

Cátedra de Derecho Penal
Prof. Dr. José Urquiza Olaechea

MIRENTXU CORCOY BIDASOLO

Catedrática de Derecho Penal de
la universidad de Barcelona

Con ocasión de su visita a la
Universidad Nacional Mayor de San Marcos

Lima 14 de noviembre de 2018

Coordinador
Allen Martí Flores Zerpa

Colaboradores
Zara Silvana Leon Rosales
Gabriela Alexandra Aliaga Estrada
Cinthia Jeanette Ruiz Arpe



MIRENTXU CORCOY BIDASOLO

Primera edición digital, Mayo del 2019

*Queda prohibida la reproducción total o parcial de esta obra
sin consentimiento expreso de su autor.*

Editado por :

© Copyright 2019: Sociedad Estado y Pena Fondo Editorial SAC
Calle Bernardo Monteagudo N° 265 San Isidro
Lima- Perú
Telf. (511) 2640548

Tiraje: 100 ejemplares

ISBN:978-612-48012-0-4

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca
Nacional del Perú N.º 2019-11633

Universidad San Mayor de San Marcos: Por la visita del Doctora
Mirentxu Corcoy Bidasolo a la Facultad de Derecho y Ciencia Política

Impreso en Agosto 2019

IMPRENTA EMY REY

Jr. Azángaro N°. 1057-Cercado de
Lima-Perú

Publicado en Setiembre 2019



Prof. Dra. Mirentxu Corcoy Bidasolo
Catedrática de Derecho Penal de la Universidad de Barcelona

PRESENTACIÓN

I

La distinguida profesora doctora Mirentxu Corcoy Bidasolo dictó en la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, una conferencia magistral sobre el “Error de prohibición y sus diferencias con el error de tipo”, esta conferencia se llevó a cabo en el Salón de Grados José León Barandiarán el 14 de noviembre de 2018 en el marco de conferencias magistrales de la Cátedra de Derecho Penal – Parte General que a la fecha dirijo. El presente texto expresa, por un lado, el reconocimiento a su magisterio y de otro, la posibilidad que los trabajos de la autora sean conocidos por la comunidad jurídica.

La Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Decana de América se viste de gala; en sus aulas recibe a la distinguida Profesora Doctora Mirentxu Corcoy Bidasolo, catedrática de la Universidad de Barcelona.

II

La profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo, jurista contemporánea que goza de gran renombre, posee, como pocos, una gran versatilidad para abordar distintos temas y problemáticas de la dogmática jurídico-penal con la debida rigurosidad académica que la caracteriza.

Quiero apoyarme en las palabras del legendario Profesor Doctor Santiago Mir Puig quién al prologar el libro “El delito imprudente, criterios de imputación del resultado”, de autoría de la penalista, afirmaba que “*Es para mí motivo de orgullo y satisfacción presentar esta obra de mi estimada discípula Mirentxu Corcoy Bidasolo [...] el grado de profundidad conseguido [...] vuelve a ser en esta ocasión el que caracteriza a la mejor dogmática. Debemos felicitarlos por obras como esta, que van confirmando que la ciencia jurídico-penal española se mueve en el más alto nivel de la cultura jurídico-penal internacional*” (Corcoy Bidasolo, Mirentxu, *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, Ed. PPU, Barcelona, 1989, p. 19)

La afirmación de Santiago Mir no hizo más que advertirnos sobre la calidad académica que posee la profesora Corcoy. El texto, que representa la publicación de la tesis doctoral elaborada por ella y la temática en la que gira el libro representó —para

la época en que fue publicado — un estudio serio y estricto sobre el delito imprudente, tocando todos los aspectos que la componen y diseñando propuestas doctrinarias novedosas (*Verbi gratia*: sobre imputación objetiva de resultado), este libro es de consulta obligatoria para todo estudiante y jurista.

III

En cuanto a la presente publicación, la primera parte contiene el artículo “Prevención limitada vs neo-retribucionismo” que es la contribución científica de la profesora Mirentxu Corcoy al Libro Homenaje a Santiago Mir Puig. En este artículo el lector podrá hallar las incidencias actuales sobre las teorías de la pena —que a decir de la autora— es un tema “[...] *que ha ocupado a la ciencia penal desde sus orígenes, pero lo cierto es que la discusión no sólo no está cerrada sino que está de plena actualidad [...]*” (Corcoy Bidasolo, Mirentxu, “Prevención limitada vs neo-retribucionismo”. En: *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, BdeF, 2017, Buenos Aires, p. 285).

Debemos resaltar que en este artículo el lector no se topará con la clásica forma de desarrollo sobre las teorías de la pena —es decir, aquella en la que nos presentan cada una de las teorías junto a sus respectivos representantes—; antes bien, se precisan los postulados esenciales de las teorías que se han elaborado sobre la pena. De esa manera, se consolida la propuesta de la profesora Corcoy, quien afirma que el fin de la pena posee carácter preventivo, pero limitado por la protección de los bienes jurídicos, de esa manera evita la clásica crítica a esta postura respecto a la dignidad del hombre, pues “[...] *ello sólo sería cierto si la finalidad de la pena fuera exclusivamente la de intimidar, la idea de coerción, pero no si se conjuga con la prevención general positiva y se limita por los diversos principios propios del Derecho penal, esencialmente, como veremos, el principio de exclusiva protección de bienes jurídico-penales [...]*”, así mismo “[...] *lo necesario es que la Administración de Justicia funcione de forma eficaz y ágil. No obstante, es esencial que la finalidad de prevención se limite a través de los principios del Derecho penal derivados de un Estado social y democrático de Derecho [...]*”. (ibídem p. 288).

Mirentxu Corcoy se opone a la concepción reparadora de la pena, antes bien, propone que ella tenga su finalidad en la prevención de posteriores daños al bien jurídico, ello lo complementa con las serias cuestiones que realiza a aquellas doctrinas que poseen consistencia en cuanto a su estructura teórica, pero de falencias aplicativas al momento de ponerlas en práctica. De la misma manera, se evalúa el actual retroceso de las garantías básicas del Derecho Penal, el resultado de este trabajo hará reflexionar al lector acerca de las teorías de la pena, la totalidad de los postulados sobre los cuales se ha elevado el Derecho Penal y su eficacia en la actualidad. En definitiva, hay que resaltar lo afirmado por la profesora Corcoy: “[...] *este resurgimiento de posturas retribucionistas coincide con el papel preponderante que en la actual política criminal han adquirido las víctimas, el auge de la retribución conjuntamente con auge de la Victimología no puede ser casual, como tampoco su influencia relevante en el punitivismo [...]*” (ibídem p. 286).

IV

Así mismo, se consigna el trabajo “Imputación objetiva y principio de lesividad”, trabajo en el que se nos presenta una manera distinta de enfocar la teoría de la imputación objetiva y demostrarnos que — pese a la incredulidad que seguramente pueda mostrar el lector— existe un espacio reservado e importante para la causalidad, pues “[...] *La imputación objetiva es algo diferente de la causalidad y ambas instituciones no deben contraponerse, como se ha venido haciendo. No se debe restar sino sumar. La causalidad debe ser entendida, no como fundamento de la tipicidad ni tan siquiera como nexo entre conducta y resultado, sino desde una perspectiva esencialmente procesal, como prueba de los hechos que son objeto de la acusación [...]*” (Corcoy Bidasolo, Mirentxu, “Imputación objetiva y principio de lesividad”, en: *Revista Argentina de Derecho y Procesal Penal*, [citado el 2 feb 2019], Número 1, https://ar.ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=ac82600a9b9f2b6e957c5ac93a399ea7#indice_0).

A decir de la profesora Mirentxu, la distinta naturaleza que posee la causalidad y la imputación objetiva hacen que cada una de ellas posea distinto ámbito de aplicación, esta propuesta tiene el fin de potencializar el *indubio pro reo* y está en pro de la búsqueda de una consistente motivación de las sentencias en sede judicial, pues ellas deben ser coherentes con los planteamientos doctrinarios y jurisprudenciales. Así mismo, en el artículo se hace una evaluación crítica y exhaustiva sobre el actual estado de la teoría de la imputación objetiva, que en palabras de la autora “[...] *no es posible calificar como “moderna” [...] tal como se ha venido haciendo desde los años 80, cuando fue adoptada por la doctrina y jurisprudencia penal. Se podría incluso afirmar que ha sido tal su implantación que ha “muerto de éxito” [...]*” (idem).

