienda, falseando o maquillando la contabilidad para conseguir financiación bancaria, llevando a cabo prácticas contrarias a la libre competencia, etc.

2.- La necesidad de involucrar a socios y altos directivos en la prevención de comportamientos delictivos en el seno de la empresa: lamentablemente, no hay nada como la amenaza de sanción directa a la persona jurídica, que de una manera u otra siempre acabará teniendo incidencia en el resultado económico de un ejercicio, para que socios y altos directivos tomen conciencia de que, igual que adoptan políticas de empresa para la obtención de objetivos económicos, deben adoptar las medidas de gestión necesarias para la obtención de objetivos legales. Se trata así de motivar a la empresa para que se autorregule y que los denominados códigos de conducta, programas de cumplimiento, programas éticos, etc, dejen de ser meramente un bonito

maquillaje de cara a la galería y se conviertan en verdaderos instrumentos de la prevención de delitos en el seno de la empresa.

3.- La necesidad de incrementar la eficacia en el proceso penal: a menudo nos hallamos en procesos penales en los que, al investigar un delito cometido en el seno de la empresa, tras largos y costoso años de procedimiento no es posible llegar a atribuir responsabilidad penal a ninguna persona física, o la persona contra la que se ha dirigido la acción penal no acaba siendo condenada pues en la misma no concurren todos los elementos del tipo penal que se pretende aplicar. Así, el delito se ha cometido, hay posiblemente terceros perjudicados por el mismo, el Estado ha puesto en marcha la costosa maquinaria de la Administración de Justicia y el resultado es que el delito queda definitivamente impune. Pues bien, la amenaza de sanción a la persona jurídica no sólo incentiva la prevención de la comisión de delitos en el seno de la empresa, sino que una vez cometido el delito que no se ha podido evitar, facilita su investigación y castigo a través de una triple vía: en primer lugar, la empresa que tenga implementados unos buenos programas de cumplimiento de la legalidad habrá dejado un rastro documental fácil de seguir a la hora de determinar quién es la persona física responsable de un hecho delictivo; en segundo lugar, el establecimiento de circunstancias atenuantes de la responsabilidad de la persona jurídica, como son la colaboración con la investigación, facilitará la investigación criminal de los hechos y la determinación de los autores; en tercer lugar, la independencia de la responsabilidad penal de la persona jurídica respecto de la responsabilidad penal del agente persona física causante del hecho delictivo, implica que la persona jurídica responderá siempre penalmente aunque no se haya podido identificar a la persona física autora del hecho delictivo, de modo que el costoso procedimiento penal podrá finalizar con mayor facilidad con una sentencia condenatoria y con el resarcimiento de los perjuicios causados por el delito cometido en el seno de la empresa.

## II. CONSIDERACIONES GENERALES

Desde la introducción en nuestro Derecho del modelo *socitas delinquere postest* por la LO 5/2010, nuestro sistema de responsabilidad de las personas jurídicas se ha basado siempre en una «doble vía» de atribución de la responsabilidad de las personas jurídicas, en función de si el delito cometido por representantes de la persona jurídica o por otras personas con la aquiescencia o pasividad de estos representantes (la llamada

«actuación directa» y «actuación descontrolada»<sup>2</sup>). Una «doble vía» que, como señala FEIJOO SÁNCHEZ, sirve para generar la responsabilidad penal, pero no para «fundamentarla»<sup>3</sup> y que además depende siempre de las acciones u omisiones de los representantes o administradores de la persona jurídica.

Los sujetos sometidos a este régimen de responsabilidad son las personas jurídicas privadas de derecho civil y mercantil ya que el Estado y las entidades de los artículos 53 y ss de la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE) se encuentran excluidas por imperativo legal del vigente artículo 31 bis 5 del Código Penal. Si bien, tras la reforma del Código Penal operada por Ley 1/2015, de 30 marzo, (en vigor el 1 de julio de 2015), este régimen de responsabilidad se extiende a las sociedades mercantiles estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general, conforme al artículo 31 quinquies introducido por la LO 1/2015<sup>4</sup>. Esta exclusión del Estado no es específica de nuestro ordenamiento, sino que también puede apreciarse en países de nuestro entorno. En general, se puede afirmar que la inclusión o exclusión del Estado de este tipo de responsabilidad depende en gran medida de la concepción del Estado que impere en un determinado país. Así, aquellas concepciones más liberales de Estado, como las anglosajonas, no tienen mayor problema en incluir a las entidades estatales entre los destinatarios de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Los ordenamientos más intervencionistas suelen plantear mayores reticencias a la hora de incluirlas, ya que, por un lado, no resulta lógica la intervención del Estado en el Estado y, por otro, éste suele estar sometido a reglas diferentes a las del resto de los operadores jurídicos.

En definitiva, los principales destinatarios de la responsabilidad penal de las personas jurídicas son las organizaciones empresariales no instrumentales, a saber con un mínimo de complejidad interna y fidelidad al derecho, que en el momento de la comisión de los hechos y en el momento de iniciación del proceso penal están dotadas de personalidad jurídica.

---

<sup>2</sup> QUINTERO OLIVARES, G. Parte General del Derecho Penal, Cizur Menor, Thomson Aranzadi, 2010, p. 683.

<sup>3</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, B. La responsabilidad penal de las personas jurídicas, en: Díaz-Maroto y Villarejo, J. (dir.), Estudios sobre las reformas del Código Penal, Cizur Menor, 2011, Aranzadi, pp. 99 y 100.

<sup>4</sup> El nuevo artículo 31 quinquies, introducido por la LO 1/2015 y en vigor desde el 1/07/15, se corresponde con parte del apartado 5 del vigente artículo 31 bis.

### III. CRITERIOS DE IMPUTACIÓN

El legislador ha optado por un sistema mixto de imputación, que parte de la heterorresponsabilidad penal empresarial (responsabilidad por el hecho ajeno) y se encamina hacia la autorresponsabilidad penal empresarial (responsabilidad por el hecho propio). Resulta indudable que las conductas de las personas físicas adquieren una relevancia notable inicial, de manera que podría decirse que éstas son el desencadenante de la responsabilidad de las personas jurídicas. En consecuencia, la mera actuación de un empleado, sin vinculación alguna con quienes ostentan el poder, jurídico o fáctico, de representación de la persona jurídica, no genera responsabilidad para la persona jurídica.

Así, las actuaciones delictivas de los órganos y representantes de las personas jurídicas por cuenta y en provecho de éstas, pueden generar responsabilidad penal para ésta (art. 31 bis 1.1º CP). Se exige que quienes dirijan la persona jurídica hayan cometido el delito en el ámbito de sus competencias (en nombre o por cuenta) y con la intención de beneficiarlas (en su provecho). Se establece así el primer criterio de imputación, de tal manera que se vaya restringiendo paulatinamente la posibilidad de una responsabilidad objetiva en este ámbito, que es una de las tendencias más peligrosas que existen.

Respecto al primer requisito de «de actuar en el ámbito de sus competencias en nombre o por cuenta», sería conveniente que para entender acreditada la actuación en representación de la persona jurídica, se exigiera que la acción del representante constituya la implementación de una política empresarial –no siendo por tanto necesaria una autorización expresa de la persona jurídica-.

El segundo requisito se refiere a que la persona física haya actuado en provecho de la persona jurídica. Aquí pueden surgir problemas de interpretación sobre el concepto de provecho. En efecto, puede que el representante de la persona jurídica esté guiado principalmente por su provecho personal pero que éste pase por el provecho de la persona jurídica. Y por otro lado, puede que el provecho para la persona jurídica no sea actual, sino solo potencial, en cuyo caso y si el provecho no se ha producido, no hay responsabilidad.

Por otro lado, las conductas delictivas de los empleados, unidas al fallo de supervisión por parte de dichos representantes legales, pueden, asimismo, desencadenar

dicha responsabilidad penal (art. 31 bis 1.2º CP). Es la primera vez que explícitamente se establece el deber de supervisión de los superiores respecto de los empleados. Por tanto, además de que la persona física haya actuado por cuenta y en provecho de la persona jurídica, se establece el requisito de que dicha actuación haya sido posible porque las personas físicas a cuya autoridad estaban sometidos no han ejercido sobre ellos el debido control. Se establece así el segundo criterio de imputación, de manera que si la actuación por parte de los empleados se hubiera producido pese a un adecuado control por parte de los directivos, la conducta de los empleados no genera responsabilidad penal para la persona jurídica.

El problema que se plantea consiste en determinar los deberes que corresponden a los directivos y las formas de producirse una infracción de dicho deberes. La cuestión relativa a los deberes viene dada por la paulatina introducción de los deberes de cumplimiento normativo que abarcan todas las áreas de actividad de la persona jurídica y cuya génesis se encuentra principalmente en la legislación mercantil al efecto. En definitiva, se trata de una obligación genérica de velar por el cumplimiento del derecho en la persona jurídica que se conforma como una suerte de cláusula omnicomprendiva que extiende la responsabilidad a las personas jurídicas por los fallos de supervisión en que hayan incurrido los directores.

En cuanto a las formas de producirse dicha infracción se plantea la posibilidad de conductas imprudentes por parte de los directivos de la empresa. Planteándose aquí la cuestión referida al tipo de relación que debe establecerse entre el delito cometido por el empleado y el fallo de supervisión del directivo a cuya autoridad se encuentra sometido. No basta la mera constatación de que todo ello se haga por cuenta y en provecho de la persona jurídica, sino que es necesario que entre ambos elementos se establezca una relación de imputación objetiva, de tal manera que el riesgo que se genera por el fallo de supervisión es el que se tiene que concretar en la actuación del empleado y no otro. El mero incremento del riesgo no debería ser suficiente para el establecimiento de responsabilidad a estos efectos.

Y el tercer criterio de imputación se refiere a que los comportamientos de las personas físicas contenidos en el artículo 31 bis 1 CP, sólo pueden considerarse como presupuestos de la responsabilidad de las personas jurídicas, pero no como su fundamento. En efecto, el derecho penal prohíbe la responsabilidad por el hecho ajeno. Si se exige algún tipo de hechos propio de una persona física representada para que la

actuación de su representante le genere responsabilidad, lo mismo debe exigirse respecto de la persona jurídica. Pues bien, esta tendencia a la autorresponsabilidad que contiene el Código Penal se denota en dos aspectos. El primero, al declarar que la responsabilidad penal de la persona jurídica es legalmente autónoma de la responsabilidad penal de las personas físicas, de manera que las circunstancias que atenúen o agraven la responsabilidad de éstas, no excluirán ni modificarán la de aquéllas (art. 31 bis 3). Más aún, podrá decretarse la responsabilidad penal de la persona jurídica «aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra aquélla» (art. 31 bis 2). Por tanto, el legislador español, consciente de los problemas de irresponsabilidad organizada/estructural, ha optado por considerar que la responsabilidad de la persona jurídica es autónoma de la de la persona física. No obstante, esa declaración genérica puede comportar importantes problemas de implementación, con un notable riesgo de responsabilidad objetiva para la persona jurídica que debe evitarse. Así, podría darse el caso de iniciar un procedimiento penal contra una persona jurídica en el momento que se produzca un resultado lesivo en su ámbito organizativo y que, a la vista de las dificultades probatorias acerca de qué persona física en concreto haya llevado a cabo la conducta descrita, se condene sin más a la persona jurídica. Por ello, debería exigirse para la imposición de una pena a la persona jurídica, la realización de un injusto típico por parte de ésta.

El segundo aspecto determinante de esa tendencia hacia la autorresponsabilidad contenida en el Código Penal, viene dado por la propia estructura del modelo elegido. El Código Penal impone las penas previstas en el artículo 33, y el artículo 5 afirma taxativamente que «no hay pena sin dolo o imprudencia». Por tanto, si para imponer una pena del artículo 33 CP a las personas físicas no basta con la culpabilidad de su representante legal, tampoco resulta suficiente para imponer las penas contenidas en el mismo artículo a la persona jurídica la mera culpabilidad de la persona física que la representa. De ahí que resulte imprescindible consignar la culpabilidad de la propia persona jurídica. La discusión doctrinal en este punto no es del todo pacífica, los planteamientos más modernos en este punto hacen referencia a que la culpabilidad de las personas jurídicas se refleja en la cultura empresarial de incumplimiento de la legalidad. Un gran número de autores considera que uno de los mayores indicadores de una cultura empresarial de cumplimiento se contiene en los «*compliance programs*» o



programas de cumplimiento de las empresas. Dicha aproximación se ve reflejada en el Código Penal al considerar como causa expresa de atenuación de la responsabilidad la de «haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica». En consecuencia, si dichas medidas se han establecido con anterioridad a la comisión de los hechos, deberá considerarse una causa de exclusión de su responsabilidad por no haber sido culpable la persona jurídica de la actuación de sus representantes o empleados.

Sin duda, la novedad más importante y más trascendente a efectos prácticos que plantea la reforma del Código Penal operada por LO 1/2015, de 30 de marzo, en lo que atañe a la responsabilidad penal de las personas jurídicas es la modificación del artículo 31 bis, para recoger un sistema de exención de responsabilidad criminal basado en la adopción eficaz *ex ante facto* de programas que eviten la comisión de hechos delictivos.

La autorregulación, desde el punto de vista de la criminalidad de las personas jurídicas, implica la adopción por parte de las mismas de medidas organizativas encaminadas a la prevención de ilícitos penales en su seno. En último lugar, su fundamento es la motivación a las empresas para que incrementen su nivel de gestión, organización y control para evitar la comisión de hechos delictivos<sup>5</sup>. En este sentido, los planes de autoorganización y autorregulación se vuelcan en los llamados programas de cumplimiento o modelos de organización o prevención o códigos de conducta corporativa, entre otras denominaciones. En la práctica, en nuestro propio país la existencia de tales programas o modelos se ha venido plasmando en instrumentos muy variados y de diversa terminología: códigos de conducta, de buen gobierno, de buenas prácticas, técnicas o éticos, etc.<sup>6</sup>. Todos ellos tienen en común la voluntad de interiorizar un programa de cumplimiento del Derecho y respeto a la legalidad. La existencia de programas preventivos efectivos debe tener alguna incidencia sobre la responsabilidad criminal de la persona jurídica<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup> NIETO MARTÍN, A., La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo, Madrid, Iustel, 2008, p. 215.

<sup>6</sup> NIETO MARTÍN, A., Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa Política criminal, Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales, nº 5, 2008, p. 5.

<sup>7</sup> DÍAZ GÓMEZ, A. El modelo de responsabilidad criminal de las personas jurídicas tras la LO 5/2010, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminológica, nº 18, 2011, pp. 20-26.

Desde el estricto punto de vista de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, lo cierto es que los postulados de la autorregulación empresarial han sido escasamente estudiados por nuestra doctrina criminalística, pues prácticamente sólo dos autores (ADÁN NIETO y GÓMEZ-JARA DÍEZ) han prestado atención a la cuestión. Sin embargo, el desconocimiento científico que puede existir en relación a la influencia de la autorregulación en la responsabilidad penal de las personas jurídicas no debe hacernos caer en el error de que es una institución totalmente ajena a un ordenamiento jurídico como el español.

La modificación del artículo 31 bis del CP introducida por la LO 1/2015, de 30 de marzo, viene expresamente a establecer la exención de responsabilidad penal de la persona jurídica dando vía libre a la introducción de la autorregulación en el Código Penal. Así, el apartado segundo del artículo 31 bis del nuevo Código Penal regula la exención de la responsabilidad penal cuando el delito fuera cometido por las personas indicadas en la letra a) del apartado 1.

El apartado tercero establece una previsión específica para las personas jurídicas de pequeñas dimensiones, donde la supervisión del funcionamiento y el cumplimiento del modelo de prevención puede realizarse directamente por el órgano de administración, no siendo necesaria la creación de un órgano específico con autonomía para la supervisión del modelo de organización; entendemos que en aras de que las exigencias de autorregulación no supongan cargas excesivas para las personas jurídicas de pequeñas dimensiones, como indica GÓMEZ-JARA DÍEZ, en las grandes organizaciones el programa de prevención deberá ser llevado a cabo por un departamento diferenciado de la organización, mientras que en pequeñas empresas puede resultar lógico que las mismas personas que ejecuten las actividades empresariales habituales, supervisen igualmente el *compliance*<sup>8</sup>.

Por último, el apartado cuarto regula la exención de la responsabilidad penal cuando el delito fuera cometido por las personas indicadas en la letra b) del apartado 1.

Del examen de dicho precepto se observa que las exigencias para eximir de responsabilidad penal a la persona jurídica son mayores en el caso que los delitos sean cometidos por los administradores o representantes de hecho o de derecho que en el

---

<sup>8</sup> GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. Aspectos sustantivos relativos a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en: Banacloche Palao, J./Zarzalejos Nieto, J./Gómez-Jara Díez, C. Responsabilidad penal de las personas jurídicas: aspectos sustantivos y procesales, Madrid, La Ley, 2011, p. 95.

supuesto que sean cometidos por los subordinados. En el primer caso, se exige que concurren todas y cada una de las condiciones enumeradas, a saber: que exista efectivamente un modelo de prevención idóneo para evitar la comisión de delitos por los administradores, que su cumplimiento se confíe a un órgano autónomo en el interior de la persona jurídica (salvo en el caso de personas jurídicas de pequeñas dimensiones) y que el delito se cometa eludiendo el programa y sin que el órgano encargado del control haya omitido sus funciones de supervisión y vigilancia. En el segundo caso, basta con que se haya adoptado y ejecutado eficazmente con carácter previo al delito un modelo de prevención. En el supuesto de que la responsabilidad de la persona jurídica se generase simultáneamente por ambas vías, parece que deberán cumplirse los requisitos de cada una de ellas, es decir, que se haya implementado eficazmente un modelo de prevención dirigido a evitar delitos tanto de los administradores como de los subordinados.

La existencia del modelo debe acreditarse en su integridad, de lo contrario no podrá servir para eximir la responsabilidad penal de la persona jurídica, sino, como mucho, como una causa de atenuación. Por lo demás, téngase en cuenta que a pesar de todas estas cautelas tomadas por los órganos encargados de la persona jurídica, el delito se acaba finalmente cometiendo, bien por los representantes, bien por los subordinados. La referencia que el texto hace a «eficacia» nunca puede medirse en términos de constatación de hechos delictivos, puesto que entonces no tendría razón de ser esta exención de responsabilidad criminal. Los programas de prevención deben valorarse, pues, con un criterio de idoneidad ex ante, sin exigir que sea imposible la comisión de hechos delictivos<sup>9</sup>.

También cabe señalar que un código de conducta o programa de cumplimiento debe marcar una serie de objetivos y prioridades, que variarán dependiendo de las peculiaridades del sector en que nos encontremos. Por supuesto, en este sentido deberán tenerse en cuenta los delitos e infracciones que más afectan a la persona jurídica por el tipo de actividad que desarrolla<sup>10</sup>. No debe olvidarse asimismo la importancia que los mecanismos de vigilancia y sanción tienen respecto de cualquier programa de prevención. Los modelos de prevención deberán pues entenderse integrados en el

---

<sup>9</sup> GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. Aspectos sustantivos relativos a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en: Banacloche Palao, J./Zarzalejos Nieto, J./Gómez-Jara Díez, C. Responsabilidad penal de las personas jurídicas: aspectos sustantivos y procesales, Madrid, La Ley, 2011, p. 95.

<sup>10</sup> NIETO MARTÍN, A., La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo, Madrid, Iustel, 2008, p. 241 ss.

sistema de control de la persona jurídica, de manera que los órganos de dirección de ésta aseguren que el modelo se cumple. Tal control, no obstante, puede ser tanto interno como externo a la entidad, a través de auditorías independientes o agentes del Estado.

Según el autor GÓMEZ-JARA DÍEZ, un buen modelo de organización debería reunir los siguientes requisitos en el programa de cumplimiento efectivo: dicho programa debe reflejar los esfuerzos de la persona jurídica en promover una cultura de respeto a la legalidad, debe tener en cuenta factores como el tamaño de la organización o el tipo de actividad que desarrolla, debe cumplir con los estándares estatales o de la industria que rijan en el ámbito en que se desenvuelve o debe ser actualizado periódicamente<sup>11</sup>. También debe seguir siete pilares básicos, a saber: «1) Existencia de estándares y procedimientos relativos al *Compliance* –especialmente un código de conducta escrito-. 2) Supervisión de los esfuerzos de cumplimiento por parte del personal altamente cualificado. 3) No delegación de los poderes discrecionales de las autoridades administrativas en personal con posible tendencia delictiva. 4) Comunicación efectiva de los estándares y procedimiento contenidos en los códigos de conducta. 5) Reforzamiento mediante sistemas efectivos de control y auditoría. 6) Reforzamiento mediante procedimientos disciplinarios. 7) Adopción de medidas adecuadas tras la detección de la infracción»<sup>12</sup>. Otros autores en España se han manifestado en términos similares, tales como ALONSO GALLO, J., DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., MAGRO SERVET, V.

La nueva redacción del Código Penal, en vigor el 1 de julio de 2015, ha tenido en cuenta todos estos elementos, recogiendo en el apartado quinto del reformado artículo 31 bis unos mínimos necesarios para que el modelo de organización y prevención permita eximir de responsabilidad a la persona jurídica.

En consecuencia, con la nueva regulación no se puede atender exclusivamente a los delitos cometidos en el ámbito de la persona jurídica, sino que podrá afirmarse que el delito cometido por parte de la persona jurídica constituye una condición objetiva de punibilidad, a partir de la cual debe investigarse el verdadero fundamento de la responsabilidad del ente, el defecto de organización. Con la reforma operada por la Ley

---

<sup>11</sup> GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. Aspectos sustantivos relativos a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en: Banacloche Palao, J./Zarzalejos Nieto, J./Gómez-Jara Díez, C. Responsabilidad penal de las personas jurídicas: aspectos sustantivos y procesales, Madrid, La Ley, 2011, pp. 94 y ss.

<sup>12</sup> GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. Aspectos sustantivos relativos a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en: Banacloche Palao, J./Zarzalejos Nieto, J./Gómez-Jara Díez, C. Responsabilidad penal de las personas jurídicas: aspectos sustantivos y procesales, Madrid, La Ley, 2011, p. 94.

1/2015 se superan los inconvenientes existentes en el sistema introducido por la LO 5/2010, que no resulta plenamente satisfactorio, porque al no tener en cuenta la culpabilidad de la persona jurídica el tenor de la norma impide excluir de responsabilidad criminal a las organizaciones con programas de prevención adecuados.

#### **IV. CONCLUSIONES**

Debe valorarse positivamente la introducción de un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas en el ordenamiento jurídico español. La reforma recientemente aprobada por LO 1/2015, en el ámbito de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, tiene como finalidad delimitar adecuadamente el contenido del «debido control» cuyo quebrantamiento permite fundamentar su responsabilidad penal.

Se lleva a cabo una mejora técnica en la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, introducido por la LO 5/2010 de 22 de junio, definiendo los presupuestos que deben cumplir los modelos de prevención y estableciendo funciones de supervisión que pueden asumir los órganos que las tengan encomendadas.

Se limita la responsabilidad penal de las personas jurídicas cuando el delito haya sido cometido por sus dependientes, y se extiende a las sociedades mercantiles estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general, que podrán ser castigados con multa por cuotas o proporcional o medidas de intervención judicial.

#### **V. BIBLIOGRAFÍA**

ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., Artículo 31, en: Cobo del Rosal, M., Comentarios al Código Penal, tomo III, Madrid, Edersa, 2000.

QUINTERO OLIVARES, G. Parte General del Derecho Penal, Cizur Menor, Thomson Aranzadi, 2010.

FEIJOO SÁNCHEZ, B. La responsabilidad penal de las personas jurídicas, en: Díaz-Maroto y Villarejo, J. (dir.), Estudios sobre las reformas del Código Penal, Cizur Menor, 2011, Aranzadi.

NIETO MARTÍN, A., La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo, Madrid, Iustel, 2008.

NIETO MARTÍN, A., Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa Política criminal, Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales, nº 5, 2008.

DÍAZ GÓMEZ, A. El modelo de responsabilidad criminal de las personas jurídicas tras la LO 5/2010, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminológica, nº 18, 2011.

BANACLOCHE PALAO, J./ZARZALEJOS NIETO, J./GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. Responsabilidad penal de las personas jurídicas: aspectos sustantivos y procesales, Madrid, La Ley, 2011.

\* \* \* \* \*

## 6ª Sesión.

### Imputación personal, culpabilidad y neurociencia

#### María Luisa Bayarri Martí

Abogada del Ilustre Colegio de Abogados de Valencia. Socia de la FICP.

#### ~El delito de conducción temeraria por exceso de velocidad en situaciones de aparente emergencia. ¿Estado de necesidad o causa de inexigibilidad individual? (Comentario a la sentencia del Juzgado de lo Penal nº 20 de Madrid de 14/02/2011)~

**Resumen.** - El delito de conducción temeraria por exceso de velocidad es uno de los que más aplican los Tribunales en el campo de los delitos contra la seguridad vial. Cuando se enjuicia, en numerosas ocasiones, el acusado alega situaciones de estado de necesidad, trastorno mental transitorio o miedo insuperable para conseguir la absolución o una rebaja sustancial de la pena. Los Tribunales resuelven de distintos modos dichas alegaciones. Por ejemplo, la sentencia de 14 de febrero de 2011, del Juzgado de lo Penal nº 20 de Madrid, condenó al acusado como autor de un delito de conducción temeraria por exceso de velocidad del art. 379.1 del Código Penal, con la concurrencia de la eximente incompleta de trastorno mental transitorio, ya que le produjo gran inquietud y desasosiego la llamada recibida, indicándole que su hija iba a ser ingresada en el hospital tras haber sufrido un ictus cerebral.

#### I. INTRODUCCIÓN

Tras dar un repaso a las cuestiones generales sobre la conducción temeraria por exceso de velocidad y sobre determinadas eximentes que pueden ser aplicadas en este tipo de delitos de forma completa o incompleta, se analizará en esta comunicación el modo en que las sentencias del Tribunal Supremo y Audiencias Provinciales han resuelto determinados supuestos en que se alegaban dichas circunstancias para conseguir la absolución o una rebaja sustancial de la pena. Pero, principalmente, se estudiará la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal nº 20 de Madrid, de fecha 14 de febrero de 2011, que analiza en profundidad el estado de necesidad y el trastorno mental transitorio como causa de inexigibilidad individual, decantándose por la aplicación de este último al supuesto concreto, como eximente incompleta.

#### II. EL DELITO DE CONDUCCIÓN TEMERARIA POR EXCESO DE VELOCIDAD

En la delincuencia vial, determinadas conductas son objeto de criminalización en aras de una mayor protección de bienes jurídicos esenciales como la vida, la integridad física, y la seguridad del tráfico viario en general, mediante la tipificación de comportamientos que implican un peligro concreto para tales bienes, pero también penalizando acciones que frecuentemente constituyen un alto riesgo de producción de

resultados lesivos (delitos de peligro abstracto), aunque en el caso concreto tales bienes no hayan sufrido un efectivo peligro de lesión.<sup>1</sup>

Veamos, a continuación, la regulación que el Código Penal prevé para el delito de conducción temeraria por exceso de velocidad en los arts. 379.1 y 380.

De acuerdo con la redacción del art. 379.1 del Código Penal (conducción con exceso de velocidad)<sup>2</sup>, podemos deducir que no se vincula el carácter delictivo de la conducción a la puesta en peligro de la seguridad vial, sino que se configura una presunción *iuris et de iure*, por la que se considera delictiva la conducción que sobrepase los límites de velocidad prevista en el tipo, configurándose en consecuencia como un delito de peligro abstracto. La utilización de mecanismos técnicos de medición de velocidad, como el cinemómetro, hace preciso acudir a la normativa extrapenal para configurarlo<sup>3</sup>.

Por su parte, la regulación del art. 380 del Código Penal (conducción temeraria)<sup>4</sup> nos lleva a concluir que nos encontramos ante un delito de peligro concreto. La temeridad en la conducción se manifiesta por omitir la más elemental diligencia debida en el manejo de un vehículo, es decir, una notoria desatención a las normas reguladoras del tráfico. Basta con la puesta en peligro de una sola persona para que el delito se entienda cometido<sup>5</sup>. Se trata de un delito doloso, en el que el dolo ha de abarcar dos elementos: el modo de conducir y el resultado del peligro<sup>6</sup>.

---

<sup>1</sup> MUÑOZ RUIZ, J., El delito de conducción temeraria del art. 380 del Código Penal. Universidad de Murcia, Departamento de Historia Jurídica y Ciencias Penales y Criminológicas, p. 21

<sup>2</sup> “El que condujere un vehículo de motor o un ciclomotor a velocidad superior en 60 kilómetros por hora en vía urbana o en 80 kilómetros por hora en vía interurbana a la permitida reglamentariamente, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o con la de multa de seis a doce meses o con la de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a noventa días, y, en cualquier caso, con la de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta cuatro años”.

<sup>3</sup> Ley 3/1985, de Metrología y el RD 889/2006, de 21 de julio, por el que se regula el control metrológico del Estado sobre instrumentos de medida. Así mismo la Orden del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio de 22-11-2006 por la que se fijan las condiciones de los cinemómetros. Esta orden fija un error máximo permitido en las verificaciones periódicas de +/- 7%.

<sup>4</sup> “1. El que condujere un vehículo a motor o un ciclomotor con temeridad manifiesta y pusiere en concreto peligro la vida o la integridad de las personas será castigado con las penas de prisión de seis meses a dos años y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta seis años. 2. A los efectos del presente precepto se reputará manifiestamente temeraria la conducción en la que concurrieren las circunstancias previstas en el apartado primero y en el inciso segundo del apartado segundo del artículo anterior.”

<sup>5</sup> STS 19-2-1996

<sup>6</sup> STS 29-05-2001



### III. CAUSAS DE EXCLUSIÓN DE ANTIJURIDICIDAD Y CULPABILIDAD MÁS HABITUALES EN LOS DELITOS DE CONDUCCIÓN TEMERARIA POR EXCESO DE VELOCIDAD

#### 1. Causas de exclusión de la antijuridicidad: El estado de necesidad

Una vez se comprueba que la acción es subsumible en el supuesto de hecho del tipo de delito previsto en la norma penal, el siguiente paso es determinar la antijuridicidad, es decir, la constatación de que el hecho producido es contrario a Derecho, injusto o ilícito<sup>7</sup>.

Normalmente, la realización de un hecho típico genera la sospecha de que el mismo es también antijurídico. Pero puede suceder que el comportamiento típico se halle justificado por la concurrencia de una causa de justificación. Faltará entonces la antijuridicidad de la conducta y desaparecerá la posibilidad de considerar que la misma constituya delito. La acción típica realizada continúa siendo típica, pero está permitida.<sup>8</sup>

Conforme a estas premisas, la comprobación última de la antijuridicidad de una conducta en general consiste en determinar si concurren los elementos fundadores del injusto penal para, a continuación, averiguar si concurre o no alguna causa de justificación que excluya la antijuridicidad.

En el delito de conducción temeraria por exceso de velocidad, en numerosas ocasiones, el acusado alega situaciones de estado de necesidad para conseguir la absolucón o una rebaja sustancial de la pena.

Pasemos al análisis de esta causa, tanto desde el punto de vista de su regulación normativa, como desde el de su aplicación por parte de los Tribunales.

El art. 20.5º del Código Penal establece la eximente de estado de necesidad<sup>9</sup>, como causa de exención de antijuridicidad. Podemos definir el estado de necesidad como aquél en el que existe una situación de peligro para bienes jurídicos, que plantea la necesidad de salvarlos o protegerlos, y ello sólo puede realizarse a costa de lesionar o

---

<sup>7</sup> MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M. Derecho Penal Parte General, Valencia, 2010, p. 299.

<sup>8</sup> MORILLAS CUEVA, L. Derecho Penal Parte General, Tomo II. Vol. I. Teoría jurídica del delito. Nociones generales. El delito doloso: Juicio de antijuridicidad, Madrid, 2008, p. 222.

<sup>9</sup> “El que, en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber, siempre que concurren los siguientes requisitos: Primero. Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar. Segundo. Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto. Tercero. Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse”.

afectar a otros bienes jurídicos o intereses jurídicamente protegidos.

La STS nº 769/2013, de 18 de octubre, analiza esta eximente del siguiente modo: “Según ha señalado la jurisprudencia (entre otras SSTS 924/2013, de 23 de junio; 186/2005, de 10 de febrero; 1146/2009, de 18 de noviembre y 853/2010, de 15 de octubre, entre otras), la esencia de la eximente de estado de necesidad, completa o incompleta, radica en la existencia de un conflicto entre diferentes bienes o intereses jurídicos, de modo que sea necesario llevar a cabo la realización del mal que el delito supone –dañando el bien jurídico protegido por esa figura delictiva- con la finalidad de librarse del mal que amenaza al agente, siendo preciso, además, que no exista otro remedio razonable y asequible para evitar este último, que ha de ser grave, real y actual. Como requisitos específicos, se desglosan los siguientes:

- a) Pendencia acuciante y grave de un mal propio o ajeno, que no es preciso haya comenzado a producirse, bastando con que el sujeto de la acción pueda apreciar la existencia de una situación de peligro y riesgo intenso para un bien jurídicamente protegido y que requiera realizar una acción determinada para atajarlo.
- b) Necesidad de lesionar un bien jurídico de otro o de infringir un deber con el fin de soslayar aquella situación de peligro.
- c) Que el mal o daño causado no sea mayor que el que pretende evitar, debiéndose ponderar en cada caso concreto los intereses en conflicto para poder calibrar la mayor, menor o igual entidad de los dos males, juicio de valor que “a posteriori” corresponderá formular a los Tribunales de Justicia.
- d) Que el sujeto que obre en ese estado de necesidad no haya provocado intencionadamente tal situación
- e) Que ese mismo sujeto, en razón de su cargo u oficio, no esté obligado a admitir o asumir los efectos del mal pendiente o actual.

En ampliación de los requisitos jurídicos, se resaltan en la referida jurisprudencia las siguientes prevenciones:

- 1º. La esencia de esta eximente radica en la inevitabilidad del mal, es decir, que el necesitado no tenga otro medio de salvaguardar el peligro que le amenaza, sino infringiendo un mal al bien jurídico ajeno.

2º. El mal que amenaza ha de ser actual, inminente, grave, injusto, ilegítimo, como inevitable es el que se causa, con la proporción precisa.

3º. Subjetivamente, la concurrencia de otros móviles distintos al reseñado enturbiaría la preponderancia de la situación eximente que se propugna-

4º. En la esfera personal, profesional, familiar y social es preciso que se hayan agotado todos los recursos o remedios existentes para solucionar el conflicto antes de proceder antijurídicamente.”

Por lo que respecta al estado de necesidad en los delitos de conducción temeraria por exceso de velocidad, su aplicación podría tener lugar en supuestos en los que la causa de dicha conducción es una situación de emergencia. Por ejemplo, los vehículos particulares que deben realizar el urgente traslado de un enfermo grave al hospital o el traslado de una embarazada al hospital para dar a luz.

Veamos cuándo y por qué la aplican los Tribunales:

- La Sentencia de 16-11-2009, nº 127/2009, de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Ciudad Real desestima el recurso planteado por el acusado contra la sentencia que le condenó como autor de un delito contra la seguridad vial por conducir careciendo de licencia y un delito de conducción temeraria. Pretendía se apreciara que actuó movido por un estado de necesidad, pero el Tribunal dice que se trata de una mera alegación carente de prueba. Cuando los policías consiguieron detener al acusado, de la casa a la que estaba llamando salieron varias personas y una de ellas estaba embarazada. Pero, en ningún momento, oyeron ni a esa persona ni al propio acusado manifestar ninguna urgencia como consecuencia de ese embarazo, con lo que nada ratifica lo que es una excusa de defensa. Pero es que, aunque hubiera sido cierto, existen otros mecanismos para paliar la situación de urgencia en la que podría encontrarse una embarazada.

- La Sentencia de 21-09-2010, nº 705/2010, de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Barcelona desestimó la concurrencia de la circunstancia eximente de estado de necesidad, no sólo por la ausencia total de acreditación, sino también porque, aun aceptando a los puros efectos dialécticos el malestar de la esposa del acusado, el estado de necesidad solo sería planteable con posibilidad de éxito, si la esposa lo acompañare en el vehículo, realmente estuviera en grave peligro y además no existieran otros mecanismos más acordes para su atención médica, tales como por ejemplo el

traslado en una ambulancia a un centro hospitalario.

- La Sentencia de 03-02-2011, nº 147/2011, de la Sección 17ª de la Audiencia Provincial de Madrid absolvió a la recurrente de un delito de conducción temeraria por entender concurrente en su conducta una causa de justificación derivada de una situación de estado de necesidad. Declara el Tribunal, entre otros pronunciamientos, que es cierto que no se ha acreditado de manera categórica el extremo de que el niño fuera pasajero en el momento de producirse el hecho, de que acabaran de salir del hospital poco antes o de que sufriera en aquel preciso instante una crisis. Pero no lo es menos que si se ha acreditado la enfermedad del niño, el hecho de encontrarse, precisamente, en aquellas fechas de pruebas, su minusvalía y la vinculación de la recurrente con el menor. Y es cierto que la apelante podría haber reaccionado de otro modo pero, ante una situación extrema en que se es consciente de que un ser querido se encuentra afectado por una manifestación de una patología extremadamente grave, se obra más con un criterio de eficacia que con un criterio de cálculo, impasibilidad y flema entrando dentro de lo razonable acelerar el coche para buscar un área de servicio donde asistir al niño.

## **2. Causas de exclusión de la culpabilidad: Trastorno mental transitorio y miedo insuperable.**

### ***a) Trastorno mental transitorio.***

Una vez constatada la presencia de una acción típica, antijurídica y eminentemente voluntaria, debe comprobarse si realmente puede serle atribuida penalmente a quien fue su autor. Por ello, deberá determinarse si el mismo tiene el grado mínimo de capacidad de autodeterminación exigida por el ordenamiento jurídico para la responsabilidad penal. Quien carece de esa capacidad, por ejemplo, por sufrir trastornos mentales, no puede ser declarado culpable y, por consiguiente, no puede ser responsable penalmente de sus actos, por más que sean típicos y antijurídicos.<sup>10</sup>

Una de las causas de exención de culpabilidad que puede aplicarse al delito de conducción temeraria por exceso de velocidad es el trastorno mental transitorio, eximente que se establece en el art. 20.1º.2 del Código Penal<sup>11</sup>, además de las anomalías o alteraciones psíquicas.

---

<sup>10</sup> MUÑOZ CONDE, F. /GARCÍA ARÁN, M.: Derecho, Valencia, 2010, p. 361.

<sup>11</sup> “El trastorno mental transitorio no eximirá de pena cuando hubiese sido provocado por el sujeto con el propósito de cometer el delito o hubiera previsto o debido prever su comisión”.

En el trastorno mental transitorio no hay una patología permanente, sino circunstancial, que puede ser debida a causas exógenas o endógenas. Entre las exógenas, pueden citarse la cólera, la furia, la ira, los celos, la ofuscación, la ingestión de bebidas o comidas en mal estado, o un golpe que disminuya la capacidad cognitiva del sujeto provisionalmente. Entre las endógenas, pueden citarse las depresiones, una crisis de ansiedad, una crisis nerviosa o una alteración hormonal.

Para poder apreciar el trastorno mental transitorio, la STS de 22-2-1991 establece los siguientes requisitos: 1) brusca aparición; 2) irrupción en la mente del sujeto activo con pérdida consecutiva de sus facultades intelectivas o volitivas, o de ambas; 3) breve duración; 4) curación sin secuelas; 5) no haya sido provocado por el que lo padece, con propósito de delinquir o bien lograr la impunidad de sus actos ilícitos.

Sobre su aplicación por parte de los Tribunales, nos remitimos al apartado de esta comunicación en que se analizará la sentencia de 14-02-2011, del Juzgado de lo Penal nº 20 de Madrid.

**b) *Miedo insuperable***

El cumplimiento de los mandatos normativos es un deber para todos los ciudadanos. No obstante, los niveles de exigencia de este cumplimiento varían según el comportamiento exigido, las circunstancias en que se realice, los intereses en juego, etc. Se pueden dar ciertas situaciones extremas en las que no puede exigirse al autor concreto de un hecho típico y antijurídico que se abstenga de cometerlo porque ello comportaría un excesivo sacrificio para él.<sup>12</sup> En consecuencia, la responsabilidad penal también decae cuando el sujeto del injusto actúa en una situación motivacional anormal, a la que el hombre medio hubiera sucumbido. Se dice entonces que ha obrado en una situación de “no exigibilidad”, porque se entiende que el Derecho no considera exigible a nadie resistir a una presión motivacional excepcional que el hombre medio no podría soportar.

De entre este tipo de exenciones de responsabilidad, vamos a referirnos al miedo insuperable, porque suele alegarse en el enjuiciamiento de los delitos de conducción temeraria por exceso de velocidad.

---

<sup>12</sup> MUÑOZ CONDE, F. /GARCÍA ARÁN, M.: Derecho, Valencia, 2010, pp. 386 y 387.

El art. 20.6º del Código Penal establece la eximente de miedo insuperable<sup>13</sup>, como causa de inexigibilidad subjetiva, cuyos requisitos aparecen enunciados en la STS nº 1107/2010, de 10 de diciembre: a) La presencia de un temor que coloque al sujeto en una situación de terror invencible determinante de la anulación de la voluntad del sujeto; b) Que dicho miedo esté inspirado en un hecho efectivo, real y acreditado; c) Que el miedo ha de ser insuperable, esto es, invencible, en el sentido que no sea controlable o dominable por el común de las personas, con pautas generales de los hombres, huyendo de concepciones extremas de los casos de hombres valerosos o temerarios y de las personas miedosas o pusilánimes; d) Que el miedo ha de ser el único móvil de la acción.

En atención a estas exigencias, los Tribunales determinan:

- La Sentencia de 03-03-2011, nº 126/2011, de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Tarragona desestima la concurrencia de la eximente de miedo insuperable. El recurrente dice que desconocía, durante la larga persecución que se prolongó durante 12 km., la condición del vehículo policial no logotipado, pretendiendo exculpar su conducta tras haberse representado que las personas que lo perseguían querían causarle un mal. En relación al supuesto error de prohibición (art. 14.3 CP) que viene genéricamente enunciado, en realidad lo que se vendría a plantear es la concurrencia de haber actuado bajo una situación de miedo insuperable, pues el acusado conocía y quería llevar a cabo la conducta que desarrolló, aunque bajo su pretendida justificación de estar huyendo de un mal. Pero dichas exculpaciones no pueden apreciarse pues carecen de sustento racional.

- La Sentencia de 19-03-2013, nº 133/2013, de la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Vizcaya también desestima la concurrencia de miedo insuperable. La única alegación que se efectúa con relación a un supuesto error en la valoración de la prueba es que el acusado condujo en todo momento víctima de un miedo insuperable, emprendiendo la huida en el momento en el que se percató de que un vehículo le seguía, desconociendo que dicho vehículo perteneciera a la policía y deteniéndose en el mismo momento en que fue requerido por una patrulla uniformada. Pero dice el Tribunal que es una versión que se encuentra desmentida por la prueba practicada en el procedimiento.

---

<sup>13</sup> “El que obre impulsado por miedo insuperable”.

#### IV. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL JUZGADO DE LO PENAL Nº 20, DE FECHA 14/02/2011<sup>14</sup>

Esta sentencia realiza un examen exhaustivo del delito de conducción temeraria por exceso de velocidad del art. 379.1 del Código Penal, así como de las causas de antijuridicidad e inexigibilidad que pueden aplicarse a esta clase de delitos, habida cuenta de las circunstancias que concurren en el supuesto. Tras examinar los hechos concretos de los que puede derivarse la comisión del delito, el juzgador afirma que aquel precepto parte de la presunción “*iuris et de iure*” consistente en que el delito de peligro se integra por el hecho de circular en vía urbana a velocidad superior a 60 Km./h. a la permitida reglamentariamente. Acreditándose que la velocidad máxima de la vía por la que conducía el acusado era de 50 Km./h., se da por integrado el elemento objetivo del tipo, por cuanto consta asegurado que conducía por la misma a 111 K./h., sin que exista ningún elemento que permita dudar que el cinemómetro con el que se midió la velocidad funcionaba correctamente y marcó la velocidad correcta con la que el acusado circulaba.

Respecto de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, dice el juzgador que corresponde en primer lugar analizar si existe alguna causa de justificación que excluya la antijuridicidad de la conducta. En concreto y, a instancia de la defensa del acusado, se puso de manifiesto la posible concurrencia de la causa de justificación de estado de necesidad, prevista en el art. 20.5º del Código Penal. El Juzgador analiza minuciosamente los hechos y va comparándolos con los requisitos necesarios para que se aprecie esta causa de justificación. Así, reconoce que sí concurre en el supuesto una situación de necesidad por cuanto no es discutido que la hija del acusado estaba siendo trasladada por una UVI al hospital y que, en consecuencia, existía el peligro de un mal jurídico y la necesidad de actuar para soslayar tal situación. Pero, para que pueda darse la eximente, dice que es preciso que concurra, además, otro requisito esencial, que es la idoneidad de la acción salvadora, es decir, que la acción que realiza el sujeto *ex ante* tenga virtualidad salvadora y pueda ser objetivamente apta para evitar la concreción del peligro. Pues bien, la sentencia afirma que la acción del acusado no fue idónea para salvar el bien jurídico de la integridad física de su hija, por cuanto su presencia no fue requerida en el hospital de forma inmediata para proporcionar algún tipo de información al personal facultativo, para trasfundir sangre, para llevar algún tipo

---

<sup>14</sup> EDJ 2011/6239, Lefebvre-El Derecho, S.A.

de medicación, o para cualquier actuación de la que dependiera la sanidad de su hija, y que por ella tuviera que sacrificar un bien jurídico supraindividual y colectivo como es la seguridad vial. Por tanto, al no concurrir un requisito esencial de la causa de justificación, se produce un exceso extensivo que determina su inaplicación.

No obstante lo anterior, el juzgador sigue profundizando y se plantea otra posibilidad. Como el acusado manifestó que creía que, acudiendo al hospital, podía dar información importante al personal facultativo en atención al ingreso hospitalario que se estaba produciendo de su hija, de ser cierta esa posibilidad podría presuponer la concurrencia de un error objetivamente vencible sobre los presupuestos de una causa de justificación; concretamente, sobre la idoneidad de la acción salvadora. Pero, para que tal error tenga virtualidad jurídica y entre en juego los efectos del art. 14 del Código Penal<sup>15</sup>, se precisa no una mera creencia, sino una creencia racionalmente fundada, desde el plano del hombre medio ideal. Y no se ha probado que el acusado tuviera conocimiento de aspectos médicos o personales de su hija que hubiesen podido favorecer su sanidad, de ser comunicados a los facultativos que la atendían.

Descartada la concurrencia del estado de necesidad como causa de justificación que excluya la antijuridicidad de la conducta, el Juzgador se plantea la concurrencia de un trastorno mental transitorio como causa de exclusión de la culpabilidad por falta de imputabilidad. La defensa del acusado pidió, alternativamente al estado de necesidad, la aplicación de la eximente prevista en el art. 20.1º del Código Penal. Aunque la alegación fue que el actuar del acusado vino motivado por una alteración mental, entiende el juzgador que lo que podría plantearse sería, en todo caso, la concurrencia del trastorno mental transitorio, también previsto en el mismo precepto, pues no ha quedado acreditado que el acusado padeciese ninguna enfermedad patológica que pudiera servir para afirmar la concurrencia de una enfermedad mental.

A diferencia de la enfermedad o alteración mental, donde existe una base patológica previa, el trastorno mental transitorio no tiene por qué tener causa en un enfermedad psíquica, sino que puede existir una afectación de la *psique* como consecuencia de factores endógenos y más habitualmente exógenos, que provocan una

---

<sup>15</sup> “1. El error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente. 2. El error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá su apreciación. 3. El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuera vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados”.



reacción psicológica en la que el sujeto es incapaz de comprender la ilicitud de sus actos. Como toda causa de imputabilidad, puede afectar a la culpabilidad de forma plena o disminuida, en atención a si el sujeto no comprende total o parcialmente la ilicitud de sus actos (eximente completa o incompleta) o existe una mera afectación de la psique reconducible a una mera atenuante analógica, o una atenuante de arrebató o estado pasional. Así mismo, para que el trastorno mental transitorio tenga virtualidad eximente o atenuadora, no se exige solo una afectación de la *psique* sino que dicha afectación debe haber influido en la comisión del acto típico y antijurídico. En el caso concreto, queda acreditado que la situación emocional sufrida por el acusado no llegó a anular completamente la facultad de discernimiento porque, pese a todo, sabía que dicha velocidad ponía en peligro la seguridad vial, pero sí le afectó de modo notable por la tensión que le produjo la noticia del ingreso hospitalario de su hija.

Finaliza el juzgador diciendo que, como la pena ha de adaptarse al juicio de reproche que se efectúa al sujeto activo del delito, teniendo en cuenta su estado de motivación, en estricta aplicación del principio de culpabilidad por el que la pena ha de ser proporcional al grado de culpabilidad normal o disminuida del sujeto, se determina en el supuesto concreto la concurrencia de la eximente incompleta de trastorno mental transitorio del art. 21.1º del Código Penal<sup>16</sup>, en relación con el art. 20.1º del mismo texto legal.

## V. CONCLUSIONES

A la hora de enjuiciar el delito de conducción temeraria por exceso de velocidad, es importante valorar y analizar las circunstancias que concurren en el supuesto concreto para aplicar o no causas de exención de antijuridicidad o culpabilidad de forma total o parcial.

Cuando la conducta típica se produce debido a una situación de emergencia, en muchas ocasiones, los Tribunales aplican el estado de necesidad, que es una causa de exención de antijuridicidad. Pero en la sentencia analizada en esta comunicación, al no reunir el supuesto todos los requisitos necesarios para su apreciación (no existe la acción salvadora), el juzgador opta por la aplicación del estado mental transitorio como eximente incompleta, al considerar que la situación emocional sufrida por el acusado le

---

<sup>16</sup> “Son circunstancias atenuantes: 1.ª Las causas expresadas en el capítulo anterior, cuando no concurrieren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos”.

afectó de modo notable por la tensión que le produjo la noticia del ingreso hospitalario de su hija. Es decir, se inclina por una exención parcial de culpabilidad, que tiene en cuenta el estado de motivación del sujeto, lo que permite imponer una pena proporcional a la culpabilidad disminuida del sujeto, a través de la determinación individualizada de la pena.

## **VI. BIBLIOGRAFÍA**

MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M.: Derecho Penal Parte General, Valencia, 2010.

MUÑOZ RUIZ, J., El delito de conducción temeraria del art. 380 del Código Penal. Universidad de Murcia, Departamento de Historia Jurídica y Ciencias Penales y Criminológicas.

MORILLAS CUEVA, L.: Derecho Penal Parte General, Tomo II. Vol. I. Teoría jurídica del delito. Nociones generales. El delito doloso: Juicio de antijuridicidad, Madrid, 2008.

\* \* \* \* \*

## **Prof. Juan Carlos Díaz Restrepo**

Prof. de la Universidad Autónoma de Bucaramanga, Colombia. Doctorando de la Univ. de Alcalá. Socio de la FICP.

### **~Carga dinámica de la prueba en la actividad procesal civil y penal en Colombia~**

**Resumen.-** La carga dinámica de la prueba resulta ser una regla de juicio en materia probatoria, con aplicación en el ordenamiento jurídico colombiano inicialmente a través de la jurisprudencia de las altas cortes y más recientemente por su consagración en el Código General del Proceso. Aboga por asignar el gravamen de probar a la parte que se encuentre en mejores condiciones para hacerlo. Su implementación ha suscitado importantes y discutidas consecuencias prácticas analizadas a la luz de razonamientos constitucionales, especialmente con referencia a su aplicación en el derecho penal. Frente al asunto existen diversas posturas entre las cuales se destacan las que afirman que la aplicación trasgrede la supremacía constitucional en términos del debido proceso puesto que vulnera algunos de sus contenidos fundamentales, ello en confrontación con lo que ha señalado la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia que en reiterada jurisprudencia ha abogado por la utilidad de la aplicación de esta regla de juicio en la resolución de algunos casos que por su naturaleza no deben ser resueltos con fundamento en el presupuesto tradicional que sobre carga de la prueba rige el proceso penal, cual recae sobre la Fiscalía General de la Nación por disposición de la ley. Esto, según el alto Tribunal para resguardar la verdad material y la justicia de las decisiones judiciales. En punto de lo anterior se realiza un análisis de la institución de la carga de la prueba, así como de sus modalidades de aplicación, posteriormente se apela a la dogmática del derecho penal con énfasis en el principio de presunción de inocencia para comprender el sentido de que la Fiscalía sea quien lleva a costas la carga de probar en materia penal y por último se analizan dos de los fallos de casación en los que la Corte Suprema de Justicia se ha apartado de los criterios generales de carga de la prueba para adoptar la decisión del caso con fundamento en la teoría de las cargas dinámicas, sin pretender apartarme de la regulación que existe en la legislación española al respecto, para terminar presentando un escrito de derecho comparado que nos ayude a entender la institución analizada y su aplicabilidad en los ordenamientos jurídicos Español y Colombiano.

## **I. GENERALIDADES Y MARCOS DE CONTEXTUALIZACIÓN**

### **1. Noción de carga de la prueba en materia civil – referente obligado en nuestro ordenamiento jurídico.**

La lógica del derecho en la actualidad nos indica que quien alega un hecho en un juicio debe probarlo, ya que el alegarlo no constituye por ese solo hecho prueba. Sobre este supuesto se pretende construir el concepto de carga de la prueba.

Las definiciones que pueden existir sobre la carga de la prueba son variadas, no obstante todas apuntan a definir una misma función o propósito en la actividad de probar, la definición adoptada por el Consejo de Estado, resulta apropiada para entender en general en qué consiste la carga de la prueba.

En la Sentencia del Consejo de Estado del 18 de Marzo de 2010 con ponencia del Consejero Mauricio FAJARDO GÓMEZ, toman la siguiente definición:

“Es una noción procesal que consiste en una regla de juicio, que le indica a las partes la autorresponsabilidad que tienen para que los hechos que sirven de sustento a las normas jurídicas cuya aplicación reclaman aparezcan demostrados y que, además, le indica al juez cómo debe fallar cuando no aparezcan probados tales hechos”.<sup>1</sup>

Hay que tener en cuenta que esta definición también la adopta PARRA QUIJANO en su libro de Manual de Derecho Probatorio<sup>2</sup>

De la definición se desprenden dos aspectos que merecen ser destacados:

Primero, que las partes son libres en su actuar para obtener la consecuencia jurídica del supuesto de hecho de la norma que desea aplicar al caso concreto, lo que se conoce como principio de autorresponsabilidad de la prueba y segundo, que con este actuar lo que hacen las partes es indicarle al juez como debe fallar en su sentencia.

Alrededor de este entendimiento sobre la institución acotado por el Consejo de Estado y validado por la doctrina, vale decir que las reglas en sentido amplio son directrices-pauta prescriptivas del comportamiento. Una regla de juicio bajo esta premisa, es una hipótesis de trabajo o directriz procesal para el juez, que como orientador del proceso judicial, la utiliza por imposición o deber, en la tarea de construir la convicción de los hechos que dieron lugar a la relación jurídica contenciosa que se debate en proceso judicial sometido a su conocimiento y juicio. El juez, no lleva a sus espaldas la exigencia o peso de la carga de la prueba, que es la de probar los hechos, como si la llevan las partes, no obstante sí constituye para él un instrumento que debe emplear para direccionar la litis en materia probatoria y como criterio que coadyuva para la construcción de la convicción necesaria para imprimirle un sentido al fallo.

## **2. Finalidad**

La finalidad de la carga de la prueba las podemos sintetizar en dos y se desprende de la definición ya citada, tenemos que tiene un papel orientador porque le indica a las partes la necesidad para que alcancen el resultado o consecuencia jurídica que desean obtener, ya que en el caso de no realizar un despliegue correcto de la actividad probatoria, obtendrán una decisión adversa. Al juez le permite fallar en contra de la parte que ha incumplido con probar los hechos objeto de litigio, en materia penal, como se explicará más adelante, en contra de la Fiscalía General de la Nación que debe desvirtuar la presunción de inocencia.

---

<sup>1</sup> Colombia, Consejo de Estado. 18 de Marzo de 2010, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, P. 1

<sup>2</sup> PARRA QUIJANO, Jairo, Manual de Derecho Probatorio, Bogotá D.C.: Editorial ABC, 2006. 242.

## II. ONUS PROBANDI ESTÁTICO VS ONUS PROBANDI DINÁMICO

Ya en la parte inicial de este escrito se había hecho referencia a lo que es la carga de la prueba, sirviéndose para ello, de la definición que adopta el Consejo de Estado en la sentencia del 18 de Marzo de 2010 con ponencia del Consejero Mauricio FAJARDO GÓMEZ, estableciéndose allí, que se trata de

“una regla de juicio que le indica a las partes la autorresponsabilidad que tienen para que los hechos que sirven de sustento a las normas jurídicas cuya aplicación reclaman aparezcan demostrados y que, además, le indica al juez cómo debe fallar cuando no aparezcan probados tales hechos”.

### 1. Carga de la prueba estática que se conoce en el ordenamiento procesal civil

Noción de carga de la prueba que prevalece en una visión ecléctica y tradicional del derecho.

- a) Onus probando incumbit actori (incumbe probar al demandante);
- b) reus, in excipiendo, fit actor (demandado debe probar los hechos en que sustenta su defensa); y,
- c) Actore non probante, reus absolvitur (si el actor no prueba, absuélvase al demandado).

Bajo supuestos normativos de este talante, para determinar a quién le corresponde probar un hecho es menester puntualizar dos aspectos, el primero es, cuál es la posición procesal ocupada por cada parte (demandante-demandado) y el segundo, cual es el efecto jurídico que cada una de ellas persigue, es decir, que para establecer a quién le corresponde la carga de probar un hecho, se debe considerar de un lado a la parte y del otro lado el efecto jurídico invocado por esta, a quien en todo caso, se le impone probar los hechos en los que se sustentan las normas jurídicas cuya aplicación reclama so pena de obtener una decisión adversa a su pretensión. De esta manera los hechos que rodean la cuestión litigiosa, cuya carga probatoria debe soportar determinada parte procesal, se limitan a aquellos que son de su interés por coadyuvar con su pretensión y por constituir el presupuesto fáctico de la normatividad en que esta se sustenta. En esta visión tradicionalista o de carga estática de la prueba, quien persigue la obtención de una consecuencia jurídica tiene la carga de acreditar los presupuestos fácticos de la norma que la prevé. Aquí, si la parte eleva la pretensión, debe dirigir su actuación en el proceso al fin de probar los hechos que le favorecerán, en estricto sentido tiene la

autorresponsabilidad de que en el proceso aparezcan demostrados tales hechos a fin de obtener una providencia o decisión favorable.

## **2. Carga dinámica de la prueba**

Noción de carga de la prueba aplicada en un paradigma más laxo del derecho probatorio, usada por el juez cuando de la aplicación de los presupuestos tradicionales de carga de la prueba existe la posibilidad de que quede la verdad al margen del proceso ante un marcado desequilibrio entre las partes, radicado en que sobre una de ellas pesa la imposibilidad de aportar la prueba en relación con los hechos que sustentan la norma que invoca y la pretensión que persigue. De aquí que el juez, con el objetivo de dar prevalencia a la verdad e invocando la equidad, puede distribuir la responsabilidad de probar tales hechos entre las partes, en atención al criterio de favorabilidad de la posición de cada parte respecto de la tarea de desahogar la prueba en cuestión, sin consideración al efecto jurídico procesal que una u otra parte persigan.

La carga dinámica de la prueba se ha pregonado como un mecanismo de tratamiento excepcional de las cargas probatorias que procede cuando hay un hecho que es necesario aclarar por resultar neurálgico para la resolución justa de la litis, pero la parte a la que tal hecho le incumbe su probanza, por ser el sustento de la norma cuya aplicación invoca, no se encuentra en las condiciones para probarlo y por el contrario, la otra parte cuenta con mejores condiciones para el efecto. Verificado lo anterior, el juez puede aislarse de las reglas del onus probandi estático que indican que quien alega un hecho debe probarlo, para vincular la actividad probatoria a la noción de verdad y justificado en la buena fe procesal como deber de las partes, imponerle a la parte contraria la carga de probar tal hecho por estar en mejores condiciones para lograrlo, es decir, aplicar las reglas del onus probandi dinámico o de la carga dinámica de la prueba.

### **III. LA CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA EN COLOMBIA EN MATERIA CIVIL COMO REFERENTE OBLIGADO DEL PROCEDIMIENTO PENAL.**

La aplicación de la teoría de la carga de la prueba ha tenido una tradición en el ordenamiento jurídico Colombiano principalmente orientada a su aplicación bajo la modalidad estática. Esta situación ha tenido diversas causas, pues si bien obedece a que la teoría de la carga dinámica de la prueba es un razonamiento más reciente, en mayor medida se ha debido a que el ordenamiento jurídico colombiano ha sido poseedor por

excelencia de las instituciones jurídicas más rezagadas y desactualizadas de América latina, gracias al influyente pensamiento tradicionalista de los juristas que nos han direccionado, como gracias también a la impotencia que suscita los pocos recursos que históricamente han sido dispuestos para la actualización de la justicia. Siendo pocos los instrumentos normativos que han dado respuesta práctica a los cambios en el tiempo.

No obstante las grandes objeciones, en las últimas décadas ha hecho carrera por la vía de aplicación jurisprudencial la teoría de la carga dinámica de la prueba. Fue la jurisdicción contenciosa administrativa a través de las decisiones del Consejo de Estado la que abrió por primera vez las puertas del ordenamiento jurídico a la aplicación de los presupuestos sobre carga dinámica de la prueba. Con posterioridad, de manera tímida la Corte Suprema de Justicia en sus salas de casación civil, laboral y penal optó también por resolver algunos litigios con fundamento en estos presupuestos. Siendo un hecho que por recepción de la ley no había de venirse hasta entonces a incorporar esta teoría en Colombia.

El legislador en 2012 incorporó en el nuevo Código General del Proceso la teoría de la carga dinámica de la prueba dando así lugar por mandato de la ley a la posibilidad de su aplicación. El nuevo código cuyo objeto de regulación son los asuntos de naturaleza civil, comercial, de familia y agraria, y subsidiariamente, otros asuntos jurisdiccionales y actuaciones administrativas cuando estos no se encuentren regulados en otras leyes, en lo que tiene que ver con la actividad procesal, ha sido la respuesta del legislador a la necesidad de proyectar la administración de justicia hacia la modernización de sus instituciones y la efectividad de sus fines; pero para el tema que nos interesa aquí, ha sido también el paso más contundente que en materia de carga de la prueba se ha dado, rumbo al cambio del paradigma tradicionalmente imperante frente al asunto.

Artículo 167 código general del proceso: Carga de la prueba.

Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir, la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares.

Cuando el juez adopte esta decisión, que será susceptible de recurso, otorgará a la parte correspondiente el término necesario para aportar o solicitar la respectiva prueba, la cual se someterá a las reglas de contradicción previstas en este código [...]3

El ingrediente normativo sin el cual no es posible que el juez apele a la distribución de la carga probatoria, es indudablemente, que la parte a la que se le impone la carga o exigencia de probar, se encuentre en una situación más favorable para aportar la prueba en cuestión, de manera que esta situación que según la norma, se puede configurar en varias hipótesis de hecho, merece ser analizada.

El legislador a través del artículo 167 del Código General del Proceso, ha considerado que esta una parte en mejor condición para probar:

- I. En virtud de su cercanía con el material probatorio
- II. Por tener en su poder el objeto de prueba
- III. Por circunstancias técnicas especiales
- IV. Por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio,
- V. Por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte
- VI. Entre otras circunstancias similares

La verificación de la mejor posición para probar, habilita al juez para hacer uso de su facultad de distribución de la carga de la prueba. Como condición exigida para que proceda la aplicación de la carga de la prueba en su modalidad dinámica, lo cual implica que esta es una regla de aplicación excepcional, sujeta a la verificación en el caso concreto de alguna de las hipótesis de hecho que dan lugar a que una de las partes sea considerada por el juez en mejor posición para desahogar la prueba.

Al tenor de la disposición transcrita, se deja atrás en el sistema procesal y de justicia colombiano las reglas férreas e inflexibles de origen romano que han caracterizado el manejo judicial de la carga de la prueba, en las que: i) onus probando incumbit actori (incumbe probar al demandante); ii) reus in exceptione fit actor (cuando el demandado propone excepciones debe probar); y, iii) actore non probante, reus absolvitur (si el actor no prueba, absuélvase al demandado); para pasar a un sistema en

---

<sup>3</sup> Colombia. Congreso de la Republica, Código General del Proceso. Ley 1564. (12, Julio, 2012). Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial. Bogotá, D.C. no. 48.489. art 167



el que en principio y guardando coherencia con las reglas tradicionales, incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, pero que posteriormente, le otorga la posibilidad al juez de que en atención a las particularidades del caso, distribuya entre las partes la carga de la prueba, lo que puede implicar su traslación total o parcial, sea en el momento de realizar el decreto de estas o durante su práctica o en cualquier otro momento, antes de que se dicte sentencia. Todo lo anterior con posibilidad de contradicción.

### **1. Normas de derecho procesal en Colombia.**

En Colombia existen en la actualidad varios códigos de procedimiento entre los cuales por su importancia y para efectos de esta investigación es menester mencionar, el código de procedimiento penal o la ley 906 de 2004 que instaura el sistema penal de corte acusatorio en Colombia y que ha venido surtiendo su vigencia durante ya más de una década; y gracias a esfuerzos más recientes, la ley 1564 del 2012 o código general del proceso, cuyo objeto de regulación son las áreas civil, laboral de familia y agraria y las demás cuando no estén expresamente reguladas en otras normas.

