

## *ExLibris*

Sección coordinada por Pablo Sánchez-Ostiz

### **Recensiones**

Manuel Gómez Tomillo, *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2ª ed., Thomson-Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2015, por Víctor Gómez Martín.

Christoph Möllers, *Die Möglichkeit der Normen. Über eine Praxis jenseits von Moralität und Kausalität*, Suhrkamp, Berlín, 2015, por Pablo Sánchez-Ostiz.

Marc Salat Paisal, *La respuesta jurídico-penal a los delincuentes imputables peligrosos: especial referencia a la libertad vigilada* (monografía asociada a la Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal, núm. 30), Thomson-Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2015, por Pilar Otero González.

### **Réplica**

A la recensión de Ramon Ragués i Vallès a *La prescripción de la pena tras la reforma del Código Penal de 2015* (InDret 4/2015), por Sergi Cardenal Montraveta.

### **Reseñas**

Obras generales de Derecho penal portugués, por Mário Ferreira Monte y Pedro Freitas.

## Recensiones

**Recensión a Manuel GÓMEZ TOMILLO, *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2ª ed., Thomson-Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2015, (289 páginas).**

**Víctor Gómez Martín**

Universidad de Barcelona

1. Como es sabido, la bibliografía que en los últimos tiempos se ha ocupado entre nosotros de la interesante cuestión de la responsabilidad penal de la persona jurídica es prácticamente inabarcable. Menos abundante es la que lo ha hecho de modo detallado. Todavía más escasas son las referencias doctrinales que se han dedicado al desarrollo del tema con el nivel de profundidad alcanzado por la excelente monografía de Manuel GÓMEZ TOMILLO, que aquí se recensiona. Tal y como reza su subtítulo, la segunda edición de la obra, que ahora nos ocupa, constituye la actualización de la primera (2010) a la reciente reforma de Código penal operada por la LO 1/2015, de 30 de junio. Esta modificación legal ha traído consigo una profunda transformación del sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica, en particular en lo relativo a la llamada eximente de *Compliance*. El trabajo de GÓMEZ TOMILLO realiza un completo análisis de la reforma, por lo que es de prever que se convierta en referencia de ineludible consulta para la exégesis del nuevo texto legal.

2. La actualización de la monografía sigue la estructura de la edición de 2010. Empieza con un análisis político-criminal introductorio (pp. 19 ss.), para seguir con un estudio penológico sobre los fines de las penas para corporaciones (pp. 35 ss.) con referencias constantes al Derecho administrativo sancionador, con el que el sistema de responsabilidad penal para la sociedad limita estrechamente, y sobre la que, como es sabido, GÓMEZ TOMILLO también es consumado especialista. Tras un apartado dedicado al concepto jurídico-penal de persona jurídica (pp. 51 ss.), el autor se adentra, en lo que constituye la auténtica zona medular de la monografía (pp. 66-228), en una de las cuestiones sin duda más controvertidas en este ámbito: la construcción de una teoría del delito para personas jurídicas paralela a la clásica teoría del delito para personas físicas. La obra que nos ocupa finaliza con una amplia referencia al sistema de responsabilidad civil de las personas jurídicas por delitos imputables a ellas (pp. 243 ss.). En las líneas que siguen se realizará una breve reseña de este importante trabajo, con particular atención a un concreto aspecto político-criminal y su ya mencionado núcleo duro dogmático.

3. Con anterioridad a la LO 5/2010, la doctrina española aludía de forma creciente a la supuesta existencia de *lagunas de punibilidad* y a la necesidad de que las mismas quedasen colmadas a través de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En este sentido, se afirmaba que la incidencia del principio de división del trabajo en la empresa conduciría a la

disociación de los elementos de información, poder de decisión y actuación ejecutiva en diferentes personas de la sociedad. Hasta el punto de que tal circunstancia podría ser, de hecho, no sólo aprovechada, sino incluso provocada por la sociedad, derivando todo ello en situaciones de *ignorancia deliberada* o *irresponsabilidad organizada*. La empresa se convertiría, de este modo, en un complejo y opaco centro de operaciones tendente a una cierta *irresponsabilidad institucionalizada*. En este contexto, no es de extrañar que GÓMEZ TOMILLO considere que la depuración de responsabilidades individuales devendría un proceso prácticamente condenado al fracaso (pp. 76 s.).

4. En relación con el argumento de la “irresponsabilidad institucionalizada”, lo cierto es que ni ésta tiene lugar siempre, ni cuando ocurre la respuesta más adecuada es la pena. Frente a la insatisfactoria –y compartible– consecuencia de que depurar responsabilidades individuales en una empresa no siempre resulta sencillo, se impone la necesidad, por una parte, de mejorar los mecanismos forenses de investigación de los hechos delictivos empresariales, y, por otra, de articular criterios de imputación de responsabilidad individual en estructuras organizativas complejas que permitan realizar correctamente aquella función de depuración. Frente a ello, la (siempre fácil) salida de hacer responder a la sociedad, además de constituir –como se mencionará *infra*– una solución claramente desproporcionada, bien podría acabar provocando una *cierta relajación en la persecución* de quien realmente habría cometido el delito, esto es, la persona física, al grito de “siempre nos quedará la empresa”.

5. Como es sobradamente conocido, los partidarios de la responsabilidad penal de las personas jurídicas se dividen entre quienes se muestran favorables a un sistema de autorresponsabilidad, de acuerdo con el cual la sociedad respondería penalmente por un hecho penal propio; y quienes entienden que la persona jurídica debe responder con pena por el delito cometido por una persona física que la represente o actúe bajo el ámbito de dominio de quienes lo hagan. Del mismo modo que sucede en la primera edición de su monografía, GÓMEZ TOMILLO defiende un sistema de responsabilidad por el hecho cometido por la persona física, atribuible a la persona jurídica cuando ésta incurra en un defecto de organización. A diferencia de otras construcciones, en la defendida por GÓMEZ-TOMILLO el elemento relativo al defecto de organización no sirve de base al injusto de la sociedad, sino a su culpabilidad (pp. 74 ss.).

6. En referencia al modelo de la heterorresponsabilidad, o de responsabilidad vicarial, el autor se ocupa, en particular, de la vía de atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica consistente en la responsabilidad de la sociedad por delitos cometidos por empleados *sometidos a la autoridad* de los representantes legales o sujetos con capacidad de decisión, organización o control de la persona jurídica. Este supuesto podría ser contemplado como un caso de responsabilidad de la persona jurídica por *omisión del deber de vigilancia*. En pura hipótesis, tal omisión podría producirse dolosa o imprudentemente (*culpa in vigilando*). No obstante, la *responsabilidad imprudente* de la sociedad resulta problemática.

Por una parte, debe advertirse que el Código penal prevé un sistema de *numerus clausus* de incriminación de la imprudencia (art. 12 CP) y que ni en el *art. 31 bis.1.b) CP*, ni en los correspondientes preceptos de la Parte Especial se hace referencia expresa a que la persona jurídica pueda responder por la comisión de delitos imprudentes. Por otra, tanto en el art. 31 *bis* como en los respectivos artículos de la Parte Especial el *marco penal* es *único*, con lo que si la sociedad pudiese responder por comportamientos tanto dolosos como imprudentes se produciría una evidente *vulneración del principio de proporcionalidad*. Además, el precepto tampoco distingue entre imprudencia leve y grave. Ante todo ello caben tres alternativas interpretativas. La primera es excluir del precepto los supuestos de responsabilidad imprudente. La segunda consiste en admitirlos, pero únicamente cuando se trate de *imprudencia grave*. En este contexto, GÓMEZ TOMILLO entiende que en el precepto se hallarían incluidas tanto la responsabilidad dolosa como la imprudente, y en este segundo caso tanto la grave como la leve, aunque el aplicador del Derecho deberá tener en cuenta la diferente gravedad del hecho para la determinación de la pena (pp. 110 ss.).

7. Ciertamente, los enormes problemas dogmáticos que plantea la defensa de un concepto de delito distinto para la persona jurídico construido con apoyo en equivalentes funcionales parecen desaparecer cuando lo que se sostiene es que las personas jurídicas no responden por lo que ellas mismas hacen, sino por lo que hacen las personas físicas que actúan en su nombre o representación. Desde esta perspectiva, el hecho delictivo cometido por el representante o administrador no es ni más ni menos que una acción típica, antijurídica y culpable, tal y como tradicionalmente ha venido sosteniéndose desde la teoría del delito de la responsabilidad individual. El objeto de discusión se encuentra, entonces, en si el elemento que conecta el hecho de la persona física y el de la persona jurídica (poder de administración o representación de la persona jurídica, actuación en su provecho, etc.) puede constituir base suficiente para entender que el principio de personalidad de las penas (responsabilidad por el hecho propio) queda intacto. En opinión de GÓMEZ TOMILLO esta pregunta debe ser contestada *negativamente* (p. 81).

9. Pese a mostrarse en conjunto contrario a la compatibilidad del modelo de transferencia con el principio de personalidad de las penas, GÓMEZ TOMILLO entiende que “también en el Derecho penal de las personas físicas se atribuyen hechos de unos sujetos a otros que no los han cometido directo-corporalmente, como ocurre con la coautoría y la participación mediata” (p. 79). Ciertamente, a excepción de lo que ocurre en los llamados delitos de propia mano, en el Derecho penal de las personas físicas también pueden ser autores del delito, ciertamente, sujetos que no han realizado de forma directo-corporal la conducta típica. Sin embargo, nadie en la doctrina ha afirmado que el castigo como autor de quien utiliza a otro para cometer el delito o quien, puesto de acuerdo con otro, realiza una parte esencial del plan durante la fase ejecutiva del *iter criminis*, atente contra el principio de personalidad de las penas. Tanto uno como otro realizan el hecho delictivo (“conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento”, dispone el art. 28 CP), y desde ningún punto de vista puede defenderse que tal hecho no sea hecho propio del autor.

10. Sea como fuere –y como ya se ha adelantado– a criterio de un sector doctrinal, del que forma parte GÓMEZ TOMILLO, las razones político-criminales invocadas a favor de la responsabilidad penal de las personas jurídicas no encontrarían obstáculo en una supuesta imposibilidad dogmática de construir un concepto de delito válido no sólo para personas físicas, sino también para sociedades. Tal paso se daría mediante la elaboración de una *teoría jurídica del delito paralela para personas jurídicas*. El resultado de la misma vendría representado por un concepto de delito constituido por elementos que, en realidad, no serían sino *equivalentes funcionales* de las diferentes categorías del delito cometido por personas físicas. De acuerdo con este planteamiento, todos y cada uno de los elementos que conforman la definición general de delito para las personas físicas encontrarían en la persona jurídica su correspondiente equivalente funcional. Ello sucedería en aquellas empresas con el suficiente grado de complejidad interna como para atribuirles un nivel de autorreflexión, autorreferencialidad y autorresponsabilidad comparables a la conciencia de las personas físicas. Entendidas como sistemas organizativos compuestos por decisiones o como reproducciones continuas de decisiones, del mismo modo que sucede con personas físicas cabría reconocer a las personas jurídicas libertad de organización y, en correspondencia, responsabilidad por organización.