V

En la tercera parte de la presente encontramos “La interpretación en Derecho penal. *Favor libertatis* versus *Favor securitatis*. *In dubio pro reo* versus *In dubio contra reo*”; en este artículo se aborda la teoría de la interpretación pero dirigida a las leyes penales, destaca la vasta jurisprudencia del Tribunal Supremo español como del Tribunal Constitucional español que se citan, así como el desarrollo claro y sintético de los diversos criterios y reglas que rigen la interpretación.

El aporte del artículo radica en el estudio de las reglas de interpretación de las leyes penales, reglas que pueden ser positivas o negativas, ello dependerá de la posibilidad o no de la elección de posibles opciones del texto normativo.

La profesora Mirentxu argumenta que diversos factores han llevado a que en la actualidad las reglas positivas se inviertan en una *favor securitatis e indubio contra reo*, así por ejemplo nos dice que “[...] *el “Derecho Penal del Enemigo”, potenciada por la sensación de inseguridad provocada por el terrorismo islámico, que ha derivado en prácticas que obvian todas las garantías penales propias de un Estado de Derecho [...]* Ejemplo de ello serían no sólo la legislación antiterrorista y de excepción, sino también regulaciones como las aprobadas en materia de violencia de género, corrupción de menores o seguridad vial, así

como en relación con la reincidencia y la delincuencia organizada. Situación que se agrava por la interpretación formalista –literal- y extensiva a favor de la seguridad [...]” (Corcoy Bidasolo, Mirentxu, “La interpretación en Derecho penal. Favor libertatis versus Favor securitatis. In dubio pro reo versus In dubio contra reo”, en: *Derecho Penal del Estado Social y Democrático de Derecho. Libro Homenaje a Santiago Mir Puig*, La Ley, 2010, Madrid, pp. 170-171).

Respecto al *in dubio contra reo* es muy importante la reflexión sobre la importancia que ha cobrado en la opinión pública y el interés preponderante en las víctimas de los delitos ya que “*Las víctimas deben ser respetadas en su dignidad e indemnizadas, en la medida de lo posible, en su dolor, pero la atención a la víctima, en ningún caso, pueden justificar la infracción del principio de culpabilidad y demás garantías penales [...]*” (ibídem pp. 171-172) estudios y reflexiones de este corte invitan a buscar nuevas respuestas a la actual práctica jurídica perfectamente descrita en las líneas del artículo en mención.

Como podrá notar el lector, todos y cada uno de los estudios presentados en esta publicación se dirigen en una sola línea: preservar las garantías jurídico-penales en un contexto donde diversos factores retan al saber jurídico y se es necesaria la reflexión sobre lo que, por mucho tiempo, ha constituido el eje del Derecho Penal. Quiero resaltar la constante actividad académica que tiene la profesora Mirentxu, pues como podrá observarse al final del texto se ha adjuntado una lista general de los estudios que ella ha presentado a la comunidad jurídica.

Finalmente, no puedo dejar de expresar mi agradecimiento a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo, quien aceptó gentilmente la invitación de impartir una conferencia magistral en la aulas de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, la Cátedra de Derecho Penal – Parte General, que dirijo junto a mis asistentes académicos Allen Martí Flores Zerpa, Gabriela Alexandra Aliaga Estrada y Natalí Laura Zubia Fernández, así como la colaboración de la Doctora Zara Silvana León Rosales. No quepan dudas que nosotros y los alumnos sanmarquinos que masivamente se presentaron a escuchar las enseñanzas de la distinguida profesora y jurista Mirentxu Corcoy Bidasolo esperamos volver a tenerla en las aulas de la Decana de América.

Prof. Dr. José Urquizo Olaechea

Catedrático principal de Derecho Penal en la
Facultad de Derecho y Ciencia Política - UNMSM

ÍNDICE GENERAL

Presentación.....	5
MIRENTXU CORCOY BIDASOLO: Prevención limitada vs. Neo-retribucionismo	11
I. Introducción: ¿hacia un neo-retribucionismo?	11
II. Prevención como finalidad de la pena.....	15
III. Legitimación de la pena y teoría del delito	20
IV. Principios limitadores.....	22
V. Conclusiones	24
MIRENTXU CORCOY BIDASOLO: Imputación objetiva y principio de lesividad .	27
I. Introducción.....	27
II. Diferencias entre causalidad e imputación objetiva	31
III. Significado y límites de la causalidad	33
IV. Ámbito de eficacia de la causalidad y de la imputación objetiva	36
V. Significado y concepto de la imputación objetiva.....	45
VI. Criterios de interpretación aplicables en la valoración <i>ex ante</i> sobre la tipicidad de una conducta.....	46
VII. Criterios para delimitar <i>ex post</i> la existencia de una relación de riesgo ...	52
VIII. Conclusiones	54
MIRENTXU CORCOY BIDASOLO: La interpretación en Derecho penal	
<i>Favor libertatis versus Favor securitatis. In dubio pro reo versus In dubio contra reo.</i>	55
I. Introducción.....	55
II. Alcance y requisitos de la interpretación en Derecho penal	57
1. Límites a la interpretación de la decisión jurídica: interdicción de la arbitrariedad	57
2. Límites a la discrecionalidad del Juez.....	58
3. Finalidad de la interpretación	59
4. Interpretación-valoración de las pruebas.....	60

III. Criterios de interpretación	63
1. Criterio literal.....	63
2. Criterio histórico.....	65
3. Criterio sistemático	66
4. Criterio sociológico	67
5. Criterio teleológico.....	69
6. Criterio axiológico.....	70
IV. Formas de interpretación	72
1. Interpretación restrictiva y extensiva.....	72
2. Interpretación extensiva y analogía. Prohibición de la analogía <i>in malam partem</i> y de interpretación contra <i>legem</i> . Principio de taxatividad y analogía <i>in bonam partem</i>	73
V. Reglas interpretativas	75
1. Reglas interpretativas negativas.....	75
2. Reglas interpretativas positivas.....	76
VI. Bibliografía.....	79
<i>Su obra</i>	81

PREVENCIÓN LIMITADA VS. NEO-RETRIBUCIONISMO

MIRENTXU CORCOY BIDASOLO

*Catedrática de Derecho Penal
Universidad de Barcelona*

SUMARIO: I. Introducción: ¿hacia un neo-retribucionismo? II. Prevención como finalidad de la pena. III. Legitimación de la pena y teoría del delito. IV. Principios limitadores. V. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN: ¿HACIA UN NEO-RETRIBUCIONISMO?

1. Abordar la cuestión de cuál es y cuál debería de ser la finalidad de la pena puede parecer reiterativo, en cuanto es un tema que ha ocupado a la ciencia penal desde sus orígenes, pero lo cierto es que la discusión no sólo no está cerrada sino que está de plena actualidad y sigue siendo relevante por las consecuencias de la adopción de una u otra postura. A ello se suma, que la función de la pena fue la razón que determinó dedicar mi carrera universitaria al Derecho penal, en concreto, a través del estudio de las obras de mi maestro, MIR PUIG¹. En este momento, además conviene volver sobre la cuestión ya que no puede ser casualidad que justamente, coincida una situación de avance imparable del punitivismo con el resurgimiento de posturas retribucionistas (en las que podrían incluirse las relacionadas con algunas, calificadas como preventivas, relativas a la afirmación de la vigencia de la norma). La relación entre punitivismo y retribución es innegable y, aun cuando en las actuales teorías retribucionistas se trate de limitar el alcance de la retribución aludiendo, como veremos, esencialmente, a la proporcionalidad, lo cierto es que la fuerza simbólica de los términos no puede obviarse. El Derecho es un lenguaje y las palabras son determinantes, tienen una función simbólica que trasciende el mero significado literal y, no hay que olvidar que la retribución sienta sus orígenes en las legislaciones más antiguas y en la religión.