## **IV. LA CARGA DINÁMICA EN MATERIA PENAL**

Es de resaltar de entre lo que hasta este punto se ha expuesto, que en el área del derecho penal, toda vez que no es un ámbito de regulación del código general del proceso, la aplicación de la teoría de la carga dinámica no tiene sustento legal, más aun a este respecto se impone anotar que el derecho penal, ha sido categóricamente reactivo a la aplicación de los presupuestos de esta modalidad de carga probatoria, pues como se verá, sus implicaciones teóricas y prácticas presentan fuertes pugnas con la dogmática del derecho penal y de ese modo, con algunos de los principios fundantes de la disciplina sancionatoria.

Es necesario empezar anunciando que en el proceso penal la carga de acreditar la responsabilidad penal la tiene la Fiscalía General de la Nación, como ente de investigación y acusación del Estado por mandato expreso de la ley 906 del 2004 o código de procedimiento penal.

“Artículo 7º. Presunción de inocencia e in dubio pro reo. Toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal, mientras no quede en firme decisión judicial definitiva sobre su responsabilidad penal.

En consecuencia, corresponderá al órgano de persecución penal la carga de la prueba acerca de la responsabilidad penal. La duda que se presente se resolverá a favor del procesado.

En ningún caso podrá invertirse esta carga probatoria.

Para proferir sentencia condenatoria deberá existir convencimiento de la responsabilidad penal del acusado, más allá de toda duda.”

El tenor literal de la disposición transcrita excluye de pleno la posibilidad de distribuir la carga de la prueba. De manera que en el ordenamiento jurídico colombiano a priori, sería una actuación contraria a la ley que se aplique la teoría del dinamismo de la carga probatoria en materia penal.

## **1. Normatividad aplicable en Colombia**

Como se manifestó en renglones previos, la ley 906 de 2004 produjo un cambio sustancial en materia penal, pues gestó la transición de sistema o modelo penal, superando el sistema mixto que operaba con la ley 600 del año 2000 e introdujo con la nueva legislación los presupuestos básicos del sistema penal acusatorio. Este tránsito produjo cambios significativos de los cuales se resalta por servir a los propósitos de esta investigación el siguiente:

La fiscalía no está obligada a investigar lo favorable al procesado. Si en el curso de la gestión investigativa encontrare elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida favorable al acusado, es deber del Fscal del caso mencionarlos en el documento anexo al escrito de acusación (art. 337 ley 906 de 2004).

A pesar de los muchos otros cambios, que acarreo la entrada en vigencia de código penal vigente para el sistema penal, se estima que el cambio más significativo en materia probatoria se produjo gracias al artículo comentado, en ese sentido, la corte constitucional a través de la sentencia C -1194 de 2005 ha señalado que:

“A diferencia del sistema de tendencia inquisitiva adoptado por la Constitución de 1991 (...) en el nuevo sistema procesal penal el rol del ente de investigación se ejerce con decidido énfasis acusatorio, gracias a lo cual, pese a que su participación en las diligencias procesales no renuncia definitivamente a la realización de la justicia material, el papel del fiscal se enfoca en la búsqueda de evidencias destinadas a desvirtuar la presunción de inocencia del procesado, lo cual constituye el distintivo del método adversarial. Por ello, al haberse transformado su objeto institucional y al habersele dado a la Fiscalía la función de actuar eminentemente como ente de acusación, se entiende que el organismo público no esté obligado a recaudar evidencias que pudieran liberar de responsabilidad penal al imputado. La investigación adelantada por la Fiscalía se enfoca primordialmente a desmontar la presunción de inocencia que ampara al individuo objeto de investigación, lo que no significa que, de hallarse evidencia que resulte favorable a los intereses del mismo, ésta deba ser puesta a disposición de la defensa. En suma, mientras el sistema procesal penal derogado obliga al ente de investigación a recaudar pruebas favorables al procesado, el segundo lo obliga a ponerlas a disposición de la defensa en caso de encontrarlas, lo cual significa un evidente y sensible cambio en el énfasis de dicho compromiso”.<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C 1194/2005. 22 de noviembre del 2005, M.P Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra. Referencia: Expediente D-5727

Establecida la naturaleza del derecho penal así como los principios básicos que gobiernan su funcionamiento y algunas características del sistema acusatorio, se hará énfasis en lo que subsiguiente en las diferencias existentes entre el proceso penal y los demás procesos que tienen incidencia en la forma como opera la carga de la prueba en uno y otro ordenamiento, ello a propósito del ejercicio del derecho a la prueba.

## **2. La prueba en el escenario penal.**

Como se colige de la lectura de la disposición constitucional del artículo 29 citado, presentar pruebas y controvertir las pruebas que allegue el adversario procesal es un derecho con jerarquía Constitucional, como garantía prevista por el debido proceso para resguardar entre otros, el derecho de defensa y contradicción. En todos los procesos judiciales indistintamente de su naturaleza, juega un papel fundamental, pues la sentencia que la resuelve debe estar basada en la prueba como exigencia general que le impone a todo administrador de justicia. Debido a lo anterior se propone analizársele con más detenimiento.

La acepción del término prueba que es de interés a esta investigación es la de prueba judicial, aun así, vale decir que esta delimitación no obsta para que no tenga un sentido único. La prueba judicial, como se verá, ha sido entendida por la doctrina conforme a varias acepciones que lejos de ser excluyentes dan un entendimiento integral y complementario del término.

En ese sentido resultan propicias las palabras de Echandía al puntualizar las acepciones de la prueba judicial: “(...) como argumentos sobre la existencia de los hechos, como instrumentos que contienen tales argumentos y como convicción del juez sobre los hechos que se forman a partir de los argumentos”<sup>5</sup>

La prueba permite que se dé un proceso de verificación o examen de cotejo entre la realidad y las afirmaciones de alguno de los extremos procesales al respecto de algunos hechos que por su naturaleza constituyen la base fáctica de la norma cuya aplicación invocan como sustento para el reconocimiento de algún objetivo dentro del proceso judicial. Se trata pues de los elementos óptimos para establecer la correspondencia o no de unos enunciados ideales descritos por alguien frente a la realidad para la obtención del grado de convencimiento necesario para que el juez actúe

---

<sup>5</sup> ECHANDÍA, Hernando Devis. Teoría General de la prueba judicial, Buenos Aires, Argentina. Victor P. de Zalia Editor, 28.

y/o decida con cierta seguridad o fiabilidad del conocimiento adquirido en el procedimiento probatorio, cual resulta entonces ser una actividad de comprensión y empoderamiento de la realidad por el juez. Se refiere la prueba a verificar y establecer los hechos que se alegan en el proceso, esto por la necesidad que se impone tras la situación de incertidumbre o duda que debe quedar franqueada una vez la prueba se practique y se analice.

El fin de la prueba es el convencimiento y más allá de este, la verdad de determinados hechos. Se sustenta en un método inductivo de la realidad, como conocimiento exacto que idealmente hablando debe estar al margen del error, como base de la sentencia, se estima que es este el instrumento que irriga de derecho sustancial al proceso, y por la tal razón es tan importante. Sin su respectiva prueba los hechos no existen en la contienda procesal, pues aunque estos indudablemente pertenecen a una realidad extra jurídica, son traídos a la realidad jurídica mediante ella para desempeñar un papel fundamental en el ejercicio de administrar justicia cual es determinar, a través del convencimiento del juez, la verdad y consecuentemente el sentido de la decisión que se adopte.

Se presenta entonces que de un lado la prueba judicial se refiere al modo o camino para producir la prueba; por otro lado, a las resultas de tal producción, y por último, al proceso de asimilación cognitivo y de valoración que a ésta el juez le hace, pese a lo cual en adelante se delimitara su uso a la acepción de: instrumentos que contienen un argumento sobre la existencia o la ocurrencia de los hechos y que son llevados a conocimiento del juez con el propósito de que este forme la convicción necesaria a la luz de la cual se construirá la decisión que ponga fin a la litis.

Volviendo la atención al derecho penal, tenemos que la sentencia que define la situación del individuo al que se le acusa de la comisión de un delito respecto de su responsabilidad frente a este, de absolución o condena debe estar cimentada en el acervo probatorio y en la verdad construida a partir de él. Debido a la importancia del tema de la prueba y de que esta sea allegada al proceso para el establecimiento de la verdad, es que viene a adquirir importancia la cuestión de quién debe probar los hechos que se debaten en el proceso analizado a la luz de las exigencias del principio de presunción de inocencia y la lógica limitación que este impone a tal cuestionamiento en relación con la dinámica acusatoria adversarial que rige al proceso penal.

a) *Derecho a la prueba- El papel del juez frente a la carga de la prueba en materia penal.*

Como se anunció, el derecho a la prueba es uno de los pilares básicos a través del cual se ejercita el derecho de defensa, no en vano se plantea desde la doctrina que dentro del proceso judicial “las partes se defienden probando” y goza de gran acierto este razonamiento pues no hay otra forma con la potencialidad para desvirtuar un hecho o afirmación adversa a los intereses de una de las partes, en el proceso, sino probar el supuesto que desestime en todo o en parte tales hechos o afirmaciones. Así como es un pilar a la base del cual se concreta el derecho a la defensa, el derecho a la prueba es indispensable para poder concretar la exigencia que le plantea la ley al juez de basar su decisión en la prueba. Este derecho implica la posibilidad de presentar pruebas y controvertir las que la contraparte allegue al proceso, tal cual como se desprende de la lectura del artículo 29 constitucional, no obstante la envergadura de este derecho trasciende tal entendimiento, pues la legislación actual en materia probatoria ha moldeado el derecho a la prueba para sobreponer que además incluye el derecho a que la otra parte la desahogue<sup>6</sup>. Este último contenido esencial del derecho a la prueba tiene respaldado en: el principio de solidaridad de la prueba, basado en el valor constitucional de solidaridad de las personas que integran el estado social, que le da sustento jurídico - filosófico a la posibilidad de que la cualquiera de las partes desahogue la prueba que a la contraparte le sirve como sustento de su defensa y también ofrece respaldo a este contenido ,concretamente en su esfera u órbita de realización, la posibilidad legal dada al juez de imponerle en forma de carga a una de las partes que desahogue la prueba, aunque en principio esta no le corresponda.

Sin embargo, se advierte otro panorama si el derecho a la prueba se analiza en el marco de la normatividad penal. Allí tal derecho queda a medio camino pues no incluye el último de los contenidos expuestos, es decir, el derecho a que la contraparte desahogue la prueba. Comprende de ese modo, la posibilidad de aportar y refutar la prueba: aportar la que sirve al objetivo procesal perseguido por determinada parte y refutar la que por el contrario va en contra de tal objetivo. Lo anterior se debe a que en penal el derecho a que la contraparte desahogue la prueba no cuenta con respaldo en su órbita de realización, pues si bien la solidaridad que predica el preámbulo de la constitución nacional debería ser aplicada, este contenido del derecho a la prueba no

---

<sup>6</sup> PARRA QUIJANO, Jairo, Manual , Bogotá D.C.: Editorial ABC, 2006.236

cuenta con el respaldo que ofrece el juez en otras áreas del derecho que lo habilita para exigir el desahogo de la prueba a partir de la redistribución de las cargas, pues en materia penal estas no pueden invertirse. Se puede apreciar de ese modo una diferencia sustancial entre el papel del juez frente a la prueba. De un lado, un juez activo y orientador de la actividad de probar y de otro lado un juez penal meramente receptor que carece desde el punto de vista legal de cualquier prerrogativa de distribución respecto de la prueba, bien se dice popularmente que el juez en el proceso penal es un convidado de piedra y esta es una de las palpables manifestaciones de que efectivamente es así.

En conclusión, en materias no penales, en principio aplica la regla de juicio que indica que quien alega el hecho debe probarlo, de no ser posible, es viable que por distribución de las cargas solicitada por las partes al juez o porque este oficiosamente considere que deben ser distribuidas en atención a tal imposibilidad, sea reasignada la responsabilidad de desahogar la prueba que acredite determinado hecho a fin de que en el proceso ese hecho no se quede sin ser probado y así evitar que la verdad y la justicia de la decisión quede por fuera del proceso. El comportamiento del juez es activo frente a la búsqueda de la verdad, no simplemente receptivo. Mientras que en penal como se comentó la cuestión es de otra índole, pues la imposibilidad de invertir la carga de la prueba ata de manos al juez y lo obliga a seguir con fervor los presupuestos de carga estática de la prueba y de contera, le otorga el ejercicio de un rol pasivo y de recepción de la información que se ventila en las audiencias, a fin de formar su conocimiento a través de lo que las partes acrediten mediante la actividad probatoria y sin intervenir en ella.

Si bien este comportamiento en principio se debe a la instrucción legal del artículo 7 del código de procedimiento penal, el sentido de esta norma se logra evidenciar mejor si se analiza en conjunto con la particularidad de que en la sistemática acusatoria que sigue el proceso penal rige el principio de separación de las autoridades que juzgan y las que investigan.

***b) La presunción de inocencia- el papel de las partes en cuanto a la carga de la prueba***

Claramente este es un concepto inminentemente penal pero ha venido a exponerse como otra de las particularidades que posee el este ordenamiento en el marco del

sistema acusatorio que contribuye a que el modelo de carga probatoria aplicable sea estricto sensu la modalidad estática.

De lo que se trata la presunción de inocencia es de que el procesado sin importar la etapa en la que vaya el proceso, siempre se reputara como inocente de los delitos de los que se le acusa hasta tanto haya sentencia en firme que declare la responsabilidad penal, evento que solo tendrá lugar una vez la Fiscalía haya desplegado una actividad probatoria tal, que ha sido suficiente para demostrar la culpabilidad del procesado más allá de duda razonable.

Este concepto adquiere una relevancia fundamental en el tema de la carga de la prueba por que constituye en sí misma una regla de juicio en materia probatoria, que impone dos situaciones; de un lado fija las exigencias probatorias que es dable hacer a cada una de las partes en el proceso, y de otro lado impone un cierto nivel de satisfacción de la certeza de los hechos o lo que se conoce como el estándar probatorio, lo que repercute consecuentemente en la valoración de la prueba. Se analizaran las dos situaciones:

*c) Fijación de exigencias probatorias diversas a cada parte.*

A saber, el sistema acusatorio adversarial, sitúa de un lado a la Fiscalía en representación del Estado y de la víctima y de otro lado a la defensa en representación del procesado.

En las condiciones procesales que rodean un litigio en una área del derecho no penal, se parte de un presupuesto de igualdad en materia probatoria, las regla de juicio que le indica a las partes las responsabilidades probatorias que tiene origen en el proceso, en forma de cargas en pro de sus respectivos intereses, son similares y respectivamente están dirigidas a que una y otra parte obtengan del proceso las resultas deseadas.

En las condiciones procesales que impone el derecho penal la situación es muy diferente, hay unas exigencias con unos grados de complejidad diversas del proceso frente a las partes, se indicará el por qué, no sin antes expresar aunque perezca de sencilla deducción, en qué consiste tal diferenciación:

La presunción de inocencia sitúa en niveles de compromiso diferentes en cuento a la terea de probar a las partes, pues a la Fiscalía como ente de investigación y acusación le grava con la carga de demostrar la culpabilidad del procesado, mientras que a este le

exonera demostrar su inocencia, lo que conlleva a que la Fiscalía tenga una ardua labor probatoria y entre tanto la defensa y el procesado deban realizar una tarea mucho menor, e incluso puede no realizar ningún tipo de actividad probatoria de manera perfectamente viable y legítima, por lo que solo deberá entrar en actividad cuando de las pruebas de la fiscalía se pueda establecer sin lugar a dudas razonables la responsabilidad penal, de lo contrario, afirma la doctrina mayoritaria, con la inactividad bastara para evitar la condena.

Como puede apreciarse esta situación le da un viraje totalmente distinto al ejercicio de la defensa en el proceso penal en relación con otros escenarios jurídicos.

A este respecto hay que hacer la claridad de que la presunción de inocencia opera sin perjuicio del derecho que tiene la defensa de exponer su propia teoría del caso, desplegando una actividad probatoria ardua si lo quiere, pero insisto, válidamente podrá permanecer en inactividad a pesar de lo cual la presunción de inocencia dista de exonerar a la defensa de las cargas probatorias, pues en proceso penal, la carga probatoria de la defensa está supeditada de lo que la fiscalía vaya demostrando, aunque inicialmente la defensa tiene a su favor todo el confort que le proporciona estar amparado por la presunción de inocencia, eventualmente y conforme a lo que la Fiscalía logre acreditar le surgirán cargas que en el evento de no cumplirse, se producirá la consecuencia procesal a lugar, cual puede ser perfectamente la condena si con ello ha sido suficiente para que la culpabilidad se acredite más allá de toda duda razonable.

Evidentemente hay unas exigencias probatorias de diferente intensidad, entre la fiscalía y la defensa

***d) Naturaleza de la presunción de inocencia y sentido práctico en relación con el derecho de defensa.***

El término defensa hace referencia en un contexto general a un mecanismo de blindaje o protección al que apela alguien ante las agresiones externas. En el escenario jurídico, por excelencia el proceso judicial, la cuestión toma un viraje de similar tesitura. El proceso judicial es un escenario convocante de dos partes, pero gestado por una de ellas, que presentan entre si un conflicto de intereses originado en un hecho o relación que por su naturaleza tiene importancia jurídica. Por ello, constituye un campo de contradicción que implica la contienda de los intereses de cada una de las partes, las cuales mediante el uso de los recursos que la ley provee, propenden por dar merito a



sus pretensiones y por protegerlas, atacando de ese modo las de la parte contraria, dado que las resultas del proceso indudablemente conllevan a que el conflicto de intereses termine con el reconocimiento de los intereses de alguna de las partes en perjuicio de los de la otra. Aquí radica la importancia de que estas dispongan de la posibilidad de defenderse, pues de otro modo los intereses de alguna de las partes debatidos se verían arbitrariamente expuestos a la imposibilidad de prosperar.

Defenderse dentro de un proceso judicial o en cualquier actuación administrativa en la que se vean incursos los intereses de alguien es una garantía del debido proceso, otorgada a toda persona y la ley estipula que debe hacerse en condiciones iguales.

La corte constitucional ha definido el derecho de defensa como:

“(…) la oportunidad reconocida a toda persona, en el ámbito de cualquier proceso o actuación judicial o administrativa, de ser oída, de hacer valer las propias razones y argumentos, de controvertir, contradecir y objetar las pruebas en contra y de solicitar la práctica y evaluación de las que se estiman favorables, así como de ejercitar los recursos que la ley otorga<sup>7</sup>”

El derecho de defensa tiende a resguardar la libertad del individuo ante la posibilidad de que se le imponga indebidamente una restricción a sus derechos o intereses de cualquier orden. Entonces su esencia es la de blindar a las personas de una condena injusta, mediante la búsqueda de la verdad, a la que se arriba por antonomasia mediante la prueba. Las Partes en el proceso se defienden principalmente probando, sea el fundamento de hecho de sus pretensiones o de sus excepciones,- en el ámbito penal, el fundamento de los cargos o de los descargos- de modo que es fundamentalmente la prueba, el instrumento que permite la materialización del derecho de defensa sin desconocer que desde luego hay otros mecanismos que permiten que este derecho sea concretado y garantizado de forma amplia y efectiva.

En penal este derecho se ha visto reforzado para los procesados, dado que no es lo mismo una litis trabada entre dos particulares, que aquella surtida entre el aparato penal del Estado y un ciudadano. La presunción de inocencia es vista como una concesión garantista dada al procesado porque ha sido el producto de la conciencia de la humanidad respecto de la dignidad del hombre y de los derechos fundamentales, lo que indudablemente es cierto, sin embargo, un argumento más práctico se puede hallar en consideraciones de equidad pues la eventual privación a la libertad de un ciudadano no puede generarse, en ningún ordenamiento que se predique constitucionalizado, en

---

<sup>7</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-025/2009. Enero 27 de 2009. M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil. Referencia: Expediente D-7226.

condiciones desventajosas para aquel. La igualdad que se predica en materia penal entre las partes implica que la fiscalía compense su indiscutible superioridad institucional, asumiendo responsabilidades más altas dentro del proceso en relación con el ciudadano que está siendo procesado. De manera que bajo este entendido no existe una ventaja sino unas exigencias procesales de orden probatorio diversas, como medida en favor del procesado consistente en que a la fiscalía se le exija el despliegue de una actividad probatoria mayor, para procurar la igualdad real.

***e) Nivel de certeza o el estándar probatorio que impone el principio de presunción de inocencia.***

El principio de presunción de inocencia implica que un hecho, cual es la inocencia del procesado se estime como cierto, pese a ello la certeza de este es controvertible y desestimable. Toda la actividad de la Fiscalía está orientada precisamente al propósito de tumbar la presunción de inocencia que existe a favor del procesado. No obstante la susceptibilidad de desestimación que tiene el principio, en tanto presunción que es, debe desacreditarse de manera arrasadora e incuestionable, pues cualquier vestigio de duda que la fiscalía no logre disipar sobre la inocencia, genera que la presunción siga en firme y consecuentemente deberá la sentencia tener carácter absolutorio, es decir, favorable al procesado. Aquí viene a adherirse un concepto ligado a la presunción de inocencia, el principio del indubio pro reo consistente en que las dudas serán resueltas siempre a favor del procesado, existe no obstante un factor de juicio que merece ser analizado de entre lo que hasta el punto se ha dicho, se trata precisamente de la duda.

El artículo 7 del CPP reiteradamente recurrido en esta investigación, habla de que “Para proferir sentencia condenatoria deberá existir convencimiento de la responsabilidad penal del acusado, más allá de toda duda”

La exigencia de que el convencimiento construido por el juez vaya más allá de las dudas, es decir que las trascienda, es la medida a partir de la cual el juez puede condenar al procesado, de manera que se convierte en el estándar o patrón de medición del convencimiento logrado con la prueba, que es el que le indicara al juez como debe fallar. ¿Pero ese patrón como puede aplicarse a algo subjetivo como lo es el convencimiento? precisamente esta cuestión logra ser superada cuando el artículo 372 del mismo estatuto al anunciar el fin de la prueba, advierte que el conocimiento del juez debe ir mas allá de duda razonable, la razonabilidad que debe caracterizar a la duda le

da un sentido concreto y un referente objetivo de concreción al estándar, pues la duda de la que habla el artículo bajo comentario es una duda razonable, no cualquiera, sino aquella que este objetivamente fundada y no la que obedezca a un capricho o apreciación personal o concepto preelaborado del juez.

Finalmente, el artículo 381 también refiere a este asunto, planteando que:

Artículo 381: Conocimiento para condenar. Para condenar se requiere el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio.

## **V. VOCES A FAVOR DE LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LA CARGA DINÁMICA EN PENAL.**

### **1. Viabilidad a propósito del carácter adversarial del sistema acusatorio que impone a la defensa ser activa probatoriamente.**

Sala de casación penal de la Corte Suprema de Justicia desde 2008 ha venido construyendo una línea jurisprudencial en la que se afirma que en materia penal es necesaria la aplicación de los criterios de la carga dinámica de la prueba, y con base en ello ha resultado diversos casos sustentado en que a la defensa le caben exigencias probatorias toda vez que se está en curso de un proceso con carácter adversarial, como lo es el sistema penal acusatorio.

La Sentencia del 9 de abril del 2008 con ponencia del magistrado Espinoza Pérez constituye el hito de la aplicación de la teoría de la carga dinámica de la prueba en la jurisdicción ordinaria penal. Frente a la carga dinámica de la prueba dispuso que:

“A este efecto, la Corte estima necesario acudir al concepto de “carga dinámica de la prueba” que tiene relación con la exigencia que procesalmente cabe hacer a la parte que posee la prueba, para que la presente y pueda así cubrir los efectos que busca.

Porque, si bien, como ya se anotó, el principio de presunción de inocencia demanda del Estado demostrar los elementos suficientes para sustentar la solicitud de condena, no puede pasarse por alto que en los eventos en los cuales la Fiscalía cumple con la carga probatoria necesaria, allegando pruebas suficientes para determinar la existencia del delito y la participación que en el mismo tiene el acusado, si lo buscado es controvertir la validez o capacidad suasoria de esos elementos, es a la contraparte, dígase defensa o procesado, a quien corresponde entregar los elementos de juicio suficientes para soportar su pretensión.

Desde luego la Corte, conociendo el origen y aplicación de la teoría de la carga dinámica de la prueba, reconoce su muy limitada aplicación en el campo penal, pues, no se trata de variar el concepto ya arraigado de que es al Estado, por acción de la Fiscalía General de la Nación, a quien le compete demostrar todas las aristas necesarias para la determinación de responsabilidad penal.

Pero, dentro de criterios lógicos y racionales, es claro que existen elementos de juicio o medios probatorios que sólo se hallan a la mano del procesado o su defensor y, si estos pretenden ser utilizados por ellos a fin de demostrar circunstancias que controviertan las pruebas objetivas que en su contra ha recaudado el ente instructor, mal puede pedirse de éste conocer esos elementos o la forma de allegarse al proceso.

Por eso, el concepto de carga dinámica de la prueba así restrictivamente aplicado –no para que al procesado o a la defensa se le demande probar lo que compete al Estado, sino para desvirtuar lo ya probado por éste-, de ninguna manera repugna el concepto clásico de carga de la prueba en materia penal, ni mucho menos afecta derechos fundamentales del acusado. Simplemente pretende entronizar en el derecho penal criterios racionales y eminentemente lógicos respecto de las pretensiones de las partes y los medios necesarios para hacerlas valer.

Porque, debe relevarse, no se trata de que el Estado deponga su obligación de demostrar la existencia del hecho punible y la participación que en el mismo tenga el procesado, sino de hacer radicar en cabeza de éste el deber de ofrecer los elementos de juicio suficientes, si esa es su pretensión, para controvertir las pruebas que en tal sentido ha aportado el ente investigador”.<sup>8</sup>

Este mismo criterio ha sido adoptado para la casación 31103 del 27 de marzo del 2009, para la de 31147 del 13 de mayo del ese mismo año, con ponencia del mismo magistrado y para la sentencia del día 25 de mayo del 2011 con radicado 33660 y con ponencia del Dr. Fernando Alberto Castro Caballero.

**a) Casuística y casos concretos**

**1. 23754 del 09 de abril del 2008.**

El 5 de septiembre de 2002, en el Aeropuerto Internacional el Dorado de la ciudad de Bogotá, fue retenida la señora María Mercedes Gómez Gómez, cuando arribó procedente de la ciudad de Madrid (España), con ciento siete mil doscientos dólares (US \$ 107.200) en efectivo, camuflados en cajas de rollos de película para cámaras fotográficas, dinero que no había sido declarado ante la Dirección de Aduanas Nacionales.

Ante esto, fue acusada como posible autora responsable del concurso de delitos de enriquecimiento ilícito de particulares y lavado de activos.

En primera instancia la procesada María Mercedes Gómez Gómez fue absuelta del delito de enriquecimiento ilícito de particulares y la condenada como autora del punible de lavado de activos, la segunda instancia confirmó y adicionó el fallo del a quo.

Al amparo de la causal primera de casación, el defensor de esta procesada presenta un solo cargo contra la sentencia alegando la vía de la violación indirecta de la ley sustancial, pues advierte un error de hecho por falso juicio de existencia por suposición de la prueba, aduciendo que los juzgadores dieron por demostrado el origen ilícito de la divisa incautada a María Mercedes Gómez Gómez sin que obrara en el proceso elemento de convicción alguno que acredite ese origen, es decir, sin probarse

---

<sup>8</sup> Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 9 de abril de 2008 M.P Sigifredo Espinoza Pérez. Radicado 23754

que el dinero incautado fue producto de alguna de las actividades delictivas referidas en el artículo 323 del Código Penal.

La Corte decide no casar la condena por lavado de activos solicitada por la defensa, bajo las siguientes consideraciones:

De cara al lavado de activos, asevera el Alto Tribunal que no es necesario que haya una sentencia condenatoria previa referida a los actos ilegales que dan origen a los activos. Sólo basta con que no se demuestre legítimamente por parte del procesado, la tenencia legal de dichos bienes.

Además se afirma que “...la actividad ilegal subyacente [al lavado de activos] sólo requiere de una inferencia lógica que la fundamente...”.

Con ello se puede afirmar que el tipo se estructura con la no demostración del origen legal de los bienes, Insiste la corte en la manifestado en un pronunciamiento anterior en el sentido de que

“(...) la imputación por lavado de activos es autónoma e independiente de cualquier otra conducta punible y para fundamentar la imputación y la sentencia basta que se acredite la existencia de la conducta punible subyacente a título de mera inferencia por la libertad probatoria que marca el sistema penal colombiano.”

## **2. 31103 del 27 de marzo del 2009**

En la vereda La Palma, zona rural del corregimiento San Cristóbal de la ciudad de Medellín, residían los esposos JCP y LMM, conjuntamente con sus menores hijos Y, J. y E.

Dentro de ese entorno, para mediados del año 2006, JCP, aprovechando que su esposa no se hallaba en la vivienda, dadas sus ocupaciones laborales, comenzó a realizar vejámenes físicos y sexuales en contra de Y..., que incluyeron golpes, amenazas con arma de fuego y acceso carnal por vía anal. Ello se prolongó hasta el mes de octubre de ese año, cuando la víctima, pese a la incredulidad de su madre, dio noticia de lo ocurrido a una tía suya, quien puso en conocimiento de las autoridades esos hechos.

La fiscalía formuló acusación, acceso carnal violento agravado, e incesto ambos bajo la figura del concurso homogéneo sucesivo.

La sentencia de primera instancia lo advierte responsable penalmente y desde luego es condenatoria; en segunda instancia, se revocó tal fallo y en su lugar absolvió al procesado, en seguimiento del principio In Dubio Pro Reo.

Se recurre la sentencia en sede de casación acusándola el sensor de violar indirectamente una norma sustancial, por desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba. Pues para absolver al procesado, se basó únicamente en que se dejó de practicar una prueba especializada que permitiría conocer si éste padecía de sífilis y, en consecuencia, determinar si era el la persona que a través del acceso carnal violento atribuido, contagió a la víctima.

“Entiende la demandante que incurrió la segunda instancia en un presunto yerro del falso juicio de identidad. Para el efecto, destaca cómo expresamente en la sentencia se advierte que un paciente contagiado de sífilis, si se somete a un tratamiento con antibióticos puede arrojar resultado negativo en la prueba de serología, precisamente la practicada al procesado” “... Así mismo refiere la sala que cuando el funcionario judicial exige que determinado hecho o circunstancia, únicamente pueda ser probado, valga el ejemplo, con medios científicos o técnicos, sin que la ley expresamente lo reclame así, está pasando por alto ese principio fundante (el de libertad probatoria) y a la vez imponiendo a la parte una carga ajena a su deber probatorio”<sup>9</sup>. La aclaración entre paréntesis es por fuera del texto.

A lo que suma que existía amplia y suficiente prueba testimonial, recabada en el juicio oral, que refiere al acusado efectivamente padeciendo la enfermedad venérea en cita y que ello no fue apreciado por el tribunal en la forma debida.

Finalmente la corte resuelve casar la sentencia y confirmar condena. En atención a que:

Los testimonios a los que refiere el demandante debían ser valorados como prueba directa teniendo tal calidad ,el contenido de los testimonios se estimó como probado, y con ello el hecho de que el procesado era portador de la enfermedad venérea y consecuentemente había una prueba fuerte que lo señala en calidad de autor del delito, estima la corte que correspondía a la defensa desvirtuar lo probado por la fiscalía y no lo hizo, teniendo la posibilidad de aportar la prueba científica confiable que desestimaría lo probado.

### ***3. Consideraciones jurisprudenciales generales de la sala de casación penal***

En un contexto general de la consideraciones jurisprudenciales podemos concluir con dos precisos aportes que resumen los razonamientos antes lo cuales se ha aplicada la carga dinámica de la prueba en materia penal, el primero de sustraído de la sentencia del 27 de marzo del 2009 y el otro de la del 5 de mayo del 2011 ya citadas.

“La carga de la prueba en el campo penal como manifestación del principio de presunción de inocencia y del derecho a la igualdad, no se torna absoluta como para que se avale la actitud pasiva de la parte acusada, pues en situaciones en las que emerge una dificultad en la parte acusadora

---

<sup>9</sup> Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 27 de mayo del 2009 M.P Sigifredo Espinoza Pérez. Radicado 31103

para probar determinado hecho, pero la parte acusada cuenta con la facilidad de aportar el medio necesario para ello, siempre que beneficie sus intereses, se hace necesario restablecer el equilibrio en procura que la prueba de la circunstancia controvertida, sea aportada por la parte que puede acceder al medio de convicción. Es lo que se conoce como la categoría de carga dinámica de la prueba, inicialmente desarrollada en el derecho privado, pero ahora aplicable al derecho penal sin que se transgreda la presunción de inocencia.”

No sobra recalcar que el concepto de carga dinámica de la prueba opera de manera asaz restringida, dado que el sistema penal consagra límites precisos para su aplicación, en atención a esa obligación estatal de derribar la presunción de inocencia erigida como imperativo constitucional a favor del procesado. Ha sido esa la razón para que el instituto haya tenido desarrollo en áreas eminentemente privadas del derecho, como las que competen a la rama comercial o administrativa y solo en eventos puntualísimos, como se dijo, pueda tener operancia en el campo probatorio penal.

## **VI. DETRACTORES DE LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LAS CARGAS PROBATORIAS DINÁMICAS EN EL DERECHO PENAL**

### **1. La inconstitucionalidad de la carga dinámica de la prueba en materia penal**

Como es natural, ha generado numerosos debates acerca su validez constitucional, se ha tildado la aplicación de la carga dinámica de la prueba en materia penal como violatoria del precepto constitucional de debido proceso por trasgredir varias de sus contenidos.

Así se estima lesivo del principio de presunción de inocencia y del derecho de defensa principalmente

### **2. Constituye la forma de suplir las investigaciones deficientes de la Fiscalía.**

### **3. Su aplicación ha sido muestra de arbitrariedad judicial y de desconocimiento de la ley**

Como reacción a la aplicación que la carga dinámica de la prueba ha tenido por la vía jurisprudencial por la sala de casación penal hay quien afirman esto constituye un uso indebido e impropio de la discrecionalidad judicial que si bien es legítima y necesaria encuentra sus límites en los contenidos esenciales de la constitución. De manera que ha sido abusiva de las facultades judiciales la aplicación por la corte y aval por la corte de esta teoría en materia penal.

## VII. CONCLUSIONES

La carga de la prueba es una noción procesal que implica una regla de juicio que le indica a las partes ya no la autorresponsabilidad de que aparezcan demostrados los hechos que sirven de sustento a la norma jurídica cuya aplicación invocan, dado que la noción así entendida se circunscribe a la mera acepción de la carga de la prueba estática; sino, la responsabilidad que tienen para que los hechos que sirven de sustento a las normas jurídicas cuya aplicación se reclaman en el proceso, aparezcan demostrados o desvirtuados y que, además, le indica al juez cómo debe fallar a la luz del acervo probatorio constituido. Entendiendo que este concepto también incluye la noción de carga de la prueba en su modalidad dinámica.

La carga dinámica de la prueba por su parte es una regla de juicio a través de la cual el juez puede distribuir entre las partes la responsabilidad en forma de carga, de probar los hechos en atención a las particularidades de cada caso y fijar tal responsabilidad a la parte a la que le quede más fácil acreditar el hecho por estar en mejores condiciones para hacerlo, en contraste con la extrema dificultad en la que se halla la contraparte.

Con la entrada en vigencia de la ley 1564 del 2012 se establece la modalidad de carga probatoria dinámica en el ordenamiento jurídico colombiano de lleno, como un intento de la nueva legislación por coadyuvar en la materialización del derecho a la tutela judicial efectiva. Este presupuesto, constituye junto con la obtención de la igualdad real y material entre las partes, el sustento jurídico y axiológico para que la figura de la carga de la prueba dinámica se haya hecho un lugar en la ley.

No obstante lo anterior, esta teoría ha sido de más antigua data en el ordenamiento jurídico colombiano en virtud de la carrera que ha hecho por la vía jurisprudencial, en la cual ya ha sido aplicada por Consejo de Estado, la Corte Suprema de Justicia e incluso la corte constitucional con anterioridad

La aplicación la regla de carga dinámica de la prueba, ha traído desde siempre y en todos los ámbitos del derecho algunas objeciones, no obstante ningunas tan fuertes como las que ha encontrado tratándose del derecho penal. Este ha sido un área del derecho categóricamente compleja en punto de la aceptación de la aplicación de los presupuestos de esta modalidad de carga probatoria, pues sus implicaciones teóricas y



prácticas presentan fuertes pugnas con la dogmática del derecho penal y desde luego con sus principios fundantes.

El concepto de presunción de inocencia bastante analizado a lo largo de la investigación adquiere una relevancia fundamental en el tema de la carga de la prueba porque constituye de un lado, una regla de juicio en virtud de la cual se le fija a la fiscalía la exigencia de que demuestre la culpabilidad del procesado y a este por su parte se le exonera de demostrar su inocencia; por otra parte impone un patrón de satisfacción del convencimiento que debe tener el juez, por lo cual reporta tiene influencia directa en la valoración probatoria.

Con la aplicación de la carga de la prueba en el derecho penal se ha entendido que la presunción de inocencia dista de exonerar a la defensa de las cargas probatorias, pues en proceso penal, la carga probatoria de la defensa está supeditada a lo que la fiscalía vaya demostrando. Aunque inicialmente la defensa tiene a su favor todo el confort que le proporciona que el procesado tenga amparo en la presunción de inocencia, eventualmente y conforme a lo que la fiscalía logre acreditar le surgirán cargas que en el evento de no cumplirse, producirán la consecuencia procesal a lugar, situación que hace viable la condena penal por la inactividad probatoria de la defensa.

Lo que las teorías modifican es la diferenciación en la actividad de la defensa respecto de la fiscalía y cierra un poco la brecha existente, no en el sentido de descargar a la fiscalía de su compromiso investigativo- aunque algunos afirman que si- sino fijando responsabilidades más altas a la defensa, cuando existen casos que por su naturaleza son de difícil resolución a la luz de los presupuestos que tradicionalmente han regido al derecho penal en el tema de carga de la prueba.

En orden a lo anterior, aunque la defensa puede no ejercitar actividad probatoria viable y legítimamente a la luz de la ley, y abandonar el Estado de inactividad cuando de las pruebas de la fiscalía se pueda establecer objetiva y razonablemente la responsabilidad penal, y cuando no se acredite ello, con la inactividad bastara para evitar la condena.

En presencia de la teoría de la carga de la prueba dinámica de la prueba, el silencio, la pasividad o la inactividad de la defensa aunque es un comportamiento reitero, legítimo, se viabiliza la exigencia progresiva de su actividad, máxime cuando:

“el nuevo sistema impone a la defensa una actitud diligente en la recolección de los elementos de convicción a su alcance, pues ante el decaimiento del deber de recolección de pruebas exculporias a cargo de la Fiscalía, fruto de la índole adversativa del proceso penal, la defensa está en el deber de recaudar por cuenta propia el material probatorio de descargo. El nuevo modelo supera de este modo la presencia pasiva del procesado penal, comprometiéndolo con la investigación de lo que le resulte favorable”. C-1194/2005

\* \* \* \* \*

## Tatiana de Francisco López

Juez Sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Galicia. Socia de la FICP.

### ~La imputación personal desde distintas perspectivas~

#### I. DELITO Y CONSECUENCIAS.

DELITO Y PENA: El instrumento tradicional de reacción frente al delito ha sido la pena. Con fundamento en las ideas de la Escuela Clásica sólo con ella era lícito y posible reaccionar en contra del delito. Esta Escuela sostenía la denominada teoría absoluta de la pena, en virtud de la cual su fundamento ha de encontrarse en el delito cometido: se impone porque se ha cometido un delito y frente al delito, que es un mal, se reacciona con otro mal, que es la pena<sup>1</sup>

Existen numerosas y muy diversas nociones de delito. El derecho penal se sirve de un concepto formal y normativo, impuesto por exigencias ineludibles de legalidad y seguridad jurídica: Delito es toda conducta prevista en la ley penal y sólo aquella que la ley penal castiga -GARÓFALO ha definido el delito “natural” como una lesión de aquella parte del sentido moral que consiste en los sentimientos altruistas fundamentales según la medida media en que se encuentran en las razas humanas superiores, cuya medida es necesaria para la adaptación del individuo a la sociedad”-<sup>2</sup>.

La principal consecuencia la consideración de la pena, como retribución del mal uso de la libertad y como afirmación del derecho<sup>3</sup>, es que, en ningún caso, debe perseguir fines útiles de prevención del delito, ya que de ser así se vulneraría la dignidad humana. Primero, porque aplicando penas al que ha delinquirido para que no vuelva a hacerlo, vendría a tratarse al hombre de la misma forma que se trata a un animal. Y, segundo, porque aplicando penas al que ha delinquirido para que no delinca los demás, se sacrificaría al individuo en favor de la generalidad.

Entre tanto, a finales del siglo XIX aparece la Escuela Positiva, que sostiene una teoría relativa de la pena y no la teoría absoluta defendida hasta el momento. La teoría

---

<sup>1</sup> LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: Derecho Penal. Parte General. Tomo III. Las consecuencias jurídicas del delito, Gaceta Jurídica, S. A., Lima (Perú), 2004, p. 28.

<sup>2</sup> BACIGALUPO ZAPATER, E.: El sistema de la teoría del delito en el siglo XXI, en: Derecho penal del siglo XXI (dir. Mir Puig, S.), Cuadernos de Derecho Judicial, VIII-2007, Consejo General del Poder Judicial, p. 193.

<sup>3</sup> ZUGALDÍA ESPINAR, J. M.: Fundamentos de Derecho Penal. Parte General. Las teorías de la pena y de la ley penal (Introducción teórico-práctica a sus problemas básicos), Tirant Lo Blanch, Valencia, 1993, pp. 138 y 139.

relativa de la pena considera que la legitimación de la pena se encuentra en las finalidades que pueden obtenerse con su imposición. Encontrando por tanto, la justificación de la pena, no en sí misma, sino que se justifica por un elemento externo a ella: la obtención de un fin útil, que es la prevención de delitos futuros. Ya no se trata de buscar con la pena la justicia, como valor absoluto, sino de admitir que con ella se obtienen y persiguen fines relativos: la protección de la sociedad evitando la criminalidad<sup>4</sup>

La expresión “Nullum crimen sine poena” se vincula al Derecho Penal autoritario<sup>5</sup>, inspirada en la idea de que ningún delito debe quedar impune. Según ello habría que prescindir de las garantías formales vinculadas al principio de legalidad cuando éstas se opusieran a la sanción de una conducta que se considerara materialmente merecedora de pena.

Tras la caída de los totalitarismos, tanto la idea de “Nullum crimen sine poena”, como las consecuencias que se asocian a ella permanecieron en un relativo segundo plano. En cambio en los últimos años, han aparecido dos doctrinas que podrían guardar proximidad con la idea de “Nullum crimen sine poena”. Son por un lado, la doctrina de la lucha contra la impunidad o de “impunidad cero”, y por otro la doctrina del “derecho de la víctima al castigo del autor”. Ambas doctrinas persiguen el castigo del delito, sirviendo la segunda de las doctrinas de extensa opinión doctrinal en derecho comparado, al recaer en la víctima cierto poder sobre el ejercicio del “ius puniendi”, mediante la renuncia a la persecución de ciertos delitos que requieren iniciativa de parte y mediante el recurso al perdón de presuntos delitos sobre los que ya pende un proceso penal.

La finalidad de la pena viene definida en el artículo 25.2 de la Constitución Española donde dice:

... "Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad."...

<sup>4</sup> LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: Derecho Penal..., 2004, p. 40.

<sup>5</sup> SCHMITT: Nationalsozialismus und Rechtsstaat, p. 713 y ss: “a este enunciado liberal “nulla poena sine lege” le contrapongo el enunciado “nullum crimen sine poena”; MAGGIORE “Diritto penale totalitario nello Statu totalitario” pp. 140 y ss.

En los mismos términos se pronuncia la Ley Orgánica General Penitenciaria de 1979 en su artículo primero que dice así:

... "Las Instituciones penitenciarias reguladas en la presente Ley tienen como fin primordial la reeducación y la reinserción social de los sentenciados a penas y medidas penales privativas de libertad, así como la retención y custodia de detenidos, presos y penados. Igualmente tienen a su cargo una labor asistencial y de ayuda para internos y liberados."...

Los ordenamientos jurídicos de otros países europeos como Italia o Alemania, Schuller Springorum (1989), se manifiestan en términos parecidos, todos ellos tendentes a la idea de que la pena privativa de libertad sirva al delincuente para que en el futuro lleve una vida sin delitos (resocialización del penado). Cabe citar en este sentido los trabajos de MUÑOZ-CONDE, BERGALLI, BUSTOS, MAPELLI, BERISTAIN, etc.

## **II. LA IMPUTACIÓN. ELEMENTOS DEL DELITO**

La introducción del art. 775 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim), operada por la reforma de la Ley 38/2002 (reforma parcial), constituyó un hito procesal en la identificación de un verdadero estatuto del inculpado en nuestro proceso, al incorporar un programa de condiciones que afectan no tanto a una tipología procedimental concreta sino a los principios estructurales que sirven para medir la adecuación del modelo procesal dado al paradigma garantista del proceso penal que se deriva del art. 24 de la Constitución Española (CE) y art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH).

En este sentido, no cabe negar que el legislador de la reforma del 2002, a diferencia del legislador de la anterior reforma de 1988 de la LECrim, ha pretendido, con mayor o menor fortuna, establecer determinadas garantías efectivas de los derechos de contradicción y defensa mediante el aseguramiento, por un lado, del inmediato acceso a la causa de la persona Imputada y, por otro, de su asistencia letrada, con indiscutible voluntad aplicativa general.

El art. 775 LECrim, entre sus objetivos regulativos, pretendió modalizar tanto el acceso del imputado y la constitución del estatus de imputación, como las condiciones materiales del ejercicio del derecho de asistencia letrada, estableciendo, por un lado, un deber positivo del órgano jurisdiccional de informar al imputado de los hechos por los que es sometido al proceso y un deber del secretario judicial de informar de los derechos que le asisten y, por otro, un deber, también jurisdiccional, de garantizar que, con carácter previo a la toma de la declaración judicial al imputado, éste puede disponer

de un espacio de entrevista o contacto reservado con su letrado que le permita preparar adecuadamente su estrategia defensiva<sup>6</sup>.

Al tiempo que se asegura el complejo de derechos de defensa y de participación del imputado, la información sobre los hechos de la imputación cumple también la función de delimitar el objeto del proceso, constituyendo un límite contra la inquisición general. El legislador mediante el establecimiento de las cargas de información distribuidas entre los diferentes órganos y funcionarios a los que se refiere el art. 775 LEcrim, tanto de los hechos de la imputación como de los derechos de los que goza el imputado, derivados de tal situación, pretende satisfacer un buen número de objetivos: el aseguramiento de los derechos de defensa y de participación del imputado en el proceso que se sigue en su contra; la información transmitida en la primera comparecencia se convierte en condición para el efectivo sometimiento del imputado al proceso, la base sobre la que se constituye el estatus de imputación; los hechos transmitidos sirven para delimitar desde el mismo inicio de las actuaciones, el objeto del proceso.

Por tanto el concepto de imputación podrá manejarse en dos sentidos diferentes, en un sentido amplio, *-La imputación existe desde que se comunica a un sujeto (desde que se admite a trámite la demanda o la querrela, desde que sea objeto de detención o de cualquier medida cautelar). Cualquier actuación que suponga atribución con cierto fundamento en relación con la comisión de un hecho. Esto conlleva una serie de consecuencias pues desde que se admite a trámite existirá la obligación de practicar diligencias destinadas al esclarecimiento de los hechos o desde la detención se proyectarán todos los derechos de defensa-*. Y en un sentido estricto, *-Se alude a situaciones diferentes, pues no hablamos de atribución más o menos fundada sino que hablamos de una clara incriminación por apreciarse indicios racionales de criminalidad en contra de una persona. A partir de esta clara incriminación se produce una confirmación de su condición de parte. La imputación en sentido estricto tiene su expresión en el llamado procesamiento-*.

---

<sup>6</sup> Caso Pélissier y Sassi contra Francia, de 25 de marzo de 1999, existe un ligamen entre los contenidos de las letras a) y b) del art. 6 párrafo 3.º 1 CEDH por lo que el derecho a ser informado sobre la naturaleza y la causa de la acusación debe ser visto a la luz del derecho del acusado a preparar su defensa, y éste en conexión con el derecho a la asistencia letrada que se contempla también en la letra c) del referido apartado –STEDH, Caso Göç contra Turquía, de 9 de noviembre de 2000.

El procesamiento se sustenta en resolución judicial en forma de auto. Es solo específico del procedimiento ordinario por delitos graves. En el resto de procedimientos no existe imputación en sentido estricto en el sentido de procesamiento. La imputación en sentido estricto se sustenta en resolución judicial en forma de auto que se vierte únicamente en el procedimiento ordinario por delitos graves y en virtud de la cual se declara procesada a una determinada persona. El auto puede producirse en un momento temprano del sumario porque ya en el inicio consten gran cantidad de indicios o que finalice sin auto de procesamiento. Una vez dictado el auto, éste podrá ser alzado porque fruto de la investigación podrán surgir evidencias que aniquilen los indicios racionales de criminalidad con base a los cuales se acordó el procesamiento, no supone certeza pero sí indicios suficientes para que conforme a derecho se produzca la imputación. El TC ha establecido que deberá suponer más que una posibilidad y menos que una certeza. Así, cuando el juez condena es porque tiene la certeza.

A medio camino entre la admisión a trámite de denuncia o querrela y la certeza de la condena se encuentra el procesamiento. Es una imputación formal y provisional de criminalidad. Efectos del auto de procesamiento: 1. Robustecimiento de la condición de parte del sujeto; 2. Posibilita la adopción de medidas cautelares de carácter personal y real; 3. Asistencia letrada exigida de forma preceptiva. Dicho derecho existe desde la detención pero desde el procesamiento es obligatoria. Si la parte no lo nombra lo hará el tribunal de oficio, lo que no quiere decir que nos vaya a salir gratis pues eso sólo será así cuando reunamos los requisitos establecidos para la justicia gratuita.; 4. Suspensión de cargos públicos; 5. Suspensión en las funciones judiciales (notarios...); 6. Deber de comunicación a las instituciones a las que pertenezcan los procesados (Dirección general del registro notarial...).

El objeto del proceso penal viene determinado por el hecho atribuido a un determinado sujeto. Los escritos de calificación sirven para determinar el objeto penal, el hecho y el sujeto pero no afectan a la calificación jurídica.

Atendida la conceptualización delictiva y penal de forma genérica, haré hincapié en dos clases de imputados, que por su condición y circunstancia dentro de la sociedad son más vulnerables, el imputado peligroso, el extranjero y el menor de edad penal.

### III. EL IMPUTADO EXTRANJERO

En el marco de la relación jurídica establecida entre la Administración y el, imputado, penado o recluso, la condición de extranjero no supone ninguna diferencia con respecto a la de ciudadano español, como no podía ser de otra manera. Así, las normas internacionales, entre ellas el CEDH, que recoge expresamente las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Detenidos del Consejo de Europa, en la número 5.1 dice:

"No debe hacerse diferencia de tratamiento fundado principalmente en la raza, el color, el sexo, la lengua, la religión, la opinión política o cualquier otra opinión, el origen nacional, o social, la fortuna, el nacimiento o cualquier otra situación". La Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria (LOGP) recibe este principio de no discriminación en el art. 3 cuando declara que: "La actividad penitenciaria se ejercerá respetando, en todo caso, la personalidad humana de los reclusos y los derechos e intereses jurídicos de los mismos no afectados por la condena, sin establecerse diferencia alguna por razón de raza, opiniones políticas, creencias religiosas, condición social o cualesquiera otras circunstancias de análoga naturaleza".

La primera especialidad que podemos encontrar en el supuesto de que en la causa existan imputados extranjeros es el del idioma. Al respecto el Tribunal Supremo se ha pronunciado en el sentido de que la asistencia de intérprete al detenido e imputado se enmarca dentro de los derechos esenciales del art 520.2.b de la LECrim: toda persona detenida tiene derecho a ser asistida gratuitamente por un intérprete cuando se trate de un extranjero que no comprenda o no hable el castellano. Ahora bien, el que ese elenco de derechos sea reconocido de forma tajante, no implica que en todo caso y necesariamente hayan de ser proporcionados, pues, de todos los que se proclaman en el precepto citado, el 'único que resulta irrenunciable es el de la asistencia letrada; en el caso de que al detenido se le tome manifestación sin la presencia de dicho profesional puede conllevar la nulidad de lo actuado, porque el art. 520. 2. LECrim prevé el supuesto de que se renuncie a ese derecho en cuyo caso las autoridades bajo cuya custodia se encuentra el detenido procederán a asignarle uno del turno de oficio. Efectivamente, pese a tener derecho a guardar silencio y a no autoinculparse, el detenido puede narrar una verdad material en la que se encuentre como partícipe de un delito; pese a presentar dolores menores o heridas livianas, puede renunciar a ser asistido por un médico; igualmente puede renunciar a que se informe de su detención a una tercera persona por carecer de interés en que se efectúe esa comunicación.

Aparte de esta limitación natural derivada de su carácter de derechos o facultades del detenido y no de imperativos de la administración que se entiende



con él, el derecho a la asistencia del intérprete tiene otro tipo de limitaciones, cuales son las establecidas en el propio precepto que sienta el derecho: que se trate de una persona extranjera que no comprenda o no hable el castellano. Es evidente que el ejercicio de ese derecho se reserva a extranjeros porque la ley parte de una presunción de que el ciudadano español habla el castellano y lo comprende; y, además, lo limita a las situaciones de incomprensión por no comprender o no hablar porque si ocurre lo contrario, es decir, se entiende y se habla, lo natural es expresarse en uno de los idiomas oficiales del país donde se ha llevado a cabo la detención.

Ello, no obsta, a una interpretación amplia del precepto, en el sentido de que tanto si se comprueba la existencia de españoles que bien se desenvuelven en una lengua oficial diferente al castellano, bien carecen de los conocimientos propios del idioma por circunstancias varias, como si el entendimiento del extranjero pese a ser posible resulta complicado por la carencia de vocabulario, se les otorgue sin traba alguna el derecho a esa asistencia. Además, y por último, no se puede olvidar que la asistencia de intérprete goza de una segunda vertiente o lectura, pues mal se puede lograr el entendimiento entre los agentes policiales y el detenido o entre el Juez Instructor y el detenido si no existe un idioma en el que lograr la comprensión. Por ello puede afirmarse sin lugar a dudas que la asistencia de intérprete se conforma también como una necesidad de la administración de justicia para sentar las vías de comunicación con detenidos e imputados.

En suma, para que se designe un intérprete que auxilie o intermedie entre las autoridades españolas y el detenido que entiende y habla el castellano, con las imperfecciones que se quiera, es preciso que quien ostenta el derecho haga uso de él, o, incluso, el Instructor considere necesaria esa asistencia por ser la comprensión imposible - si no concurren ni uno ni otro caso -, pese a la naturaleza de extranjero del detenido su declaración podrá perfectamente ser llevada a cabo en castellano.

En cuanto al tiempo en que el intérprete debe comparecer a asistir al imputado, la STS de 6 de marzo de 2003, señala (*en un supuesto de registro de equipajes en la aduana por agentes policiales*) que no es necesaria para la apertura del paquete la presencia de Abogado, incluso después de practicada la detención, dada la limitación de la preceptiva intervención, contraída exclusivamente a las diligencias de declaración y reconocimiento (art. 520 LECrim.). La policía no debe dejar de practicar las diligencias urgentes y las demás que procedan que la ley le impone en la averiguación y

descubrimiento del delito y detención del delincuente, así como la intervención de los efectos y pruebas del delito descubierto (arts. 282 LECrim. y 11.1 g de la Ley Orgánica núm. 2 de la Ley de Cuerpos y Fuerzas de la Seguridad del Estado).

La STS de 5 de febrero de 2003, analiza un supuesto en que se alega por la defensa del imputado la falta de lectura de los derechos en el idioma del detenido en el supuesto de un control aleatorio de vehículos:

Existió un primer momento, en que por circunstancias aleatorias del caso surgieron sospechas fundadas de que el vehículo conducido por el acusado pudiera transportar alguna sustancia de ilícito comercio, por cuya razón, se leen sus derechos de forma oral y a prevención (todavía no existe nada -:- que imputar y sí diligencias policiales a practicar) y son trasladados el vehículo y los ocupantes del mismo (conductor, ahora recurrente, y acompañante, absuelto en la instancia), a las dependencias policiales, donde disponían de medios, para desmontar la parte del coche que los perros policías detectaron como encubridora de algún producto, que por su hermético almacenaje, infundía sospechas de ser droga. En sede policial y a presencia de los usuarios del turismo se extraen de las taloneras o bajos de las puertas las pastillas allí guardadas (M.D.M.A.: éxtasis). A partir de ese momento, ya se produce la lectura de derechos, con intérprete y presencia de Abogado, dando la oportunidad de no declarar. Hasta el momento, todavía podían haber resultado fallidas las sospechas y pudo no proseguir la investigación, con la consiguiente puesta en libertad de los dos sospechosos. Matizados tales extremos en el desarrollo de las incidencias primeras de la investigación policial, la protesta que encierra el motivo decae. Así, en un principio, la inicial lectura de derechos a la salida de la autopista de Vallcarca (Vilanova i la Geltrú), se hace al recurrente a través de su acompañante, por saber o conocer el idioma castellano. Así lo declara en el plenario el impugnante, como puede comprobarse en el acta del juicio oral pero, aunque no se diera esa casual circunstancia, lo que no puede hacer la policía, es comunicar la detención con intérprete, si en ese momento y lugar no existían, lo que hacía imposible, por razones de fuerza mayor, cumplir con el requisito exigido. Cuando nuestra Constitución y leyes procesales utilizan la expresión «de forma inmediata», debemos entenderle en el sentido de que, es tanto como hacerlo lo más pronto posible, dentro del despliegue de la mayor diligencia de la fuerza actuante, como así se hizo. Las diligencias policiales que se hicieron son las que imperativamente y por encima de lo que puedan entender o no los afectados, debe practicar con urgencia la policía judicial en cumplimiento de su deber de investigar eficazmente los delitos, detener a sus autores e intervenir y custodiar los objetos y efectos provenientes del mismo.”

Por último, la STS de 11 de julio de 2001, analiza el supuesto de un acusado que negándose a declarar, asistido de Letrado, alega en el recurso indefensión por desconocimiento del idioma español, entendiéndose el Tribunal Supremo que dicha indefensión no se produce ya que el acusado, so pretexto de que no tenía intérprete de yugoslavo hizo uso de su derecho constitucional de no declarar, habiendo ejercitado su Letrado la defensa de sus intereses, interrogando a testigos y peritos y sin que hiciera, constar ni queja ni protesta alguna ante la inexistencia de intérprete yugoslavo. Y no podía ser de otra manera ya que el recurrente estaba asistido de intérprete del mismo idioma en el que había declarado en la instrucción de la causa, sin que pueda olvidarse que llevaba bastante tiempo en España, que escribió en español cartas al Tribunal y que la última palabra igualmente la expresó en español. La solicitud que hizo de intérprete en yugoslavo no podía tener otro alcance que dilatar el momento del enjuiciamiento,

estimando el Tribunal de instancia que se le ofrecían los medios de traducción adecuados para poder expresarse y contestar a las preguntas que se le hicieran, independientemente de su conocimiento del español.

Cuando el ciudadano extranjero es detenido y pasa a presencia judicial, en el momento de calibrar la puesta en libertad o elevación a prisión provisional, la cualidad de extranjero puede servir de fundamento como uno de los fines de dicha medida cautelar, contemplados en el art.503.3º.a) LECrim, asegurar su presencia durante el procedimiento, evitando riesgo de fuga.

Toda la doctrina constitucional, sobre los fines de la prisión provisional, son asimismo aplicables en las solicitudes de internamiento de extranjeros sometidos a procedimiento administrativo de expulsión: necesariamente hay que calibrar el riesgo de fuga, que conllevaría la dificultad de ejecutar en su caso el decreto de expulsión, y ver las posibilidades de sustituir el internamiento por otra medida menos gravosa, debiendo calibrar las concretas circunstancias del expediente administrativo de expulsión, esto es, si el expediente está únicamente iniciado, si el mismo ya ha sido resuelto, si la resolución de expulsión es firme o se encuentra pendiente de recurso contencioso-administrativo.

En el caso de que el imputado extranjero se encuentre en libertad, ya por no haber sido - puesto a disposición judicial en calidad de detenido, ya una vez prestada declaración ante el Juzgado de Instrucción, haya quedado en libertad , y -tras hacer las averiguaciones de domicilio, resulte que :carezca de domicilio conocido en España, procede distinguir dos supuestos posibles:

1.- si el extranjero no es nacional de uno de los países de la U.E. : La extradición. El mecanismo de la extradición , basado en idea de la soberanía sobre el territorio y protección de los nacionales, - se empieza a flexibilizar con la tarea realizada por el Consejo de Europa y que se plasma en el Convenio Europeo de Asistencia Judicial en materia penal, Convenio de 20 de abril de 1959, firmado en Estrasburgo y ratificado por España el 18 de agosto de 1982 y en vigor el 16 de noviembre de 1982 . Dentro de Naciones Unidas (UN) se adoptaron en el año 1990, una serie de medidas sobre cooperación internacional en materia de prevención de delitos y de procedimiento penal (RESOLUCION 45/107), un modelo de extradición (RESOLUCION 45/116), un modelo sobre asistencia mutua en materia penal (RESOLUCION 45/117) y un modelo de tratado sobre traspaso de causas penales (RESOLUCION 45/118).

En materia de derecho penal, tenemos la Carta de París de 1990 y Acta de Moscú de 3 de octubre de 1991: son tratados cooperación que parten de principios generales comunes en materia de derecho penal, tales como los de igualdad ante la ley, legalidad de las penas, derecho a un juicio justo, presunción de inocencia y derecho recurso ante un tribunal superior.

Con carácter regional y de especial fuerza, se inicia en el año 1977, a propuesta francesa, el Primer Convenio europeo, Acuerdo de Dublín de 1979 para la prevención y represión del terrorismo, si bien en marco de cooperación política y no marco institucional comunitario.

El siguiente paso lo constituye el Tratado de la Unión Europea, Maastrich de 7 de febrero de 1992, entrada en vigor el 1 de noviembre de 1993 piedra angular en este ámbito de cooperación es el Acuerdo de Schenghen relativo a la supresión de controles de fronteras comunes, 14 de junio de 1985 y convenio de aplicación Shenghen de 19 de junio de 1990 con entrada en vigor 26 de marzo de 1995 (introduce persecución en caliente, posibilidad de comisiones rogatorias directamente entre autoridades judiciales, posibilidad de notificación por correo, incluso sin traducción)

2.- En el supuesto de que el extranjero sea nacional de un país miembro de la U.E., contamos con un instrumento innovador : la Orden europea de detención y entrega.

Es en el ámbito de las situaciones que pueden dar lugar a la excarcelación, bien temporal, bien definitiva, de internos extranjeros y, excepcionalmente, de españoles con residencia habitual en un país extranjero, donde se producen las diferencias más importantes con respecto al resto de reclusos destacan las siguientes:

1.- Autorización judicial de expulsión administrativa. Esta posibilidad permite respetar el principio de igualdad de trato entre españoles y extranjeros, pues la cualidad de no nacional, no solamente no es índice bastante para justificar la prisión provisional, sino que tampoco lo es para limitar indiscriminadamente el derecho de libre circulación, que se concreta en permitir que el procesado pueda regresar a su domicilio habitual, mientras avanza el procedimiento<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> Los artículos 763, 764 y 765 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal amplía, incluso, esta posibilidad en el procedimiento abreviado: Para quien tenga su domicilio o residencia habitual en el extranjero. No se prejuzga la calificación del eventual delito, en función de la pena que pueda pedirse –habla de "Juez o

El extranjero tiene derecho a obtener la tutela efectiva de nuestros jueces a través de un proceso público sin dilaciones indebidas.

La tutela efectiva supone claramente la obtención de una sentencia y el derecho al proceso en su integridad, y la autorización de la expulsión no puede afectar estos derechos<sup>8</sup>

2.- Expulsión judicial como sustitutiva de una pena privativa de libertad. Según esta medida, el extranjero no podrá regresar a España durante el plazo que le fije la resolución impuesta judicial -después de escuchar al penado y con la intervención del Ministerio Fiscal-, que será de entre tres y diez años, según la duración de la pena impuesta y si regresare antes de dicho término, cumplirá las penas que le hayan sido sustituidas o si fuere sorprendido en la frontera, será expulsado por la autoridad gubernativa (art. 89.2 y 3 del CP).

Asimismo, los Jueces o Tribunales, a instancia del Ministerio Fiscal, podrán acordar la expulsión del territorio nacional del extranjero condenado a pena de prisión igual o superior a seis años, siempre que haya cumplido las tres cuartas partes de la condena, previa audiencia del penado (art. 89.1, último inciso del CP)<sup>9</sup>.

3.- Expulsión judicial como sustitutiva de una medida de seguridad privativa de libertad<sup>10</sup>. El art. 108 del CP establece la posibilidad de que el Juez o Tribunal Sentenciador pueda acordar la expulsión de un extranjero no residente legalmente en España como sustitutiva de las medidas de seguridad privativas de libertad que le sean aplicables. Los requisitos, por tanto, son, ser Extranjero no residente legalmente en España y la Audiencia de aquél.

4.- El cumplimiento de la libertad condicional en el país de residencia. La libertad condicional supone la excarcelación del condenado condicionada a que no delinca durante el tiempo que queda hasta la extinción de la pena y observe las reglas de conducta impuestas, de tal forma que el liberado sigue teniendo la condición de penado

---

Tribunal". Las consecuencias de la incomparecencia del imputado son la adjudicación al Estado del importe de la fianza o caución y la declaración de rebeldía.

<sup>8</sup> ESPINAR VICENTE, J.M., La nacionalidad y la extranjería en el sistema jurídico español, editorial Cívitas, Madrid, 1994, pp. 295 y 296.

