

ExLibris

Sección coordinada por Pablo Sánchez-Ostiz

Recensiones

Recensión a Juan Carlos Campo Moreno, *Comentarios a la reforma del Código penal en materia de terrorismo: La L.O. 2/2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, 117 págs., por Roberto Cruz Palmera.

Recensión a José Antonio Caro John, *Manual teórico-práctico de teoría del delito. Materiales de aplicación a la investigación y judicialización de delitos cometidos en el ejercicio de la función pública*, Ara Editores, Lima, 2014, 285 págs., por Daniel O. Huamán Castellares.

Recensión a Araceli Manjón-Cabeza Olmeda, *Las excusas absolutorias en Derecho español. Doctrina y jurisprudencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, 272 págs., por Pablo Sánchez-Ostiz.

Réplicas

Réplica de Marc Salat Paisal a la recensión de Pilar Otero González a *La respuesta jurídico-penal a los delincuentes imputables peligrosos: especial referencia a la libertad vigilada (InDret Penal 1/2016)*.

Réplica de Manuel Gómez Tomillo a la recensión de Víctor Gómez Martín a *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas (InDret Penal 1/2016)*.

Recensiones

Recensión a Juan Carlos CAMPO MORENO, *Comentarios a la reforma del Código penal en materia de terrorismo: La L.O. 2/2015, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, 117 págs.*

Roberto Cruz Palmera
Universidad de Navarra

Juan Carlos CAMPO MORENO cuenta con una vasta y reconocida trayectoria en la Administración de Justicia. Además, ha sido profesor de Derecho penal en la Universidad de Cádiz. A sus publicaciones sobre Derecho procesal penal, temas relacionados con la generalización del Derecho penal de excepción y actos preparatorios punibles, se suman algunos trabajos referidos a comentarios de reformas legislativas, a los que ahora se añade este. No se trata de la primera obra que ofrece el autor sobre terrorismo y Derecho penal, pues ya era conocido por varios artículos y capítulos de libros (publicados a partir de 1997), algunos de los cuales están en la base de esta nueva publicación. Su autor analiza la reforma del Código penal como respuesta global al *terrorismo*, con especial atención en el fenómeno “yihadista” (LO 2/2015, de 30 de marzo). Aunque estamos ante un comentario de la segunda reforma del Código en 2015, también se exponen ciertos aspectos relacionados con las amplísimas y variadas modificaciones obradas por la LO 1/2015. La obra da cuenta de varios asuntos problemáticos, tanto sustantivos como procesales; en concreto, la cadena perpetua revisable, el innovador concepto de discapacidad, la nueva regulación de los actos preparatorios punibles, la reincidencia internacional, los nuevos criterios referidos al depósito de armas, ente otros.

Este libro ofrece una explicación de los cambios sustanciales que amplían notoriamente los tipos de terrorismo y los presupuestos exigibles para juzgar una conducta y “ubicarla” en el concepto de “acto terrorista”. Del mismo modo, da cuenta del incremento de penas para tipos que ya existían, así como de la inclusión de nuevos actos preparatorios punibles y la modificación que afecta directamente a toda esta figura al reestructurarse la proposición para delinquir (p. 81). Además de la modificación del delito de difusión o propaganda, la introducción de algunos subtipos agravados, entre otras cuestiones. Se trata de un texto que no se queda en un mero comentario de la Ley, pues a lo largo del libro el autor efectúa una crítica muy controvertida: así, afirma que gran parte del nuevo texto legal se “resume” en la prohibición de actos en fases muy alejadas de un posible resultado, y algunos de ellos serían presuntas puestas en peligro, o actos preparatorios dotados de sustantiva independencia en relación al art. 18 CP. En palabras de este autor, también se percibe un incremento en la tipificación de simples preactos preparatorios que “sería difícil de encajar en cualesquiera de los previstos en nuestra parte general” (p. 60). De la misma forma, asegura que el legislador, una vez más, deja a un lado instituciones como la autoría y la participación, al igual que los demás grados de ejecución, afirmando que “todo queda consagrado y circunscrito a la autoría consumada” (p. 58).

Entrando ya en los segmentos del libro, comprende tres capítulos. En primer lugar, una aproximación general del tema a partir de consideraciones político-criminales, con amplia

bibliografía, en buena parte actualizada, tanto en inglés como en español. En el segundo capítulo –el más importante en nuestra opinión– aborda con detalle casi toda la regulación comentada. Por último, el tercer capítulo: se trata de un útil y cuidadoso anexo que consolida la lectura de todo el trabajo; esto es, la Ley Orgánica 2/2015, la Resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas 2178, la Decisión Marco 2008/919/JAI, sobre lucha contra el terrorismo y la Resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas 1566. Cabe señalar que, para hacerse una idea de la estructura interna, no basta con la descripción de los títulos anunciados, por lo que es indispensable adentrarse en cada uno de ellos. En lo que se refiere a la nueva regulación –segundo capítulo– a nuestro parecer, resaltan algunos temas bastante complejos. En concreto: la identificación entre los miembros de un grupo religioso y terrorista, la reincidencia internacional, el derecho “premier”, el delito de adoctrinamiento, los nuevos tipos imprudentes y las nuevas valoraciones de cara a la responsabilidad penal de las personas jurídicas (p. 49). También consideramos que no es de menor valor parte de su análisis cuando asegura que la situación jurídica en la que vivimos obedece a una especie de pactos (p. 27), esto es, los ciudadanos entregan una serie de garantías constitucionales –algo que otrora parecería tanto irrenunciable como inimaginable– a fin de que el Estado sea quien erradique el terrorismo sin importar el precio y sus consecuencias, puesto que el legislador se muestra atento a las “presiones” populares que demandan acabar con dicho flagelo y no “encuentra” otra salida, sino la de huir al Derecho penal (así, pp. 23-24, 43-44, 60, entre otros lugares).

Considero que no es este el lugar apropiado como para exponer con cierto detenimiento ninguno de los temas anunciados. Pero creo que el lector que desee adentrarse en el libro –siendo un texto que merece la pena, pues está al alcance de cualquier interesado en delitos de terrorismo y Derecho penal nuclear– podrá apreciar la minuciosa y densa explicación que ofrece el autor. Por eso, pasaremos a destacar –*brevemente*– tan solo tres puntos. Por un lado, la redefinición del “delito de terrorismo». Se trata, obviamente, de una nueva valoración jurídica. Ya no importa si se es miembro de un grupo terrorista o no, puesto que se elimina del concepto la idea de vinculación indisoluble grupo-terrorista para la comisión de un acto de terrorismo. El legislador se encuentra alerta –*en estos momentos*– en los actos de preparación que podrían generar un resultado lesivo; dicho en otros términos: se le da una mayor importancia a los elementos intencionales de sujetos capacitados para cometer actos terroristas bien sea de manera individual, colectiva, habitual o esporádica. Asimismo, esta reforma elimina supuestos especializados entre el terrorismo individual y colectivo a efectos de imponer la pena (pp. 41-49).

Por otro lado, destacamos el delito de “adoctrinamiento y adiestramiento”. Estamos ante un tipo penal realmente novedoso para nuestro Derecho, puesto que prevé sanciones para quienes capaciten a otros, se capaciten o para quienes deseen ser adiestrados a fin de cometer actividades terroristas. Por ejemplo, accediendo de manera habitual a páginas de Internet con información idónea o de simples contenidos dirigidos a iniciarse en estas prácticas, para cooperar con dicha finalidad o simplemente adoctrinarse de cualquier manera para el mencionado fin (o realizarlo en cualquier momento). Con todo, considero que el delito de “adoctrinamiento” se hace más comprensible cuando el legislador establece que se entenderá por realizado cuando de forma reiterada o habitual se acceda a alguna página web con contenidos dirigidos a capacitarse de cualquier forma o manera. O, también, cuando se descargue, se facilite o se posea la información que sirva para instruirse (pp. 61-63).

