

ExLibris

Sección coordinada por Pablo Sánchez-Ostiz

Con réplica

Recensión a Osvaldo Artaza Varela, *La empresa como sujeto de imputación de responsabilidad penal. Fundamento y límites*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2013, por Bernardo Feijoo Sánchez.

Con réplica de Osvaldo Artaza Varela.

Recensiones

Nieves Martínez Francisco, *Los Plenos no jurisdiccionales del Tribunal Supremo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, por Elena Iñigo Corroza.

Carmen Requejo Conde, *El delito de conducir sin permiso. Análisis jurisprudencial*, Bosch, Barcelona, 2013, por Victoria García del Blanco.

María del Valle Sierra López, *La medida de libertad vigilada*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, por Luis Roca Agapito.

Reseñas

La doctrina penal del Perú: Manuales de Parte General de las últimas cuatro décadas, por Eduardo Ore Sosa.

*Con réplica***Recensión a Osvaldo Artaza Varela, *La empresa como sujeto de imputación de responsabilidad penal. Fundamento y límites*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2013 (410 páginas).**

Bernardo Feijoo Sánchez
Universidad Autónoma de Madrid

Antes de que un ordenamiento contemple la responsabilidad penal corporativa o de personas jurídicas, la doctrina penal suele centrarse en aspectos político-criminales y necesidades preventivas. Una vez introducida, el centro de atención se desplaza a la interpretación de la letra de la ley y a la búsqueda de criterios para excluir dicha responsabilidad buscando la justicia del caso concreto y la evitación de una punición arbitraria e indiscriminada. Corren el riesgo de quedar al margen aquellos estudios que buscan profundizar sobre el fundamento último de una responsabilidad de estas características, cuando es esta la perspectiva que permite una interpretación y aplicación razonable del Derecho positivo así como otorgar un contenido material a las causas que deben excluir la responsabilidad penal. Destaca en esta meritoria labor la monografía de Osvaldo ARTAZA VARELA, que tiene su origen en una tesis defendida en la Universitat de Barcelona, dirigida por los Profesores CORCOY BIDASOLO y GALLEGO SOLER que prologan la obra. Tal denominación de origen permite omitir un listado de elogios que inviten a la lectura de este libro. Baste con expresar el convencimiento de que, más allá de la asunción de sus propuestas, nos encontramos ante una obra imprescindible para cualquier persona interesada en el Derecho Penal empresarial, a la altura de contribuciones como las de NIETO MARTÍN o GÓMEZ-JARA DÍEZ.

En esencia la obra desarrolla fundamentos para legitimar la existencia de un sujeto de imputación como agente responsable diferenciado de los individuos: el sujeto-empresa. El trabajo deja claro desde el principio cuál es su pretensión: *“La pregunta central que se pretende responder a continuación es si una empresa, u organización empresarial constituida como persona jurídica, entendida por sí misma, es decir, en forma independiente a sus integrantes individualmente considerados, puede ser llamada a responder frente a la comunidad por un delito cometido a propósito de su funcionamiento. Y si lo anterior puede hacerse o no en términos tales que se entiendan como compatibles con aquellos que debiéramos entender por responsabilidad penal”* (p. 19), entendida como una modalidad de responsabilidad con especiales exigencias.

La tesis esencial del trabajo es la propuesta de *“una alternativa plausible de desarrollo de la RPE y que se presentaría como compatible con la forma en que se adscribe la responsabilidad penal, se daría entendiendo que la clase de imputación típica que podría imputarse a la empresa se trataría más bien de casos en que esta misma configura su ámbito de organización (es decir, el comportamiento colectivo) de manera tal que descuida su deber de no generar condiciones que*

puedan promover, facilitar y, en suma, incidir más allá del riesgo permitido a que sus integrantes cometan conductas delictivas" (p. 380). Se saca el máximo rendimiento de la idea de que tras la decisión político-criminal de introducir la responsabilidad penal de entidades empresariales se encuentra el reconocimiento de la existencia de "conductas colectivas" llevadas a cabo por "sujetos colectivos como agentes responsables".

Lo especialmente valioso es el camino que sigue el autor; riguroso, sin eludir ningún obstáculo, esforzado, transparente y de gran honradez científica. Todos los problemas esenciales son tratados y, al respecto, se ofrecen posturas personales. Para ello utiliza en su mochila de viaje los siguientes instrumentos de orientación, que va combinando con enorme habilidad y coherencia en su argumentación para llegar al objetivo propuesto: una revisión de los fundamentos de la responsabilidad penal desde la perspectiva de la filosofía moral (lo que podemos denominar un discurso europeo continental vinculado a la idea de culpabilidad) y una inteligente selección de contribuciones relevantes en el ámbito angloamericano, especialmente estadounidense. Se consigue así equilibrar una visión propia de nuestro ámbito doctrinal con aportaciones y perspectivas anglosajonas que pueden ser de interés en el marco de nuestro sistema jurídico.

-I-

1. Punto de partida

Como adecuado punto de partida de su investigación el autor fija los criterios para la imputación de responsabilidad jurídica propios o característicos del Derecho Penal (pp. 26 ss). Con este punto de partida evalúa si la responsabilidad penal de la empresa (en adelante, RPE) se corresponde con dichos criterios o, por el contrario, se están utilizando criterios ajenos como la equidad o la redistribución equitativa de cargas y beneficios. El trabajo denuncia adecuadamente "cómo a través de la introducción de la RPE se han pretendido incorporar al Derecho penal lógicas muy diversas a aquella que la caracteriza y que más bien corresponderían a criterios de imposición de responsabilidad jurídica ajenas o extrañas a la forma en como se debiera imponer responsabilidad jurídico-penal" (p. 27).

El Capítulo I (pp. 43 a 74) está dedicado a "la necesidad o utilidad de la imposición de responsabilidad jurídico-penal a la empresa". Es interesante que el autor se preocupe por señalar cómo los argumentos referentes a mayores efectos de cara a la prevención de delitos por las características propias de la actividad empresarial (influir en el diseño organizativo o en las dinámicas empresariales) o a las insuficiencias preventivas del Derecho Penal individual no legitiman por sí mismos la RPE. En este capítulo se presentan "los argumentos que a mi juicio son los más relevantes a la hora de justificar la utilidad de la sanción a la empresa". El lector encontrará una amplia exposición sobre el debate existente, no sólo a nivel europeo continental, sino especialmente angloamericano. Las conclusiones finales de la obra acabarán pretendiendo responder a estas necesidades o preocupaciones por déficits preventivos.

El Cap. II (pp. 75 a 170) se dedica a “*criterios de imposición la RPE desde la perspectiva de su distribución legítima*”. Se critican certeramente los modelos de transferencia de responsabilidad o de responsabilidad vicarial, no sólo por ser ineficientes al no atender a lo propiamente organizativo, sino por su incompatibilidad con los criterios que legitiman la imputación jurídico-penal (pp. 83 y ss.). El problema de estos modelos es que el agente seguiría siendo el individuo y no la empresa. Se hace también un análisis crítico de las correcciones del modelo imperante en Estados Unidos, cuya principal característica reside en la introducción de criterios de autorresponsabilidad en el ámbito de la determinación de la pena (pp. 108 y ss.) –otorgando el debido protagonismo a las Directrices estadounidenses (OSG) y el papel de la existencia de programas efectivos de cumplimiento de la legalidad (pp. 103 ss)–, de tal manera que el foco de atención deja de ser el “hecho de conexión” entre individuo y actividad de la empresa y pasa a serlo el entorno organizativo. El autor considera que estas tendencias tampoco logran ser coherentes o compatibles con la lógica adscriptiva de responsabilidad propia del Derecho Penal, en la medida en la que dichos intentos van más encaminados a aumentar las exigencias vinculadas a la equidad en la distribución que a fundamentar una auténtica culpabilidad propia de la empresa. Si bien no cabe duda de que inciden de forma más eficaz en que los administradores estén atentos al cumplimiento de la ley en la organización y a estimular una cultura corporativa de cumplimiento, e, incluso, incluyen mayores criterios de justicia, la sanción seguiría teniendo su fundamento en razones de equidad, pero no de merecimiento de la propia empresa. Se deja en evidencia como la responsabilidad seguiría dependiendo de una lógica adscriptiva de responsabilidad ajena al Derecho Penal, no muy alejada de la responsabilidad objetiva.

De sumo interés desde la perspectiva del debate en España es la vinculación que establece este autor entre este tipo de modelos corregidos de atribución de responsabilidad vicarial con “*la tendencia europeo-continental de justificar la RPE mediante el concepto de culpabilidad por defecto de la organización*” (pp. 163 a 170: TIEDEMANN, NIETO, ZUGALDÍA). El autor rechaza estos planteamientos de un importante sector doctrinal, concluyendo convincentemente que “*en el fondo, se sigue tratando de imposición de responsabilidad jurídica en el marco de consideraciones muy diversas a las correspondientes a la pena en sede jurídico-penal y los criterios de legitimidad en su imposición. De hecho, la culpa por el defecto de organización se podría entender adecuadamente como la generación de un criterio de legitimidad para la imposición de responsabilidad basado en la equidad, en la medida en que se sostiene que la actividad de la empresa, debido a su organización defectuosa, se presenta como una causa que favorece la comisión del delito por parte de uno de los integrantes de esta misma. Pero este criterio de responsabilidad-causalidad no parece como suficiente para imponer responsabilidad jurídico-penal y, por ende, tampoco parece como adecuada su denominación como “culpabilidad”*”.

Una vez rechazadas determinadas vías para legitimar la RPE, la investigación se enfrenta sobre todo a los dos siguientes retos: a) ¿Quién debe ser hecho responsable por los hechos delictivos vinculados a la actividad empresarial? b) ¿Por qué?

2. ¿Quién responde? La empresa como sujeto colectivo de imputación

A partir de este punto del libro, el autor empieza a construir su propio camino, separándose de los modelos vicariales puros o de aquéllos que, en todo caso, no acaban de dar el paso decisivo de la lógica de la equidad a la lógica del merecimiento como criterio estrictamente penal. Partiendo de que la mera referencia a la gestión eficaz de riesgos empresariales y la autoorganización empresarial son insuficientes para poder hablar con propiedad de una verdadera culpabilidad de la empresa por delitos cometidos en el marco de su actividad, el Capítulo III está dedicado al desarrollo de las “bases para una verdadera conexión entre la culpabilidad de la empresa y el hecho delictivo” de tal manera que se pueda hablar legítimamente de una responsabilidad por el hecho propio (pp. 171 a 231).

La línea argumental comienza teniendo en cuenta la realidad organizativa de estructuras organizativas complejas: “al Derecho penal le interesan las empresas no porque éstas sean personas jurídicas, sino que le interesan aquellas personas jurídicas que presentan ciertas características de comportamiento colectivo que pueda considerarse como jurídico-penalmente relevante” (p. 182). De acuerdo con esta perspectiva, rechaza, por su carácter simplista, tanto las concepciones atomistas de la empresa como un mero agregado de individuos como lo que denomina “visión holística”, que trata a las empresas como sujetos autónomos personificándolas. La primera, que no tiene en cuenta que la organización es algo más que la suma de sus integrantes, impediría hablar de responsabilidad de la empresa como tal y conduce a sistemas vicariales o de transferencia basados en la equidad; la segunda, por su parte, debería conducir a excluir la responsabilidad individual en la medida en la que los integrantes de la empresa sólo tendrían relevancia en cuanto partes de una persona que actúa de acuerdo a sus objetivos e intereses. Ahondando en la idea de un sujeto colectivo como partícipe de las relaciones de responsabilidad, expone en sentido crítico las posiciones de FRENCH y, posteriormente, las del filósofo de Princeton PETTIT, pasando este autor a desempeñar una gran influencia en todo el discurso del libro, especialmente en lo que respecta al reconocimiento de cierta autonomía a los colectivos como sujetos morales que aspiran a la libertad (Según ARTAZA, p. 294, “la diferencia con el planteamiento de este autor está en que aquí se identificaría aquello que es comprensible como comportamiento colectivo jurídico-penalmente relevante, no a partir de la definición directa de políticas de empresa, sino que más bien en relación con determinado segmento de interacciones dados en el marco de políticas comunes ya definidas”).

Desde la perspectiva prospectiva de los destinatarios de la norma jurídico-penal, se llega a la conclusión, relevante para la investigación, de que las normas jurídicas pueden determinar las conductas humanas de los miembros de la organización de cara a la actuación como colectivo (resultan básicas en el desarrollo de la investigación las pp. 225 y ss., sobre “el sujeto colectivo como destinatario de normas de conducta”). El autor, con gran honradez intelectual, reconoce como problema de este punto de partida que “se podría sostener que no sería posible efectuar un juicio de imputación a la culpabilidad del sujeto colectivo debido a que si bien es cierto que existirían deberes que se dirigirían a éste (esto es, de los que el sujeto colectivo sería el destinatario) su organización adecuada a tal deber siempre estaría a cargo de ciertos integrantes de la empresa (es decir, se presentaría una especie de destinatario sin posibilidad

de organizar personalmente el seguimiento de la norma)". Sin embargo, considera que el problema no es tan serio ya que si bien es cierto "que la administración adecuada del propio ámbito de organización del sujeto colectivo dependerá de sus integrantes", "esto no es lo mismo que decir que esto deje de ser un problema de imputación al sujeto colectivo" (p. 226).

