

Libertas

Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales
Nº 3, 2015 (octubre)

SUMARIO Y RESÚMENES

Sobre el concepto de la pena estatal

Edgardo Donna _____ pág. 7

Resumen: El artículo se centra en el concepto de la pena estatal, a partir de lo que debe entenderse por Estado, Derecho y persona. Para ello se analizan, principalmente, las concepciones de Kant, Hegel y Zaczyk, bajo el presupuesto de que un principio del Estado es la libertad del ser humano, y que un fundamento de la pena tiene que explicar por qué el Estado debe exponer a la persona, de manera racional, a la coacción que supone la pena, entendida esta última como un concepto jurídico, no empírico, una institución de Derecho y no un contrapoder.

Palabras clave: pena estatal; Estado; persona; sanción penal.

Abstract: This paper focuses on the concept of state punishment, based on the question for the concepts of State, Law and person. For it there are analyzed, principally, the conceptions of Kant, Hegel and Zaczyk, under the premise that a principle of the State is the freedom of the human being, and a foundation of the criminal punishment has to explain why the State must expose the person to the coercion that supposes the punishment. The criminal punishment is understood like a juridical, not empirical concept, an institution of Law.

Keywords: state punishment or sanction; State; person; criminal punishment.

La atenuante de reparación del daño (art. 21.5 CP): ¿fundamento político-criminal o expresión de “actus contrarius” frente al quebrantamiento de la norma? Su relevante distinción en los procesos de mediación

Leticia Jericó Ojer _____ pág. 27

Resumen: El artículo se dedica al estudio de la atenuante genérica de reparación del daño (art. 21.5 CP) y su vinculación con los procesos de mediación, puesto que en la práctica la aplicación de esta atenuante será la consecuencia jurídica más habitual tras el acuerdo positivo de mediación.

Expongo igualmente mis preferencias al considerar por qué la atenuante está vinculada a razones de utilidad, de estimulación de la reparación del daño a la víctima y no tanto a consideraciones de *actus contrarius*. Considero que el fundamento político-criminal en la atenuante genérica de reparación del daño presenta menos inconvenientes a la hora de justificar su aplicación.

Palabras clave: atenuante de reparación del daño; justicia restaurativa; acuerdo de mediación penal.

Abstract: This article analyzes the mitigating circumstance of reparation of damage and its and its links with criminal mediation. In practice, the application of this mitigating circumstance is the most usual legal consequence following the positive mediation agreement. I also expose my preferences to consider why the attenuating is linked to

reasons of utility, to stimulate the repair to the victim rather than to *actus contrarius* arguments. I believe that reasons of criminal policy are less problematic to justify its application.

Keywords: mitigating circumstance of reparation of damage; restorative justice; criminal mediation agreement.

Del incumplimiento del deber de vigilancia o control en personas jurídicas y empresas (el artículo 286 seis del Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal español de 2013)

Carlos Martínez-Buján Pérez _____ pág. 50

Resumen: Se analiza el delito que se incluía en el Proyecto español de Ley Orgánica de Código penal de 2013 y que finalmente no se recogió, empero, en el texto definitivo de la reforma penal de 2015. Se examinan tanto su justificación como su naturaleza jurídica y sus elementos. Se contienen además propuestas *de lege ferenda* que puedan servir para una futura (y más correcta) redacción del precepto penal, cuya inclusión en nuestro Código no debería ser descartada. Para ello se ha tenido en cuenta la experiencia alemana, a la vista de la infracción administrativa contenida en el § 130 OWiG, así como las aportaciones de la doctrina alemana y española en la materia.

Palabras clave: Deber de vigilancia; omisión propia; omisión impropia; resultado; imputación objetiva; delito de peligro; tentativa; dolo; imprudencia; participación; personas jurídicas; criminalidad de empresa.

Zusammenfassung: Es wird die Straftat untersucht, die im spanischen Gesetzentwurf des Strafgesetzbuchs von 2013 enthalten war, die jedoch nicht in den endgültigen Gesetzestext der Strafrechtsreform von 2015 aufgenommen wurde. Gegenstand der Abhandlung sind Rechtfertigung, juristischer Charakter und Tatbestandsmerkmale dieses Delikts. Darüberhinaus werden De-Lege-Ferenda-Vorschläge aufgezeigt, die einer

zukünftigen (und angemesseneren) Abfassung der Strafgesetzesvorschrift dienen können, deren Aufnahme in unserem Gesetzbuch nicht ausgeschlossen werden sollte. Berücksichtigt wurden dabei die Erfahrung in Deutschland angesichts der Ordnungswidrigkeit nach § 130 OWiG sowie der deutsche und der spanische Beitrag zur Rechtslehre auf diesem Gebiet.