Además, por último, cabe referirse al reformado precepto del tipo de “financiación del terrorismo”. Ahora se destaca por una mejor redacción, además de ampliar el ámbito de prohibición. Gracias a esta nueva reforma, pese a no tener otra finalidad que reforzar aún más las fuentes de financiación que facilitan tanto la impunidad como su realización, sobresale una nueva expresión: “Cualquier otra actividad con bienes o valores de cualquier clase con la intención de que se utilicen...” para realizar los delitos de terrorismo. Además, se expande el ámbito de restricción al reemplazar la locución de “bienes” o “valores” por fondos, puesto que ahora tenemos un concepto mucho más desarrollado que el anterior. De suerte que se trataba de un término –escribe Campo– menos preciso y más coloquial (p. 66).

Lo anterior, en cuanto a la exposición del planteamiento trazado por el autor. Sobre el particular podrían plantearse algunas objeciones. Puntualmente, me refiero a algunas ausencias conceptuales que deberían estar presentes; también a ciertas explicaciones para cuestiones que me parecen muy controvertidas; y finalmente, una observación relacionada con la bibliografía empleada.

En primer lugar, a pesar de la indudable calidad del trabajo y de la advertencia que señala el autor antes de iniciar el comentario: “Pasaré a analizar la regulación de la Reforma, sin entrar a analizar qué tipo de legitimidad tiene esta intervención tan anticipada del Derecho penal” (p. 29)... Creo que se podía apostar –siquiera brevemente– por una idea de cara a lo que Campo concibe por “delitos de preparación”, pero referida a las infracciones relacionadas al terrorismo, con el propósito de descartar si estamos ante una nueva categoría delictiva que necesite una minuciosa revisión. Y lo consideramos así, puesto que elabora una aproximación mediante críticas y comentarios muy elaborados a lo largo de esta investigación (pp. 26-28, 42, 49, 60-61, 78, 81), así como en otras publicaciones. De esta manera, el lector espera o queda en la expectativa de conocer su concepto acerca del “controvertido fenómeno”. Con dicho fin, vamos a destacar solamente algunas de sus valoraciones. Por un lado, señala que los “tipos de preparación” se ubican en un Derecho penal del enemigo y que no se espera el ataque al bien jurídico normativizado, sino que simplemente se adelanta a un “hecho” que se da por seguro, adelantando drásticamente la barrera de protección (p. 26). Se trata de tipos muy polémicos, los cuales nos aproximan a un sempiterno adelantamiento de la intervención penal y algunos están muy cercanos a la línea de la libertad de pensamiento (p. 61). Por otro lado, afirma que son tipos que *gozan* de un carácter excepcional, tipos de emergencia, es decir, muestran una desmesurada reducción a las garantías y derechos determinantes en los procesos penales en Estados democráticos, viéndose afectadas –al menos– tres libertades, la libertad de asociación, la libertad religiosa y la libertad ideológica (p. 28). Tiene razón al señalar, antes de entrar en el análisis, que no podemos exigirle que aborde la legitimidad para regular este adelantamiento. Del mismo modo, tampoco sería prudente pedirle una explicación general acerca de los citados instrumentos, pero sí razones para el asunto que configura nuestra segunda objeción.

En segundo lugar, consideramos que queda pendiente exponer por qué todo ese adelantamiento de intervención penal que apunta “queda circunscrito en meras autoría consumadas”, pues al hacer una afirmación como esta lo mínimo que esperamos es una explicación que nos aproxime a la idea de concebir un tipo penal en donde no hay lugar ni para la autoría ni para la participación (p. 58). A nadie se le oculta que varios de los tipos de preparación involucrados en los delitos de

terrorismo se destacan por una desmesurada extensión de la tentativa, que son tipos con una naturaleza muy discutida y que, por lo menos, la tentativa sería una figura de difícil *encaje*. A todo esto, al continuar con la lectura de Campo, entendemos que estos tipos son con toda seguridad una de las figuras menos revisadas en nuestro Derecho. De la misma manera –posiblemente– los *delitos de preparación (en el ámbito del terrorismo)* están destinados a ser centro de atención por parte de la doctrina. Sin ir más lejos, nótese que el precepto contenido en el art. 578 CP se configura una apología independiente que da lugar a una anticipación muy drástica: basta alabar un acto de terrorismo (pp. 75-78). Pues bien, volviendo un momento a la primera crítica, a pesar de todo lo dicho, no se ofrece un concepto de delitos de preparación o actos preparatorios autónomos al margen del grupo de delitos comentados. Considero, una vez más, que debería hacerse, porque era una oportunidad valiosa a la luz de sus críticas para marcar un precedente y descartar figuras “similares” con el objeto de saber si estamos –*realmente*– ante un fenómeno normativo en donde la autoría, la participación y demás grados de ejecución no tienen cabida. O, por el contrario, nos encontramos simplemente ante “nuevos” delitos de peligro que incorpora el legislador en una sociedad de la inseguridad (cfr. p. 23).

En tercer lugar, escasa referencia a la doctrina extranjera, pues en este caso se podría justificar fácilmente la inclusión de comentarios para tipos o leyes que persiguen la preparación de actos como el terrorismo dirigidos a desestabilizar el Estado. Sin ir más lejos, piénsese en la prohibición que se introdujo en Alemania (a partir de 2009) de adquirir determinadas capacidades o habilidades dirigidas para cometer un acto de terrorismo. Acudir al Derecho comparado cobra mucho sentido cuando nos referimos a críticas normativas, pero ante todo para optar por soluciones problemáticas o interpretaciones que se tornan complejas.

Para finalizar, considero que estas objeciones no restan, de ninguna manera, mérito a la obra de este autor. El valor del trabajo reseñado reside sobre todo en la continuidad de la investigación con la que CAMPO MORENO ha decidido influir durante años de riguroso estudio, convirtiéndose, sin lugar a dudas, en un referente obligado no solo en delitos de terrorismo, sino también en los temas citados al inicio de esta recensión. Por descontado, este estudioso ha hecho su parte, ahora le toca a los penalistas elaborar críticas tanto de los bienes jurídicos que se protegen mediante esta reforma como sobre la manera de protegerlos, aunque el uso de esta técnica de legislar dificulte de manera extraordinaria la labor del jurista.

Recensión a José Antonio CARO JOHN, *Manual teórico-práctico de teoría del delito. Materiales de aplicación a la investigación y judicialización de delitos cometidos en el ejercicio de la función pública*, Ara Editores, Lima, 2014, 285 págs.

Daniel O. Huamán Castellares

Academia de la Magistratura (Perú)

La lucha contra la corrupción de funcionarios es una de las principales preocupaciones en América Latina. Específicamente en Perú uno de los grandes problemas es la ausencia de materiales jurídicos especializados que sirvan de consulta al operador jurídico del sistema anticorrupción (especialmente Jueces y Fiscales) en sus labores cotidianas. A efectos de reducir dicha ausencia, tanto la Cooperación Internacional Alemana (GIZ) como el Instituto Max Planck para el Derecho Penal Internacional y Extranjero, fomentaron la publicación de una colección de investigaciones jurídicas especializadas en esta materia. Es en este contexto donde nace el libro recensionado. El objeto de la publicación es claro y es resumido en el prólogo de SIMON, SCHÖNBOHM y RAMÍREZ (pp. 15-16): el estudio de los temas centrales de la teoría del delito que son de mayor utilidad en el sistema anticorrupción penal. Ello no obsta a que, tal como también es señalado por los prologuistas (p. 16), dichos estudios también puedan ser de utilidad para otros operadores del sistema judicial.