<sup>9</sup> MAPELLI CAFFARENA, B./TERRADILLOS BASOCO, J., Las consecuencias jurídicas del delito, ed. Cívitas, Madrid, 1996, p. 108.

<sup>10</sup> GRACIA MARTÍN, L., Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código penal español, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pp. 263 y ss.

hasta el momento de pronunciarse el licenciamiento definitivo, a pesar de encontrarse en una situación fáctica de libertad efectiva (arts. 90 a 93 del CP).

5.- Traslado de personas extranjeras a sus países de origen para seguir extinguiendo condena. El Convenio Europeo sobre Traslado de Personas Condenadas, aprobado en Estrasburgo el 21 de marzo de 1983, ratificado por España el 10 de junio de 1985 que introdujo una declaración al art. 3.3 por Anuncio de 7-3-95, es suscrito por los Estados miembros del Consejo de Europa<sup>11</sup> con el fin de realizar una unión más íntima entre sus miembros, desarrollar más la cooperación internacional en materia penal, servir a los intereses de una buena administración de justicia y favorecer la reinserción social de las personas condenadas, lo que exige que los extranjeros privados de libertad como consecuencia de una infracción penal tengan la posibilidad de cumplir la condena en su mundo social de origen y por ello han de poder trasladarse a sus propios países.

El Comité de Ministros del Consejo de Europa, el 21 de junio de 1984, adoptó la Recomendación n.º 11 sobre información relativa al Convenio sobre el Traslado de Personas Encarceladas.

Este Convenio permite que los condenados a penas privativas de libertad en un país distinto del suyo puedan ser trasladados a su país de origen para cumplir condena, siempre que ambos Estados hayan suscrito el Convenio, que el penado o su representante legal preste su consentimiento, así como el Estado donde haya sido condenado y el Estado de donde es natural o residente.

6.- Expulsión administrativa Los reclusos extranjeros que han extinguido sus condenas y, por tanto, su relación jurídica con la Administración penitenciaria y con la Administración de Justicia, pueden quedar sujetos, en cambio, a lo dispuesto en la legislación de extranjería sobre la expulsión administrativa, sin que el Tribunal sentenciador o el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria tenga ya competencia alguna al respecto.

---

<sup>11</sup> El Convenio ha sido ratificado por los siguientes Estados miembros: Austria (9- 9-86), Bélgica (6-8-90), Bulgaria (17-6-94), Chipre (18-4-86), República Checa (15-4-92), Dinamarca (16-1-87), Eslovaquia (15-4-92), Eslovenia (16-9-93), Finlandia (29-1-87), Francia (11-2-85), Alemania (31-10-91), Grecia (17-12-87), Hungría (13-7-93), Irlanda (31-7-95), Islandia (6-8-93), Italia (30-6-89), Luxemburgo (9-10-87), Malta (26-3-91), Países Bajos (30- 9-87), Noruega (9-12-92), Polonia (8-11-94), Portugal (28-6-93), Reino Unido (30-4-85), Suecia (9-1-85), Suiza (15-1-88), Turquía (3-9-87) y Ucrania (18-9-95). También ha sido ratificado por los siguientes Estados no miembros: Bahamas (12-11-91), Canadá (13-5-85), Croacia (25-1-95), Estados Unidos (11-3-85) y Trinidad y Tobago (22-3-94).

7.- Procedimiento de extradición pasiva.- La extradición se define como un acto jurídico complejo por el que se produce la entrega de un individuo por el Estado en cuyo territorio se encuentra, previa su demanda por el Estado en cuyo territorio se cometió el hecho supuestamente delictivo o sancionable con pena privativa de libertad o con una medida de seguridad, para proveer a su procesamiento en este Estado si el individuo está acusado o para la ejecución de la pena o medida impuesta si fue condenado (29). Por tanto, son elementos de este concepto:

a) Un acto o manifestación de voluntad.

b) Los sujetos del acto son dos Estados, por ello se trata de un acto de Derecho internacional.

c) El objeto del acto es la entrega o traslado forzoso de una persona desde el territorio de un Estado al territorio de otro.

d) La finalidad del acto es facilitar el enjuiciamiento criminal de la persona reclamada, o la ejecución de la sentencia anteriormente impuesta, por parte de las autoridades judiciales del Estado requirente.

e) El procedimiento es de naturaleza jurídica, reglado por el Derecho positivo.

#### **IV. MENOR DE EDAD**

Todo ello aplicado al menor de edad penal, entre los 14 y los 18 años<sup>12</sup>, debemos tener en cuenta la Convención sobre los Derechos del Niño que representa, desde su aprobación y cada vez con mayor trascendencia, la norma internacional más fundamental que nos ofrece un tratamiento global de la infancia que representa un grupo de edad vulnerable o dependiente, al que es preciso atender, aunque paulatinamente vaya adquiriendo con su edad mayor autonomía personal<sup>13</sup>. Por tanto, la consideración de la infancia responde, de una manera dinámica, a vectores culturales e históricos, y no fue identificada como un grupo humano que, por su edad, precisaba de una protección legal, hasta las postrimerías de la revolución industrial.

---

<sup>12</sup> Artículo 1 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, en consonancia con el artículo 19 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

<sup>13</sup> VILLASAGRA ALCAIDE, C.: La infancia y la adolescencia ante los cambios sociales y familiares, en: Los problemas de protección de menores en el Derecho de familia, Cuadernos Digitales de Formación, del Consejo del Poder Judicial, nº 17, 2008, pp. 116-118.

La aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>14</sup> supuso una clara inflexión en el Derecho de la infancia, un evidente cambio de paradigma respecto de los anteriores instrumentos internacionales –como la Declaración de Ginebra de 1924 o la Declaración Universal de los Derechos del Niño de 1959–, ya que supuso dejar de considerar a las personas menores de edad como seres que únicamente merecían protección jurídica y tutela por parte de los adultos y de los poderes públicos, para pasar a ser considerados como verdaderos ciudadanos, como sujetos de pleno derecho, que deben recibir respuestas adecuadas a su situación y a sus necesidades, sin detrimento de la atención específica que merecen aquellos que, por circunstancias inadecuadas en su entorno, se encuentran en una situación de riesgo o de desamparo y precisan de una respuesta jurídica protectora.

“La Ley 5/2000 Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores proclama como principios de la justicia penal juvenil, la naturaleza formalmente penal<sup>15</sup>, pero materialmente sancionadora-educativa tanto del procedimiento como de las medidas aplicables a los menores infractores. Asimismo se menciona como principio de la ley, el reconocimiento expreso de las garantías que se derivan del respeto a los derechos constitucionales y al superior interés del menor, un interés que según la Exposición de Motivos de la referida Ley, ha de ser valorado con criterios técnicos y no formalistas por equipos de profesionales especializados en el ámbito de las ciencias no jurídicas, sin perjuicio de la aplicación al proceso de menores de los principios garantistas, tales como el de presunción de inocencia, el principio de defensa o el principio acusatorio. En consecuencia, la Ley Orgánica 5/2000, al igual que ya lo hiciera la Ley Orgánica 4/1992, establece la figura del equipo técnico de los Juzgados de Menores como instrumento esencial a lo largo del procedimiento para adecuar las decisiones al superior interés del menor.

Este interés prioritario del menor ha dado lugar a que en la justicia penal de menores, no haya existido acusación particular hasta la publicación de la Ley 15/2003 de 23 de noviembre, que incluyó la posibilidad de la acusación particular, atendiendo a las corrientes victimológicas de las últimas reformas penales que pretenden otorgar un mayor protagonismo a la víctima en todos los procedimientos incluso en los de justicia penal juvenil.

En el Derecho penal de menores se puede afirmar que la comisión de un hecho delictivo por parte de un menor no siempre es motivo suficiente para imponer una medida educativa de las previstas en la propia Ley, que van desde el internamiento hasta la amonestación, pasando por la libertad vigilada, realización de tareas socioeducativas, prestaciones en beneficio de la comunidad, etc.<sup>16</sup>.

---

<sup>14</sup> Convención de los Derechos del Niño, es un Tratado Internacional, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, y cuya entrada en vigor fue el 2 de septiembre de 1990, de conformidad con el artículo 49; Esta convención está desarrollada o complementada por los siguientes protocolos: 1.- Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía; Resolución A/RES/54/263 del 25 de mayo de 2000, entrada en vigor el 18 de enero de 2002. y 2.- Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados, Resolución A/RES/54/263 del 25 de mayo de 2000, entrada en vigor el 12 de febrero de 2002.

<sup>15</sup> SAN MARTÍN LARRINOVA, B.: Mediación en la justicia penal de menores, en: Panorama actual y perspectivas de la victimología y el sistema penal, Revista del Poder Judicial nº 121, Madrid 2008, p. 126-126.

<sup>16</sup> Dispone el art. 7 de la Ley 5/2000, redacción dada por Ley 8/2006, que las medidas que pueden imponer los Jueces de Menores por orden de gravedad decreciente son las siguientes: Internamiento en



Pero es más, en el Derecho penal juvenil frecuentemente la comisión de un hecho delictivo ni siquiera es motivo para iniciar una intervención penal, ya que puede suceder que la escasa gravedad de los hechos, las circunstancias del menor o incluso el logro de una conciliación o reparación puedan hacer innecesaria la entrada del menor en el sistema penal en virtud de los principios de mínima intervención, al que anteriormente aludíamos, y de oportunidad, que prioriza la responsabilidad del menor, la solución del conflicto entre el menor y la víctima y la reparación a la sanción penal.

En definitiva, en la justicia juvenil española existen programas de mediación tendentes a la conciliación o a la reparación, establecidos por las comunidades autónomas encargadas de la ejecución de medidas educativas y en los que el Equipo Técnico es el encargado de llevar a cabo la labor de mediador<sup>17</sup>

## V. PROYECTO DE REFORMA LECRIM. MODIFICACIÓN DE LA DENOMINACION DE IMPUTADO DURANTE LA FASE DE INSTRUCCIÓN

El pasado mes de marzo el Consejo de Ministros ha aprobado el “*PROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE MODIFICACIÓN DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL PARA EL FORTALECIMIENTO DE LAS GARANTÍAS PROCESALES Y LA REGULACIÓN DE LAS MEDIDAS DE INVESTIGACIÓN TECNOLÓGICA*”, remitido a las Cortes Generales.

Dicha reforma está destinada a la adaptación del lenguaje de la Ley de Enjuiciamiento Criminal a los tiempos actuales, evitando las connotaciones negativas y estigmatizadoras de la expresión “imputado” o “reo”, utilizada de forma general e indiscriminada, en ocasiones sin una criba e individualización al caso concreto, sobre personas sobre las que únicamente recaen meras sospechas.

Así, es cierto que en la fase de instrucción la finalidad que el ordenamiento jurídico atribuye a la misma no es otra que la de aportación de los datos relevantes que respecto de los hechos objeto de la denuncia o querrela resultan necesarios para valorar si los mismos poseen trascendencia penal y la determinación de las personas que pudieran tener relación con los mismos. Y la fase de continuación de procedimiento abreviado por tanto, tiene el fin de determinar contra qué personas se podrá dirigir la acusación, y por qué hechos, delimitando el objeto del proceso, y se basa en datos y circunstancias de valor fáctico, que representando más que una mera posibilidad y

---

régimen cerrado; Internamiento en régimen semiabierto; Internamiento en régimen abierto; Internamiento terapéutico; Tratamiento Ambulatorio; Asistencia a un centro de día; Permanencia de fin de semana; Libertad vigilada; Prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima; Convivencia con una familia o grupo educativo; Prestaciones en beneficio de la comunidad; Realización de tareas socio-educativas; Amonestación; Privación del permiso de conducir ciclomotores y vehículos a motor; e Inhabilitación absoluta.

<sup>17</sup> SAN MARTÍN LARRINOVA, B., Revista del Poder Judicial nº 121, 2008, p. 127.

menos que una certeza, suponen por sí mismas la probabilidad de la comisión de un delito que se constata a través de la imputación, para poder determinar posteriormente en juicio oral, la presencia o no del reproche de culpabilidad y demás elementos típicos, como es el subjetivo del injusto.

Sobre estas diferentes fases, se sitúa la nueva propuesta de denominación; así se denominará *investigado* a la persona sometida a investigación por su relación con un delito en la fase de instrucción. Y *encausado* cuando la autoridad judicial imputa formalmente a una persona, una vez concluida la instrucción<sup>18</sup>.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

BACIGALUPO ZAPATER, E.: El sistema de la teoría del delito en el siglo XXI, en: Derecho penal del siglo XXI, dir. MIR PUIG, S.: Cuadernos de Derecho Judicial VIII-2007, Consejo General del Poder Judicial, Pág. 193

C. SCHMITT: Nationalsozialismus und Rechtsstaat, p. 713 y ss: “a este enunciado liberal “nulla poena sine lege” le contrapongo el enunciado “nullum crimen sine poena”; MAGGIORE, Diritto penale totalitario nello Statu totalitario, pp. 140 y ss.

ESPINAR VICENTE, J.M., La nacionalidad y la extranjería en el sistema jurídico español, editorial Cívitas, Madrid, 1994, pp. 295 y 296.

GRACIA MARTÍN, L., Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código penal español, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pp. 263 y ss.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: Derecho Penal. Parte General. Tomo III. Las consecuencias jurídicas del delito, Gaceta Jurídica, S. A., Lima (Perú), 2004, pp. 28, 40.

MAPELLI CAFFARENA, B./TERRADILLOS BASOCO, J., Las consecuencias jurídicas del delito, ed. Cívitas, Madrid, 1996, p. 108.

SAN MARTÍN LARRINOVA, B.: Mediación en la justicia penal de menores, en: Panorama actual y perspectivas de la victimología y el sistema penal, Revista del Poder Judicial nº 121, Madrid 2008, pp. 126-127.

---

<sup>18</sup> Exposición de motivos del PROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE MODIFICACIÓN DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL PARA EL FORTALECIMIENTO DE LAS GARANTÍAS PROCESALES Y LA REGULACIÓN DE LAS MEDIDAS DE INVESTIGACIÓN TECNOLÓGICA, aprobado por el consejo de ministros y remitido a las Cortes Generales en el mes de marzo de 2015.

VILLASAGRA ALCAIDE, C.: La infancia y la adolescencia ante los cambios sociales y familiares, en: Los problemas de protección de menores en el Derecho de familia, Cuadernos Digitales de Formación, del Consejo del Poder Judicial, nº 17, 2008, pp. 116-118.

ZUGALDÍA ESPINAR, J. M.: Fundamentos de Derecho Penal. Parte General. Las teorías de la pena y de la ley penal (Introducción teórico-práctica a sus problemas básicos), Tirant Lo Blanch, Valencia, 1993, pp. 138 y 139.

\* \* \* \* \*

## Prof. Andrés Felipe Díaz Arana

Profesor de Derecho penal. Univ. de los Andes, Bogotá, Colombia. Socio de la FICP.

### ~Neurociencias y Derecho penal desde una perspectiva funcional de la mente~

**Resumen.-** Con ocasión de la discusión sobre el alcance de las conclusiones a las que algunos neurocientíficos han arribado tras experimentos relativamente recientes con respecto a temas que, como el de la posibilidad de la voluntad, son cruciales para la legitimidad de cualquier sistema de atribución de responsabilidad, los juristas suelen afanarse por determinar si el Derecho –y, en particular, el Derecho penal- ha quedado sin un sustento sólido sobre el cual fundar un juicio de reproche. En la ejecución de esta tarea, suelen moverse al vaivén de los avances de las “ciencias duras” sin detenerse a contemplar el trasfondo filosófico que le da sentido y contexto a la discusión. La verdad es que conceptos como voluntad, conciencia y libertad dependen, sin duda, de cómo entendamos la relación entre la mente y el cerebro: para algunos, son una misma cosa; para otros, son tan distintas que los descubrimientos sobre el funcionamiento del uno no alteran las propiedades de la otra. La Filosofía de la mente parte de esta realidad y sugiere herramientas que prometen ser muy útiles para superar el estado actual de la discusión. Con este escrito se reseña el estado actual de la discusión, al tiempo en que se lo evalúa con base en las herramientas que ofrece esta rama de la Filosofía y se propone una alternativa “compatibilista” que permite integrar los aportes de las neurociencias al sistema jurídico-penal, así como ubicarlos adecuadamente y definir sus alcances. Ante todo, la presente es una invitación que busca despertar interés entre los actores del debate sobre un área que ha sido tradicionalmente subestimada, pero que resulta ser indispensable para resolver la cuestión determinista.

## I. INTRODUCCIÓN

*Sin la conciencia, el problema mente-cuerpo sería  
mucho más sencillo. Con la conciencia, parece  
incurable.*

THOMAS NAGEL<sup>1</sup>

El libre albedrío es, sin lugar a dudas, una cuestión de perspectiva. Y depende de cómo entendamos la mente.

Por ello, hace apenas unos pocos meses MICHIO KAKU, sin duda una de las autoridades contemporáneas más respetadas en la física teórica, publicó bajo el provocativo rótulo “*El futuro de nuestra mente*” una fascinante obra que mezcla medicina, neurobiología, ingeniería de sistemas y física teórica de una forma sin antecedentes. La frase con la que abre su presentación es la siguiente: “*Los dos mayores misterios de la naturaleza son la mente y el universo*”<sup>2</sup>.

Naturalmente, la correlación entre una y otro ha fascinado a representantes de todas las áreas del saber, especialmente a raíz de los asombrosos avances tecnológicos que se han logrado desde la segunda mitad del siglo pasado. Según uno de los padres de

<sup>1</sup> NAGEL, Thomas. What is it like to be a Bat? En: *The Philosophical Review*, Vol 83, No. 4 (octubre de 1974). P. 437.

<sup>2</sup> KAKU, Michio. *El futuro de nuestra mente*. Barcelona: Debate, 2014. P. 19.

la revolucionaria teoría de campos de cuerdas (“*String Theory*”), ello se debe a que “*el cerebro pesa únicamente alrededor de kilo y medio, sin embargo es el objeto más complejo del sistema solar*”<sup>3</sup>.

No en vano, el premio Nobel de Medicina para el año 2014 fue otorgado a MAY BRITT MOSER, EDVARD MOSER y JOHN O’KEEFE por haber localizado el grupo de células que constituye un sistema de posicionamiento en el cerebro que permite al ser humano ubicarse espacialmente, divulgado por los diarios como el “*GPS del cerebro*”. Entre las conclusiones revolucionarias a las que arribó el equipo, está la explicación de por qué los pacientes con Alzheimer no pueden reconocer sus entornos; también, gracias a este hallazgo, se puede explicar el funcionamiento de un cerebro intoxicado por alcohol o sustancias estupefacientes que es incapaz de orientarse espacialmente.

Como estas dos aplicaciones de su descubrimiento, hay decenas que sin duda suponen un paso trascendental en la cartografía funcional de la enigmática maravilla que reposa sobre nuestros hombros. Por ello, el trabajo de O’KEEFE y su equipo mereció un comunicado del Instituto Karolinska de Estocolmo –entidad encargada de otorgar el premio en esta categoría- destacando que “[l]os descubrimientos (...) han resuelto un problema que ha ocupado a filósofos y científicos durante siglos”<sup>4</sup>.

Por su parte, el premio en Química fue para ERIC BETZIG, WILLIAM MOERNER y STEFAN HELL por haber desarrollado un nuevo microscopio de alta resolución que emplea moléculas fluorescentes, la llamada técnica de la “*nanoscopía*”. Con esta técnica, se espera que pueda estudiarse el cerebro humano a una escala que hace apenas un par de décadas era impensable. Y lo que es más, se podría estudiar el funcionamiento neuronal casi al instante sin tener que renunciar a la precisión milimétrica, lo cual supera la principal dificultad de técnicas basadas en imágenes por resonancia magnética.

Según el comunicado de prensa oficial, “[e]n lo que ha sido conocido como ‘*nanoscopía*’, científicos visualizan los senderos de moléculas individuales dentro de células vivas. Ellos pueden ver cómo moléculas crean sinapsis entre células nerviosas

---

<sup>3</sup> *Ibíd.*, p. 22. Ver nota 1 de ese texto.

<sup>4</sup> Redacción BBC Mundo. Descubridores del “GPS del cerebro” ganan premio Nobel de Medicina 2014. Octubre 6 de 2014. Disponible vía web desde: [http://www.bbc.co.uk/mundo/ultimas\\_noticias/2014/10/141006\\_ultnot\\_premio\\_nobel\\_medicina\\_2014\\_jp](http://www.bbc.co.uk/mundo/ultimas_noticias/2014/10/141006_ultnot_premio_nobel_medicina_2014_jp). Consultado por última vez el 21 de octubre de 2014.

*en el cerebro; pueden rastrear proteínas envueltas en enfermedades como la de Parkinson, el Alzheimer y la de Huntington a medida que se desarrollan*<sup>5</sup>.

Ambos premios se reciben en un contexto histórico muy importante para la Neurociencia. Hace poco más de un año, la administración de BARACK OBAMA anunció la multibillonaria<sup>6</sup> Iniciativa BRAIN (por sus siglas en inglés, “*Brain Research through Advancing Innovative Neurotechnologies*”) cuyo objetivo general es el de mapear la actividad de cada neurona en el cerebro humano, buscando para el cerebro lo que el renombrado Proyecto del Genoma Humano logró para la genética. Paralelamente, la Unión Europea anunció el Proyecto del Cerebro Humano (HBP, por sus siglas en inglés: “*Human Brain Project*”), agrupando 24 naciones para que “[e]n el transcurso de los 10 años del proyecto, los investigadores del HBP simulen el cerebro humano, mapeen las enfermedades cerebrales, desarrollen una cartografía detallada del cerebro humano (...)”<sup>7</sup>.

Gracias a estas y otras millonarias inversiones, la investigación científica del cerebro cuenta con herramientas que hace pocos años pertenecían a la ciencia ficción. La revolución digital, los avances en física subatómica y las maravillas de la ingeniería molecular ahora permiten representar en tres dimensiones áreas de menos de un milímetro de nuestro cerebro mediante vóxeles en un ordenador. El exponencialmente vertiginoso avance de la tecnología ha catalizado la investigación neurobiológica, al punto en que “[h]emos aprendido más sobre el cerebro en los últimos quince años que en toda la historia humana”<sup>8</sup>.

Quienes deseen observar el funcionamiento de las neuronas que componen la materia gris, o simplemente tener una visión detallada de lo que está al interior de su cabeza, hoy en día cuentan con la posibilidad de acudir a resonancias que crean campos magnéticos en torno a los cuales se alinean los átomos que reciben un pulso de energía

---

<sup>5</sup> Comunicado de prensa de Nobelprice.org. “The Nobel Prize in Chemistry 2014 – Press Release”. Octubre 8 de 2014. Disponible vía web desde:

[http://www.nobelprize.org/nobel\\_prizes/chemistry/laureates/2014/press.html](http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/chemistry/laureates/2014/press.html). Consultado por última vez el día 23 de octubre de 2014.

<sup>6</sup> La inversión aprobada para el proyecto, según el NEW YORK TIMES es de más de USD \$300 millones al año, para un total de USD \$3,000 millones al cabo de los diez años de su duración. Vid.: MARKOFF, John. Obama Seeking to Boost Study of Human Brain. New York Times. Febrero 17 de 2013. Disponible vía web desde:

[http://www.nytimes.com/2013/02/18/science/project-seeks-to-build-map-of-humanbrain.html?pagewanted=all&\\_r=1&](http://www.nytimes.com/2013/02/18/science/project-seeks-to-build-map-of-humanbrain.html?pagewanted=all&_r=1&). Consultado por última vez el día 21 de octubre de 2014.

<sup>7</sup> Extracto del apartado “*Project Objectives*” de la página oficial del HBP: <https://www.humanbrainproject.eu/> el día 21 de octubre de 2014.

<sup>8</sup> KAKU, Michio. El futuro, 2014, p. 23.

de radio produciendo un eco a partir del cual se reconstruye su localización en una imagen computarizada (MRI, por sus siglas en inglés), cuyo aún más nuevo método “funcional” (fMRI, por sus siglas en inglés) detecta la presencia de oxígeno en la sangre del cerebro y permite contemplar de forma dinámica, ya no estática, el funcionamiento del cerebro.

Otra de las técnicas más populares es la tomografía por emisión de positrones (PET, por sus siglas en inglés), que detecta estas partículas subatómicas liberadas por la radiación de sodio 22, previamente inyectado al paciente, con lo cual se puede trazar – casi en tiempo real- el flujo de energía en un cerebro vivo o, en otras palabras, sus pensamientos. Con todo, esta técnica es relativamente antigua. Sus bases fueron sentadas a principios del siglo pasado y se viene empleando activamente en la investigación neurológica desde hace más de cincuenta años.

En realidad, las técnicas más revolucionarias tienen escasos años, algunas solo meses. Tan solo en la última década, la humanidad ha quedado perpleja ante la invención del escáner electromagnético transcraneal (TES, por sus siglas en inglés), la magnetoencefalografía (MEG, por sus siglas en inglés), la espectroscopía de infrarrojos cercanos (NIRS, por sus siglas en inglés) y las técnicas basadas en optogenética. El siglo empezó con la maravilla de ver en un ordenador una imagen tridimensional del cerebro; ahora, se lo puede ver en funcionamiento con precisión de milisegundos y, lo que es más asombroso, los científicos pueden excitar o desactivar áreas del mismo a su antojo sin tener que someter al paciente a ninguna intervención quirúrgica. Sin tener siquiera que anestesiarlo.

Pero no contentos con los avances en representaciones computarizadas, en el 2013 científicos de la Universidad de Stanford anunciaron al mundo que *“se logró hacer transparente un cerebro de un ratón, y partes del cerebro humano, de forma tal que redes neuronales que procesan información pueden ser destacadas en vívidos colores y apreciadas en toda su complejidad tridimensional sin siquiera tener que cortar el órgano”*<sup>9</sup>. Hoy por hoy, las redes neuronales se pueden estimular artificialmente para apreciar en directo –gracias a la transparencia del órgano- cómo funciona en tiempo real el interior de un cerebro humano.

---

<sup>9</sup> GORMAN, James. Brains as Clear as a Jell-O for Scientists to Explore. New York Times. Abril 10 de 2013. Disponible vía web desde: <http://www.nytimes.com/2013/04/11/science/brains-as-clear-as-jell-o-for-scientists-to-explore.html>. Consultado por última vez el día 21 de octubre de 2014.

Ante este abrumador despliegue de poder tecnológico, que surge de un interés en el estudio del cerebro cuyo único parangón es el que tiene que ver con la búsqueda de los confines del universo, cabe preguntarse: ¿qué queda de la humilde búsqueda filosófica por la mente?

La importancia de las neurociencias dentro de la discusión sobre el libre albedrío ha quedado evidenciada cada día más desde aquel infortunado accidente del señor GAGE a mediados del siglo XIX<sup>10</sup>. Ello implica que al abordar la cuestión es inevitable plantearse preguntas como: ¿qué consecuencias tienen los avances en torno al estudio del cerebro humano para una discusión milenaria sobre temas que, como “*voluntad*” o “*conciencia*”, parecen referirse a la mente? ¿Ha acabado el papel de la filosofía jurídica en la búsqueda del libre albedrío? ¿Sigue teniendo sentido para el Derecho penal hablar de una “mente” criminal?

No es tarea fácil determinar si los seres humanos son libres o no. De entrada, porque no se logra un acuerdo ni siquiera en torno a qué queremos decir con ello. Todas las áreas del saber parecen tener algo que decir al respecto, desde la cosmología hasta la sociología, desde la matemática hasta la antropología. Entre este debate multidisciplinario se mueven, casi a su vaivén, los juristas que, sin mayores conocimientos sobre bioquímica o física subatómica, buscan integrar los avances de las neurociencias como engranajes que operan dentro del gran sistema de atribución de responsabilidad concebido como Derecho.

Sin duda alguna, este debate, tan antiguo como el pensamiento racional, escapa del ámbito particular de cualquier área del saber. El principal error de quien al respecto se ocupa es pretender ofrecer una respuesta universal y unívocamente aplicable en todas las mesas de discusión. Con razón, reconoce el profesor DEMETRIO que “*[e]l problema de la libertad es demasiado amplio como para que el Derecho penal o la Neurociencia pretendan agotarlo*”<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup> Me refiero al famoso caso del señor PHINEAS GAGE, quien en una jornada como capataz ferroviario interfiere la trayectoria de una barra de hierro que violentamente atravesó su cráneo, tras lo cual sobrevivió con algunos cambios patentes en su personalidad. El ejemplo es recurrentemente narrado en los principales textos sobre historia de la neurociencia. Recientemente en: KAKU, M. *El futuro*, 2014, pp. 35 y ss.

<sup>11</sup> DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *Compatibilismo humanista: una propuesta de conciliación entre Neurociencias y Derecho Penal*. En: Demetrio, E. (dir.) y Maroto, M. (coord.). *Neurociencias y Derecho penal. Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*. Madrid: Edisofer, 2013, pp. 32.



Consciente de ello, esta investigación busca un objetivo muy preciso: mostrar cómo algunas consideraciones aportadas por la filosofía de la mente permiten interpretar el sentido y delimitar el alcance de los avances neurocientíficos en la discusión jurídico-penal de la posibilidad de libertad individual. Lo que este escrito busca es muy limitado de cara al intimidante horizonte que presenta la multidisciplinaria maraña que envuelve a la cuestión; pero a la vez anticipa resultados de colosales dimensiones, en especial si se tiene en cuenta que el matrimonio entre Derecho y Filosofía siglo tras siglo ha parido las más asombrosas obras sobre libertad y responsabilidad<sup>12</sup>. Así las cosas, no hay razón por la cual los juristas abandonen en esta oportunidad las valiosas herramientas conceptuales que facilita la Filosofía para interpretar y delimitar el alcance de los desarrollos de otras áreas del conocimiento a la hora de integrarlos en un modelo más eficiente de atribución de responsabilidad legal<sup>13</sup>.

Como poco a poco quedará en evidencia, no son muchas las conclusiones compartidas entre esta investigación y aquella adelantada por neurocientíficos que, como CRICK, defienden un reduccionismo fisicalista radical en la concepción de la mente<sup>14</sup>. No obstante, algo en lo cual se coincide plenamente es en que “*si primero resolvemos el problema de la consciencia [sic], es más probable que la cuestión del libre albedrío sea más fácil de resolver*”<sup>15</sup>. Por ello, uno de los autores que más se ha ocupado de la tensión entre neurociencias y Derecho penal recientemente ha advertido

---

<sup>12</sup> De otra opinión es FRANCIS CRICK, quien despotrica contra los filósofos en su vehemente reivindicación del papel supremo de la ciencia como santo grial del conocimiento: “*No hay justificación para el punto de vista que sostiene que sólo los filósofos pueden enfrentarse al [estudio de la conciencia]. Los filósofos han obtenido unos resultados tan pobres durante los últimos dos mil años que más les valdría mostrar algo de modestia en lugar de esa arrogante superioridad que normalmente exhiben. (...) [T]ienen que aprender a prescindir de sus teorías favoritas cuando la evidencia científica las contradice, so pena de ponerse en ridículo ellos mismos*”. CRICK, Francis. *La búsqueda científica del alma. Una revolucionaria hipótesis para el siglo XXI*. 3ª Ed. Trad. Francisco Páez de la Cadena. Madrid: Debate, 1995, p. 322. También vale la pena mencionar la obra de CHIESA, quien da por “punto muerto dialéctico” el estado actual de la discusión filosófica en torno al libre albedrío, vid.: CHIESA, Luis. *Punishing without free will*. En: *Utah Law Review*, Vol. 6 (2011). P. 51.

<sup>13</sup> De igual parecer es el prof. DEMETRIO, quien enfáticamente advierte que “[s]e equivocan de raíz, creo, quienes piensen que los problemas prácticos del derecho penal se pueden resolver sin acudir a planteamientos filosóficos o con la sola ayuda de la dogmática o reglas técnicas de la interpretación de los preceptos del código penal”. DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *¿Libertad versus determinismo en Derecho penal?* En: *Rev. Der. Gen. H.*, Núm. Extraord. I (2014): p. 112. También FEIJOO SÁNCHEZ: “[n]o estamos más que ante un nuevo capítulo de un folletín que empezó hace mucho tiempo. Las neurociencias ofrecen una nueva base científica para el debate, pero las cuestiones de fondo siguen siendo las mismas”. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Derecho Penal y Neurociencias: ¿una relación tormentosa?* En: *InDret*, 2 (abril, 2011), p. 9.

<sup>14</sup> Ver, en particular, los apartados 2.4 y 3.1 sobre el materialismo eliminativo y sobre el papel de las ciencias naturales en la cuestión determinista, respectivamente.

<sup>15</sup> Vid.: CRICK, F. *La búsqueda*, 1995. P. XII (prefacio), donde de forma satírica declara: “[s]in algunos prejuicios iniciales, no se llega a ninguna parte. Para el lector quedará claro que no soy precisamente un entusiasta de los puntos de vista de los funcionalistas ni de los conductistas (...)”.

que “*de la misma manera que sería equivocado probablemente pasar por alto los avances producidos en el ámbito de la física contemporánea, lo mismo sería predicable respecto a la filosofía de la mente (...)*”<sup>16</sup>. Inspirado en esta idea, el presente estudio busca en este ámbito de la filosofía las bases sobre las cuales edificará una postura que, se espera, sea tan consistente como útil para ofrecer una perspectiva del estado de la cuestión que despierte mayor interés por esta disciplina entre los penalistas.

Solo mediante un adecuado entendimiento entre filósofos y juristas se entenderá que lo que las neurociencias, o cualquier otra área del saber, pueden transmitir al Derecho no tiene que ver con que la libertad exista o no, sino con si el concepto de ella sobre el cual este opera es o no adecuado para conseguir los fines que persigue. La pregunta no es si las neurociencias tienen o no razón, sino “*en qué medida los avances en neurociencia pueden ser tenidos en cuenta en el Derecho y, lo que es más importante, ¿hasta dónde pueden llegar?*”<sup>17</sup>. En consecuencia, es probable que las consideraciones surgidas del debate filosófico sobre cómo entendemos la mente puedan servir como manual de instrucciones a quien quiere ubicar en la maquinaria del Derecho el engranaje que suponen los avances en el estudio del cerebro humano.

Lo que en adelante se propone, pues, no es más que una reflexión en torno a qué es la “mente”, cómo se relaciona con el cuerpo y qué relevancia tiene ello para el sentido jurídico-penal de la discusión. Este escrito busca presentar apuntes generales extraídos de la filosofía de la mente que, se espera, fomenten un debate más sólido, coherente y comprensivo de las distintas posiciones que se encuentran detrás de cada una de las respuestas y, por qué no decirlo, de las formas de libertad posibles<sup>18</sup>.

## **II. DERECHO PENAL Y NEUROCIENCIAS: UNA LECTURA DIFERENTE DEL ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN**

Para empezar, ha de quedar claro que cualquiera que sea la posición a adoptar en torno a la relevancia de los aportes de las neurociencias para el Derecho penal, no es

---

<sup>16</sup> DEMETRIO, E., Rev. Der. Gen. H., Núm. Extraord. I (2014), p. 119.

<sup>17</sup> DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Identidad y responsabilidad. En: AFDUAM, no. 17 (2013), p. 250.

<sup>18</sup> Tal y como acertadamente destaca el prof. HASSEMER: “*la teología tiene un concepto de libertad distinto del del psicoanálisis o de una psicología de orientación empírica, y con base en estas concepciones, se construyen las sondas con las que en cada caso se busca la libertad*” (HASSEMER, Winfried. Neurociencias y culpabilidad en el Derecho penal. En: InDret, no.1 (2011), p. 7); “*Tampoco existe un concepto general de libertad que flote encima de todas las ciencias*” (EL MISMO, p. 8).

ajena a la adopción de una particular concepción de la relación mente-cuerpo<sup>19</sup>. Empero, esta no condiciona a aquella. Creer que un neurocientífico es determinista solo porque adopta un enfoque materialista en el estudio de los estados mentales es una grave falacia que atenta contra el progreso de la discusión. Un realista puede ser determinista como un materialista puede creer en el azar o un conductista en el libre albedrío. Lo único que se requiere para una sana discusión es entender que, dependiendo de cómo se conciba la relación mente-cuerpo, nociones como “voluntad”, “libertad” y “responsabilidad” significarán una u otra cosa.

Sin duda alguna, una adopción consciente y fundada de tal o cual concepción de lo mental, pesará en los argumentos de quienes rechazan los mandatos reduccionistas de la neurobiología por considerarlos impertinentes para los fines del Derecho, pero también en los de quienes buscan reivindicar aquella ciencia como método último para dar sentido a cualquier aspecto del comportamiento humano. En concreto, permitirá apreciar con total claridad por qué es tan falaz argumentar que las neurociencias sólo atañen al cuerpo y la libertad es cosa de la mente, como que la libertad no existe porque ninguna imagen de resonancia electromagnética ha logrado mostrarla en alguna parte del cerebro<sup>20</sup>.

La conjunción de los argumentos sobre el libre albedrío y sobre qué es la mente depende del gusto del pensador, pero la necesidad de que ambos sean parte –por igual– en el debate jurídico-penal es un imperativo. Al fin y al cabo, “[l]o que la neurociencia puede decirnos acerca de la mente, y sobre la relación entre mente y Derecho, dependerá de la propia concepción de la mente. (...) [A]ntes de que la neurociencia pueda decirnos algo, debemos tener alguna idea sobre qué es exactamente lo que la neurociencia está destinada a analizar”<sup>21</sup>. No cabe duda de que para un debate serio, coherente y útil sobre el papel de los avances neurocientíficos en la dogmática penal es necesaria, ante todo, “la capacidad de construir una teoría de la mente”<sup>22</sup>. Consciente

---

<sup>19</sup> Así para PÉREZ MANZANO, M., InDret, 2, 2011, p. 9: “por consiguiente, el punto de partida que adopto es que el Derecho penal no puede desconocer las aportaciones científicas relativas a la conducta humana, procedan de la Neurociencia o de otras ciencias, sean éstas ciencias sociales o ciencias puras; igualmente relevantes son las aportaciones de la Filosofía de la mente para analizar el lado subjetivo de la conducta humana, como también la Filosofía moral aporta elementos fundamentales para la comprensión de la conducta humana.

<sup>20</sup> En otras palabras: “[n]o existe una «probeta» que demuestre negro sobre blanco que la libertad existe o deja de existir”. DEMETRIO, E. AFDUAM, no. 17 (2013), p. 251.

<sup>21</sup> PARDO, Michael/PATTERSON, Dennis. Fundamentos filosóficos del Derecho y la neurociencia. En: InDret, no. 2 (abril de 2011), p. 42.

<sup>22</sup> DEMETRIO, E., InDret, No. 2, 2011, p. 11.

de ello, este acápite presenta el problema de forma tal que invite a reflexionar en torno a cómo se concibe la mente humana y qué repercusiones tiene para la respuesta que finalmente se le dé a la cuestión.

En lo que sigue se busca defender que, aun cuando las conclusiones a las que arriban las neurociencias no necesariamente ponen punto final a los problemas en el ámbito jurídico-penal, “*sí los informa, los ajusta y los revisa, de modo que esos problemas a veces se disuelven, y a veces se pueden solucionar mediante reflexión filosófica ulterior*”<sup>23</sup>. Como acertadamente destaca DEMETRIO, el error categorial al que apunta HASSEMER aplica en ambos sentidos, y sería tan pernicioso para una discusión fructífera el aceptar que las ciencias duras tienen la última palabra, como el pretender que juristas o filósofos la tengan<sup>24</sup>. Tal y como lo explica PÉREZ MANZANO, “*el Derecho penal no puede vivir al margen de los conocimientos científicos, si bien entiende que la toma en consideración de las aportaciones de la Neurociencia no implica necesariamente la modificación del modelo de fundamentación del Derecho penal*”<sup>25</sup>.

Sobre este pilar se erige la presente investigación. En las páginas siguientes se buscará la presentación del debate desde una óptica basada en cómo entendemos la mente y qué implicaciones tiene eso a la hora de contrastar argumentos y contraargumentos en torno al papel que ocupan las neurociencias en el discurso jurídico-penal.

VIVES ANTÓN acertadamente destaca que la “amenaza” de las neurociencias no se limita a poner en tela de juicio la culpabilidad, sino que irremediamente va mucho más allá: “*todo el lenguaje de la acción quedaría deslegitimado por ella*”<sup>26</sup>. Quizás por

---

<sup>23</sup> DEMETRIO, E., en: Demetrio, E. (dir.) y Maroto, M. (coord.), Neurociencias, 2013, p. 21.

<sup>24</sup> “En otras palabras, ¿qué nos legitima para decir que las Neurociencias no deberían opinar sobre las bases de imputación de la responsabilidad jurídico-penal?, ¿qué nos hace pensar que ellas deberían ocuparse de lo suyo y nosotros de lo nuestro? Desde luego no creo que sea suficiente aducir que nuestros métodos de investigación son diferentes, sino que, en todo caso, estamos obligados a revisar nuestros planteamientos si es necesario, y a ofrecer respuestas” (DEMETRIO, E., en: Demetrio, E. (dir.) y Maroto, M. (coord.), Neurociencias, 2013, p. 38)). También: “*que se trate de una determinación normativa de la responsabilidad, no quiere decir a mi juicio que deba tratarse al mismo tiempo, de un juego que solo se atiene a sus propias reglas*” (DEMETRIO, InDret, 2, 2011, p. 4. En el mismo sentido: SERRANO-PIEDRECASAS/DEMETRIO-CRESPO. Reflexiones sobre filosofía del lenguaje, diversidad cultural, y su influencia en el derecho penal. En: CARBONELL MATEU et al. (ed.), Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema penal. Semblanzas y Estudios con motivo del setenta aniversario del Profesor Tomás Salvador Vives Antón, 2009, pp. 1771 y ss.)

<sup>25</sup> PÉREZ MANZANO, M., InDret, 2, 2011, p. 8.; la misma. El tiempo de la conciencia y la libertad de decisión: bases para una reflexión sobre Neurociencia y responsabilidad penal. En: DEMETRIO, E. (dir.). Neurociencias, 2013, pp. 105 y ss.

<sup>26</sup> VIVES ANTÓN, Tomás. En: DÍEZ RIPOLLÉS et al (eds.), LH-Cerezo Mir, 2002, p. 232. Citado por: DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Libertad de voluntad, investigación sobre el cerebro y responsabilidad

ello no sea pertinente limitar los fines de este trabajo a tal categoría dentro de la teoría material del delito. Sin embargo, curiosamente ha sido con ocasión de aquella como se ha desarrollado gran parte de la discusión entre neurocientíficos y juristas. Consciente de que es inevitable referirse a aspectos tradicionalmente estudiados en sede de culpabilidad, este escrito no se reduce a ella y en eso ya se diferencia de algunas publicaciones recientes sobre el tema en el sistema continental<sup>27</sup>, asemejándose más al trato que ofrece la doctrina anglosajona<sup>28</sup>.

En las siguientes páginas se presenta el estado actual de la discusión sobre el papel que ocupan las neurociencias en el sistema jurídico-penal, mostrando algunas de las falacias y vacíos argumentativos más comunes e intentando explicarlos desde la perspectiva de la filosofía de la mente. En últimas, se busca abordar el debate desde un enfoque que invite a la reflexión sobre temas que, como el de la relación mente-cuerpo, aún no han sido suficientemente desarrollados por la doctrina penal<sup>29</sup>. Para los fines de este trabajo basta, entonces, con ofrecer una visión de la libertad que surja directamente de cómo se entiende la mente con respecto al cerebro y que permita apreciar las repercusiones que ello tiene en el alcance que se le dé al papel de las neurociencias en el Derecho penal.

---

penal: aproximaciones al moderno debate sobre Neurociencias y Derecho penal. En: *InDret*, Revista para el análisis del Derecho, No. 2 (abril, 2011). P. 30. Más recientemente: VIVES ANTÓN, Tomás. Neurociencia y determinismo reduccionista: una aproximación crítica. En: DEMETRIO, E. (dir.), *Neurociencias*, 2013, pp. 219 y ss.

<sup>27</sup> Por ejemplo: LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Libertad, culpabilidad y neurociencias. En: *InDret*, no. 3 (julio de 2012); HASSEMER, Winfried. Neurociencias y culpabilidad en el Derecho penal. En: *InDret*, no.1 (2011); FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. Culpabilidad jurídico-penal y Neurociencias. En: DEMETRIO, E. (Dir.). *Neurociencias*, 2013. ; EL MISMO. Derecho Penal y Neurociencias: ¿una relación tormentosa? En: *InDret*, 2 (abril, 2011). EL MISMO. La culpabilidad jurídico-penal en el Estado democrático de Derecho. En: *ADPCP*, Vol. LXV (2012).

<sup>28</sup> Entre las publicaciones más recientes: JONES, Owen, WAGNER, David, FAIGMAN, David y RAICHLE, Marcus. Neuroscientists in court. En: *Nature*, Vo. XIV (octubre, 2013). Pp. 730 y ss.; GINTHER, Matthew et al. The Language of Mens Rea. En: *Vanderbilt Law Review* (octubre, 2014). Pp. 1327 y ss.; JONES, Owen et al. Brain scans as evidence: truth, proofs, lies and lessons. En: *Mercer Law Review*, no. 62 (2011). Pp. 861 y ss. MORSE, S y ROSKIES, A (eds.) *A Primer on Criminal Law and Neuroscience*. Oxford: Oxford University Press, 2013. FREEMAN, M. y GOODENOUGH, O. (eds.) *Law, Mind and Brain*. Ashgate: 2009); GOODENOUGH, Oliver. (ed.). *Law and the Brain*. Oxford: Oxford University Press, 2006. GAZZANIGA, M. The law and neuroscience. En: *Neuron*, no. 60 (2008). Pp. 412 y ss. GREENE, Joshua y COHEN, Jonathan. For the Law, Neuroscience Changes Nothing and Everything. En: *Philosophical Transactions of the Royal Society*, no. 359 (2004). Pp. 1775 y ss. También en: GOODENOUGH, Oliver. (ed.). *Law and the Brain*. Oxford: Oxford University Press, 2006. GREELY, H. Neuroscience and Criminal Justice: Not Responsibility but Treatment. En: *Kansas Law Review*, no. 56 (2008). Pp. 1103 y ss.

<sup>29</sup> Vale la pena advertir que el sistema anglosajón se ha ocupado considerablemente más del tema que el continental, como lo muestran obras como la de PARDO, M. y PATTERSON, D. Ob. cit., 2011. Sin embargo, destacan en nuestra doctrina recientes contribuciones que, como la de PÉREZ MANZANO, M. *InDret*, 2, 2011 o la de DEMETRIO, E., *Rev. Der. Gen. H.*, Núm. Extraord. I (2014), muestran un creciente interés sobre el tema.

Habiendo establecido esto, lo primero que cabe destacar del estado actual de la discusión es que se encuentra notablemente trabada en torno a un aspecto central: defender o rebatir las conclusiones de neurocientíficos que, como ROTH, SINGER o PRINZ, pretenden reevaluar la vigencia actual del tradicional concepto de libre albedrío que maneja el Derecho penal. Para empezar, es conveniente revisar la forma como en algunos de los más recientes escritos se está caracterizando el problema.

De forma general, la situación que ha motivado en la última década decenas de artículos académicos sobre el papel de las neurociencias en el Derecho penal se reduce, según PÉREZ MANZANO, a que “[l]as Neurociencias habrían refutado la tesis de que el ser humano actúa de forma libre y voluntaria”<sup>30</sup>. Tal y como presenta el panorama DEMETRIO CRESPO, “las últimas investigaciones llevadas a cabo en el campo de la neurobiología (...) parecen conducir a la conclusión de que en realidad ningún ser humano tiene ante sí la elección de actuar bien o mal moralmente, ya que la libertad de voluntad sería una mera ilusión, y el mal un fenómeno biológico que reside en el cerebro”<sup>31</sup>.

Parecida es la caracterización hecha por el profesor HASSEMER, según el cual “científicos experimentales como representantes de las neurociencias (...) sostienen que las investigaciones empíricas sobre la estructura y conexiones neuronales entre partes del cerebro indican que no hay decisión libre y consciente en la actuación humana, pues ésta viene ya prefijada por procesos neuronales”<sup>32</sup>. Para FEIJOO SÁNCHEZ “[l]as neurociencias vienen demostrando que es precisamente nuestra ‘ceguera’ ante determinados fenómenos lo que se encuentra en el origen de la sensación de que todo depende de nuestra voluntad libre y consciente”<sup>33</sup>.

Por su parte, LUZÓN PEÑA, entiende que la discusión parte de que “para la mayoría de los cultivadores de las neurociencias, la libertad de voluntad y decisión es un artificio inexistente, una mera ilusión, no porque no se pueda probar, sino porque se puede probar que no existe”<sup>34</sup>. En el mismo sentido, LUZIA FÄH y sus colaboradores, destacan que “los últimos hallazgos han hecho que diversos investigadores del cerebro

---

<sup>30</sup> PÉREZ MANZANO, Mercedes. Fundamento y fines del Derecho penal. Una revisión a la luz de las aportaciones de la neurociencia, InDret, 2, 2011, p. 2.

<sup>31</sup> DEMETRIO, E., InDret, No. 2, 2011 pp. 2-3.

<sup>32</sup> HASSEMER, Winfried. Neurociencias y culpabilidad en el Derecho penal. En: InDret, no.1 (2011). P. 21.

<sup>33</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, B. ADPCP, Vol. LXV, 2012, p. 105.

<sup>34</sup> LUZÓN PEÑA, D. InDret, 3, 2012, p. 20, refiriéndose a la cita original de DEMETRIO en: DEMETRIO, E. InDret, No. 2 2011.

*vuelvan a defender la tesis de que el hombre carece de libre albedrío, y de que, en general, la conducta punible tiene su origen en déficit neurobiológicos. Distintos experimentos han demostrado que la actividad neuronal precede al acto voluntario percibido como consciente*<sup>35</sup>.

Como es evidente, el problema al que apunta la mayoría de los autores tiene que ver con la perspectiva materialista, reduccionista o fisicalista desde la cual los neurocientíficos abordan la cuestión sobre el libre albedrío. Podría decirse que lo que las neurociencias afirman es que *“todos nuestros estados mentales están causados por procesos neurobiológicos que tienen lugar en el cerebro, realizándose en él como rasgos suyos de orden superior o sistémico*<sup>36</sup>. Sin embargo, ello no es del todo acertado.

En puridad, esta relación de causalidad afirmaría un dualismo entre estados mentales y procesos neurobiológicos inaceptable para quien defienda un materialismo eliminativo. Como se verá, la falta de precisiones como esta a la hora de embarcarse en el debate se encuentra detrás de algunas de las más evidentes falacias argumentativas.

Una de las formas para rebatir la fuerza de las conclusiones de los neurocientíficos en el debate penal es achacarles un pobre grado de fiabilidad. Así, se encuentran críticas que tienen que ver con las falencias que las propias neurociencias atribuyen al grado de precisión que permiten sus instrumentos y, por ende, al grado de fiabilidad que representan sus conclusiones dado el estado actual del avance tecnológico. Como ejemplo:

*“los propios neurobiólogos (...) advierten que la investigación sobre el cerebro acaba de empezar a ocuparse del mundo de las emociones, y que todavía no se dispone de las herramientas necesarias para el análisis del complejo sistema sobre el que se basan la toma de decisiones y las acciones*<sup>37</sup>. O también: “[a]un cuando se concediera que el cerebro funciona de manera determinista resultaría imposible hoy por hoy describirlo y entenderlo en toda su complejidad”<sup>38</sup>.

Estas formas de cuestionar el valor de los aportes de estas ciencias para la discusión penal tienen en su contra la cada día más evidente realidad del avance exponencial del estado de la tecnología, lo que supondrá que más temprano que tarde los neurocientíficos contarán con herramientas que permitan estudiar el cerebro con un

---

<sup>35</sup> FÄH, Luzia. ¿Un nuevo determinismo? La exclusión de las relaciones probabilísticas y de las influencias situacionales en los enfoques neurocientíficos. En: BUENO ARÚS, Francisco et al (dirs.). Derecho penal y criminología como fundamento de la política criminal. Madrid: Dykinson, 2006. P. 227.

<sup>36</sup> SEARLE, John. Libertad y neurobiología. Barcelona: Paidós, 2005. P. 29.

<sup>37</sup> HILLENKAMP, JZ, 2005, p. 313 citado por: DEMETRIO, E., InDret, No. 2, 2011, p. 21

<sup>38</sup> DEMETRIO, E., AFDUAM, no. 17 (2013), p. 246.

margen de error en sus apreciaciones lo suficientemente cercano a cero como para descartarlo. Son, por ello, mucho más interesantes las réplicas que, asumiendo la veracidad de las conclusiones y la fiabilidad epistemológica de las mismas, buscan refutarlas asumiendo que no describen adecuadamente cómo funcionan las cosas.

Repárese en el contenido de la siguiente afirmación: “[l]as neurociencias han confirmado la brillante intuición de Spinoza cuando afirmaba que nuestra sensación de libertad no es más que una consecuencia de nuestra ignorancia respecto de los mecanismos que nos determinan”<sup>39</sup>. Es, de entrada, curioso el reiterado recurso a una especie de desdoblamiento del agente que se refiere a “nuestra sensación”, “nuestra ignorancia”, “nos determinan”. Más que una limitación del lenguaje, como se demostrará, ello se debe a que no es fácil desprenderse del dualismo ni siquiera a la hora de explicar el punto de vista neurocientífico, y ello incide notoriamente en los contraargumentos que buscan rebatir sus conclusiones.

Uno de los puntos neurálgicos de la discusión suele referirse a los alcances del famoso experimento de BENJAMIN LIBET, según el cual “la realización de cada acto consciente voluntario se encuentra precedida por procesos cerebrales especiales inconscientes que empiezan alrededor de 500 ms antes del acto”<sup>40</sup>. Este fue el gran descubrimiento neurocientífico de la segunda mitad del siglo pasado que ocupó, junto al caso GAGE y al cerebro de BROCA, las referencias de los artículos académicos que difundían a otras disciplinas la importancia de las neurociencias como *veritatis splendor* ante el oscuro misticismo que nutría la psicología popular.

Para ROTH, ello se traduce en que “el acto consciente de voluntad de ningún modo [puede] ser el causante del... movimiento, porque este movimiento está fijado ya previamente por procesos neuronales”<sup>41</sup>. Este y otros descubrimientos han llevado a la precipitada conclusión de que las neurociencias pueden probar que la libertad de voluntad y de decisión no existe. O, en otras palabras, que “no es el hombre, sino su cerebro, el que genera las decisiones conscientes”<sup>42</sup>. Sin embargo, ¿qué significa eso?

---

<sup>39</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, B., ADPCP, Vol. LXV, 2012, p. 105.

<sup>40</sup> LIBET, Benjamin. Unconscious cerebral initiative and the role of conscious will in voluntary action. En: *The Behavioral and Brain Sciences*, 8:4 (1985), Cambridge University Press. Pp. 536.

<sup>41</sup> ROTH, Gerhard. La relación entre la razón y la emoción y su impacto sobre el concepto de libre albedrío. En: RUBIA (dir.), *Ob. cit.*, 2009. Pp. 103 y ss. Versión original en: ROTH, Gerhard. *Wörter dürfen Hirnforscher reden*. En: GEYER, C. (ed.). *Hirnforschung und Willensfreiheit*. Frankfurt: Suhrkamp, 2004. P. 73 y ss.

<sup>42</sup> FÄH, L., en: Bueno Arús, Francisco et al (dirs.), *Derecho penal*, 2006, p. 227.



Para aceptar que la libertad de voluntad no existe, antes hay que adoptar una postura sobre la naturaleza de los estados mentales. Ello es trascendental, pues si de antemano se adopta un materialismo eliminativo no hay razón por la cual haya de contarse en un principio con una explicación de la “libertad de voluntad” por fuera de los procesos neuronales que, más que originarla, son en lo que ella consiste. En definitiva, una reflexión en torno a la forma como se concibe la relación entre la mente y el cerebro puede que entregue una perspectiva en la cual sea incongruente hablar de la conciencia por fuera del último.

Pero un realista podría disentir. Es más, podría encontrar en la posibilidad de que las neurociencias prueben que tal cosa no existe una petición de principio: la “*no existencia*” de estados mentales por fuera de la explicación del cerebro es lo que caracteriza al materialismo eliminativo. Si un realista afirma que la voluntad tiene existencia como estado mental en un plano más allá del físico, dudosamente un experimento sobre el cerebro lo convencerá de lo contrario, pues seguirá postulando – con razón- que ello muestra sólo el reflejo de la interacción física<sup>43</sup>. Y esto no es de menor importancia, pues apunta al mayor impedimento para que los contraargumentos tengan vocación de rebatir los postulados a los cuales se dirigen.

Tómese como ejemplo la siguiente réplica:

“el propio impulsor de estas tesis de la neurobiología, Libet, acaba destacando que la voluntad consciente puede bloquear el impulso surgido de procesos neuronales inconscientes: ‘la voluntad consciente influye el resultado del proceso de voluntad, aunque este último fue introducido por procesos cerebrales inconscientes’ y concluye que tan no demostrado está el determinismo como el indeterminismo”<sup>44</sup>.

Nuevamente, gracias a una reflexión sobre la naturaleza de lo que es un estado mental se puede apreciar o bien la redundancia, o bien la contradicción en este argumento. Decir que la “voluntad consciente” puede afectar de alguna forma a los procesos neuronales inconscientes es, quizás, la forma más clara de afirmar un dualismo. Si se afirma la relevancia de los procesos neuronales como forma de demostrar el determinismo, no tiene sentido postular una entidad metafísica que

---

<sup>43</sup> Similar a lo que ocurre en la argumentación de HASSEMER sobre las limitaciones de las neurociencias en torno al concepto de libertad: “Algunas de estas ciencias son capaces de medir el reflejo de la libertad, como, por ejemplo, las vivencias de libertad de los seres humanos, o su tristeza por una salida frustrada a campo abierto. Sin embargo, la libertad en cuanto objeto de investigación no pasa a ser accesible por ello para estas ciencias; sólo reciben una información mediata – tan sólo la vislumbran” (HASSEMER, W. *InDret*, 1, 2011, p. 8).

<sup>44</sup> ROXIN, AT, t.I, 4a ed., 2006, § 19/43 s., refiriéndose a LIBET, en GEYER (ed.), *Ob. cit.*, 2004, P. 268 y ss., en particular pp. 277 284. Citado por: LUZÓN PEÑA, D., *InDret*, 3, 2012, p. 22

interviene en ellos como forma de demostrar el indeterminismo. O se es dualista o se es monista con respecto a lo que el hombre tiene en la cabeza, pero decir que “*la voluntad consciente influye el resultado del proceso de voluntad*” es directamente redundante o contradictorio: será redundante para un realista, pero contradictorio para un materialista.

El problema es que en el estado actual de la discusión una de las más graves falencias tiene que ver con la lectura dualista de los resultados ofrecidos por quien mantiene una perspectiva monista de la relación mente-cerebro, lo cual lleva a interpretaciones confusas o incluso contradictorias del sentido real de los descubrimientos de las neurociencias. Similar a las cadenas argumentativas que se han venido exponiendo, LUZIA FÄH introduce la cuestión como que:

“Algunos investigadores cerebrales se basan en los resultados de los experimentos de Libet et al. (1983), y consideran que el libre albedrío no existe y que el individuo no actúa por decisión propia, sino como le «ordena» su cerebro”<sup>45</sup>.

Decir que el cerebro le ordena algo al individuo es, de entrada, caracterizar falazmente las conclusiones presentadas por un sector que, como postulado filosófico, rechaza rotundamente esta o cualquier otra forma de dualismo según la cual hay alguna entidad metafísica paralela a los procesos bioquímicos cerebrales. Si esta es la caracterización del problema, difícilmente se puede ofrecer una respuesta al mismo que sea coherente con los presupuestos filosóficos sobre la naturaleza de la mente asumidos por la contraparte.

Como es natural, una tal lectura de los resultados del experimento de LIBET inmediatamente lleva al lector a formular un problema que a todas luces es falaz, a saber: “*¿Se le pueden exigir responsabilidades a un delincuente por sus acciones si su cerebro le ‘ordena’ cometer el delito?*”<sup>46</sup>.

Pese a que un breve repaso sobre las implicaciones del materialismo eliminativo como el punto de partida de muchos neurocientíficos ofrece suficientes razones para repudiar esta formulación del problema, así se encuentra –sin duda– en el trasfondo del debate y ha permeado el imaginario colectivo sobre lo que significan las conclusiones de este y otros estudios. Esto ha calado en la argumentación un vacío que sólo puede ser llenado advirtiendo sobre las distintas concepciones de lo mental que inciden en la discusión.

---

<sup>45</sup> FÄH, L., en: Bueno Arús, Francisco et al (dirs.), Derecho penal, 2006, p. 228.

<sup>46</sup> Ibid. p. 228.

Otras formas de replicar a las conclusiones de las neurociencias permiten apreciar aún más la importancia de considerar los postulados filosóficos sobre los cuales se erige una particular concepción de los estados mentales. Nótese la siguiente proposición:

“las investigaciones de la moderna antropología y psicología comparando la conducta humana con la animal ponen de manifiesto que el hombre, con el desarrollo de su razón, valores y conciencia ética, es capaz de controlar sus impulsos e instintos mediante su inteligencia y voluntad y por ello que no hay determinación biológica general del hombre”<sup>47</sup>.

O,

“Los seres humanos, a diferencia de los restantes animales y de las fuerzas naturales, al tener inteligencia y razón, y además poseer, salvo perturbaciones o desviaciones graves, también conciencia moral, que les hace valorar el significado de los actos como bueno o malo, han desarrollado la capacidad de sustraerse a la ley causal ciega de la naturaleza, incluyendo en gran medida a sus instintos e impulsos profundos y a su disposición y modo de ser”<sup>48</sup>.

La postulación de la existencia de lo que sea la “conciencia ética” como una entidad reguladora del control de impulsos *mediante* algunos estados mentales es, en breve, la descripción cartesiana de la interacción entre *res extensa* y *res cogitans*. De ser ello así, difícilmente sería algún parámetro la comparación del hombre con el animal cuando este último, de entrada, se caracteriza por la ausencia de este tipo de conciencia. Una réplica a la determinación biológica general del hombre no puede ser que es diferente a los demás animales porque tiene razón y valores que inciden sobre los impulsos pues, como se explicó con anterioridad, para quienes defienden un reduccionismo fisicalista aquello también puede reducirse a un conjunto de impulsos.

Pero, pese a la incongruencia de intentar rebatir las conclusiones arribadas por quien mantiene una perspectiva materialista alegando la existencia de un dualismo entre mente-cuerpo, esta es una de las formas más frecuentes de restarle importancia a los descubrimientos de las neurociencias para quien se ocupa del Derecho penal. El dualismo entre “sujeto-cuerpo”, “mente-cerebro”, “voluntad-impulso” o como quiera formularse es difícilmente prescindible, en especial si en los escritos que sobre el tema de las neurociencias se ocupan no se dedica un espacio a esta consideración. A decir

---

<sup>47</sup> LUZÓN PEÑA, D., InDret, 3, 2012. P. 24. Refiriéndose a las siguientes obras: LANGE, «Wandlungen in den kriminologischen Grundlagen der Strafrechtsreform», en VON CAEMMERER/FRIESENHAHN/ LANGE (eds.), FS-DJT, 1960, pp. 345 y ss.; EL MISMO, «Die moderne Antropologie und das Strafrecht», en FREY (ed.), Schuld-Verantwortung-Strafe, 1964, pp. 277 y ss.; ARTHUR KAUFMANN, Das Schuldprinzip, 1961, pp. 116 y ss.; WELZEL, Lehrbuch, 11a ed., 1969, pp. 142 y ss.; ROXIN, Problemas básicos en el Derecho Penal, 1976, pp. 13 y s., p. 27 (en n. 23: A R. LANGE le corresponde particularmente el mérito de haber hecho provechosas para el Derecho penal las modernas investigaciones antropológicas); JESCHECK/WEIGEND, AT, 5a ed., 1996, pp. 409 y ss.; EL MISMO, PG, 2002, pp. 369 y ss.; CEREZO MIR, Curso de derecho penal español, t.III, 2001, pp. 40 y s.

<sup>48</sup> LUZÓN PEÑA, D., InDret, 3, 2012, p. 35.

verdad, son varias las formas de dualismo que, sin aludir expresamente a él, lo anteponen como barrera frente a los argumentos de corte monista.

Por ejemplo,

“otro resultado que también habría alcanzado el propio LIBET en experimentos posteriores, según el cual entre el momento en el que el sujeto cree tener consciencia de querer hacer algo y el momento de ejecución del acto voluntario todavía hay una fracción de tiempo de unos 100 ms, medida en términos de actividad cerebral, durante la cual el sujeto sometido al experimento podría vetar el acto voluntario”<sup>49</sup>.

Deja mucho que desear afirmar que el sujeto pueda “vetar” el acto voluntario. ¿Exactamente cómo? Queda en el imaginario colectivo la renuente idea de que en alguna medida *existe* una sustancia inmaterial –la voluntad- que permite “alterar” los procesos neuroquímicos que, de otra forma, hubieran producido tal o cual comportamiento. Lo que este tipo de lecturas olvida es que “[c]uando un materialista se pregunta ‘¿Fue él o fue su cerebro?’, la respuesta es ‘son uno y el mismo’. Para los materialistas, tú eres tu cerebro”<sup>50</sup>.

Y sin embargo, frecuentemente se encuentran en la doctrina postulados como:

“la neurociencia nos dice que, en el momento en que el individuo experimenta algo conscientemente, el cerebro ya ha hecho su trabajo. Cuando somos conscientes de que hemos tomado una decisión, el cerebro ya ha inducido ese proceso”<sup>51</sup>.