1 MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal*, 1976, passim.

2. La retribución, aun cuando se desarrolle a partir de conceptos éticos y se trate de convertirla en algo trascendente, atendiendo a la dignidad de la persona, tiene su origen en la venganza, institucionalizada pero venganza, aun cuando se le denomine “justicia”. Y ello porque se parte de que a quién ha lesionado los bienes de otro se le debe de infligir un sufrimiento de modo que padezca el mal que ha causado a la víctima². Es decir el equivalente al “ojo por ojo, diente por diente o vida por vida”, aunque actualmente la prohibición de este tipo de penas se sustituya por otras, la idea que subyace es la misma. Ello no excluye que, también desde el retribucionismo, la venganza privada y la pena estatal no son equivalentes, esencialmente, porque las consecuencias de ambas son muy diferentes, entre otras cuestiones, porque la pena estatal es una sanción formal ejecutada formalmente por el Estado, con respeto de las garantías derivadas del principio de legalidad³.

3. Una razón esencial por la que las teorías retribucionistas se resisten a desaparecer y renacen con diferentes *liftings* se debe a su arraigo en la sociedad ya que no aparecen *ex novo* con Kant y Hegel, sino previamente existieron y fueron dominantes con las religiones cristiana, judía o islámica, que fundamentan en la voluntad divina el derecho a castigar. Religiones que se sirven del instinto de venganza del hombre canalizándolo a través del castigo de determinadas conductas calificadas como pecados. Conductas que al pasar al Derecho se transforman en delitos. Es decir, la pena como retribución –castigo– se encuentre fuertemente arraigada en la sociedad y la sociedad se resiste a asumir concepciones que traten de justificar el castigo en finalidades preventivas⁴. Así mismo conviene resaltar que este resurgimiento de posturas retribucionistas coincide con el papel preponderante que en la actual política criminal han adquirido las víctimas, el auge de la retribución conjuntamente con auge de la Victimología no puede ser casual⁵, como tampoco su influencia relevante en el punitivismo.

4. El problema que plantean todas las teorías retribucionistas no puede solucionarse, como pretenden especialmente los neo-retribucionistas, estableciendo límites porque el defecto se encuentra en la propia fundamentación ya que, negando efectos preventivos a la pena, tratan de atribuirle funciones que son ajenas a la retribución. Un Estado social y democrático de Derecho y laico no puede establecer como función castigar sino, exclusivamente, prevenir la lesión de bienes jurídico-penales, es decir,

2 En este sentido, FRISCH, “Pena, delito y sistema del delito en transformación”, *InDret* 3/2004, p. 7.

3 Cfr. MIR PUIG, *Introducción a las bases...*, pp. 113 ss., pone de manifiesto las mayores garantías y la mayor efectividad de las sanciones formales; MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 10ª ed., Ed. Reppertor, 2016, p. 101, entiende la venganza como un sistema de control arcaico y superado.

4 Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., Ed. B de F, 2010, pp. 200 ss., en contra de la atribuir al Derecho penal la finalidad de satisfacer las necesidades sociales de castigar.

5 SILVA SÁNCHEZ, *Expansión del Derecho penal*, 2ª ed., B de F, 2001, pp. 66 ss., se refiere críticamente a los “gestores atípicos de la moral” que actualmente dirigen y condicionan la agenda político criminal.

de valores esenciales de una determinada comunidad⁶. La finalidad de la pena como castigo, como se ha enunciado, es característica de las religiones, muy especialmente en las de raíz judeo-cristiana, y de los Estados absolutos, pero no puede serlo en un Estado moderno⁷. Infligir un sufrimiento a un ciudadano titular de derechos fundamentales, no constituye una función del Estado y ello no se solventa cuando, desde el neo-retribucionismo, pero también desde KANT⁸, se afirma que infligir un sufrimiento es una exigencia de la justicia. Desde el neoretribucionismo se ha definido la pena como “un mal que se causa a una persona en un procedimiento público-general, llevado a cabo por el Estado, formal y querido, en tanto en cuanto se ha producido la lesión de una regla jurídica, si esta lesión se tiene que imputar a esa persona a modo de reproche”⁹.

5. Esta idea de justicia en ciertos neo-retribucionistas, más cercanos a Hegel, se asemeja a las teorías de la pena entendidas como confirmación de la vigencia de la norma o el restablecimiento del derecho¹⁰. En Alemania, en el siglo pasado, especialmente a partir de JAKOBS, adquieren una gran relevancia las teorías relacionadas con el restablecimiento de la vigencia de la norma¹¹. La finalidad de la pena como afirmación de la vigencia de la norma es una concepción formal que únicamente podría ser legítima si se considerará que esa norma responde a los valores esenciales de una determinada sociedad¹². Ciertamente, si partimos de la ficción de que en un Estado democrático las normas emanadas del Parlamento responden a esos intereses prioritarios de los ciudadanos y se ha seguido una correcta técnica legislativa, podría deducirse lógicamente que esa norma es legítima. Ello no obstante, no puede implicar que deba aplicarse formalmente, sin necesidad de ser interpretada, en atención al bien jurídico-penal que pretende proteger. La teoría de la afirmación de la vigencia de la norma como finalidad de la pena, fundamentando la legitimidad de ésta, aun cuando se sitúa en la prevención general positiva, nos conduce a la retribución porque, de no limitarse con contenidos materiales¹³, finalmente las consecuencias son idénticas a las que se llegaría defendiendo

6 ROBINSON, “The Proper Role of the Community in Determining Criminal Liability and Punishment”, Faculty Scholarship. University of Pennsylvania Law School, 2014, pp. 54 ss.

7 ROBINSON, *Distributive Principles of Criminal Law: Who Should Be Punished How Much*, Oxford, 2008, pp. 10-11, señala que desde las teorías retribucionistas en aras de la justicia la responsabilidad moral del delincuente se define por los filósofos morales.

8 KANT, *Die Metaphysik der Sitten*, 2ª ed., pp. 227-230.

9 LESCH, *La función de la pena*, 1999, p. 4.

10 WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11ª ed., 1969, p. 240, relaciona la teoría retributiva con la vigencia de la norma, llegando a lo que sería una forma de retribución que también se advierte en los neo-retribucionistas.

11 FRISCH, *InDret 3/2004*, pp. 11-12, se muestra muy crítico con las tradicionales teorías de la pena y entiende que la única finalidad legítima de la pena es garantizar un determinado estado del derecho, su vigencia y su carácter inquebrantable.

12 ROBINSON, *Distributive Principles of Criminal Law...*, pp. 32-46.

13 FRISCH, *InDret 3/2004*, p. 12, defiende la teoría de la vigencia de la norma como única válida pero, como veremos, lo complementa introduciendo requisitos cercanos al merecimiento y necesidad de pena.

una teoría retribucionista¹⁴. Aun cuando se elimina la referencia expresa a “infligir un mal”, ello se sustituye por la idea de que respecto de cualquier norma que se infrinja hay que responder con una pena. Materialmente es otra forma de la realización o la exigencia de justicia.

6. Consideraciones similares se pueden plantear respecto del posicionamiento de PAWLIK que entiende conciliables las teorías retributivas con las preventivas, tal como argumenta que actualmente pueden defenderse. A partir de afirmar que en un estado de Derecho de libertades el Derecho penal legítimo es el Derecho penal del ciudadano, finalmente llega a la conclusión de que el deber primario del ciudadano de cumplimiento de las normas se convierte en un deber secundario de tolerancia, por lo que “*tiene que soportar que se confirme a su costa la indisolubilidad del vínculo entre disfrute de la libertad y cumplimiento del deber de cooperación*”¹⁵. Es decir, justifica la pena en los deberes del ciudadano de cooperación con el Estado, sin establecer límites a esos deberes, por lo que la pretensión inicial de que su teoría está orientada a proteger la libertad del ciudadano queda totalmente desnaturalizada. Finalmente esos deberes suponen no incumplir las normas, el incumplimiento de la norma implica incumplimiento del deber y ello justifica el castigo. Construcción una vez más formal e ilimitada que, con una argumentación, al menos en parte, diferente, coincide con la propia de la vigencia de la norma.