El texto contiene 5 grandes estudios, caracterizados por su recurrencia en la praxis del operador jurídico, no sólo del sistema anticorrupción, sino también del sistema judicial en general. La primera parte (pp. 21-38) lleva por título "El sistema de la teoría del delito y el papel de la dogmática penal", donde se enfatiza la importancia de la dogmática penal para la práctica penal cotidiana. Se parte resaltando la separación entre el denominado pensamiento intuitivo y el pensamiento sistemático. El primero es equiparado al sentido común (pp. 21-24), es decir, a la resolución de casos que no tiene su origen en un sistema normativo, sino que se afina en la noción de justicia que es inherente al operador jurídico. Contrariamente a este tipo de pensamiento, se encuentra el pensamiento sistemático (pp. 24-26), que es el resultado de seguir las pautas metodológicas del sistema de reglas que componen el ordenamiento jurídico. En esa línea argumentativa, el autor considera que sólo a través de un pensamiento sistemático puede pretenderse la resolución de los problemas jurídicos inherentes a las causas penales. Agrega que el método para ello es proporcionado por la dogmática jurídica; sin embargo, no se trata de una dogmática penal que pretenda la creación de una metateoría, sino que –por el contrario– se trata de una dogmática mucho menos pretenciosa. Esta dogmática, que es denominada por el autor como "aplicada" (p. 31), es la que aporta el método para la resolución de los casos. Entre las ventajas que el autor señala para el método dogmático (pp. 31 -40) –y que compartimos plenamente–, se encuentra principalmente la sistematización del pensamiento. Aunque el autor no lo señale, pues ello es implícito en su pensamiento, la principal utilidad del pensamiento sistemático es la predictibilidad de la decisión. Uno de los retos que aborda el justiciable es poder predecir cuál es el razonamiento de los operadores de justicia. Gracias a la sistematización, el ciudadano podrá saber, con más o menos precisión, las consecuencias que se derivarán de realizar una determinada conducta delictiva.

En el segundo trabajo, el Prof. CARO JOHN aborda uno de los puntos centrales de la teoría del delito: la imputación objetiva. La importancia práctica de esta institución resulta evidente si tomamos en cuenta que el debate central sobre una causa penal se resume, muchas veces, en un debate de imputación objetiva. En el presente capítulo se propone la sugerente idea de renunciar a los dogmas causalistas, en pro de un sistema normativo de imputación (p. 48). En este sistema, el concepto central es el de riesgo permitido, como punto de partida para determinar la relevancia penal de una conducta; el rol es el principal factor de imputación (p. 58). La relación entre rol e imputación es claramente ilustrada por el autor. A su entender, el rol “sintetiza un conjunto de expectativas dirigidas al titular de una determinada posición en la sociedad” (p. 60), y la imputación penal “representa la desviación antinormativa de la correspondiente expectativa social que obliga al titular de cada rol” (p. 59).

Posteriormente, desarrolla las instituciones que componen la teoría de la imputación objetiva: el principio de confianza, la prohibición de regreso y la imputación objetiva. En primer lugar, aborda al principio de confianza y lo define como uno de los principales medios para demarcar el riesgo permitido y, por ende, la responsabilidad penal. El paradigma que lo compone es la presunción de que todos los interactuantes respetan la norma. Por ello, naturalmente, las compensaciones individuales, a las cuales entiende como las prestaciones “que realiza el actuante que ha superado el riesgo permitido con el objetivo de descargar –o liberarse de– la imputación generada por su comportamiento” (p. 69), carecen de relevancia para la imputación penal. En segundo lugar, expone su postura sobre la denominada prohibición de regreso, que define como “una teoría excluyente de la intervención delictiva de quien obra conforme a un rol estereotipado dentro de un contexto de intervención plural de personas en un hecho susceptible de imputación” (p. 71). Luego del análisis de la doctrina jurisprudencial peruana sobre esta institución, centra su análisis en la fundamentación subjetiva de la prohibición de regreso (p. 77), que rechaza, pues es de la idea de que cualquier dato psíquico o conocimiento no exigido carece de relevancia para la imputación.

Para ilustrar el punto propone el siguiente caso: un taxista observa que un cliente carga un revólver, y le pregunta por su uso. El cliente le señala que al llegar al destino va a matar a la persona con la que se encontrará. Partiendo de los presupuestos del Prof. CARO JOHN, tal como él mismo lo afirma (p. 83), el taxista carece de responsabilidad penal si continúa su marcha sin hacer nada más. A lo sumo recaería sobre él un deber de aviso a la policía, que si no es cumplido –estando en la posibilidad de hacerlo– significaría la comisión del delito de omisión de socorro. En este punto somos de una opinión distinta, pues consideramos que la conducta del taxista, al menos en el plano de la tipicidad objetiva, es un acto de complicidad en el homicidio. Aparentemente, el taxista se encuentra cumpliendo una prestación estandarizada, que es transportar de un lugar a otro a una persona. No obstante, dicha conclusión varía si prestamos atención al contexto normativo y observamos la conducta desde la perspectiva normativa, y no desde la perspectiva o los conocimientos del autor. En este análisis, estrictamente objetivo, lo que –a nuestro entender– el taxista hace –independientemente de que lo sepa o no– es trasladar a una persona que va a cometer un delito, con lo cual –si y solo si se considerara esta acción suficiente como para constituir un acto de complicidad delictiva– estamos frente al quebrantamiento de un deber organizacional derivado de la norma que prohíbe el homicidio. El fundamento de la afirmación reside en la naturaleza objetiva del quebrantamiento del deber, la cual trasciende a la

voluntad de la persona. Por ende, cuando se realiza la imputación objetiva de la conducta, no se analiza si la persona sabía o no de su actuar, sino tan sólo si la persona quebrantó un deber objetivo de relevancia penal y, si fuere el caso, si estaba o no autorizada válidamente para realizar dicha acción. Naturalmente, luego del análisis de la imputación objetiva, se podrá analizar si este hecho –objetivamente delictivo– podría o no pertenecer a la persona en relación a su ámbito de organización (imputación subjetiva). En este segundo análisis, sí serán relevantes los conocimientos, pues se pasa de un quebrantamiento objetivo, a la imputación de dicho quebrantamiento a una persona. Para ello, sí consideramos fundamental el conocimiento de la acción realizada.

Coherentemente con su pensamiento normativista, el autor propone en el tercer trabajo un sistema normativo de imputación subjetiva que rechaza abiertamente el sistema psicologicista (pp. 116-118). Así, el objeto de análisis en la tipicidad subjetiva no es definido por él como la verificación o la constatación del conocimiento, sino como la imputación de dicho conocimiento a la persona. Con mayor precisión, el objeto de la imputación subjetiva no es la búsqueda del conocimiento del autor sobre los hechos sucedidos, el cual sólo pertenece a su psique, sino su atribución. En este esquema, no interesa aquello que el sujeto sabía, sino lo que debía saber, según el contexto normativo en el cual él se encontraba al momento de realizar la acción. Asimismo, el autor opta por la exclusión de los conocimientos especiales de la imputación subjetiva, pues carecen de fuerza vinculante para incluir al imputado como parte de una comunidad delictiva. La excepción a esta regla se da en aquellos supuestos donde los conocimientos especiales son exigidos al autor, sobre la base del rol que él ocupa en el contexto normativo concreto.

Sobre la base de esos presupuestos, desarrolla su concepto de dolo. A su entender, conforme es sostenido por la doctrina normativista, el dolo no debe ser definido como el conocimiento y voluntad de realización de los elementos del tipo objetivo (p. 127), sino como el conocimiento del riesgo típico (p. 133). El sustento normativo de esta concepción, para el autor, se encuentra en el Código penal peruano, el cual no hace referencia –de modo alguno– a un elemento volitivo. Contrariamente, el aludido cuerpo normativo, al describir el error de tipo (art. 14), pone el acento en el elemento cognitivo, dejando de lado cualquier mención a un elemento volitivo. La concepción normativa del dolo no es limitada al ámbito teórico, sino que tiene sus efectos claramente en el ámbito probatorio. Así, se pasa de la difícil –y muchos casos imposible– probanza de un elemento psíquico que sólo se halla en la cabeza del autor, a una imputación que se realiza sobre la base de conocimientos exigidos al autor en función al rol ocupado durante la realización de la acción. En contraste con la imputación dolosa, la imputación culposa no se fundamenta sobre la base de deberes de conocimiento, sino, a entender del autor, sobre el deber de evitar acciones riesgosas cognoscibles (p. 140). Asimismo, considera que la existencia de una acción culposa presupone necesariamente la infracción de un deber de cuidado. En buena cuenta, y planteando que la imprudencia es un error de tipo vencible, esta es considerada como “un error vinculado a una falta de cuidado con relevancia para el Derecho penal” (p. 146). Así, la sola falta de conocimiento, que no tenga vinculación con una infracción de un deber de cuidado penalmente relevante, no constituirá una imprudencia.