¿Quiénes “somos conscientes” de que el cerebro ya hizo su trabajo? ¿Los fantasmas que operan detrás de la máquina? Esta forma de entender los aportes de las neurociencias, tan generalizada entre los juristas, ha llevado a la acertada réplica de GREEN y COHEN: “¿Era él, o eran sus circunstancias? ¿Era él, o fue su cerebro? Pero lo que la mayoría de gente no comprende, pese a que los filósofos naturalistas y científicos han estado diciéndolo durante siglos, es que no existe un “él” independiente de estas otras cosas”<sup>52</sup>.

Este discurso dualista, tácito pero al tiempo muy evidente, impregna la argumentación de quien de esta forma se opone al reduccionismo fisicalista de las neurociencias. Quizás uno de los más acérrimos defensores del dualismo como forma de reivindicar la libertad de voluntad frente al yugo determinista de la bioquímica neuronal

---

<sup>49</sup> PÉREZ MANZANO, Mercedes. El tiempo de la consciencia y de la libertad de voluntad. En: DEMETRIO, E. (dir.). Neurociencias, 2013. pp. 105-135. Citada por: DEMETRIO, E., Rev. Der. Gen. H., Núm. Extraord. I (2014), p. 116.

<sup>50</sup> PARDO, M. y PATTERSON, D. Ob. cit., 2011. P. 10.

<sup>51</sup> GAZZANIGA, Michael. El cerebro ético. Barcelona: Paidós, 2006. P. 100.

<sup>52</sup> GREENE, Joshua y COHEN, Jonathan. For the Law, Neuroscience Changes Nothing and Everything. En: GOODENOUGH, O. (ed.). Ob. cit., 2006. P. 213.

es LUZÓN PEÑA, quien en su nueva postura frente al asunto estima que es “ridículo” siquiera plantear que en ciertos casos los agentes no son libres. En su visión:

“hay que destacar que la discusión sobre si no es demostrable la libertad de voluntad se suele plantear pensando en crímenes o delitos muy graves como los de sangre, violentos o los sexuales, donde ciertamente puede surgir la duda de si el hecho no ha sido determinado más bien por impulsos inconscientes o incontrolables que por la voluntad consciente (...), resulta bastante fuera de lugar dudar de la libertad de decisión del sujeto en la mayoría de los delitos de mediana o menor gravedad, (...), en los que no tiene sentido hablar de impulsos inconscientes o incontrolables como motivación de la actuación, sino que es evidente que esta responde a cálculos e intereses egoístas y por tanto a decisiones racionales, por lo que resulta totalmente inadecuado y hasta ridículo plantear en ellos la tesis de que no es cierto o al menos no es demostrable que sus autores fueran libres para haber podido dejar de cometer el delito y por tanto no les es reprochable”<sup>53</sup>.

Como se ve, se parte de un dualismo cartesiano, un realismo frentero que da por sentada la existencia de un segundo plano en el cual opera la mente humana capaz de incidir de forma directa frente a los impulsos corporales. Una visión que, sin decirlo, recurre a la idea de *qualia* como máxima expresión de la íntima individualidad intransferible e inherente a la experiencia mental que no se explica apelando a las coincidencias en la estructura cerebral de los distintos agentes que experimentan la realidad. Esta idea necesariamente conlleva la conclusión de que “*la comprobación segura de la hipótesis determinista exigiría tener la comprobación no en un sujeto concreto, o en unos cuantos, a modo de muestra sociológica, sino en la totalidad de los humanos y eso es imposible*”<sup>54</sup>.

Como se ha reiterado, no hay impedimento para que el pensador adopte la concepción de la relación entre la mente y el cuerpo que más le convenza, pero es inviable pretender que ella sea oponible a la contraparte. Algunos argumentos presuponen que el interlocutor mantiene la misma concepción de la mente, que involucra dualidad de planos, *qualia* y estados mentales que inciden sobre procesos corporales. No obstante, reflexionando en torno al asunto, parece ser que para quien no comparta una visión realista de los estados mentales no hay razón que obligue a estudiar

---

<sup>53</sup> LUZÓN PEÑA, D., InDret, 3, 2012, p. 33. Sobre el planteamiento del tema para delitos especialmente graves, explica la prof. PÉREZ MANZANO que “*respecto de la delincuencia especialmente violenta, los neurocientíficos sostienen que cada vez hay más evidencia científica de que los autores de determinados delitos violentos presentan alteraciones en el funcionamiento de ciertas áreas cerebrales, de modo que no parece fundado sostener que han cometido el delito por decisión voluntaria y controlando en todo momento su propia conducta, siendo más ajustada la idea de que la propia configuración y funcionamiento cerebral constituyen los factores determinantes, o, al menos preponderantes, de la actuación de los delincuentes especialmente violentos*”. (PÉREZ MANZANO, M., InDret, 2, 2011, p. 4. Refiriéndose a: ROTH, G./LÜCK, M./STRÜBER, D., en LAMPE/PAUEN/ROTH, Willensfreiheit und rechtliche Ordnung, Surkamp, 2008, p. 137; MOBBS, D./LAU, H. C./JONES, O./FRITH, C. D., “Law, responsibility and the brain” PLoS Biology 5 (4), 2007, pp. 693 y ss., disponible en <http://ssrn.com/abstract=982487>).

<sup>54</sup> LUZÓN PEÑA, D., InDret, 3, 2012, p. 34.

a la totalidad de los individuos antes de extrapolar las conclusiones obtenidas. Un neurocientífico, que parta de una visión fiscalista de la mente, estudiaría el cerebro en tanto su estructura es común a todos los seres humanos y, lo que es más, no tendría por qué no hacerlo, pues no *existiría* nada más allá de éste.

Como sea, esta visión surge como oposición clara frente al pensamiento de neurocientíficos quienes, como Singer, sostienen que “[e]n la medida en que [las neurociencias] suministran de modo creciente pruebas convincentes de que los cerebros humano y animal apenas se diferencian (...) la afirmación de la dependencia material del comportamiento debe valer también para los seres humanos”<sup>55</sup>. Como bien lo ha demostrado la postura de LUZÓN PEÑA en el debate, se encuentran varias razones para rechazar este tipo de argumentos. La principal tiene que ver, nuevamente, con la filosofía de la mente: partir de una concepción fiscalista de la mente que la reduce al estudio del cerebro, ni es *a priori* válido ni universalmente aceptable. En otras palabras, el materialismo eliminativo, con su reduccionismo fiscalista de la mente y el estudio neurocientífico del cerebro, no es la única perspectiva posible para entender al ser humano.

Otra de las formas con las cuales se pretende eludir las supuestas consecuencias que los postulados de las neurociencias tendrían para el Derecho penal consiste, paradójicamente, en resaltarlas. Este conjunto de argumentos y contraargumentos parte de que la aceptación de un determinismo tal y como lo plantean algunas conclusiones de estudios sobre el funcionamiento del cerebro acarrearía una aniquilación total de la vida en sociedad tal y como se conoce:

“Quien –por las razones que fuere– niegue que los seres humanos pueden ser responsables de lo que hacen, elimina una pieza clave no sólo de nuestro ordenamiento jurídico, sino también de nuestro mundo. Vulnera el fundamento normativo de nuestro trato social, el reconocimiento como personas. La base de ese reconocimiento es la expectativa recíproca de que nuestros congéneres no nos ven como un sistema compuesto por huesos, músculos y nervios, sino que nos perciben también como persona y se conducen en función de esa percepción”<sup>56</sup>.

Esta afirmación suele ir de la mano con otra, que invita a reflexionar sobre las consecuencias que tendría esto para la eficacia del sistema jurídico y otros sistemas normativos de atribución de responsabilidad:

---

<sup>55</sup> SINGER, Tania. En: GEYER (ed.), *Ob. cit.*, 2004, p. 37.

<sup>56</sup> HASSEMER, W. *InDret*, 1, 2011, p. 9. Según este autor, también hay que tener en cuenta que el Derecho penal “[n]o puede suspender sus enjuiciamientos hasta la conclusión de la discusión en torno al libre albedrío, que puede durar décadas o siglos, y esto significa: no puede dar por válido el determinismo” (HASSEMER, W. *InDret*, 1, 2011, p. 3).

“la negación de la libertad y de la responsabilidad personal derivada de su uso sería perturbadora y disfuncional, de consecuencias catastróficas para la sociedad y el Derecho, (...) pues la educación y los mecanismos de contención no funcionarían si las personas supieran que no se les va a considerar seres libres y responsables de las infracciones que cometan”<sup>57</sup>.

Según esta visión, *“la educación y los mecanismos sociales y jurídicos de contención de hechos gravemente antijurídicos no funcionarían si las personas supieran que no se les va a considerar seres libres y responsables de las infracciones que cometan”*<sup>58</sup> y ello se debe, naturalmente, a que *“(...) la mayoría de los delincuentes, (...) estarían muy satisfechos, se burlarían y se crecerían ante el panorama de una sociedad y un ordenamiento que consideraran que, con seguridad o posiblemente, los ‘pobres’ no actuaban libremente al delinquir”*<sup>59</sup>.

Este es el contraargumento según el cual, dado que se es libre, la negación de la libertad haría que se pudiese burlar la ley y salir libre de toda consecuencia. Sin embargo, olvida que para evitar caer en falacias, la construcción de argumentos que pretendan rebatir las implicaciones que tendría aceptar un determinismo biológico debe hacerse de cara al punto de partida de la contraparte, teniendo en cuenta los postulados filosóficos sobre los que erige su modelo del mundo y encontrando en ellos inconsistencias que, de no existir, tendrían que llevar a admitir que su posición es, al menos, igual de válida que la que se le pretende oponer.

Iguales consideraciones merecen algunas de las formas más difundidas para rebatir las posiciones “dualistas” que critican las conclusiones de los neurocientíficos: el argumento según el cual el método científico no ha podido comprobar la existencia de esta entidad inmaterial a la que llamamos “mente” ni cómo interactúa sobre la materia que llamamos “cuerpo”. Tómese como ejemplo una de sus más recientes apariciones:

“ninguna de las fuerzas que existen en la naturaleza (gravitatoria, nuclear fuerte, nuclear débil y electromagnética) explica cómo un ente inmaterial podría actuar sobre la materia, esto es, cómo la mente daría órdenes al cerebro para que éste pusiese en marcha los actos motores que nos llevan de un lado a otro y que nos permiten hablar y escribir”<sup>60</sup>.

Esta construcción, pese a ir a favor de las neurociencias, es igualmente falaz que aquellas que se han expuesto anteriormente en su contra. De hecho, tiene que ver con el aludido error categorial que HASSEMER destaca<sup>61</sup>. Pero además, también es el reflejo de

<sup>57</sup> ROXIN, Claus. Problemas básicos en el Derecho Penal. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña. Madrid: Reus, 1976. P. 27. También en: LUZÓN PEÑA, InDret, 3, 2012, p. 27.

<sup>58</sup> LUZÓN PEÑA, InDret, 3, 2012, p. 37.

<sup>59</sup> Ibid. p. 38.

<sup>60</sup> DEMETRIO, E., Rev. Der. Gen. H., Núm. Extraord. I (2014), p. 119.

<sup>61</sup> HASEMER, W. InDret, 1, 2011, pp. 6 y ss.

una imposición de una perspectiva de la relación mente-cuerpo sobre otra. En esta oportunidad, se alega que ninguna de las fuerzas que rige al cuerpo permite explicar la naturaleza de la mente o cómo esta interactúa sobre aquel. Y los dualistas estarán de acuerdo, pues ello no es un argumento a favor del reduccionismo fisicalista más de lo que es un postulado del realismo cartesiano.

Trabado en una discusión entre realistas, materialistas y algunas formas intermedias, se encuentra el estado actual del debate doctrinario sobre la relevancia que tienen las conclusiones del estudio neurocientífico para el Derecho penal. Encantados por el “*canto de sirena*”<sup>62</sup>, algunos juristas se apresuran a entrar en un debate cuyas dimensiones aún no se acaban de comprender y buscan refutar conclusiones de estudios científicos que, de entrada, puede que ni siquiera les incumban. Da la impresión, ante este breve recuento de algunos de los argumentos más frecuentes de uno y otro lado, que la solución de la tensión entre neurociencias y Derecho penal no está en la afirmación o negación de las conclusiones arribadas por aquella sino en su correcta interpretación e integración a partir de consideraciones en torno a la filosofía de la mente.

Para ello, como se ha venido demostrando, es indispensable una adecuada comprensión de lo que se encuentra en el trasfondo de esta disputa: una particular concepción del ser humano o, de manera más precisa, de la relación entre la mente y el cuerpo. Y la solución de esta disputa no requiere una comprobación empírica del asunto, sino sólo la más sana claridad en torno al punto de partida adoptado por los participantes del debate.

“*Ahora bien, la pregunta acerca de si un modelo "monista" de Derecho penal es necesariamente mejor o peor que uno "dualista" (...) es una bien distinta*”<sup>63</sup>. Independientemente de si las conclusiones contemporáneas de los estudios realizados por neurocientíficos son fieles o no al funcionamiento real del cerebro, lo que en adelante se presenta es un modelo *alternativo* sobre la naturaleza de lo que llamamos “mente” y cómo se relaciona con el cuerpo o, más precisamente, con el comportamiento humano. Es, ante todo, una invitación a reflexionar sobre este y otros asuntos que

---

<sup>62</sup> HASSEMER, W. InDret, 1, 2011, pp. 1-14. Como bien lo apunta HASSEMER, “Que estemos tan divididos y desorientados frente a los neurocientíficos tiene sus razones: no participamos de los avances y retrocesos de su trabajo de investigación; a nosotros sólo nos llegan, de vez en cuando, algunas de las conclusiones.” (P. 4).

<sup>63</sup> DEMETRO, E., en: Demetrio, E. (dir.) y Maroto, M. (coord.), Neurociencias, 2013, p. 30.



prometen extender el horizonte del debate y ofrecer un concepto de lo mental que permita al Derecho penal reinterpretar el papel que desempeñan las neurociencias, y otras áreas del saber, dentro del funcionamiento de su sistema.

### III. LA PROPUESTA FUNCIONALISTA<sup>64</sup>

Tal y como quedó mostrado en el anterior acápite, la discusión entre juristas y neurocientíficos parece estar trabada, revolucionando en torno a un punto cuya solución no parece estar en una comprobación empírica de la situación sino en un adecuado entendimiento de las categorías dogmáticas que se emplean en el discurso. Por esta razón, la postura que se adopta sobre el particular no supone una negación del materialismo, ni una defensa del realismo; en realidad, no está ni a favor ni en contra de ninguna de las anteriores escuelas de pensamiento reseñadas.

Por el contrario, en este escrito se defiende una perspectiva diferente, que lejos de contraponerse a las que tradicionalmente se han adoptado dentro del debate, pretende encontrar sus puntos de coincidencia al tiempo en que sopesa los verdaderos alcances de cada una y sus implicaciones reales para el sistema jurídico penal. No se busca, entonces, definir qué es “mente”, “voluntad” o “libertad”, sino determinar qué utilidad tienen estos conceptos para la operatividad del sistema que sobre ellas se erige. El funcionalismo, en breve, empieza por la pregunta “¿de qué sirve hablar de entidades mentales en el Derecho penal?”.

Entre el realismo, el conductismo y el materialismo opera una especial forma de dualismo<sup>65</sup>. Para algún sector de la doctrina, la mente puede caracterizarse de forma

---

<sup>64</sup> Ha de aclararse que, aunque pueda ser acogida por los defensores del “Normativismo” o “Funcionalismo Radical” como escuela de la teoría material del delito, la noción de libertad en sentido funcional que aquí se propone no se refiere a aquella propuesta por JAKOBS cuya “*idea esencial*”, según FEJOO, es que “*la libertad depende de la función a desempeñar, dependiendo del fin de la pena y de la configuración concreta de la sociedad correspondiente*” (Vid.: JAKOBS, Günther. ZStW 101, pp. 516 ss.; P. 17/3, 18 ss.; *Schuldprinzip*, pp. 26 ss. Citados por: FEJOO SÁNCHEZ, Bernardo. La culpabilidad jurídico-penal en el Estado democrático de Derecho, ADPCP, Vol. LXV (2012), p. 106).

<sup>65</sup> Aclaración importante: pese a que múltiples trabajos que sobre filosofía de la mente se ocupan suelen oponer el funcionalismo al dualismo, me parece que ello es impreciso. Si por dualismo entendemos “dualismo cartesiano” de tal forma que corresponda fundamentalmente con lo expuesto aquí bajo el rótulo de “realismo”, me parece acertada la oposición. No obstante, tal y como se ha definido el dualismo en esta investigación, esta categoría abarca todas las concepciones que encuentran en la dupla mente-cuerpo, como quiera que se le defina, una justificación que permite seguir hablando en estos términos, en oposición al monismo que, de modo general, argumenta en contra de la existencia misma de esta dualidad. El funcionalismo, en estricto sentido, no se opone a la concepción dual de esta relación. Por el contrario, se ocupa de caracterizar a la “mente” o a los “estados mentales” como un conjunto de disposiciones funcionalmente dispuestas para la relación entre *inputs* y *outputs* de naturaleza *intra* o *extra* corpórea. Para que el funcionalismo tenga sentido, la diferencia -al menos conceptual- entre lo que es el mero impulso, de un lado, frente a lo que es la disposición funcional que lo suele relacionar con tal o cual

autónoma, pero ello es más una herramienta figurativa que una expresión con sentido literal. Esta escuela entiende a la mente como un sistema que, al menos conceptualmente, no es idéntico al conjunto de entradas y salidas conductuales a partir de las cuales opera, ni tampoco es necesario reducirla al soporte físico desde el cual lo hace.

Aunque el realismo es probablemente la corriente más icónica del dualismo, muchos de los defensores de este lo abandonan por considerar insatisfactorio el excesivo compromiso con entidades metafísicas a la hora de resolver la cuestión ontológica. En particular, una de las corrientes dualistas más destacadas en la actualidad se aleja del realismo argumentando que el paradigma que explica la relación mente-cuerpo no es la causalidad psicológica del cartesianismo según la cual una sustancia pensante influye en otra sustancia extensa, sino que únicamente puede darse cuenta de tal interacción en términos de *estados funcionales* que relacionan los impulsos recibidos con los resultados producidos.

De la mano de la psicología e inspirada por revolucionarios avances en ingeniería de sistemas y tecnologías de la información, otra corriente -impulsada por las obras de pensadores como FODOR<sup>66</sup>, LEWIS<sup>67</sup>, y PUTNAM<sup>68</sup> - considera que “*lo que hace de algo un estado mental de un tipo particular son sus relaciones funcionales típicas con los estímulos sensitivos, comportamientos, y otros estados mentales*”<sup>69</sup>. Una forma ilustrativa de entender el funcionalismo a partir de sus diferencias con otras propuestas, es aquella relatada por BLOCK:

“¿Qué hace de un dolor un dolor? El dualismo cartesiano dice que la última naturaleza de lo mental habría de ser hallada en una sustancia mental especial. El conductivismo identifica estados mentales con disposiciones conductuales; el materialismo en su versión más influyente identifica estados mentales con estados cerebrales. El funcionalismo dice que los estados mentales están

---

resultado, de otro, necesariamente ha de mantenerse. Así entendido, no hay razón por la cual el funcionalismo no se defiende como una forma de dualismo. A favor: LYCAN, William. Functionalism (1). En: GUTTENPLAN, Samuel (ed.). A Companion to the Philosophy of Mind. Oxford: Blackwell, 1995. P. 331.: “*el funcionalismo dicta que las propiedades mentales son propiedades de un segundo orden que consiste en tener otras propiedades que tienen cierta relación entre sí*”. También SMOLENSKY, Paul. Computational models of the mind. En: GUTTENPLAN, S., A Companion, 1995. P. 184: “*la teoría cognitiva computacional propone analizar ambas, mente y cerebro, como tipos de computadoras*”.

<sup>66</sup> Principalmente: FODOR, Jerry. El lenguaje del pensamiento. Madrid: Alianza, 1984. Pero también: Psicosemántica: el problema del significado en la filosofía de la mente. Madrid: Tecnos, 1994.

<sup>67</sup> LEWIS, David. Psychophysical and theoretical identifications. En: Australasian Journal of Philosophy, 50, 249–258. Igualmente: Mad pain and Martian pain. En N. Block (ed.). Readings in the philosophy of psychology. Vol. 1. Cambridge: Harvard, 1980.

<sup>68</sup> PUTNAM, Hilary. Mind, language, and reality. London: Cambridge, 1975.

<sup>69</sup> SCHWITZGEBEL, Eric. Belief. En: The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Winter 2011 Edition), Edward N. ZALTA (ed.), URL = <<http://plato.stanford.edu/archives/win2011/entries/belief/>>

constituídos por las relaciones entre sí y entre entradas [inputs] sensoriales y salidas [outputs] conductuales<sup>70</sup>.

Así las cosas, lo que identifica al funcionalismo en lo que a la ontología de la mente se refiere, es el postulado según el cual esta se caracteriza por operar a partir de *estructuras funcionales internas* que le son propias, que la explican y le dan sentido. Según sus defensores, el estudio de la mente debe partir del estudio de la disposición funcional de sus estados, es decir, de la forma como se encuentran dispuestas las funciones que operan desde esta: depresión, euforia, nostalgia, etc., serían apelativos para conjuntos particulares de disposiciones funcionales que rigen nuestra actividad diaria (según algunos autores, tal y como el *software* dispone las funciones a ejecutar por medio del *hardware* en un ordenador<sup>71</sup>).

No obstante, “funcionalismo” es una categoría tan amplia que agrupa construcciones relativamente distantes entre sí. El que se encuentra en obras de PUTNAM o FODOR no corresponde propiamente al pensamiento de otros renombrados funcionalistas como ARMSTRONG y LEWIS, de un lado, o WITTGENSTEIN, de otro. Explicar cada forma de funcionalismo en esta investigación sería una tarea pernicioso, pues desviaría el curso de la argumentación e impediría mostrar de forma concreta el punto que se busca resaltar. Para efectos de este proyecto, basta con referirse a aquella forma concebida por los primeros, ampliamente difundida entre la literatura y, sin duda, la más destacada en el estado actual de la discusión<sup>72</sup>.

En la construcción de FODOR, la mente sería, ante todo, una plataforma estructurada a partir de un conjunto de funciones que le permiten –mediante su agrupación en estados mentales– operar como un computador en el cual hay “*inputs*”, “*outputs*” y operadores funcionales que los relacionan<sup>73</sup>. Simplificando, se llamaría “*miedo*” al conjunto de funciones que dispondrían, por ejemplo, un súbito aumento de adrenalina y una actividad cardiovascular elevada cada vez que se encontrara cara a cara con un tigre. Ello se podría expresar de la forma {si *a*, entonces *b* & *c*}; siendo *a* un

<sup>70</sup> BLOCK, Ned. Functionalism (2). En: GUTTENPLAN, S., A Companion, 1995. P. 323.

<sup>71</sup> En general los defensores de una inteligencia artificial fuerte y de los modelos computacionales. Entre los más destacados pensadores que desde esta perspectiva intervienen en el debate se encuentra, por supuesto, HILARY PUTNAM, quien hace más de 50 años se defendía sin contar con la evidencia que los asombrosos avances tecnológicos han presentado al mundo en la actualidad. PUTNAM, Hilary. Minds and machines. En: HOOK, S. (ed.). Dimensions of Mind. Nueva York: Collier Books, 1960.

<sup>72</sup> De igual opinión es LYCAN quien hace una valiosa recapitulación histórica de los distintos frentes desde los cuales se ha defendido a esta corriente a lo largo del siglo XX. Vid.: LYCAN, William. Functionalism (1). En: En: GUTTENPLAN, S. A Companion, 1995, Pp. 317 y ss.

<sup>73</sup> FODOR, Jerry. El lenguaje del pensamiento. Madrid: Alianza, 1984; Psicosemántica: el problema del significado en la filosofía de la mente. Madrid: Tecnos, 1994.

“input” y *b & c* “outputs”, la mente sería la plataforma sobre la cual operaría la fórmula dispuesta para que esta función se ejecutara propiamente. “Miedo” sería algo así como una aplicación que corre sobre un sistema operativo muy peculiar: la mente humana.

Los llamados “modelos computacionales de la mente” desarrollan esta idea funcional de la mente, explicando que *“la naturaleza de un estado mental es justo como la naturaleza de un autómata: constituida por sus relaciones con otros estados y con entradas [inputs] y salidas [outputs]”*<sup>74</sup>. Lo interesante de esta propuesta es que considera que la mente no es *como* una máquina, sino que *es* una máquina<sup>75</sup>.

RAY JACKENDOFF, renombrado profesor de lingüística y ciencia cognitiva, se ha ocupado profusamente de la caracterización del cerebro a partir de las funciones propias de los ordenadores modernos. Entre varias de las analogías que propone, destaca aquella referente al procesamiento de información en uno y otro sistema. Según explica, *“en un ordenador buena parte de la información se guarda mientras que solo una pequeña parte de ella está activada. Lo mismo puede decirse del cerebro”*<sup>76</sup>.

Según MARVIN MINSKY, fundador del laboratorio de Inteligencia Artificial del MIT, la Inteligencia Artificial es *“la ciencia de hacer que las máquinas hagan cosas que requerirían de inteligencia si fueran hechas por hombres”*<sup>77</sup>. Indudablemente, el desarrollo tecnológico ha engendrado un campo especialmente propenso a interacciones entre ingenieros, psicólogos y filósofos en torno a qué es la mente humana y cómo funciona. De esta mesa redonda ha surgido un complejo debate entre funcionalistas, defensores de un modelo computacional de la mente, que sostienen una teoría de la Inteligencia Artificial Débil frente a quienes argumentan a favor de una Inteligencia Artificial Fuerte. En breve, la primera visión sugiere que una máquina puede demostrar inteligencia, pero que ello no implica que tenga mente, o experimente estados mentales relativos a la conciencia; la segunda, en cambio, sugiere que dada la correcta configuración de la relación entre *inputs* y *outputs*, una máquina tendría una mente de exactamente el mismo modo en que los humanos lo hacen<sup>78</sup>.

---

<sup>74</sup> BLOCK, Ned. Functionalism (2). En: Guttenplan, S., A Companion, 1995. P. 324.

<sup>75</sup> SMOLENSKY, Paul. Constituent structure and explanation in an integrated connectionist/symbolic cognitive architecture. En: MACDONALD, C. y MACDONALD, G. (eds.). The Philosophy of Psychology: Debates on Psychological Explanation. Oxford: Blackwell, 1994.

<sup>76</sup> JACKENDOFF, Ray. Consciousness and the Computational Mind. Cambridge: MIT Press, 1987. P. 42.

<sup>77</sup> MINSKY, Marvin. Introduction. Artificial Intelligence and its Cybernetic Background. En: Minsky, M. (ed.). Semantic Information Processing. Cambridge: MIT Press, 1968. P. 6.

<sup>78</sup> COPELAND, B. Jack. Artificial Intelligence: A Philosophical Introduction. Oxford: Blackwell, 1993. P. 27.

Esta última visión, mucho más polémica que la primera, es la criticada por JOHN SEARLE mediante su famosa alegoría del “cuarto chino”<sup>79</sup>, que, en últimas, es un desarrollo pintoresco del popular “*test de Turing*” diseñado en un principio para corroborar que no hay impedimento teórico alguno para hablar de “máquinas inteligentes” o “máquinas que piensan”. El ejercicio original diseñado por ALAN TURING invita a pensar en un escenario ante el cual una máquina pueda emitir los mismos *outputs* que un humano ante los mismos *inputs* -de tal forma que sea virtualmente irreconocible como tal frente a un observador imparcial-. En caso tal, según el autor, puede sostenerse que dicha máquina “piensa” en todo el sentido que la palabra puede expresar: “*el término ‘pensar’ expresa un conjunto no vacío de procesos o funciones que una máquina puede desarrollar a partir de una estructura preestablecida y una serie potencialmente infinita de inputs*”<sup>80</sup>.

A decir verdad, conforme pasa el tiempo, y avanzan los logros en robótica y tecnologías de la información, es cada vez más difícil rebatir este postulado. Si CHARLES DARWIN dejó al mundo claro que “[l]as diferencias entre el hombre y los animales superiores, aun siendo grandes, lo son de grado y no de clase”<sup>81</sup> los laboratorios de Inteligencia Artificial están mostrando cada día con más poder de convicción que lo mismo puede decirse con respecto a los ordenadores.

Contrario a lo que el común de las personas entiende, la Inteligencia Artificial no se agota en la creación de robots humanoides que puedan jugar ajedrez o hacer labores domésticas. Lo que supone un verdadero desafío para el estado actual del debate en torno a la naturaleza de la mente humana son los prometedores avances de grupos interdisciplinarios de investigadores en búsqueda de la llamada “*trascendencia de la mente*”, esto es, la capacidad de que la mente humana funcione por fuera –y con independencia- del cerebro.

Un nuevo enfoque informático de la conciencia –la llamada “*silicon consciousness*”- promete liberar el pensamiento humano de las limitaciones biofísicas del cerebro: “*si la hipótesis computacional del cerebro es correcta, una réplica exacta contendrá tus emociones, actuará y pensará y sentirá de la forma como tú lo haces y experimentará tu conciencia –sin respecto de si está montada sobre células biológicas*

---

<sup>79</sup> SEARLE, John. *Mind, Language and Society*. Nueva York: Basic Books, 1998.

<sup>80</sup> TURING, Alan. *Computing machinery and intelligence*. En: *Mind*, vol. 59 (1950). P. 435.

<sup>81</sup> Citado en: GAZZANIGA, Michael. *Human: The Science Behind What Makes Us Unique*. Nueva York: HarperCollins, 2008. P. 27.

o *ceros y unos*”<sup>82</sup>. Para sus desarrolladores, las neurociencias aparecen apenas como las rudimentarias técnicas para estudiar el aspecto físico del cerebro humano que, según advierten, está llamado a desaparecer. Los verdaderos avances que dejan sin aliento al lector común se dan en un campo que apenas está en proceso de gestación.

La idea, en breve, es que la totalidad del pensamiento humano -su conciencia, con sus recuerdos y emociones- algún día podrá cargarse a un ordenador y enviarse a través del espacio a la velocidad de la luz<sup>83</sup>. Y aunque suene a ciencia ficción, no parece que estén muy lejos de lograrlo:

“Los científicos pueden ahora leer los pensamientos que circulan por nuestro cerebro. Y también pueden insertar un chip en el cerebro de los pacientes completamente paralíticos y conectarlo a un ordenador para que, solo mediante el pensamiento, puedan navegar por la web, leer y escribir correos electrónicos, jugar a videojuegos, controlar su silla de ruedas, operar con electrodomésticos y controlar brazos mecánicos. De hecho, estos pacientes son capaces de hacer todo lo que una persona normal puede hacer a través de un ordenador”<sup>84</sup>

Tecnologías que apenas tienen meses, como el BRAINGATE, ya prometen al mundo un nuevo estadio de la evolución en el cual la mente “*trascienda*” al cuerpo. Hace apenas un par de años científicos de la Universidad de Brown conectaron el cerebro de CATHY HUTCHINSON directamente a un ordenador y le permitieron, entre otras cosas, controlar mediante sus propias señales cerebrales un brazo mecánico<sup>85</sup>. Hoy en día, según uno de los creadores del revolucionario *chip*, es mucho más lo que se logra:

“Podemos conectar el ordenador a cualquier aparato: una tostadora, una cafetera, una máquina de aire acondicionado, un interruptor de luz, una máquina de escribir... En realidad, hoy en día es muy fácil hacer cosas como estas, y por muy poco dinero. Una persona tetrapléjica, incapaz de desplazarse, podrá cambiar el canal del televisor, encender las luces y hacer todas estas cosas sin que nadie tenga que venir a hacerlas por ella”<sup>86</sup>.

Ciertamente, el ritmo al cual avanza la tecnología es tan vertiginoso, que funciones que antaño pertenecían a la fantasía como la “*telepatía*” o la “*telequinesis*” hoy en día son prácticamente una realidad, como lo muestra el caso Hutchinson. Pero esto es apenas un atisbo de lo que promete la perspectiva computacional de la mente. Para el Dr. NICOLELIS, investigador del proyecto BRAIN-NET de la Universidad de Duke,

---

<sup>82</sup> EAGLEMAN, David. Silicon Immortality: Downloading Consciousness into Computers. En: EDGE, No. 14 (2009). Disponible vía web desde: [http://edge.org/q2009/q09\\_14.html](http://edge.org/q2009/q09_14.html). Consultado por última vez el 24 de octubre de 2014.

<sup>83</sup> BLOOM, Floyd. Best of the Brain from Scientific American: Mind, Matter and Tomorrow's Brain. Nueva York: Dana Press, 2007, pp. 15 y ss.

<sup>84</sup> KAKU, M. El futuro, 2014, p. 26.

<sup>85</sup> DUNCAN, David. How Science Can Build a Better You. New York Times. Noviembre 3 de 2012. Disponible vía web desde: [http://www.nytimes.com/2012/11/04/sunday-review/how-science-can-build-a-better-you.html?pagewanted=all&\\_r=0](http://www.nytimes.com/2012/11/04/sunday-review/how-science-can-build-a-better-you.html?pagewanted=all&_r=0). Consultado por última vez el día 22 de octubre de 2014.

<sup>86</sup> Palabras del prof. John Donoghue en entrevista concedida al prof. Kaku, recogidas en: KAKU, M. el futuro, 2014, p. 121.

en un futuro no muy lejano será posible contar con “*un medio a través del cual miles de millones de seres humanos establecerían contactos consensuados, temporales y directos entre sí exclusivamente a través del pensamiento*”<sup>87</sup>. De hecho, la base sobre la cual se sentaría esta red, la comunicación “telepática”, ya fue lograda entre dos ratones de laboratorio en 2013, uno en la Universidad de Duke (EE. UU.) y otro en Natal (Brasil)<sup>88</sup>.

En palabras de STEVEN PINKER, profesor de psicología cognitiva en Harvard, lo que el progreso tecnológico está mostrando al mundo es que “*el cerebro, nos guste o no, es una máquina*”<sup>89</sup>. Para seguidores de una teoría fuerte de la Inteligencia Artificial lo único que diferencia el conocimiento humano sobre cómo operan los ordenadores frente al que se tiene sobre el funcionamiento del cerebro es que “*nosotros somos unas máquinas que se están conociendo a sí mismas o, en otras palabras, que tenemos una conciencia reflexiva*”<sup>90</sup>. Pero si la Ley de MOORE es cierta, quedan pocas décadas para contar con el poder tecnológico suficiente para crear máquinas que se hagan las mismas preguntas que los hombres. En ese momento, funcionalmente será imposible distinguir el pensamiento humano de la inteligencia artificial, pero además -y esto constituye el corazón de la IA fuerte- no habrá razón para hacerlo.

Sin embargo, se esté de acuerdo o no con los postulados del enfoque computacional, de la Inteligencia Artificial (fuerte o débil), o de cualquier otra especie, quien defienda una concepción funcionalista de la mente tiene a su favor el contar con una perspectiva mucho más flexible que aquella defendida por los realistas o materialistas: la solución de la cuestión metafísica no compromete a la cuestión ontológica.

Como bien explica BLOCK, la utilidad del funcionalismo, más que servir para determinar si existe o no un fantasma detrás de la máquina, consiste en permitir describir el funcionamiento de la mente humana sin comprometerse con entidades – físicas o metafísicas- de dudosa utilidad. En sus palabras:

---

<sup>87</sup> Ver la redacción que hace MICHIO KAKU de este y otros avances similares en: KAKU, M. El futuro, 2014, pp. 126 y ss.

<sup>88</sup> GORMAN, James. In a First, Experiment Links Brains of Two Rats. New York Times. Febrero 28 de 2013. Disponible vía web desde: [http://www.nytimes.com/2013/03/01/science/new-research-suggests-two-rat-brains-can-be-linked.html?\\_r=0](http://www.nytimes.com/2013/03/01/science/new-research-suggests-two-rat-brains-can-be-linked.html?_r=0). Consultado por última vez el día 29 de octubre de 2014.

<sup>89</sup> PINKER, Steven. How the Mind Works. Nueva York: W. W. Norton, 2009. P. 11.

<sup>90</sup> KURZWEIL, Ray. How to Create a Mind: The Secret of Human Thought Revealed. Nueva York: Viking Books, 2012. P. 27.

“Volviendo sobre el funcionalismo, éste responde a la cuestión metafísica sin responder la cuestión ontológica. El funcionalismo nos dice que lo que los dolores tienen en común –lo que hace que sean dolores– es su función; pero el funcionalismo no nos dice si los seres que tienen dolores tienen algunas partes no físicas. (...) La descripción de la máquina no nos dice cómo la máquina funciona ni de qué está hecha, y en particular no descarta una máquina que esté operada por un alma inmaterial, con tal de que el alma esté dispuesta a operar de la manera determinística especificada en la tabla” 91.

Quienes defienden una perspectiva funcionalista de la mente suelen admitir que así como no se requiere conocer la maquinaria interna de un reloj para poder leer la hora, tampoco es *necesaria* la pormenorizada explicación de cómo opera el cerebro para hacer predicciones sobre el comportamiento humano. Esto sugiere que no es necesario comprender el rol que juega la noradrenalina o dopamina en el proceso sináptico para hablar de pensamiento racional, o el de la amígdala en el sistema límbico para poder atribuir estados de miedo o euforia. Y si ello es así, no hay razón por la cual para la explicación de otras entidades mentales se renuncie a la posibilidad de atribuir expectativas de comportamiento basadas únicamente en conjuntos de disposiciones funcionales.

La virtud más grande de optar por una perspectiva funcionalista al abordar cuestiones relativas al libre albedrío, conciencia, voluntad y libertad, es que no requiere de compromisos ontológicos relativos a la naturaleza o composición del “alma” o de “lo mental”. De otro lado, tampoco implica el compromiso de que la mente sea el conjunto de estímulos y respuestas a partir del cual opera, y nada más que eso. Sorteando la eterna disputa entre el excesivo misticismo del dualismo cartesiano y el reduccionismo fisicalista o conductista, una explicación en términos funcionales de la mente no requiere saber de qué está hecha, sino qué se puede esperar de ella ante un conjunto determinado de impulsos. Exactamente lo mismo que requiere el Derecho para operar.

El mayor atractivo de la polémica en torno a las neurociencias es que inevitablemente tienta al pensador a reevaluar conceptos que, como el de “libertad” o “voluntad”, son inherentes a todas las áreas del saber. Por ello, actualmente los textos que se publican en torno a la relación entre neurociencias y Derecho penal suelen referirse, aunque superficialmente, a la milenaria discusión entre deterministas e indeterministas. No obstante, suelen hacerlo de espaldas a la filosofía de la mente, dejando a un lado consideraciones relativas a la naturaleza de la relación mente-cerebro,

---

<sup>91</sup> BLOCK, Ned. What is Functionalism?. En: Block, N. (ed.). Readings in Philosophy of Psychology. Vol. 1. Cambridge: Harvard University Press, 1980. P. 175:



con lo cual difícilmente cuentan con un soporte sólido para definir a qué apunta el prefijo “auto” en la determinación.

Como sucede con la lectura e interpretación de los resultados de estudios científicos sobre la estructura y funcionamiento del cerebro, a la hora de tomar postura sobre un concepto de libertad es imperativo tener en cuenta qué se entiende de la relación mente-cuerpo, pues esta constituye el sujeto sobre el cual aquella se predica. Curiosamente este aspecto es deliberadamente ignorado por quienes se enfrascan en una discusión sin salida sobre si las neurociencias tienen o no razón en las conclusiones de sus estudios.

Una perspectiva funcionalista de la mente permite no solo integrar las propuestas de las neurociencias, sino incluso mostrar en qué medida ellas son prescindibles para la atribución de responsabilidad. Una libertad defendida con base en estos postulados no es derivable de lo que ocurre en el mundo físico, ni depende de resultados de estudios sobre el cerebro. Ella es, en breve, una libertad en sentido funcional.

#### **IV. HACIA UNA LIBERTAD EN SENTIDO FUNCIONAL**

El problema del estado actual de la discusión es que, aunque neurocientíficos y juristas comparten que el agente se “autodetermina”, no hay acuerdo en torno a lo que eso significa. He ahí la colosal importancia que tiene la filosofía de la mente para lograr un consenso o, al menos, una visión más detallada de los puntos comprometidos en la discusión. Si la discusión es sobre si el ser humano se determina a sí mismo o no, antes con más razón hay que empezar por preguntarse qué se quiere decir con “sí mismo”.

Para un materialista eliminativo, la aceptación de la libertad como autodeterminación supondrá que a todo lo que puede aspirar la ciencia es a explicar cada uno de los procesos cerebrales que se encuentran detrás de lo que la psicología popular denomina “acciones voluntarias”. Para un dualista, en cambio, las neurociencias son útiles en la medida en que explican la faceta física, bioquímica, de los procesos neuronales dirigidos por una voluntad consciente. Y sin embargo, los unos intentan imponer su visión sobre los otros, refutando los argumentos ajenos con los postulados propios y, lo que es peor, sin saber siquiera en qué están enfrentados.

Una perspectiva funcionalista contempla a la mente como una plataforma sobre la cual operan una serie de conjuntos de disposiciones funcionales que vinculan estímulos con respuestas. Los estados mentales son, en este orden de ideas, agrupaciones más o

menos arbitrarias de funciones que organizan y permiten predecir el comportamiento humano<sup>92</sup>. Para entender los límites de las aspiraciones del Derecho en torno al concepto de libertad y cómo encajan en él los aportes de las neurociencias, hay que empezar por pensar en la “mente” como el concepto que agrupa todos estos estados funcionales y que permite depositar en el agente una serie de expectativas ante la constatación de determinados impulsos. La libertad, en este sentido, es la facultad que se le *atribuye* a los miembros de una sociedad de operar con base en sus propias funciones.

Una disposición funcional típica consiste en el comando “si *a* entonces *b*”. El que los agentes hayan obrado con base en esa función, sin embargo, no es producto del azar<sup>93</sup>. La experiencia pasada y factores bioquímicos seguramente influyen en la configuración de las funciones sobre las cuales opera el agente, pudiendo desembocar en la adopción de la función “si *a* entonces *c*” en reemplazo de la referida. Pero determinar cómo nacen estas funciones o qué factores las condicionan no es competencia del Derecho. Querer ir más allá es “*poner en tela de juicio si esta imagen del hombre se corresponde realmente con la configuración o diseño biológico del cerebro, lo que con los solos conocimientos de un jurista es imposible*”<sup>94</sup>.

Lo único que requiere cualquier sistema normativo de atribución de responsabilidad para operar es la constatación de que ante un estímulo es esperable tal o cual resultado en el agente. Como acertadamente destaca FEJOO SÁNCHEZ, “[e]l ordenamiento jurídico, como obra humana, solo puede garantizar a los ciudadanos que su culpabilidad será valorada de acuerdo con los mejores conocimientos disponibles. Más no se puede hacer (...)”<sup>95</sup>. Es con base en tal conocimiento como se construyen una serie de expectativas cuya defraudación motiva un reproche, jurídico o moral.

Y tal es el papel de las neurociencias y de todas las áreas del saber: ayudar a “pulir” estas expectativas. Por ejemplo, la psicología mostrará cómo un entorno violento afectará el desarrollo de las funciones de un individuo, haciéndolo más propenso a reacciones violentas; la neuroanatomía mostrará cómo una particular patología que presenta el sujeto lo hace más propenso a reacciones violentas frente a estímulos que, en

---

<sup>92</sup> En ello se asemeja al conductismo, de ahí que se haya dicho que la perspectiva requerida es una que “adoptando el punto de partida conductista, ofrezca una perspectiva más flexible”.

<sup>93</sup> Nuevamente, si así lo fuera sería impensable algún sistema de atribución de responsabilidad.

<sup>94</sup> DEMETRIO, E., en: Demetrio, E. (dir.) y Maroto, M. (coord.), Neurociencias, 2013, p. 245.

<sup>95</sup> FEJOO SÁNCHEZ, Bernardo. Derecho Penal y Neurociencias: ¿una relación tormentosa? En: InDret, 2 (abril, 2011), p. 3.

la generalidad de las personas, producirían una reacción pasiva, y así cada área en su medida aportará su conocimiento al Derecho para que, con base en este, pueda operar de mejor forma.

Si el Derecho penal ha acogido un concepto de autodeterminación por razones iusfilosóficas, no tiene sentido que lo abandone porque las neurociencias muestran lo bien que aplica para explicar empíricamente el funcionamiento del cerebro humano. Tal y como lo concibe DEMETRIO CRESPO, *“frente al indeterminismo, resulta posible defender en el contexto compatibilista un concepto mínimo de libertad (...) como autodeterminación entendido de manera intersubjetiva. Un concepto de este tipo es compatible con la hipótesis determinista incluso si los actos voluntarios se pudieran explicar algún día de manera biofísica”*<sup>96</sup>.

Una perspectiva funcional de la mente -del individuo, del sujeto de la autodeterminación- no solo no se opone a los resultados de los experimentos recientes por parte de las neurociencias, sino que directamente los acoge con brazos abiertos en tanto ellos ayudan a desentrañar el misterioso funcionamiento del sistema sobre el cual esta opera<sup>97</sup>.

Desde una perspectiva compatibilista<sup>98</sup>, un modelo funcionalista celebra cualquier aporte que ayude a legitimar las expectativas impuestas sobre el común de los ciudadanos, o que permita retocarlas o directamente abandonarlas y erigir unas nuevas: ¡bienvenidos quienes ayudan al Derecho día a día a definir los difusos límites de “lo normal”!

Los aportes de las neurociencias ayudarán, entre otras cosas, a entender cómo la norma puede motivar al agente<sup>99</sup> o de qué forma se puede conseguir un sistema

---

<sup>96</sup> DEMETRIO, E., en: Demetrio, E. (dir.) y Maroto, M. (coord.), Neurociencias, 2013, p. 27.

<sup>97</sup> En otras palabras, *“el Derecho penal no tiene más remedio que estar atento a las aportaciones de las neurociencias”*. FEIJOO, B., InDret, 2011, p. 8.

<sup>98</sup> Me refiero al estilo adoptado por el prof. DEMETRIO CRESPO en: DEMETRIO CRESPO, E. “Compatibilismo humanista”: una propuesta de conciliación entre Neurociencias y Derecho Penal. En: DEMETRIO, E. (dir.). Neurociencias, 2013, pp. 17-42. En particular en tanto que: *“supone, por un lado, la superación del indeterminismo puro de carácter liberearbitrista, entendiendo por tal uno que conduce a una especie de vacío libre de motivos y condicionamientos (...). Por otro, la superación del determinismo puramente mecanicista, (...)”* (P. 29). Es importante anotar esto, pues bajo ningún punto de vista se pretende introducir un debate, mucho más complicado, sobre la relación entre determinismo y responsabilidad moral en el que con ese nombre interviene el grupo filosófico que considera que la afirmación del determinismo no negaría la posibilidad de libre albedrío ni, por lo tanto, la de atribuir responsabilidad individual. Pese a lo fascinante que resulta el debate entre incompatibilistas fuertes, libertaristas, compatibilistas y semicompatibilistas, éste escapa el objeto de esta investigación particular.

<sup>99</sup> Cfr. DEMETRIO, E., InDret, No. 2, 2011, p. 15: *“En diversos estudios se ha podido comprobar que, a diferencia de la población normal, los criminales violentos y, en general, las personas con elevada*

penitenciario más eficiente<sup>100</sup>. En otras palabras, *“el conocimiento de los procesos neurológicos es necesario para comprender el funcionamiento del Derecho penal, para mejorar sus instrumentos y para fundamentar racionalmente sus elementos conceptuales y sus fines”*<sup>101</sup>.

Con una visión funcionalista se logra *“una consideración abierta a otras ciencias, dejando espacio a aquellas posibilidades de cambio que sean oportunas en orden a un Derecho penal mejor y sobre todo más humanitario. Por ejemplo, en lo concerniente a la interpretación de los preceptos que regulan las causas de inimputabilidad por anomalía o alteración psíquica”*<sup>102</sup>. En definitiva, esta perspectiva permite concluir que la importancia de las neurociencias para el Derecho penal es que sus aportes, correctamente entendidos, muestran que *“[n]o se trata de negar la posibilidad de acciones voluntarias y tampoco de no castigar, sino de hacerlo, en su caso, de otra forma (...) más humana e inteligente”*<sup>103</sup>.

Para resumir, una perspectiva funcionalista de la mente implica necesariamente la inclusión en el Derecho penal de todo el conocimiento que puedan aportar las neurociencias sobre el funcionamiento del cerebro. Pero no se limita a ello.

Tal y como quedó reseñado a lo largo de este escrito, todo parece indicar que faltan contadas décadas para que el ingenio humano dé con la posibilidad de crear máquinas que se hagan las mismas preguntas que sus creadores. Más aún, científicos esperan que en una generación la mente “trascienda” de forma significativa las limitaciones biológicas del cuerpo y que quienes hoy padecen de enfermedades neurodegenerativas que les impiden valerse por sí mismos, mañana puedan navegar en internet, enviar emails, hacer compras, jugar videojuegos, ver una película, programar una cita o escribir un artículo sin limitación alguna. ¿Qué pasará entonces con el

---

*agresividad, padecen con frecuencia diversos déficit cerebrales en el área prefrontal y del córtex órbita frontal y cingular anterior, así como en el córtex temporal y en las regiones límbicas, que afectan todas ellas al control de los estados afectivos y emocionales”*. La utilidad real de estos estudios para el Derecho penal no consiste en que mediante ellos se afirme o niegue la libertad, sino en que con base en ellos se puede reevaluar el baremo a partir del cual se consideran como “normales” tales o cuales funciones, afinando el modelo para atribuir expectativas y promoviendo un sistema de atribución de responsabilidad más justo y equitativo.

<sup>100</sup> Cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, B. InDret, 2, 2011, p. 9: *“Sin modificar el sistema, dichas aportaciones irán afectando periféricamente la praxis del Derecho Penal, básicamente porque algunos casos que resolvemos en la actualidad con imposición de penas probablemente en el futuro se resolverán gracias a dichos avances neurocientíficos mediante la opción por medidas de seguridad, corrección o tratamiento”*.

<sup>101</sup> PEREZ MANZANO, M., InDret, 2, 2011, p. 8.

<sup>102</sup> DEMETRIO, E., InDret, No. 2, 2011, p. 3.

<sup>103</sup> DEMETRIO, E., en: Demetrio, E. (dir.) y Maroto, M. (coord.). Neurociencias, 2013, p. 33.

fantasma cuando, literalmente, opere desde una máquina? ¿Seguirá la doctrina jurídica preocupada por los avances en neurociencias cuando las mentes criminales funcionen con independencia del cerebro?

Quizás hoy en día suene estrambótico hablar del Derecho penal en estos términos, pero no menos de lo que hace cincuenta años sonaba la posibilidad de un ciberacoso sexual, o hace cien la de un Derecho ultraterrestre. Una perspectiva funcionalista de la mente prevé todos estos cambios y anticipa que, incluso en ese entonces, en nada habrá cambiado el concepto de libertad<sup>104</sup>.

## Bibliografía

- BARLOW, Horace. Single units and sensation: a neuron doctrine for perceptual psychology?. En: Perception, 1. 1972.
- BEORLEGUI, Carlos. Filosofía de la mente: visión panorámica y situación actual. Disponible vía web desde: <http://www.uca.edu.sv/facultad/chn/c1170/Filosofia%20de%20la%20mente.pdf>. Consultado por última vez el día 12 de agosto de 2012.
- BLANSHARD, Brand. The Case of Determinism. En: Determinism and Freedom in the Age of Modern Science. Hook, S. (ed.). Collier-Macmillan: Nueva York, 1958.
- BLOCK, Ned. Inverted Earth. En: Philosophical Perspectives, Vol. 4 (1990).
- BLOCK, Ned. What is Functionalism? En: Block, N. (ed.). Readings in Philosophy of Psychology. Vol. 1. Cambridge: Harvard University Press, 1980.
- BLOOM, Floyd. Best of the Brain from Scientific American: Mind, Matter and Tomorrow's Brain. Nueva York: Dana Press, 2007.
- BOLEYN-FITZGERALD, Miriam. Pictures of the Mind: What the New Neuroscience Tells Us About Who We Are. Nueva Jersey: Pearson Education, 2010.
- BUENO ARÚS, Francisco et al (dirs.). Derecho penal y criminología como fundamento de la política criminal. Madrid: Dykinson, 2006.
- BUSTAMANTE B., Jairo. Neuroanatomía funcional y clínica: atlas del sistema nervioso central. 4ª ed. Bogotá: Celsus, 2007.
- BYRNE, Alex. Behaviourism. En: Guttenplan, Samuel (ed.). A Companion to the Philosophy of Mind. Oxford: Blackwell, 1995.
- CHIESA, Luis. Punishing without free will. En: Utah Law Review, Vol. 6 (2011).
- CHURCHLAND, Paul. Matter and Consciousness. Bradford Books: MIT Press, 1984.
- CHURCHLAND, Patricia. Neurophilosophy: Toward a Unified Science of the Mind-Brain. Bradford Books: MIT Press, 1986.
- CHURCHLAND, Patricia/CHURCHLAND, Paul. Eliminative materialism and the propositional attitudes. En: Journal of Philosophy, 78 (1981).
- CHURCHLAND, Paul. Folk Psychology (2). En: Guttenplan, Samuel (ed.). A Companion to the Philosophy of Mind. Oxford: Blackwell, 1995.
- COPELAND, B. Jack. Artificial Intelligence: A Philosophical Introduction. Oxford: Blackwell, 1993.
- CRICK, Francis. La búsqueda científica del alma. Una revolucionaria hipótesis para el siglo XXI. 3ª Ed. Trad. Francisco Páez de la Cadena. Madrid: Debate, 1995.
- CRICK, Francis/KOCH, Christof. Towards a neurobiological theory of consciousness. En: Seminars Neurosciences (SIN), 2 (1990).
- DAMASIO, Antonio. El error de Descartes. Barcelona: Crítica, 2006.
- DAMASIO, Antonio et al. Emotional disturbances associated with focal lesions of the limbic frontal lobe. En: Heilman, K. y SATZ, P. (eds.). Neuropsychology of Human Emotion. Nueva York, Guilford Press.
- DAMASIO, Antonio. Y el cerebro creó al hombre. Barcelona: Destino, 2010.
- DAVIDSON, Donald. Inquiries into truth and interpretation. Oxford: Oxford University press, 2001.

---

<sup>104</sup> Cfr.: “[l]as neurociencias acabarán perfilando una nueva auto-comprensión del ser humano, y ello traerá consigo muchas novedades, pero ello no implica que tengamos que alterar revolucionariamente las bases de nuestra organización social”. (FEIJOO, B., InDret, 2, 2011, p. 28).

- DAVIDSON, Donald. Sobre la idea misma de un esquema conceptual. En: De la verdad y la interpretación. Fundamentales contribuciones a la filosofía del lenguaje. Barcelona: Gedisa, 1995.
- DELGADO GARCÍA, José M. . Hacia una Neurofisiología de la libertad. En: Demetrio, E. (dir.) y Maroto, M. (coord.). Neurociencias y Derecho penal. Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad. Madrid: Edisofer, 2013.
- DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Compatibilismo humanista: una propuesta de conciliación entre Neurociencias y Derecho Penal. En: Demetrio, E. (dir.) y Maroto, M. (coord.). Neurociencias y Derecho penal. Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad. Madrid: Edisofer, 2013.
- DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Identidad y responsabilidad. En: AFDUAM, no. 17 (2013).
- DEMETRIO CRESPO, Eduardo. ¿Libertad versus determinismo en Derecho penal? En: Rev. Der. Gen. H., Núm. Extraord. I (2014).
- DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Libertad de voluntad, investigación sobre el cerebro y responsabilidad penal: aproximaciones al moderno debate sobre Neurociencias y Derecho penal. En: InDret, Revista para el análisis del Derecho, No. 2 (abril, 2011).
- DENNET, Daniel. Consciousness Explained. Boston: Little Brown and Company, 1991.
- DENNET, Daniel. Quining Qualia. En: Marcel, A. y Bisiach, E. (eds.). Consciousness in Contemporary Society. Oxford: Oxford University Press, 1988.
- DENNETT, Daniel. The intentional stance. Cambridge: MIT press, 1987.
- EAGLEMAN, David. Silicon Immortality: Downloading Consciousness into Computers. En: EDGE, No. 14 (2009). Disponible vía web desde: [http://edge.org/q2009/q09\\_14.html](http://edge.org/q2009/q09_14.html). Consultado por última vez el 24 de octubre de 2014.
- EARMAN, John. A Primer on Determinism. Capítulo II “Defining Determinism”. Dordrecht: Reidel Publishing Company, 1986.
- FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. Culpabilidad jurídico-penal y Neurociencias. En: Demetrio, E. (Dir.). y Maroto, M. (coord.). Neurociencias y Derecho penal. Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad. Madrid: Edisofer, 2013.
- FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. Derecho Penal y Neurociencias: ¿una relación tormentosa? En: InDret, 2 (abril, 2011).
- FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. La culpabilidad jurídico-penal en el Estado democrático de Derecho. En: ADPCP, Vol. LXV (2012).
- FODOR, Jerry. El lenguaje del pensamiento. Madrid: Alianza, 1984.
- FODOR, Jerry. Psicosemántica: el problema del significado en la filosofía de la mente. Madrid: Tecnos, 1994.
- FREEMAN, Michael/GOODENOUGH, Oliver. (eds). Law, Mind and Brain. Ashgate: 2009.
- GAZZANIGA, Michael. The law and neuroscience. En: Neuron, no. 60 (2008).
- GAZZANIGA, Michael. El cerebro ético. Barcelona: Paidós, 2006.
- GAZZANIGA, Michael. Human: The Science Behind What Makes Us Unique. Nueva York: HarperCollins, 2008.
- GIMBERNAT, Enrique. ¿Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal? En: AAVV. Problemas actuales en el Derecho penal, 1971-72.
- GIMBERNAT, Enrique. El sistema del Derecho penal en la actualidad. En: AAVV. Estudios de Derecho penal. 2ª Ed. 1976.
- GINTHER, Matthew et al. The Language of Mens Rea. En: Vanderbilt Law Review (octubre, 2014).
- GOODENOUGH, Oliver. (ed.). Law and the Brain. Oxford: Oxford University Press, 2006.
- GREELY, Henry. Neuroscience and Criminal Justice: Not Responsibility but Treatment. En: Kansas Law Review, no. 56 (2008).
- GREENE, Joshua/COHEN, Jonathan. For the Law, Neuroscience Changes Nothing and Everything. En: Philosophical Transactions of the Royal Society, no. 359 (2004).
- GUTTENPLAN, Samuel (ed.). A Companion to the Philosophy of Mind. Oxford: Blackwell, 1995.
- GUTTENPLAN, Samuel. Eliminativism. En: Guttenplan, Samuel (ed.). A Companion to the Philosophy of Mind. Oxford: Blackwell, 1995.
- HASSEMER, Winfried. Neurociencias y culpabilidad en el Derecho penal. En: InDret, no.1 (2011).
- HEISENBERG, Werner. Physics and Philosophy. Capítulo II “The History of Quantum Theory”. Nueva York: Harper and Brothers Publishers, 1958.
- HERNÁNDEZ IGLESIAS, Manuel. Esquemas y rudimentos. En: Ideas y valores. Número especial Donald Davidson. No. 125 (agosto, 2004).
- JACKENDOFF, Ray. Consciousness and the Computational Mind. Cambridge: MIT Press, 1987.

- JAKOBS, Günther. Individuo y persona. Sobre la imputación jurídico-penal y los resultados de la moderna investigación neurológica. En: Cancio, M. y Feijoo, B. (coords.). Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad. Madrid: Civitas, 2008.
- JONES, Owen/WAGNER, David/FAIGMAN, David/RAICHLE, Marcus. Neuroscientists in court. En: Nature, Vo. XIV (octubre, 2013).
- JONES, Owen et al. Brain scans as evidence: truth, proofs, lies and lessons. En: Mercer Law Review, no. 62 (2011).
- KAKU, Michio. El futuro de nuestra mente. Barcelona: Debate, 2014.
- KANE, Robert. "Responsibility, Luck and Chance". En: Journal of Philosophy. Vol. 96. No. 5. (1999).
- KANT, Immanuel. Crítica de la razón pura. México: Taurus, 2006.
- KUHN, Thomas. La estructura de las revoluciones científicas. Madrid: Fondo de Cultura Económica de España, 2005. Originalmente publicado bajo el título "The Structure of Scientific Revolutions" en 1962.
- KURZWEIL, Ray. How to Create a Mind: The Secret of Human Thought Revealed. Nueva York: Viking Books, 2012.
- LELLING, Andrew. Eliminative materialism, neuroscience and the criminal law. En: University of Pennsylvania Law Review, Vol. 141 (1992-1993).
- LEWIS, David. Are we free to break the laws? En: Theoria, no. 47.
- LEWIS, David. Humean Supervenience debugged. En: LEWIS, David. Papers in Metaphysics and Epistemology. Nueva York: Cambridge UP, 1999.
- LEWIS, David. Mad pain and Martian pain. En N. Block (ed.). Readings in the philosophy of psychology. Vol. 1. Cambridge: Harvard, 1980.
- LEWIS, David. Psychophysical and theoretical identifications. En: Australasian Journal of Philosophy, 50.
- LIBET, Benjamin. Unconscious cerebral initiative and the role of conscious will in voluntary action. En: The Behavioral and Brain Sciences, 8:4 (1985), Cambridge University Press.
- LOWE, E. Jonathan. An introduction to the philosophy of mind. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.
- LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Libertad, culpabilidad y neurociencias. En: InDret, no. 3 (julio de 2012).
- LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Aspectos esenciales de la legítima defensa. Barcelona: Bosch, 1978.
- LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Medición de la pena y sustitutivos penales. Madrid: ICUC, 1979.
- LYCAN William. Functionalism (1). En: Guttenplan, Samuel (ed.). A Companion to the Philosophy of Mind. Oxford: Blackwell, 1995.
- MANN, Wolfgang/VARZI, Achille. Foreword. En: Journal of Philosophy, (12), 2006.
- MINSKY, Marvin. Introduction. Artificial Intelligence and its Cybernetic Background. En: MINSKY, M. (ed.). Semantic Information Processing. Cambridge: MIT Press, 1968.
- MIR PUIG, Santiago. Derecho penal: parte general. 9a Ed. Barcelona: Reppertor, 2011.
- MORSE, Stephen. Neuroscience and the Future of Personhood and Responsibility. En: ROSEN, J. y WITTES, B. (eds.), Constitution 3.0: Freedom and Techno- logical Change. Brookings Institution Press, 2011.
- MORSE, Stephen (ed.) A Primer on Criminal Law and Neuroscience. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- MOYA, Carlos J. Alternativas, responsabilidad y respuesta a razones. En: Ideas y Valores. Universidad Nacional de Colombia. Vol. 58, no. 141 (2009). Disponible vía web desde: <http://www.revistas.unal.edu.co/index.php/idval/article/viewFile/12768/13370>. Consultado por última vez el día 21 de marzo de 2012.
- NAGEL, Thomas. What is it like to be a Bat? En: The Philosophical Review, Vol 83, No. 4 (octubre de 1974).
- PARDO, Michael/PATTERSON, Dennis. Fundamentos filosóficos del Derecho y la neurociencia. En: InDret, no. 2 (abril de 2011).
- PAUEN, Michael. Autocomprensión humana, neurociencia y libre albedrío: ¿se anticipa una revolución? En: Rubia, Francisco. (ed.). El cerebro: avances recientes en neurociencia. Madrid: Complutense, 2009.
- PÉREZ MANZANO, Mercedes. El tiempo de la conciencia y la libertad de decisión: bases para una reflexión sobre Neurociencia y responsabilidad penal. En: Demetrio, E. (dir.) y Maroto, M. (coord.). Neurociencias y Derecho penal. Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad. Madrid: Edisofer, 2013.
- PÉREZ MANZANO, Mercedes. Fundamento y fines del Derecho penal. Una revisión a la luz de las aportaciones de la neurociencia. En: InDret, 2 (abril de 2011).
- PINKER, Steven. How the Mind Works. Nueva York: W. W. Norton, 2009.
- POPPER, Karl. Conocimiento objetivo: un enfoque evolucionista. Madrid: Tecnos, 2005.
- POPPER, Karl. Conocimiento: subjetivo contra objetivo. En: Miller, David (comp.). Popper: Escritos selectos. México: Fondo de cultura económica, 1995.