7. La pena como concepto es y debe ser un castigo pero lo que es criticable es que el reproche-castigo sea, al mismo tiempo, fundamento, finalidad y concepto de pena. Siendo el concepto de pena el de castigo¹⁶, debería de tomarse en consideración no sólo en la cantidad de pena sino también en las clases de penas que se prevén para los diferentes delitos. Es decir, la pena debe determinarse con atención a sus finalidades preventivas pero sin olvidar que, precisamente para cumplir esas finalidades debe de suponer efectivamente un castigo, atendiendo al tipo de delito y el perfil criminal de sus autores. Así, por ejemplo, en los delitos socioeconómicos la pena de multa, en muchos casos, puede no significar un castigo, máxime cuando respecto de la ejecución de la pena de multa se olvida el principio de responsabilidad personal y su pago es asumido por terceros o por la empresa. Ello supone que los presuntos autores pueden realizar un análisis coste-beneficio para concluir si les “compensa” correr el riesgo de ser castigados. Por consiguiente, no puede ser una solución para limitar la expansión del Derecho penal prever la pena privativa de libertad únicamente respecto del llamado derecho penal nuclear¹⁷.

14 HÖRNLE/VON HIRSCH, “Positive Generalprävention und Tadel”, GA 1995, pp. 261 ss., discuten que el sentimiento de justicia de la sociedad pueda ser influenciado por el derecho penal, y ponen de relieve que esa teoría se basa en premisas de la teoría de la retribución.

15 PAWLIK, *Ciudadanía y derecho penal. Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de libertades*, Ed. Atelier, 2016, pp. 55-57.

16 MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 10ª ed., Ed. Reppertor, 2016, p 43.

17 En otro sentido, SILVA SÁNCHEZ, *Expansión del Derecho penal...*, pp. 50 ss., en aras a limitar la expansión del Derecho penal, propone que en los delitos socioeconómicos no se impongan penas privativas de libertad.

II. PREVENCIÓN COMO FINALIDAD DE LA PENA

1. Pese a las críticas que se han vertido contra la prevención, pienso que siguen siendo válidas las teorías preventivas aun cuando individualmente consideradas y sin límites no sirvan para legitimar la intervención del Derecho penal. La prevención general negativa o intimidación ha sido criticada, ya desde Kant, en cuanto supone tratar a la persona como cosa lesionando su dignidad. No obstante, ello sólo sería cierto si la finalidad de la pena fuera exclusivamente la de intimidar, la idea de coerción, pero no si se conjuga con la prevención general positiva y se limita por los diversos principios propios del Derecho penal, esencialmente, como veremos, el principio de exclusiva protección de bienes jurídico-penales. No obstante, un amplio sector de la doctrina, es muy crítico con las teorías de la prevención general negativa, en base a que se considera insostenible por razones jurídico-constitucionales¹⁸, lo que no es sino otra forma de plantear la crítica tradicional de afectación de la dignidad de la persona por ser utilizada la pena para intimidar a terceros. Otras objeciones se plantean en la línea de que esta teoría conlleva un aumento de las penas, entendiéndose que a mayor pena mayor intimidación. Premisa que no es válida como ya demostró, hace más de dos siglos, desde una perspectiva teórica, BECCARIA¹⁹ y, más recientemente, a partir de estudios empíricos, ROBINSON²⁰.

2. La prevención general positiva, que tiene incluso mas detractores, es complementaria de la negativa y, en cierta medida, está relacionada con la teoría de la vigencia de la norma. La mayoría de las críticas vertidas contra la prevención general positiva lo son contra su concepción como afirmación de la vigencia de la norma²¹, señalando que de esa forma se confirma la confianza en la fuerza estabilizadora y prevalente de la ley y se fortalece la fidelidad de la colectividad al Derecho. Pese a las fundadas objeciones, que comparto, entiendo que la prevención general positiva es válida en cuanto puede servir para afirmar valores en la sociedad, especialmente en aquéllos ámbitos, como el Derecho penal socioeconómico, el medioambiental o la corrupción, en los que no existe una clara conciencia social acerca de su lesividad. Cuando los ciudadanos valoran positivamente defraudar a Hacienda o conseguir beneficios a través de sobornos o consideran que no es grave contaminar, por ejemplo, la eficacia del Derecho penal se limita gravemente.

3. Otras críticas se centran en la incapacidad del Derecho penal para influir positivamente en la confianza de la colectividad en el Derecho a través de la pena, sancionando a una persona. HÖRNLE/VON HIRSCH²², fundamentan esta crítica en el hecho de

18 FRISCH, InDret 3/2004, p. 10.

19 BECCARIA, *De los delitos y de las penas* (1764), Alianza Editorial, 2004, Cap. XII.

20 ROBINSON, *Distributive Principles of Criminal Law...*, p. 33.

21 SCHÜNEMANN, "Sobre la crítica a la teoría de la prevención general positiva", en *Política criminal y nuevo derecho penal. LH al profesor Claus Roxin* (trad. Sánchez-Ostiz), (Silva Sánchez, ed.), Ed. Bosch 1997.

22 HÖRNLE/VON HIRSCH, GA 1995, pp. 261 ss., llevan a efecto un planteamiento opuesto,

que la colectividad no siempre tiene una visión correcta de la justicia y podría llevar a no sancionar hechos graves y sancionar o sancionar en exceso otros no tan relevantes. Estas críticas siendo ciertas en alguna medida no suponen negar la importancia de la prevención general positiva. Y ello porque, precisamente es relevante ésta, en cuanto, unida a la negativa de conminación/intimidación, ayuda a la protección del bien jurídico. En esta línea es de interés la propuesta de RODRÍGUEZ HORCAJO²³, acerca de lo que denomina prevención general social que abarca la prevención general positiva y negativa, entendiendo que la prevención general influye en los ciudadanos de diversa forma, dependiendo de su personalidad, del momento y del delito. Es decir, la decisión de no cometer un delito puede deberse a razones pragmáticas o por convencimiento, dependiendo así mismo de las circunstancias y de la clase de delito de que se trate. En definitiva la prevención general social supone conjugar la prevención general positiva y negativa, siendo lo más relevante la idea de que frente a un mismo ciudadano, en unos casos puede ser eficaz la positiva y en otros la negativa, a partir de entender que todos somos potenciales delincuentes.

4. Una visión diferente a la que tradicionalmente se ha defendido en la ciencia penal continental acerca de la prevención general positiva es la que plantea ROBINSON, desde la perspectiva de la sociología y la criminología, aun cuando no utilice esta terminología²⁴. Este autor, a partir de estudios empíricos, considera que el retribucionismo y el utilitarismo no son incompatibles. La idea nuclear de su trabajo es que, los estudios empíricos demuestran que si la justicia criminal responde a los valores esenciales compartidos de una sociedad su aplicación es lo que mejor sirve al efectivo control del crimen²⁵. Es cierto que la prevención general positiva no es exactamente lo mismo que refiere el autor como justicia pero no es menos cierto que existe una relación directa entre la justicia y el sentido de la prevención general positiva de convencer a los ciudadanos de que los valores que defiende la ley penal son los valores compartidos de la comunidad. La diferencia esencial estriba en que la prevención general positiva no trata de que la política criminal se ajuste a los valores de los ciudadanos sino que pretende una labor didáctica de convencerles de su relevancia. No obstante, en un Estado democrático, si la política criminal se desarrollase correctamente debería de producirse una total coincidencia entre los valores compartidos mayoritariamente por los ciudadanos y los que se expresan en la ley penal. En esta línea, ROBINSON señala que los estudios demuestran que cuando la ley penal de un Estado tiene una mayor credibilidad moral, aumenta de forma relevante su respeto, influencia y cooperación²⁶. No obstante, ello no implica que deban de ser los ciudadanos quienes desarrollen directamente la política

en cuanto consideran que con esta teoría no se puede castigar a un delincuente cuando su conducta sea conforme con concepciones sociales superadas.

23 RODRÍGUEZ HORCAJO, *Comportamiento humano y pena estatal: disuasión, cooperación y equidad*, Ed. Marcial Pons, 2016, pp. 221 ss.

24 ROBINSON, "The Proper Role of the Community ...", p. 10.

25 ROBINSON, "The Proper Role of the Community ...", p. 11.

26 ROBINSON, "The Proper Role of the Community...", pp. 1-6.

criminal, que sea directamente el ciudadano quién exprese su opinión acerca de qué y cómo se debe de castigar, sino que es más adecuado que sea el legislador, asesorado por expertos²⁷, quien trate de recoger en la ley los valores comunes, en la forma y medida que entienda más adecuada para su eficaz protección. Y ello porque los ciudadanos tienen ideas muy vagas acerca de esos valores y ni tan siquiera saben definirlos con exactitud²⁸ y que la historia demuestra como mayorías cualificadas pueden apostar por el injusto –*Unrecht*-²⁹.