En el cuarto trabajo aborda los temas de la autoría y participación (pp. 154-225), que enmarca dentro de la teoría de la intervención delictiva. De ello se desprende que considere ambas categorías jurídicas como grados, pues basa su diferenciación en criterios cuantitativos antes que cualitativos. Asimismo, opta por la renuncia a una clasificación entre delitos de dominio y de infracción de deber, para explicar la intervención delictiva en términos de competencias. Por un lado, se tiene la competencia organizacional que obliga al ciudadano a evitar que el riesgo que él administra –o tiene el deber de administrar– lesione la esfera jurídica de un tercero. Por otro lado, está la competencia institucional, que se deriva de un deber positivo institucional, el cual vincula al garante con la institución a la cual pertenece.

Finalmente, en el quinto trabajo, centra su atención en dos puntos vitales dentro de la visión normativa de la teoría del delito: la identidad entre acción y omisión, y el deber de garante en el ámbito funcional (pp. 225-272). Sobre el primer punto, el autor reconoce que existe una distinción entre acción y omisión; sin embargo, dicha diferencia se mantiene estrictamente en el plano de la fenomenología. Para una imputación normativa, el actuar y el omitir son equivalentes, pues lo importante no es la forma como el deber es quebrantado, sino el quebrantamiento mismo del deber.

En resumen, el presente trabajo presenta a la comunidad académica, pero sobre todo a los operadores jurídicos del sistema jurídico anticorrupción, una innovadora propuesta de interpretación de la teoría del delito sobre la base de los postulados íntegramente normativistas. La profundidad de la explicación de las instituciones abarcadas, la claridad de su exposición, así como la gran cantidad de ejemplos creados y reales (extraídos de la jurisprudencia nacional), hacen de esta obra una herramienta indispensable en la siempre compleja labor de administrar justicia.

Recensión a Araceli MANJÓN-CABEZA OLMEDA, *Las excusas absolutorias en Derecho español. Doctrina y jurisprudencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, 272 págs.

Pablo Sánchez-Ostiz

Universidad de Navarra

Esta monografía se enmarca dentro de uno de los temas más necesitados de clarificación en la teoría del delito, como es el de la punibilidad. A pesar de que algunos autores españoles se han ocupado en monografías relevantes de la categoría de la punibilidad (GARCÍA PÉREZ, 1997, entre otros), o de algunas de las causas que la excluyen (FARALDO, 2000; HIGUERA, 1993; MAPELLI, 1990; entre otros), abundan todavía dudas sobre su contenido y ubicación sistemática, así como sobre la fundamentación de las tan variadas causas de exención de pena que conoce nuestro ordenamiento y el de los de países de nuestro entorno. Esta nueva monografía de la profesora MANJÓN-CABEZA se centra en uno de los grupos de situaciones que excluye la punibilidad por el delito: las excusas absolutorias. Y aunque no aspira a tratar la entera categoría de la punibilidad, efectúa interesantes aportaciones sobre esta.

La obra comienza presentando el sentido y naturaleza de las excusas absolutorias (cap. I), para detallar a continuación las previstas en el código penal: desde la genérica de desistimiento en la tentativa (cap. II), hasta las definidas en la Parte Especial (caps. III-VI), como son, entre otras, las de parentesco en delitos patrimoniales no violentos ni intimidatorios y la regularización tributaria.

En el cap. I se abordan las cuestiones generales. Por lo que se refiere al concepto de excusa absoluta, la autora adopta un enfoque amplio: se trata de “causas que eliminan la pena que debería imponerse a una conducta que es típica, antijurídica y culpable” (p. 18), que operan como “excepciones a la punibilidad que se deriva de ordinario de la afirmación del delito” (p. 18); en ellas incluye factores tanto posteriores al delito, como también otros “inherentes al sujeto o que lo acompañan” (p. 20). Por eso, las define como “circunstancias propias del sujeto (el parentesco) o que le circundan (la situación derivada de la trata [sc. de personas]) o como comportamientos personales valiosos posteriores al delito (evitar la propagación del incendio) que el Legislador toma en consideración para optar por la no punición, por así aconsejarlo razones de política criminal.” (p. 21). Así, en el concepto entran algunos factores que en parte de la doctrina se califican de causas de levantamiento de la pena. Para MANJÓN-CABEZA, en cambio, se trata o bien de condiciones objetivas de punibilidad (que no pertenecen a su tema: p. 22) o bien de excusas absolutorias (dejando aparte las condiciones de procedibilidad), que incluyen circunstancias del sujeto o circundantes o, incluso, comportamientos postdelictivos. Se trata de “hechos” relacionados con el autor, sus circunstancias o su comportamiento, y pueden ser anteriores, coetáneas o posteriores (pp. 21-22; 31-32). En el contexto más amplio de la punibilidad (pp. 24-30), se presenta “la fundamentación general de las excusas [...]”: “se trata de supuestos en los que la pena se revela innecesaria, por más que sea merecida, pudiendo ser su aplicación contraproducente (lo que puede observarse en las excusas que se refieren al parentesco) o ser recomendable excusarla (por estar ante un comportamiento posterior positivo). Se parte aquí de

que hay merecimiento de pena cuando se realiza el injusto culpable, lo que aparece como la condición necesaria para aplicar la pena. Pero la pena merecida puede ser innecesaria o inconveniente; esto es lo que ocurre cuando concurre una excusa absolutoria: la pena deja de ser necesaria porque sus fines pueden actuarse de otra forma que no consista en la imposición de la pena concreta" (p. 32). Y de ahí se pasa a describir diversas cuestiones de ámbito general, dado que las excusas "no se rigen por las mismas reglas de los elementos del delito" (p. 32): papel de la analogía, dolo, participación, relación con los delitos conexos, etc. (pp. 32-60).

El cap. II se dedica brevemente (pp. 61-71) al desistimiento en la tentativa, como excusa absolutoria prevista con carácter general (p. 66), o en relación a algunas de las restantes excusas, que "se construyen por oposición al funcionamiento de ésta o como formas especiales de desistimiento" (p. 61).

Los restantes capítulos contienen el estudio de las concretas excusas previstas a lo largo de la Parte Especial. Por un lado (cap. III), la explotación de la víctima en el delito de trata de personas (art. 177 bis.11); la convalidación del matrimonio (art. 218.2); la comunicación del lugar en donde se halla el menor en casos de sustracción por uno de los progenitores (art. 225 bis.4). Por otro lado (cap. IV), el parentesco en delitos patrimoniales no violentos ni intimidatorios (art. 268). Después, por otro (cap. V), las previstas en los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social y fraude de subvenciones (arts. 305.4; 305 bis.2; 307.3; 307 bis.2; 307 ter.3; y 308.5). Finalmente (cap. VI), otras como la no propagación del delito de incendio (art. 354.2); la denuncia por el particular en el delito de cohecho (art. 426); el parentesco en el de encubrimiento (art. 454); la retractación en el falso testimonio (art. 462); y la revelación en los delitos de rebelión y sedición (arts. 480.1 y 549). En todos ellos, se incluye un somero estudio del delito o delitos en cuestión sobre los que opera la respectiva excusa absolutoria, sin el cual resulta difícil entender el sentido de la exclusión de pena.