La aversión al "holismo metodológico" provoca que el autor no quiera reconocer la empresa como sujeto autónomo, por lo que parte "de la asignación de relevancia, restringida o parcial, a los sujetos colectivos, y por tanto a una manifestación de la conducta de las personas cuando se agrupan o colectivizan" (pp. 228 y s.). De esta manera se pretende "detectar cierto deber de conducta que recaiga sobre el sujeto colectivo que se caracterice por ser una manifestación de una gestión adecuada de un ámbito de organización también colectivo. La forma en que la empresa cumpla tal deber debiera tenerse como una manifestación de conducta colectiva cuidadosa (así como una administración no adecuada es una manifestación de una conducta colectiva descuidada)" (p. 230).

La idea esencial es que la conducta humana no sólo sería determinada mediante normas de conducta en su dimensión individual, sino que también, pero en un sentido más restringido, en su dimensión colectiva. Este destinatario colectivo se caracterizaría por su capacidad limitada de conducta autónoma. La determinación normativa o cumplimiento de la norma sigue dependiendo de los seres humanos como receptores del mensaje normativo, con la única diferencia de que el destinatario varía dependiendo de que se pretenda determinar o guiar la dimensión colectiva o individual de comportamiento.

3. ¿Por qué responde? La imputación de la conducta colectiva relevante para el Derecho Penal

El autor pasa a tratar a continuación la cuestión esencial en aquellos ordenamientos en los que no exista una responsabilidad penal de naturaleza vicarial: ¿Cómo identificar aquellas conductas colectivas que exceden de la dimensión individual?

Se enfrenta al problema de cómo detectar una intervención o contribución diferenciada al hecho típico atribuible al sujeto colectivo y, como señala el autor, lo importante es atender a aquellos supuestos que denomina como "*conflictos de identificación*" en los que resulta problemática la diferenciación entre la responsabilidad individual y la responsabilidad del colectivo, es decir, la existencia de contribuciones distintas. Por ejemplo, el Consejo de Administración decide llevar a cabo una práctica delictiva con dolo por parte de todos los consejeros que determina la actividad empresarial.

Para llevar a buen puerto esta empresa empieza tratando de forma crítica en el Capítulo IV determinadas propuestas en el ámbito angloamericano (FOERSCHLER, FISSE, BUCY: pp. 235-257) y en el ámbito europeo continental (la legitimación de la pena a través del concepto de sistemas de injusto -HEINE, LAMPE-, y otras líneas de legitimación como las de DANNECKER y GÓMEZ-JARA: pp. 257 a 277) que tienen como objetivo justificar el tratamiento de la empresa como "*agente autónomo*", sin que ninguna de ellas le resulte satisfactoria.

La idea esencial se encuentra en la afirmación de la existencia de expectativas que recaerían directamente en el colectivo y que serían distintas –el autor las define como mayores o más exigentes– que aquéllas que recaerían en los integrantes de la empresa. A partir de este punto de partida, trata *“la conducta colectiva como reflejo de una verdadera realidad emergente de las organizaciones complejas”* (pp. 293 y ss.). Precisamente, de esta realidad emergente surgiría la identificación de *“la empresa como sujeto autónomo de imputación”* (pp. 310 y ss.) en la medida en la se genera un comportamiento colectivo que puede facilitar, potenciar y promover en un nivel distinto al individual las conductas delictivas que puedan cometerse a propósito de la actividad de la empresa. El hecho colectivo relevante para el Derecho Penal quedaría definido como *“la interacción de decisiones individuales con ciertas políticas de empresa”*:

“La preocupación no estaría dada entonces porque el sujeto colectivo lleve a cabo conductas directamente delictivas, sino en que a partir de estos procesos de interacción se generen prácticas (o incluso políticas de tipo tácito) que puedan facilitar, promover o provocar que los individuos de la empresa cometan delitos” (p. 311).

“En el comportamiento delictivo muchas veces las opciones que se llevan a cabo por sus integrantes estarían fuertemente influenciadas por el contexto en el que se desarrollan y, en este sentido, el comportamiento desarrollado en el marco de las interacciones propias de la estructura de la empresa pueden incidir en gran medida en que se cometan delitos por parte de sus integrantes tanto en forma dolosa como imprudente. En este sentido, el sujeto colectivo puede estar adoptando derechamente una conducta caracterizada por las altas cuotas de presión que ejerce sobre sus integrantes y, si se observa adecuadamente, esta presión estaría dada en parte por la comunicación informal (no regulada) de esta organización. Además, esta configuración del comportamiento colectivo efectivamente podría estar potenciando (en forma indirecta, no existe ninguna orden de infringir el ordenamiento jurídico vigente en esta interacción) un eventual comportamiento delictivo” (p. 312).

La conclusión esencial del Capítulo IV es que *“una alternativa plausible de desarrollo de la RPE y que se presentaría como compatible con la forma en que se adscribe responsabilidad penal, se daría entendiendo que el tipo de contribución típica que podría imputarse a la empresa se trataría más bien, de casos en que esta misma configura su ámbito de organización (es decir, el comportamiento colectivo en la forma que ya fue descrito) de manera tal que descuida su deber de no generar por medio de su conducta colectiva, condiciones que puedan promover, facilitar, y en suma incidir más allá del riesgo permitido a que sus integrantes cometan conductas delictivas. Es decir, se podría vincular al sujeto colectivo con normas jurídico-penales del siguiente tenor: El sujeto colectivo no tiene que crear riesgos (o administrar fuentes de peligro como es esta realidad emergente) en forma tal que favorezcan, promuevan o incidan más allá del riesgo permitido en que sus integrantes lleven a cabo conductas delictivas vinculadas a la actividad de la empresa”* (pp. 316, 380).

El Capítulo V y último está dedicado a la *“valoración de la relevancia jurídico-penal de la conducta delictiva”* a partir del baremo de una *“gestión adecuada del ámbito propio de organización del sujeto colectivo”* o de una *“administración adecuada de las fuentes de riesgos”* (pp. 323 a 371).

Ocupa un lugar esencial en la obra la idea de que la conducta colectiva puede tener una contribución relevante desde tres áreas o categorías de conducta colectiva que podrían incidir más allá del riesgo permitido en que los integrantes de este sujeto colectivo cometan hechos delictivos (pp. 277 y ss., donde se nota la importante influencia de FISSE) –y que, añadido yo, tienen que ver con los fenómenos que, según la doctrina, hacen conveniente una responsabilidad corporativa complementaria de la individual–:

a) *Promoción de la conducta delictiva*. Promover la comisión de hechos ilícitos estableciendo políticas o prácticas directamente delictivas. El autor incluye también supuestos de tolerancia (“ambiente permisivo”). Tal contribución queda definida como “*la promoción de conductas delictivas, en donde se incluyeron toda la gama de conductas colectivas que incidirían en forma previa al comportamiento delictivo, en forma tal, que generen condiciones que inciten a los integrantes de la empresa a cometer un hecho típico en concreto. Se concluyó que resultaban especialmente relevantes los casos en que la conducta delictiva se entienda derechamente relacionada con ciertas exigencias o presiones derivadas del comportamiento colectivo*” (pp. 382 y s.).

b) *Facilitación de la conducta delictiva*. Facilitar de forma previsible, por medio de políticas o prácticas no directamente delictivas, comportamientos dolosos o imprudentes por parte de sus integrantes (negligencia organizativa de la empresa). “*La generación de condiciones que superen el riesgo permitido para facilitar que un integrante de la empresa: i) lleve a cabo una conducta delictiva en forma dolosa no promovida por la conducta colectiva (sino que facilitada), o ii) se aumenten las posibilidades de que los integrantes lleven a cabo conductas imprudentes debido a factores vinculados a la conducta colectiva*” (p. 383).

c) *Aseguramiento de la conducta delictiva*. Contribuir con posterioridad al delito mediante una reacción poco adecuada. “*Principalmente porque permite que se asegure sus fines o que se dificulte su detección o persecución*” (p. 384).

El hecho punible propio de la persona jurídica sería crear riesgos o no administrar adecuadamente la fuente de peligro que representa la empresa como “*realidad emergente*” en forma tal que favorece, promueve o incide más allá del riesgo permitido en que sus integrantes lleven a cabo conductas delictivas vinculadas a la actividad de la empresa. Lo que tienen en común tales conductas colectivas es “*que a la empresa se le imputa el hecho de no haber configurado adecuadamente su propio ámbito de organización, generando condiciones o factores de riesgo delictivos vinculados al mismo comportamiento colectivo y que han derivado en la promoción, favorecimiento o aseguramiento de una conducta delictiva en concreto por parte de uno de sus integrantes*” (pp. 334, 382). El injusto propio de la persona jurídica consistiría en la vulneración de “*un deber específico de conducta del sujeto colectivo, vinculado a la gestión adecuada de las fuentes de peligro propias de la conducta colectiva*” (p. 384).

Siendo esto así, lo que tiene que hacer el juzgador es valorar retrospectivamente, una vez detectado un delito por un integrante de la empresa, si existe alguna de estas modalidades de contribución por parte de la empresa para valorar si se ha ganado la pena. No existirá responsabilidad penal si se entiende que el hecho delictivo es un asunto puramente individual o de un integrante de la empresa que actúa por su cuenta desvinculado del

colectivo. Además de ello, y de cara a efectos de su relevancia jurídico-penal, el juzgador tiene que valorar la relevancia o peligrosidad de la contribución y si ha incidido de tal forma en la conducta del sujeto individual que, sin la contribución colectiva, se considera como poco probable que se cometiera el delito. El castigo de la empresa sería posible sin sancionar al sujeto individual, con independencia de que sea por razones derivadas de las exigencias de imputación personal o por falta de identificación del autor.

En este sentido propone la elaboración de unas matrices de riesgos que se apartan totalmente de lo que suele ser habitual en la práctica. En coherencia con su planteamiento, más que en los riesgos de cada tipo de actividad, se centran en cómo la empresa puede condicionar una actuación delictiva por parte de sus empleados (pp. 356 y ss.). Los instrumentos o las herramientas de cumplimiento normativo (Código ético, mecanismos disciplinarios, sistemas de monitorización, canales internos de denuncias, sistemas de reacción e investigaciones internas, etc.) quedan concebidos como medidas de cuidado para que la empresa se controle a sí misma como fuente de peligro que incide en comportamientos delictivos (pp. 360 y ss.). En este sentido se pretenden aprovechar las contribuciones de algunos autores norteamericanos en relación a los *programas de cumplimiento normativo*, que quedan definidos “como la clase de reglas técnicas vinculadas a la prevención de la comisión de conductas delictivas por parte de los integrantes de la empresa, que adopta la misma para coordinar su actividad sin exceder el riesgo permitido” (p. 382).

Finalmente, tras una exposición de las principales conclusiones obtenidas en la investigación (pp. 373 a 387), se apunta en un epígrafe que trata las posibles respuestas defensivas del sujeto colectivo (pp. 387 a 392), la posibilidad de excluir la responsabilidad de la empresa no sólo con base en posibles alegaciones relativas a que el comportamiento colectivo era ajustado a deber, sino en que quedaría excluida la culpabilidad en determinadas situaciones de necesidad que hagan inexigible la conducta o en supuestos de *ignorantia iuris* derivada de la existencia de una legislación poco clara o contradictoria.

El fundamento de la RPE radicaría, en conclusión, en que existiría una obligación específica de controlar los mayores riesgos penales del actuar como colectivo: “Si bien es cierto que el sujeto colectivo puede promover conductas delictivas a través del ofrecimiento de mejores razones que las del comportamiento fiel a Derecho, como puede ser la obtención de ventajas o ganancias para la empresa, también puede hacerlo mediante un manejo descuidado de sus prácticas de promoción o de incentivos (...) de lo que se trata es de determinar si el sujeto colectivo contrarrestó o no los condiciones generadas por el mismo para el favorecimiento de conductas delictivas” (pp. 364 s). Es decir, el colectivo no se autovinculó suficientemente: “la empresa podría ser llamada a responder porque no aseguró que los mismos factores de riesgo delictivos que son generados por el comportamiento colectivo deriven en resultados lesivos” (p. 382).

El autor considera que “mediante tal propuesta se responde a la disminución del margen de tolerancia que existe con los peligros derivados de la actividad efectuada en el marco de organizaciones empresariales complejas. Por medio del reconocimiento del sujeto colectivo se permite que aquello que desde la perspectiva del sujeto individual se presenta como incontrolable, desde la perspectiva del sujeto colectivo se entienda como controlable. La principal consecuencia de lo anterior

es que se justifica así la utilización de la responsabilidad penal como herramienta y por qué, al menos en el ámbito del nivel de reconocimiento restringido que se propone, no se debiera intervenir mediante “medidas”, sino que se prefiere la responsabilidad jurídico-penal” (pp. 380 s.). Quizás la obra debería haber empezado por esta idea que tiene que ver con las necesidades sociales que viene a satisfacer la RPE.

-II-

El libro parte adecuadamente del rechazo a los modelos vicariales y sus variantes (incluidos aquéllos que no exigen para la responsabilidad de la empresa más que un “hecho de conexión”). En esta línea parte la obra de una idea bastante asentada en la doctrina española. A partir de este punto de amplio acuerdo la propuesta del autor es totalmente personal.