- POPPER, Karl. La lógica de la investigación científica. Trad. Víctor Sánchez de Zavala. Madrid: Tecnos, 1962.
- POPPER, Karl. The Open Universe. Capítulo I “Kinds of Determinism”. Londres: Routledge, 1991.
- PUTNAM, Hilary. Mind, language, and reality. London: Cambridge, 1975.
- PUTNAM, Hilary. Minds and machines. En: Hook, S. (ed.). Dimensions of Mind. Nueva York: Collier Books, 1960.
- QUINE, W.V.O. Ontological relativity and other essays. New York: Columbia University press, 1969.
- QUINE, W.V.O. Word and object. Cambridge: MIT press, 1960.
- ROXIN, Claus. Problemas básicos en el Derecho Penal. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña. Madrid: Reus, 1976.
- RUBIA, Francisco. Comentarios introductorios. En: Rubia, F. (dir.), El Cerebro: avances recientes en Neurociencia. Madrid: Complutense, 2009.
- RUBIA, Francisco. El fantasma de la libertad. Datos de la revolución neurocientífica. Barcelona: Crítica, 2009.
- RUBIA, Francisco. Neurociencia y libertad. En: Demetrio, E. (dir.) y Maroto, M. (coord.). Neurociencias y Derecho penal. Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad. Madrid: Edisofer, 2013.
- RYLE, Gilbert. The concept of mind. New York: Routledge, 2009.
- SAGAN, Carl. Broca’s Brain. New York: Random House, 1970.
- SCHWITZGEBEL, Eric, "Belief", The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Winter 2011 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <<http://plato.stanford.edu/archives/win2011/entries/belief/>>.
- SEARLE, John. Indeterminacy, Empiricism, and the first person. En: The Journal of Philosophy. Vol. 84, No. 3 (marzo 1987).
- SEARLE, John. Freedom & Neurobiology. Reflections on Free Will, Language and Political Power. Nueva York: Columbia University Press, 2007.
- SEARLE, John. Mind, Language and Society. Nueva York: Basic Books, 1998.
- SELLARS, Wilfrid. Empiricism and the philosophy of mind. En: Minnesota Studies in the Philosophy of Science, Vol. 1 (1956). Minneapolis: University of Minnesota Press.
- SERRANO-PIEDRACASAS, José y DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Reflexiones sobre filosofía del lenguaje, diversidad cultural, y su influencia en el derecho penal. En: Carbonell Mateu, Juan et al. (coords.). Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema penal. Semblanzas y Estudios con motivo del setenta aniversario del Profesor Tomás Salvador Vives Antón. Barcelona: Tirant lo Blanch, 2009.
- SKINNER, Burrhus Frederic. Ciencia y conducta humana. Barcelona: Fontanella, 1971.
- SKINNER, Burrhus Frederic. Más allá de la libertad y de la dignidad. Barcelona: Fontanella, 1982.
- SMOLENSKY, Paul. Computational models of the mind. En: Guttenplan, Samuel (ed.). A Companion to the Philosophy of Mind. Oxford: Blackwell, 1995.
- SMOLENSKY, Paul. Constituent structure and explanation in an integrated connectionist/symbolic cognitive architecture. En: Macdonald, C. y Macdonald, G. (eds.). The Philosophy of Psychology: Debates on Psychological Explanation. Oxford: Blackwell, 1994.
- STRAWSON, Peter. Freedom and resentment. En: Proceedings of the British Academy, no. 48 (1962).
- TANNEY, Julia. Gilbert Ryle. En: Zalta, Edward (ed.). The Stanford Encyclopedia of Philosophy. (Invierno, 2009). Disponible vía web desde: URL = <<http://plato.stanford.edu/archives/win2009/entries/ryle/>>.
- TURING, Alan. Computing machinery and intelligence. En: Mind, vol. 59 (1950).
- TYE, Michael. Qualia. En: Zalta, Edward (ed.). The Stanford Encyclopedia of Philosophy. Ed. 2013 (otoño). Disponible vía web desde = <http://plato.stanford.edu/archives/fall2013/entries/qualia/>
- VARZI, Achille. Mereology. En: Zalta, Edward (ed.). Stanford Encyclopedia of Philosophy. En: <http://plato.stanford.edu/entries/mereology/>
- VIVES ANTÓN, Tomás. Neurociencia y determinismo reduccionista: una aproximación crítica. Demetrio, E. (dir.) y Maroto, M. (coord.). Neurociencias y Derecho penal. Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad. Madrid: Edisofer, 2013.
- WELZEL, Hans. Derecho natural y justicia material. Trad. Felipe González Vicén. Madrid: Aguilar, 1957.
- WELZEL, Hans. Derecho penal alemán. Parte General. 11ª ed. (48 ed. castellana), traducción de J. Bustos Ramírez y S. Yáñez Pérez, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1997.
- WITTGENSTEIN, Ludwig. Tractatus logico-philosophicus. Trad. C. K. Ogden. Routledge, 1995.
- WOODS, Oscar/PITCHER, George (eds.). Ryle: Critical Essays. New York: Doubleday, 1970.

\* \* \* \* \*



## Cristina Giralt Padilla

Juez Sustituta Adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Socia de la FICP.

### ~Exención de la responsabilidad criminal por anomalía o alteración psíquica. Ejecución de la medida de seguridad de internamiento~

**Resumen.-** El Código Penal prevé la medida de seguridad de internamiento en centro psiquiátrico para aquellos individuos que, habiendo cometido unos hechos constitutivos de delito, hayan sido declarados exentos de responsabilidad criminal por sufrir una anomalía o alteración psíquica que les impida comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a dicha comprensión, ya sea de forma plena o incompleta.

La presente comunicación tiene por objeto analizar tanto el marco legal y presupuestos necesarios para la aplicación de dicha medida de seguridad privativa de libertad, así como su fundamento y, por otro lado, examinar las dificultades que en la práctica puede plantear la ejecución efectiva de la misma.

## I. INTRODUCCIÓN

La teoría jurídica del delito gira en torno a los elementos de tipicidad, antijuricidad, culpabilidad y punibilidad, de modo que el delito se define como aquella conducta típica porque se adapta a la hipótesis legal, antijurídica porque contraviene la norma, culpable por su reprochabilidad y, por último, penada por la ley por ser susceptible de imposición de pena.

La culpabilidad se erige así, desde una concepción normativa, como la posibilidad de reprochar al autor su conducta antijurídica, fundamentándose precisamente en la libertad del sujeto que le otorga capacidad de elección, es decir, decidir cometer o no un delito. No obstante, desde una concepción neutra, se define la culpabilidad como motivabilidad normal, consistiendo en la capacidad humana para reaccionar y adaptarse a las exigencias normativas, capacidad que va unida a la inteligencia, afectividad, sociabilidad y permite la atribución al sujeto de su comportamiento penalmente relevante y, en consecuencia, la exigencia de responsabilidad criminal por el hecho cometido.

De este modo, la imputabilidad es un presupuesto de la culpabilidad, toda vez que una persona será imputable cuando su madurez y capacidad psíquica le permita discernir el carácter antijurídico de una determinada conducta y decida libremente llevarla a cabo. En consecuencia y para lo que aquí interesa, serán inimputables aquellos sujetos que por sufrir una alteración psíquica, su capacidad de comprensión y de actuación esté anulada. En estos supuestos de inimputabilidad no existe culpabilidad y, precisamente por ello, la consecuencia jurídica del hecho típico y antijurídico no podrá

ser la imposición de una pena, sino que nuestra legislación penal contempla junto a las penas las llamadas “medidas de seguridad” que se fundamentan en la peligrosidad criminal del sujeto al que se impongan, exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito<sup>1</sup>.

Así las cosas, la presente comunicación tiene por objeto una breve aproximación a las distintas patologías que pueden dar lugar a la apreciación de la eximente de anomalía o alteración psíquica, las consecuencias jurídicas de la exclusión de la culpabilidad concretadas en la adopción de una medida de seguridad privativa de libertad como es el internamiento en establecimiento adecuado, así como en mayor medida analizar los problemas y dificultades que supone en la práctica, desde el punto de vista asistencial, la ejecución y desarrollo de dicha medida.

## **II. ANOMALÍA O ALTERACIÓN PSÍQUICA Y TRANSTORNO MENTAL TRANSITORIO COMO CAUSA DE EXENCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD**

El Código Penal español no define la imputabilidad, sino que se limita en los artículos 19 y 20 a enumerar las causas que eximen de responsabilidad criminal, siendo que alguna de ellas afecta a la antijuricidad (causas de justificación) y otras a la culpabilidad (causas de inimputabilidad). Entre estas últimas, el artículo 20.1 establece que “*está exento de responsabilidad criminal el que al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión. El trastorno mental transitorio no eximirá de pena cuando hubiese sido provocado por el sujeto con el propósito de cometer el delito o hubiera previsto o debido prever su comisión*”.

Tradicionalmente se han distinguido dos fórmulas para aplicar esta causa de inimputabilidad. El llamado criterio psiquiátrico o biológico constituye un sistema de catálogo en el que se señalan las enfermedades o patologías que suponen la concurrencia de la eximente de responsabilidad criminal. En cambio, el criterio psicológico describe los efectos que esas enfermedades o anomalías deben producir en las capacidades cognitivas y volitivas del sujeto para que puedan eximir de

---

<sup>1</sup> Artículo 6 del Código Penal: 1. *Las medidas de seguridad se fundamentan en la peligrosidad criminal del sujeto al que se impongan, exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito.* 2 *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.*

responsabilidad. Frente a ambos, el criterio mixto exige la presencia de una anomalía o alteración de carácter psíquico (sin necesidad de enumerarla concretamente) y que ésta se traduzca para quien la padece en la incapacidad de comprender la ilicitud de su acto.

Esta última fórmula mixta biológica-psicológica es la que sigue el actual Código Penal en el citado art. 21.1, pues se exige que el sujeto presente una alteración o anomalía psíquica y que, precisamente debido a esa base patológica y a sus efectos en la conciencia o comprensión, éste tenga alteradas sus capacidades cognitivas y volitivas, de modo que no pueda comprender la ilicitud de su conducta o actuar conforme a dicha comprensión.

Entre las distintas enfermedades mentales que pueden dar lugar a la exención de responsabilidad criminal -ya sea de forma absoluta o incompleta dependiendo de la intensidad o permanencia y, en cualquier caso, requiriéndose esa afectación en sus capacidades-, la Psiquiatría nos ofrece un amplio elenco, pudiendo destacarse:

- I. la esquizofrenia y otros trastornos psicóticos con ideas delirantes;
- II. los trastornos mentales orgánicos, como las demencias, el delirium (no asociado al alcohol u otras sustancias), o los trastornos de comportamiento debidos a lesión o disfunción cerebral o enfermedad somática;
- III. los trastornos del estado de ánimo, como el trastorno afectivo bipolar (episodios depresivos y maníacos), o los episodios afectivos mixtos;
- IV. los trastornos neuróticos, secundarios a situaciones estresantes y somatomorfos (trastornos de pánico, trastorno obsesivo-compulsivo, trastornos de adaptación, amnesia disociativa);
- V. los trastornos de la personalidad, como el trastorno paranoide y esquizoide de la personalidad, el trastorno antisocial, trastorno límite de la personalidad, trastorno histriónico, trastornos de la inclinación sexual (exhibicionismo, pedofilia, sadomasoquismo)
- VI. los trastornos de los hábitos y del control de los impulsos (ludopatía, piromanía, cleptomanía)
- VII. el retraso mental o deficiencia intelectual, que puede ser leve, moderado, grave o profundo.

A ello cabe añadir supuestos de la llamada “patología dual”, cuando a las enfermedades citadas se les añade un trastorno por abuso o dependencia de sustancias psicoactivas.

No obstante, dado que se requiere que esa enfermedad suponga la anulación de las capacidades del sujeto, encontramos en la Jurisprudencia<sup>2</sup> supuestos en los que se reconoce a determinadas patologías como causa de exención absoluta y, en otras ocasiones, como eximente incompleta, por lo que resultan esenciales los informes periciales que analizan las facultades del sujeto y la incidencia de una determinada psicopatía, pues el Juez carece de conocimientos técnicos en esta materia.

### **III. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA APRECIACIÓN DE LA EXIMENTE DEL ARTÍCULO 20.1 CP**

#### **1. Marco legal y requisitos exigidos para la aplicación de la medida de seguridad de internamiento en centro psiquiátrico.**

El artículo 101.1 CP establece que *“al sujeto que sea declarado exento de responsabilidad criminal conforme al número 1 del art. 20, se le podrá aplicar, si fuere necesaria, la medida de internamiento para tratamiento médico o educación especial en un establecimiento adecuado al tipo de anomalía o alteración psíquica que se aprecie...El internamiento no podría exceder del tiempo que habría durado la pena privativa de libertad, si hubiera sido declarado responsable el sujeto y, a tal efecto, el Juez o Tribunal fijará en la sentencia ese límite máximo. El sometido a esta medida no podrá abandonar el establecimiento sin autorización del Juez o Tribunal sentenciador.*

De este modo, nuestro Código Penal regula junto a las penas, las llamadas medidas de seguridad, que están sujetas a las mismas garantías legales que aquéllas. Así, el artículo 1.2 CP somete las medidas de seguridad al principio de legalidad por cuanto dispone que *“sólo podrán aplicarse cuando concurren los presupuestos establecidos previamente por la ley”*, mientras que el art. 3 CP que *“no podrá*

---

<sup>2</sup> SAP Madrid de 5 de junio de 2006 (ROJ SAP M 5401/2006 Pte. Lamela Diez), en el caso de la médico que actuaba en un centro clínico de Madrid, estimaba acreditado que sufría una esquizofrenia tipo paranoide con delirios de persecución y alucinaciones “no tratada”, resultando absuelta de tres delitos de asesinato y cuatro delitos de tentativa de asesinato por concurrencia de la eximente completa del art. 20.1 CP. SAP Zaragoza de 17 de febrero de 2009 (ROJ SAP Z 153/2009 Pte. Ruiz Ramo), en un supuesto en el que el acusado padecía esquizofrenia paranoide con anterioridad a la comisión de un delito de asesinato, enfermedad que causaba una disminución de sus capacidades, sin llegar a anularlas, por lo que aprecia una eximente incompleta del art. 21.1 en relación con el 20.1 CP

*ejecutarse medida de seguridad sino en virtud de sentencia firme dictada por el Juez o Tribunal competente, de acuerdo con las leyes procesales”.*

De lo anterior se deduce, en primer lugar, que la medida de seguridad no es una consecuencia que la comisión del hecho ilícito lleve aparejada de forma inmediata, como ocurre con las penas cuando el sujeto es imputable, sino que del término “podrá” se infiere su carácter potestativo, acepción que entra en correlación con el requisito de la necesidad. Así, únicamente deberán aplicarse cuando, por las circunstancias del sujeto y la afectación de sus capacidades, el Juez o Tribunal considere necesaria la adopción de una medida de seguridad privativa de libertad y, en concreto, para someter al individuo a un tratamiento médico.

De ahí que, la medida de seguridad se considera como una forma alternativa a la pena, de modo que no es en sentido estricto ni pena principal, ni accesoria, ni tampoco consecuencia accesoria y su fundamento no radica en la comisión del delito, sino en la peligrosidad criminal (artículo 6 CP), aunque ésta se exterioriza por la comisión de un hecho ilícito, no pudiendo aplicarse sino en virtud de sentencia firme tras el correspondiente proceso con todas las garantías, estando orientadas al mismo fin señalado en el artículo 25 CE, esto es, la reeducación y reinserción social.

Por otro lado, de la conjugación de los artículos 6 y 95 CP se puede concluir que para la aplicación de medidas de seguridad deben concurrir una serie de circunstancias:

- que el sujeto haya cometido un delito;
- que del hecho y de las circunstancias personales del autor se pueda deducir un pronóstico de comportamiento futuro que revele la posibilidad de comisión de nuevos delitos.

Se trata, por tanto, de medidas post-delictuales de modo que únicamente cabrán cuando el sujeto haya cometido un hecho que esté previsto en la legislación penal como delito, prohibiéndose así las medidas pre-delictuales propias de Estados autoritarios en los que la justificación de su imposición no es la realización de un hecho, sino una determinada configuración biológica o psicológica (raza, pertenencia a un determinado grupo social, padecimiento de enfermedad, etc.) para prevenir futuros e hipotéticos comportamientos delictivos<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> La Ley republicana de 4 de agosto de 1933, denominada de Vagos y Maleantes, partía de tipos criminológicos o de tendencia peligrosas, como los “vagos habituales, homosexuales, rufianes,

Además, en el caso de la medida privativa de libertad de internamiento, será necesario que el delito aparezca sancionado en la ley con pena privativa de libertad (artículo 95.2 CP).

## **2. Naturaleza y fundamento. Necesidad terapéutica.**

Debido precisamente a la anulación de las facultades del sujeto declarado exento de responsabilidad criminal por la concurrencia de una eximente como la analizada, no pueden pasarse por alto las diferencias esenciales entre la pena y la medida de seguridad. Esta última tiene por destinatario a una persona que no es responsable o no lo era en el momento de cometer el hecho típico, de modo que aún cuando el diseño normativo y, en concreto la forma de ejecución, parecen equiparar pena y medida, lo cierto es que el fundamento de la intervención del Estado es totalmente distinto y ello debe plasmarse en las resoluciones judiciales.

El Tribunal Constitucional declaró en Sentencia 112/1988 de 8 de junio la constitucionalidad de la medida de internamiento, entendiéndose que dicha medida acordada en sentencia en los supuestos y del modo previsto en el art. 20.1 PC, no es contraria al derecho fundamental a la libertad contenida en el art. 17 CE, sino que su fundamento se encuentra en las especiales circunstancias personales del acusado, acreditadas a través de la oportuna pericial, y que comportan que el juez o tribunal adopte la medida de seguridad de internamiento en centro psiquiátrico. Del mismo modo, la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de octubre de 1979 (caso Winterwerp), al interpretar el artículo 5.1 e) del Convenio para la protección de los Derechos Humanos, establecía que la legalidad de un internamiento viene condicionado por la prueba del estado mental del sujeto, así como por el hecho de que la patología revista un carácter que legitime el internamiento y, por último, que dados los motivos que justificaron su adopción, es preciso determinar si la perturbación mental persiste y, en consecuencia, debe continuar el internamiento, lo que implica que no puede prolongarse válidamente el internamiento cuando no subsista el trastorno mental.

Por otro lado, no puede obviarse que el artículo 25 CE somete la medida de seguridad privativa de libertad al mismo fin que las penas, esto es, la reinserción y

---

proxenetas, ebrios y toxicómanos, mendigos habituales” permitiendo que el pronóstico de conducta antisocial se basara en elementos biológicos y del mundo que les rodeaba.

La Ley 16/1970 de 4 de agosto, sobre Peligrosidad y Rehabilitación Social, sustituyó a la anterior y mantenía la imposición de medidas de seguridad de carácter predelictual. Tras la promulgación de la Constitución, esta ley no fue derogada formalmente hasta que así lo hizo de forma expresa el Código penal de 1995.

reeducación. En este sentido, RODRÍGUEZ SAEZ<sup>4</sup> considera que el mandato constitucional no puede limitarse a proclamar que la duración de la medida ha de tener un límite temporal, sino que obliga a garantizar que la duración de la situación de privación de libertad sea compatible con dicha reintegración del sujeto en la sociedad. Precisamente el juicio de peligrosidad no es una variable que sólo se aprecie para las medidas de seguridad, sino que incluso en el ámbito de la ejecución de las penas, los artículos 80 y 88 CP<sup>5</sup> se refieren a dicha circunstancia. Es por ello que defiende dicho autor que debe resituarse el concepto de peligrosidad en el marco de las medidas de seguridad, pues la procedencia del internamiento no puede basarse en un concepto tan difuso y escasamente científico como la peligrosidad, toda vez que ello conllevaría a que se hiciera uso de dicha medida con la exclusiva finalidad de inoquización o neutralización del sujeto, apartándolo porque se le considera en realidad un peligro para la sociedad. De ahí que la peligrosidad debería ser un elemento normativo a analizar junto a otros concurrentes, teniendo en cuenta que se traduce en la previsión de un pronóstico comportamiento futuro similar al que ha dado lugar a la comisión del hecho tipificado como delito, si bien en la actualidad con los avances y el tratamiento de las cuestiones relativas a la salud, no puede erigirse dicha peligrosidad como fundamento ético ni de legitimación democrática para la privación de libertad, sino que ésta debe basarse en la necesidad terapéutica del enfermo.

En el mismo sentido se expresan algunos profesionales<sup>6</sup> que están en contacto directo y diario con personas internadas en centros psiquiátricos y que ponen de manifiesto la siempre difícil relación entre Derecho Penal y Medicina. Así, en primer lugar, se constata que en muchas de las resoluciones judiciales se utiliza una terminología poco precisa o respetuosa con la entidad y circunstancias del sujeto sometido a una medida de internamiento para tratamiento psiquiátrico, como cuando se refieren a “penado”, o que se “impone” o se debe “cumplir” la medida, o también cuando se hace referencia a la “potencial peligrosidad” de un determinado sujeto. Por otro lado, se alega que la determinación del tiempo máximo de cumplimiento que prevé

---

<sup>4</sup> RODRIGUEZ SAEZ, J.A. El fundamento ético-jurídico de la medida de seguridad de internamiento psiquiátrico. Diario La Ley nº 7762, Año XXXII Ed. La Ley, 2011.

<sup>5</sup> Dichos preceptos han sido modificados por la LO 1/15 de 30 de marzo, que entrará en vigor el próximo 1 de julio de 2015, no haciéndose ya referencia expresa al concepto de “peligrosidad criminal”, si bien recoge una serie de parámetros que habrán de valorarse para la concesión del beneficio tales como sus circunstancias personales, los antecedentes, la conducta posterior al hecho, etc.

<sup>6</sup> CÁCERES GARCÍA, J.M. Las medidas de seguridad en centro psiquiátrico penitenciario: del fraude a la crueldad innecesaria, en: El Juez de Vigilancia Penitenciaria y las medidas de seguridad. Colección Estudios de Derecho judicial, 127. Ed. Consejo General del Poder Judicial, 2007. pp 69-104.

la ley se aparta de la lógica médica, pues es posible encontrar resoluciones en las que se contiene que el sujeto está aquejado de “esquizofrenia paranoide” y el máximo de cumplimiento de la medida de internamiento es de tres o seis meses (todo ello dependiendo del tipo de delito y de las circunstancias que puedan concurrir en su realización), lo que sería tanto como pretender que esa grave enfermedad puede “curarse” en ese corto espacio de tiempo. Ello conduce a pensar que la ley utiliza parámetros estrictamente jurídicos y penológicos y no terapéuticos, para tratar a estos sujetos declarados exentos de responsabilidad precisamente a causa de su enfermedad.

En realidad, la piedra angular del problema se centra en el hecho de que las personas que han sido declaradas exentas de responsabilidad por padecer una determinada alteración o anomalía son, en puridad, enfermos aquejados de graves patologías psiquiátricas y como tal deberían ser tratados, o cuanto menos debería adaptarse la consecuencia de la comisión del hecho tipificado como delito, esto es, la aplicación de una medida de seguridad privativa de libertad, a la consecución de su máximo objetivo: la necesidad terapéutica.

Debe señalarse la existencia de varias normas que tienen por objeto garantizar la protección de la salud por parte del poder público, siendo éste un principio rector de la política social como propugna el artículo 43 de la Constitución Española. En este sentido, puede citarse el artículo 20 de la Ley 14/1986 de 25 de abril General de Sanidad que dispone que la atención a los enfermos mentales debe realizarse en el ámbito comunitario potenciando recursos asistenciales a nivel ambulatorio y la atención a domicilio, reduciendo la necesidad de hospitalización; o la Ley 41/2002 de 14 de noviembre de autonomía del paciente, que establece como regla general el derecho del ciudadano a rechazar cualquier tratamiento médico; o la Ley 16/2003 de 28 de mayo de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, que propugna el carácter universal del derecho a la protección de la salud y la atención sanitaria en condiciones de igualdad para todos los beneficiarios.

Cierto es que el hecho de padecer una enfermedad mental que en el momento de cometer el delito ha anulado las capacidades cognitivas y volitivas del sujeto, condiciona la ejecución y el desarrollo de la medida privativa de libertad, pues no se deja su adopción al arbitrio del sujeto declarado exento, sino que aún cuando en puridad no se “imponga” como una pena, lo cierto es que es aplicada por el órgano judicial como exponente de la potestad jurisdiccional del Estado, juzgando y haciendo ejecutar



lo juzgado (art. 117 CE). No obstante, no puede obviarse que, en la mayoría de las ocasiones, estos sujetos no se hallan incapacitados judicialmente, es decir, no existe una declaración judicial que indique que no pueden gobernarse por sí mismos, sino que la maquinaria del Estado se inicia por la comisión de un hecho que está previsto como delito, lo que es indicador de esa peligrosidad a la que se refiere el Código, así como que a causa de la enfermedad mental que padece y que afecta a sus capacidades para discernir, se considera una medida necesaria, si bien el fundamento último no debería ser esa necesidad desde la perspectiva de la comunidad y de la adecuación del comportamiento a las normas jurídicas, sino desde un punto de vista terapéutico para garantizar el derecho a la salud del individuo.

En cualquier caso, como ocurre con la individualización de la pena, no cualquier patología mental implicará la necesidad de una medida de seguridad privativa de libertad como es el internamiento en centro psiquiátrico, sino que lo deseable sería analizar cada supuesto conforme a los informes médicos, al hecho constitutivo de delito y a las circunstancias específicas del sujeto, que acrediten no sólo la peligrosidad y la previsión de cometer hechos análogos en el futuro, sino la necesidad del tratamiento médico en tales términos.<sup>7</sup>

Debería por ello descartarse una concepción alejada en la mayoría de los casos de la realidad, al concebir este tipo de enfermedades mentales como “incurables”, pues la cronicidad no impide que el sometimiento a un tratamiento farmacológico y psicológico adecuado de forma ambulatoria pueda conducir a la estabilización de la patología y a que el sujeto pueda llevar una vida adecuada en sociedad, con respeto a las normas. Es por ello que, en muchas ocasiones, lo que realmente existe es una falta de contención por parte del núcleo que rodea al sujeto, por tratarse de personas marginales, con ausencia de familiares cercanos que puedan hacerse cargo de ellos, o carencia de arraigo social o laboral, de modo que sin una medida que garantice la efectividad de ese tratamiento terapéutico ambulatorio parece difícil alcanzar el objetivo que no debe ser otro que alcanzar la sanidad, o cuanto menos la compensación del sujeto dentro de su patología. Con ello no quiere decirse que únicamente en esos supuestos devenga

---

<sup>7</sup> En este sentido, se expresa la SAP Barcelona de 26 de marzo de 2004 (ROJ SAP B 3857/2004 Pte. Barrientos Pacho), declarando que el internamiento en centro psiquiátrico resulta ser una medida reclamada incuestionablemente teniendo en cuenta las circunstancias de la enfermedad que presenta el acusado, psicótico al que se añade el consumo de tóxicos, que presenta una nula conciencia de la enfermedad, lo que incrementa según el informe forense el riesgo de no tomar la mediación prescrita y, con ese abandono, se incrementa también la eventualidad de repetición de brotes del tipo que desencadenó los hechos sometidos a juicio.

necesario el internamiento, sino que no cabe aplicar reglas generales cuando se trata de adoptar una medida que consiste en la privación de libertad del sujeto pues, como se ha dicho, ésta no es consecuencia directa de la apreciación de una enfermedad mental que exime de responsabilidad, sino que habrá analizar en cada caso concreto la necesidad de ese tratamiento psiquiátrico en régimen de internamiento, regulándose expresamente en la ley otro tipo de medidas no restrictivas del derecho fundamental a la libertad, como son la libertad vigilada y, en concreto, la obligación de seguir tratamiento médico externo, o de someterse a un control médico periódico (artículo 106 CP).

### **3. Normativa penitenciaria.**

El Real Decreto 840/2011 de 17 de junio por el que se establecen las circunstancias de ejecución de determinadas medidas de seguridad, dispone en el artículo 20 que se cumplirán en los centros adecuados, públicos o concertados de las Administraciones Públicas competentes por razón de la materia y del territorio. Del mismo modo, el artículo 22 fija la competencia expresa de la Administración Penitenciaria para la ejecución de las medidas privativas de libertad de internamiento en establecimiento o unidad psiquiátrica penitenciaria, siendo en este caso de aplicación lo dispuesto en los artículos 183 a 191 del Reglamento Penitenciario aprobado por RD 190/1996 de 9 de febrero.

No obstante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 72.1 Ley Orgánica 1/1979 de 26 de septiembre General Penitenciaria y el artículo 100 del Reglamento Penitenciario, los internos que se encuentren cumpliendo medidas privativas de libertad, no serán objeto de clasificación. Por otro lado, el artículo 188 del RP establece que la separación en los distintos departamentos de que consten los establecimientos o unidades, se hará en atención a las necesidades asistenciales de cada paciente, así como que las restricciones a la libertad personal del paciente deben limitarse a las que sean necesarias en función del estado de salud de aquél o del éxito del tratamiento. Del mismo modo, dispone dicho precepto que únicamente se prevén medios coercitivos sobre el paciente como medida excepcional que sólo cabe por indicación del facultativo y durante el tiempo mínimo imprescindible previo al efecto del tratamiento farmacológico que esté indicado, debiendo respetarse en todo momento la dignidad de la persona, para finalizar estableciendo que las disposiciones de régimen disciplinario contenidas en el Reglamento no serán de aplicación a los pacientes internados en estas instituciones.

De lo anterior se infiere que la normativa penitenciaria tiende a una consideración de las personas sometidas a una medida de seguridad de internamiento en centro psiquiátrico más acorde con las circunstancias del sujeto, pues incluso se refiere a él como “paciente”. Sin embargo y como se analizará seguidamente, aún cuando este sea el marco teórico del que debe partirse, en la práctica se advierte la carencia de instrumentos adecuados para el desarrollo de la finalidad terapéutica, dada la escasez tanto de medios materiales como personales, lo que se traduce en graves dificultades a la hora de ejecutar ese pronunciamiento judicial que debe tener por objeto principal conseguir la rehabilitación del sujeto sometido a la medida.

A mayor abundamiento, el régimen de permisos que se prevé para las penas no es aplicable a las medidas, pese a que este tipo de salidas tienen por objeto preparar a los penados para su futura vida en libertad y conseguir una efectiva reinserción en la sociedad. En el ámbito de las medidas de seguridad, el artículo 190 RP se refiere únicamente a las comunicaciones de los internos con el exterior, que se fijarán en el marco de un programa individual de rehabilitación, con indicación del número de comunicaciones y salidas, la duración de las mismas y las personas con quienes los pacientes pueden comunicar y las condiciones en que deben llevarse a cabo. Desde un punto de vista estrictamente médico, el internamiento es valorado por los profesionales de la Psiquiatría como mecanismo del tratamiento psiquiátrico y el éxito del mismo es el regreso del enfermo a su entorno socio-familiar y el desarrollo de una vida normalizada y, por ello, el internamiento se divide en fases que tienden de forma progresiva a que el interno tenga un contacto cada vez mayor con la comunidad, lo que colisiona frontalmente con el ámbito “jurídico-penológico” del desarrollo de la medida de seguridad.

#### **4. Duración máxima de la medida.**

El artículo 101 CP establece que el internamiento no podrá exceder del tiempo que habría durado la pena privativa de libertad, si el sujeto hubiera sido declarado responsable, debiendo el Juez o Tribunal fijar dicho límite máximo en la sentencia.

Existe práctica unanimidad en la doctrina al considerar que esa duración máxima se refiere al delito en abstracto, sin tener en cuenta los factores jurídicos que puedan dar lugar a una reducción de la condena, como el grado de ejecución, la participación del sujeto o las circunstancias modificativas de responsabilidad. Asimismo, esta cuestión fue resuelta por Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional del Tribunal Supremo de 31 de

marzo de 2009, entendiendo que la duración máxima de la medida de internamiento se determinará en relación a la pena señalada en abstracto para el delito de que se trate.

Ello comporta que, en numerosas ocasiones, esa duración máxima fijada en la sentencia para cumplimiento de la medida sea superior a la que se aplica a un sujeto totalmente imputable que debe cumplir una pena de prisión y al que se le han apreciado circunstancias atenuantes, o un menor grado de ejecución, lo que no deja de ser paradójico dadas las especiales características del sujeto sometido a internamiento<sup>8</sup>. Es por ello que deviene absolutamente trascendente el seguimiento de la evolución del interno pues, de conformidad con lo dispuesto en el art. 98 CP, el Juez de Vigilancia Penitenciaria deberá elevar, al menos una vez al año, una propuesta de mantenimiento, cese, sustitución o suspensión de la medida, debiendo entonces el órgano sentenciador adoptar una de esas opciones a tenor de lo establecido en el artículo 97 CP.

De ello se infiere que, como se ha expuesto anteriormente, lo realmente relevante de esta medida de seguridad es la necesidad terapéutica, de modo que su duración debería venir determinada prioritariamente por el tipo y circunstancias específicas del tratamiento médico que esté recibiendo el sujeto y la evolución de la enfermedad.

#### **IV. EJECUCIÓN DE LA MEDIDA DE SEGURIDAD DE INTERNAMIENTO EN ESTABLECIMIENTO ADECUADO AL TIPO DE ANOMALÍA O ALTERACIÓN PSÍQUICA**

##### **1. ¿Qué debe entenderse por “establecimiento adecuado”?**

Una de las cuestiones más debatidas entre la doctrina en relación a la ejecución de la medida de internamiento, reside en la interpretación que debe darse artículo 101.1 CP cuando dispone el cumplimiento en un “*establecimiento adecuado al tipo de anomalía o alteración psíquica que se aprecie*”. Así, RODRÍGUEZ SAEZ<sup>9</sup> considera que deben distinguirse las situaciones de inimputabilidad completa o incompleta. En el primer supuesto, la sentencia absolverá al sujeto por concurrir una causa de exención absoluta a causa de la anomalía o enfermedad mental, por lo que el centro o establecimiento adecuado sólo puede ser un centro psiquiátrico de la red pública sanitaria, o un establecimiento o unidad psiquiátrica penitenciaria. No obstante, precisamente por las

<sup>8</sup> A título de ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2009 (ROJ STS 2994/2009 Pte. Delgado García) que, en un supuesto de delito de incendio en concurso con dos delitos de asesinato, apreció la eximente incompleta de enajenación mental, condenando a la pena de 14 años de prisión, si bien imponiendo al acusado la medida de seguridad de internamiento por tiempo máximo de 20 años

<sup>9</sup> RODRÍGUEZ SAEZ, J.A. “El fundamento...” Diario La Ley nº 7762, op. cit., p. 7

circunstancias que concurren en el sujeto, parece más deseable la primera opción pues el cumplimiento en un centro penitenciario colisiona desde una perspectiva asistencial con el hecho de que se trate de un inimputable absuelto que, pese a ello, estará sometido a un régimen y a una disciplina propias del ámbito carcelario en detrimento de las garantías asistenciales del sistema de protección de la salud. De ahí que devendría más congruente adaptar dicho internamiento al que tiene lugar en supuestos en los que ese tipo de medida se aplica en el ámbito civil (artículo 763 LEC), lo que requiere una acción pública eficaz y urgente para la creación, o en su caso remodelación de centros psiquiátricos de la red sanitaria pública, en orden a poder someter al sujeto declarando exento de responsabilidad civil a un tratamiento médico en este tipo de centros, dotado de instrumentos para asegurar su cumplimiento. O, cuanto menos, es precisa la creación de Unidades Psiquiátricas Penitenciarias concretamente diseñadas para el cumplimiento de medida de seguridad de internamiento, con arreglo a las necesidades terapéuticas del sujeto.

En cambio, en los supuestos de inimputabilidad incompleta, desde un punto de vista teórico, existen opciones para encontrar una respuesta jurídica más correcta y adecuada a las circunstancias del sujeto, dado que el artículo 104 CP recoge el sistema vicarial posibilitando la imposición simultánea de pena privativa de libertad y medida de internamiento, ello lleva a considerar que el centro donde se desarrolle la medida sea distinto que el establecimiento penitenciario. Es por ello que, en estos casos, el centro adecuado para la ejecución de la medida debería ser el que corresponda de la red sanitaria pública, aplicando por analogía el internamiento previsto en vía civil, si bien en el caso muy frecuente en la práctica de que existan dificultades para asegurar el cumplimiento de la medida, cabe tener en cuenta la posibilidad de suspender o cesar la medida, acordando el cumplimiento de la pena de prisión aplicable, debiendo entonces el centro penitenciario facilitar el tratamiento psiquiátrico que el sujeto requiera. Así, si bien el artículo 99 CP establece que en caso de concurrencia de penas y medidas de seguridad deberá ordenarse el cumplimiento de la medida que se abonará posteriormente al de la pena, lo cierto es que el artículo 97 CP permite durante la ejecución de la sentencia, mantener la medida, decretar su cese, sustituirla por otra que estime más adecuada, o dejarla en suspenso.

La verdadera cuestión es que la existencia de una sentencia que acuerda la adopción de una medida privativa de libertad como es el internamiento, no implica en

ningún caso la suspensión del derecho a la salud, pues la Ley 16/2003 de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud propugna el carácter universal del derecho a la protección de la salud y la atención sanitaria en condiciones de igualdad para todos los beneficiarios. Dicha normativa plantea incluso la necesidad de traspasar los servicios sanitarios penitenciarios al sistema sanitario general, con el objetivo de mejorar la continuidad asistencial, la equidad y la gestión clínica.

En este sentido, diversos estudios<sup>10</sup> ponen de manifiesto la altísima prevalencia de trastornos mentales y adicciones en el medio penitenciario, con una tendencia ascendente. En nuestro país, estudios más recientes<sup>11</sup> coinciden en señalar que cerca del 40% de los internos en centros penitenciarios presentan un trastorno mental, con o sin adicción y, si se atiende sólo a supuestos de adicción a sustancias sin trastorno mental, la prevalencia se acerca al 50% de los internos, cumpliendo en muchos casos criterios de personalidad antisocial. Estos alarmantes datos no se traducen en un sistema de atención unificada, pues nos encontramos con factores asistenciales como la disminución de “camas psiquiátricas”, o la falta de una relación más integral entre la red de salud mental, la sanidad penitenciaria, la psiquiatría forense y el sistema judicial<sup>12</sup>

## **2. Distintos niveles de asistencia terapéutica en el ámbito penitenciario.**

En primer lugar, debe distinguirse un primer nivel asistencial existente en cada centro penitenciario, que incluye la atención primaria sanitaria y la atención especializada de salud mental y adicciones. Atendiendo a la conveniencia de adecuarse al entorno concreto de un centro penitenciario, el equipo especializado multidisciplinar debe ocuparse del seguimiento de los casos graves, generar espacios de rehabilitación para los pacientes con trastorno mental severo y coordinarse con la red de servicios comunitaria para el seguimiento y gestión del caso.

El segundo nivel viene constituido por la atención hospitalaria especializada y debe dar servicio a un conjunto de centros, contando con urgencias psiquiátricas

---

<sup>10</sup> Estudio EUPRIS de la Comisión Europea, 2007. Salize HJ, Dressing H, Kief C. Mentally Disordered Persons in European Prison System: Needs, Programmes and Outcome (EUPRIS). Central Institute of Mental Health, Alemania, 2007.

<sup>11</sup> Estrategia global de actuación en salud mental. Estudio sobre salud mental en el medio penitenciario. Dirección General de Instituciones Penitenciarias. Madrid, 2006. VICENS E./TORT V./DUEÑAS RM/MURO A./PEREZ-ARNAU, F./ARROYO J. The prevalence of mental disorders in Spanish prisons, Criminal Behav. Mental Health, 2011

<sup>12</sup> ARROYO-COBO, J.M. Estrategias asistenciales de los problemas de salud mental en el mundo penitenciario, el caso español en el contexto europeo. Revista Española de Sanidad Penitenciaria 2011; Vol. 13, num. 3, pp 100-111.

centralizadas, tratamientos intensivos para hospitalización de agudos, así como debería incluir una unidad pericial para valoración psiquiátrica forense.

Por último, como tercer nivel del sistema, las unidades de rehabilitación intensiva, aunque no existieren en todos los centros, deberían plantearse como servicios realmente sanitarios alternativos a las obsoletas enfermerías psiquiátricas tradicionales<sup>13</sup>.

En relación a la medida de seguridad de internamiento para tratamiento psiquiátrico, la red pública de salud mental debería ser el primer referente asistencial, reservándose los servicios penitenciarios para los casos que requieran de medidas de alta seguridad. No obstante, en la práctica se observa una confrontación entre el ámbito jurídico y el mundo sanitario, pues mientras la práctica judicial sigue optando por agotar los períodos máximos de cumplimiento establecidos en sentencia, desde el ámbito sanitario se aboga por evitar las largas institucionalizaciones del interno.

Esta distinta perspectiva no se centra únicamente en la disparidad de criterios jurídico-médicos pues, como se ha expuesto, no es la peligrosidad criminal en sí misma la que ha de implicar la aplicación de un internamiento, sino la necesidad terapéutica del sujeto a causa de la enfermedad mental que padece. Lo cierto es que las mayores dificultades aparecen en relación a garantizar el efectivo cumplimiento de una medida que, no olvidemos, es privativa de libertad, pues los centros de la red sanitaria no cuentan con medidas de contención y control eficaces para garantizar que el sujeto no eluda el tratamiento, de ahí que lo que realmente subyace es que en los centros no sujetos a un régimen penitenciario no existen instrumentos de seguridad que garanticen que el interno no vaya a abandonar el establecimiento.

En España existen dos Hospitales Psiquiátricos Penitenciarios ubicados en Alicante y en Sevilla inaugurados, respectivamente, en el año 1984 y 1990. Se trata de establecimientos penitenciarios especiales con mayores medios asistenciales que un establecimiento penitenciario común, que mantienen el alto potencial de contención y control de una prisión al uso, lo que en la mayoría de los casos deja el peso asistencial de estos pacientes a un dispositivo penitenciario que, como tal, orienta sus recursos a conseguir esa vigilancia más que a desplegar actividades terapéuticas altamente especializadas como las que requieren este tipo de enfermos mentales.

---

<sup>13</sup> RAMOS MONTES, J. La atención a la salud mental en los diferentes ámbitos de la ejecución penal: ¿qué modelo necesitamos? Revista Española de Sanidad Penitenciaria, Vol. 14 nº 2, Barcelona julio-oct, 2012.

Asimismo, en Comunidades Autónomas que ostentan competencias en materia penitenciaria como el Cataluña, en 2001 se firmó un convenio entre el Departamento de Justicia y el de Sanidad de la Generalitat y el Hospital Sant Joan de Déu, por el que se propuso la creación de Unidades polivalentes de Salud Mental en las tres prisiones más importantes, así como la creación de la Unidad de Hospitalización Psiquiátrica Penitenciaria que se ubica en el Centro Penitenciario Brians I. También cabe citar en el ámbito del País Vasco la inauguración, en el año 2012, de una Unidad de Psiquiatría Legal ubicada en el Hospital Aita Menni en Mondragón, centro que trata de priorizar al máximo el elemento asistencial, si bien cuenta con medidas de seguridad para evitar riesgos de autolesión, agresión o fuga.

De lo anterior se infiere la escasez de centros adecuados para el cumplimiento de una medida de seguridad en régimen de internamiento, por lo que muchas de ellas se cumplen en Centros Penitenciarios comunes. Algunos autores<sup>14</sup> entienden que el hecho de que un inimputable absuelto cumpla una medida en un centro penitenciario es una situación que no deja de estar fuera de la legalidad y requiere una acción pública y urgente para la creación o remodelación de centros psiquiátricos de la red sanitaria pública que permita el abordaje en estos casos con más alta exigencia de contención y seguridad, o bien la creación de Unidades Psiquiátricas Penitenciarias especialmente diseñadas para el cumplimiento de tales medidas.

### **3. Dificultades en la ejecución de la medida de seguridad de internamiento.**

Los Hospitales Psiquiátricos Penitenciarios gozan, por tanto, de un doble carácter. Por un lado, son centros penitenciarios con funciones de retención y custodia y, por otro, son centros sanitarios, lo que condiciona el tratamiento de los enfermos para combinar ambas finalidades, pues en muchas ocasiones el abordaje médico y la seguridad plantea disfunciones. Se advierte, pues, un déficit importante de recursos diagnósticos, de tratamiento y apoyo a los enfermos mentales, así como de dispositivos asistenciales tanto abiertos como cerrados, alternativos a la prisión, de manera que algunos autores entienden que los psiquiátricos penitenciarios y los propios centros

---

<sup>14</sup> RODRÍGUEZ SAEZ, J.A., “El fundamento...”, Diario La Ley nº 7762, op.cit, p. 7.



penitenciarios se están convirtiendo en la actualidad en los sustitutos de los antiguos manicomios<sup>15</sup>.

Tal y como constata la Propuesta de Acción elaborada por la Secretaria General de Instituciones Penitenciarias<sup>16</sup>, los Hospitales Psiquiátricos Penitenciarios de Alicante y Sevilla carecen de personal especializado, no sólo de médicos psiquiatras, sino de terapeutas ocupacionales, auxiliares de clínica y celadores, siendo imprescindible la existencia de dichos profesionales sobre todo si se tiene en cuenta que un importante colectivo de los ingresados padecen discapacidad, no sólo derivada de su déficits psíquicos, sino también en muchas ocasiones sufren minusvalías físicas. En cuanto a las instalaciones en sí mismas, se caracterizan por una orientación general más próxima a una prisión que a un hospital, de modo que se advierte un desequilibrio entre la disponibilidad de mejores infraestructuras psiquiátricas penitenciarias y el esfuerzo inversor que en el total de la administración penitenciaria se destina a este tipo de centros. Por otro lado, se advierte una sobreocupación de las plazas existentes en ambos establecimientos y, según la propuesta analizada, ello se debe en mayor medida al hecho de que en estos centros predomina el criterio judicial de ingreso y de alta, en detrimento de criterios estrictamente médicos pues la conveniencia o no del cese de la medida, si bien requiere un informe terapéutico previo, corresponde en última instancia al sistema judicial, primero en el nivel otorgado al Juez de Vigilancia Penitenciaria que eleva la propuesta y, en última instancia, al órgano sentenciador.

A mayor abundamiento, una vez ha cesado o se ha suspendido la medida privativa de libertad, no existen instrumentos adecuados que permitan un control y seguimiento eficaz de los enfermos, sino que se advierte la escasez de recursos externos de apoyo para la continuidad asistencial. De nuevo nos encontramos con el hecho de que se trata con criterios de lógica jurídica-penal a sujetos que están afectados por una enfermedad mental que, precisamente, ha supuesto la exención de responsabilidad criminal. Así, respecto a un sujeto imputable condenado a pena de prisión, una vez cumplida dicha pena privativa de libertad, la consecuencia inmediata será su puesta en libertad y su contacto con la sociedad en la que, según el éxito del tratamiento penitenciario, habrá conseguido su reinserción y acomodación a las normas jurídicas. En cambio, ante una

---

<sup>15</sup> GARCÍA GONZÁLEZ, J. Modelos de atención comunitaria en salud mental: críticas e insuficiencias. La psiquiatría en la España de fin de siglo: un estudio sobre la reforma psiquiátrica y las nuevas normas de atención en salud mental. Ed. Díaz de Santos, Madrid, 1998

<sup>16</sup> Hospitales Psiquiátricos dependientes de la Administración Penitenciaria. Propuesta de Acción. Ministerio del Interior. Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, 2011

medida privativa de libertad cuyo objeto esencial debe ser aplicar el tratamiento médico adecuado a la patología que padece, una vez finalizado el tiempo máximo, puede ocurrir que persista la enfermedad mental que llevó a su internamiento, o incluso en los supuestos de suspensión o cese de la medida en los casos que proceda, será necesario con alta probabilidad un seguimiento terapéutico para controlar la toma de medicación o el sometimiento a terapias adecuadas. Y, en muchas ocasiones, se advierte que los enfermos agotan el tiempo de su medida de seguridad en el psiquiátrico independientemente de la evolución de su trastorno así, a título de ejemplo, un estudio realizado en el año 2010 en el ámbito del Hospital Psiquiátrico de Alicante ponía de manifiesto que quince de los internos permanecían en el centro al carecer de un recurso abierto adecuado a sus circunstancias, por lo que el mantenimiento de la medida se basaba exclusivamente en la inexistencia de recursos externos eficaces<sup>17</sup>. A mayor abundamiento, los internos se enfrentan a un fuerte estigma social, pues son enfermos mentales que además han cometido un delito, lo que comporta un rechazo que dificulta su proceso de reinserción social y su adecuado tratamiento clínico en la comunidad.

Las carencias observadas y la disparidad de objetivos en el ámbito jurídico y asistencial, da lugar en la práctica a lo que la doctrina califica como fenómeno de “puerta giratoria” o “efecto ping-pong”<sup>18</sup>, que tiene lugar cuando un sujeto que adolece de cierta patología mental entra en contacto con el ámbito carcelario nada más cometer un hecho previsto como delito. Si el delito es grave, el enfermo ingresará en prisión como preventivo, donde habitualmente pasará a la enfermería de la prisión, de modo que los servicios médicos del centro penitenciario comunicarán al Juez la necesidad de atención en un centro especializado psiquiátrico. En muchas ocasiones, dicho centro pone de manifiesto al Juez que no cuenta con medidas de seguridad para atenderlo, lo que implicará su reingreso en prisión y, si finalmente se consigue su internamiento en un Hospital Psiquiátrico Penitenciario, una vez peritado y compensado, se comunica al Juez la vuelta al centro de origen, esto es nuevamente a prisión. Tras ello, si una vez celebrado el juicio oral se aprecia una eximente de responsabilidad y la sentencia acuerda una medida de seguridad de internamiento, el sujeto reingresará en el hospital

---

<sup>17</sup> ORTIZ GONZÁLEZ, A. L., Naturaleza jurídica de las medidas de seguridad. Aspectos prácticos más relevantes, Madrid.2013

<http://www.madrid.org/cs/Satellite?blobcol=urldata&blobheader=application%2Fpdf&blobkey=id&blobtable=MungoBlobs&blobwhere=1352824371695&ssbinary=true>

<sup>18</sup> MAGRO SERVET, V. Casuística práctica del internamiento en centro psiquiátrico como medida de seguridad. Diario la Ley, nº 6594, 2006, Año XXVII ref. D-248. Ed La Ley; y CÁCERES GARCÍA, J.M. Las medidas de seguridad...op. cit., pag 8 (pp 97-98)

penitenciario. Además, durante la ejecución de la medida, puede darse incluso el supuesto del cese de la medida y el cumplimiento de la pena privativa de libertad en casos de eximente incompleta. De este modo, teniendo en cuenta que el ámbito carcelario y su régimen de cumplimiento no se adecua a las especiales circunstancias de estos enfermos, pues muchas veces son objeto y sujetos de violencia<sup>19</sup>, semejante “tránsito” por los distintos centros puede suponer en muchos de los casos una agravación de la enfermedad, pues también debe tenerse en cuenta que el contacto con el mundo carcelario supone un alto riesgo de estigmatización, por la propia estructura y organización del centro y las características de la población reclusa que no adolece de estas patologías.

Así las cosas, inicialmente, se aprecia en muchas ocasiones un inexistente y eficaz diagnóstico previo y ausencia de estructuras de tutela para las personas que padecen un determinado trastorno mental, siendo trasladado de uno a otro recurso sin que ninguno de ellos se muestre capaz de evitar finalmente la comisión de un delito que, en la mayoría de ocasiones, no reviste especial gravedad pero sí reiteración, hasta que alguno sí llega a alcanzar gravedad y trascendencia, lo que posibilita que el sistema judicial imponga una medida privativa de libertad. Aunque, en puridad, esta medida tiene como objeto la curación del trastorno mental de este enfermo, la administración da nuevamente una respuesta inadecuada y el sistema penitenciario es el único que el enfermo encuentra para hacer frente a sus específicas necesidades de salud. Por ello, es esencial la inversión en el sistema sanitario, pues la prevención ahorraría inconvenientes a la comunidad, tanto económicos, como sociales y morales y, lo que es más importante, supondría un tratamiento más acorde de un problema que no deja de ser inicialmente sanitario (protección de la salud), de modo que ocuparse de los enfermos mentales antes de que entren en conflicto con la justicia debería ser la prioridad para todos los servicios sociosanitarios.

Y dicha situación se agrava una vez transcurrido el tiempo máximo establecido en la liquidación de la medida, si el sujeto no está incapacitado judicialmente y persiste la patología, o incluso si está incapacitado y su tutor no puede hacerse cargo de él y no existe plaza en centros especiales, por lo que cabe plantearse cuál debe ser el destino de esta persona. Así, seis meses antes de que el paciente acabe de cumplir la totalidad de la

---

<sup>19</sup> SÁNCHEZ BURSON, J.. Los pacientes mentales en prisión. Revista Asociación Española de Neuropsiquiatría, Vol. XXI, nº 78, pp. 139-153.

medida de seguridad, el equipo multidisciplinar del centro deberá decidir si el enfermo requiere un “internamiento civil”, a tenor de lo dispuesto en el art. 763 LEC. En este sentido, el artículo 104.2 CP establece que cuando se aplique una medida de internamiento, el juez o tribunal sentenciador comunicará al Ministerio Fiscal, con suficiente antelación, la proximidad del vencimiento, a efectos de lo dispuesto en la Disposición Adicional Primera del Código Penal<sup>20</sup>.

En estos casos, si el tratamiento médico ha tenido una duración determinada y es preciso que la situación de internamiento persista, ello significará que el tratamiento no ha surtido efecto y, en consecuencia, puede concluirse que la citada peligrosidad criminal -que fue la que fundamentó la imposición de la medida de seguridad- sigue intacta, si bien tras varios años de hallarse privado de libertad en centro penitenciario, parece que ahora no exista problema para que siga internado en una institución no penitenciaria. Y en aquellos supuestos en los que no se adopte esta medida de internamiento en centro civil, la ausencia de contactos con las Unidades de Salud Mental tras la excarcelación, implica paradójicamente que sea en los centros penitenciarios donde únicamente haya podido ofrecérsele la oportunidad de estar atendido médicamente y de recibir el tratamiento farmacológico que precisa<sup>21</sup>.

## V. CONCLUSIONES

La medida de seguridad de internamiento en centro psiquiátrico, más allá de la peligrosidad criminal a la que hace referencia la legislación vigente, debería fundamentarse en la necesidad terapéutica, pues en realidad la constitución de dicha medida viene determinada por el hecho de que la persona que ha cometido un hecho delictivo está exenta de responsabilidad criminal, precisamente por sufrir una grave patología mental que le impide comprender la ilicitud de su acto o actuar conforme a dicha comprensión.

No obstante lo anterior, el tratamiento que la normativa penal hace de esta medida privativa de libertad y su desarrollo efectivo responde más a parámetros estrictamente jurídicos y penológicos, al vincular la necesidad del internamiento con la peligrosidad

---

<sup>20</sup> Dicha DA 1ª prevé: “cuando una persona sea declarada exenta de responsabilidad criminal por concurrir alguna de las causas previstas en los números 1 y 3º del artículo 20 de este código, el Ministerio Fiscal instará, si fuera procedente, la declaración de incapacidad ante la Jurisdicción civil, salvo que la misma hubiera sido ya anteriormente acordada y, en su caso, el internamiento conforme a las normas de la legislación civil”.

<sup>21</sup> PEREZ MARTÍNEZ, E. Psiquiatría penitenciaria. Revista Española de Sanidad Penitenciaria, 2004. Vol. 6, num. 3, pp. 97-101

criminal del sujeto, de lo que se desprende la siempre difícil relación entre Derecho Penal y Medicina, pues no puede obviarse que uno de los principios rectores de la política social de un Estado de derecho es garantizar la protección de la salud.

En la práctica, las dificultades que presenta la aplicación de una medida de internamiento derivan de la carencia de instrumentos eficaces para el desarrollo efectivo de esa finalidad terapéutica, tanto desde el punto de vista de la escasez de centros y medios adecuados para llevarla a efecto, como del personal especializado. En este sentido, la ausencia de centros psiquiátricos de la red pública sanitaria que puedan dar respuesta a este tipo de medidas, supone su cumplimiento en los propios centros penitenciarios lo cual, desde el punto de vista médico, no es aconsejable para el tratamiento de la patología que presenta el sujeto declarado exento de responsabilidad dado que, aún cuando se prevén ciertas especialidades en la normativa penitenciaria, no son centros concebidos para la asistencia terapéutica, así como que los enfermos entran en contacto con el resto de la población reclusa lo que, en ocasiones, resulta conflictivo.

Los escasos centros psiquiátricos penitenciarios que existen en nuestro país se muestran insuficientes para dar cobertura a todos los casos, ante la falta de recursos materiales y personales, a lo que debe añadirse en la mayoría de los supuestos su lejanía respecto al entorno familiar del interno, de modo que la falta de contacto con su núcleo de origen resulta contraproducente para lograr su estabilización y reintegración en la sociedad, de suerte que la medida puede llevar a la inocuización del sujeto.

Por otro lado, los centros psiquiátricos de la red pública sanitaria no cuentan con medios de contención y control que puedan garantizar la ejecución de la medida, por lo que en muchas ocasiones rechazan a los internos de medida de seguridad aduciendo la falta de seguridad.

De lo anterior se concluye la necesidad de articular un modelo organizativo que, sin olvidar las razones que han llevado a un órgano judicial a constituir una medida de seguridad de internamiento, se base principalmente en las necesidades clínicas de los pacientes y en los requerimientos de seguridad que cada caso necesite, dotando de más recursos a la administración sanitaria que haga posible el desarrollo del internamiento en centros realmente adecuados a las patologías que presentan los sujetos declarados exentos de responsabilidad criminal y a la evolución de su tratamiento.

**BIBLIOGRAFÍA**

ARROYO-COBO, J.M. Estrategias asistenciales de los problemas de salud mental en el mundo penitenciario, el caso español en el contexto europeo. Revista Española de Sanidad Penitenciaria 2011; Vol. 13, num. 3.

CÁCERES GARCÍA, J.M., Las medidas de seguridad en centro psiquiátrico penitenciario: del fraude a la crueldad innecesaria, en: El Juez de Vigilancia Penitenciaria y las medidas de seguridad. Estudios de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2007.

ESBEC, E. Violencia y trastorno mental, en: Psiquiatría criminal y comportamientos violentos. Cuadernos de Derecho judicial, Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2006.

GARCÍA GONZÁLEZ, J. La psiquiatría en la España de fin de siglo. Un estudio sobre la reforma psiquiátrica y las nuevas formas de atención en salud mental. Ed. Díaz de Santos SA. Madrid, 1998

GÓMEZ-ESCOLAR MAZUELA, P., Algunas cuestiones sobre la medida de seguridad de internamiento psiquiátrico, en: El Juez de Vigilancia Penitenciaria y las medidas de seguridad. Estudios de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2007.

MAGRO SERVET, V. Casuística práctica del internamiento en centro psiquiátrico como medida de seguridad. Diario La Ley num. 6594, Año XXVII. Ed. La Ley, 2006.

Pérez Martínez, E. Psiquiatría penitenciaria. Revista Española de Sanidad Penitenciaria, 2004. Vol. 6, num. 3

RAMOS MONTES, J. La atención a la salud mental en los diferentes ámbitos de la ejecución penal: ¿qué modelo necesitamos? Revista Española de Sanidad Penitenciaria, Vol. 14 nº 2, Barcelona julio-oct, 2012.

RODRÍGUEZ SAEZ, J.A El fundamento ético-jurídico de la medida de seguridad de internamiento psiquiátrico. Diario La Ley nº 7762, Año XXXII Ed. La Ley, 2011

SÁNCHEZ BURSON, J. Los pacientes mentales en prisión. Revista Asociación Española de Neuropsiquiatría, Vol. XXI, nº 78.

VICENS, E/TORT, V./DUEÑAS R.M./MURO, A./PEREZ-ARNAU, F./ARROYO, J. The prevalence of mental disorders in Spanish prisons, *Criminal Behav. Mental Health*, 2011.

\* \* \* \* \*

## Custodia Jiménez Martínez

Abogada. Doctoranda en Derecho Penal y Criminología, UNED. Socia de la FICP.

### ~No es mi culpa, fue mi cerebro. ¿Es ésta una afirmación válida para aplicar la inimputabilidad a individuos con trastornos de la personalidad y psicópatas?~

**Resumen.-:** En este artículo se aborda el estudio de la responsabilidad jurídica e inimputabilidad de los delitos cometidos por individuos con trastornos de la personalidad y psicópatas, así como los supuestos que se han desarrollado en más de una treintena de años en las neurociencias para refutar un concepto fundamental del derecho penal moderno, esto es, el pensamiento de que en el hombre existe libertad para actuar y decidir su conducta ilícita. Bajo el esquema de la neurociencia, no existiría la aludida libertad, puesto que ésta sería un espejismo ya que el cerebro ordenaría previamente nuestra conducta.

#### I. CONFLUENCIA DE DERECHO Y NEUROCIENCIA

El derecho tiene por objeto la regulación de las relaciones entre las personas, mediante el dictado de supuestos hipotéticos, generales y abstractos de conducta descritos en la norma, con el propósito de la protección de un valor justo y conveniente para la sociedad en la que tiene validez.

Por otra parte, se atribuye al cerebro la facultad de constituir la causa o razón de todo comportamiento, entonces no resulta difícil entender la necesaria confluencia y el sentido inevitable de convergencia entre el derecho y la neurociencia.

Como explica GARZÓN VALDÉS, a partir de los experimentos neurológicos realizados en los años ochenta del siglo pasado, por el profesor Dr. BENJAMÍN LIBET, del Centro de Neurociencia de la Universidad de California at Davis, “la vieja discusión acerca de hasta qué punto somos libres autores de nuestro comportamiento ha despertado renovado interés no sólo entre científicos del cerebro y filósofos puros sino también entre filósofos del derecho y penalistas”. Y concluye su pensamiento: “No existe un correlato neuronal de la conciencia. Los argumentos que se aducen ya no son únicamente filosóficos sino que pretenden sustentación empírico científica”<sup>1</sup>.

El problema no radica precisamente, en la aceptación generalizada de esta premisa, donde todos parecen estar de alguna manera de acuerdo, ya que sin la presencia del cerebro no se concibe la posibilidad de manifestación de voluntad alguna, a lo que debe agregarse otra conclusión igualmente válida, en el sentido de que los avances de las investigaciones y certezas científicas acerca del cerebro que se adquieran

---

<sup>1</sup> GARZÓN VALDÉS, E., Cerebro y responsabilidad penal, Seminario de Filosofía del Derecho, Universidad Pompeu Fabra, enero 2011.



en el futuro, tendrán inevitablemente una mayor repercusión sobre las ciencias normativas.

La gran diferencia entre las diversas posiciones, radica en el mayor o menor grado de determinabilidad o necesidad que se le asigna a este fenómeno, el que para unos, será inevitablemente universal y absorbente y para otros, por el contrario, sólo una cuestión importante, pero sin llegar a asignarle un grado de rigidez semejante en lo que respecta a las conclusiones específicas.

La cuestión pasa por la solución de fórmulas que sobre la base del respeto y reconocimiento de ambas realidades y sin que una lleve a la desaparición de la otra, sea factible encontrar un punto de reunión, equilibrio o confluencia entre ellas que permita la supervivencia de ambas, cuestión donde se libra actualmente el debate más profundo de la “neurociencia y el derecho”.

Quizás, para ser más exactos, habría que remontarse al campo de la ética y reflexionar en torno a conceptos como “conciencia” o “libre albedrío”<sup>2</sup>, es decir, la posibilidad de mantener los márgenes de libertad suficiente como para que una persona pueda ser responsable de sus propios actos, situación que desaparece en el caso de llegar a conclusiones capaces de sostener que el hombre actúa condicionado o influenciado absolutamente por los mandatos e imperativos de su cerebro, de forma tal que, el azar de la imposición determinista hace desaparecer las diversas opciones posibles.

Lo mismo sucede con la explicación relacionada con la toma de “conocimiento de sí mismo”, en el sentido de que si ésta existe, lo es sólo por obra y decisiones del cerebro, o si por el contrario, resulta factible encontrar otros elementos colaboradores, tales como los que provienen de circunstancias culturales, ambientales o personales, capaces de influir conjuntamente con los mandatos encefálicos en relación a la estricta conciencia del “yo personal”.

---

<sup>2</sup> CAPÓ, M., NADAL, M., RAMOS, C., FERNÁNDEZ, A., CELA CONDE, C. J. Neuroética, derecho y neurociencia, *Ludus Vitalis*, vol. XIV, núm. 25, 2006, p. 163 y ss. Describen con mucha precisión las vinculaciones que median en el uso de las técnicas de imaginería cerebral para investigar los correlatos neuronales de ciertos comportamientos en la toma de decisiones morales, en el sentido de brindar explicaciones sobre dimensiones clásicas de la personalidad, tales como la extroversión o la neurosis. Por otra parte, aluden también a la vinculación de estas disciplinas con aspectos posibles de interés de la filosofía tradicional, que incluyen: “i) la ética de la práctica neurocientífica como una extensión de la bioética tradicional; ii) la preocupación por la mejora o potenciación de las capacidades cognitivas (*cognitive enhancement*) y finalmente iii) los posibles usos jurídicos de los avances neurocientíficos, ya sea como medio de prueba o mediante la modificación, gracias a estos avances, de ciertas concepciones jurídicas.

Algunos autores, con la finalidad de formular el desarrollo lógico de esta cuestión, se preguntan si es posible establecer una diferenciación entre mente y cerebro<sup>3</sup>, o siguiendo este razonamiento, si el órgano anatómico conforma sólo una parte ubicada dentro de un todo que integran los elementos gravitantes de la conducta de una persona, aunque de ninguna manera la comprenden o subsumen dentro de una visión exclusivista y absoluta.

La respuesta a este interrogante que preocupara a filósofos y juristas desde hace muchísimos años, se advierte claramente en el pensamiento de DESCARTES cuando describía la mente “como una misteriosa sustancia inmaterial independiente, pero a la vez unida en relación causal con el cuerpo”<sup>4</sup>, todo ello en alineación con las versiones más antiguas influidas -seguramente-, por posturas dogmáticas o religiosas que consideraban las diferencias existentes entre mente y alma, como si se tratasen de dos componentes autónomos, uno material y el otro espiritual, que deben ser considerados en forma independiente para el hallazgo de una descripción completa y detallada de la conducta humana.

Parece suficientemente claro, que las reflexiones precedentes nos transportan nada menos que al concepto mismo de libertad o libre albedrío, presupuestos ontológicos únicos y exclusivos para atribuir a la persona un juicio de reproche moral o atribución de responsabilidad legal.

Sólo quien se encuentra bajo el “completo dominio” o “imperio de sí”, con aptitud para discernir entre diversas alternativas y elegir en consecuencia, configuraría el supuesto supeditado a imponer a esa conducta una sanción de responsabilidad, tanto de orden resarcitivo como punitivo.

Para construir una “teoría de la responsabilidad”, debe buscarse fundamento sobre el presupuesto ineludible de la libertad o libre albedrío y completo discernimiento del

---

<sup>3</sup> PARDO, M. S./PATTERSON, D., Fundamentos filosóficos del derecho y la neurociencia, InDret, Barcelona, abril-2011, en <http://www.indret.com/pdf/819.pdf>. En el abstract de este magnífico y erudito trabajo, se afirma: “Según una amplia variedad de académicos, científicos y responsables políticos, la neurociencia acabará por transformar el derecho. Muchos neurojuristas -valedores del poder de la Neurociencia sobre el derecho- proceden a partir de premisas problemáticas acerca de la relación existente entre mente y cerebro. En este artículo los profesores Pardo y Patterson sostienen que las explicaciones neurolegalistas de la naturaleza de la mente no son plausibles y que sus conclusiones han sido artificialmente infladas. Por ende, las pretensiones neurolegalistas acerca del poder de la neurociencia sobre el derecho no pueden ser sostenidas. Los autores tratan una amplia selección de ejemplos, entre los que se incluyen la detección de mentiras, los fundamentos del derecho penal, la toma de decisiones económicas, la toma de decisiones morales y las teorías generales de la Ciencia y del Derecho”.