Hasta aquí la exposición de esta investigación de MANJÓN-CABEZA. A continuación, me permito efectuar algunas observaciones. El tema de la punibilidad, en el que se enmarca esta investigación, resulta sumamente amplio, por lo que, con el fin de hacerla posible, la autora se muestra partidaria razonablemente de acotarlo y centrar sus consideraciones en algunos aspectos y enfoques (p. 15). En mi opinión, esta razonable pretensión no debería suponer, sin embargo, una selección tan estricta de la bibliografía citada. En efecto, esta se centra en la de producción española, con alguna referencia mínima a doctrina extranjera, cuya selección se podría por lo demás justificar; aunque la obra se centre en las previsiones de la legislación española, acudir a la doctrina extranjera tiene sentido, no tanto como fuente de Derecho comparado, sino como recepción, crítica y adaptación de propuestas y soluciones (abunda la doctrina traducida al castellano). Además, en mi opinión, la bibliografía seleccionada para cada uno de los temas incluidos resulta escasa, o al menos es discutible el criterio empleado para su elección; ciertamente, tratar todas y cada una de las publicaciones sobre todos y cada uno de los delitos y sus excusas convertiría esta investigación en una ímproba labor; pero esto no exime de seleccionar bien la bibliografía empleada para las diversas previsiones legislativas objeto de examen. Por otra parte, se aporta abundantes referencias jurisprudenciales: prima aquí la oportunidad de los temas y soluciones sobre la exhaustividad (me permito sugerir que daría mayor valor a la obra añadir un elenco de resoluciones citadas). Algunos pasajes revisten sumo

interés por sí mismos, y llevan a cabo aportaciones relevantes más allá del concreto tema del libro, en la línea de anteriores publicaciones de la misma autora: me refiero, por ejemplo, al *excursus*, cuya lectura resulta muy ilustrativa, sobre delito fiscal y blanqueo de capitales (pp. 174-198) y, dentro de este, las consideraciones sobre el valor de los plenos no jurisdiccionales (pp. 180-182).

En cuanto a los aspectos meramente formales del libro, permítaseme una consideración que atañe a la editorial, y que se refiere a la conveniencia de extremar el diseño y la corrección estilística: sería aconsejable una revisión del conjunto en fase de composición, con el fin de evitar erratas y defectos que son fácilmente detectables.

Sobre el concepto de excusa absolutoria empleado por la autora, su posición –que ya ha quedado descrita al referirme al contenido del cap. I– considera como tales tres grupos de situaciones (p. 21): circunstancias del propio sujeto (como el parentesco); circunstancias que le circundan (como la situación derivada de delitos de trata de personas); y comportamientos valiosos posteriores al delito (como la evitación de que el incendio se propague). Con ello se deslindan de las condiciones objetivas de punibilidad, que “son circunstancias ajenas al sujeto que no las realiza ni se le pueden atribuir” (p. 22). A mi modo de ver, en esta consideración de las excusas absolutorias se dan cita dos criterios diversos de clasificación, que conviene mantener separados y a su vez combinar entre sí. Así, por un lado, el de la realización o no de una conducta (conductas, frente a características del sujeto o situacionales), y el de la aplicación al sujeto o su extensión, más allá de este, por tratarse de factores que afectan a la relevancia penal del hecho (características y conductas personales, frente a circunstancias que se dan con independencia del agente). De este modo, las tres “modalidades” de excusa absolutoria que se proponen (circunstancias del sujeto, del entorno y conductas posteriores) no son propiamente una clasificación, cuanto una descripción. Pero como descripción resulta incompleta. Es incompleta, a mi modo de ver, porque queda por referirse a aquellas excusas absolutorias que, exigiendo una conducta del agente, afectan a la relevancia penal misma del hecho. Es decir, situaciones que combinan ambos criterios: que se haya realizado una *conducta* por el agente y la relevancia penal *del hecho*. En definitiva, se podría hablar de factores *objetivo-formales*: objetivos, porque afectan a la relevancia penal del hecho; y formales, porque requieren una conducta. Asimismo, cabría referirse a factores *objetivo-materiales* (afectan a la relevancia penal del hecho, con independencia de una conducta del agente), como también a *subjetivo-formales* (afectan a aquel en quien concurra, sobre la base de una conducta propia), y *subjetivo-materiales* (afectan a aquel en quien concurra, con independencia de que lleve a cabo una conducta). Esta clasificación permitiría abordar globalmente los diversos elementos que ahora se hallan conceptualizados como excusas, condiciones de punibilidad o causas de levantamiento de la pena. Y también podría ser de utilidad para reconsiderar algunas de las afirmaciones asentadas sobre la punibilidad. Por ejemplo, permitiría entender la prescripción del delito, o la exigencia de rebasar ciertas cuantías en algunos delitos, como factores objetivo-materiales de punibilidad (es decir, que está en juego la relevancia penal del hecho cometido, pero sin que dependa de una conducta del agente); y la regularización tributaria y la evitación de la propagación en el incendio, como factores objetivo-formales (exigen realizar una conducta, lo cual afectará a la relevancia penal del hecho); mientras que revestirían carácter subjetivo-material el parentesco en ciertos delitos patrimoniales, o la inviolabilidad parlamentaria por opiniones vertidas en ejercicio del cargo (en cuanto afectan a

aquel en quien concurran, sin necesidad de que lleve a cabo una conducta); y serían en cambio de carácter subjetivo-formal las de desistimiento en la tentativa y la revelación eficaz en los delitos de rebelión y sedición (en la medida en que afectan a aquel que realiza la conducta). En definitiva, se abre la posibilidad de un tratamiento conjunto y sistemático de los tan diversos factores que a menudo se relegan para el ámbito de la punibilidad. Ciertamente la autora no se proponía realizar una teoría general de la punibilidad, por lo que estas consideraciones no pasan de ser una propuesta para continuar trabajando en esa línea.

Además de estas consideraciones sobre el concepto de excusa absolutoria, me refiero ahora a algunas cuestiones sobre el tema general de la punibilidad. La primera, que al prestar atención a la fase que sigue a la realización del delito abre un panorama doctrinal interesante para cuestionar que el resultado sea el momento relevante en el hecho; con otras palabras, que más allá de delitos de resultado material de daño como el homicidio o las lesiones, en muchos otros, las fronteras del hecho no quedan tan nítidamente trazadas ni en la definición legal ni en la práctica; por tanto, que sería oportuno ampliar la atención sobre el hecho e incluir no pocos factores, como la autora, por lo demás ha llevado a cabo en su libro. La segunda cuestión que se suscita es la de la extensión de los efectos de no punibilidad a las personas jurídicas; se trata ciertamente de un aspecto casi marginal, pero no imposible (como bien señala la autora en p. 222, para el delito de cohecho; o para los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social), que obliga a cuestionarse lo previsto en el art. 31 ter. La tercera cuestión hace referencia al recurso a la analogía en favor del reo, que la autora rechaza en diversos pasajes del libro (pp. 38-40, por ejemplo), con base en los arts. 4 del código civil y 4 del código penal: con razón, es fácil excluir tal expediente a la vista de ambos preceptos; sin embargo, en mi opinión, las cosas no son tan claras a la vista de la indeterminación de los términos del lenguaje, lo cual no supone defender, sin más, el recurso arbitrario y generalizado a la analogía *pro reo*, sino detectar que la dicción de la ley no logra evitar cierta ambigüedad terminológica; por eso, soy partidario de reservar un papel a la analogía, por supuesto en favor del reo. La cuarta cuestión, en la línea de lo propuesto por parte de la doctrina alemana como también española (MIR PUIG), sería interesante valorar si los diversos factores de la punibilidad pueden reconducirse a las diversas categorías de la teoría del delito (tipicidad, antijuricidad y culpabilidad), de modo que perdería sentido la pretensión de considerarla una categoría adicional en la sistemática; de alguna manera la autora se acerca a estas consideraciones cuando se refiere en algunos lugares a esta relación (por ejemplo, en p. 85). Por último, aunque es común y gráfico asociar los factores de la punibilidad a una cuestión de necesidad de pena (p. 32), se podría pensar si hay también algo de menor merecimiento de pena, una consecuencia que, por ejemplo, en cuanto al desistimiento de la tentativa, se relaciona con el concepto mismo de injusto y el valor del resultado.

En definitiva, sobre un tema como el de la punibilidad, y en concreto sobre las excusas absolutorias, son muchas las propuestas que cabe formular, porque todavía son abundantes las incógnitas planteadas por la regulación legal. Este libro de MANJÓN-CABEZA se suma a la serie de monografías sobre un tema tan necesitado de estudio, y resulta por eso de necesaria lectura a quien se adentre en el oscuro mundo de esa categoría –a veces, residual o incluso asistemática– de la punibilidad.