Sin embargo, queda la sensación, tras la lectura de la obra, que una empresa es mucho más que un sujeto colectivo entendido como un conjunto de individuos que desempeñan una tarea común y que no es satisfactoria una responsabilidad penal colectiva basada en una deficiente dinámica de grupos. Existe una diferencia, que no es sólo terminológica o de matiz, entre lo que podemos definir como responsabilidad colectiva y la responsabilidad corporativa en sentido estricto. Sobre todo porque la pena no se impone a un colectivo, sino a una corporación y la multa afecta a su patrimonio social.

En la medida en la que el autor –por su aversión a lo que denomina “metodología holística”– no acaba de construir un sujeto totalmente autónomo con una identidad propia parece que no se acaba de romper totalmente con los modelos vicariales de transferencia de la responsabilidad, sólo que en la obra se encuentra vinculada a un comportamiento plural: ciertas conductas individuales que tienen un sentido conjunto dentro de una organización generan responsabilidad penal no para sí mismas, sino para la empresa (es decir, para un patrimonio con personalidad jurídica diferenciada de los que cometen el hecho relevante). Es dudoso que *“mediante la introducción de una mirada adecuada a la relevancia del comportamiento colectivo se puede perfectamente justificar una sanción que recaería en nosotros (es decir, atendiendo a la introducción dentro de las relaciones de responsabilidad no sólo del yo, como primera persona singular, sino también de la primera persona plural)”* (p. 229). El Estado no contempla el castigo de un “nosotros”, sino que la realidad es que un conjunto de decisiones en la gestión de la empresa acaba recayendo en la propiedad de la misma; es decir, el “nosotros” que genera la responsabilidad no es el mismo “nosotros” que sufre la pena. Si realmente no se quiere atender a criterios jurídico-formales, sino organizativo-materiales, lo cierto es que unos –los encargados de la gestión– infringen los deberes o vulneran las normas de conducta y otros –los accionistas– deben soportar la sanción. La conexión entre unos y otros queda establecida a través de la personalidad jurídica como clave de bóveda. Precisamente porque en sociedades cotizadas no suele existir un “nosotros”, sino una disociación entre gestión y propiedad, un importante sector del Derecho Penal económico tiene que ver con las actuaciones de los administradores o gestores (Gobierno corporativo) contra la sociedad y los socios (infracción de deberes de

lealtad o de salvaguarda patrimonial, de transparencia *ad intra* y otras modalidades de delitos societarios). Los administradores asumen deberes de lealtad, fidelidad y transparencia *ad intra*, al tiempo que asumen deberes organizativos para controlar los riesgos de la organización empresarial *ad extra*. Estos últimos no sólo tienen que ver con la posición de garantes de los administradores de cara a su propia responsabilidad individual (y de aquéllos en los que delegan sus deberes como garantes –*gatekeepers*, oficiales de cumplimiento, etc.–), sino también con lo que los legisladores están denominando responsabilidad penal de las personas jurídicas o de las empresas.

Si hablamos de responsabilidad para la corporación, el “nosotros” no parece un sujeto idóneo para ser reconocido a efectos de imputación como un agente responsable, plenamente diferenciado de sus integrantes y del que efectivamente se pueda predicar que actúa de forma autónoma. La existencia de “*un margen de conducta con cierta autonomía del sujeto colectivo*” queda en el libro más presupuesto que realmente fundamentado.

Si las dinámicas o políticas empresariales tienen una indudable incidencia en comportamientos delictivos, ello no implica que tenga que responder de dichos hábitos o políticas la empresa o la persona jurídica. En el ámbito empresarial los delitos pueden tener una explicación más compleja que una decisión individual puntual y no interpretarse exclusivamente como un hecho puramente individual, pero con ello no queda fundamentada sin más la culpabilidad de la empresa o de la persona jurídica como un sujeto autónomo. Es decir, si se trata de una actuación colectiva, ¿Por qué no responde individualmente cada uno de los integrantes del colectivo responsable? La solución tradicional en Derecho Penal es que el “nosotros” quede zanjado con una pena individualizada para cada uno de los integrantes de ese “nosotros”. Si el sujeto colectivo es, por definición, un conjunto de individuos que actúan como colectivo, ¿Por qué no responden de esa actuación los “yóes” que configuran ese “nosotros”? Es cierto que desde la perspectiva de la organización empresarial no siempre se trata sólo de “*hechos que pasan*”, sino de hechos que tienen una explicación más compleja que una puntual decisión dolosa o imprudente, pero ello no obliga a abandonar el ámbito del Derecho Penal individual sino, en todo caso, a hacer las adaptaciones oportunas.

No acaba de quedar claro cómo lo que para muchos autores es un fenómeno propio de organizaciones complejas, lo cual nadie discute seriamente, queda transformado en un comportamiento colectivo. Sobre todo cuando lo que se denomina comportamiento dotado de *cierta autonomía* de la empresa es, según reconoce el propio autor, “*el resultado de las interacciones dadas en el marco del desarrollo de la actividad de ciertas organizaciones*”; es decir, lo que se define como contribución colectiva al hecho típico no es más que la consecuencia de “*ciertos efectos o resultados de este segmento de las interacciones de la empresa que se presentarían como una manifestación del comportamiento colectivo*” (p. 379). A pesar de la insistencia del autor en rechazar las legitimaciones que se basan en la “*conducción de vida*”, el “*carácter*” o el “*espíritu*” de la corporación, parece que la culpabilidad del sujeto colectivo no estaría demasiado distante con el modelo que se propone.

Mi sensación es que ese *“sujeto colectivo como destinatario de las normas de conducta”* es una metáfora para referirse a la existencia de una nueva realidad jurídica que es el surgimiento de nuevos deberes empresariales que no tienen que ver con la gestión de riesgos creados individualmente, sino con riesgos empresariales (gestión cuidadosa de la organización empresarial). Es decir, lo organizativo no viene dado jurídicamente por la aparición de un nuevo sujeto, sino de nuevos tipos de deberes que tienen que ver con la gestión de un ámbito de organización complejo como *“elemento emergente”*.

En definitiva, creo que hay dos problemas dogmáticos esenciales que la monografía, a pesar de su gran valor y originalidad, no deja bien resueltos y que la doctrina tiene pendientes tras la importante contribución de ARTAZA VARELA:

a) Una es la del injusto propio de la persona jurídica. La conducta colectiva acaba quedando convertida en un mero factor criminógeno que motiva a cometer hechos delictivos a sus integrantes, lo cual no es un planteamiento nuevo. La responsabilidad de la empresa es por incidir de forma no tolerada en la comisión de conductas delictivas por parte de sus integrantes, por lo que depende totalmente de los motivos del autor individual para cometer el hecho delictivo. Por ejemplo, considera que *“mediante la fuente de peligro “presión indebida para la satisfacción de objetivos” se podría estar promoviendo que con especial incidencia tanto en la línea media como en el núcleo de operaciones se lleven a cabo conductas contrarias a la protección del medio ambiente”* (p. 359). Sin embargo, el injusto debería tener que ver con deberes organizativos relativos a los propios riesgos empresariales, no a motivos ajenos. En este sentido son correctas las ideas de injusto del sistema o de defecto de organización como funcionamiento defectuoso de la organización en la gestión o control de sus propios riesgos o en el cumplimiento de sus deberes (fiscales, de transparencia en sociedades cotizadas, etc.), siempre que entendamos que las empresas no son garantes de lo que hagan sujetos libres y responsables, sino de la adecuación de la organización y de su actividad empresarial en conjunto a la legalidad penal. La empresa no tiene que evitar inducir a corromper funcionarios públicos, sino que la actividad empresarial no quede vinculada a delitos de cohecho. Es decir, no tiene que velar por el cumplimiento de la legalidad ajeno, sino porque su *“propio comportamiento”* cumpla con la legalidad y se pueda hablar en puridad de un injusto propio.

b) La culpabilidad jurídico-penal tiene siempre que ver con la libertad de auto-organización. La cuestión esencial es qué se entiende por libertad o auto-referencialidad suficiente. Si la *“actitud”, “disposición”, “cultura”* o *“ética”* no quiere ser tratado sólo como un estado de cosas al que se llega, es preciso fundamentar una culpabilidad propia basada en la capacidad de tomar decisiones autónomas a corto y largo plazo (de primer y de segundo orden). Sigue pendiente de una respuesta asumible la pregunta de por qué la propia empresa -y no personas físicas- tiene que ser hecha responsable de la infracción de los nuevos deberes organizativos que se le dirigen o del *“fallo estructural”* que ha posibilitado el delito.

Quien quiera avanzar en buscar soluciones a estas cuestiones no puede dejar de leer una obra imprescindible como la de Osvaldo ARTAZA VARELA que, ojalá, no tarde mucho en deleitarnos con una obra del mismo rigor científico e intelectual.

Réplica

Osvaldo Artaza Varela
Universidad de Talca (Chile)

La recensión que el profesor Bernardo FEIJOO efectúa a mi libro “La empresa como sujeto de imputación de responsabilidad penal. Fundamentos y límites”, me da la oportunidad de tratar de clarificar, en el reducido espacio del que dispongo, ciertos puntos de partida de la investigación que son fundamentales para la justificación de la propuesta que efectúo y que, según creo firmemente, se alejan de la tendencia actual que o bien se contenta con criticar la institución de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, o bien consideran que esta institución debe ser abordada desde parámetros muy diversos a los propios de la lógica de la atribución de responsabilidad penal.

El profesor FEIJOO acierta en detectar dos ámbitos que son fundamentales en mi propuesta y que reconozco que son los más problemáticos, debido a que suponen que estemos dispuestos a reconocer a los sujetos colectivos como partícipes de nuestras relaciones de atribución de responsabilidad moral. El primero, y como resulta obvio, es la existencia de algo así como sujetos colectivos, y el segundo de éstos es que aquello por lo que deban responder penalmente las empresas pueda ser entendido efectivamente como una conducta de un sujeto determinado, susceptible de ser atribuida a éste.

El primer aspecto problemático resulta del todo relevante debido a que en mi trabajo lo que pretendo demostrar es que una construcción mucho más adecuada (desde su compatibilidad con la lógica de la adscripción de la responsabilidad penal) de la sanción penal a la empresa pasa por evitar seguir hablando, sin más, de responsabilidad penal de las personas jurídicas para pasar a hablar de responsabilidad penal de la empresa como sujeto colectivo.

Tal premisa suele ser poco entendida debido a que supone el abandono de ciertos puntos de partida propios del individualismo metodológico muy difundidos en la legitimación de la imposición de la pena. Sin embargo, la incorporación progresiva de la responsabilidad penal de las empresas en nuestros ordenamientos jurídicos me permite dudar acerca de la vigencia de tal metodología sin introducir ciertas matizaciones.

A partir de tal constatación me gustaría clarificar el primer aspecto criticado por el profesor FEIJOO relativo al punto de partida de mi propuesta. Según FEIJOO, mi aproximación a los sujetos colectivos seguiría anclada en una visión individualista debido a una aparente

aversión al holismo metodológico. Como resultado de lo anterior, el sujeto colectivo presentado como sujeto de la imputación no respondería a la realidad de las personas jurídicas, ya que en el fondo solo se atendería a cierta gama de interacciones efectuadas al interior de la empresa (de quienes la administran) lo que no representaría una verdadera responsabilidad corporativa.

Visto así, la crítica que se me efectúa tendría como consecuencia que más que hablar de responsabilidad corporativa nos enfrentaríamos a una nueva realidad presente en el marco de las organizaciones empresariales, pero que debiera ser atribuida exclusivamente a quienes gestionan la empresa (el autor viene hablando hace un tiempo, con razón, de la generación de nuevos deberes en esta área que inciden en la imputación de responsabilidad penal individual).

Lo anterior sería evidente si se toma en cuenta, de acuerdo por lo esgrimido por FEIJOO, que mi construcción desconoce que el Estado no sanciona a un “nosotros” (entendido desde la perspectiva del uso del lenguaje, como una manifestación de identidad en primera persona, que permitiría la atribución en forma compatible al principio de culpabilidad), ya que, y en sus propios términos, “la realidad es que un conjunto de decisiones en la gestión de la empresa acaba recayendo en la propiedad de la misma; es decir, el “nosotros” que genera la responsabilidad no es el mismo que el “nosotros” que sufre la pena”.

Si esto fuera así no me quedaría más que estar de acuerdo en que el punto de partida seguido es insatisfactorio para justificar la atribución de responsabilidad penal a la empresa. Con todo, si atendemos al argumento esgrimido para desechar la falta de identidad entre el nosotros que actúa y el nosotros que recibe la sanción podremos constatar justamente que se trata de un argumento típicamente individualista, ya que se atiende exclusivamente a la dimensión individual del comportamiento en la empresa. Incluso lo anterior suele ser frecuentemente utilizado como argumento en contra de la responsabilidad penal de las personas jurídicas debido a la injusticia que significaría sancionar a los accionistas por lo que no hacen, sino por lo que hacen otros.