Stichwörter: Aufsichtspflicht; Echte Unterlassung; Unechte Unterlassung; Erfolg; Objektive Zurechnung; Gefährdungsdelikt; Versuch; Vorsatz; Fahrlässigkeit; Teilnahme. Juristische Personen; Unternehmenskriminalität.

La ruta de la reforma penal en Nicaragua (1994-2015)

María Asunción Moreno Castillo _____ pág. 107

Resumen: En este artículo se hace un balance del proceso de reforma penal en Nicaragua, desde 1994 hasta el presente, con especial énfasis en el Código Penal de 2008, sus antecedentes legislativos, la discusión del proyecto –que contó con amplia participación de diversos sectores sociales–, su orientación político-criminal, las principales novedades que introdujo, tanto en la Parte General como en la Parte Especial, y las reformas más importantes desde su entrada en vigencia.

Palabras clave: reforma penal; Código penal nicaragüense; legislación penal nicaragüense; política criminal.

Abstract: This article presents a balance of the process of criminal reform in Nicaragua, from 1994 up to the present, with special emphasis on the Criminal code of 2008, its legislative precedents, the discussion of the bill –with wide participation of diverse social sectors–, its political orientation, the most relevant innovations that were introduced, both in the General Part and in the Special Part, and the most important reforms from its approval.

Keywords: criminal reform; Nicaraguan Criminal code; Nicaraguan criminal legislation; criminal policy.

El sistema integral del Derecho penal: variaciones en torno a una idea

Ramon Ragués i Vallès _____ pág. 130

Resumen: El presente trabajo esboza una serie de reflexiones personales a propósito de la idea de sistema integral del Derecho penal. Las primeras páginas se dedicarán a determinar cuál es en dicho sistema el papel específico que corresponde al proceso penal y cómo este se relaciona con la pena (I); seguidamente intentará extraerse de dicha función algunas ideas más concretas sobre algunos aspectos de la actividad procesal, como las exigencias para abrir o mantener abierto un procedimiento (II), la teoría de la prueba (III) o las medidas cautelares (IV); y, finalmente, se efectuarán algunas consideraciones acerca de la relación entre el Derecho penal sustantivo y el Derecho procesal penal (V). A causa de las limitaciones de espacio no pretende ofrecerse una teoría acabada, sino solo efectuar algunas consideraciones que muestren la destacable capacidad de rendimiento que tiene esta idea.

Palabras clave: proceso penal; sistema integral del Derecho penal; prueba; punibilidad; perseguibilidad; medidas cautelares.

Abstract: Die vorliegende Arbeit skizziert eine Reihe von Überlegungen zu der Idee des gesamten Strafrechtssystems. Auf den ersten Seiten wird festgelegt, welche spezifische Rolle dem Strafprozess in besagtem System zukommt und wie dieser mit der Strafe in Zusammenhang steht (I); danach sollen aus dieser Rolle einige konkretere Ideen zu bestimmten Aspekten der prozessualen Tätigkeit abgeleitet werden, wie die Anforderungen zur Eröffnung oder Aufrechterhaltung eines Verfahrens (II), die Beweistheorie (III) oder einige Zwangsmittel (IV); und schließlich werden einige Überlegungen zu der Beziehung zwischen dem

materiellen Strafrecht und dem Strafprozessrecht angestellt (V). Wegen des mir zur Verfügung stehenden beschränkten Platzes versuche ich nicht, eine vollständige Theorie darzulegen, sondern nur einige Überlegungen anzustellen, die die bemerkenswerte Leistungsfähigkeit dieser Idee des gesamten Strafrechtssystems zeigen.

Stichwörter: Strafprozess; gesamtes Strafrechtssystem; Beweis; Strafbarkeit; Zwangsmittel.

Los “actos fallidos” como medios de “detección de declaraciones falsas”

Marcelo Alberto Sancinetti _____ pág. 148

Resumen: El trabajo plantea la posibilidad de detectar *falsedades* en declaraciones judiciales o extrajudiciales a partir de los “actos fallidos” de carácter verbal (*lapsus linguae*) en los que incurre el emisor del discurso (declaración testimonial, declaración del imputado, manifestación extrajudicial, etc.), sobre la base *freudiano-lacaniana* de una “traición del inconsciente”. Tras una atenta compulsión de más de cien declaraciones testimoniales (escuchadas “sólo en audio” y desgrabadas) y otras formas de discursos verbales con “equivocaciones orales” o “deslices verbales” se ofrece una selección de algunos casos que puedan servir de parámetro comparativo para la utilización de esta técnica en otros casos. No siempre un “acto fallido” implicará una falsedad (ni la falta de actos fallidos demuestra *per se* veracidad al hablar); la posibilidad de “delación” por actos fallidos se dará cuando el *lapsus linguae* conduzca inequívocamente o en forma altamente probable a un significado diverso o bien decididamente contrapuesto al que el emisor le da en forma consciente (contradicción entre el discurso consciente y el inconsciente). Se plantea también la posibilidad de que tales “actos fallidos” sean tomados como indicios de una posible declaración falsa (en caso de testigos: “falso testimonio”), que eventualmente sirvan por *sí solos* o bien en conjunción *con otros indicios* (graves y concordantes) para arribar a una

misma conclusión. Para desgravar al acusado a quien lo incrimina una declaración testimonial afectada de “actos fallidos” podría bastar una mera duda (*in dubio pro reo*), mientras que para incriminar por falso testimonio haría falta alcanzar la convicción necesaria para afirmar la mendacidad del declarante.