Réplica

Réplica a la recensión de Víctor GÓMEZ MARTÍN a *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas* (InDret Penal 1/2016)

Manuel Gómez Tomillo

Universidad de Valladolid

El diálogo científico resulta siempre un estímulo para el universitario. En ese contexto se ubica la presente réplica a la recensión de Víctor GÓMEZ MARTÍN a la segunda edición de mi monografía *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Ed. Aranzadi, 2015. Más allá de la cortesía académica resulta un honor que quienes, como es el caso del profesor GÓMEZ MARTÍN, han estudiado de forma más que solvente un área del Derecho, se tomen la ingrata molestia de reflexionar sobre el trabajo ajeno. Sin duda, él lo ha hecho con la profundidad habitual en toda su obra. Sirvan las presentes líneas, pues, tan sólo como manifestación de una cordial conversación académica sobre uno de los temas más apasionantes de los que ofrece el Derecho penal contemporáneo. Vaya por delante que mi enfoque tiene que ser necesariamente superficial a la vista de las posibilidades que ofrece este preciso formato.

Es conocido que con la aprobación de la LO 5/2010, de 22 de junio, se introdujo en el Código Penal español el artículo 31 bis, hoy ampliamente reformado y ampliado por medio de la LO 5/2015, de 30 de marzo. Para unos ello supuso simplemente la consolidación de una responsabilidad penal de las personas jurídicas que ya existía. Para otros fue el punto de arranque de una nueva forma de comisión de delitos. Finalmente, no han faltado voces que han defendido que se trata de una falsa alarma y que en sentido estricto no hay tal sistema de responsabilidad penal de las entidades colectivas. Esta última es la conocida posición de GÓMEZ MARTÍN. Desborda claramente el marco de este pequeño trabajo un análisis de su sólida posición. No nos queda otra, pues, que remitirnos a su trabajo (V. GÓMEZ MARTÍN, "Falsa alarma. O sobre por qué la Ley Orgánica 5/2010 no deroga el principio *societas delinquere non potest*", en S. MIR PUIG/M. CORCOY BIDASOLO [dirs.], *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo*, Madrid..., 2012, *passim*). Es evidente nuestra discrepancia. Asumo que su perspectiva es más que defendible, pero creo que el modo natural de contemplar las cosas es aceptar que el Derecho penal español ha adoptado un auténtico sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Si el punto de partida es el Derecho positivo, no puede dudarse de que son tales personas jurídicas las sancionadas. Basta pensar en la pena de multa, la cual se acaba ejecutando sobre lo que incuestionablemente es su patrimonio. Si ello es así, rechazar la existencia misma de responsabilidad penal de las personas jurídicas supone romper el binomio delito-pena, de forma que sería posible asumir la existencia de la segunda sin el primero. Tiendo, pues, a pensar que es preferible el punto de vista de quienes hemos defendido que se ha producido un irreversible cambio en el paradigma del Derecho penal, de forma que debe entenderse que los delitos ya no sólo se imputan a seres físicos, sino también a entidades jurídicas, las cuales responden de forma plenamente autónoma, por su propio injusto y culpabilidad. Desde la perspectiva de las consecuencias, esta última idea permite un óptimo nivel de garantías, ya que si se piensa que no estamos ante una responsabilidad auténticamente penal de las personas jurídicas sería posible no

respetar plenamente principios garantistas básicos que van desde el principio de culpabilidad, incluyendo el de personalidad de las penas, a la presunción de inocencia y principios del debido proceso, pasando por las garantías asociadas al principio de legalidad, incluido el *non bis in idem*, y el principio de proporcionalidad. No es baladí en ese contexto que las sanciones a personas jurídicas puedan ser impuestas a partir de la reforma no “sólo” a las empresas, sino en ámbitos democráticamente sensibles, como los partidos políticos y los sindicatos.

Pero el nuevo fenómeno jurídico no es sólo una cuestión de utilidad (que lo es en altísima medida, pues las penas, creo, persiguen aquí fines puramente preventivos). Entiendo que es perfectamente posible realizar una sólida construcción dogmática que permita desarrollar una plena responsabilidad penal de las personas jurídicas. Si el ordenamiento jurídico es soberano para reconocer derechos a tales entidades (por ejemplo, el derecho de propiedad), también puede imponerles deberes (por ejemplo, fiscales). Y si puede establecer responsabilidades civiles (y de hecho lo hace) o administrativas (singularmente las sancionadoras), no tiene sentido no hacer lo mismo con las penales. A fin de cuentas, las reglas de atribución de responsabilidad son creaciones artificiales del Derecho y ello es válido tanto para las personas físicas, como para las jurídicas. Ciertamente, cada una de las anteriores afirmaciones es muy matizable, pero el género que empleamos ahora nos impide un mayor detalle.

Sea como fuere, desde la perspectiva adoptada, mantener la definición de delito y las categorías dogmáticas de acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, probablemente sea la mejor opción, en la medida en que permite aprovechar una estructura de un pensamiento garantista que es el fruto de muchas décadas de reflexión científica. Es evidente que no es posible su traslación sin más a este nuevo contexto, pero ello no significa que no quepa una reelaboración. No tendría ningún problema en asumir, pues, que, como afirma GÓMEZ MARTÍN, estaríamos ante un concepto de delito constituido por elementos que, en realidad, no serían sino equivalentes funcionales de las diferentes categorías del delito cometido por personas físicas.

En ese marco, no puedo aceptar que las personas jurídicas no tienen capacidad de acción, pues, evidentemente, depende de cómo se conciba la idea misma de acción. Concebida como manifestación de la personalidad de la entidad (lo que supone que si el hecho no es inteligible como hecho de empresa, no hay siquiera acción), puede perfectamente aceptarse que en el caso concreto la hubo.

A nivel de tipicidad, estoy plenamente de acuerdo con la idea de GÓMEZ MARTÍN conforme a la cual “el defecto de organización de la persona jurídica no resulta ... en modo alguno aceptable como equivalente funcional de la creación de un riesgo, típicamente relevante y su realización en el resultado, que integra la relación de riesgo entre la acción y el resultado en la teoría del delito de las personas físicas”. Vengo defendiendo que, siendo las personas jurídicas entes artificiales de carácter instrumental, el citado juicio de atribución de la responsabilidad ha de tener un cierto carácter normativo, valorativo, el cual no es susceptible de ser precisado matemáticamente. Desde mi punto de vista, en general, para la afirmación de la tipicidad de una actuación social, deberían verificarse, al menos, dos extremos. En primer lugar, la actuación de una o más personas físicas, lo que en la doctrina alemana se viene llamando hecho de conexión o *Anknüpfungstat*. En segundo lugar, que tal actuación sólo tenga un sentido social, se enmarque

dentro de los objetivos dinámicos de la organización, sólo tenga sentido como hecho social o de empresa, vinculado, pues, a la persona jurídica o, en definitiva, que aparezca externamente como hecho de empresa. A tal construcción no creo que se le pueda censurar las dificultades para encontrar un hecho propio de la persona jurídica diferenciado del de la persona física. Lo injusto característico de las personas jurídicas consiste en la realización de un hecho objetivamente típico por parte de un sujeto físico, el cual se imputa a la organización. Lo decisivo es que tal hecho, *ex ante* lesivo o peligroso para los bienes jurídicos, aparezca externamente como un hecho de empresa. Se trata, pues, de un injusto 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 e implica necesariamente la lesión o puesta en riesgo de bienes jurídicos. Se trata de una situación muy próxima, si bien no idéntica, a la característica de la coautoría en el Derecho penal de las personas físicas (en el que es común que hechos de otros sean referencia imprescindible del propio injusto).

Desde el punto de vista de la culpabilidad, asumiendo la conocida construcción de TIEDEMANN, entiendo que aquélla debe concebirse como equivalente a una defectuosa organización. A día de hoy tal perspectiva, creo, es la que mejor encaja tanto con la idea de que en el juicio de culpabilidad se deben considerar los factores individuales de la infracción, ignorados en el juicio de antijuridicidad, como con el criterio de que se trata de una magnitud compleja y graduable. Son múltiples los factores individuales que deberían valorarse comprendidos en el juicio de culpabilidad de las personas jurídicas: la presencia o ausencia de un *compliance program*; los diversos elementos que componen el juicio de culpabilidad de las personas físicas (por ejemplo, la conciencia de la antijuridicidad, la imputabilidad, la ausencia de causas de disculpa); la existencia o no de instrucciones expresas por parte de quien tiene poder de dirección frente al trabajador a fin de que se abstenga de llevar a cabo la conducta; el carácter doloso o imprudente de la persona física realmente actuante (tal defectuosa organización será mayor, más reprochable, cuando la conducta del concreto sujeto físico que actúa sea intencional que cuando sea meramente imprudente, lo que debería tener un reflejo en la cantidad de sanción a imponer).