Por lo mismo, mi propuesta no puede partir (y no pretende hacerlo) de una aversión al holismo metodológico. Más bien sigo una alternativa metodológica diversa a la disputa entre un individualismo metodológico del tipo atomista (es decir, que solo considera posible comprender fenómenos a través de su estricta vinculación con su dimensión individual) y un holismo metodológico extremo, esto es, aquel que opta por la “personificación” de los entes morales y les asigna (o reconoce en ellos) exactamente las mismas propiedades necesarias para ser “responsabilizados” que a las “personas naturales”.

Ambas opciones resultan simplistas, ya que la primera no reconocería una serie de fenómenos que no pueden ser comprendidos solo desde la dimensión individual (creyendo que la empresa debe entenderse exclusivamente como la suma de los aportes individuales, sin reconocer por otra parte los efectos de la interacción entre estos) y la otra tendencia

porque no atendería al factor decisivo para comprender el fenómeno de la criminalidad de la empresa, esto es, que las organizaciones actúan a través de sus integrantes, anulando esta realidad a través de la homologación de propiedades tanto entre individuos como entre personas jurídicas.

Creo que esta opción lleva a ciertas soluciones poco convincentes en esta área, principalmente, la de no poder distinguir lo propiamente colectivo de las aportaciones individuales al hecho delictivo, lo que como es evidente, resulta fundamental desde la perspectiva de la imputación de responsabilidad penal en ordenamientos jurídicos donde está vedada la responsabilidad penal por el hecho ajeno.

De lo que se trata es de reconocer, en cierta medida, que ciertos individuos pueden actuar como un solo sujeto para ciertos efectos. Como señala PETTIT, estos sujetos deciden actuar como un colectivo en forma paralela a como lo hace un agente individual para determinados fines. En este sentido pasa a ser especialmente relevante el hecho de que presenten estructuras colectivas de opinión y toma de decisiones que justamente dan cuenta de una racionalidad a nivel colectivo, es decir, quienes integran el colectivo deciden que todas las acciones que lleven a cabo en el marco de su actividad estarán destinadas a un número limitado de objetivos, y todos actúan bajo la premisa de que cada uno de ellos cumplirá una determinada tarea (y lo que es fundamental, en distinta medida y con diversa relevancia, como toda división de trabajo o competencias). Por último, establecerán procedimientos o reglas internas para poder guiar el comportamiento de sus integrantes con el objeto de satisfacer tales objetivos (por eso hablo del sujeto colectivo como un agente en sentido restringido, o para ciertos efectos, ya que solo podríamos reconocerlos como agentes en tanto repliquen el comportamiento de agente).

Así las cosas no veo por qué razón no se pueda incluir a los accionistas dentro de este esquema de colectivización de la razón. Si se evalúa su aporte desde una perspectiva meramente individual es evidente que no podríamos atribuirles los “defectos de la organización” en caso de que la empresa no haya gestionado adecuadamente los riesgos generados con su actividad. Pero no se trata de atribución de responsabilidad penal individual. En este caso los accionistas son tan parte de esta dinámica como cualquier integrante que participa de la gestión de la empresa. Para comprobar lo anterior basta observar la normativa extrapenal y verificar las importantes posibilidades de participación en las definiciones de políticas y objetivos internos así como el rol fundamental que debe asignarse, dentro de esta dinámica colectiva, al financiamiento de la actividad. No creo que sea adecuado subestimar el aporte al colectivo de los mismos y no reconocer su influencia en la consecución de los objetivos corporativos (que justamente miran a la satisfacción de sus propios intereses).

Esto en lo que respecta a la posibilidad de justificar la sanción en un “nosotros”. Por otra parte se me critica que en el fondo la empresa terminaría respondiendo por lo que no sería más que un “mero factor criminógeno” que motivaría a cometer hechos delictivos a sus integrantes. Al respecto solo puedo señalar que es efectivo que la conducta colectiva puede

ser vista como un factor criminógeno desde la perspectiva de la explicación del fenómeno delictivo individual en las organizaciones empresariales (es decir, si miramos este aspecto con los ojos de la responsabilidad penal individual, por tanto, desde el problema de la justificación de la sanción al individuo que comete el delito en la empresa, es efectivo que nos encontramos con un estado de cosas que incide en la comisión del delito), pero esto no significa necesariamente que desde el punto de vista del régimen de atribución de responsabilidad penal a la empresa no pueda serle atribuido a esta misma.

La razón es muy sencilla y compatible con la forma como atribuimos responsabilidad. Se trata, así al menos pretendo demostrarlo en el libro comentado, de la omisión por parte de la empresa de la adopción de medidas para contrarrestar los riesgos que la misma conducta colectiva ha generado y que pueden ser fácilmente relacionados con hechos delictivos en concreto a través de su promoción, facilitación y ocultación (por tanto, desde la dimensión colectiva no se trata de un estado de cosas, ni tampoco de responsabilidad por el carácter, sino que responsabilidad por las propias consecuencias de nuestra conducta colectiva).

Eso sí, es importante transparentar en todo momento que este punto de partida supone admitir (en el sentido de estar dispuestos a reconocer) la dimensión colectiva de cierto margen de “cosas que hacemos que pasen”, en el marco de la actividad de la empresa. Por lo mismo, se debe ahondar en esta diferenciación entre la dimensión colectiva y lo individual, ya que desde el punto de partida metodológico seguido es innegable que en los sujetos colectivos confluyen ambas dimensiones (y por tanto, son fácilmente confundibles). Por lo mismo, las críticas y comentarios efectuados por el profesor FEIJOO me incentivan a seguir abordando con mayor detalle en las características de la conducta colectiva y su relevancia jurídico-penal, con el objeto de identificar aquello que debiera ser atribuido a la empresa y diferenciarlo, a su vez, de aquello que debiéramos seguir considerando un asunto de la atribución de responsabilidad penal individual.

*Recensiones***Recensión a Nieves Martínez Francisco, *Los Plenos no jurisdiccionales del Tribunal Supremo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013 (354 páginas).**

Elena Íñigo Corroza
Universidad de Navarra

La obra de Martínez Francisco recoge fundamentalmente su tesis doctoral defendida en la Universidad Complutense de Madrid en 2010 y dirigida por Antonio GARCÍA-PABLOS DE MOLINA. Desde el comienzo la autora explica el origen de la investigación: la sentencia de 11 de diciembre de 2001 del Tribunal Supremo que califica de “insólita y preocupante” (p. 21), por condenar por delito doloso de prevaricación judicial a un Magistrado que se aparta de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo en el particular del cómputo de la prescripción. La sentencia le parece preocupante porque en el sistema español la *res iudicata*, la armonización deseable de la doctrina jurisprudencial, se consigue a través de los recursos jurisdiccionales, pero no otorgando eficacia jurídica vinculante al precedente judicial.

La autora entiende que la sentencia lesiona el principio de independencia judicial consagrado en el art. 117 de la Constitución y además carece de anclaje jurídico, puesto que no sólo no hay ningún precepto que otorgue a la jurisprudencia del Tribunal Supremo “fuerza vinculante”, sino que pone de manifiesto la existencia de normas que indican lo contrario, la independencia de los órganos judiciales. Explica que el art. 5 de la LOPJ establece que sólo tiene carácter vinculante la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional, de lo que se infiere que no la de otros tribunales, como el Tribunal Supremo. Asimismo, argumenta en esta línea sobre la base del art. 12.1º de la LOPJ, que prevé que los Jueces y Magistrados en el ejercicio de la potestad jurisdiccional son independientes a todos los órganos judiciales y de Gobierno del Poder Judicial. Hay otro dato que señala como detonante de su trabajo. El Acuerdo adoptado por el Pleno no Jurisdiccional del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2006, que proclama, según la autora, *contra legem*, la naturaleza “vinculante” para todos los Jueces y Tribunales de lo penal inferiores en el orden jerárquico, de los Acuerdos adoptados en los Plenos no jurisdiccionales de la Sala II del Tribunal Supremo. Y dice *contra legem* porque la figura de los Acuerdos se recoge en el art. 264 de la LOPJ, de 1 de julio de 1985, que, sin embargo, no establece el carácter vinculante de esta figura. MARTÍNEZ FRANCISCO interpreta, entiendo que muy acertadamente, que la figura de los Acuerdos, introducida por esta ley de 1985, se crea para evitar decisiones jurisprudenciales contradictorias en el seno de las diversas Secciones de un mismo órgano jurisdiccional. Esto es, pretenden garantizar un mínimo de coherencia interna en la praxis de los órganos jurisdiccionales compuestos de varias Secciones. Según explica con claridad desde las primeras páginas de su trabajo, tanto la STS de 11 de diciembre de 2001, como el citado Acuerdo de 2006 y el proyecto de reforma del art. 5 de la LOPJ (caducado en este momento) que pretende asignar fuerza vinculante a la doctrina jurisprudencial de la Sala II del Tribunal Supremo, ponen de manifiesto cómo el

legislador pretende diseñar un nuevo modelo de fuentes del Derecho, contrario a nuestro modelo jurídico.

Dejando muy claro el punto de partida y permitiendo adivinar, casi desde el principio, el de llegada, la autora divide el trabajo en tres capítulos (aunque en la Introducción habla de cuatro capítulos, probablemente porque se refiere a lo que fue su tesis doctoral y no lo que ha sido la publicación del trabajo). En el primero analiza los dos sistemas de fuentes del Derecho: el modelo romano-germánico de la *res iudicata*, al que se adhiere el ordenamiento español; y el modelo angloamericano de las “stare decisis” o “case law”. Evidencia la distinta naturaleza y eficacia de la jurisprudencia en uno y otro sistema. En el segundo capítulo parte de sus conclusiones del anterior y plantea la relación entre la jurisprudencia y los Plenos no jurisdiccionales del Tribunal Supremo, explicando el punto de partida de la cuestión a tratar: el cambio en el modelo de fuentes del Derecho; la sentencia de 11 de diciembre de 2001 y el Acuerdo de 18 de julio de 2006. Es en el capítulo tercero donde la autora analiza con detalle la figura de los Plenos no Jurisdiccionales del Tribunal Supremo, tanto su función y funcionamiento, como el análisis de sus contenidos, concluyendo con su posición sobre esta figura.

En el capítulo primero, MARTÍNEZ FRANCISCO explica de manera detallada el origen de ambos modelos jurídicos (pp. 27 a 52), así como las diferencias fundamentales en materia de fuentes del Derecho. De manera resumida: que en el modelo angloamericano las decisiones judiciales tienen un papel fundamental al entender el precedente judicial como un elemento de fuerza y seguridad jurídica y que al ser utilizado le está invistiendo de un plus de legalidad y legitimidad. En cambio, el modelo continental, parte de la idea de división de poderes y la necesidad de que estos fueran atribuidos a órganos autónomos para asegurar su independencia y libertad en el desarrollo de sus funciones (p. 43). En este modelo el principio de legalidad reafirma la división de poderes, puesto que la ley sirve como límite al poder punitivo del Estado y, por tanto, de garantía de los ciudadanos, que ven cómo el Estado queda limitado por la Ley, que proviene de la soberanía popular. El Juez pues está exclusivamente sometido a la Ley como ha sido recogido en distintos preceptos legales empezando por la Constitución de 1812 (arts. 242 y 245) hasta, en la actualidad, la Constitución española de 1978 que recoge el sometimiento del Juez a la Ley en su art. 117.1. El mandato constitucional se ve reforzado por la formulación de esta idea en otros cuerpos legales, como el art. 11.3 de la LOPJ o el art. 448 CP. Por tanto, en el sistema español de fuentes, la Ley es la principal fuente del Derecho, y subsidiariamente la costumbre y los principios generales del Derecho (así, art. 1, nº 4 y 5 del Título Preliminar del CC). La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que de modo reiterado establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la Ley (art. 1, nº 6 CC). Esta es la conclusión a la que llega la autora (pp. 87 a 88), después de analizar las distintas posiciones que se han mantenido tradicionalmente en la doctrina (pp. 52 a 87).

A la misma conclusión llega cuando se refiere en concreto a la jurisprudencia penal. En este caso, esta idea se ve subrayada por el art. 12.1º de la LOPJ que declara que los Jueces y Magistrados “en el ejercicio de la potestad jurisdiccional... son independientes respecto a

todos los órganos judiciales y de gobierno del Poder Judicial”, añadiendo que “no podrán los Jueces y Tribunales corregir la interpretación o aplicación del Ordenamiento Jurídico hecha por sus inferiores en el orden jerárquico judicial sino cuando administren justicia en virtud de los recursos que las Leyes establezcan”, así como, por el art. 5.1 de la LOPJ que aporta un criterio adicional (aunque a *sensu contrario*) a favor de la no vinculación de los Jueces y Tribunales a la jurisprudencia del Tribunal Supremo al proclamar sólo la subordinación respecto al Tribunal Constitucional. En este capítulo y después de analizar algunas teorías sobre la relevancia de la interpretación jurisprudencial (pp. 95 a 100) subraya el reconocimiento de que en nuestro modelo jurídico la jurisprudencia en general, y la jurisprudencia penal en particular, no es fuente del Derecho, sin embargo, pone de relieve la importancia que ésta tiene al realizar una labor “trascendental e insustituible en el proceso de concreción” del mandato normativo abstracto a la realidad social y al caso concreto, en definitiva, que la interpretación jurisprudencial es “un instrumento valiosísimo para poder adaptar la norma a la realidad social cuando la misma no contiene la deseada precisión” (p. 103). Aun así, entiende que la certeza jurídica absoluta, reclamada por la búsqueda de la seguridad jurídica, es un deseo difícilmente alcanzable.