11. Así, la *acción*, entendida para las personas físicas como comportamiento humano voluntario y externo, tendría su correspondencia en la *capacidad de organización* de la persona jurídica. Desde otro planteamiento, también GÓMEZ TOMILLO reconoce capacidad de acción a la persona jurídica con apoyo en el concepto de acción como manifestación de la personalidad de Claus ROXIN (pp. 66 ss.). En lo que se refiere a la tipicidad, el elemento central de su parte objetiva, la relación de riesgo que necesariamente debe existir entre la acción y el resultado, esto es, la *imputación objetiva*, que en el caso de la persona física consiste en la creación de un riesgo típicamente relevante mediante la conducta típica y en la realización de dicho riesgo en el resultado, para persona jurídica vendría representado por el conocido elemento del *defecto de organización*. En cuanto a la tipicidad subjetiva, el equivalente funcional al dolo sería el *conocimiento organizativo del riesgo empresarial*. Por fin, en la persona jurídica la culpabilidad residiría –desde este planteamiento– en una determinada *cultura empresarial de infidelidad al Derecho* o, más concretamente, de incumplimiento de la legalidad. Es culpable, de este modo, aquella empresa cuya actividad no se encuentra orientada a generar su propia fidelidad al Derecho, destinando recursos al efecto. En un sentido próximo, aunque desde otra perspectiva, GÓMEZ TOMILLO fundamenta la culpabilidad de la empresa en el defecto de organización, considerando que la culpabilidad de la empresa consiste en un “juicio de censura que se formula frente a una persona jurídica porque ha omitido la adopción de las medidas que le son exigibles para garantizar un desarrollo ordenado y no infractor de la actividad relativa al hecho de la empresa” (pp. 135).

12. A mi entender, en el caso de que el Tribunal Constitucional finalmente se vea obligado a pronunciarse sobre la conformidad del art. 31 *bis* CP con la Constitución Española, los argumentos a favor de la autonomía de la responsabilidad penal de la persona jurídica –

expuestos *supra*- harían sin duda sus delicias, en orden a la aplicación de las ya conocidas reglas constitucionales de la conservación de los preceptos y la deferencia hacia el legislador penal. No obstante, considero altamente dudoso que tal interpretación del precepto resulte viable. Desde mi punto de vista, y en contra de lo defendido en su monografía por GÓMEZ TOMILLO (p. 19), a pesar de que las LO 5/2010 y 1/2015 parecen derogar para el Derecho español el principio *societas delinquere nec puniri potest*, lo cierto es, sin embargo, lo siguiente: de los dos sub-principios que cabe derivar del principio *societas delinquere non potest* y *societas puniri non potest*, la reforma únicamente dejaría sin efecto, en cierto sentido, el segundo, dejando en pie, en cambio, el primero. Puede afirmarse, por tanto, que también tras la LO 1/2015 en Derecho español *la persona jurídica sigue sin poder cometer delitos*. No en vano, así lo reconoce el propio GÓMEZ TOMILLO, que entiende que el delito por el que responderá la persona jurídica debe ser cometido, por tanto, por una persona física como consecuencia de la inobservancia del control debido por parte de otra persona física (pp. 63 ss.).

13. Por lo demás, y aunque no constituye éste el lugar adecuado para extenderse con detalle en la crítica de todos y cada uno de los elementos que acaban de ser expuestos, debe destacarse que el criterio del *defecto de organización* de la persona jurídica no resulta, en mi opinión, en modo alguno aceptable como equivalente funcional de la creación de un riesgo típicamente relevante y su realización en el resultado, que integra la *relación de riesgo entre la acción y el resultado* en la teoría del delito de las personas físicas (pp. 69 ss.).

14. Por una parte, del mismo modo que sucede con la acción de la persona jurídica, que requiere necesariamente de un comportamiento humano, en el caso del defecto de organización también se precisará que sea una persona física, y no una jurídica, la que incurra en dicho defecto organizativo (pp. 69 ss.). Así, por ejemplo, si –como entienden algunos autores– para comprobar si un delito trae o no causa de un defecto organizativo empresarial resulta necesario analizar si en la empresa se ha implementado o no un programa de cumplimiento penal, o si el programa implementado es o no eficaz en la prevención de la comisión de delitos, ocurra lo que ocurra siempre será imputable a una o varias personas físicas que actúen en nombre o representación de la compañía. Así, la decisión de no adoptar protocolo de cumplimiento alguno, la de implementar uno completamente insuficiente como operación de maquillaje publicitario, la de implantarlo formalmente y no cumplirlo materialmente, o la falta de control suficiente del órgano encargado de velar por su efectivo cumplimiento (*Compliance Officer*) siempre será imputable a alguna persona física con capacidad de decisión en la empresa. Las sociedades no se organizan o desorganizan solas: las organizan o desorganizan algunas de las personas físicas que actúan en su nombre o representación. No en vano, incluso algún autor partidario de la responsabilidad penal de la persona jurídica reconoce abiertamente que, en el sistema penal español, el injusto imputado a la persona jurídica equivale, en realidad, al injusto de la persona física que actúa en su nombre o representación (pp. 74 ss.).

15. Pero es que incluso aunque se creyera –como si de un dogma de fe se tratase– que son las propias personas jurídicas, y no las personas físicas que las administran o que actúan en su nombre o representación, las que incurren en defectos de organización, resulta extremadamente discutible que dichos defectos puedan equivaler, por sí mismos, a la creación de riesgos típicamente relevantes para los bienes jurídicos protegidos en los delitos para los que está prevista la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Por seguir con el ejemplo de los protocolos de cumplimiento: admitiendo la existencia de un deber técnico general de cuidado consistente en que la empresa debe tener cubiertos los riesgos penales que razonablemente puedan derivar en alguno de los delitos para los que está prevista la responsabilidad penal de las personas jurídicas, ¿es realmente aceptable que la simple inobservancia de tal supuesto deber (por ejemplo, mediante la completa omisión de todo protocolo o la implementación de un protocolo insuficiente) constituya un riesgo típicamente relevante de estafa, insolvencias punibles, daños informáticos, delitos contra la propiedad intelectual e industrial, el mercado y los consumidores, delito de blanqueo de capitales, delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social, delitos urbanísticos, delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros o delitos contra el medio ambiente? ¿Se trata de una relación de riesgo suficiente (por ejemplo, desde la perspectiva de la teoría de la adecuación)? Y en el (negado) supuesto de que así fuera: ¿será siempre posible acreditar la existencia de una relación de causalidad entre el defecto organizativo y el resultado lesivo del bien jurídico? Comparto la opinión de GÓMEZ TOMILLO de que la respuesta a estas preguntas debe ser, necesariamente, *negativa*.

16. Ya antes de la LO 1/2015, algunos autores, entre los que se contaba GÓMEZ TOMILLO, se habían mostrado partidarios de que pudiera llegar a eximir de responsabilidad penal a la empresa la circunstancia de que la sociedad dispusiera de un *programa de prevención de delitos* (pp. 131 y 133). Afirmaba el autor que nos ocupa, con razón, que no tenía ninguna lógica que en los casos en los que la implementación del programa de cumplimiento penal tuviera lugar con posterioridad a la comisión del delito la misma tuviera como consecuencia una atenuación de la pena y, en cambio, cuando la empresa tuviera implementado dicho programa con anterioridad al delito tal circunstancia no sirviera para eximir de responsabilidad criminal (p. 142). La LO 1/2015 ha disipado por completo las dudas sobre la capacidad eximente de los programas de prevención de delitos, dando la razón a quienes, como GÓMEZ TOMILLO, ya venían reconociéndola.

17. En relación con el art. 31 *ter*.2 CP, la referencia a las “circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado” del art. 31 *ter* CP no resulta –tampoco aquí– en absoluto inequívoca. Una interpretación *contrario sensu* del precepto conduciría a entender que en un supuesto hipotéticamente imaginable de comportamiento justificado de la persona física representante de la empresa ésta no respondería con pena. De tal circunstancia podría desprenderse la conclusión de que la LO 5/2010 podría haber optado –del mismo modo que sucede con los intervinientes personas físicas que se encuentran en una relación de autoría-participación– por un *modelo de accesoriadad limitada* de la persona jurídica con respecto a la

persona física que actúe en su nombre o representación. En este sentido, GÓMEZ TOMILLO llega a ver en la cláusula prevista en el art. 31 *ter*.2 CP un posible paralelismo para la responsabilidad penal de las personas jurídicas de la cláusula establecida en el art. 65.1 CP para las personas físicas (p. 192). No obstante, no puede descartarse en absoluto que en el art. 31 *ter* CP el legislador haya empleado el término “culpabilidad” en un sentido más amplio, tal y como sucede, por ejemplo, en el art. 65.3 CP. Además, si, como entiende GÓMEZ TOMILLO, la culpabilidad de la persona jurídica se fundamenta en el elemento del defecto organizativo de la empresa, es altamente dudoso que dicho elemento sea una de las “causas de naturaleza personal” a las que alude el art. 65.1 CP. Se trataría, antes bien, de uno de los elementos consistentes “en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarla”, recogidos en el art. 65.2 CP.

18. Como ya se ha apuntado, de la idea de que el modelo de responsabilidad penal de la persona jurídica consagrado por la LO 5/2010 sería un modelo de responsabilidad por defecto de organización de la sociedad un sector doctrinal extrae la siguiente conclusión: acreditada por parte de la empresa la ausencia de todo defecto de organización por parte de la empresa, la responsabilidad penal de la misma desaparecería por principio. De esta tesis se deduciría, seguidamente, que en los casos de responsabilidad penal de la sociedad tendrá lugar una *inversión de la carga de la prueba*: cuando se comete uno de los delitos para los que está prevista responsabilidad penal de la sociedad *se presumiría su culpabilidad*, correspondiendo a la empresa demostrar su diligencia. Esta postura es defendida en la doctrina por GÓMEZ TOMILLO (pp. 182 ss.).

19. Por supuesto, no es objeto de discusión a quién corresponde acreditar la concurrencia de circunstancias eximentes. Jurisprudencia constante declara, a este respecto, que la carga de la prueba de las eximentes corre a cargo de la parte procesal que las alega, esto es, de la defensa. Así las cosas, en un procedimiento sustanciado por la eventual responsabilidad penal de una sociedad, la prueba de la concurrencia de alguna causa que pueda eximirla de responsabilidad penal corresponderá a la representación legal de la sociedad misma. Ello no obstante, en el negado supuesto de que cupiera fundamentar la responsabilidad penal de una persona jurídica con apoyo en la existencia de un defecto de organización, la ausencia del mismo nunca podría ser contemplada como una eximente. Si el defecto de organización de la sociedad constituyera un elemento fundamentador del injusto en los supuestos de responsabilidad penal de personas jurídicas, es evidente que una aplicación lógica del principio acusatorio conduciría, necesariamente, a afirmar que tal elemento debe ser probado por la parte que invoca su concurrencia, esto es, por la acusación. Llegar a la conclusión opuesta, esto es, a que es la defensa la que tiene que demostrar que no ha existido defecto de organización alguno, supone una inaceptable *inversión de la carga de la prueba*, sin que, además, se justifique de ninguna manera por qué debe producirse la misma en el Derecho penal de la persona jurídica y no, en cambio, en el de la persona física. ¿Por qué razón resulta inconcebible que el defecto de organización pueda presumirse en casos de persona física y no, en cambio, que en supuestos de personas jurídicas quepa presumir la antijuridicidad en

la conducta y la culpabilidad en el sujeto, colocándose a ésta en situación de auténtica *probatio diabólica*? No es correcto, por ello, a mi entender, el argumento de GÓMEZ TOMILLO, según el cual “en la práctica, no resulta factible que recaiga sobre la acusación la prueba de un elemento negativo: la ausencia de una organización defectuosa. Lo contrario supondría cargar a la acusación con una imposible *probatio diabólica*” (p. 182). Como es evidente, la acusación no tendría que probar “la ausencia de una organización defectuosa”, sino todo lo contrario, su existencia, mientras que la prueba del elemento negativo sí correspondería, en cambio, al acusado.