Es cierto que, como indica GÓMEZ MARTÍN, “en el caso del defecto de organización también se precisará que sea una persona física, y no una jurídica, la que incurra en dicho defecto organizativo”. Sin embargo, el defecto de organización implica un juicio valorativo y como tal no veo inconveniente en atribuírselo a la entidad en cuyo seno actuó la persona física.

En cualquier caso, es la concepción que acabo de exponer sintéticamente de la que se desprende uno de los grandes puntos de desacuerdo con GÓMEZ MARTÍN: el relativo a la carga de la prueba. Se trata de un auténtico caballo de batalla en la materia, como se desprende de las dos posiciones que expresan la STS 154/2016, de 29 de febrero, y el voto particular a la misma y que se corresponden con nuestras dos posiciones dogmáticas. En palabras de nuestro autor, “si el defecto de organización de la sociedad constituyera un elemento fundamentador del injusto en los supuestos de responsabilidad penal de personas jurídicas, es evidente que una aplicación lógica del principio acusatorio conduciría, necesariamente, a afirmar que tal elemento debe ser probado por la parte que invoca su concurrencia, esto es, por la acusación. Llegar a la conclusión opuesta, esto es, a que es la defensa la que tiene que demostrar que no ha existido defecto de organización alguno, supone una inaceptable inversión de la carga de la prueba, sin que, además,

se justifique de ninguna manera por qué debe producirse la misma en el Derecho penal de la persona jurídica y no, en cambio, en el de la persona física”.

No deja de asistirle la razón desde la perspectiva de quienes el defecto organizativo es algo estrechamente relacionado con lo injusto de las personas jurídicas (lo que rechazamos ampliamente en el Capítulo 6.1 de nuestra obra, por muchas razones; expongo aquí sólo una: si lo injusto de las personas jurídicas consiste en un defecto de organización, desvinculado de la idea de protección de bienes jurídicos, resulta irrelevante el delito cometido; podría reducirse toda su responsabilidad a un único *crimen societatis* consistente, precisamente, en la ausencia de una organización defectuosa; claramente ése no es un modelo que goce de reconocimiento en el Derecho comparado). Sin embargo, si se asume, como hemos hecho aquí, que el defecto organizativo es la esencia misma de la culpabilidad en el caso de delitos imputables a personas jurídicas, la perspectiva es otra. Las razones que abonan nuestro punto de vista, son múltiples.

En primer lugar, lo habitual será que, constatada la tipicidad y antijuridicidad de una acción u omisión imputable a una persona jurídica, se afirme que aquélla procede de un defecto organizativo. Partiendo de tales postulados, resulta razonable eximir de la prueba de lo que resulta excepcional o presumir lo que es normal.

En segundo lugar, no planteamos nada diverso de lo que sucede en el Derecho penal de las personas físicas, en el que los elementos que excluyen la culpabilidad (por ejemplo, la presencia o ausencia de una anomalía psíquica o la intoxicación etílica del sujeto) deben ser probados por quien lo alega.

En tercer lugar, debe considerarse el carácter complejo del juicio de culpabilidad en caso de delitos imputables a personas jurídicas. No resulta realista pretender que en cada proceso penal tenga la acusación que acreditar (la ausencia de) todos y cada uno de los múltiples elementos que integran la culpabilidad.

En cuarto lugar, íntimamente conexo con lo anterior, si el juicio de culpabilidad implica una defectuosa organización y resulta esencial en ese concepto la presencia o ausencia de un programa de cumplimiento *ex ante* eficaz para prevenir la comisión de delitos, es evidente que es la empresa la que tiene en su mano la información precisa para acreditarlo. Resulta artificial trasladar a la acusación la carga de probar lo que se encuentra fácilmente a disposición de la persona jurídica.

En quinto lugar, en la práctica, no resulta factible que recaiga sobre la acusación la *probatio diabolica* de un elemento negativo: la ausencia de una organización defectuosa. Cabe sostener, como hace GÓMEZ MARTÍN, que la *probatio diabolica* estaría presente si se exigiera a la defensa acreditar que no hubo un defecto de organización. Creo que la cuestión depende de cómo se formule. El problema decae si se requiere que la defensa acredite que hubo una organización diligente o no defectuosa, por ejemplo, mediante la presentación del correspondiente programa de cumplimiento, certificado por empresas externas, u organismos públicos, etc.

Por último, el punto de vista aquí defendido se encontraría en línea con lo que es frecuentísimo en el derecho comparado (pienso, por ejemplo, en la *due diligence defence* o en el modelo italiano) sin que allí se cuestione la vulneración de garantías fundamentales.

En definitiva, no es posible aceptar que haya vulneración alguna del derecho fundamental a la presunción de inocencia, derecho, por cierto, muy vinculado a la comisión de delitos, en nuestro caso, entiendo, por parte de la persona jurídica misma.

Concluyo como comencé. La perspectiva del Profesor GÓMEZ MARTÍN es sin duda uno de los exponentes más sólidos que conozco en una materia en la que todavía hay muy pocas certidumbres. El debate con él constituye una grata tarea, cuya envergadura impide hacerlo adecuadamente en el escaso espacio del que dispongo. Espero que estas líneas contribuyan a aclarar el complejo panorama de lo que estimo constituye un nuevo Derecho penal en los países de tradición jurídico europea continental.

Réplica a la recensión de Pilar OTERO GONZÁLEZ a *La respuesta jurídico-penal a los delincuentes imputables peligrosos: especial referencia a la libertad vigilada* (InDret Penal 1/2016)

Marc Salat Paisal

Universitat de Lleida

La recensión que la Dra. Pilar OTERO GONZÁLEZ efectúa sobre la monografía que publiqué el pasado año, fruto del resultado de mi tesis doctoral, es sin lugar a dudas exagerada, y muy probablemente motivada por el hecho de que en muchos de los problemas planteados y de las soluciones adoptadas la profesora OTERO y yo coincidimos. En su caso, su obra *La libertad vigilada aplicada a ¿imputables?: presente y futuro*, Dykinson, 2015, 168 pp., en la que se compara de manera muy completa e interesante la previsión de la medida de seguridad libertad vigilada con la de la proyectada regulación por parte del Proyecto de reforma de 2013, topó con el cambio de criterio del legislador español en torno al sistema de sanciones penales forzado, muy probablemente, por las presiones recibidas por la oposición.

En estos días resulta ciertamente complicado dedicar siquiera el tiempo necesario a las obligaciones académicas propias del quehacer universitario, por lo que sorprende el detalle con que la profesora OTERO se refiere a algunas de las cuestiones planteadas en la obra, sobre todo en lo que al análisis de Derecho comparado se refiere. Debo, por tanto, agradecerle –aunque sea a través de esta réplica a su recensión– la atención dedicada a la obra.

Coincido con la Dra. Pilar OTERO en que, desde la LO 5/2010, incluso ya desde el *annus horribilis*, la balanza entre el Derecho penal de la culpabilidad y el de la peligrosidad está cada vez más desequilibrada y fácilmente puede adivinarse que irá en aumento. En lo que al sistema de sanciones penales se refiere, en 2010 se introdujo la medida de libertad vigilada, y en 2015 se incorporó la pena de prisión permanente revisable, o lo que es lo mismo cadena perpetua o pena de prisión indeterminada, además de modificarse el sistema de ejecución de las penas privativas de libertad. Los condenados por la comisión de delitos contra la libertad e indemnidad sexuales deben, incluso, someterse al nuevo registro de delincuentes sexuales a fin de tenerlos controlados y prohibirles la posibilidad de acceder a (in)determinados trabajos. Del mismo modo, pueden también ser sometidos a la extracción de una muestra biológica a fin de obtener el perfil de ADN para a su vez ser introducido en el nuevo registro de delincuentes sexuales. La caja de Pandora ha sido abierta, y ya no es posible –o resulta ciertamente improbable– que pueda cerrarse y con ello volver hacia un Derecho penal basado en la culpabilidad por el hecho cometido.