El capítulo segundo es principalmente una exposición de su opinión sobre el papel de la jurisprudencia, así como del modelo de fuentes del Derecho. Analiza los dos elementos que han motivado su trabajo, la STS de 11 de diciembre de 2001 y el Acuerdo de 18 de julio de 2006. De ahí concluye, después de exponer las opiniones doctrinales de GARCÍA DE ENTERRÍA, DE LA OLIVA SANTOS, DÍEZ-PICAZO y GARCÍA-PABLOS DE MOLINA (pp. 157 a 165), que el sistema de fuentes del Derecho penal español está cambiando y la constatación de este hecho es el “proyecto de reforma del art. 5 de la LOPJ, por el que se pretende que Jueces y Tribunales apliquen Leyes y Reglamentos de acuerdo con la interpretación uniforme y reiterada que de los mismos haya realizado el Tribunal Supremo (...)” (p. 165). Esto, que parece un hecho, no es posible, señala, sin una modificación legal importante, como la reforma del art. 117 de la CE y del CC.

En el capítulo tercero, MARTÍNEZ FRANCISCO se concentra en el análisis de la figura de los Plenos no jurisdiccionales del Tribunal Supremo. Su origen se sitúa en el art. 264 LOPJ, que (en su Libro III del régimen de los juzgados y tribunales, Título III, de las actuaciones judiciales, Capítulo V, de la vista, votación y fallo), autoriza las reuniones o Juntas generales para lograr la unificación de la doctrina en la aplicación del ordenamiento jurídico. En este precepto se habilita a los Magistrados de las diversas Secciones de una misma Sala a reunirse con el fin de adoptar Acuerdos que no sean jurisdiccionales. De un análisis de otros preceptos de la LOPJ, como los contenidos en los arts. 244 y 245, concluye que los Acuerdos son resoluciones gubernativas y que no tienen carácter jurisdiccional. Su función es, según señala, apuntar criterios para unificar doctrina cuando existen posiciones diferenciadas o cuando hay que dar respuesta a novedades legislativas o cuestiones no planteadas con anterioridad en la Sala (p. 168), pero, en cualquier caso, para uso interno, con relevancia *ad intra*, manteniendo la reserva de la independencia para juzgar. Por tanto, concluye, los Acuerdos no pueden tener fuerza vinculante (p. 286).

Por otro lado, la inexistencia de un procedimiento establecido sobre la adopción y publicación de los Acuerdos, puede dar lugar a problemas de inseguridad jurídica, máxime cuando se tiene en cuenta cómo se está actuando en la práctica donde un Tribunal puede suspender el juicio hasta que el Pleno no Jurisdiccional solicitado por él no haya adoptado un Acuerdo sobre la cuestión planteada, sin que exista sobre esto, sobre la suspensión o el trámite de consulta, habilitación legal (pp. 217-219).

Sin embargo, es destacable la relevancia que ha cobrado en los últimos años esta figura de los Acuerdos. Desde el año 1991, en que se tiene noticia del primero, hasta la actualidad, han sido muchos, y sobre muy diversos temas, los Acuerdos que ha adoptado el Tribunal Supremo. MARTÍNEZ FRANCISCO incluye en este capítulo un elenco de los Acuerdos aprobados desde 1991 hasta el 30 de junio de 2012. Hace una clasificación de los Acuerdos según distintos criterios: Acuerdos que consolidan o que rectifican la doctrina jurisprudencial (pp. 220 a 222); Acuerdos a favor o contra del reo (pp. 222 a 224); Acuerdos que se apartan de la doctrina del Tribunal Constitucional (pp. 224 a 230); Juntas de la Sala II sin acuerdo (pp. 230 a 232); Acuerdos que autorizan “libertad de criterio” (pp. 232 a 233). Hace una importante labor de síntesis al recopilarlos según materias que afectan a asuntos tanto de la Parte General del Derecho penal (pp. 233 a 253) como de la Parte Especial (pp. 253-284). La autora recoge de manera expositiva los Acuerdos sin entrar a valorar los contenidos.

De lo anterior concluye la autora que se pone de manifiesto la tendencia expansionista de esta figura de los Acuerdos en nuestro Ordenamiento jurídico. Finaliza lo que ya apuntaba al principio de su obra: que son para uso interno de los Tribunales, que no pueden tener eficacia vinculante porque el Ordenamiento no lo ha previsto, y fundamentalmente porque conculcaría el sistema de fuentes propio de nuestro Ordenamiento Jurídico. Este cambio del sistema de fuentes, quebrando el principio de división de poderes al otorgar vinculación fuerte a la jurisprudencia, es lo que podría entenderse que propugnan algunas actuaciones de las que la autora ha partido en este trabajo y que han sido profundamente perturbadoras: la STS de 11 de diciembre 2001, el Acuerdo no jurisdiccional de 18 de julio de 2006 de la Sala II del TS y la proyectada reforma del art. 5 de la LOPJ.

Entiende, asimismo, que interesa mantener esta figura. Por tanto, «debería revisarse la legislación vigente para encontrar la manera de que estas “figuras jurídicas” puedan coexistir dentro de nuestro Ordenamiento».

Hay que agradecer a MARTÍNEZ FRANCISCO que haya escrito sobre una figura, la de los Acuerdos del Pleno no jurisdiccional del Tribunal Supremo, con una presencia importante en nuestro ordenamiento pero de la que no queda clara su naturaleza jurídica. Es precisamente éste el punto que considero más problemático de la figura de los Acuerdos, su naturaleza jurídica. Está claro lo que no son, pero no está claro qué son, o mejor, qué se pretende que sean. Ya ofrecí mi opinión hace unos años cuando me ocupé de esta figura (IÑIGO CORROZA/RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE, *Los Acuerdos de la Sala Penal del Tribunal Supremo: naturaleza jurídica y contenido [1991-2007]*, Barcelona, 2007, especialmente pp. 93 a

121). En este sentido se echa en falta en el libro de MARTÍNEZ FRANCISCO una propuesta sobre la naturaleza jurídica de los Acuerdos. Es cierto que deja claro que no son jurisprudencia, que no son ley y que no pueden vincular, pero no tanto qué es lo que son desde el punto de vista jurídico y lo que de ello se deriva. En su trabajo la autora parece que intuye que tras las actuaciones del Tribunal Supremo en el ámbito de los Acuerdos lo que hay es un intento de cambio del sistema de fuentes. Según entiendo, cree que se pretende que la jurisprudencia se convierta en fuente del Derecho. Sin embargo, ello exigiría un cambio no sólo del sistema de fuentes, sino principalmente de la naturaleza de los Acuerdos, porque queda claro, y así lo expone la autora en distintos momentos de su trabajo, que los Acuerdos no son jurisprudencia. Por tanto, primero tendrían que convertirse en jurisprudencia y después exigir a ésta carácter vinculante.

Estoy absolutamente de acuerdo con MARTÍNEZ FRANCISCO en que no tiene ninguna apoyatura legal la declaración por un Acuerdo, de que las decisiones que contiene son vinculantes, es más sería una declaración *contra legem*. Además, parece evidente que no puede ser un Tribunal el que se legitime a sí mismo, decidiendo unilateralmente el carácter vinculante de sus decisiones. Así como que la sentencia de 2001 de prevaricación por no seguir doctrina jurisprudencial sería contraria a nuestro Ordenamiento vigente. Estoy pues, en lo fundamental, de acuerdo con las conclusiones a las que llega la autora. Sin embargo, también echo de menos un análisis de los Plenos no jurisdiccionales de otras Salas del Tribunal Supremo, sobre todo, cuando el título de la obra hace alusión a los Plenos no Jurisdiccionales del Tribunal Supremo, no sólo a los de la Sala II. Considero muy interesante saber si el Tribunal Supremo ha mantenido las mismas posiciones en otros ámbitos del Ordenamiento, para poder concluir si el cambio de modelo es generalizado o es válido sólo para la jurisprudencia penal.

Por otro lado, entiendo que distorsiona el seguimiento del razonamiento dogmático de la autora la inclusión en medio del capítulo tercero de los Acuerdos y su contenido. Quizás hubiese resultado más práctico un anexo final en la obra con todos los Acuerdos. Asimismo, no me parecen claros los criterios de clasificación que hace la autora mezclando la diferenciación por materias con la de contenidos. Por otro lado, me sorprende el escaso contenido del apartado 7 de este último capítulo, puesto que me parece que es la clave para entender su opinión concluyente sobre la figura de los Acuerdos.

En cualquier caso, es cierto que los Acuerdos han tenido una gran relevancia en nuestro Ordenamiento y que se han utilizado abundantemente por el Tribunal Supremo, aunque sobre esto también hay que decir que, a pesar de la gran profusión con que se adoptaron en algunos momentos (por ejemplo, desde el año 1997 hasta 2009, ver gráfico en p. 192, teniendo en cuenta que sólo se recogen los de la Sala II), decaen a partir de 2010 (en ese año hay 8, 5 de ellos de la Sala II; en 2011 hay dos, uno de ellos de la Sala II; en 2012, dos, ambos de la Sala II; en 2013, 4, de los cuales tres de la Sala II (uno de ellos, sobre la 'Doctrina Parot' tras la sentencia del TEDH: el Acuerdo de la Sala General de lo Penal del Supremo, del 12 de noviembre de 2013)).

Entiendo, en definitiva, que no cabe duda de que los Acuerdos del Pleno no jurisdiccional del Tribunal Supremo son un instrumento sumamente interesante. Y también eficaz en su función, pero precisamente por esto requieren una regulación expresa y detallada. Y más vale antes que después, para evitar encontrarnos con decisiones que pongan en tela de juicio la legalidad vigente.

Recensión a Carmen Requejo Conde, *El delito de conducir sin permiso. Análisis jurisprudencial*, Bosch, Barcelona, 2013 (230 páginas).

María Victoria García del Blanco
Universidad Rey Juan Carlos

En las últimas décadas se viene produciendo, dentro del fenómeno de la expansión del Derecho penal la apelación cada vez más recurrente a éste como respuesta a una demanda social, aparente o real, centrada en la consecución de un ideal: el de la seguridad plena o máxima. Esto ha generado que el Derecho penal esté inmerso en un profundo cambio, presentando a veces notas de una administrativización que implica la pérdida de los límites que le son propios como *ultima ratio* del ordenamiento jurídico.

Y al Derecho penal, también al Derecho administrativo, se ha acudido en pos de una adecuada protección de la seguridad vial, cuando este bien jurídico se ha convertido en una de las prioridades de la agenda política los últimos años. La alarma social que generan las elevadas cifras de muertos y heridos con lesiones graves fruto de la siniestralidad en el tráfico, ha propiciado una política legislativa orientada a arbitrar medidas eficaces de control de este sector de riesgo bien con sucesivas reformas en la normativa administrativa como mediante una decidida y contundente utilización del Derecho penal: ampliando progresivamente el número de delitos y endureciendo el régimen punitivo de los ya existentes, fundamentalmente en torno a tres elementos: la velocidad, el alcohol y, por último, la conducción sin permiso.

La razón de su incorporación al Código penal no radica en considerarlo relevante de mayor siniestralidad vial, sino a la confesa intención de reforzar la eficacia preventiva del denominado carné por puntos, y extendiéndose a otras dos modalidades de conducción sin permiso que también se han considerado merecedoras de una atención jurídico penal específica: por privación judicial del permiso o por no haber obtenido nunca el permiso de conducir.

Precisamente en torno a este tercer pilar, esta reciente monografía aborda tanto el análisis de los interesantes problemas dogmáticos de la complicada figura delictiva incorporada por la LO 15/2007, de 30 de noviembre, en el art. 384 CP, dentro del Capítulo de los Delitos contra la seguridad vial, como de los problemas que se plantean en la aplicación a las diferentes situaciones reales en los tribunales. Complementa el análisis del derecho penal

material con una profunda y minuciosa perspectiva procesal. Y siempre teniendo en cuenta la marea de reformas legales, no sólo penales sino administrativas en materia de seguridad vial, que ha abierto nuevos interrogantes sobre el alcance aplicativo del art. 384 CP, entre sus diferentes modalidades, pero también en relación con otras conductas típicas, desobediencias, quebrantamientos de condena, problemas de transitoriedad de normas, etc.

La estructura de la monografía se divide en tres capítulos: 1. Orígenes y evolución histórica del delito de conducir sin permiso y perspectiva de derecho comparado. 2. El bien jurídico protegido. Naturaleza del delito. Elementos típicos del delito de conducir sin permiso. 3. Consumación del delito. Tipo atenuado del art. 385 ter CP por la menor entidad del riesgo causado. Participación en el delito. Circunstancias eximentes o modificativas de la responsabilidad criminal. Concurso del delito de conducir sin permiso con otros delitos. Consecuencias jurídicas del delito. Finalizando con las Conclusiones, Anexos jurisprudenciales y normativos, de sentencias y de normas no penales afines al delito y Bibliografía.

El índice inicial aborda todos los puntos esenciales en el estudio de los tipos en cuestión. Sin embargo, desde un punto de vista exclusivamente formal, considero que la delimitación elegida para la división en tres macro-capítulos no tiene clara justificación, cuando, por otra parte, cada uno de ellos se subdivide en tantos epígrafes como apartados tiene el título del Capítulo que los engloba. Quizás hubiera resultado más adecuado sistemáticamente y simplificaría su estructura.