**Recensión a Christoph MÖLLERS, *Die Möglichkeit der Normen. Über eine Praxis jenseits von Moralität und Kausalität*, Suhrkamp, Berlín, 2015 (464 páginas).**

**Pablo Sánchez-Ostiz**

Universidad de Navarra

Christoph MÖLLERS es profesor de Derecho público en la Humboldt Universität de Berlín, con especial dedicación al Derecho constitucional y la Filosofía del Derecho. A sus publicaciones sobre Filosofía del Estado, teoría de la democracia y de la división de poderes, entre otras, se suma ahora este libro sobre la teoría de la norma. Su autor trata de detectar la normatividad latente en el uso de normas sociales (p. 11), y buscar un concepto de norma no condicionado por nuestras concepciones habituales de lo normativo (p. 65), distanciado de lo moral, así como de las sanciones. Propone así un concepto de norma (social y, por tanto, jurídica) basado en dos pilares: la *posibilidad*, frente a la facticidad, y la *indicación* de que esa posibilidad se haga realidad. De ahí el título –intencionadamente con doble sentido– del libro (no es que se plantee si las normas son posibles o no, sino que la norma se refiere, por definición, como una de sus dos notas esenciales, a algo todavía susceptible de ser realizado); en cambio, el prometedor subtítulo (“Sobre una praxis más allá de moralidad y causalidad”) expresa menos el contenido de la obra.

Su contenido se estructura en tres partes (I. “Problemas”, II. “Conceptos” y III. “Rendimientos”), cada una de ellas, dividida en dos capítulos. Tras una introducción sobre el planteamiento a llevar a cabo, comienza exponiendo los que considera déficits de las concepciones usuales sobre la normatividad (cap. 1), y las posiciones de ciertos autores a propósito de la relación entre lo normativo y lo empírico (cap. 2). Sigue la parte central (“Conceptos”), en la que propone su idea de norma (cap. 3, el principal) y las condiciones de su viabilidad (cap. 4). Concluye tratando del significado y función social de las normas (cap. 5) y algunas tareas o desarrollos posibles (cap. 6).

En el cap. 1 se describen críticamente planteamientos más o menos recientes sobre el concepto de norma. En concreto, se expone la *reducción* del concepto de norma como razón para la acción (calificado como “individualismo de la norma”), propio de algunas posiciones de la Filosofía analítica, desde Toulmin; la vinculación, también *restrictiva*, de la norma como característica del actuar racional (“racionalismo de la norma”); la *ontologización* de las normas como objetos abstractos (“platonismo normativo”); o la *ampliación* de la idea de norma a las afirmaciones descriptivas (“pannormativismo”); y finalmente la *confusión* de las normas sociales con las morales (“moralización normativa”). Ninguno de estos planteamientos sirve, en opinión de MÖLLERS, para lograr definir de manera acabada la norma. Para perfilar su posición, se refiere también, en el cap. 2, a cuatro posiciones filosóficas que yerran por sobredimensionar lo empírico. Así, en primer lugar, la posición de KANT, pues al sublimar la norma no jurídica estaría “empirizando” las jurídicas; también, en segundo lugar, las posiciones de quienes someten la norma a un proceso de sobreempirización. Por un lado,

HUME, quien al derivar las normas de preferencias subjetivas estaría destruyendo la normatividad; pero también así en el planteamiento de FOUCAULT, quien asigna a la “normalización” (distinta de la “normación”, o emisión de normas) la tarea de adecuar las prácticas de los sujetos mediante técnicas de “seguridad”; y finalmente el enfoque del realismo moral, que entiende la norma como un “*Faktum*”. Según el autor, la praxis social de lo normativo tiene anclaje empírico, en espacio y tiempo, y eso no puede soslayarse. Antes de adentrarse en su propuesta, cierra esta I parte –crítica y destinada a delimitar el problema– un epígrafe intermedio, de relevante contenido y que no conviene pasar por alto (pp. 97-121). El autor se refiere a seis pares conceptuales que han de intervenir, conjuntamente y sin excluirse, para que una definición de norma resulte plausible. En concreto, no puede olvidarse que las normas tienen que ver con prohibiciones coercitivas, pero también con su razonabilidad; son imperativos y a la vez exigen reconocimiento; tienen carácter normativo, pero sin olvidar lo fáctico; requieren algo de conocimiento como también de construcción; unas veces son producto de continuidad y otras expresan una cesura en las prácticas sociales; se mueven entre la generalización y la individualización.

En los dos capítulos de la II parte (“Conceptos”) expone MÖLLERS su concepto de norma. El cap. 3 se centra en los dos elementos de la norma: las normas se componen, por un lado, de una “posibilidad” (“*Möglichkeit*”: pp. 131-155) y, por otro, de una indicación (“*Markierung*”, o “*Realisierungsmarker*”: pp. 155-171) de que dicha posibilidad se haga realidad (así, en pp. 125, 127-28, 171, 239, 305, 395, 402, entre otros lugares). La *posibilidad* pertenece a lo normativo hasta el punto de que no hay norma allá donde no exista la variable de su seguimiento, como también de la opción de infringirla (p. 153); esta posibilidad no se refiere sólo a acciones, sino también a estados o situaciones (pp. 140-141); y abarca tanto el conocer que algo puede pasar, como el desconocer si algo sucederá (concepto epistémico de posibilidad, p. 150). Por su parte, la *indicación* supone la valoración positiva sobre la realización de esa acción concebida como posible (pp. 128, 156). Con ambos elementos de la norma, expresa MÖLLERS: “Caracterizamos como normativas a aquellas prácticas con las que se expresa una afirmación de llevar algo a cabo, una *aspiración* [exactamente: “*Proeinstellung*”, “*pro-attitude*”, concepto tomado de DAVIDSON] *de que llegue a hacerse realidad un estado posible*” (p. 157). Dicha concepción de la norma no exige que lleve aparejadas sanciones en sentido estricto (p. 171). En el cap. 4 se refiere a las condiciones de operatividad de las normas: cierto grado de formalización (no hace falta que sea plasmada en un texto), apertura al futuro, relación (no necesaria sin embargo) con un espacio delimitado. Separa ambos capítulos un epígrafe intermedio (pp. 238-270), dedicado a cuestionar en qué medida los parámetros de la estética pertenecen a la esfera de lo normativo, y que –en mi opinión– no tiene la misma trascendencia que el ubicado al final de la parte I.

La III parte (“Rendimientos”), ya de más breve contenido, se destina a describir algunas consecuencias de su planteamiento. Así, en el cap. 5, titulado “significado y función de las normas sociales”, se refiere a cuestiones como la de si hay normas fundamentales que proporcionan cohesión a una comunidad (pp. 414-415), su no necesaria vinculación a

sanciones, la relación de norma y Ordenamiento, norma y valor, norma, deber y derecho, o el papel de las normas como factores de integración social (pp. 418-422). Y en el cap. 6, bajo el título de “Perspectivas de la investigación”, relativiza el papel de la investigación empírica referida a prácticas sociales sobre el concepto y operatividad de las normas (pp. 436-440); y sobre todo cuestiona nuestras expectativas sobre las normas, pues siempre serán factores inseguros, por posibles (pp. 448-450). Ahí, en esa posibilidad de las normas –nuevamente, un retorno al título de la obra–, radica su ser y su grandeza. No se puede pedir más a las normas pero tampoco menos.

Una precisión en cuanto a su método de argumentación y exposición. Es positivo que a menudo el autor procede con avances y retrocesos, como volviendo atrás para cerciorarse de que todo está bien dicho, para ganar en plausibilidad (baste cfr. p. 164). Además, como modo de acceder a la realidad objeto de estudio, propone cierto “distanciamiento”, que en nuestra materia supone de alguna manera desnormativizar –o “paralizar”– el objeto, para captar su realidad y funcionamiento (cfr. pp. 62-65, 126, 398-399, 448, 454-455, 457). Pienso que sus referencias a la Estética, Derecho canónico, Sociología, Política..., vendrían a ser un cambio de perspectiva para ampliar el foco y mejorar la comprensión del concepto (p. 177, entre otras).

A mi juicio, *Die Möglichkeit der Normen* no es una obra de investigación en la que el autor deba demostrar su propia capacidad con el fin de habilitarse o acreditarse para una determinada categoría. Se trata más bien de un *ensayo* en el que parecen volcarse varios años de estudio e interés por ese instrumento que empleamos con tanta profusión, pero que en igual medida se halla necesitado de definición. Por eso, en esta obra prima la bibliografía seleccionada o específica, sobre la sobreabundancia de datos eruditos; prevalece su posición original, sobre la demostración de dominio de la doctrina. Todo esto se da por supuesto, y los temas tratados y las ideas planteadas, así como sus autores de referencia, son muestra de que estamos ante una obra que merece ser tenida en cuenta. A juzgar por lo variado de la doctrina citada, cabe afirmar que la obra encierra varios registros, que reflejan preferencias del autor. Así, junto a la doctrina propia de su ámbito de conocimiento, las referencias a la Estética, Sociología, Derecho canónico, Política..., no son un mero alarde de erudición, sino consideraciones sobre la normatividad en otros sectores. De entrada, no son aportaciones desdeñables.

Hasta aquí la exposición del planteamiento de MÖLLERS. A dicha propuesta podrían plantearse algunas objeciones. En concreto, me refiero a algunas ausencias; también a alguna posición que me parece discutible; y finalmente a una valoración de su relevancia para la teoría del Derecho penal.

En primer lugar, es llamativo que una obra tan seria y profunda no se adentre, sin embargo, en temas propios de la *lógica deóntica*, una materia que a mi modo de ver el autor resuelve demasiado pronto o brevemente (pp. 11, 279 y 398): las condiciones de viabilidad y coordinación entre normas pueden aportar mucho a la relación entre obligaciones positivas y

negativas, por ejemplo; o para dilucidar el papel de las permisiones, fuertes y débiles; si se trata de una opción consciente, entonces su planteamiento estaría prescindiendo de un área del saber que tiene mucho que decir en esta materia, y que podría aportar plausibilidad a sus propuestas. También se echa en falta una mayor discusión sobre dos clases de normas como son los *principios y reglas* (no obstante, pp. 297 ss., 410, 444); sobre todo, partiendo de que la distinción es más que conocida para el autor, ya que ha sido en la doctrina alemana del Derecho público en donde se ha desarrollado con profusión; por eso, llama la atención que los principios parezcan reducirse a meros criterios morales de corrección y reconocimiento de lo normativo (una perspectiva de la que el autor desea distanciarse: p. 63) y no se trate de auténticas modalidades de normas; en todo caso, no estaría de más que en una obra sobre las normas (sociales y jurídicas) se tratara de ese par conceptual que tanto ha dado que hablar en Derecho constitucional. También sería deseable, a pesar de su prevención en p. 16, un tratamiento más por extenso de la operación de *aplicación (Anwendung)* de las normas (sí, en pp. 302, 400 y 413, entre otras), un tema que conectaría con la hermenéutica y teoría de la interpretación (aquí, el lector no encuentra referencias a autores como Friedrich MÜLLER o Arthur KAUFMANN), áreas que bien podrían aportar mucho a la posición de MÖLLERS.

Además, en segundo lugar, me parece discutible alguna de sus posiciones. En particular, me refiero a la posición sobre las *sanciones* y, en particular, el carácter penal de ciertas normas (pp. 170 ss., 395, 449). En concreto, aunque a la esencia de una norma no pertenecen las sanciones entendidas en sentido estricto, no cabe desconocer la virtualidad que despliegan y lo peculiar del mecanismo de motivación que una sanción ofrece. Es difícil que la posibilidad de las normas no cuente con un factor de motivación tan intenso como las sanciones; ciertamente no es el más relevante, dado que también la posibilidad de las normas penales se confirma en la alta tasa de ciudadanos que no comenten delitos por motivos diversos, pero hay que reconocer la relevancia que en sociedad damos a las sanciones en sentido tanto formal (penales y administrativas), como informal. Por otra parte, en comparación con el interés que ha suscitado el tema de las normas en la doctrina penal, la *bibliografía* al respecto resulta escasa (las referencias se reducen principalmente a las recogidas en pp. 159, 171, 174, 309, 310, 329, 358, 370, 449). En este sentido, las discusiones de los penalistas sobre injusto objetivo o subjetivo, norma de determinación o de valoración (sí mencionado en p. 369, pero poco explorado), injusto y culpabilidad, por ejemplo, podrían aportar mucho en una obra como esta. De todos modos, se podría pensar que los desarrollos de nuestra doctrina sobre las normas han estado muy enfocados hacia los problemas que las categorías sistemáticas de la teoría del delito suscitan, y se ha cerrado el debate con otras disciplinas que tenían mucho que decir; en cierto modo, habría que reflexionar sobre esta concentración de la discusión, y plantear si es la doctrina penal la que ha de abrirse a otros enfoques. Con todo, la larga tradición de la discusión penalista, y su apertura evidente a ámbitos como la Filosofía analítica o la lógica deóntica, por ejemplo, bastarían para rechazar ese reproche de haberse centrado en sí misma.