<sup>4</sup> DESCARTES, R., Res extensa y res cogitans. *Vid.*, GARZÓN VALDÉS, Cerebro, 2011, p. 28.

autor respecto de los hechos o actos que van a ser objeto de juicio o valoración judicial.

Acorde a las consideraciones precedentes y en particular, en lo referente a la temática de las relaciones que vinculan la “mente” y el “cerebro”, se perfilan dos grandes corrientes, a saber:

Por un lado, aparecen las posiciones “unitarias”, “materialistas” o “deterministas”, que asignan al cerebro una participación absoluta y excluyente de todo otro factor o consideración como causa eficiente o atribución causal de la conducta humana.

Contrapuesta con la posición anterior, se establecen otras teorías que llamaremos dualistas las que, sin dejar de reconocer la importancia de las tareas que cumple el “cerebro”, -observación que, por otra parte, parece obvia- no se le asignan funciones absolutas, admitiendo por el contrario, una diversidad de factores y habilidades que a la postre inciden o contribuyen sobre la eficacia y efectos de toda manifestación de voluntad.

Esta concepción “unitaria”, “materialista” o “determinista”<sup>5</sup> concibe a la mente como reducida o absorbida totalmente por el cerebro, de forma tal que todos los negocios, actos u operaciones posibles, terminan siendo explicados a través de las funciones específicas de este órgano en particular, de forma tal que no queda nada fuera de este contexto y premisa lógica fundamental.

Las distintas observaciones que se asocian normalmente con la mente, sólo encuentran una razón válida a través del cerebro, atribuyéndole no sólo el discurrir o el pensar (vida discursiva), sino también las creencias, emociones, percepciones y sentimientos (vida afectiva)<sup>6</sup>.

Dicho de otra manera, todo lo que se ve o puede llegar a ser objeto de tratamiento por el derecho, resulta siempre de una exteriorización o manifestación cerebral, de forma tal que, nada puede encontrarse fuera de su protagonismo y centralidad con

---

<sup>5</sup> PARDO/PATTERSON, InDret, 2011.

<sup>6</sup> GARZÓN VALDÉS, Cerebro, 2011, p. 27, que textualmente expresa: “Todas (las) manifestaciones del comportamiento (...) pueden ser (...) remitidas a procesos neuronales en el sentido de una relación causal (...) el cerebro humano casi no se diferencia en nada del de los animales; (...) Dado que con respecto al cerebro de los animales no tenemos ningún motivo para dudar que todo el comportamiento se basa en funciones del cerebro y, por lo tanto, está sometido a las leyes deterministas de procesos físico-químicos, la tesis del condicionamiento material del comportamiento debe valer también para las personas. (...) Las células nerviosas de un caracol funcionan según los mismos principios que las células nerviosas de la corteza cerebral humana. (...) Esto nos conduce a la muy desagradable conclusión de que todo lo que hace que seamos lo que somos y nos diferencia de los animales y, por lo tanto, todo lo que posibilita nuestra evolución cultural se basa en un aumento cuantitativo de una determinada estructura cerebral”.

respecto a la vida de relación entre las personas.

Desde esta perspectiva se simplifica la sinergia del comportamiento de las personas, a través de afirmaciones categóricas y terminantes, como “tú eres el cerebro” y por la identificación de la base neuronal del comportamiento, nos proyectan obligatoriamente sobre cuestiones o conceptos como el libre albedrío, la libertad y lógicamente -porque no podría ser de otra manera-, al contenido y alcance de todo juicio de imputación que haga el derecho en torno a la construcción de una “teoría de la responsabilidad”.

De esta manera el núcleo al interrogante que tiende a arrojar luz acerca de una determinada exteriorización de la de voluntad, concluye con la necesidad de otra investigación inevitable: ¿era o fue él o su cerebro?

## II. MI CEREBRO ME HIZO HACER ESO

Unas de las afirmaciones sólidas en la literatura sobre el cerebro es que nosotros somos nuestro cerebro o, al menos, cuando nuestro cerebro sufre alguna alteración hay registros de “alteración en nuestro yo”<sup>7</sup>. Esto no ocurre, por ejemplo, cuando sufrimos alguna lesión en nuestro brazo o pierna o, inclusive, en la espalda. Pero cuando partes de nuestra cabeza quedan afectadas perdemos la capacidad de hablar, de expresar emociones, de ver, en fin, de realizar actividades comunes.

### 1. State of Utah v. Tomas R. Herrera.

Pocos minutos después de la medianoche del día 6 de junio de 1991, Tomas R. Herrera entró en la casa de su ex-novia Claudia Martínez<sup>8</sup>, se dirigió a su habitación y,

---

<sup>7</sup> Uno de los casos frecuentemente referidos para demostrar esta relación ha sido ampliamente divulgado en el año 2002. Un hombre de 40 años de edad, profesor de escuela, comienza a visitar sitios web de pornografía infantil. Amigos y familiares se extrañaron su comportamiento y después de un examen y una investigación al respecto sobre los fuertes dolores de cabeza que sentía fue detectado por el fMRI un tumor casi del tamaño de un pequeño huevo en su lóbulo frontal. Después de una operación que retiró el tumor, sus impulsos de visitar los sitios web de pornografía infantil cesaron. Meses después vuelve a sentir impulsos pedófilos y fuertes dolores de cabeza. Los exámenes realizados identifican que un nuevo tumor había crecido en el lugar del antiguo. Esta fue la primera vez que relacionaron los problemas en el cerebro con el comportamiento pedófilo. BURNS, J.M., and SWERDLOW, R. H., Right orbitofrontal tumor with pedophilia symptom and constructional apraxia sign, en: Archives of Neurology, 60, 2003, p. 438.; TOST, H./ VOLLMERT, C./BRASSEN, S./SCHMITT, A./DRESSING, H./BRAUS, D.F., Pedophilia: Neuropsychological evidence encouraging a brain network perspective, en: Medical Hypothesis, 63, 3, 2004, p. 530.; SCHIFFER B./PESCHEL, T./PAUL, T./GIZEWSKI, E./FORSTING, M./LEYGRAF, N./SCHEDLOWSKI, M./KRUEGER, T. H. C., Structural brain abnormalities in the frontostriatal system and cerebellum in pedophilia, Journal of Psychiatric Research, 41, 9, 2007, p. 755.

<sup>8</sup> Supreme Court of State of Utah, *Plaintiff and Appellee v. Tomas R. Herrera*, Defendant and Appellant., No. 980145, FILED June 29, 1999.

después de estrangularla, le disparó en la cabeza dos veces, provocándole la muerte. Al salir de la habitación, Herrera se encontró con la madre de Claudia, Rosa, en la sala. Rosa, notando lo ocurrido, intentó escapar yendo a la habitación de su hijo Reuben. Herrera la persiguió y, una vez dentro de la habitación de Reuben, le disparó causándole lesiones no fatales. Se dirigió también a Reuben y le disparó errando el blanco. Lo intentó algunas veces más, pero se quedó sin munición.

Avisada por los vecinos, llegó la policía y detuvo a Herrera, leyéndole sus derechos. Herrera le contó a la policía que estaba conduciendo su coche cerca de la residencia de Claudia cuando perdió el control sobre sí mismo y decidió matarla; admitió haberlo hecho y haber atentado contra la vida de Rosa y Reuben. El Estado de Utah ejerció una acción penal contra Herrera acusándolo de homicidio y de doble atentado a la vida.

El Dr. Breck Lebegue, especialista forense, fué llamado para examinar el estado mental de Herrera en el momento de los disparos. Basándose en el examen realizado, el Dr. Breck Lebegue concluyó que Herrera sufría del Síndrome de Capgrass<sup>9</sup>. Conforme a su opinión, cuando Herrera mató a Claudia *“él creía que estaba matando a alguien que no era un ser humano”*<sup>10</sup>. Según Herrera la mafia capturó a su ex-novia y colocó en su lugar a una impostora.

También conforme a la opinión del Dr. Breck cuando Herrera atentó contra la vida de Rosa y Reuben, él sabía que estaba atentando contra la vida de seres humanos.

Herrera fue condenado por el atentado a la vida de Rosa y Reuben y considerado mentalmente enfermo en cuanto a la acusación de matar a Claudia.

La defensa de Herrera argumentó para el recurso que teniendo en cuenta que se ha considerado enfermo a Herrera y, por lo tanto, no pasible de encarcelamiento por la muerte de Claudia, se debería utilizar el mismo argumento para los atentados contra la vida de Rosa y Reuben, considerando que forman parte del mismo episodio de crisis. Este argumento fue rechazado por el juez dado que, según la opinión del especialista,

---

<sup>9</sup> El Síndrome de Capgrass fue descrito por primera vez por Joseph Capgrass, psiquiatra francés, en 1923 al estudiar una paciente que continuamente sostenía que “dobles” habían tomado el lugar de su marido y otros conocidos. Una característica de este síndrome es el no reconocimiento de personas, lugares u objetos como “reales”, pudiéndose manifestar de forma leve o muy grave. En casos graves las personas son consideradas como “impostoras”, “alienígenas” o “robots”. Este síndrome se relaciona con sucesos de lesiones cerebrales comunes en accidentes que afectan a la cabeza. ELLIS, H.D./LEWIS, M. B., Capgrass delusion: A window on face recognition, en: Trends in Cognitive Sciences, 5, 4, 2001.

<sup>10</sup> Supreme Court of State of Utah, *Plaintiff and Appellee v. Tomas R. Herrera*, Defendant and Appellant., No. 980145, FILED June 29, 1999.

distinguir víctimas no es incompatible con el síndrome, de modo que puede sufrir locura en cuanto a determinadas personas y no en cuanto a otras.

## 2. *People State New York v. Herbert Weinstein*.

“Yo no hice eso, fue mi cerebro” es la síntesis de una defensa paradójica según la cual los defectos en el cerebro - demostrados por fMRI (Resonancias Magnéticas Funcionales) - sugieren el origen del acto violento<sup>11</sup>.

En lo referente al caso *People State New York v. Herbert Weinstein*<sup>12</sup>, de 1992, el abogado de 65 años de edad Herbert Weinstein fue acusado de asesinato. Conforme a la acusación, Weinstein mató a su mujer, Bárbara, por estrangulamiento, y para encubrir el crimen, fingió un suicidio arrojándola desde el 12º piso del apartamento en el que vivían en Manhattan.

Con el objetivo de apoyar la defensa, se anexaron los escáneres del cerebro de Weinstein (PET - *Positron Emission Tomography*). El propósito de las imágenes era el de posibilitar que neurólogos y psiquiatras estudiaran las funciones metabólicas del cerebro de Weinstein en sus varias regiones. La defensa de Weinstein afirmó que él tenía lesiones en el lóbulo frontal del cerebro causado por un quiste aracnoideo, de modo que, según los especialistas, su presencia se encontraría exactamente en la parte del cerebro que controla todo el pensamiento y el comportamiento voluntario<sup>13</sup>.

La acusación argumentó que la prueba del quiste aracnoideo no debería ser admitida en el proceso. Conforme a la decisión del juez Richard Carruthers, bajo la regla de la admisibilidad de la prueba, podían mostrarse las imágenes del cerebro, pero

---

<sup>11</sup> Se registra el caso de Brian Dugan como el primero en utilizar esa técnica para efectos judiciales (antes de eso otra técnica ya había sido empleada para analizar la condición cerebral de John Hinckley Jr, cuando éste atentó contra la vida del Presidente de los EEUU Ronad Reagan para llamar la atención de la actriz Jodie Foster). Dugan fue sometido a un exhaustivo examen de resonancia magnética cerebral (fMRI) por más de 90 minutos, bajo la supervisión de Kent Kiehl, neurocientífico de la Universidad de Nuevo México. El propósito del examen era comprender cómo funcionaba el cerebro de Dugan y si era posible usar esos datos en el juicio. Dugan había sido condenado por estupro y asesinato de 3 personas. Jeanine Nicarico, de Illinois, fue su primera víctima. En el año 1983 Dugan la llevó a su coche y la violó en el asiento de atrás golpeándola hasta matarla. En el año 1984 mató a su segunda víctima, una enfermera. El crimen fue parecido al primero. Dugan la violó y la mató abandonando su cuerpo inerte poco después. El tercer crimen tuvo como víctima una niña de 7 años de edad que estaba andando en bicicleta. Dugan la violó y la mató, tirándola a la basura. V. Hughes, *Head case*, in “*Nature*”, 464, 18, 340-342, 2010, pp. 340-342.

<sup>12</sup> Supreme Court of New York, *People State New York v. Herbert Weinstein*, October 8 (1992).

<sup>13</sup> El lóbulo frontal en los seres humanos es responsable del control de las llamadas funciones ejecutivas del cerebro. La habilidad de actuar racionalmente y de planear constituyen sus más importantes funciones. El lóbulo frontal, en otras palabras, es el área responsable del poder cognitivo humano. Según las evidencias disponibles, los daños al lóbulo frontal pueden generar efectos adversos en la capacidad de la persona de actuar racionalmente.

no sería posible decirles a los jurados que éstas estarían indiscutiblemente relacionada con la violencia. Fundamentó su decisión invocando precedentes de *People v. Stone*<sup>14</sup> y *People v. Sugden*<sup>15</sup>. El especialista forense, Dr. Daniel Martell, por lo tanto, sólo declaró que la tecnología era nueva y prometedora en el análisis del comportamiento humano.

Conforme a lo expuesto por el especialista Daniel Martell, “las debilidades cognitivas son señales de disfunción en el lóbulo frontal”. Según él, “los daños en el lóbulo frontal pueden presentar erosiones en la capacidad de juicio de la persona. Este es el aspecto generalmente aceptado como válido en el campo de la psiquiatría, psicología y neurología”<sup>16</sup>.

Esas lesiones fueron provocadas por un quiste aracnoideo. Los quistes aracnoideos son sacos de líquido localizados entre las membranas que cubren el cerebro que forman una red parecida a una tela de araña, como el propio nombre sugiere. Los quistes aracnoideos son de naturaleza congénita, es decir, ya están presentes en el nacimiento.

Once días después del cierre de las consideraciones, el acusado fue condenado con una reducción de pena. A partir de este caso, la pericia de neurocientíficos es frecuente en otros procesos, sobre todo norteamericanos.

### **3. Roper v. Simmons.**

Los niños pueden saber lo que es correcto y lo que no. Hay estudios que señalan que los niños de hasta 6 años de edad saben que matar es incorrecto. Entretanto, dada la inmadurez de sus cerebros, los niños y los adolescentes tienen menor capacidad para controlar sus impulsos, para usar la razón como guía de comportamiento o, inclusive, para reflexionar con respecto a las posibles implicaciones de sus actos. Esta fue la conclusión del caso *Roper v. Simmons*, según la cual condenar niños y adolescentes a muerte viola la Constitución Norteamericana.

Con apenas 17 años de edad, Christopher Simmons planeó el asesinato de Shirley Crook conjuntamente con dos amigos: Charler Benjamin y John Tessmer. El plan era cometer un asalto y matar a la víctima arrojándola desde un puente. En el medio de la

---

<sup>14</sup> 35 N.Y. 2d 69 (1974). <https://casetext.com/case/people-v-stone-80>

<sup>15</sup> 35 N.Y. 2d 453 (1974).

[http://www.leagle.com/decision/197448835NY2d453\\_1426.xml/PEOPLE%20v.%20SUGDEN](http://www.leagle.com/decision/197448835NY2d453_1426.xml/PEOPLE%20v.%20SUGDEN)

<sup>16</sup> 35 N.Y. 2d 453 (1974).

[http://www.leagle.com/decision/197448835NY2d453\\_1426.xml/PEOPLE%20v.%20SUGDEN](http://www.leagle.com/decision/197448835NY2d453_1426.xml/PEOPLE%20v.%20SUGDEN)

noche los tres se encontraron, pero John Tessmer desistió en el último instante. Simmons y Benjamin entraron en la casa de la víctima; robaron y cubriéndole la cabeza a Shirley y atándole las manos la arrojaron desde el puente.

En el juicio las pruebas en contra de Simmons fueron consideradas consistentes, inclusive contando con su confesión, habiéndose realizado una reconstitución del crimen con la presencia del propio Simons y grabado en video para ser mostrada al Jurado. Después de deliberar, el Jurado regresó con el veredicto de pena de muerte, incluso habiendo tenido en cuenta las circunstancias atenuantes del caso. Simmons a partir de entonces aguardaría la fecha para su ejecución.

Sin embargo, en el año 2002, la Suprema Corte decidió el caso *Atkins v. Virginia*<sup>17</sup>, según el cual las personas con problemas mentales no podrían ser condenadas a la pena de muerte. La defensa de Simmons, así, presentó una solicitud para que se considere el caso de adolescentes con el fin de extender la imposibilidad de la pena de muerte<sup>18</sup>.

El 13 de octubre de 2004 la Suprema Corte retomó el caso *Simmons* y, aceptando la posición de especialistas, estableció, en su decisión, tres razones para impedir que jóvenes criminales sean incluidos entre los criminales pasibles de pena de muerte.

En primer lugar, “[la] falta de madurez y un sentido de responsabilidad subdesarrollado se encuentra con más frecuencia en jóvenes que en adultos; y son más comprensibles entre los jóvenes. Estas cualidades muchas veces tienen como resultado acciones y decisiones impetuosas o irreflexivas”<sup>19</sup>.

La segunda área de diferencia es que los jóvenes son más vulnerables o susceptibles a influencias negativas y presiones externas, incluyendo la presión de los colegas<sup>20</sup>. “La [j]uventud es más que un hecho cronológico. Es un tiempo y una condición de vida, cuando una persona puede ser más susceptible a la influencia y a los daños psicológicos”. “Esto se explica en parte por la circunstancia predominante de que los jóvenes tienen menos control, o menos experiencia con el control, sobre su

---

<sup>17</sup> *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551 (2005). <https://www.law.cornell.edu/supct/html/03-633.ZS.html>

<sup>18</sup> US Supreme Court, n° 03-633, *Donald P. Roper v. Christopher Simmons*, Brief for the American Psychological Association, and the Missouri Psychological Association as Amici Curiae, pp. 1-30. <http://www.apa.org/about/offices/ogc/amicus/roper.pdf>

<sup>19</sup> *Ibid.*

<sup>20</sup> *Ibid.*



*propio ambiente*”<sup>21</sup>.

La tercera gran diferencia es que el carácter de un joven no está tan bien formado como el de un adulto. Los trazos de personalidad de los jóvenes son más transitorios, menos fijos. Esas diferencias hacen dudar de las conclusiones de que un joven se ajuste entre los peores criminales; “... *su conducta irresponsable no es tan moralmente reprochable como la de un adulto*”, decidió la Corte. Su propia vulnerabilidad y comparable falta de control sobre su entorno inmediato significa que “... *los jóvenes merecen más perdón que los adultos por no escapar de las influencias negativas de su medio ambiente*”<sup>22</sup>.

En este sentido, en *Simmons* la Corte decidió que: a) Las personas menores de 18 años son diferentes y esta diferencia resulta de un proceso cerebral en formación; b) Puede haber excepciones a la afirmación presente en “a”, pero nadie puede decir con certeza qué excepciones son esas; y c) Respecto a la pena de muerte, la Corte establece un límite a su imposición a menores de 18 años de edad.

#### **4. Schwarzenegger v. Entertainment Merchants Ass'n.**

Recientemente, en el caso *Schwarzenegger v. Entertainment Merchants Ass'n*, la Suprema Corte Norteamericana anuló una ley del Estado de California que prohibía la venta o alquiler a menores de videojuegos que hayan sido “catalogados como juegos violentos” (*California Civil Code*, Section 1746.1)<sup>23</sup>. La justificación de la ley californiana es la afirmación según la cual los videojuegos violentos pueden causar problemas psicológicos serios en menores de 18 años de edad.

El caso se inició el 7 de octubre de 2005, cuando el entonces gobernador del Estado de California, Arnold Schwarzenegger, firmó la ley *California Civil Code* §§ 1746–1746.5 que prohíbe el alquiler o la venta de juegos violentos a menores estableciendo una sanción de 1.000 dólares por su violación. Según la definición de la referida ley, un juego es violento cuando:

“(...) la gama de opciones disponibles para un jugador incluye asesinato, mutilación, desmembramiento o abuso sexual de la imagen de un ser humano, si esos

---

<sup>21</sup> Vid. STEINBERG & SCOTT, *Less Guilty by Reason of Adolescence: Developmental Immaturity, Diminished Responsibility, and the Juvenile Death Penalty*, *Am. Psychologist*, 2003, p. 1009.

<sup>22</sup> *Ibid.*

<sup>23</sup> *Schwarzenegger v. Entertainment Merchants Association*, 08-1448.  
<https://www.law.cornell.edu/supct/cert/08-1448>

actos están representados en el juego de una manera que realiza cualquiera de las siguientes condiciones:

(i) Una persona razonable, teniendo en cuenta el juego en su conjunto, encontraría apelaciones [sic] a un interés desviado o morboso de los menores.

(ii) Es claramente ofensivo a las normas vigentes en la comunidad en cuanto a lo apropiado para menores.

(iii) Hace que el juego, en su conjunto, carezca en forma grave de valor literario, artístico, político o científico para los menores.

(iv) Permite al jugador infligir virtualmente graves lesiones a las imágenes de seres humanos o personajes con características sustancialmente humanas de una manera que es especialmente atroz, cruel o depravada en cuanto implica abuso físico o tortura grave a la víctima”. Antes que la ley produjera sus efectos, *Entertainment Merchants Association* y *Entertainment Software Association*, alegando violación del derecho a la libertad de expresión protegido en la Primera Enmienda de la Constitución Americana, invocaron su inconstitucionalidad<sup>24</sup>. El Estado de California presentó en sus alegaciones la opinión de especialistas y varias escenas violentas de videojuegos, tales como “*Grand Theft Auto Vice City*” y “*Duke Nukem 3D*” en los cuales las personas son asesinadas de formas distintas y brutales. El tribunal del distrito decidió a favor de los productores y distribuidores de juegos. Después de apelar a la 9ª Corte del distrito, ésta confirmó la decisión local.

El Estado de California pidió entonces que la Suprema Corte debería declarar la constitucionalidad de la ley californiana bajo el estándar legal establecido en *Ginsberg v. New York*, referido a la prohibición de la exposición de material de contenido sexual. Para reforzar su posición anexó estudios analizando el impacto de materiales violentos, incluyendo en ellos videojuegos. Considerando el vasto interés del mercado en el caso, 31 opiniones de especialistas fueron presentadas al mismo, financiadas tanto por defensores de la ley como por aquellos que deseaban la declaración de su inconstitucionalidad y, por tanto, la libertad de venta de los videojuegos.

Apoyando la posición del Estado de California, tanto la Asociación Americana de

---

<sup>24</sup> Amendment I. “Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the government for a redress of grievances”.

Psicología (APA, por sus siglas en inglés, 2005) como la Academia Americana de Pediatría (AAP, por sus siglas en inglés, 2009) emitieron declaraciones formales afirmando que investigaciones científicas “concluyen que la exposición a videojuegos violentos provoca un aumento en la probabilidad en el comportamiento posterior agresivo en niños y adolescentes (...) y también que se ha apreciado que los videojuegos violentos aumentan los pensamientos agresivos, los sentimientos de agresividad, la desensibilización a la violencia física y disminuye el comportamiento prosocial”<sup>25</sup>.

Conforme a la decisión de la Suprema Corte, “*dado que el acto implica una restricción en el contenido del discurso protegido, esto es inválido a menos que California pueda demostrar que está justificado por un interés gubernamental convincente y está estrechamente demarcado para servir a dicho interés (...)*”. Según la conclusión de la Corte, “*El Estado de California no logró presentar este estándar*”<sup>26</sup>.

Si bien el sistema continental que seguimos en nuestro país para establecer sanciones penales es diferente al que sigue la tradición antes expuesta, dado que utilizamos una estructura dogmática que descansa en la Teoría del Delito con más de ciento treinta años de desarrollo doctrinario, no es menos cierto que, tal como sucede en el Derecho anglosajón, nuevos avances de las ciencias empíricas poco a poco intentan erosionar las bases del sistema penal, considerando la base del reproche –la idea de libertad del delincuente en el momento del hecho– sería un concepto falaz. Volvería así la clásica discusión entre determinismo y libre albedrío.

Estos incompatibles esquemas han tenido centurias de avances, retrocesos y estancamientos. La conceptualización del hombre como un ser determinado de antemano por su especial fisonomía orgánica, en que la estructura cerebral le predispone a actuar de una forma establecida *versus* la libertad plena con que gozaría para actuar, eligiendo libremente, por ejemplo, el comportamiento a demérito o el acto socialmente bueno, ha tenido una literatura vasta a lo largo de los años, acuñada por autores de conocida experiencia y tradición científica.

La neurociencia ha entregado un componente nuevo a este antiguo debate que ha sido recibido con intensa cobertura en España, Alemania y Estados Unidos, aportando un esencial dato que a los penalistas puede causarles recelo: en el hombre no hay

---

<sup>25</sup> *Brief of Amicus Curiae of California State Senator Leland Y. Yee, Ph.D., the California Chapter of the American Academy of Pediatrics, and the California Psychological Association in Support of Petitioners, Brown v. Entm't Merchs. Ass'n*, 130 S. Ct. 2398 (2010) (No. 08-1448), 2010 WL 2937557.

<sup>26</sup> *Ibid.*

libertad –nunca la hubo–, elemento fundante tradicional de la culpabilidad, requisito inequívoco para aplicar pena en un Estado Democrático de Derecho, sino más bien, estaríamos determinados en nuestros comportamientos por procesos que no podemos controlar y de los que, por tanto, no se nos debería hacer responsables<sup>27</sup>. Así, el profesor español Bernardo FEJOO SÁNCHEZ señala con acierto que, bajo estos parámetros científicos, “*no hacemos lo que decidimos, sino que decidimos lo que vamos a hacer de todas maneras*”<sup>28</sup>.

Estimamos que la mejor manera de presentar esta discusión no puede serlo realizando una refutación con antecedentes fundados en la biología o la anatomía<sup>29</sup>, sino que debemos tratar de dilucidar desde las Ciencias Jurídicas, con sus métodos, doctrinas e historia, si los componentes tradicionales de la culpabilidad pueden servir de auxilio para la supervivencia del concepto, que hoy fundamenta la aplicación de la privación más clara y comunicativamente más brutal de que se vale el Estado para el resguardo del orden social y el restablecimiento normativo: la pena<sup>30</sup>. Por ende, este no es un trabajo de neurociencias, sino que uno de Derecho Penal, que busca reflexionar si la pretendida erosión sufrida es profunda o más bien obedece a una nueva versión del clásico determinismo.

Una reflexión de HASSEMER podría ponernos en antecedentes:

“En el momento actual, las ciencias naturales gozan de prestigio y tienen poder. Su metodología de la observación domina hoy nuestra cultura cotidiana por completo y sin competencia alguna, y, como es natural, también la obtención de conocimientos en el proceso penal; quien no puede apoyar sus argumentos en la observación, es un loco a nuestros ojos. Mientras que la teología hace tiempo que ha pagado en la cultura occidental su error categórico de pretender poder explicar la génesis de la Tierra –con excepción de algunos relictos creacionistas–, no son pocos entre nosotros los que gustan de la maldad del patólogo de que no ha descubierto alma alguna al abrir el cadáver, por lo que ésta, en consecuencia, no existiría”<sup>31</sup>.

<sup>27</sup> FEJOO SÁNCHEZ, B., Derecho Penal y Neurociencias. ¿Una relación tormentosa? Revista InDret, No 2, 2011, p. 3. Disponible en: <http://www.indret.com/pdf/806.pdf> [Consulta: 20 de abril de 2015].

<sup>28</sup> *Ibid.*

<sup>29</sup> Ilustrativas a este respecto resultan las palabras de HASSEMER: “Vedado me queda un recuento del estado de la biología humana, aunque sólo se limitara a lo que genera consecuencias para la concepción jurídico penal de la culpabilidad. Para hacer esto, la orquesta de la biología humana es demasiado polifónica, y mi capacidad para analizar de modo confiable su interpretación, demasiado limitada; no podría asumir la responsabilidad de tal análisis –y mucho menos de un pronóstico–. También está cerrado el camino de reflexionar conjuntamente sobre las hipótesis fundamentales de la biología humana y el Derecho Penal, y concretarlas y desarrollarlas en un procedimiento integrador”. *Vid.*, HASSEMER, W., “Neurociencias y culpabilidad en Derecho Penal”. Revista InDret, Nº 2, p. 5. Disponible en: <http://www.indret.com/pdf/821.pdf> [Consulta: 20 abril 2015].

<sup>30</sup> Entenderemos a la pena no separada con la ejecución de la misma, ya que ésta, no obstante el eufemismo de hablar de *métodos alternativos a la pena privativa de libertad*, por su faz comunicativa es, a fin de cuentas, pena.

<sup>31</sup> HASSEMER, InDret, Nº 2, p. 7.

En opinión de CANCIO MELÍA<sup>32</sup>, en los últimos años asistimos a un verdadero vendaval en el marco de la discusión filosófico-moral y jurídico-penal, que ha sido generado por los más recientes avances en las investigaciones de las neurociencias. Hace poco, HASSEMER<sup>33</sup>, recientemente fallecido, describió este debate con la imagen de que desde las neurociencias llegan a los científicos sociales, y, más específicamente, a los penalistas, como cantos de sirena que llaman a repensarlo todo: nada más y nada menos que lo que es la base fundamental de todo sistema penal legítimo, el concepto de culpabilidad, o, más bien, los fundamentos de ese concepto. En algún momento, en esta discusión uno puede tener la impresión de un déjà vu respecto del intento liderado por la Scuola Positiva a principios del siglo pasado de sustituir las irracionales togas negras por las blancas batas de la ciencia.

CANCIO MELÍA agrega, que en efecto, es sabido que algunos de los protagonistas de la investigación neurocientífica, y algunos penalistas, piensan que lo que se está descubriendo en estos últimos años acerca del funcionamiento del cerebro, específicamente, acerca de cómo tienen lugar los procesos de toma de decisiones, revelan que nuestros puntos de partida fundamentales a la hora de establecer la responsabilidad penal estarían errados. Desde este punto de vista, el vendaval sería el anuncio de una tormenta, de un huracán que trastocará toda nuestra imagen sobre la noción de responsabilidad, y, con ello, modificará para siempre el conjunto del sistema de reacción frente al comportamiento desviado, llevándose consigo el Derecho penal tal y como lo conocemos. Ello por cuanto, sintética y simplificada: la noción jurídico-penal de culpabilidad se asienta en la idea de que al sujeto al que hacemos responsable por sus actos, al que consideramos culpable, le es reprochable lo que ha hecho porque podía actuar de otro modo<sup>34</sup>.

Es memorable, la opción por el Derecho que estableció el Tribunal Supremo Federal Alemán hace décadas, cuando asentó que sujeto podía decidirse a favor del Derecho y en contra de lo injusto, razón por la que es considerado culpable<sup>35</sup>.

Entonces, si es cierto, como afirman los (rectius: algunos) neurocientíficos, que en

---

<sup>32</sup> CANCIO MELÍA, M., Psicopatía y derecho penal: algunas consideraciones introductorias, en: Neurociencias y derecho penal. Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad, Madrid, Ed. Edisofer, 2013, p. 536.

<sup>33</sup> HASSEMER, InDret, Nº 2, p. 8

<sup>34</sup> CANCIO MELÍA, en: Neurociencias, 2013, p. 536 y ss.

<sup>35</sup> BGHSt (Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen). Alemania, Decisiones de la Corte Federal en Materia Penal, Nº 2, pp. 194 y ss., 200 y s.

realidad las decisiones -todas las decisiones- no se toman en aquel estrato del cerebro que llamamos “yo”, es decir, por parte de las estructuras neuronales que configuran la conciencia; sino que la decisión en realidad se acomoda a procesos neuronales no conscientes, en suma, si es cierto que no “hacemos lo que queremos”, sino que “queremos lo que hacemos”, todo el edificio de la responsabilidad jurídico-penal debería caer por su base, y, con él, todo nuestro sistema penal basado en la libertad de elección, el reproche y la culpabilidad, para dar paso a un nuevo modo de tratar el comportamiento desviado, asentado sobre la peligrosidad y su tratamiento, y no sobre la culpabilidad y su castigo. Sin embargo este “optimismo” neurocientífico es precipitado e ingenuo, siendo que la gran mayoría de los penalistas estiman que no es necesario remover los cimientos de la culpabilidad, ni del Derecho Penal<sup>36</sup>.

No es necesario, desde esta perspectiva, retomar la discusión sobre el libre albedrío, que parece más propia de la teología natural en la tradición cristiana, porque esta discusión no es la propia de un sistema social como es el Derecho penal. Desde la perspectiva del concepto funcional de culpabilidad -desarrollado por JAKOBS-, como ha dicho DEMETRIO CRESPO<sup>37</sup>, la fundamentación de la culpabilidad en la prevención general positiva es “inmune” a las dudas sembradas por la neurociencia en torno a la existencia de una libertad humana en sentido enfático-empírico. Desde esta posición se puede decir, ya desde un principio, que la cuestión está mal planteada: el sistema penal es una institución social, por lo que aquello que no llegue a ese plano es sencillamente irrelevante. Si el concepto de culpabilidad viene determinado por las necesidades de la prevención general positiva, es irrelevante que de pronto se descubra que todos los seres humanos están plenamente determinados por procesos neuronales inconscientes u otros factores, ya que ello no podrá modificar las necesidades del control social de ningún modo, al ser la descripción de un fenómeno ubicuo en el entorno. Ya se había señalado que la visión de JAKOBS acerca de la culpabilidad lo hacía “impermeable” al objeto de estudio de esta tesis, incluso para este autor, la discusión sería probablemente intrascendente<sup>38</sup>.

---

<sup>36</sup> CANCIO MELIÁ, en: Neurociencias, 2013, p. 530.

<sup>37</sup> DEMETRIO CRESPO, E., Libertad de voluntad, investigación sobre el cerebro y responsabilidad penal. Aproximación a los fundamentos del moderno debate sobre Neurociencias y Derecho penal, InDret 2/2011, <http://www.indret.com/pdf/807.pdf>

<sup>38</sup> *Íbid.*

### III. LA PSICOPATÍA COMO TRASTORNO DE LA PERSONALIDAD

Como es sabido, la psicopatía no pertenece al núcleo duro de enfermedades o anomalías mentales que han sido exhaustivamente investigadas y plenamente descritas por la ciencia médica. Por el contrario, casi toda la investigación estrictamente médico-empírica sobre el fenómeno es muy reciente, está todavía *in fieri*. Esto se aprecia con claridad en el hecho de que no ha logrado entrar aún en el canon médico del DSM-IV, aunque, según parece, la nueva versión, ahora en elaboración, de este estándar vaya a incorporarla<sup>39</sup>.

De momento, por lo tanto, el diagnóstico –y, por lo tanto, la definición– de la psicopatía depende de instrumentos de análisis “externo” de conducta, en particular, de la *Psychopathy Checklist/Revised* (PCL-R), elaborada por el psicólogo canadiense Hare, mediante la cual se obtiene una puntuación (en principio, sobre 20 ítems) en atención a que concurren en la persona determinadas características de personalidad que se expresan en su conducta.

No se trata aquí de entrar en los pormenores de ese método diagnóstico, ni en las características específicas de la psicopatía. A los efectos que aquí interesan, bastará con recordar que la psicopatía consiste en una completa ausencia de empatía, lo que conduce al psicópata a una disposición anormal que puede calificarse de “daltonismo moral”: los psicópatas presentan una completa ausencia de frenos inhibitorios respecto de la realización de comportamientos socialmente desvalorados<sup>40</sup>.

De acuerdo con la definición de la psicopatía que parece ser dominante, estas características, en primer lugar, se presentan en un continuo, es decir que desde la “normalidad” hasta la psicopatía más grave hay una escala gradual; en segundo lugar, no existe hasta el momento tratamiento alguno para la psicopatía –afirmándose, incluso, que intentarlo puede tener efectos negativos– como se ha visto con base en la experiencia penitenciaria, y, en tercer lugar, no están claras las causas de esta disposición, siendo la aproximación mayoritaria multifactorial, en la que concurrirían tanto elementos presentes desde el nacimiento como influencias derivadas de la historia vital del individuo, del entorno (sosteniéndose por parte de algunos –sin que esto sea generalmente aceptado– que habría, en correspondencia, psicópatas primarios y secundarios siguiendo la clasificación de ROBERT D. HARE.

<sup>39</sup> CANCIO MELIÁ, en: Neurociencias, 2013, p. 533.

<sup>40</sup> *Ibid.*

Según parece, la psicopatía es una constante antropológica. En todas las épocas y en todas las culturas, un porcentaje estable de la población puede ser considerado psicópata, en torno a un 0,5 a 1,5% de los varones, aunque se piensa que es en realidad un 2%, porque, de acuerdo con un sector de los autores -como dicen destacados neurocientíficos-, por razones que “siguen siendo un misterio”<sup>41</sup>, es un fenómeno casi exclusivamente masculino. Estos sujetos presentan una tendencia a cometer infracciones criminales que cabe considerar muy superior al resto de la población: las estimaciones que circulan afirman que de un 15% a un 25% de la población reclusa está constituida por autores psicópatas<sup>42</sup>.

Sin embargo, el statu quo de la investigación científica respecto de la psicopatía está cambiando de una manera radical desde hace algunos (pocos) años. El protagonista de esta evolución es, junto con otros métodos de neuroimagen, sobre todo el procedimiento de escáner cerebral llamado fMRI, es decir, *Functional Magnetic Resonance Imaging*, que tanta relevancia tiene, en general, en los nuevos avances neurocientíficos. Esta técnica mide -y representa gráficamente en una imagen del cerebro- la actividad hemodinámica cerebral. Por lo tanto, no se trata de una “fotografía” de la actividad neuronal en sí misma, sino de una de sus consecuencias, esto es, una mayor irrigación sanguínea que delata la actividad neuronal. Lo que se hace para medirla es subdividir al cerebro en unos 130.000 cubos de unos tres milímetros de dimensión de lado -los vóxeles- y se mide para cada uno de ellos dos veces la señal BOLD (*Blood Oxygen Level Determination*): una vez en estado de reposo, y otra cuando se le demanda a la persona sometida al ensayo que realice una determinada tarea (como puede ser contemplar una imagen). La señal será más intensa cuanto mayor sea el nivel de oxígeno demandado, que crece cuanto mayor es la actividad neuronal. La computadora calcula para cada uno de los vóxeles por separado si existe una diferencia significativa de irrigación -y, en consecuencia, de actividad neuronal- en la situación de reposo o en la tarea hecha en el ensayo. De ahí se obtiene una neuroimagen tridimensional, una vez coloreadas las diferencias, de la que cabe deducir muchos elementos de la morfología funcional del cerebro examinado<sup>43</sup>.

Así se abre una puerta, por primera vez en la historia de la humanidad, que resulta

---

<sup>41</sup> KIEHL, K. A./ BUCKHOLTZ, J. W., Inside the Mind of a Psychopath, en *Scientific American*, sept./oct. 2010, páginas 22 y ss.

<sup>42</sup> CANCIO MELIÁ, en: *Neurociencias*, 2013, p. 533.

<sup>43</sup> *Ibid.*, p. 534.



decisiva también para el estudio de la psicopatía: en lugar de aproximarse al fenómeno desde afuera, esto es, desde el comportamiento de quien padece la afección, o de sus propias manifestaciones acerca de determinadas características de su personalidad y de su conducta, se puede observar directamente el funcionamiento del cerebro, identificando así diferencias anatómico-funcionales entre psicópatas y no psicópatas. Estos estudios, en rapidísimo progreso en la actualidad, han generado, en lo esencial, dos hipótesis: por un lado, varios autores apuntan a diferencias morfológicas en el sistema de respuesta emocional (admirácula y sistema paralímbico)<sup>44</sup> ; y por otro a diferencias en el ciclo de ansiedad/atención<sup>45</sup>. En todo caso, son innegables los paralelismos entre sujetos psicópatas y personas que han sufrido lesiones en el córtex ventromedial prefrontal<sup>46</sup>.

Ahora bien, y ésta es una de las más importantes cautelas, el principal if: en la actualidad, esta técnica -igual que otras similares- está aún lejos de proveer conclusiones claras, debido a que se encuentra aún en una fase inicial desde el punto de vista metodológico, lo que no dejan de reconocer sus más entusiastas promotores<sup>47</sup>. En primer lugar, por mucho que a un lego le pueda parecer que tres milímetros de lado, y 130.000 vóxeles, es mucha resolución, en realidad es una red muy, muy gruesa: cada vóxel contiene entre 300.000 y tres millones de neuronas, 100 km de líneas neuronales y 27.000 millones de sinapsis. En segundo lugar, es esencial la decisión del director del ensayo a la hora de fijar el umbral de relevancia en la actividad hemodinámica que estime relevante. En este sentido, es famoso el artículo, firmado por un grupo de neuropsicólogos liderado por CRAIG M. BENNETT<sup>48</sup>, que da cuenta de un experimento hecho con ayuda de la técnica fMRI. En este experimento, se demostraron al individuo sometido al ensayo una serie de fotografías de personas exteriorizando diversos estados emocionales, para averiguar la respuesta neuronal del sujeto del ensayo. Éste mostró, como en otros experimentos de este tipo, significativas diferencias en la reacción neuronal frente a unas y otras imágenes. Cosa bastante sorprendente, pues se trataba de

---

<sup>44</sup> ANDERSON, N. E./KIEHL, K. A. The psychopath magnetized: insights from brain imaging, en: Trends in Cognitive Sciences, N° 16, 2012, pp. 52 y ss.

<sup>45</sup> GLASS, S. J./NEWMAN, J. P. Emotion Processing in the Criminal Psychopath: The Role of Attention in Emotion-Facilitated Memory, Journal of Abnormal Psychology, N° 118, 2009, pp. 229 y ss.

<sup>46</sup> KOENIGS, M.; KRUEPKE, M.; NEWMAN, J. P. Economic decision-making in psychopathy: A comparison with ventromedial prefrontal lesion patients, Neuropsychologia, N°48, 2010, pp. 2198 y ss.

<sup>47</sup> ANDERSON, N. E./ KIEHL, K. A, en: Trends in Cognitive Sciences, N° 16, 2012p. 58.

<sup>48</sup> BENNETT, C. M., *et al.* Neural Correlates of Interspecies Perspective Taking in the Post- Mortem Atlantic Salmon: An Argument for Proper Multiple Comparisons Correction, Journal for Serendipitous and Unexpected Results, N° 1(1), 2010, pp. 1-5.

un salmón muerto. Se observa, pues, que dependiendo de la disposición del ensayo en cuanto a la relevancia de los parámetros de medición, se puede obtener prácticamente siempre una respuesta<sup>49</sup>.

Aunque lo anterior revela un fallo del método en forma casi hilarante, y se muestran de manera muy gráfica la inseguridad del mismo, hay neurocientíficos que están específicamente convencidos de que existe la posibilidad de retratar las bases neurofisiológicas de la psicopatía. Actualmente, el intento más ambicioso, actualmente en curso, es el que ha venido desarrollando el neurocientífico KIEHL en el estado de Nuevo México, viajando de centro penitenciario en centro penitenciario, se somete a un examen mediante fMRI -usando un equipo móvil ubicado en un camión- a un grupo importante de presos diagnosticados como psicópatas por métodos tradicionales, para así reunir por primera vez un grupo de datos significativo, con una base de datos de alrededor de mil individuos, que permita avanzar en la identificación de las bases neurofisiológicas de la psicopatía, y, con ello, establecer un método de diagnóstico más seguro -y más visible para su procesamiento forense- que el (ahora ya) tradicional, basado en la PCL/R de Hare<sup>50</sup>.

Supongamos hipotéticamente que en el futuro el citado método sea validado y que por tanto es fiable. Y recordemos cuáles son los elementos nucleares de la psicopatía: un déficit en la capacidad de empatía y, como consecuencia de ello, una incapacidad innata para el razonamiento moral, para reconocer emocionalmente la diferencia entre la conducta correcta y la errónea. No se trata de que los sujetos en cuestión no puedan comprender racionalmente qué está prohibido y qué no, o que no puedan controlar sus impulsos. Se trata de que lo uno y lo otro les es, por principio y radicalmente, indiferente en el plano emocional, porque carecen de las estructuras neuronales normales que tiene la abrumadora mayoría de los integrantes de cualquier grupo humano<sup>51</sup>.

En principio, podría pensarse que es éste un supuesto en el que la culpabilidad es expresión del carácter del sujeto, una “emanación de su personalidad”, en la clásica formulación de DOHNA. Es el modo de ser del psicópata el que lo hace no tener en cuenta a los demás, no considerar los intereses ajenos, y, por lo tanto, delinquir por una

---

<sup>49</sup> CANCIO MELIÁ, en: Neurociencias, 2013, p. 535.

<sup>50</sup> CANCIO MELIÁ, en: Neurociencias, 2013, p. 534.

<sup>51</sup> *Íbid.*

nimiedad con tal de que su interés egoísta quede satisfecho. Sin embargo, y con las cautelas antes referidas acerca de los necesarios niveles de certeza en el diagnóstico que aún deben alcanzarse con las nuevas tecnologías es necesario al menos plantear otra solución. Conviene recordar las bases de la atribución de responsabilidad personal, a partir de la construcción social de la culpabilidad y de acuerdo con la concepción funcional de culpabilidad (sin que eso implique caer en el funcionalismo de JAKOBS). De acuerdo con este punto de vista, la culpabilidad es una magnitud que deriva de las necesidades de la prevención general positiva, es decir, la culpabilidad significa que la explicación de la infracción de la norma ocurrida es asignada al infractor, por ausencia de una explicación alternativa. La consecuencia es la imposición de una pena al infractor como mecanismo de estabilización contrafáctica de la norma<sup>52</sup>.

Además, el momento presente se caracteriza por una progresiva dosis de inseguridad jurídica, acrecentada por los trepidantes cambios socio-económicos y políticos, así como la irrupción de los avances tecnológicos. Ante este camino incierto iniciado por un Derecho penal en expansión, administrativizado y utilizado disparatadamente –ahora más que nunca- con el pragmatismo de un arma política<sup>53</sup>, se hace preciso insistir en la idea de elaborar un Derecho penal próximo al método científico en sentido estricto. Precisamente, en el ámbito de la imputabilidad debe reivindicarse una íntima relación entre el conocimiento psiquiátrico, genético y la argumentación penal, de tal modo que permita estructurar sobre bases científicas fiables, un discurso racional y multidisciplinar, tratando de recuperar la mutua confianza que debe gobernar la coordinación médica y jurídica en este campo<sup>54</sup>, a efectos de esclarecer con mayor certidumbre los factores desencadenantes del acto y las capacidades del sujeto de comprender lo ilícito de su actuación<sup>55</sup>.

Naturalmente, no cabe esperar de modo automático que este necesario acercamiento entre Psiquiatría, Genética y Derecho resuelva mágicamente todos los problemas que la praxis clínica y criminal presenta en la realidad diaria de cara a

---

<sup>52</sup> *Ibid*, p. 537.

<sup>53</sup> PRITTWITZ, C., El derecho penal alemán, ¿fragmentario?, ¿subsidiario?, ¿última ratio?, en: La insostenible situación del Derecho penal (trad. Profesores del Área de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad Pompeu Fabra), Granada, 2000, p. 428.

<sup>54</sup> Como indica la profesora HUERTA TOCILDO, “la teoría jurídica de la inimputabilidad se convierte en la puerta de entrada en el campo del Derecho penal de la moderna investigación científica acerca de la personalidad humana”, cfr. “Psiquiatría y nuevo Código Penal”, (ponencia inédita presentada al Seminario de Psiquiatría Forense, celebrado en Eurofórum de El Escorial, febrero de 1997).

<sup>55</sup> IGLESIAS RIO, M. A., La eximente de “anomalía o alteración psíquica”. Una problemática abierta hacia el futuro científico, ADPCP, VOL. LVI, 2003, p. 155.

delimitar la frontera entre la plena responsabilidad penal y las hipótesis encuadrables en el plano de la inimputabilidad<sup>56</sup>.

A título meramente ejemplificativo, podemos adelantar algunas inseguridades no fácilmente remediadas en el ámbito penal sustantivo y en proceso penal.

En primer lugar, la indagación de un estado psicológico resulta ciertamente complicada porque las dimensiones anímicas no son fácilmente delimitables ni susceptibles de medición matemática. No hay fórmulas irrefutables que puedan certificar ni el funcionamiento ni lo que discurre por el cerebro de cualquier ser humano, sano o enfermo<sup>57</sup>; situación que se complica aún más ante las profundas discrepancias existentes entre las distintas corrientes doctrinales en el ámbito de la psiquiatría a la hora de diagnosticar un caso o emitir un determinado informe pericial. No es de extrañar entonces que todas las conclusiones divergentes que confluyen en el análisis de la conducta de un sujeto contribuyen, en cierto modo, a mermar credibilidad entre los profanos o relativizar el incuestionable carácter científico de los resultados alcanzados<sup>58</sup>. Y, si además interviene un Tribunal con Jurados, cuyos miembros no se encuentran familiarizados con las sutiles disquisiciones jurídicas ni con la ininteligible terminología médica o bioética, a la hora de decidir pueden sentirse más influidos por las imágenes preconcebidas en la literatura o en el cine que por el contenido de los dictámenes técnicos<sup>59</sup>.

En segundo lugar, el análisis de los distintos elementos del delito, también por supuesto el juicio sobre la capacidad de culpabilidad del sujeto, ha de referirse retroactivamente al instante puntual y concreto en que actuó u omitió la acción debida,

---

<sup>56</sup> De hecho, en algunos momentos, la función de la psiquiatría en general y sus métodos de tratamiento forense han sido puestos en cuestión no sólo por parte de los juristas sino también por la propia ciencia médico-legal, llegándose a generalizar una sensación de cierto pesimismo y desconfianza ante los resultados alcanzados y a discutir incluso la delimitación del ámbito competencial entre Psiquiatría y Derecho. Más aún, algunas corrientes han propuesto renunciar en muchos casos a los diagnósticos psiquiátricos y concentrar los esfuerzos en terapias de orden social. No obstante, el desarrollo de la psiquiatría ha evidenciado que el rechazo al diagnóstico es un camino erróneo y que una clasificación lo más precisa posible de las anomalías psíquicas es una condición indispensable para la solución de los problemas del sujeto. Vid. IGLESIAS RÍO ADPCP, VOL. LVI, 2003, pp. 155-156.

<sup>57</sup> En parte, debido a la crisis que afecta al propio concepto de “enfermedad y sus límites fronterizos con la “normalidad” al menos en sentido técnico, especialmente si se acepta, como se dice, que en el 80 por 100 de la población se puede detectar algún grado de enfermedad mental (aunque, evidentemente, no sea penalmente relevante). Vid. IGLESIAS RÍO, ADPCP, VOL. LVI, 2003, p. 156, nota a pie de p. nº 17.

<sup>58</sup> Parece inevitable que los expertos incorporen en sus dictámenes juicios de valor personales o las propias preconcepciones culturales, aun cuando ello desestabilice de algún modo la objetividad de su actuación profesional.

<sup>59</sup> GARCÍA BLÁZQUEZ, M., Análisis médico-legal de la imputabilidad en el Código penal de 1995. (Un análisis médico-legal de los arts. 20.1 y 20.2), Ed. Comares, Granada, 1997, pp. 30-31.

no al momento del resultado ni tampoco al momento presente en el que se tramita el procedimiento penal<sup>60</sup>. Esto añade una dificultad más si cabe, de naturaleza probatoria en sede procesal al tema que nos ocupa, porque todo peritaje psiquiátrico debe proceder a una reconstrucción *ex post facto* de aquel originario estado mental o psicológico del sujeto –que, sin embargo, no es susceptible de una reproducción experimental idéntica– para decidir si, al momento del hecho, estaba en condiciones de responder a la norma. No es extraño que tal exploración sobre el presunto autor del delito se realice semanas, meses o incluso años después de la comisión del hecho delictivo<sup>61</sup>; cuando esto es así, los especialistas en medicina legal reconocen que dicha exploración puede arrojar unos datos indicativos de que la patología o los factores codeterminantes del hecho hayan experimentado una aminoración considerable o, sencillamente, que por tratarse de un supuesto trastorno mental transitorio no se detecta o, excepcionalmente, no ha quedado rastro de déficit morboso alguno con base patológica endógena ni exógena<sup>62</sup> que pudiera singularizar su repercusión en las capacidades del sujeto<sup>63</sup>.

Desde otra perspectiva, a estos problemas hay que sumar los que pudieran derivarse de una exploración llevada a cabo cuando el sujeto se encuentra sometido a tratamiento farmacológico o mediatizado por el consumo de drogas tóxicas, pues los resultados obtenidos en estas condiciones estarían viciados y, tendrían que equipararse a la práctica de una “prueba prohibida” análoga al caso del narcoanálisis<sup>64</sup>.

En tercer lugar, la determinación concreta del juicio de imputabilidad se complica todavía más desde el momento en que debe ser el resultado de un proceso individualizado, sin que pueda acudirse al criterio abstracto del hombre medio o al

---

<sup>60</sup> TORÍO LÓPEZ, A., La capacidad limitada de autodeterminación en la reforma del sistema penal, Jornadas de estudio de la deficiencia mental en la región castellano-leonesa, Valladolid, 1981, pp. 15 y ss.; EL MISMO, Las fórmulas legislativas sobre la enfermedad mental. Discusión del concepto de enajenación, Estudios jurídicos en honor del Prof. O. Pérez Vitoria, Ed. Bosch, Barcelona, 1983, pp. 967 y ss.

<sup>61</sup> Así ha sucedido en una serie de casos muy conocidos, entre los que podemos recordar, el del asesino de los naipes en Madrid, las muertes de las jóvenes de Mijas y Coín o de un matrimonio en Talavera, acaecidas hasta diez años antes de la detención de los sospechosos.

<sup>62</sup> Los supuestos de trastorno mental transitorio, aunque generalmente descansan sobre una “base constitucional morbosa o patológica”, no es exigible su comprobación para apreciar la eximente, como estima la STS 15-4-98, al determinar que “en persona sin tara alguna posible la aparición indicada de indicada perturbación fugaz, una reacción vivencial anormal, tan enérgica y avasalladora para la mente del sujeto que la priva de toda capacidad de raciocinio, eliminado y anulando el choque psíquico originado por un agente exterior, cualquiera que sea su naturaleza”.

<sup>63</sup> IGLESIAS RÍO, ADPCP, VOL. LVI, 2003, p. 158.

<sup>64</sup> GARCÍA BLÁZQUEZ, Análisis, 1997, pp. 24 y ss., esp. 28 y ss. Naturalmente, a no ser que se tratase de una hipótesis encuadrable en el art. 20.2 CP.

parámetro impersonal de un hipotético sujeto racional<sup>65</sup>. Incluso, se ha demostrado desde el punto de vista médico legal que las disfunciones que presentan algunas anomalías, como las neurosis obsesivas o las alteraciones pasionales, se manifiestan o inciden sólo en determinados –no en todos- ámbitos conductuales exógenos que han podido influir en la conducta o morfología del acto<sup>66</sup>

#### IV. CONCLUSIÓN

Para el hallazgo de una explicación completa del comportamiento de individuos con trastornos de la personalidad y psicópatas debe tenerse en cuenta, en el ámbito de la imputabilidad, una íntima relación entre el conocimiento psiquiátrico, genético y la argumentación penal, de tal modo que permita estructurar sobre bases científicas fiables, un discurso racional y multidisciplinar, tratando de recuperar la mutua confianza que debe gobernar la coordinación médica y jurídica en este campo, a efectos de esclarecer con mayor certidumbre los factores desencadenantes del acto y las capacidades del sujeto de comprender lo ilícito de su actuación.

Una observación más amplia y abarcadora del fenómeno de la conducta, permite afirmar que además del cerebro, debe considerarse otro grupo de elementos como los mencionados precedentemente, los que cada uno de ellos evaluados en su conjunto, constituyen la respuesta integradora acerca de los factores gravitantes para una determinada manifestación de voluntad, conclusión que, obviamente, nos lleva a un puerto completamente diferente respecto de la problemática referida a la confluencia entre “derecho y neurociencias”.

Si a todo esto le trasladamos el interrogante central que formulamos anteriormente en cuanto a ¿era o fue él o su cerebro?, la respuesta en este caso no será “son uno y el mismo”, sino que se podrá decir que “es uno y su circunstancia”, que incluye y comprende toda esta otra serie de elementos concurrentes que en forma conjunta y al unísono, justifican el comportamiento humano como manifestación de toda la persona sin identificarlo exclusivamente con las funciones encefálicas.

Liberados de esta suerte de determinismo cerebral, donde todo encuentra su razón de ser a través del condicionamiento inferido de sus propias funciones, la neurociencia busca encontrar sus espacios de autonomía dentro del terreno más amplio como el que

---

<sup>65</sup> IGLESIAS RÍO, ADPCP, VOL. LVI, 2003, p. 158.

<sup>66</sup> *Íbid.*

constituyen las ciencias normativas, aportando su cuota de certidumbre en lo que respecta a los elementos de prueba, como así igualmente y desde una visión filosófica, sobre los conceptos de Justicia, Moral y Libertad.

Desde esta perspectiva, el “dualismo” coopera indudablemente aportando diagnósticos certeros o juicios científicos con validez universal que permiten frente a ciertas situaciones, una mejor comprensión de las conductas, pero siempre fuera de esa suerte de subsunción absoluta del cerebro respecto de todo lo que conforma en su integridad el ser humano, tanto en aspectos estrictamente discursivos o racionales, como así en lo referido a sentimientos, emociones, estructuras culturales, genéticas, etcétera.

A la luz de lo relacionado precedentemente, cabe concluir que la actividad neuronal por sí misma, no es suficiente para encontrar el fundamento y desarrollo del comportamiento de los hombres, porque el conocer o tener conciencia de las cosas que nos ocurren o rodean, no es sólo tener cerebro a través de un particular estado físico o anatómico, sino que debe integrarse con las demás habilidades psicológicas y categorías mentales que lo integran y completan, según lo ha desarrollado esta teoría con todo cuidado y prolijidad.

En definitiva compartimos el juicio de PARDO/PATTERSON<sup>67</sup> cuando se plantea la disyuntiva acerca de dónde se encuentra situada la mente, si en el alma cartesiana o por el contrario, en el cerebro; nos proponen como mejor respuesta la aseveración de que la conducta humana constituye el “criterio del conocimiento” y no un “estado cerebral”.

Nuestras conclusiones referidas a la problemática de la confluencia entre derecho y neurociencia, consiste en apartarnos de toda posición unilateral o sesgada del fenómeno, porque entendemos que estos avances experimentados por la medicina respecto del estudio del cerebro, se transformarán en una ciencia auxiliar imprescindible en el funcionamiento de la justicia, pues aportarán certidumbre y certeza en los mecanismos de comprobación o descubrimiento de la verdad, como así incluso respecto de sus resultados o veredictos, pero seguimos convencidos de que la libertad y el libre

---

<sup>67</sup> PARDO, M/PATTERSON, D., InDret, 2/2011, nota 9, pp. 8 y 17, <http://www.indret.com/pdf/819.pdf> Sostienen los autores de la nota que constituye una falacia mereológica (falacia relativa a la relación lógica entre las partes y el todo) en atribuir la capacidad o la función a una parte, lo que sólo es atribuible correctamente al conjunto del cual aquélla no es más que eso, una parte. Con referencia a autores como el filósofo Daniel DENNET, el neurocientífico Maxwell BENNET y el filósofo Peter HACKER responden que “En el sentido que el ser humano posee información el cerebro no posee nada”. Continúan desarrollando este pensamiento afirmando: “Conocer no es estar en un estado particular. El conocer es una capacidad, por ejemplo, de responder a la pregunta correctamente. La medida de veracidad de su respuesta no se encuentra en el estado neuronal de su cerebro”.

albedrío del hombre -y de todo hombre- constituye el elemento imprescindible para construir el concepto de responsabilidad, sin la cual resulta difícil comprender la esencia y razón de ser de las ciencias normativas.

En definitiva, auguramos una convivencia cada vez más estrecha, quizás con un incremento proporcional al estado de avance de sus investigaciones y estudios, pero todo ello sin que destruya el basamento moral<sup>68</sup> de la libertad de las personas como fundamento y base cierta de toda construcción jurídica formal.

\* \* \* \* \*

---

<sup>68</sup>ECHARTE, L., Hacia una nueva filosofía de la neuroética. <http://enciclopediadebioetica.com/index.php/todas-las-voces/192-neuroetica-hacia-una-nueva-filosofia-de-la-neurociencia> En este importante trabajo se define la neuroética como el conjunto de estudios que ponen en relación la neurociencia con las ciencias sociales. El autor cita a su vez, el pensamiento de HARPER, director de la prestigiosa *Dana Foundation*, emitida durante las sesiones del Congreso de San Francisco de 2002, cuando refiriéndose a este problema, expresó: “Puede llamársela como se quiera... pero el tren de la neuroética ya ha salido de la Estación”. Cierra estas reflexiones, con el pensamiento de BANGA, J., director de *Health Sciences of Clinical Ethics*, de la *Emory University*, en el sentido de que “la contribución de las ciencias sobre el cerebro a nuestro conocimiento de la naturaleza del razonamiento moral y de la conducta moral”. En definitiva, subraya el autor acerca de la necesidad de una toma de conciencia sobre cómo puede llegar cambiar la neurociencia nuestra comprensión del fenómeno humano y qué efectos se derivan de dicho cambio.



## **Sra. Dra. María José Lescano**

Jueza titular del Juzgado de Garantías del Joven Nro. 1 del Departamento Judicial de La Plata, Buenos Aires. Profesora de Derecho penal. Universidad Nacional de La Plata. Argentina.  
Socia de la FICP.

### **~El anteproyecto de reforma al Código Penal argentino. Su incidencia en el régimen de responsabilidad penal juvenil<sup>1</sup>~**

**Resumen.-** El trabajo brinda un análisis novedoso en relación al Anteproyecto de ley que propone reformar el código penal argentino. La observación y crítica del mentado anteproyecto se realiza a partir de la concepción del nuevo Derecho de la Infancia surgido al amparo de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y del proceso de transición normativa que se viene desarrollando a lo largo de todo el territorio nacional. En esta específica materia Argentina sancionó la ley 26.061 relativa a la “protección integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes”, pero se encuentra en mora con relación a la sanción de una ley penal juvenil que responda, de igual manera, al paradigma consagrado por la Convención. Entre tanto, ¿cómo correspondería aplicar la ley 22.278 (régimen penal de la minoridad) si finalmente se alcanza la reforma propuesta para el Código Penal?

## **I. INTRODUCCIÓN**

En el mes febrero del año 2014 fue presentado a la señora Presidenta de los argentinos un anteproyecto de reforma al código penal. Los doctores ZAFFARONI, GIL LAVEDRA, ARSLANIÁN, PINEDO y BARBAGELATA, integraron la comisión de expertos que participaron en su elaboración, y pese a que esa propuesta no había ingresado al Poder Legislativo, la mera iniciativa suscitó acalorados enfrentamientos.

Más allá de los reales móviles que pudieron haber incidido para que públicamente se dieran a conocer las críticas que se fueron formulando a esa propuesta de ley, es importante reconocer que la ciudadanía no se reveló ajena al debate de este acontecimiento normativo.

Sea por el abordaje que recibió el tema a través de los distintos medios de comunicación, o por el reconocimiento de las personalidades que integraron dicha comisión reformadora, o dada la prioridad socialmente reconocida a los valores que se hallan en juego -atento la magnitud de la reforma que se propone-, lo cierto es que la comunidad asumió decididamente el compromiso de participar, de alguna manera en las discusiones liminares que hacen a la gestación de un nuevo código penal.

Las universidades, los colegios profesionales, los gremios y los distintos ámbitos de la escena política se abocaron al tratamiento de la cuestión.

---

<sup>1</sup> - Este trabajo ha sido presentado en el Instituto de Derecho Penal de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de la Plata en mayo de 2014 para difundir en su revista virtual. Cfr. <http://intercambios.jursoc.unlp.edu.ar/>

Este fenómeno, que se aparta de los patrones hedonistas e individualistas que caracterizan las sociedades postmodernas, sin dudas resulta auspicioso, pues en definitiva abrir los canales de participación ciudadana, fortalece las bases del sistema democrático argentino que transita aún, una etapa de diaria construcción.

La consolidación de la democracia requiere procesos de racionalidad legislativa.<sup>2</sup> Si realmente se espera que el futuro código penal argentino alcance altos niveles de legitimidad, la decisión de los legisladores que lo consagre debe ser producto de un conjunto de requisitos formales y materiales. Es decir que debe cumplir con los mecanismos constitucionales previstos para acceder a los acuerdos parlamentarios para obtener la formal aprobación de la ley y asimismo responder de manera fiel a las inquietudes y necesidades sociales.

Sin lugar a dudas que entre las preocupaciones ciudadanas se halla el debate acerca de cuál debería ser la respuesta estatal frente a los delitos cometidos por jóvenes. Y más específicamente, cómo habría que diseñar una nueva normativa nacional que profile un sistema de justicia penal juvenil acorde a los postulados contenidos en la Convención Internacional sobre los derechos del Niño (CIDN).

Llamativamente el anteproyecto de reforma al código penal excluye el tratamiento de la cuestión. Sólo se alude al régimen penal del menor como una materia a ser regulada en otra oportunidad a través de una ley especial, como si la problemática de los jóvenes infractores a la ley penal no fuese un tema central a priorizar, por la actual política estatal.