5. La teoría preventiva más controvertida es la de la prevención especial, aun cuando a mediados del S. XX fue preponderante, especialmente en los países escandinavos y en Alemania, siendo la propuesta en el Proyecto de Código penal alemán y recogida finalmente por el legislador. Actualmente no sólo se ponen en duda las posibilidades, o incluso la legitimidad, de reinserción o rehabilitación del autor a través de la imposición de una pena sino que se pone de manifiesto que también fracasa en los casos en los que el autor ya no podrá cometer ese delito, por ejemplo, porque ya no es autoridad o porque atendiendo a las circunstancias ese delito ya no podría repetirse. A pesar de sus limitaciones y pese a que en ocasiones, sin haber desarrollado estudios criminológicos al respecto, se afirma que hay elevadas tasas de reincidencia y, en consecuencia, se niega la posibilidad de reinserción, lo cierto es que diferentes estudios prueban que si se cuenta con medios suficiente se puede conseguir reducir drásticamente la reincidencia³⁰.

27 Es importante tomar en consideración a los expertos, en relación con la promulgación o reforma de las leyes penales, y no limitar casi totalmente su intervención, en base a que es a los ciudadanos a quienes corresponde determinar “los rasgos que ha de poseer el control social jurídico penal”, Cfr. Díez RIPOLLÉS, *La racionalidad de las leyes penales*, Ed. Trotta, Madrid, 2003, pp. 177 ss. Pretender que sean los ciudadanos que, como el mismo autor señala, están influidos por los medios de comunicación, quienes decidan las leyes penales es directamente opuesto a su punto de partida “la racionalidad”, aun cuando es cierto que afirma que es conveniente complementar las convicciones sociales persistentes y mayoritarias con el parecer del experto. Sobre esta aspecto, en particular, cfr. Díez RIPOLLÉS, “El nuevo modelo de la seguridad ciudadana”, *AFD* nº 22, 2005, pp. 25 ss. En esta línea, siendo innegable la relevancia del aspecto democrático, debe llegarse a un equilibrio entre las valoraciones mayoritarias de los ciudadanos –consenso social- y su plasmación en una concreta norma penal, que debería requerir la intervención de expertos.

28 ROBINSON, “The Proper Role of the Community...”, pp. 6-7.

29 HASSEMER, “Verfassungsgerichtsarbeit in einer Demokratie”, en *Recht und Politik*, ARSP 93, 2004, pp. 76 ss.

30 El informe de 2015 del Área de Investigación y Formación Social y Criminológica del CEJFE, sobre la tasa de reincidencia en Cataluña muestra que 7 de cada 10 personas encarceladas no han reincidido y lo que es más relevante que desde 1987 ha descendido la reincidencia conforme se han mejorado las prisiones y se ha potenciado el tratamiento, aun cuando en el propio estudio se pone de manifiesto que los factores que explican el descenso de la reincidencia son muy variados. En el estudio se detallan 7 factores relacionados con cambios sociológicos y creación de nuevos tipos penales y 7 directamente relacionados con las referidas mejoras.

6. La legitimidad de la prevención especial en cuanto cumpla la finalidad de reinserción que se le atribuye depende así mismo de que se desarrollen penas alternativas a la pena de prisión y a la pena de multa. Esta última, a partir del Código penal de 1995, surge como la panacea para evitar penas de prisión y adquiere una presencia masiva como pena única o alternativa. Por el contrario, a partir de una errónea, desde mi punto de vista, comprensión de los trabajos en beneficio de la comunidad se equiparan a los trabajos forzados, correctamente proscritos en la Constitución y en los Convenios internacionales sobre Derecho Humanos y por ello se limita drásticamente su aplicación. Es la razón por la que en el Código penal es una pena prevista sólo como sustitutiva de la prisión, no hay una voluntad política de aportar los medios necesario y potenciarlos y se está aplicando poco y mal. Los trabajos en beneficio de la comunidad, en cuanto en su cumplimiento se respete la dignidad de la persona y los derechos de los trabajadores, en ningún caso pueden concebirse como trabajos forzados. ¿Por qué puede obligarse a una persona a estar encerrada o a alejarse de un lugar y no se le puede obligar a trabajar? ¿Es peor trabajar que la ausencia de libertad? Deberíamos preguntarnos cuántas personas son las que no trabajan “obligadas” por la necesidad de obtener lo suficiente para vivir. ¿Es posible que detrás de esas reticencias no esté la concepción del trabajo como algo indigno, tal y como irónicamente nos muestra Cervantes en El Quijote?

7. Sin poder profundizar, en este contexto, en los aspectos enunciados de las teorías de la pena habría que concluir que ninguna ofrece una respuesta completa sino que son complementarias y que es necesario ponerlas en relación con, desde mi perspectiva, el núcleo de la cuestión la obligación del Estado de proteger los bienes jurídico-penales, como finalidad última de la pena³¹, y la necesaria legitimación para la imposición de una pena en el caso concreto, a partir del injusto y la necesidad de pena. La idea del bien jurídico, con la terminología que se quiera utilizar, pese a las críticas que actualmente se han vertido en su contra³², es indispensable para un Derecho penal no autoritario, un Derecho penal propio de una sociedad democrática. Las críticas se centran en que el bien jurídico no tiene capacidad de limitar la intervención del Derecho penal, especialmente a partir de la actual expansión del Derecho penal. No obstante, esta expansión innegable y criticable en gran medida no puede atribuirse al bien jurídico, sino a la infracción de otros principios como los de *ultima ratio* y subsidiariedad, así como a una técnica legislativa que desconoce la existencia de la Parte General del Derecho penal, utiliza el casuismo y administrativiza el Derecho penal. La llamada administrativización del Derecho penal no se produce por la intervención en nuevos ámbitos sino por no saber introducir criterios que delimiten cualitativa y

31 Cfr. PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad y prevención: las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*, Ed. UAM, 1990, pp. 221 ss., distingue correctamente entre la protección de bienes jurídicos como finalidad última de la pena y las finalidades mediatas o intermedias que se corresponden con los fines de la pena.

32 Entre otros, APPEL, “Rechtsgüterschutz durch Strafrecht”, *KritV* 99, pp. 297 ss; FEIJOO SÁNCHEZ, “Funcionalismo y teoría del delito”, en *Constitución y Principios del Derecho Penal: Algunas bases constitucionales* (Mir Puig/Queralt Jiménez, Dirs.), Ed. Tirant lo Blanch 2010, pp. 161 ss.,

cuantitativamente la infracción administrativa del delito. En los casos en los que existe una duplicidad sancionatoria, administrativa, laboral, mercantil, es indispensable que el Derecho penal se limite a intervenir respecto de aquéllas modalidades de conducta especialmente lesivas, respetando los principios de *ultima ratio* y subsidiariedad y sin olvidar que no existirán lagunas de punibilidad.

8. A las razones de la expansión hay que sumar que se están creando delitos respecto de los que es difícil advertir su lesividad, no sólo por la ausencia, en algunos casos, de un presunto bien jurídico, sino que también se infringe el derecho penal del hecho, como requisito del principio de culpabilidad, castigando ideas (delitos de odio). Así mismo se tipifican conductas inidóneas para lesionar el bien jurídico que se pretende proteger (pornografía de menores virtual) o se castigan conductas a partir del peligro estadístico –presunto- (seguridad vial) o infracciones meramente formales como la conducción sin carnet, sin necesidad de probar la afectación del bien jurídico-penal protegido en el caso concreto. Esta inaceptable situación no sólo no demuestra la ineficacia del bien jurídico para limitar la intervención penal, tanto en el momento legislativo como en el judicial, sino por el contrario su necesidad.

9. La pregunta a continuación debería ser ¿cómo se pueden proteger mejor los bienes jurídico-penales?. La respuesta es clara a través de la prevención. Evidentemente la idea de justicia y de la vigencia de la norma son relevantes porque si el Derecho responde a los valores comunes de una sociedad y/o no se aplica se deslegitima. Al respecto sólo es necesario recordar una vez más a BECCARIA³³ o desde la sociología a ROBINSON³⁴. Pero es que también la aplicación de la pena, se quiera o no, tiene en sí misma una clara función preventivo-intimidatoria. En consecuencia habría que señalar que la finalidad de prevención general positiva y negativa se complementan y que ninguna de ellas es válida sin la otra.