En tercer lugar, tengo la impresión de que el concepto de *imputación* empleado por MÖLLERS es el kelseniano, una opción legítima y justificable. Pero conviene no desconocer otros planteamientos sobre la doctrina de la imputación, como la doctrina clásica de la *imputatio*, presente en KANT sin ir más lejos, cuya *Metaphysik der Sitten* da muestras del autor de conocer (pp. 67-76, 235-237). De lo contrario, se puede incurrir en alguna mezcla o superposición de dos operaciones claves en el mundo de las normas: la de imputación y la de aplicación; y a su vez, ambas operaciones conectan con sendas funciones de la norma como motivación y valoración, respectivamente. En la imputación en el sentido de KELSEN, como conexión funcional de una consecuencia con la norma que le sirve de presupuesto, se entremezclan los factores de valoración de la acción (con funciones de medición de la conducta llevada a cabo) y los de imputación de dicha acción (con funciones de atribución y reproche). La opción por una concreta concepción sobre el juicio de imputación no debería llevar a ignorar los avances que otros planteamientos pueden aportar; y ahí de nuevo aparece el Derecho penal, cuyos conceptos de injusto, culpabilidad, reproche o motivación, por ejemplo, pueden aportar mucho en una obra sobre las normas. Es más, la idea de posibilidad sobre la que pivota en parte el concepto de norma, apela más bien a la función de motivación, y menos a la de valoración; pero entonces se podría abordar más por extenso la función del reproche que se deriva del no seguimiento de la conducta posible esperada; o la inveterada cuestión de si existe la norma para el sujeto incapaz de seguirla. No era este el propósito del autor desde el inicio, pero eso es lo que me parece discutible: que pueda percibirse la normatividad desde tal distanciamiento pleno de lo moral y lo penal.

Estas objeciones no quitan mérito a una obra como esta. El gran mérito de este ensayo radica, a mi modo de ver, en lo ambicioso de la empresa que se propone, lo avanzado de alguno de sus planteamientos, y las consecuencias que cabe extraer. Su autor ha sabido mirar a la radicalidad de las normas como factores de posibilidad: de que las acciones humanas se den en una u otra dirección, o que no se den siquiera. Lo cual las hace instrumentos ciertamente débiles, pero en eso radica su grandeza en el ámbito de la libertad. Se trata de una obra escrita con la aspiración de que sea leída con atención: a fin de cuentas, ¿no eso es lo normativo?

**Recensión a Marc SALAT PAISAL, *La respuesta jurídico-penal a los delincuentes imputables peligrosos: especial referencia a la libertad vigilada* (monografía asociada a la Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal, núm. 30), Thomson-Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2015 (417 páginas).**

**Pilar Otero González**

Universidad Carlos III de Madrid

Aunque siempre haya existido una cierta tensión entre el Derecho penal de la *culpabilidad* y el Derecho penal de la *peligrosidad*, no se nos escapa el cambio de paradigma que está sufriendo en la actualidad nuestra política criminal fundamentalmente desde la reforma del Código penal efectuada por LO 5/2010 y muy especialmente a raíz de la reforma operada por la LO 1/2015, inclinando la balanza hacia el lado de un “peligroso” *Derecho penal de la peligrosidad*. Esta nueva concepción del Derecho penal está provocando, entre otros efectos, una profunda crisis del sistema dualista, que, como es sabido, pretendía establecer una nítida distinción entre penas y medidas, cuando resulta evidente que los contornos entre ambas consecuencias del delito están cada vez más desdibujados.

El ejemplo más claro de esta disolución de fronteras entre pena y medida está representado por la catalogada “medida” de libertad vigilada, cuando se aplica a delincuentes imputables peligrosos, que se impone en sentencia –junto a la pena privativa de libertad– para su cumplimiento posterior una vez extinguida la pena de prisión, lo que la convierte en un *tertium genus* entre pena y medida, rompiendo el rígido binomio establecido hasta ahora: medida de seguridad aplicable a los peligrosos inimputables frente a pena impuesta en función de la culpabilidad por el hecho, aplicable a los imputables.

Esta nueva apuesta habría necesitado una explicación extensa acompañada de una reforma legal profunda y fundamentada del sistema de medidas de seguridad, que el Legislador no se ha atrevido a abordar.

Pues bien, de esta figura tan absolutamente novedosa y necesitada de profundo estudio y reflexión, y de todo el entorno que conlleva su aplicación a sujetos imputables, se ocupa la obra de Marc SALAT PAISAL, quien sí se ha atrevido a “hincar el diente” a tan compleja realidad normativa. Y lo hace además con la maestría y estilo que reconocerá cualquiera que haya leído algún trabajo suyo.

En efecto, en su artículo «La regulación de la libertad vigilada en la proyectada reforma del Código penal», *Revista de Derecho y Proceso penal*, (34), 2014, pp. 121-140, tuvo la fortuna de comprobar la clarividencia del autor a la hora de identificar el núcleo de cada problema y de darle respuesta de forma clara, concisa y convincente.

Ahora repito esta percepción en la obra objeto de análisis, que constituye el contenido esencial de su tesis doctoral.

Lo primero que llama la atención es que la obra no sigue el esquema metodológico de una tesis doctoral tradicional, pues lejos de empezar por los antecedentes de la figura –lo que constituiría el método habitual de este tipo de trabajos–, por el contrario, comienza explicando contundentemente desde sus primeras páginas (cap. I, pp. 33-63) el modo de proceder de los medios de comunicación y su influencia en este cambio de paradigma del Derecho penal a través de la labor de información interesada y sensacionalista sobre determinados casos de delincuentes peligrosos imputables. Como explica acertadamente el autor, esta reiteración de noticias sobre la delincuencia es utilizada por los medios en su propio beneficio incrementando la sensación de inseguridad ciudadana. Una vez creada esta opinión pública, caracterizada por la creciente preocupación por el delito/delincuente, se traslada sin solución de continuidad a los poderes públicos exigiéndoles continuas reformas legislativas para incrementar las penas de determinados delitos. Junto al poder decisivo de los medios de comunicación destaca el trabajo el papel activo que desempeñan los grupos de presión en este cambio de rumbo de la política criminal, especialmente los grupos de presión de víctimas, caldo de cultivo para que el poder político a través de su política legislativa consiga suculentos réditos electorales.

Este análisis, minucioso y acertado, no es meramente expositivo sino crítico con cada una de las fases de este engranaje, que el autor avala además con datos porcentuales sobre la percepción por parte de la opinión pública de la delincuencia y la inseguridad ciudadana, comparándolas con las demás preocupaciones de la sociedad española. Su aportación estadística, absolutamente necesaria para comprender y explicar cualquier fenómeno, no suele ser habitual en el campo jurídico, lo que hace a esta obra más útil si cabe aún. El manejo riguroso de estas fuentes junto con el análisis de la utilización por los medios de casos criminales como el del “segundo violador del Eixample” o el caso “Mari Luz” resultan necesarios y esclarecedores para explicar la introducción de la medida de libertad vigilada. Así, Marc SALAT demuestra (pp. 56-63) la falta de reflexión y de rigor del Legislador a la hora de justificar la introducción de esta figura, motivada no por ningún estudio serio de criminalidad sino por la repercusión mediática de estos y otros sucesos criminales, y la consiguiente presión sobre el poder político para que adopte rápidamente soluciones eficaces.

Los capítulos II y III se dedican al estudio del Derecho comparado (capítulo II a Estados Unidos y capítulo III a otros estados ocupando desde la p. 65 a la p. 276). Aunque en un principio pudiera parecer que la dedicación a este estudio resulta desequilibrada en relación con la menor extensión de los otros capítulos, enseguida el lector se da cuenta de que la descompensación está justificada, en la medida en que la libertad vigilada no es una creación original de nuestro Derecho penal. Como es sabido, desde hace casi dos décadas los países de nuestro entorno –tanto desde el sistema continental como muy especialmente desde el

anglosajón- han adoptado determinadas formas de libertad vigilada, concebidas también muchas de ellas como medidas de seguridad de forma complementaria a la pena, dirigidas a contrarrestar el estado de peligrosidad manifestado en la comisión de hechos delictivos (particularmente de los denominados *sexual predators*). Desde esta perspectiva, necesaria para comprender el alcance de nuestra libertad vigilada, el autor hace un recorrido exhaustivo y profundo por la legislación comparada deteniéndose especialmente en el Derecho de la *Common Law*.

En este trayecto, Marc SALAT no se limita a una traducción más o menos automática de los preceptos que contienen estas figuras sino que –y esta es su principal aportación que la diferencia de otros estudios sobre el Derecho comparado– analiza su aplicación práctica, su eficiencia y sus objetivos, para llegar a unas desalentadoras pero acertadas conclusiones –con las que coincido plenamente– que pueden resumirse en las siguientes: en primer lugar, comenzando por el análisis del Derecho en Estados Unidos y por lo que respecta a las medidas privativas de libertad, las leyes de *three strikes and you're out* no cumplen ninguna finalidad preventiva sino que los datos empíricos que maneja y el análisis jurídico derivado de los mismos conducen al autor a rechazar de plano este tipo de medidas, porque cumplen una única finalidad simbólica desprovista de cualquier finalidad instrumental dirigida a la evitación de futuros delitos, vulnerando además, entre otros, el principio de proporcionalidad.

Especialmente útil y sugerente resulta, en segundo lugar, su conclusión en relación con las medidas de *civil commitment* para delincuentes sexuales violentos (pp. 92 y ss.): así, rebatiendo los argumentos del Tribunal Supremo estadounidense sobre la consideración de que es una medida de carácter civil, Marc SALAT sostiene valientemente con una serie de convincentes razonamientos, que se trata de una medida de naturaleza penal además de demostrar con datos contrastados que su implementación no ha reducido los índices de reincidencia incidiendo, de otro lado, en los altos costes económicos derivados de su implementación. Por lo que respecta a las medidas no privativas de libertad aplicadas en EEUU a este tipo de delincuencia: la supervisión, el registro y notificación de delincuentes sexuales así como las restricciones de residencia, especialmente en relación con estas últimas considera igualmente que deben ser tratadas como sanciones penales y que no van acompañadas de estudios que avalen la reducción de la reincidencia, por lo que el autor las considera ineficientes. En esta evaluación sobre la eficiencia/ineficiencia, Marc SALAT aporta un dato que no suele tenerse en cuenta y que hace que el estudio sea mucho más completo y riguroso y es el de las consecuencias colaterales para el sujeto al que se le aplican algunas de estas medidas (por ejemplo, resultan especialmente útiles los efectos colaterales de las restricciones de residencia analizados minuciosamente en las pp. 191 y ss.).

A conclusiones parecidas llega en el estudio –siempre con datos empíricos contrastados– de las figuras relacionadas con este tipo de delincuencia, aplicadas en el Reino Unido (pp. 197-246), fundamentalmente en lo que se refiere a la *auténtica* naturaleza *penal* de algunas

medidas catalogadas como *civiles* y denunciando igualmente la falta de estudios que avalan la efectividad de las mismas.

Atina además en la elección de las fuentes que utiliza para fundamentar el análisis y estudio del Derecho anglosajón, especialmente la aproximación a la regulación británica, fuentes encontradas en la Facultad de Derecho y el Instituto de Criminología de la Universidad de Cambridge, de la mano en concreto de una de las mayores expertas en la materia, la Profesora Nicola PADFIELD, que el autor ha sabido aprovechar de forma excelente.