Aunque mi formación es estrictamente jurídica, nos pareció a mi inestimable directora de tesis, la profesora Carolina VILLACAMPA ESTIARTE, y a mí mismo que resultaba preciso y necesario realizar una breve introducción más próxima a la sociología sobre algunos de los motivos que explican el porqué del legislador español en el empeño de introducir la libertad vigilada; en particular, la influencia del triángulo medios de comunicación, opinión pública y grupos de presión en la actual política criminal. Evidentemente existen muchos otros factores que explican

parcialmente el fenómeno, pero los señalados sustentan un peso muy importante en el devenir actual.

Ciertamente el estudio del Derecho comparado es la parte del trabajo con mayor extensión e incluso estoy de acuerdo en que puede llegar a parecer descompensada con el resto de trabajo. Pero como la Profa. OTERO afirma, la libertad vigilada no es resultado de un proceso de ingenio del legislador español, sino que la gran mayoría de los países de nuestro entorno cultural ya preveían en sus ordenamientos jurídicos medidas semejantes; o incluso, también hay que reconocerlo, con un contenido aflictivo muchísimo más grave que la medida de libertad vigilada regulada en el art. 106 código penal español. Con ello se pretendía realizar un análisis, de algunas de las medidas postpenitenciarias existentes en Derecho comparado para hacer frente a la peligrosidad criminal y que antes no se había realizado a pesar de que con anterioridad otros autores (SILVA, ROBLES o GARCÍA ALBERO) hubieran apuntado algunas de ellas. De hecho, lo que hacemos es básicamente copiar lo que hacen otros, particularmente Alemania y Estados Unidos, aunque en este último caso de forma indirecta a través de algún otro país europeo o de las supuestas exigencias europeas, como ha sucedido ahora con el registro de delincuentes sexuales. Éste, por ahora, es de acceso restringido, como también lo eran en su día el registro de delincuentes sexuales de Estados Unidos o de Inglaterra la primera vez que se regularon. Ahora, aunque con grandes diferencias, ambos son públicos, de modo que los ciudadanos pueden acceder a datos personales de los condenados por delitos sexuales. Aunque nada diga la Profa. OTERO al respecto, debo reconocer que si bien el análisis de los Derechos norteamericano y británico es exhaustivo, no lo es en relación con el Derecho germánico, principalmente como consecuencia de las barreras idiomáticas. Por suerte, el análisis de la custodia de seguridad y la vigilancia de conducta alemanas han sido ya objeto de múltiples análisis doctrinales por parte de otros compañeros de lengua hispánica.

Es en relación con el estudio de la realidad normativa española en donde surgen las mayores diferencias entre la Dra. Pilar OTERO y yo mismo. No por la críticas que merece la actual regulación, o la proyectada regulación en su día, de la medida de seguridad de libertad vigilada. De hecho, con particularidades, la doctrina es unánime en defender que la libertad vigilada, tal como ha sido positivizada en el ordenamiento jurídico español, debe modificarse. Las críticas de la profesora OTERO van dirigidas a la defensa que se hace en la monografía de un sistema monista de sanciones penales. Es, de hecho, la confrontación jurídica habitual en lo que al sistema de sanciones penales atañe. No era objeto de mi trabajo ni tampoco estoy capacitado para defender uno u otro grupo de sistema de sanciones penales: los monistas o los dualistas. Lo que sí que pretendí reflejar en la monografía es que esta distinción entre penas y medidas de seguridad es cada día más superflua y sometida a criterios dogmáticos que poco tienen que ver con la realidad. No defiendo que no deban tomarse en consideración los pronósticos de peligrosidad. De hecho, apuesto por que sean tenidos en cuenta. Ahora bien, lo que pongo en duda es cómo y a través de qué órganos el sistema de justicia penal realiza estos pronósticos, a la par que su fiabilidad, allí donde llegan a realizarse, es limitada. A ello debe sumarse algo que incluso los defensores de posiciones dualistas asumen, y es que las distintas finalidades que se estima que cumplen penas y medidas de seguridad en realidad no son tales, pues las penas cumplen fines de prevención especial y las medidas de seguridad fines de prevención general, a la vez que se dota a estas últimas de las garantías propias de las penas. Tampoco es válido el

argumento de que la distinción se presenta en la desigual incidencia en las penas y las medidas, pues ello ya puede encontrarse en el propio seno de las penas o de las medidas, tanto en su configuración en abstracto como, sobre todo, en su aplicación práctica. Más, si como indica QUINTERO OLIVARES, lo que se busca es el castigo adecuado al sujeto y al hecho cometido que satisfaga a las necesidades de la sociedad de no quedar indiferentes ante aquel sujeto, no aparecen diferencias sustanciales entre la pena y la medida. Ante tal estado de las cosas, lo difícil es continuar justificando la tradicional clasificación entre penas y medidas. Por eso, considero más adecuado que tanto las finalidades preventivo generales como preventivo especiales se cumplan, o se traten de cumplir, ya en sede privativa de libertad, sin que sea necesario imponer una ulterior sanción, llámese pena o medida de seguridad, que venga a suplir aquellas finalidades que no han sido satisfechas en prisión. Resulta difícil justificar que con la primera sanción el Estado no va a procurar rehabilitar al sujeto en sociedad y que para ello debe imponerse una segunda sanción, privativa o no de libertad, de cumplimiento posterior a la primera que vendrá a cumplir con esta finalidad. Además, en lo que respecta a la concreta regulación de la libertad vigilada, critico que, cuando es impuesta a sujetos imputables, dicho pronóstico de peligrosidad o riesgo de reincidencia no se realice hasta una vez extinguida la pena de prisión que obligatoriamente debe acompañarla (art. 106.2 CP). Citando al expresidente del Tribunal Supremo de Estados Unidos Warren BURGER, *"we must accept the reality that to confine offenders behind walls without trying to change them is an expensive folly with short-term benefits – winning the battles while losing the war. It is wrong. It is expensive"*.

En último lugar, la Profa. OTERO GONZÁLEZ entiende con sólidos argumentos que ni la propuesta de máximos que presento para hacer frente a sujetos peligrosos ni la alternativa basada en la idea de la *extended sentence* inglesa son suficientemente eficaces para determinada delincuencia. Estoy absolutamente de acuerdo con ella en que debería replantearse la imputabilidad de éstos. Pero no sólo con relación a cuestiones de Derecho penal material, sino también procesal, pues el proceso penal español está pensado para el delincuente imputable y no peligroso. Lo que no comparto es que la solución sea la posibilidad de imponer medidas de seguridad cuya duración deba mantenerse en tanto subsista la peligrosidad del sujeto. Aunque ciertamente estos casos existen y la solución jurídica es altamente compleja, modestamente no creo que el Derecho penal sea la vía de resolución. Tal posibilidad además implica que la respuesta del sistema de justicia penal pueda llegar a tener carácter perpetuo lo que, por mucho que el TEDH avalara en el caso *Vinter contra UK* la imposición incluso de penas privativas de libertad de duración indeterminada siempre que exista un mecanismo real de revisión de la condena, vulnera el derecho a la dignidad humana. La propuesta de *lege ferenda* esbozada en la obra, además de ser acorde con un sistema monista, está orientada a cumplir con fines tanto de prevención general como especial, sin que a su vez se acabe provocando una vulneración del principio de proporcionalidad. Probablemente, si uno deja de lado la discusión sobre las virtudes de un sistema monista o dualista, llegará a la conclusión que la libertad vigilada no deja de ser una suerte de libertad condicional aplazada en el tiempo, por lo que la propuesta esbozada no está tan alejada de la realidad legislativa española.

Me queda de nuevo agradecer a la Profa. OTERO las observaciones realizadas a mi trabajo, las cuales contribuyen a enriquecer el debate sobre la necesidad o no de implementar nuevas sanciones a delincuentes imputables peligrosos.