10. Si la respuesta a cómo se pueden proteger mejor los bienes jurídico-penales es la prevención, para que se pueda cumplir adecuadamente con las finalidades preventivas que se asignan al Derecho penal es necesario partir de estudios criminológicos serios y tomar en consideración el análisis económico del derecho³⁵. Por el contrario la actual política criminal, como se señalaba, está condicionada por las víctimas y los “gestores atípicos de la moral”³⁶, sin base empírica alguna, a lo que se suma que se legisla a través del populismo y la “alarma social”³⁷, por razones electorales, sin ni tan siquiera contar

33 BECCARIA, *De los delitos y de las penas* (1764), Alianza Editorial, 2004, Cap. XII.

34 ROBINSON, *Distributive Principles of Criminal Law...*, p. 33.

35 Cfr. ORTIZ DE URBINA GIMENO, “Análisis económico del Derecho y Política Criminal”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*. UNED, nº extraordinario 2, 2004, pp. 31 ss., trata del significado del análisis económico del derecho y de la utilidad que puede tener con miras a una política criminal racional.

36 Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal*, 3ª ed. Ed. B de F, 2011, pp. 75 ss.

37 Es paradigmática al respecto la Exposición de Motivos de la LO 5/2000, que reforma la LO 4/1992, de responsabilidad penal del menor endureciendo en diversos aspectos su aplicación,

con expertos³⁸. El populismo y el electoralismo afectan a todos los partidos que se mueven por las mencionadas necesidades sociales de castigar lo que podría explicar el renacimiento del retribucionismo.

III. LEGITIMACIÓN DE LA PENA Y TEORÍA DEL DELITO

1. El abandono de las teorías de la retribución y la adopción de teorías preventivas, conllevó el abandono del concepto fáctico-objetivo del delito por lo que, independientemente de la teoría de la pena que se adopte, la conminación penal sólo será legítima cuando se cumplan dos condiciones. La primera que el hecho, en cuanto injusto típico, suponga una injerencia relevante en cuanto afecta a bienes jurídico-penales, es decir, especialmente relevantes –tipo objetivo- siempre que el sujeto haya debido ser motivado por la norma –tipo subjetivo-. La segunda condición es que se determine la pena en el caso concreto atendiendo a las circunstancias personales del sujeto. La pena no se legitima por la confirmación de la vigencia de la norma o el restablecimiento del derecho sino por la posibilidad de motivar a los ciudadanos para no lesionar bienes jurídico-penales. Las diferencias esenciales entre la confirmación de la vigencia de la norma y la función de protección de bienes jurídico-penales estriban en que la norma debe de responder a la necesidad e idoneidad de su creación para proteger un determinado bien jurídico-penal y, además, esa norma debe de ser interpretada teleológicamente de forma que se compruebe, en el caso concreto, que los hechos son idóneos *ex post* para lesionar/afectar los bienes jurídico-penales que esa norma pretende proteger. En definitiva la vigencia de la norma propicia una concepción formal de la antijuridicidad mientras que la referencia expresa al bien jurídico-penal respeta la antijuridicidad material –principio de lesividad-.

2. Consecuencia lógica de lo anterior es que el castigo se fundamenta en la conducta no en el resultado. No se trata de castigar para restablecer la situación previa a la lesión del derecho subjetivo de una persona sino de castigar conductas que sean idóneas para afectar bienes jurídico-penales, sean individuales o supraindividuales. La finalidad de la norma es motivar al ciudadano a no realizar esas conductas lesivas, ello con independencia de que se haya producido o no un resultado lesivo. El injusto típico se consuma con que *ex post*, atendiendo a todas las circunstancias concurrentes *ex ante*, se pruebe que la conducta era idónea para lesionar el bien jurídico-penal protegido. Este planteamiento no obsta a que, por razones político-criminales y de necesidad de pena, se castigue menos cuando no se ha producido un resultado imputable objetivamente a esa conducta. Lo que es inadmisibles es que se aumente la pena exclusivamente en razón de la gravedad del resultado, algo que desde la retribución podría justificarse.

fundamentándola en la alarma social que existía, a pesar de que no había aumentado la criminalidad de menores.

38 DÍEZ RIPOLLÉS, “El nuevo modelo de la seguridad ciudadana...”, pp. 25 ss., pone de manifiesto las consecuencias negativas que está conllevando la expulsión de los expertos del proceso legislativo, en concreto, en el ámbito penal.

3. El planteamiento anterior refuerza la importancia de seguir defendiendo teorías preventivas y no retributivas. El arraigo social de la visión retributiva no sólo conlleva que los ciudadanos comprendan el castigo como respuesta justa a un resultado lesivo sino que lleva al legislador a castigar atendiendo a la magnitud de la lesión. Tras décadas de auge de teorías preventivas siguen existiendo delitos cualificados por el resultado y es difícil la justificación del castigo de la tentativa y, en particular, de los llamados delitos de peligro. Análoga problemática se suscita en relación con la responsabilidad subjetiva, ya que se tiende a una objetivización del delito que, en la práctica, supone una presunción de la concurrencia de dolo o imprudencia. En este sentido no puede confundirse la objetivización del dolo, en el sentido de que es un hecho y de que debe probarse a partir de indicios objetivos con la presunción de dolo. No es lo mismo una concepción normativa del dolo que excluya valoraciones psicologicistas en la prueba del conocimiento que obviar la existencia de dolo, considerando suficiente, al menos para la apertura del proceso penal, la causación de un resultado.

4. Si en algún aspecto están de acuerdo los defensores de las diversas teorías de la pena es en que el principio de proporcionalidad es esencial en dos momentos, el legislativo en el que se determina el marco penal de un delito y el judicial, en la concreción de la pena en la sentencia³⁹. En el primero habría que valorar dos aspectos: la gravedad del delito y las penas previstas en otros delitos, es decir, no hay una única pena proporcional ya que no sólo debe de ser proporcional con el hecho sino también en relación con la gravedad de las sanciones en el conjunto de la legislación penal. Así mismo hay que tomar en consideración que, en el caso concreto, la proporcionalidad se debe de valorar en relación con la gravedad del hecho, aun cuando las diferencias surgen a partir de qué se entiende por hecho y, en particular, si en este se incluye el resultado. Al respecto, aun cuando el castigo se fundamente en la creación de un riesgo típico, en cuanto idóneo para afectar un bien jurídico-penal, la producción o no de un resultado imputable a la conducta, puede justificar una mayor o menor necesidad de pena.

5. La segunda condición para la legitimación de la intervención penal es que, en el caso concreto, sea necesaria la imposición de la pena. Este segundo momento enlaza con dos cuestiones esenciales, de muy diferente significado: la responsabilidad personal o culpabilidad y el principio de oportunidad. En este segundo momento, se puede atender tanto a cuestiones de prevención especial, estrechamente relacionadas con la responsabilidad personal o culpabilidad, como a cuestiones político-criminales en atención a la búsqueda de un mejor funcionamiento de la Administración de Justicia. La imposición de una pena en concreto o su sustitución o complementación con una medida de seguridad deberá concretarse atendiendo a la responsabilidad personal del imputado. Para la legitimación de la imposición de una pena no es necesario ni debería fundamentarse la responsabilidad personal/imputación personal/culpabilidad

39 Es interesante la postura de ROBINSON, “Hybrid Principles for the Distribution of Criminal Sanctions”, *Nordwestern Law Review* nº 82, 1987, pp. 19-42, donde plantea la posibilidad de alejarse del principio de proporcionalidad cuando existen “buenas razones”, como podría ser prevenir un “nivel intolerable de delito”.

en el libre albedrío, en cuanto éste no puede ser probado⁴⁰. Negar el libre albedrío no excluye que la norma primaria tenga capacidad de motivación ni la función de prevención general positiva y negativa de la pena. Un determinismo total o duro supondría tanto negar las finalidades preventivas de la pena como la legitimación del Estado para castigar⁴¹. Que el ciudadano, conociendo la norma, decida infringirla no presupone que esa decisión sea libre sino únicamente que en ese caso tuvo más fuerza realizar esa conducta que el miedo a la posible imposición de una pena. Y esa decisión no tiene que ser racional o lógica para que se pueda afirmar que ha sido motivado. No obstante, sí que es necesario, en el nivel de la responsabilidad personal, determinar si ese sujeto era normalmente motivable o no y ello no por las exigencias de prevención sino como límite a la intervención penal en base a las exigencias de un Estado democrático en el que está vigente el principio de igualdad⁴². El principio de igualdad, en su vertiente material, requiere tratar a los iguales –imputables- como iguales y a los desiguales –inimputable- como desiguales⁴³.