Por lo que respecta al estudio del Derecho comparado continental, Marc SALAT se centra en el Derecho positivo alemán habida cuenta de que ha sido la fuente de inspiración del Derecho penal español en este ámbito. Analiza así, de forma detallada, las dos medidas aplicables a sujetos imputables considerados peligrosos: la custodia de seguridad y la vigilancia de conducta (o libertad vigilada). En cuanto a la custodia de seguridad como medida privativa de libertad estudia minuciosamente la discusión doctrinal y jurisprudencial sobre la constitucionalidad de la medida y la actual regulación ya adaptada a las exigencias constitucionales derivadas del fallo del Tribunal Constitucional alemán en Sentencia de 4 de mayo de 2011. Resulta especialmente revelador al respecto el análisis que realiza sobre la efectividad de la medida, basado en un estudio elaborado entre los años 2011 y 2013 sobre el uso de la custodia de seguridad, que evidencia que sólo un 20% de los sometidos –o que hubieran sido sometidos a ella– ha cometido un delito grave.

Pues bien, de todos los análisis efectuados sobre el Derecho comparado en esta materia, éste es con gran diferencia el más profundo y extenso que conozco, por lo que considero que constituye referencia indispensable para cualquier investigador que quiera acercarse a las medidas de seguridad postpenitenciarias. A través de este amplio recorrido, se entiende más fácilmente el estudio y la razón de ser, el porqué, en definitiva, de la medida de seguridad de libertad vigilada implantada en nuestro país.

En el capítulo IV de la obra (pp. 277-369) se aborda el estudio de la realidad normativa española con especial referencia a la libertad vigilada aplicable a delincuentes imputables peligrosos. Hago hincapié en “la especial referencia” porque no se limita al análisis de esta figura sino que dedica una amplia introducción general al estudio pormenorizado de las penas y medidas en nuestro Derecho, de sus respectivos fundamentos, principios, finalidades y límites, del dualismo frente al monismo como respuesta a los delincuentes imputables..., premisas necesarias que ayudan a comprender las razones que han llevado al Legislador español de 2010 y de 2015 a optar por la introducción y ampliación, respectivamente, de la medida de libertad vigilada.

El autor no se contenta con exponer las distintas posturas dogmáticas que se aportan para hacer frente a la peligrosidad criminal sino que ya adelanta su opinión personal consistente en que no es acertado que la peligrosidad pueda tenerse en cuenta a la hora de incrementar el rigor punitivo por lo que considera que no debe añadirse a la pena impuesta una medida

de seguridad con el argumento de que la pena no puede colmar las exigencias preventivo especiales derivadas del riesgo de la comisión de futuros delitos teniendo en cuenta las incertidumbres del concepto y del pronóstico de peligrosidad. Estoy de acuerdo en la escasa fiabilidad y validez del diagnóstico y pronóstico de la peligrosidad, no obstante, a diferencia del autor, considero más realista aceptar que el Legislador y los operadores jurídicos tienen que tomar a menudo decisiones sobre la base de conocimientos incompletos, adoptando sobre esas bases cognitivas incompletas una decisión de acuerdo a puntos de vista normativos. Se trata así de fundamentar la resolución del conflicto en la ponderación de intereses para justificar la imposición de las medidas de seguridad. El evidente problema que se deduce de ello es el hecho de que uno de los dos intereses a ponderar es cierto (aplicación de la medida de seguridad más allá del injusto culpable), por tanto, se trata de un mal real y efectivo, mientras que el otro mal es de producción incierta (probabilidad más o menos fundada de nueva comisión de futuros delitos). A mi juicio, basta con que ese pronóstico de peligrosidad futura sea fundado y riguroso, pues dentro de ese rigor se tienen en cuenta los falsos positivos como consecuencia inevitable. Si no fuera así, no podría imponerse ésta ni ninguna otra medida de seguridad.

En el segundo epígrafe del capítulo IV Marc SALAT se adentra en los antecedentes de la libertad vigilada, en su configuración en los respectivos anteproyectos y proyectos de reforma del Código penal, en el estudio pormenorizado de la regulación conforme a la LO 5/2010, así como en la definitiva reforma de la misma por LO 1/2015. El autor se muestra especialmente crítico con la regulación actual de la figura proponiendo sugerentes modificaciones de la medida de seguridad con el fin de reformar sus aspectos más discutibles.

Lógicamente, el capítulo más personal, el V, es el que está dedicado a las conclusiones y propuestas de *lege ferenda* (pp. 371-389). Con argumentos convincentes va desechando, una a una, determinadas propuestas de la Doctrina, especialmente en lo que se refiere a la introducción de medidas privativas de libertad posteriores al cumplimiento de la pena.

En su opinión, como propuesta de máximos, debería renunciarse a incrementar la respuesta penal frente a sujetos imputables por considerarse a éstos peligrosos puesto que en la determinación de la pena y sobre todo en la ejecución de la misma ya se tiene en cuenta la peligrosidad criminal del autor del delito. Apuesta por una alternativa menos lesiva que la introducción de esta medida que pasa por la modificación del sistema de ejecución de la pena de prisión, particularmente la generalización de la libertad condicional para todos los reos en determinadas condiciones y acompañada de determinadas reglas de conducta dirigidas a prevenir la comisión de futuros delitos. Siendo consciente el autor de que esta propuesta está muy alejada de la política criminal actual, estima adecuado, de acuerdo con su defensa por el sistema monista, la introducción de una nueva pena de prisión aplicable a sujetos que cometan determinados delitos y en los que se aprecie un riesgo evidente de comisión de nuevos delitos de la misma clase. Propuesta que se inspira en la *extended sentence*

inglesa. La concreción de la aplicación y duración de esta nueva pena, así como las condiciones del acceso a la libertad condicional en estos casos, son desarrolladas por el autor en las pp. 387 y 388, que animo al lector a descubrir. Finalmente, y para no pecar Marc SALAT de ingenuo sobre el cambio de rumbo de la política criminal iniciada desde 2003, subsidiariamente a las propuestas defendidas, sugiere de *lege ferenda* modificar la libertad vigilada, estableciéndose de forma clara por razón de la peligrosidad criminal acreditada en el momento de la imposición de la medida y evaluada posteriormente antes de activarse su ejecución, cumpliéndose, además, junto con la ejecución de la pena de prisión, con una duración máxima determinada y con una finalidad primordialmente correctiva.

En definitiva, la información más valiosa que aporta esta obra es el análisis exhaustivo, profundo y crítico del Derecho comparado (primordialmente el Derecho de la *Common Law*) lo que sitúa al autor en una posición privilegiada para proponer –como así efectúa– reformas fundamentadas de *lege ferenda* sobre la regulación de la libertad vigilada en España.

Considero, en este sentido, que es un trabajo de madurez, lo que no es habitual cuando se trata del primer trabajo científico de un investigador como es la tesis doctoral. Ello se detecta especialmente cuando el autor se aventura a proponer una alternativa absolutamente novedosa para intentar solucionar el problema de los delincuentes imputables peligrosos consistente no tanto en mejorar técnicamente la libertad vigilada, que sería la postura fácil, sino en sugerir una nueva pena de prisión con unas características muy originales anteriormente no desarrolladas por ningún otro autor en nuestro país.

No obstante, la propuesta del autor de máximos consistente en la modificación del sistema de ejecución de la pena de prisión, incluso la opción alternativa basada en la *extended sentence* inglesa, no me parecen suficientemente eficaces en determinados casos de delincuentes psicópatas con rasgos absolutamente inmodificables o con otros trastornos de la personalidad incapaces de controlar sus impulsos, lo que implica, en mi opinión, en primer lugar, un replanteamiento de la imputabilidad de estos sujetos y, en segundo lugar, una reforma en profundidad del sistema de medidas de seguridad cuyo régimen de aplicación debe mantenerse en tanto subsista la peligrosidad del sujeto sin ajustarse su duración al límite de la pena. Evidentemente, el autor no está de acuerdo con esto, lo cual resulta indiferente, pues lejos de ser negativo, las diversas posiciones siempre que estén fundamentadas –como ocurre con la obra que aquí se recensiona–, enriquecen el debate científico. Probablemente, no consiga convencer a Marc SALAT de mi postura porque su opinión –en éste y en todos sus trabajos–, siempre se sostiene sobre sólidos argumentos, pero sí que le sugeriría que al menos se lo replanteara, aproximándose en un futuro al mundo de las Neurociencias y su relación con la responsabilidad penal, que ha arrojado algo de luz en los últimos años sobre estos supuestos tan difíciles. Estoy segura de que si finalmente abordara el autor este estudio lo hará con la misma consistencia, rigor y brillantez de todos sus trabajos y constituirá –como también lo es este libro– un complemento imprescindible

para la Doctrina a la hora de intentar hallar una solución para este complejo problema que, sin embargo, como tantos otros en Derecho penal, se intuye casi imposible.

## *Réplica*

### **Réplica a la recensión de Ramon RAGUÉS I VALLÈS a *La prescripción de la pena tras la reforma del Código Penal de 2015 (InDret 4/2015)***

**Sergi Cardenal Montraveta**

Universidad de Barcelona

Quiero empezar agradeciendo al Prof. Dr. Ramon RAGUÉS la atención que ha dedicado a la monografía que acabo de publicar, sus elogios (que no me corresponde juzgar, pero que sospecho exagerados), y también las críticas, que ponen de relieve su dominio de la materia y que es posible una visión alternativa de algunos de los aspectos tratados, así como la oportunidad de realizar algunas precisiones.

La recensión empieza con una aproximación, que comparto plenamente, a la figura de la prescripción de la pena y al insatisfactorio contexto en el que se ha producido la introducción del apartado 2º del art. 134 CP. Pero, sin perjuicio de reconocer que generaba un elevado grado de inseguridad jurídica y suponía otorgar al intérprete un protagonismo y responsabilidad que era deseable que asumiera el legislador, creo que el tenor literal de la regulación anterior sí dejaba margen para la *suspensión* del cómputo del plazo de prescripción de la pena cuando ésta no se estaba cumpliendo. Así lo intenté justificar en un trabajo anterior, publicado poco después de las importantes STC 97/2010, de 15 de noviembre, STS 450/2012, de 24 de mayo, y Consulta 1/2012 de la Fiscalía General del Estado, sobre la interrupción del plazo de prescripción en los supuestos de suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad (ver CARDENAL MONTRAVETA, «Constitución y prescripción de la pena», en MIRPUIG/CORCOY BIDADOLO (dirs.), *Constitución y sistema penal*, 2012, pp. 287 a 334).

El marco normativo ha cambiado, pero subsiste la tarea de proponer una interpretación que valore adecuadamente el tiempo que transcurre desde la firmeza de la sentencia, y las circunstancias en las que transcurre, permitiendo iniciar la ejecución de la pena cuando ello todavía está justificado, e impidiendo que la ejecución se inicie cuando ello carece ya de justificación. Aquella tarea –y la crítica de la regulación vigente– han de partir del fundamento de la prescripción de la pena, que me parece que debe determinarse a través del análisis y valoración de las consecuencias del transcurso del tiempo, y de la relevancia de las circunstancias en las que se produce, en relación con la función preventiva del Derecho penal y sus límites en un Estado social y democrático de Derecho. No se trata de buscar la justificación del incumplimiento de la pena desde la fecha de la sentencia firme. Por el contrario, la justificación de la prescripción de la pena presupone que su ejecución debe ser el cauce ordinario y preferente para satisfacer la función preventiva del Derecho penal, pero revela que el transcurso del tiempo puede determinar que deje de ser legítima.