En el camino de transformación legal propiciado, debemos señalar lo preocupante que resulta que en el marco de una profunda reforma al ordenamiento jurídico penal argentino, se haya omitido la consideración de una normativa actualizada relativa a la regulación de la responsabilidad penal juvenil. Recuérdese que la sanción de una novel legislación constituye una exigencia interna como también de carácter internacional, pues el Estado Argentino, como país adherente a la Convención Internacional sobre los derechos del Niño, ha sido en reiteradas ocasiones exhortado a cumplir los compromisos asumidos ante la comunidad internacional.

---

<sup>2</sup> DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, ·El control de constitucionalidad de las leyes penales, Estudios críticos del Derecho Penal moderno, Sabadini compilador, Ed. Di Plácido, Buenos Aires, 2011, p 156.

Si tal suerte es la que finalmente ha de correr la sanción de un nuevo código penal en Argentina, tendremos que imaginar cómo incidirá esta reforma en la aplicación del derecho por los tribunales de responsabilidad penal juvenil, ello debido a la evidente vinculación que existe entre ambos contextos normativos.

## II. DECRETO NRO. 678

Por Decreto 678, del 7 de mayo de 2012, el Poder Ejecutivo dispuso la creación de la comisión para la elaboración del proyecto de ley de reforma, actualización e integración del código penal de la Nación y designó como su presidente al entonces Juez integrante de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, al doctor Eugenio Zaffaroni.

A esta comisión se le encomendó la ardua tarea de revisar, desde una mirada actualizada, la normativa penal y de proveer a su integración a fin de producir un único cuerpo normativo.<sup>3</sup> Un nuevo código penal que concentre todas las normas punitivas, que se revelan dispersas y desarticuladas, a causa de las diversas reformas parciales habidas durante los más de 90 años de su entrada en vigencia.

Expresamente, se brinda como fundamento en el referido decreto, la necesidad de readecuar todo el sistema penal, porque las escalas penales inicialmente consideradas fueron perdiendo equilibrio y proporcionalidad, a consecuencia de las accidentadas reformas acaecidas, que fueron alterando su coherencia originaria.

Del decreto se observa con nitidez la preocupación por corregir la disfuncionalidad que ocasionó la excesiva sanción de leyes penales especiales, porque lograr la sistematización e integración del ordenamiento punitivo, hace al cumplimiento del mandato de codificación previsto en el art. 75 inc. 12 de la Constitución Nacional. Consolidar la interrelación normativa permite, por otra parte, garantizar que el principio que presume a la ley conocida por todos, no se siga erosionando.

Pero existen otros postulados de raigambre constitucional que avalan la necesidad de reforma. Alcanzar un mayor nivel de sistematización normativa encuentra su razón en el conjunto de principios que fueron incorporados al derecho interno a través de los tratados internacionales de derechos humanos que, desde el año 1994, integran el texto Constitucional argentino.

---

<sup>3</sup> Se estableció un plazo de 180 días corridos para proceder a la elevación del proyecto de ley al Poder Ejecutivo nacional a través del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

En otro orden, acceder a la armoniosa articulación de las normas punitivas, contribuirá ciertamente a fortalecer el proceso de integración regional que se encuentra desarrollando nuestro país a través del Mercosur, presupuesto clave para facilitar la coordinación de las estrategias legales a desplegar entre los Estados miembros.<sup>4</sup>

### III. ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PENAL ARGENTINO

El anteproyecto exhibe una expresión de motivos y se estructura, al igual que el actual código en una parte general y otra especial. En la parte especial se propone una reorganización sistemática, modificando la jerarquía brindada a los diferentes bienes jurídicos tutelados por las normas contenidas en las diversas figuras penales.

Debatir el anteproyecto desde la mirada de los derechos de los niños y de los adolescentes exige realizar previamente un análisis transversal a lo largo de todo su articulado. La modificación de los principios generales en los que se asienta el ordenamiento punitivo, como así también aquellas relativas a la variación del ámbito punible en los tipos penales, incide en la delimitación del Derecho de la infancia que, no restringe su estudio a los casos de jóvenes infractores de ley, sino también alcanza los supuestos en que un niño resulta víctima y su estudio adquiere indiscutible resonancia dogmática.<sup>5</sup>

Sin embargo, dado los límites de este trabajo, nuestro interés reside en identificar y reflexionar acerca de cuál ha sido la opción político criminal y dogmática escogida a tenor del anteproyecto, respecto del sistema penal juvenil. Es decir cuál ha de ser la reacción estatal frente a los hechos cometidos por jóvenes infractores.

En esta inteligencia, podemos advertir que entre los primeros preceptos contenidos en el título primero de la parte general, se halla una norma que circunscribe el ámbito material y personal de aplicación. Así, reza el art. 4 del anteproyecto:

1. Las disposiciones generales de este código se aplicaran a todas las infracción es y penas previstas por cualquier otra ley

---

<sup>4</sup> En la construcción de un nuevo sistema hay que tomar en cuenta las características que va adquiriendo el denominado derecho de la modernidad que incluye al derecho penal, proceso en el que se observa un fenómeno de internacionalización como consecuencia natural de la estructura del ordenamiento jurídico supranacional que se ha ido configurando. Cfr. HEINE, Günter; “La ciencia del derecho penal ante las tareas del futuro”, en *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2004, p. 430.

<sup>5</sup> El Derecho de la Infancia debe estudiar también al niño cuando se halla en situación de damnificado por el delito. El niño víctima tiene una innegable importancia para la reflexión del ámbito de la punibilidad que describen las distintas figuras típicas. Asimismo su estudio en ocasiones es fundamento de punición, prueba de ello es la creación del denominado “grooming”, con la consagración del delito previsto en el actual art. 131 del código penal argentino ( Cfr. Ley 26.094 de 2013).

2. Este Código se aplicara a los hechos cometidos por mayores de dieciocho años. El régimen penal de menores se establecerá en una ley especial

#### IV. RÉGIMEN PENAL DE LA MINORIDAD, LEY NRO. 22278

Si bien resulta opinable que el anteproyecto haya decidido derivar la regulación del régimen penal juvenil a una ley especial podría pensarse, en última instancia, que se busca de tal modo, garantizar el principio de especialidad sobre el que se asientan los sistemas penales juveniles más actualizados.<sup>6</sup>

En Argentina la regulación legal de la responsabilidad penal del menor ya había sido extraída del código penal con antelación, en tanto se entendía que las infracciones cometidas por menores requerían de un abordaje especial, respondiendo a la entonces ideología reinante, de origen pedagógico tutelar.

Esa decisión de naturaleza política criminal se consagró con la sanción de la ley 14.394 de 1954, por la cual se derogaron los arts. 36 a 39 del C.P.( 1921).<sup>7</sup> Así las consecuencias jurídicas previstas por la ley para quienes cometían acciones delictuales, fueron contempladas de manera diversa si las personas involucradas en la perpetración del delito eran inimputables.

Dicha legislación partía de la concepción de que la delincuencia juvenil era un síntoma de abandono y que el Estado debía intervenir para regularizar la situación del menor y en, su caso evitar, la respuesta sancionatoria retributiva. Así, con un criterio de tinte biológico, creó tres categorías en función de su edad: los menores inimputables, los inimputables de sanción eventual y los plenamente imputables.<sup>8</sup>

Posteriormente, en 1980 el régimen legal de la minoridad fue sustituido por la ley 22.278, que con algunas reformas posteriores – y aún a partir de la redefinición que impuso la Convención Internacional sobre los Derechos del niño acerca de sus presupuestos-, ha conservado su vigencia.

---

<sup>6</sup> La CIDN recomienda a los Estados la implementación de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños y/o adolescentes no tienen capacidad para infringir leyes, configurándose así un límite decisivo para regular un sistema penal general y otro para adolescentes. En este sentido también puede consultarse la Opinión Consultiva 17/2002 párrafos 98, 109 y 12 y las Directrices de la Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil. Cfr. BARBIROTTO, Pablo; “El principio de especialidad en la justicia penal de los niños y adolescentes”, en <http://www.pensamientopenal.org.ar/el-principio-de-especialidad-en-la-ley-penal-juvenil-por-pablo-barbirotto/>, publicado el 1/09/14.

<sup>7</sup> DE LA RUA, Jorge; El Código Penal argentino. Parte General. Ed. Depalma, 2da edición, Buenos Aires, 1997, p. 661.

<sup>8</sup> D'ANTONIO, Daniel Hugo; El menor ante el delito, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1978, p.100.

No obstante, es dable advertir que una cosa es determinar que la reforma del régimen penal juvenil deba realizarse a través de una ley especial, pero otra muy distinta es que esta cuestión se haya excluido del proceso de debate y reforma legal propuesta.

La decisión de exilar el abordaje normativo de la responsabilidad penal juvenil del anteproyecto resulta difícil de comprender. En primer lugar, se contradice con los propios objetivos indicados en el Decreto Número 678, pero además revela una fractura en la orientación política que debe sustentar toda reforma de ley.

Excluir el debate de este tema tan crucial para la sociedad, pone de manifiesto una vez más la falta de integralidad y coherencia en las políticas públicas, y permite concluir que los derechos de la infancia siguen siendo, aún a partir de la Convención (CIDN) un terreno árido en el cual no muchos juristas están dispuestos a incursionar.

No hay dudas en cuanto a que una sólida política criminal que quiera realmente adecuarse a los nuevos lineamientos derivados de los tratados internacionales de derechos humanos suscriptos por nuestro país, debería estudiar y afrontar el amplio espectro de las conflictividades penales con una mirada general pero matizada, en función del sujeto infractor de ley.

Hablar de la construcción de un nuevo paradigma de la infancia, pero ignorar o relegar la reforma de ley de responsabilidad penal de los menores, es en sí mismo una opción política desafortunada que vulnera el principio del interés superior del niño (art. 3 de la CIDN),<sup>9</sup> -de indiscutible anclaje constitucional- y deja al descubierto una vez más la morosidad del Estado Argentino frente a los reclamos de modificación legal realizados por la comunidad internacional.

#### **V. ART. 4 DE LA LEY 22.278**

Cabe suponer que a esta altura de los acontecimientos, incorporar en el marco del debate del anteproyecto de reforma al código penal un tema tan profundo y ríspido como es la sanción de una nueva regulación acerca de la responsabilidad penal juvenil, pareciera ser una idea utópica.

Sin embargo, es nuestro deber poner de manifiesto la disfuncionalidad que ocasiona emprender una reforma de manera sesgada y parcial. Recuérdese que la gran

---

<sup>9</sup> CILLERO BRUÑOL, Miguel; El interés superior del niño en el marco de la Convención internacional sobre los derechos del niño, en: Justicia y Derechos del Niño, Ed Unicef, Santiago de Chile, noviembre de 1999, p. 45.

mayoría de las provincias argentinas ya han modificado las leyes adjetivas que regulan los procedimientos en infancia, de conformidad con el sistema de promoción y protección integral de derechos consagrado por la CIDN. Por tanto en Argentina se encuentran rigiendo normas que colisionan entre sí, las de naturaleza penal que responden a la ideología del patronato y las normas procesales que inspiran en el nuevo paradigma denominado de la promoción y protección integral de derechos.

Que la ley 22.278 exprese los valores y principios propios al paradigma del patronato o también la denominada teoría de la situación irregular, es un obstáculo que generó serias dificultades interpretativas. Ardua ha sido entonces la labor de la doctrina y de la jurisprudencia para poder solventar ese dilema normativo, en tanto era indispensable sortear el conflicto jurídico a fin de garantizar la vigencia de derechos constitucionales.

Antes bien, con la aclaración formulada, del análisis de la ley 22.278 se colige que si el anteproyecto prospera, las modificaciones incorporadas incidirán de diversas manera en el actual régimen de responsabilidad penal juvenil, porque la imputabilidad de un joven en Argentina no se configura exclusivamente por el límite de edad establecido por el legislador a través de su normativa especial.

De las especies de pena y de las escalas de pena privativa de libertad previstas por el delito objeto de punición, depende también la delimitación del ámbito de lo punible, incluyendo la pena en expectativa establecida para los casos de tentativa o para las formas de participación. También el radio de intervención penal depende de la clase de delito y de la clase de acción que debe dar origen al proceso. (Cfr. art. 1 y 2 de la ley 22.278).

En la hipótesis de que se haya deducido la correspondiente acción también durante el desenvolvimiento del proceso, la regulación de las escalas penales y su disminución son relevantes. La pena en expectativa del delito constituye un baremo esencial para evaluar la procedencia de medidas cuatelares, de la propuesta por las partes de un juicio abreviado e incluso para reconocer cuándo es necesario integrar, por ejemplo en la provincia de Buenos Aires, un tribunal de responsabilidad penal juvenil (Cfr. Art. 27 de la ley 13.634).

En la etapa final del proceso penal juvenil, una vez dictado el auto de responsabilidad, la escala penal asimismo adquiere virtualidad en miras a la evaluación

de la necesidad de imposición de pena efectiva, y consiguientemente, su individual determinación. ( Cfr. Art. 4 de la ley 22.278).

#### **VI. ART. 4 DE LA LEY 22.278**

A los efectos de estimar el concreto impacto que la reforma al código penal argentino puede llegar a tener en el desenvolvimiento actual del sistema de justicia penal juvenil, corresponde determinar, a título ilustrativo, el sentido y alcance del art. 4 de la ley 22.278.

De dicho precepto se desprende que la facultad del juez de imponer pena a un menor se encuentra supeditada al cumplimiento de ciertos recaudos legales a saber:

- “1) Que previamente haya sido declarada su responsabilidad penal y la civil si correspondiere, conforme a las normas procesales.
- 2) Que haya cumplido dieciocho años de edad.
- 3) Que haya sido sometido a un período de tratamiento tutelar no inferior a un año, prorrogable en caso necesario hasta la mayoría de edad.

Una vez cumplidos estos requisitos, si las modalidades del hecho, los antecedentes del menor, el resultado del tratamiento tutelar y la impresión directa recogida por el juez hicieren necesario aplicarle una sanción, así lo resolverá, pudiendo reducirla en la forma prevista para la tentativa.

Contrariamente, si fuese innecesario aplicarle sanción, lo absolverá, en cuyo caso podrá prescindir del requisito del inciso 2”

El artículo 4 de la ley que regula el régimen penal del menor en Argentina, otorga al juez amplias facultades para valorar si en un determinado proceso, habiéndose constatado las exigencias de merecimiento de pena, resulta realmente necesario que el sujeto declarado responsable sufra la efectiva imposición punitiva.

En esa situación un juez o un tribunal de responsabilidad penal juvenil, deberá hacer un agudo análisis de todas las circunstancias objetivas y subjetivas que emanan de la causa. Practicar una audiencia y atender a las pericias que se fueron confeccionando durante el abordaje tutelar para ponderar si es justo o no, imponer pena, en tanto se hayan alcanzados los fines educativos o de resocialización previstos por la ley.

En caso de decidirse por su imposición, el magistrado deberá determinar la clase y modalidad de la sanción. Si finalmente, desde el parámetro de la mínima intervención penal, se considera que la pena privativa de libertad es la adecuada, se procederá a su determinación, pudiendo el juez reducirla, según la escala penal prevista para la tentativa del delito de que se trate.



La Corte Suprema de Justicia de la Nación, a través de relevantes pronunciamientos ha ido perfilando el incipiente Derecho Penal Juvenil que está surgiendo en Argentina al amparo de la CIDN, pero estas declaraciones no se han insertado todavía claramente en el plano positivo.<sup>10</sup>

En particular, con relación a la ley 22.278, la Corte Nacional ha realizado un pormenorizado escrutinio formulando severas críticas a algunas de sus normas. Pero no declaró su inconstitucionalidad, optando por una interpretación de la ley en conjunción a lo establecido en la Convención Internacional sobre los derechos del Niño entre otros tratados internacionales.<sup>11</sup>

Partiendo del principio que la pena privativa de libertad es entendida como *ultima ratio* en un contexto de mínima intervención, la Corte ha sostenido que el juez al tiempo de proceder a la determinación de pena, si decide efectivamente imponerla, ésta será menor a la prevista para un adulto, en respeto al principio de proporcionalidad, que lleva a evaluar la responsabilidad de un joven en atención a un concepto de culpabilidad disminuida.

Consiguientemente la pena a imponer a un joven siempre debe ser por naturaleza, menor a la del adulto. Así es que, en remisión a los fundamentos vertidos por la Corte, los jueces en principio deberían proceder a la determinación de la pena en virtud de una escala penal disminuida, prevista para la tentativa del ilícito.

Entonces, a modo de ejemplo, si en el anteproyecto se prevé en un determinado supuesto una disminución de la pena en expectativa, como puede ser en el delito de robo con armas, esa escala aplicada a un joven infractor a su vez tendrá otra reducción penal de conformidad con la escala derivada del código penal, de conformidad a la pena consignada para el delito tentado.<sup>12</sup>

Por consiguiente, en correlación a lo expuesto, quizás exista ahora coincidencia al sostener que se advierte como altamente criticable que el anteproyecto no haya

---

<sup>10</sup> Particularmente relevantes resultan las resoluciones dictadas el 7/12/05 “M; D. E. y otro” causa 1174 C y la del 2/12/08, en causa Nro. 7537 relativa a la interposición de un habeas corpus colectivo por la Fundación Sur.

<sup>11</sup> DIVITO, Mauro; El fallo M.D.E: ¿Cómo se aplica la Convención Internacional sobre los derechos del Niño?, en: Jurisprudencia penal de la Corte de Justicia de la Nación, Dir. Pitlevnik, Ed. Hammurabi, Nro. 2, Buenos Aires, p. 74.

<sup>12</sup> Si el art. 141 inc. 2 del anteproyecto prevé una pena de 3 a 12 años por el delito de robo con armas, es dable pensar que en un joven declarado culpable por el ilícito de tal naturaleza en el sistema de justicia penal juvenil, tendrá una pena en expectativa disminuida según la escala penal prevista para el delito tentado. (Cfr. Art. 42 del C.P. argentino).

propuesto una reforma legal integralmente articulada con el sistema penal juvenil, pues como ha quedado demostrado con esta presentación, ambas temáticas son en el derecho penal argentino, inescindibles y se hallan socialmente imbricadas.

## VII. CONCLUSIONES

Por tanto, frente a la necesidad de revisión código penal argentino y del conjunto de leyes punitivas que se encuentran dispersas y que muchas veces resultan contradictorias con los nuevos principios que fueron consagrados en la Constitución Nacional de 1994, no es deseable que el impulso de reforma se obstaculice cínicamente. Pero tampoco sería auspicioso que su aprobación como ley se realice a libro cerrado al margen de las consideraciones sociales mayoritarias, expresadas por distintos carriles de comunicación ciudadana.

- 1- Es importante trabajar para lograr la reforma del código penal argentino a fin de alcanzar una mayor coherencia y sistematización de sus previsiones legales, dada cantidad de modificaciones habidas de manera dispersa desde su entrada en vigencia en 1921.
- 2- La sanción de un nuevo código penal requiere mayor debate. Debe ser reflejo de una reflexión profunda y generalizada, siendo deseable se prevean mecanismos amplios de participación ciudadana, para que la ley sujeta a aprobación alcance altos niveles de legitimación.
- 3- El proceso de reforma iniciado con relación al código penal en Argentina, no debería omitir la contemplación de una nueva normativa que regule la responsabilidad penal juvenil de manera acorde al sistema de promoción y protección de derechos consagrados por la CIDN.
- 4- Para el supuesto de que se apruebe el anteproyecto de reforma al código penal sin la modificación del régimen de responsabilidad penal del menor actualmente vigente, necesariamente deberá evaluarse cuál será su impacto en la resolución de casos. Ello en particular referencia a cómo deberán desenvolverse los operadores judiciales al tiempo del dictado del auto de responsabilidad y la sentencia que determina la pena, según lo establece el art. 4 la ley 22.278 y la correlativa normativa procesal vigente en cada provincia.

\* \* \* \* \*

## M<sup>a</sup> Teresa Pedrós Torrecilla

Fiscal Sustituta, Murcia. Socia de la FICP.

### ~Causas de inimputabilidad. Alteración de la percepción~

**Resumen.-** Como causa de inimputabilidad e incluida dentro de las causas que eximen de responsabilidad criminal, se encuentra entre otras, la alteración de la percepción, prevista en el apartado tercero del artículo 20 del Código Penal. También tiene cabida su apreciación como supuesto de imputabilidad reducida a través de las eximentes incompletas del artículo 21.1 e incluso a través de las atenuantes analógicas del apartado 7º del mismo artículo 21. Sin embargo se ha de reconocer su escasa aplicación práctica, encontrando pocas sentencias en las que se aplica no solo como eximente completa o incompleta, sino también como atenuante. La alteración de la percepción se caracteriza por la carencia de aptitudes críticas del sujeto, derivada de la incomunicación con el entorno socio-cultural. Esta situación de incomunicación determina una alteración grave de la conciencia social, que puede tener su origen tanto en una deficiencia sensorial, como en la ausencia total o parcial de educación, impidiendo al sujeto mantener un contacto adecuado con el mundo exterior, provocándole un desconocimiento o un conocimiento anormal del injusto.

#### I. LAS CAUSAS DE INIMPUTABILIDAD

Encontramos en nuestro Código Penal la base normativa de la imputabilidad en los artículos 19, 20 y 21 del Código penal. En el primero de los citados preceptos se encuentra la eximente de minoría de edad, en la que existe una previsión legal de inimputabilidad sobre la edad de la persona, sin perjuicio de la actuación de los tribunales de la jurisdicción de menores. El artículo 20.1, se dedica a las anomalías o alteraciones psíquicas. El artículo 20.2 se ocupa de la intoxicación plena por la consumición de las sustancias que se relacionan, o por hallarse bajo la influencia de un síndrome de abstinencia. En el artículo 20.3 se recoge la alteración de la percepción desde el nacimiento o la infancia. Y en el artículo 20. 6 el miedo insuperable.

Los supuestos de imputabilidad reducida tienen cabida bien a través de las eximentes incompletas previstas en artículo 21.1 del Código Penal, o bien a través de las atenuantes analógicas recogidas en el artículo 21.6. Además, el Código Penal también atiende a las circunstancias personales del delincuente, a la hora de individualizar la pena, momento en el que se tiene en cuenta la personalidad del autor del hecho delictivo.

Las fórmulas que se utilizan en la Doctrina y en la Jurisprudencia para regular las causas de inimputabilidad son fundamentalmente tres:

- La biológica o psiquiátrica, basada exclusivamente en las causas que producen la incapacidad sin tener en cuenta sus efectos. Se exige solamente la anormalidad mental del autor.

- La psicológica, atiende solo a los efectos de incapacidad sin interesar las causas que la producen.

- Mixta biológico-psicológica. La fórmula mixta requiere tanto las causas, ya sea una enfermedad mental, adicción a las drogas o alteraciones en la percepción, como los efectos que esos estados producen. Este es el criterio seguido por nuestro Código.

## **II. ALTERACIÓN DE LA PERCEPCIÓN**

### **1. Introducción**

La alteración de la percepción prevista en el artículo 20.3 del Código Penal, se caracteriza por la carencia de aptitudes críticas derivada de la incomunicación con el entorno socio-cultural. Esta situación de incomunicación determina una alteración grave de la conciencia social, que puede tener su origen tanto en una deficiencia sensorial, como en la ausencia total o parcial de educación, impidiendo al sujeto mantener un contacto adecuado con el mundo exterior, provocándole un desconocimiento o un conocimiento anormal del injusto.

Otras alteraciones de la percepción pueden venir motivadas por anomalías psíquicas, encuadrables en estos casos en el apartado 1º y 2º del artículo 20 del Código Penal, pese a que todas estas alteraciones generen una falta de capacidad sobre el contenido de la norma y sobre la adecuación de su conducta a la norma.

### **2. Evolución legislativa**

Ha sido necesaria una larga evolución hasta llegar a la actual redacción del artículo 20. 3 del Código Penal, por la que se considera inimputable y exento responsabilidad penal al: «que, por sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad».

Ni en el Código Penal de 1822, ni en el de 1848-50, ni tampoco en el de 1870 encontramos esta eximente, ni siquiera configurada como atenuante. Con el texto punitivo de 1928 se introdujo por primera la denominada sordomudez de nacimiento, acompañada de carencia de instrucción, haciéndolo como atenuante. Se añadió también el estado de ceguera como situación equivalente a efectos de atenuación de la pena dentro del catálogo de circunstancias genéricas que el apartado 4º de su artículo 65 calificaba como "personales" y "subjetivas". Se requería que ambos defectos se

padecieran desde el nacimiento o desde la infancia, y que la persona afectada careciera de instrucción.

Fue en el Código Penal de 1932 cuando se calificó como eximente de la responsabilidad criminal al sordomudo. Su apreciación exigía un requisito biológico, que se padeciera desde el nacimiento o desde la infancia, y otro requisito psicológico, que la persona afectada careciera por completo de instrucción, puesto que de haber sido debidamente instruida dejaría de beneficiarse de la susodicha eximente, ya que el déficit como tal, sin más consecuencias, no representaba motivo alguno de exención, aunque si el afectado hubiera recibido cierto grado de educación ello no era motivo bastante para destruir el privilegio. Asimismo, dicho Código contemplaba la posibilidad de internarlo en un establecimiento para la educación de anormales y no en un manicomio, que era el lugar en el que se recluía a los enajenados mentales en ese momento. De este modo se produce la ruptura de la teoría hasta entonces imperante, que identificaba dicho defecto sensorial con la enfermedad mental, e incluso, con la minoría de edad.

El tratamiento dado por el Código Penal de 1932 se mantuvo en el texto de 1944, sin sufrir modificación alguna hasta la Ley Orgánica de Reforma Urgente y Parcial de 1983, de 25 de junio de 1983, por la que se incluyó dentro del artículo 8 apartado tercero, como causa de inimputabilidad, con el siguiente texto: “El que por sufrir alteración en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad. Cuando estas personas hayan cometido un hecho que la Ley sancionare como delito, se les aplicará la medida de internamiento en un Centro educativo especial, durante el tiempo necesario para su educación, del cual no podrán salir sin autorización del Tribunal. Cuando la evolución del tratamiento lo permita, esta medida será sustituida por alguna o algunas de las medidas del último párrafo del número 1 de este artículo”. Con este nuevo tratamiento se puso fin a la causa de inimputabilidad de sordomudez prevista igualmente en el artículo 8.3 del Código Penal de 1973, en el que se decía que estaba exento de responsabilidad penal “El sordomudo de nacimiento o desde la infancia que carezca en absoluto de instrucción. Cuando éste haya cometido un hecho que la ley sancionare como delito, será ingresado en un establecimiento de educación de anormales”. Resulta significativo que el legislador de 1983 no aportara ninguna razón de tal modificación, careciendo de datos para conocer cuál fue su voluntad.

La vigente redacción proviene de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de diciembre, en la que se mantuvo el texto de la reforma de 1983, estando incluida dentro del artículo 20 dentro las causas que eximen de la responsabilidad criminal. Se ha de reconocer que nos encontramos ante una previsión difusa, que combina tres elementos, a los que nos vamos a referir más adelante, en el que la mención al nacimiento y a la infancia puede servir para interpretar que no se refiere a enfermedades que se manifiestan con la edad (demencias, psicopatías), sino más bien a déficit de socialidad por falta de contacto con la realidad. No tratándose por tanto de patologías sino de un déficit grave de la socialidad, cuyo contenido ha sido difícil de llenar en la práctica, lo que ha llevado consigo su escasa aplicación como vamos a poder ver.

Si nos referimos ahora al Derecho comparado, la mayor parte de los Códigos Penales extranjeros carecen de referencias específicas a la sordomudez u a otros defectos sensoriales análogos, por estar implícitos en las cláusulas genéricas de inimputabilidad por perturbaciones y anomalías psíquicas, esencialmente encaminadas a reseñar los efectos psicológicos que deben producir las diversas causas biológicas eventualmente incluidas en ellas mediante expresa remisión a la capacidad del sujeto de comprender lo injusto del hecho y de actuar conforme a dicha comprensión.

### **3. Naturaleza y fundamento**

En el citado artículo 20.3.º Código Penal se contiene una fórmula de inimputabilidad de naturaleza esencialmente normativo-valorativa que se compone de un presupuesto biológico-psicológico temporal, reflejado en la exigencia legal de sufrir "desde el nacimiento o la infancia alteración en la percepción", estado psicológico éste en el que puede encontrarse inmerso quien la padezca, por haber carecido de la suficiente instrucción en esa fase de la vida, teniendo como consecuencia jurídica una "grave alteración de la conciencia de la realidad", con posible repercusión en la imputabilidad penal. Estas expresiones, "alteración en la percepción" y "conciencia de la realidad", son términos normativo-valorativos referidos a aspectos jurídicos.

En esta línea, la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2001, señala que los ingredientes fácticos y normativos que la integran son los siguientes: la "alteración en la percepción", como primer presupuesto de la misma, siempre que sea causa de una grave incomunicación socio-cultural y el sujeto no haya recibido educación o instrucción suficientes, de forma que padezca una merma importante e intensa en su capacidad de acceso a los valores propios de las normas penales, y la

"grave alteración de la conciencia de la realidad", elemento que pertenece al plano normativo-valorativo y que puede servir para graduar la intensidad de proyección sobre la imputabilidad, de cara a una eventual estimación de la eximente incompleta o, en su defecto, de la atenuante analógica del art. 21.6 CP.

Esta doctrina jurisprudencial de la Sala 2.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo ha sido después seguida por diversas Audiencias Provinciales en resoluciones de fecha bastante reciente. Tal es el caso, de la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, de 7 de febrero de 2006, en la que se dice que el ingrediente biológico-temporal consistente en padecer dicha alteración desde el nacimiento o la infancia, así como a la vertiente normativo-valorativa, a la que pertenece el requisito de la grave conciencia de la realidad, siguiendo la misma línea la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 6 de abril de 2006.

#### **4. Elementos**

Esta causa de inimputabilidad exige:

1. Alteración de la percepción
2. Alteración grave de la conciencia de la realidad
3. Alteración producida en el momento del nacimiento o de la infancia.

1. Alteración de la percepción:

Este primer elemento, considerado presupuesto de esta eximente, ha sido objeto de discusión, por haberle atribuido algunos autores una naturaleza exclusivamente biológica o psíquica, o una naturaleza normativa. La decisión a la que se llegue tiene gran relevancia, pues permitirá apreciarla solo cuando la alteración de la conciencia sobre la realidad deriva de deficiencias sensoriales, o bien cabrá extenderla a otras causas de distinta naturaleza.

Siguiendo a MARTÍNEZ ARRIETA, 2005, apartado IV, para quienes defienden la naturaleza exclusivamente biológica de la percepción, la base de esta eximente se encuentra en una falta o déficit de los sentidos que permiten percibir la realidad que origina una modificación de la percepción que incapacita o distorsiona la asunción de la realidad circundante. Sin embargo este sector de la Doctrina considera que la única alteración de la percepción capaz de producir una falta de comprensión de la realidad circundante sería la sordomudez, desde el nacimiento o desde la infancia, lo que iría en

contra de la actual redacción de esta eximente, que la extiende a las demás alteraciones sensoriales, las cuales carecerían de virtualidad para formar parte de esta eximente.

Acudiendo a consideraciones psiquiátricas, la alteración de la percepción originada por problemas mentales serían encuadrables no en el apartado tercero del artículo 20, sino en el primero, pues estas alteraciones se consideran por la psiquiatría como una enfermedad mental. Así conforme a criterios psiquiátricos las alteraciones de la percepción se integran dentro los trastornos esquizofrénicos y se corresponde con las alucinaciones como las de tipo alcohólico, las producidas por alucinógenos y las orgánicas. Además estas alteraciones de la percepción no tienen su origen desde el nacimiento o desde la infancia como exige el artículo 20.3 sino que aparecen en la adolescencia o mucho más tarde.

Todas estas consideraciones nos conducen a afirmar que estamos ante términos normativos, propios del derecho penal, que no puede verse limitado por nociones biológicas o psiquiátricas. De este modo este elemento comprende cualquier alteración profunda de los procesos que permiten acceder a las normas culturales. Así pues, la alteración de la percepción puede comprender un factor biológico, identificado con la constatación sensorial de un hecho, y un factor valorativo, al recibir y valorar el sujeto lo anteriormente sentido. De este modo la disfunción puede llegar cuando el sentido distorsiona la realidad o no llega a captarla tal y como es realmente, o bien cuando es el factor valorativo el que distorsiona la realidad, incluyendo también los condicionamientos sociales que inciden o pueden incidir sobre la motivación del sujeto y la percepción en su aspecto sensorial y valorativo.

## 2. La alteración de la conciencia de la realidad debe ser grave.

Como segundo elemento se exige que la alteración de la percepción ocasione en el sujeto una "grave alteración de la conciencia de la realidad", integrándose el elemento normativo-valorativo.

La grave alteración de la realidad supone un erróneo o distorsionado conocimiento de los elementos de interacción social, esto es valores, normas y pautas, elementos de la cultura. (MARTÍNEZ ARRIETA. 2005. Apartado VI).

Se exige que la alteración de la conciencia sea grave, este elemento sirve de referencia para graduar su intensidad, pudiendo dar lugar a la eximente completa o



incompleta, e incluso a la atenuante analógica del artículo 21.6 del Código Penal, en supuestos de levedad.

### 3. Alteración producida en el momento del nacimiento o de la infancia.

Elemento biológico-temporal, con el que se requiere que la alteración se produzca en el momento del nacimiento o de la infancia, sin que sea posible prescindir de este elemento para acoger la versión incompleta de la eximente.

Con este elemento temporal se hace necesario precisar qué se entiende por infancia. Acudiendo a una interpretación etimológica, la infancia es el periodo que finaliza al comenzar la pubertad, esto es entre los 10 y los 13 años. En estos periodos de tiempo se configura la personalidad y se adquieren los conocimientos básicos que permiten con posterioridad realizar juicios de valor, lo que permite fijar el límite en los 13 años. La Doctrina por su parte adopta diferentes criterios, fijando unos como edad límite los 16 años, mientras que para otros el límite se encuentra en los 7 años.

## 5. Supuestos que integran alteración en la percepción

Como hemos visto la eximente de alteración de la percepción está compuesto de varios elementos, exigiendo su interpretación tener en cuenta tanto datos externos, provenientes de otros preceptos, como internos, tratando de concretar de este modo los supuestos que tienen cabida en esta exención de la responsabilidad criminal.

En la Sentencia de 24 de marzo de 2011 se dice que “Por otra parte, la exención prevista en el artículo 20.3 C.P. tampoco puede considerarse como una cláusula "de recogida" o subsidiaria de la prevista en el número 1º de dicho artículo, por lo que las deficiencias psíquicas o la incapacidad intelectual no son acogibles en el esquema anterior. Igualmente las alteraciones de la percepción de raíz psiquiátrica, como son los trastornos esquizofrénicos (alucinaciones por ingesta de alcohol, alucinógenos), deben tener asiento en el nº 2 del artículo 20 en la mayoría de los casos, con independencia de no cumplir el requisito biológico-temporal, como recuerda la S.T.S. de 24/2/99 (Fundamento 5º). En cuanto a las psicopatías, como alteración de la personalidad, no implican necesariamente una alteración de la percepción en el sentido ya explicado e igualmente concurriría la dificultad de su existencia desde el nacimiento o desde la infancia. Hoy los términos de la eximente primera del artículo 20 C.P. –cualquier anomalía o alteración psíquica- facilita su encaje a través de dicha vía. La Jurisprudencia de la Sala Segunda, posterior a la reforma de 1983, atinente al caso, no

muy copiosa, ha seguido una línea de moderación en lo que concierne a fijar el alcance de la eximente que analizamos. La S.T.S. de 20/4/87, con cita de la anterior de 14/3 del mismo año, sienta que la alteración en la percepción " estará determinada, en la generalidad de los casos, por un defecto sensorial -sordomudez, ceguera- o por una anomalía cerebral susceptible de malinterpretar los datos suministrados por los sentidos, aunque no pueda descartarse por completo que la incomunicación y consecutiva falta de socialización sea efecto de ciertas y graves anomalías del carácter o de excepcionales circunstancias ambientales capaces de bloquear el proceso de integración del individuo en la sociedad ". La de 22/6/89, con cita de la anterior, incide también en la existencia de un defecto sensorial. La de 23/12/92, también apoyándose en las ya citadas, se refiere al presupuesto biológico, deficiencia sensorial, como elemento previo imprescindible, que requiere, a su vez, que ello origine en el individuo una alteración grave de la conciencia de la realidad, " y que, a diferencia de la enajenación mental, lo relevante en esta circunstancia no es un defecto mental, sino una carencia de aptitudes físicas derivada de la incomunicación del contorno social...". Siguiendo su labor de síntesis de la Jurisprudencia anterior afirma que su efecto típicamente exonerador "ha de tener su causa en una precoz situación de aislamiento que la norma define y caracteriza como alteración en la percepción" determinada por un defecto sensorial sin excluir lo ya señalado anteriormente a propósito de excepcionales circunstancias ambientales capaces de bloquear el proceso de integración del individuo en la sociedad. La de 9/2/98 sigue la misma línea. Por fin, la de 24/2/99, que resume las anteriores, concluye que ha de partirse del defecto sensorial "o de una anomalía cerebral susceptible de malinterpretar los datos suministrados por los sentidos", añadiendo que no pueden descartarse por completo las excepcionales circunstancias ambientales a las que hemos hecho referencia. Se refiere igualmente a la diferencia que establecen los apartados 1º y 3º del artículo 20, señalando que lo relevante en el presente caso es "centrar el problema de la imputabilidad que cabe atribuir y recaer sobre quien sufre, desde el nacimiento o desde la infancia, alteración de la percepción por tener gravemente alterada la conciencia de la realidad".

En consecuencia, cabría incluir dentro de las alteraciones de la percepción aquellos supuestos que tienen su origen de defectos sensoriales (sordera, ceguera) en los que el sujeto no ha recibido una adecuada formación. También aquellas situaciones que producen en el sujeto una situación de aislamiento social, entre las que se encuentran

situaciones extremas, impuestas por circunstancias externas no creadas voluntariamente, como la que dan lugar a los denominados "niños lobos", aunque muy escasas en número. En otras ocasiones el origen puede encontrarse en anomalías congénitas de carácter que llevan consigo una actitud de cierre a la autocomunicación con el entorno, como ocurre con el autismo o síndrome de Hausser, teniendo como efecto la no adquisición de una conciencia crítica sobre el carácter antijurídico de un acto.

Dentro de la vigente eximente tienen hoy cabida siguiendo a la Jurisprudencia:

**a) *La sordomudez***

También llamada sordera bilateral profunda prelocutiva, o sordera congénita o prefásica o simplemente sordera prelocutiva, consistente en la hipoacusia profunda y bilateral desde el nacimiento o desde la infancia que repercute en el habla. Ello implica la ausencia de capacidad sensorial y la incapacidad de expresión oral, pese a que orgánicamente no existe alteración para el habla, conllevando una perturbación de la realidad, que afecta a su comprensión, incluyendo por tanto la comprensión de las normas entre las que se encuentran las penales, lo que conduce a la apreciación de eximente prevista en el artículo 20.3 del Código Penal. Una adecuada instrucción puede desarrollar el habla, siendo en tal caso el sujeto plenamente imputable.

**b) *La ceguera***

La ceguera por sí sola, sin una adecuada formación permite la aplicación del artículo 20.3 del Código Penal, por la imposibilidad de comprensión de las normas. Si va acompañada de suficiente formación el sujeto será imputable.

La Jurisprudencia de manera generalizada la incluye dentro de esta eximente<sup>1</sup>, no obstante también encontramos alguna sentencia como la de 12 de mayo de 1983, en la que se la califica como de atenuante analógica, aunque no de la eximente tercera del entonces artículo 8 sino de la primera, esto es de la enajenación mental.

Compartiendo el criterio de CARMONA SALGADO, p. apartado IV, la ceguera plantea importantes dificultades, al considerar que este déficit sensorial aun sufrido desde el nacimiento o desde la infancia, no retrasa la madurez intelectual o moral del sujeto. En el caso de afectarla se estima que su recuperación es siempre más fácil y

---

<sup>1</sup> Las SSTs de 14 de marzo de 1987, 20 de abril de 1987, 296/1999, de 24 de febrero, 139/2001, de 6 de febrero; y las SS de la AP de Madrid, 344/2004, de 23 de junio y 136/2006, de 7 de febrero, así como la de la AP de Barcelona 225/2006, de 6 de abril.

rápida que la de un sordomudo en las mismas condiciones, ya que el sentido de la vista participa menos que el del oído en la formación de la conciencia

*c) Alteraciones de la percepción derivadas de un entorno social desfavorable.*

Como casos extremos están los denominados niños lobos. Estos niños se caracterizan por crecer en un espacio carente de relaciones humanas lo que les ocasiona una dificultad en el aprendizaje. Otro supuesto lo encontramos en el síndrome de Kaspar Häuser, identificado actualmente con el autismo, considerado como una anomalía congénita del carácter, que provoca una actitud de cierre por el sujeto a su propia comunicación con el exterior. Es considerado también un trastorno mental, por lo que su imputabilidad se puede conseguir tanto a través del apartado primero como del tercero del artículo 20 del Código Penal. Resulta significativo, que no se hayan encontrado resoluciones judiciales en la que se aprecie este trastorno, ni como eximente o incompleta, ni tampoco como la atenuante analógica.

También tienen su origen en ambientes nocivo las denominadas pseudooligofrenias psicosociales, en las que se aprecia una importante sobrecarga de tensiones emocionales o conflictos psicológicos, entremezclados con situaciones de soledad y penuria de estímulos culturales o subdesarrollo cultural profundo. Nota común de estas alteraciones es la carencia de aptitudes críticas. No obstante se ha de reconocer que en estos supuestos se puede suscitar dudas entre la aplicación de esta eximente o en su caso el error de prohibición. Encontramos en la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 1987 que no cabe la apreciación de esta circunstancia para supuestos de incomunicación de carácter cultural o psicosocial. Tampoco se permitió su aplicación en la Sentencia, de 20 de abril de 1987 ni como eximente completa ni como eximente incompleta en el supuesto en el que los autores eran analfabetos y ello ya que “la persona no instruida por no escolarizada puede asimilar e interiorizar, de forma medianamente satisfactoria, los valores socialmente más estimados y los esquemas de conducta más generalizados, de suerte que, no siendo la escuela la única ni la más importante instancia de socialización, resulta perfectamente admisible que individuos que no han llegado a pasar por ella, hayan sido integrados en el grupo, a través del conjunto de experiencias que depara la vida en común, hasta el grado indispensable para que sus actos delictivos -que, en la mayoría de los casos, lo son porque están en contradicción con los valores y normas de convivencia más elementales- puedan serles imputados y reprochados”. Así se considera que el

analfabetismo no es un signo de incomunicación cultural grave. Como atenuante analógica se aplica en la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 2005, la constada falta de escolarización al autor de un delito de agresión sexual.

En la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 2006 se dice: “En aplicación de la Ley penal el ordenamiento, y sus aplicadores, deben utilizar los instrumentos precisos para asegurar, desde luego, la igualdad en la aplicación penal lo que supone, no sólo la aplicación igualitaria de la ley a los supuestos sustancialmente iguales, también posibilitar que en la aplicación de la Ley penal, se tengan en cuenta las desiguales condiciones de los ciudadanos ante la ley penal esto es, a situaciones en las que la desigualdad se concreta en un deteriorado acceso a la educación, a las ventajas de la sociedad del bienestar, a las situaciones de desestructuración social y familiar que pueden ir anejas a la desigualdad, propiciando que las situaciones de falta de socialización o de acentuados déficits puedan ser tenidos en cuenta por la norma penal en la fijación de la responsabilidad cuando esa situación ha generado una socialización anómala. En este sentido, la doctrina ha afirmado, que esta deficiencia sociológica del sujeto, puede suponer "una presión motivacional a favor del delito superior a la media normal", reconociendo de esta manera la influencia del entorno social en la actuación delictiva. Estas situaciones deberán ser tenidas en cuenta al tiempo de individualización de la pena, y en aquellos supuestos graves de deficiencias en la socialización que influyen con intensidad relevante en la percepción de la realidad o en la capacidad de observancia de la norma, servirá como presupuesto de la atención o exención del art. 20.3 del Código penal”, pese a ello no aplica ni la eximente completa ni incompleta de alteración de la percepción, ni tampoco como atenuante analógica, en base a la adicción a las drogas del autor de un delito de lesiones.

Por tanto y a la vista de lo expuesto dentro de la eximente de alteración de la percepción cabe incluir tanto los defectos sensoriales de nacimiento o adquiridos en la infancia y que no se han visto sometidos a la necesaria educación (sordomudez y ceguera), como los casos "extremos" de incomunicación con el mundo exterior y consecuente falta de socialización por grave anomalía cerebral susceptible de malinterpretar los datos suministrados por los sentidos (autismo), así como los supuestos, "excepcionales" de concurrencia de circunstancias ambientales que pueden bloquear dicho proceso de socialización (subdesarrollo cultural profundo).

## 6. Eximente incompleta

La aplicación de la eximente incompleta de alteraciones de la percepción requiere que los elementos biológicopsicológico y temporal estén siempre presente, pues faltado estos no podrá apreciarse ni la eximente completa ni tampoco la incompleta tal y como consta en la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de abril de 2003. Esto conlleva que en encontremos muy pocos supuestos en los que se aplicación de esta eximente ya sea en su modalidad completa como incompleta y ello al no encajar formalmente los hechos enjuiciados en la fórmula del artículo 20.3º del Código Penal, o bien por no concurrir la gravedad que permite exonerar total o parcialmente de responsabilidad criminal.

Se aprecia, en los tres supuestos en relación a sordomudos de nacimiento, con escasa instrucción e inmersos en ambientes culturales bajos, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 1990, referida a un delito de homicidio, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva de 19 de octubre relativa a un delito de lesiones producidas en órgano no principal, y en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 20 de diciembre de 2006, concerniente a un delito de robo con violencia y a otro de lesiones. Su estimación se hizo en todas ellas depender del grado de capacidad de conocimiento y valoración del ilícito por parte del sujeto, o, lo que es lo mismo, de la menor gravedad de la alteración de la conciencia de la realidad apreciada en el caso concreto, decisión que depende de la menor profundidad del déficit padecido, y del nivel de aprendizaje que hubiera recibido, en tanto le permita disponer de cierto grado de instrucción y socialización, aunque defectuosa o insuficiente a efectos de conocer y valorar acertadamente la ilicitud de la conducta perpetrada. pues, como bien reconoce la Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de 3 de junio de 2002, puede que la deficiencia sufrida le permita al autor de los hechos conocer la ilicitud del ataque a determinados bienes jurídicos más esenciales, cuales son la vida y la integridad física, pero le impida, en cambio, ser consciente del desvalor que conllevan ciertos tipo penales, que en gran medida dependen del contenido de los intereses sociales operantes en cada momento y lugar, así como de su reflejo normativo (SALGADO CARMONA.2006. apartado 5).

La apreciación de la eximente incompleta lleva consigo la aplicación del art. 68 del Código Penal, y así la imposición de la pena inferior en uno o dos grados de la señalada por la Ley, según el número y entidad de los requisitos legales presentes o ausentes, así como considerando las circunstancias personales del autor y, en su caso, el

resto de las atenuantes o agravantes concurrentes. También se podrán imponer, si el sujeto es peligroso, además de la pena correspondiente, la medida de seguridad de internamiento en un centro educativo especial, de ser aquella privativa de libertad, o cualquier otra de las medidas alternativas previstas en el art. 96 (arts. 103 y 104 CP), aunque siendo ambas de privación de libertad, ordenarán, lógicamente, el previo cumplimiento de la segunda, que se abonará para el de la primera, pudiendo después suspender el cumplimiento del resto de la pena que quedara pendiente o aplicar alguna de las medidas previstas en el art. 105, no privativas de libertad, cuando mediante su ejecución se pusieran en peligro los efectos conseguidos a través de aquella, encaminada, como es obvio, a propiciar en lo posible la "reeducción y reinserción social" del delincuente, declarado peligroso criminal (sistema vicarial). Como es natural, las mismas medidas de seguridad podrán igualmente aplicarse caso de estimarse la versión completa de la eximente.

## **7. Atenuante analógica**

Encontramos en la jurisprudencia algunos supuestos en los que se aprecia la atenuante analógica prevista en el artículo 21.6, en relación con la 3ª del artículo 20, para los casos en los que la imputabilidad del sujeto esta levemente disminuida.

En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de 17 de junio de 2014 se dice: “Como antes se indicó, en la vista oral, mediante prueba pericial, quedó acreditado que el acusado, no oye bien, tiene un cociente intelectual dentro de los márgenes de la normalidad, pero,, por la sordera que padece, tiene sus facultades intelectivas y volitivas levemente disminuidas, dado que la sordera le ha provocado una leve alteración de su percepción de la realidad social, puesto que la discapacidad le ha dificultado su desarrollo psíquico y su integración social. (...).

Javier no sufre ninguna patología psiquiátrica. Sin embargo, ha quedado acreditado en juicio que sus limitaciones auditivas le han provocado una ligera disminución de sus facultades intelectivas y volitivas derivadas de las dificultades de desarrollo psíquico derivadas de las limitaciones que su patología auditiva le han generado para su integración social. Este contexto de discapacidad leve permite considerar que el acusado sufre una afectación biopatológica con influencia en las áreas de interpretación de la realidad y de determinación de su conducta en función del conocimiento de la misma. Dificultades que cabe trasladar a las posibilidades de identificar correctamente cuales son las exigencias de las normas de convivencia, cuales

los límites que dichas normas imponen a la satisfacción de los impulsos sexuales y cuál es el respeto que dichas normas imponen cuando la mujer manifiesta su negativa a mantener relaciones sexuales, independiente de cuál pueda ser su comportamiento sexual en otros momentos.

Cabe admitir que el señor Javier, como consecuencia de las limitaciones identificadas pericialmente, pudiera tener un cierto grado de dificultad para comprender que la negativa de la mujer a mantener relaciones sexuales, independientemente de cuál pudiera haber sido su conducta anterior con él mismo -si le ofreció, como ella reconoció, mantener relaciones sexuales a cambio de prestación de servicios en otros momentos-, le exigía reprimir su impulsividad sexual. Por ello, consideramos procedente apreciar la concurrencia de una atenuación en su responsabilidad criminal, por analogía con la atenuante de los arts. 21.3 y 20.3 del Código Penal, pero eso sí, sin el carácter de eximente o atenuante muy cualificada por alteración grave de la conciencia de la realidad por alteración de la percepción, atendiendo a que sus alteraciones, como pusieron de manifiesto los peritos, no son graves”.

También se aprecia la atenuante analógica prevista en el artículo 21.7 en relación con los artículos 21.1 y 20.3 del Código Penal, en la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid el día 15 de noviembre de 2012 al considerar que el acusado, de un delito de tráfico de drogas que causan grave daño a la salud, de notoria importancia, al apreciarle una discapacidad leve que implicaba una mayor sugestionabilidad y una menor capacidad para el sustento económico.

En la Sentencia dictada por el Tribunal Supremo el día 2 de marzo de 2005 se considera atenuante analógica muy cualificada, manteniendo el criterio adoptado por la Sentencia recurrida, dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, el día 3 de junio de 2004, en base a los informes periciales, según los cuales excluyen en el acusado una limitación especialmente intensa de la capacidad cognoscitiva y volitiva del recurrente, pues "el procesado no tiene una enfermedad mental sino que lo que padecía era una insuficiencia intelectual como consecuencia de su falta de escolarización, siendo así que el mismo sabe lo que está bien y lo que no, pero de una manera primaria,... que no había un impulso que el procesado no pudiese dominar pudiendo autocontrolarse por estos hechos, determinando todo ello una merma de sus capacidades intelectivas y volitivas".

En la Sentencia de la Audiencia provincial de Vizcaya de 15 de enero de 2002 se aprecia como circunstancia atenuante analógica la alteración de la percepción o



conciencia de la realidad y ello al considerar que uno de los acusados “padece un retraso mental leve, según los informes obrantes en la causa, lo que le produce en palabras de la médico forense una disminución o afectación de las capacidades volitivas e intelectivas, por tal retraso y por la escasa escolarización, encontrando el acusado dificultades para el normal desarrollo de su vida socio laboral, lo que entendemos ha sido relevante a la hora de valorar la trascendencia del hecho que juzgamos y a la hora de proceder a su comisión, disminuyendo levemente su imputabilidad”.

La Audiencia Provincial de Barcelona de 2 de junio de 2004, aplicó como atenuante muy cualificada la alteración de la percepción, al acusado de un delito de agresión sexual perpetrado en una menor de 13 años alegando insuficiencia intelectual motivada por su falta de escolarización, acompañada de su condición de consumidor de alcohol en grandes cantidades. En la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2001, se apreció la atenuante como simple en un supuesto de tráfico drogas al constatar en el acusado tan sólo un ligero retraso mental y una escolarización escasa. En la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 1999, se apreció la atenuante analógica y la aplicó a un sujeto cuya infancia estuvo marcada por desgracias y sufrimientos familiares, tales como el suicidio del padre y la drogadicción y contacto con el mundo del hampa de la madre, habiéndose pronunciado en términos muy similares en la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de abril de 2003, respecto de un delito de robo con uso de armas cometido por la acusada, que fue criada en un mal ambiente familiar sin control llegando a convertirse en una niña marginada e inadaptada al medio social con problemas psicológicos y consecuente integración en inmundo proclive al delito.

También encontramos en la sentencia dictada por el Tribunal Supremo el día 22 de junio de 1989 la aplicación de la atenuante analógica como muy cualificada, al acusado sordomudo de nacimiento y de nacionalidad marroquí, cuya vida de relación se reducía a trabajar en un barco con marineros de distintas razas, con el aislamiento que el mar produce, considerando que este no es el ambiente más idóneo para interiorizar los valores individuales y sociales más adecuados. En la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 1999, se apreció la atenuante analógica simple, al acusado sordomudo de nacimiento y sin conocimiento de la lengua de signos, pese a gozar de "un aceptable conocimiento de la realidad" que lo rodeaba tenía, no obstante, "siquiera levemente afectada su imputabilidad”.

## BIBLIOGRAFÍA

DE LLERA SUAREZ-BARCENA, E. Las circunstancias eximentes 1.<sup>a</sup> y 3.<sup>a</sup> del art. 20 del Código Penal. La correlativa atenuante de responsabilidad penal, en: Enfermo mental y proceso penal. Especial referencia a las medidas cautelares. Cuadernos de Derecho Judicial nº 1, CGPJ, 2006

CARMONA SALGADO, C. Causas de inimputabilidad: alteración de la percepción, en: Actual doctrina de la imputabilidad penal. Estudios de Derecho Judicial nº 110. CGPJ. 2006.

ROMAN PUERTA, L. Causas de inimputabilidad: anomalías y alteraciones psíquicas. Trastorno mental transitorio, en: Actual doctrina de la imputabilidad penal. Estudios de Derecho Judicial nº 110 CGPJ. 2006

MARTÍNEZ ARRIETA, A. Tratamiento penal de las circunstancias que reflejan una menor culpabilidad. Especial referencia a la alteración de la percepción, en: Psiquiatría criminal y comportamientos violentos. Cuadernos de Derecho Judicial nº 8. CGPJ. 2005

\* \* \* \* \*

## Prof. Dra. Beatriz Romero Flores

Profesora de Derecho penal. Universidad Internacional de la Rioja (UNIR). Socia de la FICP.

### ~«... wir wollen was wir tun»<sup>1</sup>. Reflejo de las neurociencias en el debate sobre la función de la pena en la doctrina italiana~

**Resumen.-** Las modernas técnicas neurocientíficas nos proporcionan datos sobre la posible presencia, en el sujeto, de anomalías cerebrales – tanto morfológicas como funcionales –y/o genéticas (disgnosomías). En Italia, en 2009, una sentencia de la Corte d’Assise d’Appello de Trieste ha acreditado, por primera vez, su utilización para demostrar la imputabilidad individual, reconociendo en concreto el vicio parcial de mente del agente.

Un enfoque no reduccionista orienta los conocimientos de las neurociencias a la construcción de un derecho penal “empático”. En esta dirección, la propuesta de Eusebi de valorizar los datos neurocientíficos sobre la condición psicológica del agente del delito y sobre el contexto relacional en la perspectiva de un derecho penal reconstructivo, puede producir consecuencias beneficiosas tanto para el reo como para la víctima y la sociedad.

¿Las neurociencias modificarán primero la realidad social y después la realidad jurídica?<sup>2</sup>

Esta es la convicción que se está difundiendo en el debate sobre el tema de las neurociencias: una antesala de algo que se considera inminente y que consagrará el triunfo del determinismo en la interpretación de las conductas humanas.

## I. LA DIGNIDAD ONTOLÓGICA Y LA RELEVANCIA SOCIAL DE LA LIBERTAD

En el ámbito de la doctrina penal italiana parece ser que todavía se comparte sustancialmente la idea de que la responsabilidad penal se funda en la culpabilidad, y antes que ésta en la libertad moral. No ha tenido acogida el resultado de las neurociencias representado por el denominado determinismo incompatibilista<sup>3</sup> que, a partir del célebre experimento de Libet<sup>4</sup>, afirma la naturaleza ilusoria, “epifenoménica” de las intenciones y de la libertad, que se supone que la sostienen. Antes bien, ha sido objeto de duras críticas, en primer lugar se afirma que en tales tendencias existe un

---

<sup>1</sup> W. PRINZ, Der Mensch ist nicht frei. Ein Gespräch, en: C. Geyer (coord.), Hirnforschung und Willensfreiheit, Frankfurt a M., 2004, 22.

<sup>2</sup> J. GREENE, J. COHEN, For the law, neuroscience changes nothing and everything, en: Phil. Trans. R. Soc. Lond., 2004, 359, 1783 ss.

<sup>3</sup> La moderna teoría compatibilista concilia el planteamiento determinista con el reconocimiento de espacios de libertad, en el sentido de una libertad de querer, no en términos de ausencia absoluta de condicionamientos, sino de capacidad de actuar guiada por condicionamientos, inevitablemente presentes, porque en caso contrario dominaría el puro azar, con respecto a los cuales el agente posee capacidad de valoración.

<sup>4</sup> LIBET, Freedom Evolves, 2003, passim.

regreso al paradigma orgánico<sup>5</sup>, además del riesgo de “etiquetar a las personas como criminales potenciales solo sobre la base de algunos marcadores biológicos”<sup>6</sup>.

Por lo tanto, se reconoce una dignidad *ontológica* y una relevancia *social* irrenunciable de la libertad de querer como autodeterminación, respecto a la cual es necesario redefinir desde un punto fenomenológico, también a la luz de los descubrimientos neurocientíficos, la dimensión de la *capacidad* de autodeterminación y, obviamente sus límites<sup>7</sup>.

La confirmación parece residir en una actitud psíquica, es decir, la conciencia de ser dueños de sí mismos, y por tanto de poder actuar de manera diferente a como se actúa (*Freiheitsbewusstsein*<sup>8</sup>).

Y aunque es innegable que las expectativas normativas de una sociedad no dependen del modo en que los destinatarios de las normas conciben o experimentan subjetivamente su libertad<sup>9</sup>, también es verdad que es posible invocar esto en función de la consolidación desde el plano normativo de las mismas expectativas, como se comentará a continuación<sup>10</sup>.

En realidad, como todos sabemos, las neurociencias – exceptuando las formulaciones más radicales- admiten, cuanto menos, que la libertad tiene un significado de institución social, entendida en sentido instrumental, como concepto útil para mantener la cohesión de un grupo organizado, a través de la educación, premios y sanciones<sup>11</sup>.

Se puede afirmar que en el ámbito de la doctrina italiana ha sido acogido, sobre todo, el paradigma del compatibilismo. Este paradigma concibe la libertad moral no como la total ausencia de condicionamientos (herencia biológica, ambiente social, etc.), sino como la capacidad para realizar una especie de sobre-determinación respecto a los mismos<sup>12</sup>. Permite, por tanto, distinguir entre causas y razones del comportamiento, y

---

<sup>5</sup> M. BERTOLINO, Il “breve” cammino del vizio di mente. Un ritorno al paradigma organicistico?, en: *Criminalia*, 2009, 330.

<sup>6</sup> J.S. ALPER, Biological Influences on criminal behaviour: how good is the evidence?, en: *British Medical Journal*, 310, 1995, 272 s.

<sup>7</sup> A. NISCO, La tutela penale dell’integrità psichica, Torino, 2012, 48.

<sup>8</sup> BURKHARDT, 2006, 88

<sup>9</sup> Así por ejemplo B. FELJOO SÁNCHEZ, 27.

<sup>10</sup> V. § 5.

<sup>11</sup> W. SINGER, Verschaltungen legen uns fest: Wir sollten aufhören, von Freiheit zu sprechen, en: C. Geyer (coord.), *Hirnforschung und Willensfreiheit*, Frankfurt a.M., 2004, 64

<sup>12</sup> Cfr. D. DENNET, *L’evoluzione della liberta*, Milano, 2004, *passim*; P. BIERI, *Das Handwerk der Freiheit. Über die Entdeckung des eigenen Willens*, 9. Ed., Frankfurt a.M., 2009, *passim*; M. PAUEN,

reconocer que dentro de estas últimas no asumen valor solo los factores racionales, sino también los factores emocionales<sup>13</sup>.

Además, este enfoque moderado pone de manifiesto que toda perspectiva “descriptiva” tiene que colocarse en el contexto. Si no fuera así resultará reduccionista. Al igual que no se puede valorar la belleza de una melodía con la física del sonido, tampoco se puede explicar una acción a la luz de sus correlatos neuronales, ni la responsabilidad penal y la capacidad de orientación de las normas sobre la base únicamente de su enfoque neurocientífico<sup>14</sup>. De esta manera, los procesos neurológicos son sólo una parte de la explicación de “la complejidad valorativa y moral de las decisiones que es preciso adoptar en la vida social<sup>15</sup>”.

En la praxis de la jurisprudencia italiana ha emergido la perspectiva “débil” abierta por las neurociencias: el uso de estos conocimientos en fase probatoria, especialmente en tema de imputabilidad.

## II. EL PAPEL INSTRUMENTAL DE LAS NEUROCIENCIAS EN LA FASE PROBATORIA EN LA JURISPRUDENCIA ITALIANA

En concreto, en una conocida sentencia se ha valorizado el papel de la “vulnerabilidad genética” del reo en la consumación del delito, como factor que lo habría hecho “especialmente reactivo en términos de agresividad- y por lo tanto, vulnerable- en presencia de situaciones de estrés”. El Tribunal ha reconocido, en este caso, el *vicio parcial de mente*<sup>16</sup>.

Han surgido, por lo tanto, dos clases de problemas: por un lado, las relaciones entre dotación génica y delito violento; por otro lado, la apreciación del valor de enfermedad del acto delictivo, con el fin de establecer si subsiste una enfermedad

---

Illusion Freiheit? Mögliche und unmögliche Konsequenzen der Hirnforschung, Frankfurt a.M., 2004, 7 ss.; Id., Freiheit, Schuld und Strafe, en: E.J. Lampe, M. Pauen, G. Roth (coord.), Willensfreiheit und rechtliche Ordnung, Frankfurt a. M., 2008 41 ss.

<sup>13</sup> BORSARI, 366 ss.

<sup>14</sup> Cfr., en el contexto de la concepción funcional-comunicativa del autor, G. JAKOBS, Individuum und Person. Strafrechtliche Zurechnung und die Ergebnisse moderner Hirnforschung, en ZStW, 2005, 247 ss.; Id., Strafrechtliche Schuld als gesellschaftliche Konstruktion. Ein Beitrag zum Verhältnis von Hirnforschung und Strafrechtswissenschaft, en: S. Schleim, T.M. Spranger, H. Walter (cur.), Von der Neuroethik zum Neurorecht?, Göttingen, 2009, 243 ss.

<sup>15</sup> FEJOO, 14.

<sup>16</sup> Asi Corte d'Assise d'Appello de Trieste 1/10/2009, n. 5, p. 10.

mental<sup>17</sup>.

Sin embargo, se excluye cualquier lectura en clave determinista. Según las palabras de los peritos de oficio: “en el estado actual de conocimientos no existe ninguna variante genética que se haya puesto en relación causal con el comportamiento agresivo o antisocial, es decir, no existe ninguna variante genética que determine de manera absoluta la presencia de un comportamiento determinado. Lo que indican los estudios científicos es que la posesión de unas o más variantes alélicas debatidas más arriba, se asocia a un riesgo estadísticamente mayor de manifestar un comportamiento agresivo, impulsivo o antisocial, sobre todo en las personas que han vivido en ambientes no protegidos durante la infancia, respecto a los que no tienen dichas variantes alélicas....no existe una relación causal entre tener una determinada variante alélica y el llevar a cabo un comportamiento determinado. No existe ningún determinismo...”, es más “No existe...ninguna relación determinista entre alguna variante alélica conocida y algún tipo de comportamiento”.

Por lo tanto, respecto al problema señalado, es legítimo hablar de una influencia de los genes en el desarrollo de comportamientos antisociales y violentos por parte del reo, pero de tipo *probabilista*, más bien que reductivamente determinista, teniendo en cuenta que existe una interacción e influencia recíproca entre patrimonio génico y factores ambientales, culturales, educacionales<sup>18</sup>.

En la misma línea, sucesivamente, se ha expresado otra sentencia, en la que el Tribunal, aunque valorando al sujeto como afectado de semi-enfermedad, tal y como había sido valorado por los peritos de la defensa, tras el empleo de nuevas técnicas de *imaging* cerebral y estudios de genética comportamental, subraya la irrenunciabilidad de un juicio de imputabilidad que tenga en cuenta todos los datos procesales, sin criticar el informe de los expertos. No olvidemos que las neurociencias no sustituyen sino que integran la valoración clínica y del comportamiento de un sujeto en el ámbito de la comprobación de su capacidad para entender y querer, aumentado así su grado de fiabilidad como prueba científica en el proceso penal<sup>19</sup>.