Palabras clave: Acto fallido, equivocaciones orales, deslices verbales; *lapsus linguae*, *lapsus calami*; Sigmund Freud; Jacques Lacan; revelación del inconsciente; perturbación del inconsciente; dificultades para atribuir un significado inequívoco; casos inequívocos; Autodelación de la falsedad de la declaración; prueba de indicios; serie de indicios múltiples concordantes; suficiencia de *la duda* sobre la veracidad de la declaración inculpatoria para la absolución del acusado; *in dubio pro reo*.

Abstract: This article discusses the possibility of identifying *falsehoods* in in-court or out-of-court verbal statements on the basis of “parapraxes” (*lapsus linguae*) incurred by the speaker (i.e., a witness, an accused, or someone in an extrajudicial statement, etc.), by reference to the *Freudian-Lacanian* “betrayal” of an unconscious subdued wish. Through a detailed analysis of more than one hundred statements by witnesses (available on tape and transcribed) and other forms of verbal statements which contain “speech errors” or “slips of the tongue”, the author identifies a number of cases that can be used as a comparative standard in order to apply this technique to other cases. It is not always the case that a “slip of the tongue” will entail a falsehood (much as the absence of such parapraxis does not show *per se* truthfulness). The possibility of “self-betrayal” through parapraxis will obtain when the *lapsus linguae* leads unequivocally, or with a high degree of probability to a meaning which is different or clearly opposed to the one the speaker consciously attributes to her utterance (there is, therefore, a contradiction between the conscious and the unconscious speech). The article also examines the possibility that these “slips of the tongue” are taken as *prima facie* evidence of a false statement, which may on

their own or taken jointly with other *prima facie* evidence (serious and to the same effect) lead to a single, well-defined conclusion. In order to exonerate an accused who is incriminated by the statement of a witness affected by parapraxes it may suffice a mere doubt (*in dubio pro reo*), whereas to incriminate someone for perjury on this basis it would be necessary to reach a high level of certainty to affirm that the witness is lying.

Keywords: Parapraxis, speech error, slip of the tongue; *lapsus linguae*, *lapsus calami*; Sigmund Freud; Jacques Lacan; revelation of the unconscious; disturbance in the unconscious; difficulties in attributing an unequivocal meaning to a statement; unequivocal cases; “self-betrayal” of the falsehood of a statement; *prima facie* evidence; series of multiple and consistent *indicia*; sufficient level of *doubt* regarding the truthfulness of an inculpatory statement for a non-guilty verdict; *in dubio pro reo*.

Zusammenfassung: Der Artikel wirft die Frage auf, ob *Unwahrheiten* in gerichtlichen oder außergerichtlichen Erklärungen anhand von sprachlichen „Fehlleistungen“ (*lapsus linguae*) des Sprechers (z.B. als Zeuge, Angeklagter oder in einer außergerichtlichen Erklärung etc.), durch die sein Unbewusstes ihn im Sinne *Freuds* und *Lacans* „verrät“, erkannt werden können. Auf Grundlage einer detaillierten Analyse von mehr als einhundert Zeugenaussagen (in Form von Tonaufzeichnungen und Wortprotokollen) sowie anderen sprachlichen Äußerungen, die „Versprecher“ bzw. „sprachliche Irrtümer“ enthalten, zeigt der Autor eine Auswahl von Fällen auf, die als Vergleichsmaßstab für die Anwendung dieser Technik in weiteren Fällen dienen können. Nicht jede „Fehlleistung“ birgt in sich eine Unwahrheit (so wie die Abwesenheit einer Fehlleistung nicht *per se* die Wahrheit des Gesprochenen belegt); ein „Selbstverrat“ durch Fehlleistungen liegt jedoch dann nahe, wenn der *lapsus linguae* eindeutig oder mit hoher Wahrscheinlichkeit eine abweichende oder gar dezidiert entgegengesetzte Bedeutung gegenüber