El principio de proporcionalidad obliga a tomar en consideración la gravedad de la pena que el condenado debería cumplir, y los beneficios y costes de mantener la amenaza de su ejecución. Esta última no puede justificarse atendiendo sólo a su utilidad preventiva. Por todo ello, la prescripción de la pena estará justificada cuando, atendiendo a las circunstancias en las que se produce, el transcurso del tiempo ha satisfecho ya –a través de la amenaza de la ejecución de la pena– la función preventiva del Derecho penal, y/o impide satisfacerla de forma legítima a través de la propia ejecución. Dicho de otro modo: sólo está justificado mantener la eficacia preventiva de la amenaza de la ejecución de la pena mientras sea necesario, atendiendo a su gravedad, y compatible con la prohibición de dilaciones indebidas y con los principios de proporcionalidad y seguridad jurídica. La referencia que propone Ramon RAGUÉS a la percepción social sobre la vigencia de la lesividad del delito me parece útil, pero demasiado abstracta e insuficiente.

El planteamiento que propongo conduce a considerar que son diversos los argumentos que es necesario tomar en consideración para justificar la prescripción de la pena. Esto no es posible si se consideran aisladamente. En este sentido, el fundamento de la prescripción de la pena es mixto, ecléctico. Y también debe reconocerse que la importancia que se otorgue a los argumentos que contribuyen a fundamentar la prescripción puede provocar diferencias en cuanto a su delimitación, que –como se acaba de indicar– ha de partir de la consideración de la gravedad de la pena que debe cumplir el condenado.

Los argumentos que me parece que deben ser considerados al fundamentar la prescripción de la pena son los siguientes:

a) La amenaza de la ejecución de la pena produce efectos preventivos, que serán mayores cuanto más tiempo se prolongue aquella amenaza, si bien el incremento de la prevención general no es proporcional al de los plazos de prescripción y tampoco lo será siempre el incremento de la prevención especial.

Es importante destacar que el efecto preventivo de la amenaza de la ejecución de la pena no requiere que ésta llegue a producirse. Pero presupone que el Estado disponga de tiempo suficiente para ordenar e imponer coercitivamente su cumplimiento, si esto último resultara necesario. Sin tiempo suficiente para ejecutar la pena desaparece la amenaza de que ello llegue a producirse, su efecto preventivo y la posibilidad de que éste contribuya, así, a fundamentar la prescripción. La imposibilidad de ejecutar la pena no siempre es incompatible con la amenaza de la ejecución y la posibilidad de que prescriba. Pero sí lo es la imposibilidad de amenazar con ejecutar la pena y, en principio, también una amenaza que se mantiene durante un periodo muy breve de tiempo. Se explica así que los obstáculos y las dificultades para poder ejecutar la pena, sumados a la brevedad de los plazos de prescripción previstos con carácter general, puedan justificar su prolongación mediante la suspensión del cómputo de tales plazos.

La suspensión de la ejecución de la pena no excluye la amenaza de que ésta se produzca. Pero tal amenaza está neutralizada mientras aquélla se mantenga. Si el cómputo de los (breves) plazos de prescripción no se suspende también, el efecto preventivo que la amenaza de la ejecución de la pena haya podido producir, o produzca tras revocarse la suspensión, será insuficiente para justificar la prescripción. Y la producción de ésta mientras se mantiene la suspensión de la ejecución de la pena resultaría ajena al fundamento de la suspensión y no sería coherente con él. Sin embargo, tal cosa no excluye que –como sugiere Ramon RAGUÉS– sea conveniente limitar en todos los casos el tiempo durante el cual puede mantenerse la suspensión del cómputo del plazo de prescripción. Se evitaría así que una demora injustificada en resolver el recurso de amparo o la petición de indulto que motivó la suspensión, retrasen injustificadamente el momento en el que puede producirse la prescripción.

Cuando la fuga del penado, o la ocultación de sus bienes, impiden ejecutar la pena, también resulta neutralizada la amenaza de que ello se produzca. Sin perjuicio de que esta situación pudiera justificar una prórroga de los plazos de prescripción, aquella amenaza sigue desplegando un cierto efecto preventivo (por lo menos de carácter general), que contribuye a fundamentar la prescripción. Como el Prof. RAGUÉS destaca acertadamente, en estos casos el principio de seguridad jurídica no contribuye a justificar la prescripción. Y su limitada capacidad para ello la confirma la existencia de penas que no prescriben.

b) Ya hemos indicado que, con carácter general, el transcurso del tiempo disminuye progresivamente la eficacia preventiva de mantener la amenaza de la ejecución y de la propia ejecución de la pena, tanto desde el punto de vista intimidatorio, como de la afirmación de los valores que aquéllas expresan. La disminución de la eficacia preventiva general positiva de la amenaza de la ejecución y de ésta última está relacionada con el hecho –al que alude RAGUÉS para justificar la prescripción– de que el tiempo modifica la percepción de la vigencia de la lesividad del delito, y puede provocar que la colectividad pase a percibirlo como un asunto del pasado, eliminando, por ello, la expectativa del cumplimiento de la pena. El reducido beneficio preventivo derivado de mantener la amenaza de la ejecución de la pena, y de que ésta llegara finalmente a producirse, no será necesario cuando tal amenaza ha satisfecho ya la función preventiva del Derecho penal, y tampoco estará justificado cuando se considere inferior al coste que mantener la amenaza comporta en términos materiales y, en su caso, también en relación con la vigencia de la prohibición de dilaciones indebidas y del principio de seguridad jurídica.

c) La prohibición de dilaciones indebidas y el principio de seguridad jurídica cuestionan la justificación de que la amenaza de la ejecución de la pena se mantenga después de que el Estado haya dispuesto del tiempo y los medios necesarios para hacerla efectiva. El reducido efecto preventivo que el mantenimiento de la amenaza sigue desplegando tendrá, entonces, un significado esencialmente intimidatorio, que puede considerarse desproporcionado atendiendo a sus costes, e insuficiente para negar el carácter indebido y la arbitrariedad del

retraso en la ejecución de la pena que pueda llegar a producirse, y para justificar la inseguridad que comporta prolongar la incertidumbre sobre tal posibilidad.

Cuanto mayor sea el efecto preventivo que ha desplegado ya la amenaza de la ejecución y menor sea el efecto preventivo de mantenerla, como consecuencia del tiempo transcurrido, más fácil será entender que la prescripción está justificada, y más difícil será considerar que, habiendo dispuesto el Estado del tiempo y los medios necesarios para ejecutar la pena, el reducido beneficio que cabe esperar de mantener aquella amenaza sigue siendo compatible con la prohibición de dilaciones indebidas y justifica la inseguridad jurídica que representa en relación con la posibilidad de que se llegue a ejecutar la pena.

La concreción y articulación de estas ideas generales no es una labor fácil. Así lo pone de manifiesto el sugerente voto particular que formula la Magistrada Encarnación ROCA TRÍAS a la última sentencia del Tribunal Constitucional sobre la materia (la STC 63/2015, de 13 de abril), en el que se cuestiona el significado que la jurisprudencia constitucional ha venido otorgando al tiempo que los jueces y tribunales dedican a resolver las peticiones del penado sobre las formas alternativas de cumplimiento de la condena, cuando aquéllas son finalmente rechazadas. La reforma de los arts. 80 a 89 CP llevada a cabo por la LO 1/2015, de 30 de marzo, también muestra la relevancia de la regulación de los trámites procesales necesarios para poder ordenar el cumplimiento de las penas. Así mismo, deben tenerse en cuenta las diferencias entre las penas previstas en el CP, y las distintas modalidades de cumplimiento de cada una de ellas, de las que también dependerá el momento en el que se inicia el cumplimiento de la condena y la posibilidad de entender que se ha quebrantado. Además, aquella tarea exige determinar las consecuencias del quebrantamiento, la relevancia de la comisión de nuevos delitos, cuáles son los casos de suspensión de la ejecución de la pena a los que se refiere ahora expresamente el art. 134.2.b) CP, y cuándo empieza y finaliza la suspensión. Las observaciones que el Prof. RAGUÉS formula en su reseña contribuyen – como las que se recogen en sus trabajos anteriores – a analizar las cuestiones indicadas y otras que la prescripción plantea. Espero que también mi monografía y estas líneas hayan enriquecido el debate y contribuido al análisis.

## Reseña

### Obras generales de Derecho penal portugués

**Mário Ferreira Monte**

Universidade do Minho, Portugal

**Pedro Freitas**

Universidade do Minho, Portugal

En esta reseña vamos a dar noticia solo de los manuales de Parte General del Derecho penal publicados por editoriales cuya distribución sea accesible al público general. Lo cual significa que no serán tenidos en cuenta algunos textos, normalmente utilizados en las universidades, por medio de publicaciones internas, pero no accesibles al público general. Por otro lado, vamos a tratar de los más recientes, publicados o reimpresos a la vista del actual código penal, y/o cuyos autores continúan entre nosotros. Se establece así un criterio para hacer posible esta reseña teniendo en cuenta las limitaciones de tiempo y espacio que la condicionan.

Dicho esto, sería imperdonable que no diésemos noticia sobre algunos Manuales de autores que ya no están entre nosotros, pero que influyeron directa o indirectamente en la doctrina y el Derecho positivo actuales y continúan despertando interés en la comunidad jurídica. Entre estos, destacan las contribuciones de Eduardo CORREIA (Universidad de Coimbra) y de Manuel DE CAVALEIRO DE FERREIRA (Universidad de Lisboa). De Eduardo CORREIA destacamos el *Direito Criminal I* y *II*, escrito con la colaboración de Jorge FIGUEIREDO DIAS, que vio una primera versión en la década de los 60 y, más recientemente ha sido reimprimido en 2014 y 2015, por la editorial Almedina. El autor presidió la Comisión que elaboró el código penal de 1982, todavía vigente. En el primer volumen, 1963, reimpresso en diversas ocasiones (la última, en 2015), tras una introducción (al Derecho penal, con nociones fundamentales, entre las que destaca el tema de los fines de la pena), trata de la teoría general de la ley penal (parte I) y de la teoría del delito: acción, antijuricidad, tipicidad y culpabilidad (parte II). En el segundo volumen, 1965, con ulteriores reimpressiones (la última, en 2014), trata de las causas de exclusión de la antijuricidad y de la culpabilidad (parte I) y de la fijación de la pena (parte II), tanto la medición legal como la determinación concreta de la pena. Con estos dos volúmenes, junto con otros escritos, Eduardo CORREIA ejerció influencia en la dogmática del Derecho penal portugués de finales del siglo pasado, hasta el punto de que se puede decir que muchas de las posiciones por él defendidas fueron introducidas en el código hoy en vigor. Entre otras razones, también por esto el *Direito Criminal* continúa siendo estudiado en la actualidad, sobre todo en las universidades. De igual modo, Manuel CAVALEIRO DE FERREIRA publicó varios manuales de Derecho penal, y asimismo acabó influyendo en la formación de la dogmática jurídico-penal portuguesa, de tal modo que todavía hoy dichos manuales son frecuentemente consultados. Entre otros, cabe destacar uno

que sería, por así decir, el último en publicarse: *Lições de Direito Penal. Parte geral I. A Lei Penal e a Teoria do Crime no Código Penal de 1982*, 4ª ed., Lisboa, Editorial Verbo, 1992 (reimpr., 2010). En verdad, como explica Miguel PEDROSA MACHADO, en la nota previa, la publicación tuvo lugar después del fallecimiento de autor, pero aun así fue posible tener en cuenta e incluir muchas notas que son obra suya, y que actualizan la edición anterior. Así, estas *Lições* resultan ser las más recientes y actualizadas de CAVALEIRO DE FERREIRA, pero con el interés añadido de que abordan los temas de la ley penal y la teoría del delito a la luz del código penal que continúa en vigor (dejando aparte algunas modificaciones ulteriores). También por estas razones dejamos constancia aquí de este manual. La obra se halla dividida en tres partes: la introducción; el Libro I, sobre la ley penal; y el Libro II, sobre la teoría del delito. En la introducción el autor aborda temas relacionados con la ciencia del Derecho penal: en concreto, su objeto, método y sistema. En el Libro I, se afrontan cinco temas: el código penal, la norma penal, la función de garantía del Derecho penal, la interpretación e integración de la ley penal, y la aplicabilidad de la ley penal. En el Libro II, más extenso, el autor se ocupa con profundidad de la teoría del delito; y lo hace en tres títulos: la estructura esencial del delito (I: noción y análisis del delito, clasificación de las infracciones penales, el hecho antijurídico, y el hecho culpable o la culpabilidad), la estructura accidental (II: las circunstancias) y las formas del delito (III: tentativa o *iter criminis*, la intervención en el delito, así como el concurso de delitos y el delito continuado). Estas menciones, sin duda muy breves, están lejos de lograr describir este manual. Importaba, más bien, dejar constancia de dos grandes aportaciones que, habiendo aparecido hace ya algunos años, constituyen sendas referencias insustituibles para el estudio y la formación en Derecho penal.