IV. PRINCIPIOS LIMITADORES

1. Las críticas a las teorías preventivas se centran en dos aspectos, el primero la utilización del individuo con finalidades de intimidación, ya enunciado, y el segundo, en la imposibilidad de limitar la intervención del Derecho penal, en base a que cuanto más dura sea la pena mayor eficacia preventiva tendrá. Esta segunda crítica también ha sido contestada, en cuanto la dureza de las penas no asegura la intimidación, sino que lo necesario es que la Administración de Justicia funcione de forma eficaz y ágil. No obstante, es esencial que la finalidad de prevención se limite a través de los principios del Derecho penal derivados de un Estado social y democrático de Derecho. Me referiré

40 LUZÓN PEÑA, “Libertad, culpabilidad y neurociencias”, *InDret* 3/2012, fundamenta la culpabilidad en el libre albedrío; en sentido similar, SCHÜNEMANN, “Sobre la crítica a la teoría de la prevención general...”, afirma que el concepto de la prevención general positiva presupone el libre albedrío.

41 Cfr. DEMETRIO CRESPO, “Libertad de voluntad, investigación sobre el cerebro y responsabilidad penal”, *InDret* 2/2011, plantea la discusión acerca del alcance que las neurociencias pueden tener en la culpabilidad penal con un estudio de las diferentes posturas que se han defendido en Alemania llegando a la conclusión que la Ciencia penal no puede obviar los conocimientos científicos.

42 MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito en un Estado social y democrático de Derecho*, 2ª ed., Ed. Bosch, 1982, pp. 93 ss., fundamenta la culpabilidad, a la que posteriormente denomina responsabilidad personal, en la normalidad motivacional; ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4ª ed., pp. 868 ss., en un sentido en cierta medida similar, entiende la culpabilidad como “el comportamiento injusto pese a la asequibilidad normativa”.

43 MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 10ª ed. 2015, Ed. Reppertor, fundamenta la imputación personal no sólo en la igualdad material sino también en la “dignidad de la persona”.

exclusivamente, y de forma muy sintética, a tres: el principio de culpabilidad, el principio de lesividad o exclusiva protección de bienes jurídicos y el de *ultima ratio*, que abarca los de subsidiariedad y fragmentariedad. La razón de esta selección es porque considero que son los más afectados por la actual política criminal, aun cuando, ciertamente, también están siendo seriamente afectados, tanto el principio de legalidad, entendido materialmente, por la no-técnica legislativa que se sigue, como el de proporcionalidad, con el establecimiento de penas muy graves para hechos poco lesivos o estableciendo la misma pena para conductas con desvalor muy diferente.

2. En relación con el principio de culpabilidad es necesario llamar la atención de dos de sus sub-principios: la responsabilidad subjetiva y la responsabilidad por el hecho. En relación con la responsabilidad subjetiva las nuevas concepciones sobre el dolo van mucho más allá de las teorías de conocimiento o la representación ya que apartándose de los aspectos subjetivos proponen una total normativización del dolo. Estando de acuerdo en excluir las intenciones y los móviles del concepto de dolo, creo que en el caso concreto el principio de responsabilidad subjetiva obliga a probar que el sujeto conocía el riesgo exacto que estaba creando con su conducta –dolo- o que atendiendo las circunstancias debería haberlo conocido –imprudencia-. Con ello no niego que la llamada ignorancia deliberada, si se exigen todos los requisitos (esencialmente estar en situación de tener el deber de informarse, tener acceso muy sencillo a la información y no hacerlo), pueda ser calificada como dolo y ello porque el pretendido desconocimiento no es tal ya que el hecho de haberlo buscado “deliberadamente” implica, desde un razonamiento lógico, que el sujeto conocía los hechos previamente, aunque desconociera exactamente cómo se iban a producir.

3. Respecto del principio de responsabilidad por el hecho, el llamado Derecho penal del enemigo, en un sentido amplio, lleva a castigar no por el hecho cometido sino por intenciones o por peligrosidad. Ello sucede, por ejemplo, en los delitos de violencia de género, en la interpretación del Tribunal constitucional que no requiere constatar el significado machista de la conducta, en el caso concreto, o en los nuevos delitos de odio y discriminación. En esta línea, hay que poner de manifiesto que las finalidades de prevención general –positiva y negativa- no justifican que se utilice el Derecho penal para solucionar problemas sociológicos con siglos de antigüedad, como la violencia machista, o para introducir en el ámbito penal cuestiones estrictamente éticas, como sucede con los delitos de odio. En esta misma línea encontramos múltiples supuestos en los que se castiga como autoría conductas de promover, facilitar..., autoría de un delito consumado, respecto del cuál además está previsto el castigo de los actos preparatorios.

4. En relación con el principio de lesividad o exclusiva protección de bienes jurídicos conviene hacer referencia a la actual tendencia de la jurisprudencia, por una parte, a interpretar determinados delitos como de peligro hipotético, así como por el legislador a crear preceptos idénticos a las infracciones administrativas que se pretende sean aplicadas formalmente por el legislador sin tomar en consideración si efectivamente, en el caso concreto haya sido afectado el bien jurídico-penal que teóricamente debería protegerse. Un ejemplo paradigmático, es la legislación en materia de seguridad vial y de medio ambiente. No en todos los preceptos pero sí en algunos

de ellos, configurados estrictamente como normas administrativas y delitos de peligro estadístico o presunto (arts. 379 o 326 CP). En cualquier caso, pese a las intenciones del legislador, todos los tipos deberían interpretarse teleológicamente, atendiendo al bien jurídico-penal que se pretende proteger con ese delito, no siendo suficiente la prueba de que formalmente concurren los elementos del tipo. Así, por ejemplo, el delito de conducir sin carnet debería de ponerse en relación con la seguridad vial y si el sujeto conduce correctamente, en su caso, únicamente, se podría castigar por un delito de desobediencia o de quebrantamiento, si concurrieran sus elementos típicos y se afectara el bien jurídico-penal protegido⁴⁴.

5. Atendiendo a la expansión del Derecho penal es especialmente relevante el respeto de los principios de *ultima ratio* y subsidiariedad. Estos principios, que debe respetarse en todo caso, son especialmente relevantes en los nuevos ámbitos en los que interviene el Derecho penal. Sin necesidad de defender un Derecho penal mínimo es posible un Derecho penal que, como se ha señalado, castigue conductas especialmente graves en ámbitos en los que ya existe una regulación administrativa, civil, mercantil o laboral. Y esto no es algo tan nuevo como se pretende puesto que esta duplicidad sancionatoria ya existía en los delitos contra la Administración Pública o de Justicia y, especialmente, en materia de orden público. Por consiguiente, tanto en los nuevos tipos delictivos como en los tradicionales es indispensable que la intervención penal se limite en mayor medida en estos casos.

V. CONCLUSIONES

1. Estamos en una sociedad consciente, en otros ámbitos, de que la prevención es más adecuada que la intervención cuando ya se ha producido el resultado, por ejemplo, en la medicina. En consecuencia, sería lógico que también sería lo idóneo que el Derecho penal cumpliera esas finalidades preventivas. Y ello en mayor medida puesto que en la medicina, pese a que no se haya llevado a efecto una actividad preventiva, es posible la curación, de una forma más invasiva y peligrosa pero eficaz. Por el contrario en el Derecho penal, la imposición de la pena, como respuesta a la producción de un resultado lesivo –la retribución–, no es eficaz puesto que el castigo no devuelve las cosas al momento anterior, no devuelve la vida, ni la salud, ni la libertad, ni la propiedad... Por el contrario, la pena sí que puede motivar a no realizar una conducta, ya sea por convencimiento ya sea por intimidación y, bien seleccionada y ejecutada, puede evitar que quien la ha realizado vuelva a hacerlo.