El Capítulo I se dedica a la exposición de los Orígenes y evolución legislativa del delito de conducir sin permiso, desde sus orígenes anteriores a la LO 15/2007, pero sobre todo las dos últimas reformas posteriores a su reincorporación al Código penal, breve espacio de tiempo en el que ya ha sufrido dos modificaciones en el año 2010, ambas dirigidas a otorgar un mayor arbitrio judicial, directamente, en lo relativo a las penas, e indirectamente, al resultar afectado por el art. 385 ter y la eventual reducción en grado.

Este primer capítulo incluye además una perspectiva de Derecho comparado, analizando la regulación de Francia, Reino Unido, Alemania, Austria, Suiza y Portugal.

El Capítulo II aborda uno de los problemas centrales del delito de conducción sin carné, con las particularidades propias en sus diferentes modalidades: el bien jurídico protegido y la naturaleza del delito, exponiendo las diferentes opciones doctrinales al respecto. Dedicó el apartado II del Capítulo al análisis de los elementos típicos del delito, comenzando con una serie de definiciones de conceptos normativos (vía pública, vehículo a motor, conductor) pasando a continuación a las diferentes conductas típicas agrupadas bajo el art. 384 CP (A. Pérdida de vigencia del permiso o licencia por pérdida de la totalidad de los puntos asignados legalmente: la desobediencia a Autoridad administrativa; B. Privación cautelar o definitiva del permiso por decisión judicial: la desobediencia a la Autoridad judicial; C. Conducción sin haber nunca obtenido el permiso: la desobediencia a un

mandato legal). En el pormenorizado análisis que realiza la autora en cada uno de los tipos a los elementos que los conforman, resulta natural que podamos estar en desacuerdo con su opinión (por ejemplo, en la delimitación que realiza de supuestos de error de tipo y de prohibición en las pp. 77 y ss., que quizás necesitase al menos de mayor fundamentación) pero se debe valorar positivamente que no se limite a exponer opiniones ajenas.

Abundan las referencias doctrinales (quizás con mejorable técnica en las citas), pero fundamentalmente resulta enriquecedor, y que supone una nota característica a lo largo de toda la monografía, los abundantes ejemplos jurisprudenciales, tanto de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo como de Jurisprudencia menor (incluso de Juzgados de lo penal) que revela que la opción de nuestros Tribunales ante los diferentes problemas no está aun lo suficientemente asentada.

También es de destacar las continuas referencias a interesantes problemas prácticos que plantea la aplicación de la regulación penal o procesal como la administrativa, con transcendencia en el procedimiento administrativo sancionador e igualmente en el procedimiento penal; lo que refleja un profundo conocimiento de la realidad de los problemas que aborda, poniendo de manifiesto importantes lagunas punitivas o supuestos de dudosa legitimidad en la tipificación. De especial interés resulta, y se echa de menos en otros trabajos, la atención que le dedica al análisis de la normativa y jurisprudencia europea en casos de delincuencia transfronteriza.

Finaliza, en la misma línea práctica, abordando en el Capítulo 3 distintas cuestiones comunes a las tres modalidades delictivas. Analiza los problemas que se plantean en torno al *iter criminis* y al controvertido momento de la consumación del delito. Pronostica que el tipo atenuado del art. 385.ter CP por la menor entidad del riesgo causado resultará de escasa aplicación con relación al art. 384 que no requiere la existencia de riesgo alguno. Los problemas de autoría y participación en el delito, marcando las diferencias que en esta materia supone la tipificación penal con relación a la mera sanción administrativa al ampliarse el círculo de sujetos penalmente responsables también a los partícipes. En cuanto a las circunstancias eximentes o modificativas de la responsabilidad criminal, plantea la posibilidad e invocación de la eximente de estado de necesidad y de posibles errores de prohibición complicados de distinguir de los errores sobre los elementos normativos con configuran los tipos. También aborda la agravante de reincidencia y las consecuencias que le otorga la Circular de la FGE 10/2011. Afronta la solución concursal del delito de conducir sin permiso con otros delitos tanto si son otros delitos contra la seguridad vial como con otros tipos relacionados con la delincuencia vial, por ejemplo, las habituales falsedades documentales. Y por último, analiza las consecuencias jurídicas y la novedosa introducción del comiso.

Podemos concluir que nos encontramos ante una obra jurídica “con los pies en el suelo”, de marcado carácter práctico y que resulta de enorme utilidad a la hora de enfrentarse a la variada casuística que puede darse de la confluencia de la normativa administrativa y la penal.

**Recensión a María del Valle Sierra López, *La medida de libertad vigilada*,
Tirant lo Blanch, Valencia, 2013 (162 páginas).**

Luis Roca Agapito
Universidad de Oviedo

El libro que ahora recensiono constituye la tercera monografía (s.e.u.o.) que publica la Profesora de Derecho Penal de la Universidad Pablo Olavide de Sevilla María DEL VALLE SIERRA LÓPEZ. Aborda una cuestión en la que la Prof. SIERRA es una gran experta, no en vano su tesis doctoral (leída en junio de 1995) versó sobre las medidas de seguridad (*Las medidas de seguridad en el nuevo Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997). El bagaje científico que la autora demuestra en esta materia es sencillamente impresionante y ello se observa en lo sencillo de su lectura (lo cual no es fácil ante un tema de tanta complejidad científico-técnica), en lo exhaustivo de su análisis (no deja ninguna cuestión por examinar) y en la fuerza de convicción de sus argumentos (por lo que no le duelen prendas, cuando sea menester, en manifestar su opinión contraria a diversas soluciones adoptadas y defendidas, tanto en España como en el extranjero, frente al problema de la delincuencia peligrosa grave).

-I-

La monografía se divide en cuatro capítulos: una introducción, una exposición de los antecedentes legislativos, el análisis del modelo dualista de imposición conjunta de pena y medida de seguridad, y finalmente, el estudio de la regulación de la medida de libertad vigilada.

1. En la «Introducción» (pp. 11 y ss.) la autora pone de relieve cómo la medida de libertad vigilada se enmarca dentro de esa línea político-criminal que se denomina “Derecho penal de la seguridad o de la seguridad ciudadana” y cómo ha sido “la difusión que se ha dado en la sociedad al exagerado sentimiento de inseguridad, que se ve potenciado por la intensa cobertura mediática de los sucesos peligrosos o lesivos” lo que ha provocado esta cuestionable “modernización del Derecho penal”. Se mezclan sentimientos de inseguridad y de venganza, particularmente en los delitos sexuales y de terrorismo, que han llevado a preguntarse a nuestros políticos sobre qué hacer ante determinados delincuentes que, habiendo cumplido su pena, se siguen mostrando peligrosos. En este contexto es en el que la LO 5/2010, de 22 de junio, introdujo la libertad vigilada como medida de seguridad para combatir esa peligrosidad postpenitenciaria.

2. El segundo capítulo, que lleva por rúbrica «Punto de partida: la medida de libertad vigilada con anterioridad a la Ley de reforma 5/2010, de 22 de junio», examina los antecedentes históricos y legislativos (pp. 15 ss.) y también la legislación de la Unión Europea al respecto (pp. 50 ss.).

La Prof. SIERRA explica con un lenguaje claro y sencillo que la libertad vigilada no es una medida de creación nueva, sino al contrario, se pueden observar antecedentes en la Ley de Vagos y Maleantes de 1933 (pp. 16 ss.) y en el Derecho penal de menores (pp. 21y ss.). La primera fue un “instrumento político de segregación y represión social” (pp. 17 a 18), muy criticable en cuanto que recogía supuestos de peligrosidad predelictual, así como de peligrosidad social, y no sólo, como debe ser, de peligrosidad criminal postdelictual. El segundo contempla en la actualidad la medida de libertad vigilada en la LO 5/2000, de 12 de enero, teniendo ésta como finalidad principal la reinserción y el superior interés del menor, lo que otorga a la misma “un objetivo principalmente educativo”, siendo una medida de “usos” múltiples (p. 22).

En cuanto a los antecedentes prelegislativos inmediatos de la actual regulación, la autora sevillana analiza el Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 14 de julio de 2006 (pp. 25 ss.), el Proyecto de Reforma del Código Penal de 15 de enero de 2007 (pp. 28 ss.) y el Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 14 de noviembre de 2008 (pp. 36 ss.). Del primero destaca que es donde aparece por primera vez la medida de libertad vigilada, siendo considerada como “una pena restrictiva de derechos” y otorgándole un gran campo de actuación, ya que se podía imponer como sustitutiva de la pena de prisión y como pena complementaria. No obstante, su valoración “termina siendo muy pobre” no sólo en cuanto a sus objetivos, sino también a sus resultados (p. 27). Del Proyecto de Reforma de 2007 afirma que la regulación de la libertad vigilada es “muy similar a la del año 2006” (p. 29), aunque si bien la consideró como medida de seguridad, sin embargo, le otorgó “una naturaleza... ambivalente” (p. 31). De hecho, el prelegislador de 2007 tuvo en cuenta “una peligrosidad no basada ya en la comisión del delito, sino en la de los que pueda cometer en el futuro” (pp. 32 a 33), lo que convertía a la libertad vigilada en una medida de seguridad “predelictual” de dudosa constitucionalidad. Esta previsión le da pie a analizar la regulación actualmente vigente que prevé la posibilidad de internar civilmente al sujeto peligroso que habiendo cumplido una medida de seguridad de internamiento por la comisión de un hecho delictivo, sigue siendo peligroso (pp. 33 a 36), concluyendo que la remisión que se hace desde el ámbito penal al internamiento civil “tiene una finalidad exclusivamente terapéutica” (p. 36), pero que la indeterminación de su duración plantea serios problemas de seguridad jurídica y convierte a dicho internamiento en un “fraude de etiquetas”. Finalmente, del Anteproyecto de 2008 subraya que la libertad vigilada se calificó como “pena accesoria”, cumpliéndose después de la pena de prisión, pero previéndose sólo para delitos sexuales y de terrorismo. Respecto de esta regulación, analiza cuatro cuestiones: 1ª. Su naturaleza jurídica (si pena o medida de seguridad), porque “este no llamar a las cosas por su nombre colocó al propio prelegislador en posiciones duramente criticables” (p. 41), por ejemplo, la consideración de la libertad vigilada como pena accesoria suscita la cuestión de la obligatoriedad o no del tratamiento médico, como una de las obligaciones de la libertad vigilada, o cómo conjugar la imposición conjunta de la libertad vigilada y el sistema vicarial en el caso de semiimputables. 2ª. La confusión que provoca el que muchas de las obligaciones de la libertad vigilada coincidían literalmente con otras penas accesorias, hasta el punto que sólo dos quedarían como obligaciones novedosas o propias de la libertad vigilada: la de estar siempre localizable y la

presentación periódica en el lugar que se establezca, que es lo que vendría a justificar el nombre asignado a esta sanción. En cuando a estas novedades, califica de cínico al prelegislador cuando afirma que “la obligación de estar siempre localizable (máximo veinte años) no supone una lesión a derechos fundamentales del ciudadano” (p. 45). 3ª. La presunción de peligrosidad que recoge la libertad vigilada, instaurando un auténtico “Derecho penal de autor” (p. 46) para terroristas y delincuentes sexuales. 4ª. La competencia del Juez de Vigilancia Penitenciaria en orden a concretar el contenido de la libertad vigilada le parece lógica, pues hay que observarla desde la perspectiva de la libertad condicional y no desde el hecho que sea de ejecución post-penitenciaria. De este modo “se minimizarían los riesgos de contradicciones y sinsentidos” (p. 48).

Para finalizar este capítulo segundo, la Prof. SIERRA examina la Decisión Marco 2008/947/JAI, de 27 de noviembre, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones de libertad vigilada. Sin embargo, entiende que la libertad vigilada, como pena o medida de seguridad que se cumple con posterioridad a la pena, “no está contemplada” en dicha Decisión Marco (p. 53), aunque sí está prevista en varios países de la Unión, como Alemania, Francia e Inglaterra (p. 54).

3. En el tercer capítulo examina los presupuestos del «modelo dualista de imposición conjunta de pena y medida de seguridad como solución a determinada delincuencia peligrosa» (pp. 57 ss.), así como algunas manifestaciones de dicho modelo. Para ello primero expone la interpretación que la jurisprudencia española ha hecho de los presupuestos para la imposición de medidas de seguridad (pp. 59 a 61) y la singularidad de ciertos principios, como el de proporcionalidad en este ámbito (pp. 61 a 64). Luego pasa a analizar dos grandes manifestaciones de este modelo dualista, según que se refiera a la imposición conjunta de penas y medidas de seguridad privativas de libertad (pp. 65 y ss.) o junto a una pena privativa de libertad una medida privativa de derechos (pp. 92 y ss.).