Más recientemente, y por orden alfabético, cabe reseñar los siguientes manuales. José DE FARIA COSTA, catedrático de la Universidade de Coimbra, publicó en 2007 la 1ª ed. de *Noções Fundamentais de Direito Penal* (Fragmenta Iuris Poenalis). *Introdução*, en Coimbra Editora. Desde entonces se suceden tres ediciones más, ampliándose así el objeto de estudio, de modo que la cuarta edición va más lejos de aquella “introducción” anunciada en la primera. En su última edición se trata de *Noções Fundamentais de Direito Penal* (Fragmenta Iuris Poenalis). *Introdução – A Doutrina geral da Infracção [a ordenação Fundamental da Conduta (facto) Punível; a Conduta Típica (o Tipo); a Conduta Ilícita (o Ilícito); a conduta Culposa (a culpa)]*, 4ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2015. El libro consta de dos títulos generales: la introducción (cap. I: nociones de delito y pena, con una fundamentación onto-antropológica del Derecho penal; cap. II: la nueva “ciencia del Derecho penal total [conjunta]”, también sobre las relaciones entre Derecho penal y otras ramas del Derecho sancionador, en particular con el Derecho de mera ordenación social, entre otras, y sobre otras “regiones del Derecho”, como la Política criminal y la Criminología; cap. III: ámbito de aplicación del Derecho penal en función del tiempo, espacio y las personas; cap. IV: fuentes del Derecho penal, desde la Constitución, como imposición, impulso y límite de criminalización, se pasa a la ley en sentido estricto y el Derecho comunitario; cap. V: interpretación en Derecho penal, con algunas reflexiones sobre hermenéutica y metodología interpretativa, y sobre la analogía, y la relación entre el “texto-norma” y la “norma-texto”; cap. VI: historia del Derecho penal, con una reseña histórica del

Derecho penal en el contexto de la historia universal y de la historia del Derecho penal portugués) y la doctrina general del delito (cap. VII: idea fundamental de conducta [hecho] punible, con especial referencia al principio de ofensividad, la necesidad y merecimiento de pena, la estructura de la conducta punible y algunos criterios de sistematización; cap. VIII: conducta típica, estructura y concepto de tipo legal de delito, delimitación de injusto y culpabilidad, “proyecciones fundamentales” del tipo legal de delito, causalidad e imputación objetiva, sujetos, y modalidades de la tipicidad; cap. IX: la conducta antijurídica, noción de injusto, bien jurídico, fundamentos de la justificación y sus concreciones; cap. X: la conducta culpable, culpabilidad y efectos de las penas, estructura dogmática de la culpabilidad, la inimputabilidad, y dolo e imprudencia). La obra tiene un interés didáctico indiscutible, desde luego por el modo en que está escrita, calificado por el autor “como una labor de síntesis que quiere ser orientadora sin ser impositiva; que quiere ser rigurosa sin ser oscura desde un punto de vista didáctico; que quiere ser fundamentadora sin ser fundamentalista o irracionalmente radical; que quiere estar atenta a los signos de los tiempos sin ser esclava de las modas ni de los modismos; que quiere ser clara sin ser simplista”. Y todo esto –se acentúa–, sin que el autor deje de explicitar su “forma de ver, comprender y fundamentar el Derecho penal”. En verdad, aunque se trate de un texto llamado a servir preferentemente de apoyo en los estudios universitarios, en él se recogen muchas posiciones doctrinales del autor.

Jorge DE FIGUEIREDO DIAS, catedrático emérito de la Universidade de Coimbra, publicó *Direito Penal. Parte Geral*, Tomo I. *Questões Fundamentais. A Doutrina geral do Crime*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, que es resultado de la amplia dedicación del autor a los estudios de Parte General. En 2004 se publica la 1ª ed., y en 2007, la 2ª, todavía en uso (reimpr., 2012). Se trata de una obra muy completa (tal vez la más extensa de este género en Portugal) y doctrinalmente profunda. Consta de una *primera parte*, sobre “cuestiones fundamentales”, en la que se ofrece un estudio sobre el Derecho penal en cuanto ciencia propia del sistema jurídico estatal comenzando por cuestiones conceptuales, siguiendo por ubicar el Derecho penal en el sistema jurídico, y arribando a la ciencia conjunta del Derecho penal (título I); la función del Derecho penal, finalidades y legitimación de la pena criminal, fundamento, sentido y fin de la medida de seguridad, el comportamiento penal y su definición, en particular, el concepto material de delito, y los límites del Derecho penal (II); y la ley penal y su aplicación, principio de legalidad de la intervención penal, así como el ámbito espacial de validez de la ley penal (III). En la *segunda parte*, se aborda la doctrina general del delito (el hecho punible), en donde destacan algunas cuestiones fundamentales y asume el autor una de sus principales posiciones doctrinales: la construcción teleológico-funcional y racional del concepto de hecho punible (título I). Esta construcción informa toda su doctrina del delito y es muy seguida en Portugal, no solo por la doctrina, sino también por la jurisprudencia. A continuación, se aborda el tipo de injusto (II), distinguiendo entre tipo objetivo de injusto – trata aquí cuestiones generales de tipicidad y construcción de los tipos delictivos– y tipo subjetivo de injusto; a propósito de los cuales se expone la imputación objetiva entre resultado y acción. Sigue el análisis de los tipos justificantes (causas de justificación o de

exclusión de la antijuricidad), en donde comienza por enunciar algunas cuestiones fundamentales para tratar luego de las diversas causas en particular. Dedicar después atención al tipo de culpabilidad: primero, su fundamentación (afloran ahí cuestiones básicas de la doctrina de la culpabilidad y analiza el tipo de culpabilidad doloso); después, la negación de la culpabilidad (inimputabilidad, inexigibilidad, falta de conciencia de la ilicitud no reprochable, obediencia indebida disculpante y punibilidad). Pasa después al tratamiento de la preparación y la tentativa del delito (resaltan el problema de los estadios de la realización del delito *-iter criminis-*, la tentativa y el desistimiento voluntario). Finalmente, la intervención en los delitos dolosos de acción (destacan la concepción general de la autoría, sus concretas formas, la complicidad y cuestiones comunes de autoría y complicidad). Sigue el tratamiento de los delitos imprudentes (III): fundamentos generales, el tipo de injusto imprudente, y el tipo de culpabilidad imprudente. Y del mismo modo, una vez vistos los delitos de acción, pasa a los delitos de omisión (IV): comienza aquí con cuestiones fundamentales, y analiza después el tipo de injusto de los delitos de omisión, el tipo de culpabilidad de los delitos omisivos, la tentativa y la intervención. Finalmente (V), trata del concurso: primero, de la unidad y pluralidad de delitos; después, de la unidad de la norma o de la ley; por último, del concurso de delitos. Se trata, como puede verse, de una obra muy completa (con 1041 páginas, además de dos índices de materias), que ha influido mucho en la dogmática y política criminal portuguesas, tanto en el pensamiento como en la aplicación de la ley. No raras veces este manual es seguido en las universidades y citado en la jurisprudencia.

Miguez GARCIA es juez emérito y viene colaborando con la Universidade Portucalense do Porto. Publicó *O Risco de Comer uma Sopa e Outros Casos de Direito Penal. I – Elementos da Parte Geral*, Coimbra, Almedina, 2012, título que sugiere un estilo esencialmente práctico. Y así es en verdad. Sin embargo, el autor nos presenta un texto con cierta densidad teórica, por lo que resulta ser un verdadero manual, dotado de partes teóricas y prácticas que cubren los temas más relevantes de la Parte General. En concreto: 1) Cuestiones fundamentales; 2) interpretación y analogía; 3) doctrina general del delito; 4) generalidades sobre el delito consumando de comisión dolosa; 5) nexo de causalidad-imputación objetiva; 6) dolo y error de tipo; 7) causas de justificación -norma prohibitiva, norma permisiva; 8) legítima defensa; 9) el derecho de necesidad; o el “mal menor” como causa de justificación; 10) elementos de la culpabilidad; 11) delitos agravados por el resultado; 12) la imprudencia; 13) el delito doloso de comisión por omisión; 14) el delito de comisión por omisión; 15) fases de la realización del hecho doloso punible; 16) la tentativa y 17) el desistimiento; 18) autoría y participación; 19) problemas de concurso; y como adenda, 20) modelos de entender el hecho punible. Además, este autor publicó también un manual con el título *O Direito Penal Passo a Passo*, I y II, Coimbra, Almedina, 2015: aunque trata de la Parte Especial, en su momento se hace referencia correspondiente a la Parte General.

Germano MARQUES DA SILVA es catedrático emérito de la Universidade Católica Portuguesa. En 1997 publicó la 1ª ed. del *Direito Penal Português I. Introdução e Teoria da Lei Penal*, en la

editorial Verbo, que siguió siendo editado con actualizaciones hasta 2010 (3ª ed.). En 1998 publicó además un segundo volumen: *Direito Penal Português – Parte Geral II – Teoria do Crime*, también en la editorial Verbo. Finalmente, en 1999, publicó un tercero: *Direito Penal Português – Parte Geral III – Teoria das Penas e das Medidas de Segurança*, asimismo en la editorial Verbo (2ª ed., 2008). Estos tres volúmenes abarcan la Parte General del Derecho penal, y puede decirse que constituyen una de las obras más utilizadas en Portugal para la formación en Derecho penal. El autor parte de que se trata de “una obra con preocupaciones exclusivamente didácticas”, por lo que su utilidad pedagógica es innegable. Pero no solo eso. Por el modo en que está escrita –muy clara, objetiva, practica–, acaba por ser de gran utilidad para la jurisprudencia. En el primer volumen, como introducción, se plantea el estudio del Derecho penal como ciencia y ubicado en el conjunto de las ciencias criminales (destaca aquí el estudio referido a la ley penal: no sólo lo referente al principio de legalidad, sino también a todas las implicaciones que tiene la ley penal, sobre todo en el momento de su aplicación). En el segundo volumen ocupa un lugar central la teoría del delito. Y, por último, en el tercero, las consecuencias del delito (reacciones penales), es decir, las penas y medidas de seguridad (aquí el autor va más allá de una mera exposición didáctica, para formular una verdadera teoría de las penas y medidas de seguridad). Conviene mencionar además que Germano MARQUES DA SILVA publicó en 2015 el *Direito Penal Português. Teoria do Crime*, Lisboa, Universidade Católica Editora (1ª ed., 2012), en cuyo prólogo explica que prosigue ahí los contenidos del segundo volumen. Con todo, este libro puede leerse como una obra autónoma (no se trata de un segundo volumen, sino que fue publicado en una editorial diversa), y en él se nos ofrece un trabajo independiente y actualizado sobre la teoría del delito. Se trata también de un libro escrito con “preocupaciones y propósito esencialmente didácticos, lo cual condiciona que, por la necesaria limitación de su extensión, se evite profundizar en las discusiones doctrinales sobre varias cuestiones”. Debe, sin embargo, decirse que el autor, cuando es pertinente, expresa su propia posición doctrinal sobre los temas, lo cual contribuye en gran medida a conocer sus propias ideas sobre el Derecho penal y forjarse una idea general sobre el Derecho penal portugués. Comienza con una introducción, en donde trata de temas como la noción general de delito y su análisis, la tipicidad, y la clasificación en razón de la estructura (cap. I). Sigue la exposición sobre la estructura del hecho antijurídico y sus elementos y circunstancias esenciales (cap. II), en donde además de cuestiones preliminares se trata del sujeto activo, los elementos objetivos así como los subjetivos constitutivos del hecho antijurídico, y las causas de justificación. (Conviene aquí dejar constancia de que, en vez de seguir una sistemática polarizada por una determinada concepción doctrinal que llevaría a considerar la distinción entre tipo de injusto y tipo de culpabilidad, y dentro del primero entre el tipo objetivo y el tipo subjetivo de injusto, el autor prefiere tratar el hecho típico y, dentro de este, de sus elementos objetivos y subjetivos: es decir, que una vez que la tipicidad ha sido tratada ya en el capítulo anterior, se da relevancia al hecho y a los elementos objetivos y subjetivos, con independencia de cualquier concepción dogmática; se trata de una opción que vendría a ser más coherente con el enfoque esencialmente didáctico adoptado.) A continuación, el estudio de la culpabilidad