---

<sup>17</sup> C. BARBIERI, È tornato Lombroso? Alcune osservazioni sulla sentenza della Corte d'Assise d'Appello di Trieste del 1º ottobre 2009, en: M.G. Ruberto/C. Barbieri, Il futuro tra noi. Aspetti etici, giuridici e medico-legali della neuroetica, Milano, 2011, 128 ss.

<sup>18</sup> C. BARBIERI, È tornato Lombroso?, 136 s.; v. H. DRESSING, A. SARTORIUS, A. Meyer-Lindenberg, Implications of fMRI and genetics for the law and the routine practice of forensic psychiatry, en Neurocase, 14, 1, 2008, 7 ss.

<sup>19</sup> TRIB. Como, 20.5.2011.

### III. RELEVANCIA MARGINAL EN TEMA DE JUSTIFICACIÓN SOCIAL DE LA PENA

Correctamente se ha remarcado que las neurociencias aún no son capaces de modificar las orientaciones político-criminales dominantes en tema de justificación social de la pena<sup>20</sup>.

Queda “intocable” el paradigma que hoy en día parece indiscutido en las democracias occidentales, es decir, la prevención general mediante retribución y basado en la idea la culpabilidad por el hecho, bajo el supuesto del sinalagma entre libertad y responsabilidad.

Las neurociencias solo pueden proporcionar apoyo a modelos preventivos de la culpabilidad, además de favorecer una ampliación de las posibles causas de exclusión de la imputabilidad y de circunstancias atenuantes, y, sobre todo, poner a disposición nuevos conocimientos en materia probatoria en tema de demostración de la imputabilidad, en la óptica de mejorar la prueba pericial.

Además, éstas permiten problematizar el mismo concepto de “normalidad” y destacar sus múltiples aspectos<sup>21</sup>. Ciertamente, las neurociencias nos permitirán trabajar mejor con autores que presenten un funcionamiento anormal del cerebro. Pero también ayudarán a clarificar los factores que inciden en la adopción de conductas humanas, en especial, las delictivas en contextos en los que no se demuestren disfunciones cerebrales<sup>22</sup>.

Es más, la aportación fundamental de las neurociencias podría referirse precisamente a las situaciones de “normalidad”, de plena imputabilidad, induciendo a un replanteamiento del tratamiento sancionatorio en sentido “humanizador” con respecto al derecho penal<sup>23</sup>.

O bien, bajo el perfil que está en el núcleo de la perspectiva funcionalista- la alternativa entre justificación social sobre la base de un trato comunicativo entre

---

<sup>20</sup> FEIJOO, 9 ss.

<sup>21</sup> EUSEBI, 123 s.

<sup>22</sup> En Italia v. S. LARIZZA, Sui limiti posti dal sistema penale alla recezione degli esiti conoscitivi della ‘neuroimaging’, en: M.G. Ruberto-c. Barbieri (a cargo de), *Il futuro tra noi. Aspetti etici, giuridici e medico-legali della neuroetica*, Franco Angeli, Milano 2011, p. 35

<sup>23</sup> Cfr. O. DI GIOVINE, Chi ha paura delle neuroscienze?, en “Archivio penale”, 2011, 3 ss., 10 ([http://www.archiviopenale.it/apw/wp-content/uploads/2013/06/il\\_punto\\_su\\_Di\\_Giovine.pdf](http://www.archiviopenale.it/apw/wp-content/uploads/2013/06/il_punto_su_Di_Giovine.pdf)).

personas y de un trato instrumental<sup>24</sup>– favorecer metodologías de construcción gradual de la vida social con base comunicativa, *rectius* ofrecer respuestas comunicativamente relevantes frente al delito<sup>25</sup>, reforzando los procesos de socialización y extendiendo los mismos procesos con respecto a los sujetos que por “características personales (psicópatas primarios) o por su entorno social o familiar quedan al margen de los mismos” procesos de socialización<sup>26</sup>, pensando en modelos más eficaces también en el plano cognitivo.

Se trata, en definitiva, según la perspectiva sugerida en el ámbito de la doctrina italiana, de utilizar los descubrimientos ofrecidos por las neurociencias en vista de la configuración de un derecho penal “con compasión” o “empático”<sup>27</sup>.

De esto se hablará en el último apartado.

#### **IV. DE LAS REFORMAS QUE (AFORTUNADAMENTE) NO SE HICIERON...**

El determinismo no compatibilista de origen neurocientífico contemplaba en su programa “fuerte” una serie de reformas que no se han llevado a cabo (y que además, no son deseables, por razones consecuencialistas):

- Abandono de la idea de imputabilidad y culpabilidad, con renuncia a fundar la normatividad del *Andershandelnkönnen*, considerado privado de comprobación empírica, es más, experimentalmente invalidado por los neurocientíficos, y adopción del programa exclusivo de peligrosidad social.
- Sustitución de la pena por un sistema de medidas de seguridad fundadas en el tratamiento/corrección con finalidad terapéutica y preventiva, y si fueran ineficaces, la inocuización. Sustancialmente una reposición del modelo de peligrosidad y de variadas soluciones terapéuticas o “mecánicas” (que nos recuerda la teoría del impulso y contra impulso de Romagnosi).
- Asunción de responsabilidad por parte de la sociedad (especialmente con respecto a los autores de crímenes violentos o sexuales), que debería

<sup>24</sup> FEJOO, L-H Gimbernat, 2008, 282.

<sup>25</sup> FEJOO, 16 s., donde cita Retribución y prevención general, 2007, 583 ss.

<sup>26</sup> FEJOO, 16.

<sup>27</sup> O. DI GIOVINE, Un diritto penale empatico?, pp. 161 ss., en donde se hace referencia especial a la concepción del derecho penal en sentido de „compasión“, en los estudios de Martha NUSSBAUM.



preocuparse por proporcionar terapias eficaces<sup>28</sup>, que se tendrán que practicar con el consentimiento del paciente. Bajo este último aspecto se ha señalado la falta de coherencia de este asunto con la pretendida falta de libre arbitrio de las personas<sup>29</sup>; y el riesgo de convertir fácilmente la “libre aceptación” del tratamiento de prevención en programas impuestos a categorías de sujetos predeterminadas *ante delictum*<sup>30</sup>, o bien a todos (porque, superando los postulados del mismo positivismo, ninguno es inmune de cualquier tipo de predisposición criminal) en función del interés colectivo y de su “razonabilidad” como variable dependiente de lo que la sociedad “objetivamente” puede esperarse, por tanto, en la normalización de las praxis hetero-impuestas, peores que la misma pena. Una verdadera “utopía negativa imaginada en cualquier película de ciencia ficción”<sup>31</sup>; teniendo en cuenta, además, que en el programa de los neurocientíficos cabe la posibilidad de predecir, sobre bases neurocientíficas, la futura reincidencia<sup>32</sup>.

El resultado de este desarrollo es la legitimación- incluso en el plano científico, por tanto en un plano presuntamente “neutral”- de ese *derecho penal con vocación securitaria*, que ha conocido, como señala la doctrina mayoritaria, una expansión exponencial en los últimos dos decenios<sup>33</sup>.

En realidad, se trata nada más y nada menos que la enésima reproposición de los motivos que vuelven a aparecer periódicamente en la historia del derecho penal (positivismo, Programa de Marburg de VON LISZT<sup>34</sup>).

---

<sup>28</sup> G. ROTH, M. LÜCK, D. STRÜBER, Gehirn, Willensfreiheit und Strafrecht, in M. Senn, D. Puskás (cur.), *Gehirnforschung und rechtliche Verantwortung*, Stuttgart, 2006, 105 ss.; G. Merkel, G. Roth, *Freiheitsgefühl, Schuld und Strafe*, in K.-J. Grün, M. Friedman, G. Roth (coord.), *Entmoralisierung des Rechts*, Göttingen, 2008, 54 ss.; G. Merkel, G. Roth, *Hirnforschung, Gewalt und Strafe - Erkenntnisse neurowissenschaftlicher Forschung für den Umgang mit Gewaltstraftätern*, in T. Stompe, H. Schanda (coord.), *Der freie Wille und die Schuldfähigkeit in Recht, Psychiatrie und Neurowissenschaften*, Berlin, 2010, 143 ss.

<sup>29</sup> A. NISCO, *Il confronto tra neuroscienze e diritto penale sulla libertà di volere*, en: *Diritto penale e processo*, 2012, 501.

<sup>30</sup> H.J. MARKOWITSCH, W. SIEFER, *Tatort Gehirn*, Frankfurt-New York, 2007, 227 ss.; de manera parecida, G. Merkel, G. Roth, *Freiheitsgefühl*, cit., 87 s.

<sup>31</sup> COSÌ A. NISCO, *Il confronto tra neuroscienze e diritto penale sulla libertà di volere*, 502.

<sup>32</sup> V. J.B. MEIXNER, *Applications of Neuroscience in Criminal Law: Legal and Methodological Issues*, 2014, *Current Neurology and Neuroscience Reports*, Vol. 15, 513.

<sup>33</sup> J.M. SILVA SÁNCHEZ, *La expansión ...*

<sup>34</sup> FEIJOO, 10.

Sobre este proyecto “abortado” se ha hablado mucho y no vale la pena detenerse aún más.

## V. ... A MODELOS DE PREVENCIÓN ESPECIAL CON ORIENTACIÓN RESTAURATIVA

En cambio, nos parece más interesante el hilo interpretativo (cuyo exponente en Italia es, sobre todo, Luciano EUSEBI), que renunciando tanto a la prevención general negativa como a la retribución proporcionalista como único planteamiento en la prevención general positiva, sugiere valorizar la *autonomía* del agente como “capacidad para realizar elecciones personales nuevas”, también en una óptica de justicia reparatoria o reconciliadora”<sup>35</sup>.

Además, es curioso que a la reivindicación- a menudo ideológica- de la autonomía individual como libertad indelegable de elección se acompañe, paradójicamente, la negación de la misma sobre la base de los modernos conocimientos neurocientíficos.

Pero se tiene que subrayar que la referencia a la libertad de querer en el sistema penal tradicionalmente se ha utilizado como instrumento para justificar la intervención punitiva (la pena es justa cuando es proporcionada a la culpabilidad), excluyendo la importancia de la personalidad del reo respecto a los contenidos de la condena, en los casos en que no venga excluida de raíz su culpabilidad jurídica<sup>36</sup>.

De hecho, la libertad de querer y la culpabilidad en la lectura tradicional de impronta retribucionista de la pena son, según Eusebi, conceptos funcionales para legitimar una respuesta penal que reproduce, por analogía, la negatividad adscrita al delito cometido. Es por ello que la libertad se considera siempre *ex post* como factor dirigido al pasado, para justificar la legitimidad de la punición.

En tal manera, el derecho penal expresa una connotación sin duda determinista: de hecho, los destinatarios de normas y sanciones se conciben no como interlocutores del derecho, sino como sujetos que hay que condicionar a través de la coacción (intimidación o neutralización)<sup>37</sup>.

Pero la libertad, también a la luz de los principios de civilización jurídica que se han transferido a las Constituciones, debería cumplir una función de garantía, por tanto,

---

<sup>35</sup> L. EUSEBI, *Neuroscienze e diritto penale: un ruolo diverso del riferimento alla libertà*, en L. Palazzani, R. Zannotti, *Il diritto nelle neuroscienze. Non "siamo" i nostri cervelli*, Torino, 2013, 123.

<sup>36</sup> L. EUSEBI, *Neuroscienze e diritto penale*, 125.

<sup>37</sup> L. EUSEBI, *Neuroscienze e diritto penale*, 134.

con una apreciación dirigida al futuro: en cuanto sujeto dotado de autonomía, la persona no puede ser tratada como destinataria de un condicionamiento. Precisamente, la libertad moral hay que valorizarla como *chance* respecto al futuro, como objetivo que hay que perseguir, en la perspectiva de un derecho penal reconstitutivo, dirigido a la reintegración de las relaciones sociales y personales, en las que el delito haya incidido y de una respuesta penal entendida como *poena medicinalis*, como proyecto orientado a asumir un significado positivo, tanto para el reo como para la víctima y la sociedad.

En definitiva, se recomienda una valorización de la autonomía individual que esté dirigida al futuro, como capacidad para reelaborar críticamente, también en sentido reparativo (a través de formas de responsabilización del autor con respecto a las víctimas), la comisión del delito y realizar nuevas elecciones de vida. Desde este punto de vista será especialmente importante asumir en el debate penal los conocimientos neurocientíficos sobre las condiciones psicológicas del agente del delito y el contexto en el que ha actuado dicho sujeto<sup>38</sup>.

Todo ello también en función de una prevención general positiva: una “prevención estable, que no se funda en dinámicas intimidantes (inidóneas para equilibrar la inevitable relatividad de los instrumentos de control y portadoras, además, de una visión reductiva de los factores relevantes a la hora de tomar decisiones) o, en todo caso, en estrategias neutralizadoras (inidóneas para evitar la continua sustitución de los sujetos que delinquen), sino que más bien depende, en primer lugar, de la capacidad del ordenamiento jurídico para mantener elevados los niveles de consenso, es decir, de la adhesión prestada por elección personal, al respeto de las normas”<sup>39</sup>.

Por lo tanto, prevención especial en función de prevención general positiva: un sistema *latu sensu* sancionador orientado a obtener del reo una reelaboración crítica y una disociación del mismo pasado es la mejor estrategia preventiva, a través de la adopción progresiva de modelos de justicia restaurativa.

\* \* \* \* \*

---

<sup>38</sup> L. EUSEBI, *Neuroscienze e diritto penale*, 140.

<sup>39</sup> L. EUSEBI, *Neuroscienze e diritto penale*, 136 ss.

## Sacramento Ruiz Bosch

Juez Sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia.  
Socia de la FICP.

### ~Compatibilidad entre la alevosía y la anomalía o alteración psíquica~

**Resumen.-** El Acuerdo no Jurisdiccional de la Sala II del Tribunal Supremo de 26-5-2000 zanjó la cuestión doctrinal sobre la compatibilidad de la alevosía con la anomalía o la alteración psíquica, afirmando rotundamente la compatibilidad de la enajenación mental del autor del hecho con la circunstancia agravante de alevosía.

En aplicación del anterior Acuerdo, la Jurisprudencia actual considera que la agravante de alevosía y la atenuante o eximente de anomalía o alteración psíquica resultan compatibles siempre que el agente mantenga el suficiente grado de conciencia que le permita dirigir directa o especialmente los medios, modos o formas empleados en la ejecución del delito a asegurarla sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa del ofendido.

Los elementos básicos del delito son los siguientes: acción u omisión humana, típica, antijurídica, culpable y punible. No obstante, las dos grandes categorías del delito son, por un lado la antijuridicidad, que significa la objetiva contrariedad a la ley penal; y por otro, la culpabilidad, que significa la posibilidad de imputación personal del hecho antijurídico a un sujeto responsable. En consecuencia, no hay delito cuando el acto no sea antijurídico, o siendo antijurídico, cuando el autor no puede ser considerado culpable del mismo. Y si bien en sede de antijuridicidad hallamos elementos subjetivos, la formación de la voluntad de la personas pertenece, desde una perspectiva teórica, al ámbito de la culpabilidad.<sup>1</sup>

En su aspecto material, la culpabilidad consiste en la capacidad de obrar de otro modo, es decir, en la capacidad de adoptar una resolución de voluntad diferente, acorde con las exigencias del ordenamiento jurídico. Por ello la culpabilidad supone, en primer lugar, un determinado desarrollo o madurez de la personalidad y, en segundo lugar, unas determinadas condiciones biopsíquicas que permitan al sujeto conocer la licitud o ilicitud de sus acciones u omisiones y obrar conforme a ese conocimiento. Por ello, la imputabilidad o capacidad de culpabilidad es presupuesto de la culpabilidad.<sup>2</sup>

La imputabilidad es el antecedente necesario de la culpabilidad, pero no se formula de forma positiva, sino que ha de deducirse de la no concurrencia de alguna de las causas que la excluyen: la anomalía o alteración psíquica y la intoxicación plena

---

<sup>1</sup> PERTÍÑEZ ROMAGOSA, M., Aproximación clínica y conductual a los trastornos psicopáticos: Aportaciones sobre la responsabilidad criminal del psicópata, La Ley Penal, Nº 111, Sección Estudios, La Ley 8867/2014, p. 6.

<sup>2</sup> CERZO MIR, J., Curso de Derecho Penal Español. Parte General. Tecnos, Madrid, 2001, p. 50.

(siempre que anulen la capacidad intelectual y volitiva del sujeto), las alteraciones en la percepción que determinen una grave alteración de la conciencia de la realidad y la minoría de dieciocho años.<sup>3</sup>

El concepto tradicional de la imputabilidad, que la considera como la capacidad de entender y querer (conocimiento y voluntad), se ha tenido que modificar habida cuenta que muchos inimputables tienen capacidad para conocer y querer. Si no se sabe en absoluto lo que se hace, se puede incluso negar la existencia de comportamiento humano. Por eso hoy se considera que el inimputable realiza un comportamiento humano, y por tanto, consciente y voluntario, pero le falta la capacidad de comprender el significado antijurídico de sus actos o de dirigir su actuación conforme a esa comprensión. Para el inimputable la capacidad de comprender el significado antijurídico quiere decir que su situación mental le impide comprender la ilicitud de sus actos, y la capacidad de dirigir su voluntad significa que no puede controlar su voluntad a pesar de conocer su ilicitud. Si falta lo primero (la capacidad de comprender la ilicitud), normalmente falta lo segundo (la capacidad de controlar su voluntad); sin embargo, puede ser que falte lo segundo pero no lo primero, es decir, que el sujeto entienda la ilicitud de sus actos pero no pueda controlar su voluntad (por ejemplo, un psicópata o un esquizofrénico pueden entender pero no controlar).<sup>4</sup>

Las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal vienen recogidas en el Título I de su Libro I del Código Penal de 1995. El Capítulo III, que engloba el art. 21, es relativo a las circunstancias que atenúan la responsabilidad criminal; en el Capítulo IV se recogen las circunstancias que agravan la responsabilidad criminal, que se describen en el art. 22; y el Capítulo V referente a la circunstancia mixta de parentesco, que recoge el art. 23.

Y el Capítulo II del mismo Título, que incluye los artículos 19 y 20, trata de las causas que eximen de la responsabilidad criminal.

El artículo 20.1ª CP establece que

"Están exentos de responsabilidad criminal: 1.º El que al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.

---

<sup>3</sup> LUZÓN CUESTA, J.M., Compendio de Derecho Penal, Parte General, Dykinson, Madrid, 1997, p. 129.

<sup>4</sup> LEGANÉS GÓMEZ, S., Enfermedad mental y delito (Perspectiva jurídica y criminológica), La Ley Penal, Nº 76, Sección Criminología, Noviembre 2010, La Ley 13672/2010, pp. 14-15.

El trastorno mental transitorio no eximirá de pena cuando hubiese sido provocado por el sujeto con el propósito de cometer el delito o hubiera previsto o debido prever su comisión”.

Este precepto ha venido a introducir el concepto actual de imputabilidad, en cuanto ya no se centra exclusivamente en la inteligencia y la voluntad, sino en la capacidad de comprender que su conducta está prohibida o en la capacidad de dirigir su voluntad, dando lugar a que, en el caso de los enajenados, mayoritariamente se entienda que la norma no les llega por la falta de motivabilidad normal en su comportamiento.<sup>5</sup>

Y el 21.1ª CP, dispone que, “*Son circunstancias atenuantes: 1.ª Las expresadas en el capítulo anterior, cuando no concurrieren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos*”.

En los conceptos de anomalía o alteración psíquica estarán comprendidas todas las enfermedades mentales incluidas en la clasificación de la Organización Mundial de la Salud y de la Asociación Psiquiátrica Americana.<sup>6</sup>

El concepto de anomalía psíquica corresponde al campo de la psiquiatría, en el que suelen establecerse cuatro grandes grupos de trastornos psíquicos: a) la oligofrenia, en la que se incluyen la idiocia y la imbecilidad, en las que el sujeto es generalmente inimputable, así como la debilidad mental y la torpeza mental, en las que el sujeto suele tener una imputabilidad disminuida, siendo más o menos imputables en atención a su afectación; b) las psicosis, caso paradigmático de enajenación, en las que se incluye la epilepsia, la esquizofrenia, la paranoia, las psicosis maniaco-depresivas, y alcoholismo, que plantean el problema de los intervalos lúcidos; c) las neurosis, y d) las psicopatías, que no afectan al entendimiento y a la voluntad, sino a la afectividad.<sup>7</sup> Estas últimas son deficiencias psicológicas que, sin constituir una psicosis, afectan a la organización y cohesión de la personalidad y a un equilibrio emocional y volitivo. Son desviaciones anormales del carácter o de la afectividad, de origen diverso (biológico, social o psicológico), que no afectan a una facultad concreta, sino al conjunto o equilibrio de todas ellas. En épocas anteriores, al carecer de base patológica, no se las concebía como enfermedad mental, y únicamente servían de atenuante por analogía. Actualmente, se encuadran en la expresión “anomalías o alteraciones psíquicas” del art. 20.1ª CP, y pueden operar como eximente.<sup>8</sup>

<sup>5</sup> LEGANÉS GÓMEZ, S, La Ley Penal, Nº 76, 2010, p. 15.

<sup>6</sup> CEREZO MIR, J., Curso, 2001, p. 60.

<sup>7</sup> LUZÓN CUESTA, J.M., Compendio, 1997, pp. 131-132.

<sup>8</sup> LEGANÉS GÓMEZ, S, La Ley Penal, Nº 76, 2010, p. 10.

El concepto de alteración psíquica equivale a la situación de trastorno mental transitorio o intervalo de inimputabilidad en el normalmente constituido o no aquejado de anomalía psíquica permanente.

El Código Penal actual únicamente mantiene la distinción entre trastornos mentales de carácter permanente o duradero de los de carácter transitorio a efectos de la regulación de la *actio libera in causa* (acciones libres en su origen).<sup>9</sup>

En la regulación de las causas de inimputabilidad basadas en una enfermedad, anomalía o trastorno mental, los Códigos Penales suelen adoptar tres tipos de fórmulas: psiquiátricas o biológicas, psicológicas y psiquiátrico-psicológicas. En estas últimas, también denominadas por la doctrina como fórmulas mixtas o biopsicológicas, se hace referencia a una enfermedad, anomalía o trastorno mental, pero se exige que, como consecuencia de ello, el sujeto se hubiera visto privado de la capacidad de entender o de querer, o de comprender el carácter ilícito de su conducta o de obrar conforme a ese conocimiento. Esta es la postura adoptada por el Código Penal español de 1995.<sup>10</sup>

Así es, el actual Código Penal incorporó un sistema mixto en que se ha de apreciar la anomalía o alteración psíquica y además los efectos que produce sobre la comprensión de la ilicitud o el dominio de la voluntad en el momento de cometer el delito:

- 1) La base patológica ya no recae sobre el concepto de enfermedad mental, sino es cualquier anomalía psíquica, de esta manera se amplía su ámbito de aplicación, no sólo a las enfermedades mentales en sentido estricto, sino a otras alteraciones de la personalidad, lo que ya no impide la consideración como tal de las psicopatías. Para la STS 16 de noviembre de 1999, desde el CP de 1995 la psicopatía no debe ser tratada como atenuante de análoga significación a las anomalías psíquicas, sino que realmente lo es. Según la STS 4 de mayo de 2000, la psicopatía (trastorno de personalidad) puede ser expresión de anomalías psíquicas encuadradas en la eximente incompleta, sobre todo si se une a la drogodependencia.

---

<sup>9</sup> CEREZO MIR, J., Curso, 2001, p. 57.

<sup>10</sup> CEREZO MIR, J., Curso, 2001, p. 53-56.

- 2) Incapacidad de comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión no hace referencia al nivel de inteligencia y voluntad, sino capacidad de culpabilidad.

En consecuencia, en atención a la intensidad de los efectos psicológicos de la alteración psíquica, el Código Penal de 1995 dispone de distintas consecuencias:

- a.- Si la incapacidad es total, procede la aplicación de la eximente del art. 20.1ª CP, que conllevará la exención de pena y posibilidad de medida de seguridad.
- b.- Si la incapacidad no es total pero sí la limita considerablemente, se aprecia la eximente incompleta del art. 21.1ª CP, lo que implicará una atenuación privilegiada de pena y la posibilidad de imponer una medida de seguridad.
- c.- Si la incapacidad es de una menor intensidad en la imputabilidad por su menor incidencia, se aplica la atenuante analógica del art. 21.7ª CP, que supondrá sólo la atenuación de pena sin posibilidad de aplicar una medida de seguridad.<sup>11</sup>

Por ello, la Jurisprudencia ha resaltado que la mera existencia de una anomalía o alteración psíquica no es suficiente para que se aprecie en el autor de un hecho delictivo la circunstancia eximente prevista en el art. 20.1ª CP, ni como completa ni como incompleta. Para que se produzca tal efecto modificativo de la responsabilidad criminal es preciso que el sujeto, a causa de la anomalía o alteración psíquica, bien no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión, en cuyo caso, procederá apreciar en él la eximente completa, bien le sea sumamente difícil aquella comprensión o aquel control de su actuación, en cuyo caso le podrá ser aplicada la eximente incompleta. Todo trastorno de la personalidad se manifiesta en el área de la cognición, es decir, en la forma de percibir e interpretar la realidad y en la del control de los impulsos, pero no siempre la desviación en dichas áreas, con respecto a la personalidad que puede servir de tipo estándar, tiene la misma profundidad (SSTS de 20 de Mayo de 2004 y de 22 de abril de 2003).

El Tribunal Supremo ha considerado que cuando el sujeto acusado de la comisión de un delito está exento de responsabilidad criminal por enajenación mental, o con palabras del nuevo Código penal, por sufrir cualquier anomalía o alteración psíquica de la que se derive la incomprensión de la ilicitud del hecho o de actuar conforme a esa comprensión (art. 20.1ª), el elemento subjetivo del tipo penal pierde su significación

---

<sup>11</sup> LEGANÉS GÓMEZ, S, La Ley Penal, Nº 76, 2010, p. 15-16.



como graduador de la mayor o menor capacidad de culpabilidad del agente, para convertirse en un dato que hubiese permitido la correcta calificación penal del hecho, si el sujeto hubiera sido declarado responsable penalmente. (STS 494/2000, de 29 de junio).

En cuanto a la alevosía, ésta es una circunstancia agravante. En su vertiente genérica aparece recogida en el artículo 22.1ª CP, que la define en su segundo párrafo al establecer que:

“Hay alevosía cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido.”

De acuerdo con esta definición legal, para apreciar la alevosía, es necesario que concurren los siguientes requisitos:

- a.- En primer lugar, un elemento normativo consistente en que se trate de un delito contra las personas.
- b.- En segundo lugar, un elemento objetivo, que radica en el *modus operandi*, que el autor utilice, precisamente en la ejecución, medios, modos o formas que han de ser objetivamente adecuados para asegurarla mediante la eliminación de las posibilidades de defensa, sin que sea suficiente el convencimiento del sujeto acerca de su idoneidad.
- c.- En tercer lugar, un elemento subjetivo, que el dolo del autor se proyecte no sólo sobre la utilización de los medios, modos o formas empleados, sino también sobre su utilización tendente a asegurar la ejecución y a impedir la defensa del ofendido, eliminando así conscientemente el posible riesgo que pudiera suponer para su persona una eventual reacción defensiva de aquél. Es decir, el agente ha de haber buscado intencionadamente la producción de la muerte a través de los medios indicados, o cuando menos, aprovechar la situación de aseguramiento del resultado, sin riesgo.
- d.- Y en cuarto lugar, un elemento teleológico, es decir, que como consecuencia, se aprecie una mayor antijuridicidad en la conducta derivada precisamente del *modus operandi*, conscientemente orientado a aquellas finalidades (STS de 7 noviembre de 2002, y de 15 de febrero y 22 de marzo de 2005).

En cuanto a la naturaleza de la alevosía, aunque la Sala Segunda unas veces ha destacado su carácter subjetivo, lo que supone mayor culpabilidad, y otras objetivo, lo que implica mayor antijuridicidad, en los últimos tiempos, aun admitiendo su carácter mixto, ha destacado su aspecto preeminentemente objetivo (SSTS 28-2 y 12-7-90), resaltando en STS 19-1-91, un plus de culpabilidad y en STS 24-1-92, un plus de culpabilidad y de antijuridicidad, reconociendo y afirmando, en STS 1659/93 de 30-6, que “si bien en las últimas décadas, como ya recogió la S 19-1-91, era suficiente para la apreciación de la circunstancia con que la conducta fuese objetivamente alevosa, lo cual entrañaba el plus de antijuridicidad consistente en la utilización de medios, modos o formas de ejecución tendentes a lograrla sin riesgo para el infractor procedente de la defensa del ofendido, pasó después la doctrina de esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, a una etapa de transición en que, sin desconocer la naturaleza objetiva de la alevosía, se destacan y precisan en ella aspectos subjetivos, principalmente para evitar su confusión con la circunstancia de premeditación. Finalmente, este Tribunal exige el plus de culpabilidad, precisando una previa excogitación o selección de medios disponibles, siendo imprescindible que el infractor se haya representado que su modus operandi suprime todo eventual riesgo y toda posibilidad de defensa procedente del ofendido y desea el agente obrar de modo consecuente con lo proyectado y representado”.

En definitiva, en síntesis, puede decirse que “la alevosía es una circunstancia agravatoria de carácter predominantemente objetivo”, que “incorpora un especial elemento subjetivo que dota a la acción de una mayor antijuridicidad” (STS 499/93, de 9-3), denotando “de manera inequívoca el propósito del agente de utilizar los medios con la debida conciencia e intención de asegurar la realización del delito, eludiendo todo riesgo personal” (STS 944/95 de 2 de octubre), de modo que “al lado de la antijuridicidad ha de apreciarse y valorarse la culpabilidad” (STS 734/96 de 16 de octubre), lo que conduce a su consideración como mixta (STS 2047/2000, de 28 de diciembre, con cita de las SSTS 11 de mayo de 1994, 21 de febrero de 1995 y 6 de junio de 1998). En cuanto la “eliminación de toda posibilidad de defensa de la víctima, debe ser considerada desde la perspectiva de su real eficacia, siendo compatible con intentos defensivos ínsitos en el propio instinto de conservación” (STS de 13 de marzo de 2000).

La esencia de la alevosía se encuentra en el desarrollo de una conducta agresora que, objetivamente, puede ser valorada como orientada al aseguramiento de la ejecución

en cuanto tiende a la eliminación de la defensa, y correlativamente a la supresión de eventuales riesgos para el actor procedentes del agredido, lo que debe ser apreciado en los medios, modos o formas empleados. Subjetivamente, el autor debe conocer los efectos que los medios, modos o formas en la ejecución, elegidos directamente o aprovechados, van a producir en la supresión de las posibilidades de defensa del agredido.

En cuanto a los modos, situaciones o instrumento de que se valga el agente para asegurar el resultado excluyendo toda defensa y consiguiente riesgo para su persona, viene distinguiendo en la doctrina de la Sala 2ª del Tribunal Supremo (STS de 10 de febrero de 2003, de 22 de enero de 2004, de 22 de marzo de 2005, de 10 de octubre de 2008, de 23 de septiembre de 2009, de 10 de Diciembre de 2.009, entre otras muchas) tres modalidades de alevosía:

- a) alevosía proditoria, equivalente a la traición y que incluye la asechanza, insidia, emboscada o celada, situaciones en que el sujeto agresor se oculta y cae sobre la víctima en momento y lugar que aquélla no espera; implica que al hecho delictivo le precede la acechanza (observar, aguardar cautelosamente con algún propósito) o la ocultación del victimario. Acechanza y ocultación son sinónimos de emboscada (ocultación de una o varias personas para atacar por sorpresa a otra u otras).
- b) alevosía súbita o inopinada, llamada también «sorpresiva», en la que el sujeto activo, aun a la vista o en presencia de la víctima, no descubre sus intenciones y aprovechando la confianza de aquélla actúa de forma imprevista, fulgurante y repentina. En estos casos es precisamente el carácter sorpresivo de la agresión lo que suprime la posibilidad de defensa, pues quien no espera el ataque difícilmente puede prepararse contra él y reaccionar en consecuencia, al menos en la medida de lo posible y,
- c) alevosía de desvalimiento, en que el sujeto agente aprovecha una situación de absoluto desamparo de la víctima. Es importante destacar que, para configurarse la circunstancia agravante el estado de indefensión de la víctima debe ser la causa o motivo por el cual el agente actúa, procurando así un obrar sobre seguro y sin riesgo. La jurisprudencia del TS ya opta reiteradamente por la constatación de la alevosía en hipótesis en que el agente se aprovecha de una natural situación de indefensión de la víctima sin previa intervención o iniciativa alguna por parte del

mismo en su originación. El supuesto responde a la previsión normativa, facilitación de consumación del hecho sin riesgo alguno para el agresor procedente de una eventual defensa del ofendido. Sentencias tales como las de 9 de abril de 1990, 15 de abril de 1991, 17 de marzo y 30 de abril de 1997, así se manifestaron. Casos de niños, ancianos, inválidos, ciegos o personas accidentalmente indefensas, dormidas, drogadas o sin conocimiento. No puede decirse que tal parecer haya sido asumido por la doctrina científica.<sup>12</sup>

No obstante la anterior clasificación resulta más teórica que práctica, y no supone un encasillamiento impermeable entre las diversas modalidades comisivas que permita hallar elementos configurativos de un tipo de alevosía en otro (STS de 13 de noviembre de 2008).

En el sistema que diseña el Código Penal español las circunstancias atenuantes y agravantes no son de aplicación automática.

El Legislador las ha construido sin delimitar sus contornos, de modo que entre algunas existen zonas comunes, mientras que otras son independientes, y no todas pueden aplicarse a todos los delitos de la Parte Especial. La interpretación judicial, por ello, es esencial: así, la Jurisprudencia ha establecido que existen circunstancias que son incompatibles, fundamentalmente cuando a través de su aplicación conjunta se infringen principios jurídico-penales, como el principio *non bis in idem*; en otros casos, el Tribunal Supremo ha determinado expresamente su compatibilidad, motivándola cuando existen dudas sobre ello o en aquellos casos en que la jurisprudencia ha sido vacilante en esta materia, y en la mayoría de ocasiones, la compatibilidad viene determinada, simplemente, por la aplicación e imposición de forma conjunta de circunstancias que efectúan los Tribunales, sin que éstos se planteen siquiera la cuestión, pues hay supuestos en que es obvia la compatibilidad o, por el contrario, la incompatibilidad.<sup>13</sup>

La doctrina ha venido admitiendo la compatibilidad entre la alevosía y la exigente incompleta de enajenación mental o trastorno mental transitorio, siempre que el agente conserve el suficiente grado de conciencia y lucidez como para apercebirse del

---

<sup>12</sup> SOTO NIETO, F., La alevosía en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, Diario La Ley, Nº 6187, Sección Columna, 10 Feb. 2005, Año XXV, Ref. D-34, La Ley 613/2005, pp. 2-3.

<sup>13</sup> MARTÍNEZ GALINDO, G., Compatibilidad e incompatibilidad entre atenuantes y agravantes, La Ley Penal, Nº 32, Sección Informe de Jurisprudencia, La Ley Penal, Nº 32, Sección Informe de Jurisprudencia, Noviembre 2006, La Ley 2885/2006, pp.1-2.

modo y forma de la agresión personal y del medio instrumentalizado al efecto.<sup>14</sup> E incluso la Jurisprudencia (SSTS de 15 de febrero, 21 de marzo y 17 de noviembre de 1988, 24 de febrero de 1989, 1 de junio de 1994 y 8 de marzo de 1996) venía considerando compatible la agravante de alevosía con la eximente incompleta de enajenación mental, siempre que la disminución psíquica determinante de la semieximente, no impida el dolo específico de la alevosía, conocimiento y voluntad de asegurar el resultado homicida y de excluir el riesgo derivado de la defensa de la víctima.

La cuestión de la compatibilidad entre la alevosía y la enajenación mental quedó definitivamente resuelta por la Jurisprudencia. Así, el Acuerdo no Jurisdiccional de la Sala II del Tribunal Supremo de 26-5-2000 afirma rotundamente la compatibilidad de la enajenación mental del autor del hecho con la circunstancia agravante de alevosía.

El referido Acuerdo declaró la compatibilidad ente el artículo 20.1º y el artículo 139.1º ambos del Código Penal (inimputabilidad y alevosía), en los siguientes términos:

“En los supuestos de aplicación de la medida de internamiento prevenido para los inimputables en el artículo 101.1º CP, el límite temporal de la medida viene establecido por la tipificación del hecho como si el sujeto fuese responsable, por lo que en los supuestos de alevosía el hecho ha de calificarse como asesinato.”

Este Acuerdo se ha visto plasmado en las resoluciones posteriores, como la STS de 9 de octubre de 2000, en la que se explica que si tal compatibilidad se predica incluso con respecto a la eximente completa de enajenación mental, con mayor razón se aplicará en los supuestos de semieximente o de simple atenuante.

La STS de 13 de septiembre de 2002 resulta muy esclarecedora al explicar que una anomalía o alteración psíquica puede determinar la falta de comprensión de la ilicitud de la conducta o de poder actuar de conformidad con la comprensión que se tuviera de tal ilicitud y, a la vez no obstaculizar en lo más mínimo el conocimiento y la comprensión de la conveniencia de utilizar formas, medios o modos de actuar favorecedores y facilitadores del éxito del resultado y determinantes de eliminación de los propios riesgos.

La STS de 10 de febrero de 2003 sostiene la compatibilidad de la alevosía con la enajenación mental incompleta, aunque exige en el agente el suficiente grado de

---

<sup>14</sup> LUZÓN CUESTA, J. M., Compendio, 1997, pp. 185-186.

conciencia y lucidez para captar el alcance del medio o instrumento empleado y de la forma de la agresión.

Y la STS 1 de marzo de 2006 propugna la compatibilidad de la alevosía con una alteración psíquica valorada como eximente incompleta, considerando que tal situación mental no impide por sí misma, necesariamente y en todos los casos, la elección consciente de los medios, modos o formas que van a ser utilizados en la ejecución o la creación o el aprovechamiento de una ocasión favorable para el autor en la que las posibilidades de defensa desaparezcan, siempre que las características de los hechos y de la alteración mental permitan establecer que el agente mantiene el suficiente grado de conciencia y lucidez para captar el alcance de los medios o instrumentos empleados y de la forma de la agresión.

En conclusión, la Jurisprudencia más actual considera que la agravante de alevosía y la atenuante o eximente de anomalía o alteración psíquica resultan compatibles siempre que el agente mantenga el suficiente grado de conciencia que le permita dirigir directa o especialmente los medios, modos o formas empleados en la ejecución del delito a asegurarla sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa del ofendido.

### **BIBLIOGRAFÍA**

ANTÓN ONECA, J., Derecho Penal, 2.<sup>a</sup> ed. (anotada y corregida por J.J. Hernández Guijarro y L. Beneytez Merino), Akal, Madrid, 1986.

CEREZO MIR, J., Curso de Derecho Penal Español. Parte General, Tecnos, Madrid, 2001.

LUZÓN CUESTA, J.M., Compendio de Derecho Penal. Parte General, Dykinson, Madrid, 1997.

LEGANÉS GÓMEZ, S., Enfermedad mental y delito (Perspectiva jurídica y criminológica), La Ley Penal, Nº 76, Sección Criminología, Noviembre 2010, La Ley 13672/2010 (versión on line autonumerada).

MAGRO SERVET, V., Incapaces y delincuentes: la prognosis postdelictual, Práctica de Tribunales, Nº 16, Sección Práctica Procesal, Mayo 2005, La Ley 1042/2005 (versión on line autonumerada).

MARTÍNEZ GALINDO, G., Compatibilidad e incompatibilidad entre atenuantes y agravantes, La Ley Penal, Nº 32, Sección Informe de Jurisprudencia, Noviembre 2006, La Ley 2885/2006 (versión on line autonumerada).

PERTÍÑEZ ROMAGOSA, M., Aproximación clínica y conductual a los trastornos psicopáticos: Aportaciones sobre la responsabilidad criminal del psicópata, La Ley Penal, Nº 111, Sección Estudios, La Ley 8867/2014 (versión on line autonumerada).

PUENTE SEGURA L., Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes de la responsabilidad criminal, Cóllex, Madrid, 1997.

SOTO NIETO, F., La alevosía en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, Diario La Ley, Nº 6187, Sección Columna, 10 Feb. 2005, Año XXV, Ref. D-34, La Ley 613/2005 (versión on line autonumerada).

\* \* \* \* \*

## II. LEGISLACIÓN

### 1. España

#### **Corrección de errores 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.**

Advertidos errores en 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, publicada en el «Boletín Oficial del Estado» número 77, de 31 de marzo de 2015, se procede a efectuar las oportunas rectificaciones:

En la página 27067, último párrafo, línea séptima, donde dice: «corrupción en el sector privado», debe decir: «corrupción en los negocios».

En la página 27070, último párrafo, penúltima línea, donde dice: «quince años», debe decir: «dieciséis años».

En la página 27076, se suprime el penúltimo párrafo del apartado XIX de la exposición de motivos.

En la página 27080, el último párrafo del apartado XXVI de la exposición de motivos se sustituye por el siguiente: «Finalmente, se incluye la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.»

En la página 27140, apartado ciento cincuenta y nueve, que modifica el artículo 288, donde dice: «En el caso de los delitos previstos en los artículos 277, 278, 279, 280, 281, 282, 282 bis, 284 y 286 bis al 286 quinquies», debe decir: «En el caso de los delitos previstos en los artículos 277, 278, 279, 280, 281, 282, 282 bis, 284 y 286 bis al 286 quater».

En la página 27145, en el apartado ciento setenta y cinco, donde dice: «Se modifica el artículo 326 bis, que queda redactado como sigue:», debe decir «Se añade un artículo 326 bis, con el siguiente contenido:».

En la página 27147, en el apartado ciento ochenta y tres, donde dice: «Se añade un artículo 345, con el siguiente contenido:», debe decir: «Se modifica el artículo 345, que queda redactado del siguiente modo:».

En la página 27149, apartado ciento ochenta y nueve que modifica el artículo 362, en el apartado 2 del artículo 362, donde dice: «... de cualquiera de los medicamentos, excipientes, productos sanitarios, accesorios, elementos o materiales mencionados en el apartado anterior...», debe decir: «... de cualquiera de los medicamentos, sustancias,



excipientes, productos sanitarios, accesorios, elementos o materiales mencionados en el apartado anterior...».

## 2. Colombia<sup>1</sup>

### Modificaciones del Código Penal colombiano

- **La Ley 1752 de 3 de junio de 2015, “por medio de la cual se modifica la Ley 1482 de 2011, para sancionar penalmente la discriminación contra las personas con discapacidad”:**

EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA:

**Artículo 1º.** Modifíquese el artículo 1º de la Ley 1482 de 2011 el cual quedará así:

*Artículo 1º. Objeto de la ley.* Esta ley tiene por objeto sancionar penalmente actos de discriminación por razones de raza, etnia, religión, nacionalidad, ideología política o filosófica, sexo u orientación sexual, discapacidad y demás razones de discriminación.

**Artículo 2º.** Modifíquese el artículo 3º de la Ley 1482 de 2011 el cual quedará así:

*Artículo 3º.* El Código Penal tendrá un artículo 134A del siguiente tenor:

**Artículo 134A. Actos de discriminación.** El que arbitrariamente impida, obstruya o restrinja el pleno ejercicio de los derechos de las personas por razón de su raza, nacionalidad, sexo u orientación sexual, discapacidad y demás razones de discriminación, incurrirá en prisión de doce (12) a treinta y seis (36) meses y multa de diez (10) a quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

**Artículo 3º.** Modifíquese el artículo 4º de la Ley 1482 de 2011, el cual quedará así:

*Artículo 4º.* El Código Penal tendrá un artículo 134B del siguiente tenor:

**Artículo 134B. Hostigamiento.** El que promueva o instigue actos, conductas o comportamientos constitutivos de hostigamiento, orientados a causarle daño físico o moral a una persona, grupo de personas, comunidad o pueblo, por razón de su raza, etnia, religión, nacionalidad, ideología política o filosófica, sexo u orientación sexual o discapacidad y demás razones de discriminación, incurrirá en prisión de doce (12) a treinta y seis (36) meses y multa de diez (10) a quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes, salvo que la conducta constituya delito sancionable con pena mayor.

**Parágrafo.** Entiéndase por discapacidad aquellas limitaciones o deficiencias que debe realizar cotidianamente una persona, debido a una condición de salud física, mental o

---

<sup>1</sup> Esta sección ha sido posible gracias al Prof. Botero Bernal, a quien agradecemos su amable colaboración.

sensorial, que al interactuar con diversas barreras puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.

**Artículo 4º.** La presente ley rige a partir de su publicación y deroga las disposiciones que le sean contrarias.

## III. NOTICIAS DE LA FICP

### 1. Congresos, seminarios y cursos

La FICP (co)organiza actualmente o ha (co)organizado los siguientes congresos, cursos o conferencias:

#### (i) I Congreso Internacional de la FICP

Sobre “**Retos actuales de teoría del delito**”. 29 y 30 de mayo de 2015 (todo el viernes 29 y sábado 30 por la mañana). Facultad de Derecho, Univ. de Barcelona. Organizado por la FICP y el Dpto. de Derecho Penal de la Univ. de Barcelona y dirigido por los Profs. Dres. Luzón Peña, Mir Puig (presidentes de honor FICP), Corcoy Bidasolo y Gómez Martín (patronos). Este Congreso ha contado con la financiación de la Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal.

Las ponencias y los debates han sido retransmitidos en *streaming* y **están grabados** y pueden verse en los siguientes enlaces: (i) 29 de mayo: sesión matinal, [aquí](#), y sesión de tarde, [aquí](#); (ii) 30 de mayo: [aquí](#).

Las Actas de este I Congreso Internacional de la FICP con las ponencias y comunicaciones están publicadas en la sección de [Publicaciones/Actas de Congresos y Seminarios](#).

A continuación se reproduce una selección de las fotografías tomadas durante el evento. El conjunto de fotografías está publicado en el [álbum](#) correspondiente de nuestra Galería de fotos. Si alguno de los participantes en el Congreso dispone de otras fotos de alguna de las sesiones y tiene interés en que se publiquen, nos las puede remitir a [contacto@ficp.es](mailto:contacto@ficp.es).



Imágenes de la apertura del I Congreso por sus directores, el Presidente de la FICP y el Vicedecano de Relaciones Institucionales de la Facultad de Derecho de la Univ. Barcelona: de izqda. a dcha., mesa integrada por los Profs. Dres. Corcoy Bidasolo, de Vicente Remesal, Vázquez Albert, Luzón Peña, Queralt y Gómez Martín.



1ª mesa: de izqda. a dcha., los Profs. Dres. Barber Burusco, de Luca, Zaffaroni, Muñoz Conde (moderador), Trapero Barreales y Greco.



2ª mesa: de izqda. a dcha., las Profs. Dras. Bolea Bardón, Roso Cañadillas, el Excmo. Sr. Torres-Dulce (moderador) y los Profs. Dres. Díaz y García Conlledo y Gómez Martín.



Algunos momentos del debate tras la 2ª sesión, con intervenciones, entre otros, de los Profs. Dres. Muñoz Conde, Luzón Peña y Greco. Abajo a la dcha., los Profs. Dres. Muñoz Conde, Mir Puig, Luzón Peña y de Vicente Remesal.



3ª mesa: de izqda. a dcha., los Profs. Dres. Corcoy Bidasolo, Luzón Peña, el Excmo. Sr. Maza Martín (moderador) y los Profs. Dres. Paredes Castañón y Robles Planas.



Algunos momentos del debate tras la 3ª sesión, con intervenciones, entre otros, de los Profs. Dres. Gracia Martín, Díaz y García Conlledo y Gómez Martín.



4ª mesa: de izqda. a dcha., los Profs. Dres. Ragués i Vallès, de Vicente Remesal, Cardenal Montraveta (moderador), Chiesa y Olaizola Nogales.



5ª mesa: de izqda. a dcha., los Profs. Dres. Hortal Ibarra, Foffani, Lombana Villalba (moderador), Mir Puig y Gracia Martín.



Algunos momentos del debate tras la 5ª mesa, con intervenciones, entre otros, de los Profs. Dres. Luzón Peña, Cervini, Zaffaroni y Chiesa.



6ª mesa: de izqda. a dcha., los Profs. Dres. Demetrio Crespo, Queralt, Santana Valdágua (moderadora), García Amado y Sanz Morán.





Clausura del I Congreso: de izqda. a dcha., los directores Profs. Dres. Corcoy Bidasolo, Luzón Peña y Gómez Martín.

## (ii) II Congreso Nacional Penitenciario Legionense

Sobre "**La prisión como espacio de integración social: nuevos retos y perspectivas de futuro**". 7 y 8 de mayo de 2015. Salón de Grados de la Facultad de Derecho, Univ. de León. Coorganizado por el Área de Derecho Penal de la Univ. de León, la Agrupación de Cuerpos de la Administración de Instituciones Penitenciarias y la FICP.

## (iii) XVIII Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal

Sobre "**Derecho penal general y de empresa**". 18 y 19 de junio. Facultad de Derecho, Universidad de Alcalá, España. Director: Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Diego-M. Luzón Peña, Presidente de Honor de la FICP y Catedrático de Derecho penal. Coorganizado por el Área de Derecho Penal, Univ. de Alcalá, y la FICP. Coordinadores: Prof. Dra. Raquel Roso Cañadillas, Prof. Dr. José-Zamyr Vega Gutiérrez, Prof. Enrique Luzón Campos y Carmen Pérez-Sauquillo Muñoz. Este seminario ha contado con la financiación de la Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal.

Acceso restringido: a la escuela científica del Prof. Luzón, el Patronato de la FICP e invitados. En Actas de Congresos y Seminarios se encontrarán disponibles más adelante el programa y las Actas del Seminario, con las ponencias y las relaciones

de los debates.

A continuación se muestra una selección de las fotografías tomadas durante el evento. El conjunto de fotografías se publicará próximamente en el álbum correspondiente de nuestra Galería de fotos.



Apertura del XVIII Seminario por el Prof. Dr. Luzón Peña y presentación de la ponencia del Prof. Dr. de Vicente Remesal (moderado por el Prof. Dr. García Valdés) y de la ponencia invitada especial de la Prof. Dra. da Palma Pereira (moderada por el Prof. Dr. Díaz y García Conlledo).



Algunos momentos del debate tras cada una de las ponencias, con intervenciones, entre otros, de los Profs. Dres. Rueda Martín y Paredes Castañón.



Presentación de las ponencias de la Prof. Dra. Jericó Ojer y del Prof. Dr. de la Fuente Honrubia, ambos moderados por el Prof. Dr. González Cussac.



Algunos momentos del debate tras ambas ponencias, con intervenciones, entre otros, de los Profs. de Vicente Remesal, García Sobrado y Peñaranda Ramos.



Presentación de la ponencia invitada especial del Prof. Dr. Greco (moderado por el Prof. Dr. Jorge Barreiro) y de las ponencias de D.<sup>a</sup> Carmen Pérez-Sauquillo Muñoz y de la Prof. Dra. Roso Cañadillas (moderadas respectivamente por los Profs. Dres. Peñaranda Ramos y Paredes Castañón).



Algunos momentos del debate tras cada una de las ponencias, con intervenciones, entre otros, de los Profs. Dres. Luzón Peña, Dopico Gómez-Aller, Díaz y García Conlledo y Peñaranda Ramos.



Presentación de las ponencias de los Profs. Dres. Vega Gutiérrez (moderado por la Prof. Dra. Olaizola Nogales) y Durán Seco (moderada por el Prof. Dr. Mestre Delgado), así como de la ponencia invitada especial del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Morillas Cueva (moderado por el Prof. Dr. Sanz Morán).



Algunos momentos del debate tras cada una de las ponencias, con intervenciones, entre otros, de los Profs. Dres. Morillas Cueva, Portilla Contreras y del Dr. Pavía Cardell.



Clausura del XVIII Seminario por los Profs. Dres. Luzón Peña y Cortés Bechiarelli, directores respectivamente del Seminario y de la Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal.

#### (iv) **XVI Seminario Internacional de Filosofía del Derecho y Derecho Penal**

Sobre "**La justificación del castigo penal**". **9 y 10 de julio de 2015** (el jueves por la tarde y el viernes por la mañana). Facultad de Derecho, Univ. de León. Directores: Profs. Dres. Miguel Díaz y García Conlledo y Juan Antonio García Amado, Catedráticos, respectivamente, de Derecho Penal y Filosofía del Derecho. Coorganizado por las Áreas de Derecho Penal y de Filosofía del Derecho, Univ. de León, y la FICP.

Acceso abierto previa inscripción en: [jagara@unileon.es](mailto:jagara@unileon.es). El cartel y programa encuentran publicados en nuestra página web [www.ficp.es](http://www.ficp.es) en [Noticias y Cursos/Próximos cursos](#).

El Seminario será retransmitido en directo vía *streaming* a través del siguiente [enlace directo](#).

## IV. NOTICIAS DE LOS MIEMBROS DE LA FICP

### 1. Cursos, congresos y conferencias de los miembros de la FICP

– *Ponencias en seminarios, congresos o cursos. Conferencias:*

- 29 y 30 de mayo de 2015. Con motivo de la pasada celebración del I Congreso Internacional de la FICP, sobre “Retos actuales de teoría del delito”, organizado por la FICP y el Dpto. de Derecho Penal de la Univ. de Barcelona, tuvieron lugar las siguientes ponencias de patronos y socios de la FICP:

*Primera sesión:* “Bienes jurídicos o deberes y obligaciones (*Obliegenheiten*) como base del Derecho penal. ¿Delitos de peligro o fases previas a la consumación?”, moderada por el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Francisco Muñoz Conde.

- Ponencia del Dr. h.c. mult. E. Raúl Zaffaroni: “Ofensividad, autoría y Estado de derecho”
- Ponencia del Prof. Dr. Javier A. De Luca.: “Bien jurídico”.
- Ponencia del Prof. Dr. Luis Greco: “Bienes jurídicos colectivos”.
- Ponencia de la Prof. Dra. María A. Trapero Barreales: “Delitos de peligro”.
- Ponencia de la Prof. Dra. Soledad Barber Burusco: “La expansión de actos preparatorios en el Derecho penal español”.

*Segunda sesión:* “Codelincuencia: autoría y participación. Concepto y formas. Problemática en los delitos especiales y en delitos imprudentes”, moderada por el Excmo. Sr. D. Eduardo Torres Dulce.

- Ponencia del Prof. Dr. Miguel Díaz y García Conlledo: “Autoría”.
- Ponencia del Prof. Dr. Víctor Gómez Martín: “Delitos especiales de posición y delitos especiales con elementos de autoría meramente tipificadores: bases para una distinción necesaria”.
- Ponencia de la Prof. Dra. Raquel Roso Cañadillas: “Autoría y participación imprudentes”.
- Prof. Dra. Carolina Bolea Bardón: “El autor tras el autor; autoría y participación en aparatos organizados de poder”.

*Tercera sesión:* “Problemas actuales de la imputación objetiva y exclusión de la tipicidad. Imputación a la conducta de la víctima. Límites del riesgo permitido. Imputación objetiva en la omisión. Comportamientos neutros”, moderada por el Excmo. Sr. D. Juan Manuel Maza Martín.

- Ponencia del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Diego-Manuel Luzón Peña: “Observaciones sobre la relación entre imputación objetiva, causas de atipicidad y riesgo permitido y sobre imputación a la conducta peligrosa de la víctima”.
- Ponencia de la Prof. Dra. Mirentxu Corcoy Bidasolo: “Imputación objetiva”.
- Ponencia del Prof. Dr. José Manuel Paredes Castañón: “Riesgo permitido”.
- Ponencia del Prof. Dr. Ricardo Robles Planas: “Conductas neutrales”.

*Cuarta sesión:* “La imputación subjetiva en la actualidad. Dolo: requisitos, límites y prueba. Error. Ignorancia deliberada. Imprudencia”, moderada por el Prof. Dr. Sergi Cardenal Montraveta.

- Ponencia del Prof. Dr. Ramon Ragués i Vallès: “Dolo y su prueba”.
- Ponencia del Prof. Dr. Javier de Vicente Remesal: “Imprudencia en el ámbito médico”.
- Ponencia de la Prof. Dra. Inés Olaizola Nogales: “El error de prohibición”.
- Ponencia del Prof. Dr. Luis E. Chiesa: “Imputación subjetiva: comparación common law/Derecho continental”.

*Quinta sesión:* “¿Nueva forma de imputación de la responsabilidad penal: responsabilidad penal de las personas jurídicas?”, moderada por el Prof. Dr. Jaime Lombana Villalba.

- Ponencia del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Santiago Mir Puig: “Las nuevas «penas» para personas jurídicas, una clase de «penas» sin culpabilidad”.
  - Ponencia del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Luis Gracia Martín: “La inexistente responsabilidad «penal» de las personas jurídicas”.
  - Ponencia del Prof. Dr. Luigi Foffani.
  - Ponencia del Prof. Dr. Juan Carlos Hortal Ibarra: “Responsabilidad civil directa y subsidiaria de la persona jurídica”.
- 18 y 19 de junio de 2015. Con motivo de la pasada celebración del XVIII Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, sobre “Derecho Penal General y de la Empresa”, organizado por la FICP y el Área de Derecho Penal de la Univ. de Alcalá, tuvieron lugar las siguientes ponencias y moderaciones de patronos y socios de la FICP:



- Ponencia del Prof. Dr. Javier de Vicente Remesal: “Imprudencia médica y alcance de la pena de inhabilitación profesional médica”.
  - Ponencia de la Prof. Dra. M<sup>a</sup> Fernanda da Palma Pereira: “La culpabilidad y el tiempo de la consciencia en la responsabilidad penal”. Moderador: el Prof. Dr. Miguel Díaz y García Conlledo.
  - Ponencia de la Prof. Dra. Leticia Jericó Ojer: “La nueva regulación del delito medioambiental según la LO 1/2015: sus repercusiones respecto a la contaminación acústica”. Moderador: el Prof. Dr. José Luis González Cussac.
  - Ponencia del Prof. Dr. Fernando de la Fuente Honrubia: “La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad tras la LO 1/2015”. Moderador: el Prof. Dr. José Luis González Cussac.
  - Ponencia del Prof. Dr. Luis Greco: “El concepto de daño patrimonial en la estafa”. Moderador: el Prof. Dr. Agustín Jorge Barreiro.
  - Ponencia de D.<sup>a</sup> Carmen Pérez-Sauquillo Muñoz: “Delitos de peligro abstracto y bienes jurídicos colectivos”. Moderador: el Prof. Dr. Enrique Peñaranda Ramos.
  - Ponencia de la Prof. Dra. Raquel Roso Cañadillas: “Participación imprudente: formas punibles y no punibles”. Moderador: el Prof. Dr. José Manuel Paredes Castañón.
  - Ponencia del Prof. Dr. José-Zamyr Vega Gutiérrez: “El delito publicitario: enfoque comparativo de su regulación en las legislaciones española y nicaragüense”. Moderador: la Prof. Dra. Inés Olaizola Nogales.
  - Ponencia de la Prof. Dra. Isabel Durán Seco: “La nueva regulación del maltrato injustificado de animales”.
  - Ponencia del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Lorenzo Morillas Cueva: “Legitimación y función de la pena de prisión en una sociedad democrática: la última oportunidad de una política criminal reduccionista”. Moderador: el Prof. Dr. Ángel Sanz Morán.
- 29 de junio – 1 de julio de 2015. Con motivo de la pasada celebración del IV Congreso Internacional de Jóvenes Investigadores en Ciencias Penales, organizado por la Universidad de Salamanca, se presentaron las siguientes ponencias y comunicaciones de socios de la FICP:
- Ponencia del Prof. Dr. Castillo Monterrey: “Contornos de un “modelo de tipo” de expolio de las riquezas nacionales como crimen de Derecho Internacional”.

- Ponencia de la Sra. Pallín Ibáñez: “Un reto inaplazable de la justicia penal del siglo XXI: La búsqueda de la paz a través de la Corte Penal Internacional”.
  - Ponencia de la Sra. Ruiz Sierra: “Mediación penal en España”.
  - Comunicación de la Sra. Bayarri Martí: “El comportamiento postdelictivo del sujeto activo en materia de reparación del daño como elemento de disminución del merecimiento de la pena en relación con la víctima”.
  - Comunicación del Prof. Coaña Be: “El derecho penal del enemigo en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia Mexicana”.
  - Ponencia de la Prof. Solari Merlo: “Hermenéutica jurídica: Tipos penales y tecnología”.
  - Comunicación de la Dra. Gil Antón: “TICS, menores y protección penal Nativo Digital”.
  - Comunicación de la Sra. Serrano Pérez: “Delitos informáticos. Respuesta jurídico-penal frente a los ataques contra la seguridad de la información”.
  - Comunicación de la Sra. de Francisco López: “Teoría Criminológica contemporánea. Teoría del Control Social”.
  - Comunicación de la Sra. Juárez Vasallo: “TIC y nuevas formas de delincuencia. Especial referencia al stalking o acoso y su inclusión en el Código Penal”.
  - Ponencia de la Sra. Pantaleón Díaz: “Imputación objetiva e imprudencia en derecho anglosajón”.
  - Comunicación de la Sra. Ruiz Bosch: “El dolo eventual en el asesinato alevoso”.
  - Ponencia de la Prof. Dra. Francés Lecumberri: “El bien jurídico protegido en el art. 290 y su tutela”.
  - Ponencia de la Sra. Carrillo del Teso: “La gestión y el destino de los bienes decomisados en Italia ¿Un posible modelo para España?”
  - Comunicación del Sr. Sánchez Bernal: “Reforma del Código Penal: Sobre la nueva sección “De la corrupción en los negocios” tras la reforma del Código Penal 2015”.
  - Comunicación del Sr. Gómez Padilla: “Dopaje, dopaje genético y manipulación genética en el ámbito penal”.
- 9 y 10 de julio de 2015. Con motivo de la próxima celebración del XVI Seminario de Filosofía del Derecho y Derecho Penal sobre “La justificación del castigo penal”, organizado por Áreas de Derecho Penal y de Filosofía del

Derecho, Univ. de León, y la FICP, tendrán lugar las siguientes ponencias y moderaciones de patronos y socios de la FICP:

- Ponencia del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Muñoz Conde: “Las insuficiencias de la pena como medio de control social”. Moderador: el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Luzón Peña.
- Ponencia del Prof. Dr. Paredes Castañón: “¿Es posible justificar la pena desde una perspectiva libertaria?”. Moderador: el Prof. Dr. de Vicente Remesal.

– **Organización de seminarios y congresos:**

- 7 y 8 de mayo de 2015. II Congreso Nacional Penitenciario Legionense sobre "La prisión como espacio de integración social: nuevos retos y perspectivas de futuro". Coorganizado por el Área de Derecho Penal de la Univ. de León, la Agrupación de Cuerpos de la Administración de Instituciones Penitenciarias y la FICP (dir.: Prof. Dr. Miguel Díaz y García Conlledo). Salón de Grados de la Facultad de Derecho, Univ. de León (España). El cartel y tríptico están disponibles en nuestra página web [www.ficp.es](http://www.ficp.es) en [Noticias y Cursos/Eventos anteriores](#).
- 29 y 30 de mayo de 2015. I Congreso Internacional de la FICP sobre “Retos actuales de teoría del delito”. Organizado por la FICP y el Dpto. de Derecho Penal de la Univ. de Barcelona (dirs.: Profs. Dres. Luzón Peña, Mir Puig, Corcoy Bidasolo y Gómez Martín; coords.: Prof. Dr. Juan Sebastián Vera Sánchez y D.<sup>a</sup> Carmen Pérez-Sauquillo Muñoz). Facultad de Derecho, Univ. de Barcelona (España).

Las Actas de este I Congreso Internacional de la FICP con las ponencias y comunicaciones están publicadas en la sección de [Publicaciones/Actas de Congresos y Seminarios](#).

- 18 y 19 de junio de 2015. XVIII Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal sobre “Derecho penal general y de empresa”. Coorganizado por el Área de Derecho Penal, Univ. de Alcalá, y la FICP (dir.: Prof. Dr. Dr. h. c. Diego-M. Luzón Peña; coords.: Prof. Dra. Raquel Roso Cañadillas, Prof. Dr. J. Zamyra Vega Gutiérrez, Prof. E. Luzón Campos y D.<sup>a</sup> Carmen Pérez-Sauquillo Muñoz). Facultad de Derecho, Universidad de Alcalá (España).

El programa está disponible en nuestra página web [www.ficp.es](http://www.ficp.es) en [Noticias y Cursos/Eventos anteriores](#). Las Actas con las ponencias y las relaciones de los debates se publicarán próximamente en la sección de [Publicaciones/Actas de Congresos y Seminarios](#).

- **9 y 10 de julio de 2015.** XVI Seminario Internacional de Filosofía del Derecho y Derecho Penal sobre "La justificación del castigo penal". Organizado por las Áreas de Derecho Penal y de Filosofía del Derecho, Univ. de León, y la FICP (dirs.: Profs. Dres. Miguel Díaz y García Conlledo y Juan Antonio García Amado). Facultad de Derecho, Univ. de León (España). El cartel y programa se encuentran disponibles en nuestra página web [www.ficp.es](http://www.ficp.es) en [Noticias y Cursos/Próximos cursos](#).
- **14-25 de septiembre de 2015.** Escuela de verano en Ciencias Criminales y Dogmática Penal alemana (2015). Organizada por la Facultad de Derecho de la Univ. Georg-August de Göttingen, el Instituto de Ciencias Criminales y el Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano (CEDPAL) (dir.: Prof. Dr. Dr. h.c. Kai Ambos). Facultad de Derecho, Georg-August de Göttingen (Alemania). El programa está disponible en nuestra página web [www.ficp.es](http://www.ficp.es) en [Noticias y Cursos/Noticias de otras entidades](#).