derjenigen hat, die der Sprecher seiner Äußerung bewusst beigemessen hat (Widerspruch zwischen bewusster und unbewusster Äußerung). Der Autor wirft außerdem die Frage auf, ob solche „Fehlleistungen“ als Indiz bzw. Beweis des ersten Anscheins für eine möglicherweise unwahre Erklärung (bei Zeugen: „Falschaussage“) herangezogen werden können, um allein auf Grundlage dieser oder aber in Zusammenschau mit anderen (schwerwiegenden und in dieselbe Richtung deutenden) Indizien zum selben Schluss zu gelangen. Um den Angeklagten, der durch eine von „Fehlleistungen“ beeinflusste Zeugenaussage belastet wird, zu entlasten, dürfte bereits der bloße Zweifel (*in dubio pro reo*) an der Unwahrheit des Gesagten genügen, während für eine Verurteilung des Zeugen wegen Falschaussage die notwendige gerichtliche Überzeugung von der Unwahrheit des Gesagten vorliegen müsste.

Stichwörter: Fehlleistung, sprachliche Irrtümer, Versprecher; *Lapsus linguae, lapsus calami*; Sigmund Freud; Jacques Lacan; Offenbarung des Unbewussten; Störung des Unbewussten; Schwierigkeiten, einer Äußerung eine eindeutige Bedeutung zuzuschreiben; eindeutige Fälle; „Selbstverrat“ der Unwahrheit einer Erklärung; Indizienbeweis/Beweis des ersten Anscheins; eine Reihe von vielfältigen, übereinstimmenden Indizien; erforderliches Maß an Zweifel an der Wahrheit einer belastenden Aussage für den Freispruch des Angeklagten; *in dubio pro reo*.

La consolidación de la transformación del Derecho penal laboral: de protector de los derechos de los trabajadores a garante de la competencia empresarial y de las políticas migratorias

María A. Trapero Barreales _____ pág. 182

Resumen: Las dos últimas reformas de los delitos laborales, que son el resultado de la

transposición de la normativa europea por la que se establecen normas mínimas sobre sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular, suponen un cambio profundo en la caracterización del denominado Derecho penal laboral. Porque la justificación de su autonomía, la protección penal de los derechos de los trabajadores, no explica los nuevos delitos consistentes en emplear a una pluralidad de trabajadores sin autorización, o reiteradamente a trabajadores sin permiso, o a menores sin permiso. Los objetivos de los nuevos delitos laborales, uno expresamente reconocido por el legislador, la defensa de la competencia empresarial y el control de los flujos migratorios, difícilmente pueden encontrar acomodo en este sector normativo; en última instancia, son intereses que difícilmente alcanzan la categoría de bienes jurídicos penalmente relevantes.

Palabras clave: Derecho penal europeo; personas jurídicas; competencia empresarial; derechos laborales; trabajadores extranjeros sin permiso; inmigración; sanciones penales.

Abstract: The last two reforms of the labor crimes, which are the result of the transposition of an European directive, involve a deep change in the characterization of the so called labor Criminal law. The justification of its autonomy, the criminal protection of the rights of the workpeople, does not explain the new crimes that consist of employing a plurality of workers without authorization, or employing repeatedly workers without permission, or minors without permission. The targets of the new labor crimes, the defense of the business competition and the control of the migratory flows, hardly can find a place in this normative sector; ultimately, there are interests that hardly reach the category of legally-protected interests with criminal relevance.

Keywords: European criminal law; legal entity; business competition; labor rights; foreign workers without permission; immigration; criminal punishment.

El internamiento involuntario del paciente con trastorno mental ¿Podría configurarse en una detención ilegal?

Geovana Andrea Vallejo Jiménez _____ pág. 220

Resumen: El tratamiento del paciente con trastorno mental es uno de los más complejos que existen en el ejercicio de la actividad médica y el que más consecuencias legales podría generar en el profesional de la salud. El internamiento involuntario del paciente con trastorno mental es un tratamiento al que puede acudir el médico psiquiatra, sin embargo, su aplicación genera una necesaria tensión con el derecho a la libertad del individuo. Por lo tanto, este artículo tiene como objetivo principal analizar la existencia o no de responsabilidad penal del médico cuando hospitaliza en contra de su voluntad a un paciente con trastorno mental. Este análisis se hará a partir de las disposiciones que existen sobre esta materia en Argentina, Colombia y con una mirada especial en la legislación de España.

Palabras clave: Trastorno mental; psiquiatra; paciente; responsabilidad; libertad.

Abstract: The treatment of patients with mental disorder is one of the most hard that exist in the exercise of the medical activity and that more legal consequences could generate in the doctors. The involuntary hospitalization of patient with mental disorder is a valid treatment in psychiatrist. However, its application could generate tension with the right to the individual freedom. This article has as main purpose analyze the existence or not of criminal responsibility in the doctor when hospitalized involuntarily a patient with mental disorder. This study focuses on Argentinian and Colombian law, but with a special look at the legislation of Spain.

Keywords: Mental Disorder; psychiatrist; patient; responsibility; freedom.