(cap. III), empezando por su concepto, fundamento y límites, para pasar luego a la imputabilidad e imputación, las causas de exculpación. Después, se explica la estructura accidental del delito, las circunstancias comunes y modificativas (cap. IV). Prosigue con las formas del delito: el *iter criminis* y la tentativa (cap. V). Y los agentes del delito y la víctima, en donde se extiende sobre la autoría y participación, los delitos de participación necesaria y las asociaciones criminales y organizaciones terroristas, el sujeto pasivo del delito y la responsabilidad de las personas jurídicas, así como la responsabilidad cumulativa (cap. VI). Por último, el concurso de delitos y la continuidad delictiva (cap. VII). Como se deduce de la estructura y los temas, este libro ofrece una opción de estudio muy práctica, objetiva y simple, que permite una fácil comprensión de estructuras dogmáticas complejas.

Teresa PIZARRO BELEZA, catedrática de la Universidade Nova de Lisboa –siguiendo un proceso sencillo e innovador, pero muy eficiente desde el punto de vista pedagógico, como fue el grabar las clases y transcribirlas, con algunas notas e indicaciones bibliográficas– ofrece *Direito Penal (Parte Geral)*, en dos volúmenes, unas verdaderas lecciones de Parte General, ciertamente didácticas. En el vol. 1, 2ª ed. (revisada y actualizada en 1984, Lisboa, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa; última reimpr., 2007), la autora trata esencialmente de cuatro materias: 1. Cuestiones relativas a la definición del Derecho penal (definiciones, principios de Derecho penal, relación con otras ramas del Derecho sancionatorio, entre el Derecho penal general y otros Derechos especiales, con el Derecho penal militar, el denominado “delito político” y el Derecho penal internacional); 2. La Criminología, con el análisis de las diversas escuelas criminológicas y sus aportaciones a la explicación del delito (causas del delito): puede decirse que este punto constituye uno de los más innovadores de la obra, teniendo en cuenta que, en vez de una explicación histórica del Derecho penal, la autora va más allá procurando una explicación histórica a la luz de la Criminología; 3. La teoría de los fines de las penas (con una exposición histórica y la explicación de varias teorías sobre las finalidades de las penas, con particular énfasis en la teoría de Roxin y las tres fases de funcionamiento del Derecho penal –prevención general, retribución o culpabilidad y prevención especial como resocialización); 4. El principio de legalidad (con una parte histórica, su vigencia en Portugal, las fuentes del Derecho penal en el ordenamiento jurídico-constitucional portugués, la necesidad de precisión de la ley penal, las implicaciones del principio de legalidad en la aplicación de la ley penal en el tiempo, la interpretación, el concurso de normas y el ámbito de aplicación de la ley penal portuguesa). El vol. 2 (reimpr., 2000) tiene por tema general la teoría general de la infracción penal, en donde se abordan once materias diversas: 1. Introducción (de naturaleza conceptual, pero donde se establecen algunas distinciones determinantes, como en materia de acción –tipos objetivo y subjetivo–, tipicidad, antijuricidad, culpabilidad y punibilidad); 2. Evolución histórica reciente de la teoría del delito: desde el sistema clásico de Liszt-Beling a la dogmática postfinalista (donde básicamente se presenta una perspectiva muy clara y completa de las diversas teorías y sus implicaciones sobre la teoría del delito); 3. La acción; 4. El tipo (en donde se recuperan algunas ideas ya presentadas y se profundiza en la tipicidad delictiva –objetiva y subjetiva– y el error sobre la actuación); 5. La antijuricidad (más allá de

la antijuricidad propiamente dicha, se estudian las causas de justificación y las situaciones de error sobre éstas); 6. La culpabilidad (además del significado y contenido de la culpabilidad jurídico-penal, se trata de las causas de exclusión de la culpabilidad y del error sobre la prohibición); 7. La punibilidad (incluyendo su sentido, las condiciones de punibilidad y las causas de su exclusión y extinción); 8. La tentativa y el delito frustrado (abarcando la definición, los elementos y los criterios de punibilidad de la tentativa, desistimiento y su relevancia); 9. Autoría y participación (donde se estudian las diversas formas de autoría y participación, incluyendo las diversas teorías sobre autoría, y casos de error en la coparticipación); 10. Los delitos omisivos (donde son tratados los diversos elementos típicos del delito aplicables a estos, con especial relevancia para la distinción entre los de omisión pura y los de comisión por omisión); 11. Los delitos imprudentes (además de la definición, significado y alcance, se exponen los diversos elementos típicos aplicables a los delitos imprudentes); 12. La medición de la pena, en especial el concurso de infracciones y el denominado delito continuado (comenzando por una interesante distinción entre medición legal y medición judicial, pasando por el concurso real e ideal, con alusión a doctrina y jurisprudencia, al delito continuado). Estos dos volúmenes constituyen una obra de gran utilidad práctica, sin menoscabo de las diversas posiciones personales que la autora va exponiendo, con un lenguaje coloquial, como resultado del empleado en las aulas durante las lecciones a los alumnos, lo cual hace que sea bastante accesible. En suma, se trata de un manual muy valioso para su empleo tanto en las universidades, como en la jurisprudencia, en donde no deja de citarse para fundamentar muchas de sus decisiones.

Manuel SIMAS SANTOS y Manuel LEAL-HENRIQUES son magistrados eméritos del Tribunal Supremo de Justicia. Además de a la función de juzgar, siempre se han dedicado también a la publicación de estudios sobre Derecho penal. De entre sus diversas obras, destaca *Noções de Direito Penal*, 4ª ed., Lisboa, Editora Rei dos Livros, 2011. Comienza con el estudio de la ley penal: principios informadores, aplicación de la ley en el tiempo y en el espacio, así como de la aplicación subsidiaria del código penal (cap. I). A continuación, el estudio del hecho: comienza con el injusto penal para pasar enseguida a los presupuestos de la punición y las circunstancias excluyentes de la responsabilidad penal y concluir con las formas del delito (cap. II). A partir de aquí, las consecuencias del delito (cap. III), centrándose en las penas y medidas de seguridad, pasando revista a cada una de las reacciones por el delito; seguido de la determinación de la pena (cap. IV), con referencia a los principios de la sanción y su determinación; y la exposición sobre la pena relativamente indeterminada (cap. V), con especial referencia a los temas de los delincuentes por tendencia, alcoholismo y aquirados, abuso de estupefacientes. Sigue el estudio de las medidas de seguridad (cap. VI); y el tema de la retirada de cosas o derechos relacionados con el delito (cap. VII). También se aborda el problema de la querrela y la acusación particular (cap. VIII). Y la extinción de la pena (cap. IX), poniendo de relieve el problema de la prescripción del procedimiento penal y la de las penas y medidas de seguridad, y otras causas de extinción como son la muerte, amnistía, perdón o indulto. Cierra el manual un estudio sobre la indemnización de daños y perjuicios (cap. X). Además de la Parte General del Derecho penal, los autores incluyen al final una pequeña

sinopsis de los delitos contenidos en la Parte Especial, muy didácticos, en la medida en que ayudan a identificar y clasificar todos los delitos según diversos criterios (código penal, medios de ejecución, sujetos activo y pasivo, objetos material y jurídico, circunstancias modificativas, delito, culpabilidad, tentativa). Esta obra, además de su interés didáctico, tiene también otro que interesa resaltar: la experiencia que como magistrados tienen sus autores en la aplicación de la ley. Por eso, tanto la estructura como los contenidos reflejan mucho de esa experiencia, y bien se puede decir que se trata de un manual de Derecho penal con una muy marcada visión judicial, lo cual lo hace todavía más interesante.

Américo TAIPA DE CARVALHO, profesor en la Facultad de Derecho de la Universidade Católica Portuguesa (Oporto), publicó en 2003 por primera vez *Direito Penal – Parte geral. Questões Fundamentais*; y en 2004, también por primera vez, *Direito Penal – Parte Geral. Teoria Geral do Crime*. La 2ª ed. de ambos (2014) constituye el manual *Direito Penal – Parte geral. Questões Fundamentais. Teoria Geral do Crime*, Coimbra Editora. Se trata de un libro llamado especialmente a servir de apoyo el estudio del Derecho penal en las universidades, aunque con desarrollos teóricos que en gran medida van más allá del mero interés didáctico. Se halla dividido en dos partes: cuestiones fundamentales y teoría del delito. En la primera, el autor estudia el problema criminal-penal y la ley penal (creación y aplicación); la ciencia global del Derecho penal; su evolución histórica; las principales cuestiones penales de la actualidad, como son la de los bienes jurídicos, la relación entre culpabilidad y prevención en la determinación (legal y judicial) de la pena –donde el autor adopta una concepción ético-preventiva del Derecho penal y de la pena: probablemente sea este el aspecto más significativo de su teoría, dado que influye en toda su construcción doctrinal–, las medidas de seguridad y el Derecho penitenciario; la distinción entre Derecho penal y otras ramas afines, en donde destaca la naturaleza pública del Derecho penal frente a la naturaleza privada del civil, el Derecho de ordenación social y el Derecho disciplinario sancionador; la ley penal, con referencia al principio de legalidad penal, y la eficacia temporal y espacial de la ley penal. En la segunda parte se trata de la teoría del delito: tras un título introductorio y de problemas fundamentales, en donde se atiende al objeto, método y funciones de la teoría general del delito, así como otros relacionadas con la historia de la teoría del delito, y sobre el concepto normativo-social de acción y las sucesivas categorías jurídico-penales constitutivas del delito (título I); sigue la exposición sobre el tipo de injusto (II), exponiendo su función, contenido y estructura, así como lo referente a la imputación del resultado a la conducta, y el dolo del tipo (del hecho típico); las causas de justificación, con referencia a la doctrina general y recorriendo seguidamente las diversas causas (III); la culpabilidad, en donde se trata sobre su fundamento, la imputabilidad jurídico-penal, el error sobre la antijuricidad y las causas de exculpación (IV); un quinto sobre la imprudencia y los delitos agravados por el resultado y la preterintencionalidad (I); y un sexto sobre la relevancia de la omisión, y los delitos de omisión propia así como de comisión por omisión (VI). Dicho esto, conviene destacar cómo el autor no se resiste a adoptar, en muchos pasajes de su obra, posiciones personales, debidamente fundamentadas, a menudo en contraste con la doctrina mayoritaria y relativamente consolidada, lo cual hace de este manual un interesante recurso en el estudio

del Derecho penal, dado que nos brinda la oportunidad de compartir ideas y permitir una mayor reflexión sobre los diversos temas.

Son estos algunos de los manuales portugueses de la Parte General del Derecho penal más relevantes y actuales. De acuerdo con el criterio enunciado al inicio, dejamos constancia de que, aunque pueden existir otros –sobre todo publicaciones internas de las universidades–, son estos los que se encuentran disponibles al público general.

Traducción: Pablo Sánchez-Ostiz