Respecto de la primera posibilidad comienza por manifestar sus reservas, en cuanto “supone una violación del principio de tutela jurídica de la persona... y una clara lesión de los principios de proporcionalidad y certeza jurídica” (p. 66), aunque ello no le impide constatar que “en la actualidad, las necesidades de aseguramiento han provocado el auge y resurgimiento del sistema dualista rígido” (p. 67), cuya manifestación por excelencia vendría a ser la custodia de seguridad. En particular, la Prof. Sierra hace una muy detallada y aguda exposición del devenir de esta medida en Alemania (pp. 68 ss.), desde su conversión en 1998 en una medida de duración indeterminada, hasta la declaración de su inconstitucionalidad por el BVerfG en 2011 (pp. 82 ss.), pasando por la Sentencia del TEDH de 2009 que declaró contraria al Convenio Europeo de Derechos Humanos la aplicación retroactiva de la custodia de seguridad indefinida (pp. 77 ss.). Este análisis le lleva a cuestionarse la viabilidad de una custodia de seguridad en España (pp. 87 ss.), a lo cual, después de examinar algunas cuestiones técnicas (sujetos y concepto de peligrosidad especialmente grave) (pp. 88-90), responde negativamente en función de que se infringirían cuatro principios básicos: legalidad, proporcionalidad, *non bis in idem* y prohibición de penas inhumanas o degradantes (pp. 91-92).

En cuanto a la segunda posibilidad, la de combinar prisión y medidas de seguridad no privativas de libertad, la autora entiende que es una solución no menos “agresiva” y “preocupante” que la de la custodia de seguridad. Y en particular se detiene en dos manifestaciones concretas de esta solución dualista: la castración química (pp. 93 a 96), respecto de la cual se pronuncia rotundamente en contra si fuese obligatoria, y los registros públicos (pp. 96 a 98), de los cuales destaca su confrontación con el principio de dignidad de la persona al pretender la “degradación del sujeto como forma de provocar vergüenza y humillación en quien la sufre” (p. 97).

4. El último capítulo del libro, que se titula «El modelo español: pena y medida de seguridad no privativa de libertad (libertad vigilada)», examina la regulación de dicha medida en el Código Penal español (pp. 99 y ss.) y se divide en dos partes. En la primera parte la Prof. Sierra analiza el Derecho positivo y estudia cuestiones centrales de esta medida, como son: el concepto (pp. 104 y ss.), la naturaleza jurídica (pp. 107 y ss.), el fundamento (pp. 111 y ss.), los fines (pp. 113 y ss.), los sujetos a los que se aplica (pp. 115 y ss.), el contenido (pp. 122 y ss.), la individualización (p. 134 ss.) y la ejecución (pp. 145 y ss.). En la segunda, con la que se cierra el libro, la autora ofrece unas «alternativas a un cumplimiento racional de la medida de libertad vigilada» (pp. 154 y ss.).

En cuanto al *concepto* destaca que se trata de una “libertad bajo control” y que nada se ha establecido en CP español ni en el RD 840/2011 sobre la figura del agente o asistente en el cumplimiento de esta medida, lo cual es un grave defecto (p. 106). Por lo que a la *naturaleza jurídica* se refiere, considera que es una auténtica medida de seguridad y no una pena accesoria, como se había previsto en los antecedentes prelegislativos, y ello por cuatro razones (p. 109): el que sea postpenitenciaria, que su duración no se vincule a la pena principal, por su fundamento, y por motivos de prescripción. Señala también que no se podrá imponer la misma obligación como pena accesoria y como libertad vigilada, para no incurrir en *bis in idem* (p. 111). El *fundamento* de la medida de libertad vigilada lo constituye la peligrosidad criminal postdelictual (p. 111). En delincuentes inimputables y semiimputables dicha peligrosidad aparece vinculada a patologías del sujeto, pero en delincuentes imputables se presume al vincularla a la comisión de determinados delitos, con lo cual la autora señala que “se vulnera el principio de presunción de inocencia” (p. 112) y se les estigmatiza. Si a ello se suman los mecanismos que exacerbaban la pena de prisión, resulta que “la eficacia real de la nueva medida de libertad vigilada es más bien escasa, por no decir nula” (p. 113). En cuanto a su *finalidad*, subraya que lo que se persigue “no es la reinserción, sino el control del sujeto” (p. 114), aunque muestra sus dudas si se podrá cumplir dicho fin y le parece “decepcionante” que la peligrosidad del delincuente se pretenda conjurar sólo con el control permanente del sujeto, sin pretender la resocialización (p. 115). En cuanto a los *sujetos a los que se aplica*, distingue dos categorías: delincuentes inimputables o semiimputables, por un lado, y por otro, delincuentes imputables, entre los que se encuentran los delincuentes sexuales y los terroristas. Respecto de los delincuentes sexuales observa “cierta hipocresía por parte del legislador” (p. 117), al no admitirse causas de inimputabilidad por anomalía o alteración psíquica, pero por la vía de la libertad vigilada ofrecerle un tratamiento terapéutico. Respecto de los delincuentes terroristas

afirma que “su efecto simbólico es manifiesto, pero la efectividad práctica es prácticamente nula” (p. 119). Por lo que se refiere a los inimputables y semiimputables, considera que la duración máxima de la libertad vigilada vendrá determinada por la combinación de los límites establecidos en los arts. 6.2 y 105 CP, de tal modo que en general su duración máxima será de 10 años, salvo que en el caso concreto la libertad vigilada resultara más gravosa que la pena que hubiera podido imponerse (p. 120). Además, las reglas del sistema vicarial tienen primacía, son leyes especiales, sobre las reglas de ejecución de la medida en sujetos imputables de los arts. 192 y 579 CP (p. 121). En relación al *contenido*, la Prof. Sierra examina todas y cada una de las obligaciones o prohibiciones que puede comportar la libertad vigilada. De entre todas ellas destaca la obligación de estar siempre localizable mediante aparatos electrónicos que permitan el seguimiento permanente (pp. 123 y ss.), respecto de la cual considera que es “la más controvertida”, la “que más perturbaciones provoca” (p. 123), “la más incisiva” (p. 124), con una “regulación escasa” y que puede “llegar a solaparse” con otras obligaciones (p. 124). Concretamente, señala cómo esta obligación “exigirá un plan de ejecución”, que deberá llevarse a cabo “bajo el respeto de los derechos a la intimidad y la dignidad del sujeto” (p. 127), dado que se puede correr el peligro de convertirla en una sanción punitiva adicionada a su finalidad preventivo aseguradora y resocializadora. Por eso estima que la aplicación de este control telemático debe vincularse a los principios de subsidiariedad y proporcionalidad (p. 128). A la hora de analizar la *individualización de la medida* la autora destaca cómo la distinción que la ley hace entre los sujetos a los que se puede imponer conlleva asimismo un régimen distinto en cuanto a su imposición (pp. 135 y ss.), determinación de las obligaciones (pp. 143 y ss.), su ejecución (pp. 145 y ss.) o también en el incumplimiento (pp. 151 y ss.). Respecto del procedimiento para la imposición de la libertad vigilada a delincuentes sexuales y terroristas, la Prof. Sierra destaca dos errores en la redacción de la ley, que exigen una rectificación: 1) la diferente vinculación de la duración en los delincuentes sexuales, que es a la gravedad del delito, y en terroristas, que es a la gravedad de la pena (p. 137); y 2) que existe para los terroristas la posibilidad de cumplimiento simultáneo entre la libertad vigilada y la pena de prisión (p. 138). Por último, al examinar la *ejecución de la medida de libertad vigilada*, comienza con el examen del supuesto en que se produzca una variación en la peligrosidad del sujeto y destaca lo inoperante que resulta que “recayendo el peso de los conocimientos, seguimiento y valoración en el Juez de Vigilancia Penitenciaria, sea el Juez o Tribunal sentenciador quien finalmente decida” al respecto (p. 147). A continuación aborda los problemas que se suscitan en los casos en los que la medida de libertad vigilada se imponga conjuntamente con la pena de prisión, como son la compatibilidad o no de la suspensión de la pena con el cumplimiento de la medida (p. 149) o la compaginación de la libertad condicional o el tercer grado con la libertad vigilada (p. 150). En este punto destaca cómo se produce una paradoja y es que “el sujeto puede verse con un régimen de vida más restringido estando en libertad que durante el cumplimiento de la pena”, y entiende que “las obligaciones impuestas [como libertad vigilada] tendrían que tener una finalidad resocializadora y no asegurativa” (p. 151). Finalmente examina el régimen de incumplimiento de las obligaciones impuestas (pp. 151 ss.) y qué solución habría que dar a un problema no planteado ni resuelto por el legislador, como es aquel en el que el vigilado comete un delito durante el cumplimiento de la libertad vigilada (pp. 153 s.).

Concluye el libro con un excelente colofón formulando cuatro líneas político-criminales que deberían inspirar el «cumplimiento racional de la medida de libertad vigilada» (pp. 154 a 156):

- 1) No resulta conveniente decretar el cumplimiento de la libertad vigilada en casos en que el condenado hubiera disfrutado del tercer grado penitenciario o de la libertad condicional, ni tampoco cuando se hayan utilizado mecanismos de exacerbación de la pena de prisión. En un caso, porque no puede ser que el vigilado se encuentre en peores condiciones una vez cumplida la pena que cuando se cumple la libertad vigilada. En el otro, para no incurrir en una vulneración de los principios de proporcionalidad y de *non bis in ídem*: sobre la base de una mayor peligrosidad del sujeto se le exagera el cumplimiento de la pena y además se le impone y ejecuta la medida de libertad vigilada.
- 2) La presunción de peligrosidad debe ser rechazada y el fundamento de la medida debe pasar por la constatación de un pronóstico de peligrosidad individualizado.
- 3) Entre las reglas de naturaleza asegurativa o de corrección hay que elegir estas últimas. Entre los deberes de protección de la seguridad colectiva y los derechos de los individuos hay que decantarse por éstos.
- 4) Hay que apostar por programas de rehabilitaciones previstos en la legislación penitenciaria.

-II-

Aplaudo la orientación político-criminal de la Prof. SIERRA LÓPEZ y la suscribo plenamente, pues entiendo que la legitimidad de una medida no se consigue únicamente en un plano de utilidad (que también se podría cuestionar que la libertad vigilada sea útil, en lo que se refiere a la prevención especial, más bien considero que lo que puede producir son efectos generales positivos, sobre todo), sino que necesita también de una justificación valorativa. No todo lo que es útil es también, y por esa única razón, justificable. La utilidad necesita de una confrontación valorativa que la limite; y ese límite pasa por el respeto a la dignidad humana, en la medida en que se garanticen los principios de presunción de inocencia, de proporcionalidad, de *non bis in ídem*, y de humanidad y resocialización, cosa que con la actual regulación de la libertad vigilada no siempre sucede.

Ahora bien, no todo van a ser alabanzas o elogios para la autora de este libro. Si tuviese que poner algún pero, yo diría que uno se queda “con ganas de algo más” en ciertas partes del trabajo.

Particularmente considero que la autora debía haber profundizado más en el estudio del Derecho comparado (pp. 53 a 55), sobre todo, si como ella misma subraya “en Europa el sometimiento de determinados sujetos a controles postpenitenciarios está muy consolidado

y ha tenido una clara influencia en la decisión adoptada por el legislador español de 2010” (p. 55). Esta escasa atención a la legislación y práctica de otros países contrasta con el examen, mucho más detenido, que hace la Prof. SIERRA de la custodia de seguridad en Alemania (pp. 68-84). Aun así, esta parte del libro adolece de una grave laguna y es que apenas cita, por no decir que es prácticamente nula, la bibliografía germana.

También me ha parecido que a un lector interesado por esta cuestión le habría gustado poder leer más sobre las medidas de seguridad no privativas de libertad consistentes en la castración química y en los registros públicos (pp. 93-98). En particular, sobre la castración química he echado en falta una valoración de la experiencia llevada a cabo en Cataluña con el llamado eufemísticamente «Protocolo del tratamiento farmacológico coadyuvante en la intervención de los delincuentes sexuales», que nació de las recomendaciones de la conocida como “Comisión Mena” (Comisión de expertos creada para el estudio de las medidas de prevención de la reincidencia en delitos graves, entre cuyos miembros se encontraban el Fiscal Jefe José María Mena -presidente- y dos catedráticos de Derecho penal, entre otras personas) (véase la Recomendación 4ª, en *VVAA: Delitos sexuales y reincidencia*, CEJFE, Barcelona, 2009, p. 232).

Asimismo, y puesto que como la propia autora destaca, parece que la obligación de estar siempre localizable mediante aparatos electrónicos “viene a convertirse en la panacea en la lucha contra el delincuente peligroso” (p. 115), yo también habría hecho más hincapié en la exposición de dichas medidas de control telemático (pp. 126 a 127). Y en particular, creo que bien merecerían que se hubiese hecho una valoración político-criminal de las mismas, sobre todo, si tenemos en cuenta cómo han ido evolucionando: desde que surgieron más bien como alternativa a la prisión (tal sería el caso del tercer grado en arresto domiciliario), hasta convertirse en algo preocupante: en una cárcel sin muros (vigilancia electrónica permanente) o incluso en algo peor con los dispositivos interactivos de tercera generación, que aunque todavía están en estado experimental, probablemente en un futuro –esperemos que lejano– acaben implantándose, y que no sólo localizan al penado y transmiten información (geográfica o biológica) sobre él, sino que incluso son capaces de interactuar con él (por ejemplo, con descargas eléctricas o narcotizantes).

Por último, aunque sea una cuestión puntual y que la autora aborda a la hora de analizar la posibilidad de internar civilmente al sujeto peligroso (pp. 33 a 36), yo habría hecho también alguna referencia a la situación que se plantea tras la declaración de inconstitucionalidad del art. 763 LECiv por la STC 132/2010.

En cualquier caso, debo felicitar a la autora por esta obra, que va a resultar una referencia ineludible en los próximos años en el devenir de la medida de libertad vigilada, y a todo aquel interesado (por curiosidad o por obligación) en la citada medida, le recomiendo vivamente su lectura, porque en ella encontrará la respuesta a la mayoría de sus interrogantes, que seguramente no serán pocos.

*Reseñas***La doctrina penal del Perú: Manuales de Parte General de las últimas cuatro décadas**

Eduardo Ore Sosa
Universidad de Piura

Si cualquier obra debe ser valorada teniendo en cuenta el contexto o época en que fue creada, mal haríamos en juzgar un manual de Derecho Penal con total prescindencia del momento en que ha visto la luz. Por un lado, aunque respondiendo más bien a criterios didácticos, suele establecerse una secuencia de la evolución del concepto moderno de delito (clásico, neoclásico, finalista, funcionalista). Sin embargo, lo cierto es que el ámbito de influencia de una Escuela no puede ser limitado con una exactitud cronológica; como cuando, en una cuestión de segundos, podemos pasar de un año a otro. Asimismo, el Código penal, a diferencia de lo que sucede en el Perú de hoy, solía tener vocación de permanencia y no siempre iba al paso de la transformación de la sociedad, la coyuntura o, mucho menos, de la evolución de la dogmática. Realidad cambiante y evolución de las ideas, por un lado; la inercia de las normas, por otro. Estas variables, entre otras, quizás puedan ayudar a comprender la tesitura de las obras -manuales peruanos de Derecho Penal, Parte General de las últimas cuatro décadas- que, en este breve espacio, se han de reseñar.

No cabe duda de que el legado de Don Luis Alberto BRAMONT ARIAS, Catedrático universitario y Magistrado Supremo, bien puede percibirse no solo en la importante bibliografía producida, sino también en la formación de eminentes profesionales y especialistas del Derecho Penal; entre ellos, sus propios hijos, Luis Alberto, Luis Felipe y Luis Miguel, quienes, con plena confirmación de que lo que se hereda no se hurta, también han contribuido cada uno con artículos, monografías y manuales al desarrollo de la Ciencia Penal en el Perú.

Al margen de sus ediciones de 1950 [*La Ley Penal*] y 1972 [*Derecho Penal, Parte General*], donde pergeña diversas materias de la Parte General, es en su 3ª edición [*Derecho Penal, Parte General*, Lima, 1978] donde BRAMONT ARIAS incorpora el análisis del delito y la tipicidad, y en el que pone de manifiesto su concepto de delito. Así, la tipicidad no solo admitirá elementos externos u objetivos, sino que también es el lugar idóneo para ubicar elementos normativos (“ilícitamente”, “indebidamente”) y subjetivos (los *animi*). La culpabilidad no constituirá para él mera conexión psicológica entre el hecho y su autor, sino que configura un “juicio de reprobación del orden del Derecho directamente sobre su autor”. BRAMONT ARIAS reconoció siempre como “inspirador y guía” a Luis JIMÉNEZ DE ASÚA. De esto, no puede resultar extraño que su concepción del Derecho penal se erigiera básicamente sobre las bases neoclásicas del delito. Por lo mismo, fue crítico del finalismo, pues en él, a su entender, no parecía tener cabida “sin quiebra de su lógica, el delito culposo, en que el fin de la acción es irrelevante desde el punto de vista jurídico”.

Muchos años después, a la honorable edad de ochenta y cinco años, el maestro sanmarquino publicaría un nuevo manual [*Derecho Penal Peruano (Visión histórica), Parte General*, Ediciones Jurídicas Unifé, Lima, 2004], donde presenta una nueva estructura de la teoría del delito y en el que considera que el Derecho Penal se ve informado por principios y derechos que encuentran anclaje en la Constitución y normas internacionales de Derechos humanos, los mismos que perfilan algunas categorías o elementos de la dogmática penal. Se percibe, en esta obra, la influencia del pensamiento funcional teleológico; tendencia mayoritaria en los tiempos que corren.

Distinguido Catedrático de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Raúl PEÑA CABRERA tampoco asumió un esquema finalista del delito, optando más bien por el sistema neoclásico. De este modo, en su manual [*Derecho Penal Peruano. Parte General*, Lima, 1977], reconoció en el tipo la presencia de elementos anímicos o normativos (indebidamente, cosa mueble, ajenidad); admitió que en la antijuricidad no bastaba la contradicción del hecho con el ordenamiento jurídico, sino también la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos (“los comportamientos que no lesionan ni ponen en peligro bienes jurídicos, quedan excluidos de una valoración ilícita”); sostuvo que la culpabilidad era más que un hecho psicológico (“los elementos psicológicos que contienen el dolo y la culpa no agotan la esencia de la culpabilidad”), pues entendía que la culpabilidad venía a ser un juicio normativo, de valor o de reproche. La base del reproche, a entender de PEÑA CABRERA, se sostenía en la exigibilidad: poder exigir al agente una conducta ajustada a derecho.

Un año después, aparece un nuevo manual [José HURTADO POZO, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, Lima, 1978]. Estamos ante otro hito del Derecho penal peruano. El Profesor Hurtado Pozo desarrolla con amplitud y rigor cada uno de los elementos de la teoría del delito, siempre con anotaciones jurisprudenciales, lo que hizo de este manual un importante referente para los alumnos y profesionales del Derecho. Se trata de una obra muy moderna para su época, pues, gracias a su estancia en el Max Planck-Institut, el autor tuvo como fuente las ediciones en idioma original de la doctrina alemana. Resultaría difícil adscribir este manual a una determinada Escuela, pues, valorando las distintas opiniones o corrientes de pensamiento penal de ese entonces, HURTADO POZO construyó esta obra articulando su concepto de delito a partir del concepto social de acción –“es [el] que mejor explica la realidad de este elemento del delito y ofrece una base conveniente para la elaboración de la Teoría del delito”–, pero con atención, lejos de cualquier recepción automática de lo “novedoso”, a otros planteamientos dogmáticos. La preocupación por una adecuada interpretación de las normas de la parte general del Código Penal de ese entonces explica las múltiples referencias al Derecho penal suizo, lo que obedece a que el Código de 1924 tuvo como “influencia más intensa e importante” los Proyectos suizos de la segunda década del siglo pasado. El Magistrado Supremo y docente universitario Víctor PRADO SALDARRIAGA acompaña al maestro HURTADO POZO en la última edición de su manual (*Manual de Derecho Penal, Parte General*, Lima, Idemsa, 2011); lo hace con un extenso e impecable desarrollo de las Consecuencias Jurídicas del Delito.

La década de los ochenta culmina con la aparición de un nuevo manual: *Lecciones de Derecho Penal*, Cultural Cuzco, Lima, 1990, del Profesor Felipe VILLAVICENCIO TERREROS. La importancia de esta obra no puede ser puesta en duda. Bajo un esquema próximo a la escuela finalista, estamos ante el primer manual peruano donde el estudio del dolo se hace en el ámbito del tipo. Asimismo, el autor analiza los distintos elementos de la teoría del delito, a excepción de la culpabilidad (en posteriores ediciones completaría esta ausencia), incluyendo el estudio de la imputación objetiva. Es de destacar la referencia que hace VILLAVICENCIO TERREROS a los mecanismos alternativos de solución de conflictos (v. gr. el practicado por las comunidades campesinas, las rondas y las etnias de la amazonia peruana), lo que plantea la problemática del reconocimiento de nuestras comunidades ancestrales, por un lado, y la observancia del principio de legalidad y la prohibición de la justicia paralela, por otro.

Algunos años después de la entrada en vigor del Código Penal de 1991, Luis Miguel BRAMONT ARIAS TORRES nos hace entrega de un nuevo manual (*Lecciones de la Parte General y el Código Penal*, Editorial San Marcos, Lima, 1997). Dirigido básicamente para estudiantes, hace un recuento de la teoría del delito, de la pena y las consecuencias jurídicas del delito con mucha soltura y con una estructura dogmática ya asumida mayoritariamente por la doctrina nacional. En las restantes ediciones de esta obra, el muy tempranamente desaparecido Profesor de la Pontificia Universidad Católica y otras universidades del país incorporó el análisis de las constantes modificaciones operadas en nuestra la legislación penal.

A fines de los noventa, el Magistrado Supremo y Catedrático universitario Javier VILLA STEIN publicó su 1ª edición de *Derecho Penal, Parte General*, Editorial San Marcos, Lima, 1998 (su 4ª edición ya está en prensa). De manera esquemática y precisa, el maestro sanmarquino hace un repaso por los principales conceptos y tópicos de esta “ciencia social normativa” denominada Derecho penal. Refiere que el fin del Derecho penal es la protección de los bienes jurídicos, “pero mediante estabilización de la norma penal para que sirva de imperativo de conducta a los ciudadanos y se les motive, preventivamente”. Entiende que los postulados de un Estado liberal –que no social, acentúa– y democrático de Derecho exigen “el máximo de garantismo en materia penal, dado que éste se torna verdaderamente severo y eficaz en salvaguarda de los bienes jurídicos penales”. Desarrolla ampliamente las consecuencias jurídicas del delito con gran claridad expositiva y sin temor de ir más allá de lo políticamente correcto: “consideramos que penas privativas de libertad cortas, de 2 días a más, o de unos pocos meses, pueden cumplir importante papel de prevención general y especial, amén de la estabilización de la norma penal”.

Hijo de un ilustre jurista y dueño de una gran elocuencia, Alonso Raúl PEÑA CABRERA FREYRE hace, en una voluminosa obra (*Derecho Penal, Parte General*, 2 vol., Idemsa, Lima, 2004), un detallado recorrido por todos los temas que hoy ocupan cualquier manual de Derecho Penal. Crítico del funcionalismo sistémico muy en boga por estas latitudes, PEÑA CABRERA FREYRE, desde el contexto de un Estado social y democrático de derecho, asume la línea que concibe como función del Derecho Penal la protección de bienes jurídicos. De

esto, y siempre con atención a los límites que se desprenden de los valores y principios de nuestro ordenamiento constitucional, el autor se decanta por una función preventivo ecléctica de la pena.

Mención aparte merece la obra del Profesor Percy GARCÍA CAVERO (*Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, Grijley, Lima, 2008), no sólo por su claridad expositiva, por su rigor metodológico o por exponer su postura personal en cada uno de los institutos del Derecho Penal, sino también por acoger por primera vez en un manual de Derecho Penal (cfr. también GARCÍA CAVERO, *Derecho Penal Económico, Parte General*, Universidad de Piura-Ara Editores, Lima, 2003) la postura funcionalista trazada por el Profesor Günther JAKOBS. En efecto, apartándose de aquella línea preventiva que reconoce como cometido del Derecho Penal la protección subsidiaria de bienes jurídicos, GARCÍA CAVERO apuesta por la teoría de la reestabilización –la pena se ordena al mantenimiento de las expectativas normativas esenciales– por responder mejor al sentido de la pena. Bajo esta premisa, la *acción* no vendría a ser más que “aquello que comunica socialmente la defraudación a la norma”, exigiendo atención a todas las particularidades de la acción penalmente relevante.

Según este modelo funcional, la imputación de responsabilidad penal se conformaría a partir de la infracción de roles jurídicamente relevantes, a saber, el rol general del ciudadano y los roles especiales; lo que sirve de base para la determinación de las distintas categorías del delito. Consecuentemente, por señalar algunos ejemplos, la tipicidad subjetiva la configura en función a las competencias de conocimiento que se desprenden del rol –general o institucional– en la medida de que sean exigibles. Desgajado del aspecto volitivo, el dolo no sería más que conocimiento de la generación de un riesgo prohibido: “es conocimiento sobre la defraudación de la norma suficiente para llevar a un ciudadano fiel al Derecho no emprender la acción riesgosa o interrumpir un suceso riesgoso”.

GARCÍA CAVERO funda la autoría, en clave normativista, en la competencia por la infracción del rol general del ciudadano (organizarnos de manera libre sin dañar a los demás) o de un rol especial (instituciones en cuya virtud algunas personas responden de la existencia o aseguramiento de un bien). Quien infringe un deber especial, dando lugar a un delito de infracción de deber, responderá siempre a título de autor. Quien quebranta el rol general de ciudadano, configurando un delito de dominio, puede responder a título de autor o partícipe residiendo la distinción en criterios cuantitativos: “en una mayor o menor gravedad de la infracción del rol en función de la mayor configuración del injusto penal”. Así, la teoría del dominio del hecho, adoptada por la gran mayoría de penalistas nacionales de las dos últimas décadas, pierde terreno en una obra que sigue la línea funcionalista del Profesor de la Universidad de Bonn.

Los manuales reseñados –a los que se podrían añadir diversas monografías y artículos que deben ser omitidos por escapar al objeto de la presente reseña– no solo muestran la preocupación por construir un sistema acorde con la identidad normativa de la sociedad peruana, sino también a tratadistas críticos del devenir de nuestro sistema punitivo; así pues, también entre nosotros podemos afirmar que tiene futuro la dogmática penal.