2. Las finalidades preventivas de la pena deben de ser limitadas por los diversos principios del Derecho penal ya que estos principios limitadores sirven al respeto de los derechos fundamentales de las personas y, no obstante, están siendo habitualmente infringidos, especialmente, por el legislador pero también por los jueces y, en algunos

44 Es conveniente recordar que el este delito fue suprimido del Código penal de 1973, por entenderse que era inconstitucional por no proteger ningún bien jurídico.

casos, incluso por la doctrina que desarrolla teorías que, siendo coherentes e incluso brillantes, las consecuencias de su aplicación son contrarias a un Derecho penal respetuoso con el principio de intervención mínima. Previo, y junto a los límites que establecen los principios, es indispensable que la política criminal se fundamente en estudios criminológicos y en un análisis coste-beneficio que no debe interpretarse en términos puramente economicistas.

3. Tanto en el momento legislativo como en el judicial la teoría del delito cumple una función relevante aportando seguridad jurídica y, especialmente, asegurando el respeto del principio de culpabilidad, en sus tres aspectos de responsabilidad por el hecho, responsabilidad subjetiva y culpabilidad en sentido estricto. La teoría del delito es útil igualmente para facilitar el respecto a los principios de proporcionalidad y de subsidiariedad, en cuanto establece categorías que permiten distinguir entre conductas de autoría y participación, entre actos preparatorios, tentativa y consumación, entre dolo e imprudencia... Así mismo, la perspectiva *ex ante* en el análisis de los hechos, que responde a la función preventiva del Derecho penal, posibilita que el operador jurídico no esté condicionado por el resultado y atienda a la gravedad de la conducta. Es cierto que la teoría del delito no aporta soluciones acerca de qué conductas deben de castigarse y con qué pena pero no es menos cierto que sin la teoría del delito la técnica legislativa que se sigue en la Parte especial es desproporcionada e irracional y las soluciones en el caso concreto tienden a ser arbitrarias.

4. No cabe olvidar, por último, dos aspectos esenciales para el buen funcionamiento del Derecho penal que por diversas razones suelen ser obviados por los penalistas. En primer lugar, se requiere de un proceso penal en el que se conjuguen garantías y eficiencia y de unos operadores jurídicos, jueces y fiscales, buenos juristas, dotados de medios y no mediatizados por la política. En segundo lugar, es necesario asegurar la ejecución efectiva de las penas y que su cumplimiento esté orientado a la reinserción. Si como se ha señalado la eficacia preventiva de la pena no depende tanto de la dureza de las penas como de la seguridad en que van a ser ejecutadas, el proceso y la ejecución cumplen una función esencial en la legitimación del Derecho penal.

IMPUTACIÓN OBJETIVA Y PRINCIPIO DE LESIVIDAD

MIRENTXU CORCOY BIDASOLO

*Catedrática de Derecho Penal
Universidad de Barcelona*

SUMARIO: I. Introducción. II. Diferencias entre causalidad e imputación objetiva. III. Significado y límites de la causalidad. IV. Ámbito de eficacia de la causalidad y de la imputación objetiva. V. Significado y concepto de la imputación objetiva. VII. Criterios para delimitar *ex post* la existencia de una relación de riesgo. VIII. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

En la actualidad ya no es posible calificar como “moderna” a la teoría de la imputación objetiva, tal como se ha venido haciendo desde los años 80, cuando fue adoptada por la doctrina y jurisprudencia penal. Se podría incluso afirmar que ha sido tal su implantación que ha “muerto de éxito”. Una vez que, progresivamente, se ha ido imponiendo, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, ha perdido su significado y ha sufrido interpretaciones muy diversas. De todas las versiones, acepciones e interpretaciones de la imputación objetiva quería en este trabajo poner el acento en dos que entiendo son las que han erosionado y destruido su capacidad de restringir normativamente el tipo. En este sentido, especialmente por la doctrina, se ha extendido su función hasta confundirse con la tipicidad o la antijuricidad, aproximándose a la *imputatio* del S XIX. En otra dirección ha sido utilizada, muy en especial por la jurisprudencia, como sustitutivo de la causalidad obviando de esa forma la prueba de los hechos e infringiendo el principio acusatorio y su correlativo de presunción de inocencia. Desde esta posición la imputación objetiva ha servido para eludir la prueba de los hechos.

La imputación objetiva es algo diferente de la causalidad y ambas instituciones no deben contraponerse, como se ha venido haciendo. No se debe restar sino sumar. La causalidad debe ser entendida, no como fundamento de la tipicidad ni tan siquiera como nexo entre conducta y resultado, sino desde una perspectiva esencialmente procesal, como prueba de los hechos que son objeto de la acusación. En el proceso penal

es necesario probar, sin sombra de duda razonable –principio *in dubio pro reo*- que los hechos han sucedido de una forma determinada y obedeciendo a unas causas concretas -Hechos Probados- y esto es lo que, en esta sede, denominamos causalidad.

Frente a esta propuesta, posiblemente por las razones por las que surge la teoría de la imputación objetiva, la relación entre causalidad e imputación objetiva ha sido siempre de contraposición, entre defensores de una y otra teoría. Este enfrentamiento es la razón por la que la imputación objetiva ha debido superar importantes escollos hasta ser admitida gradualmente, primero por la doctrina y luego por la jurisprudencia y también está en el origen de la confusión aludida entre ambas instituciones. Los problemas que plantea la teoría de la *conditio sine qua non*, entendida normativamente, condujo al auge de la imputación objetiva y, correlativamente, al abandono de la causalidad. No obstante, todavía hoy en día, la *conditio sine qua non* es utilizada, por un sector de la doctrina y por la jurisprudencia mayoritaria, expresa o tácitamente, en el nivel de la imputación objetiva.

La imputación objetiva se ha desarrollado en la doctrina penal en estos últimos treinta años, aun cuando su origen se encuentre en la doctrina civilista del siglo XIX¹. Las dificultades para su aceptación responden, como anunciábamos, a la reticencia a restar importancia a una institución como la causalidad que, durante el tiempo en que han estado vigentes las doctrinas causalistas en la teoría del delito, constituía el núcleo y esencia de la antijuricidad. En los últimos tiempos el progresivo dominio de las doctrinas finalistas, primero, y funcionalistas de distinto signo después, ha llevado al abandono de la causalidad y a su sustitución por la imputación objetiva. El desprecio a la causalidad y el pensamiento de que la imputación objetiva es la panacea para solucionar todos los problemas que surgen para atribuir un resultado a una conducta, ha conducido a no requerir la prueba de cómo han sucedido efectivamente los hechos objeto del proceso y ello ha provocado la infracción del principio de presunción de inocencia y, correlativamente, en un momento posterior, del principio *in dubio pro reo*. En consecuencia, la solución ha de pasar por no confrontar ambas instituciones, o sustituir uno por otro, sino muy al contrario otorgar a cada una de ellas, el lugar y el significado que les corresponde.

Las consecuencias negativas, en relación con el respeto de los principios referidos, podían haberse previsto desde el momento en que la teoría de la imputación objetiva surge con la voluntad de solucionar los problemas que suscita la prueba de la relación causal. La crisis de la causalidad se debe, en especial, a dos factores que, básicamente, tienen el mismo fundamento. La causalidad alcanza su apogeo en un momento en el

1 Un estudio sistematizado y completo sobre los orígenes y desarrollo de la teoría de la imputación objetiva en el Derecho penal lo encontramos en la obra de Anarte Borralló, *Causalidad e imputación objetiva en Derecho penal*, Ed. Universidad de Huelva 2001, *passim*. Desde la perspectiva más amplia de la evolución histórica del concepto de imputación, Rueda Martín, *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción (Una investigación, a la vez, sobre los límites ontológicos de las valoraciones jurídico-penales en el ámbito del injusto)*, Barcelona 2001, pp. 49 ss.

cual el mundo acata las leyes físicas y de la naturaleza como dogma de fe, el positivismo se impone en todos los ámbitos, se cree que las leyes físicas son exactas y que, en consecuencia, fundamentando en ellas la responsabilidad penal se cumple de la mejor forma posible con los principios de justicia e igualdad. La relativización de esa exactitud y el “conocimiento del desconocimiento” de las leyes físicas, que subsiste pese a los grandes avances científicos, o mejor debido a ellos, supuso la crisis del positivismo jurídico y, de ello, se derivó, así mismo, que el Derecho penal pusiera en duda la validez de la relación causal, entendida como nexo naturalístico entre conducta y resultado, como fundamento de la atribución de responsabilidad penal. El descubrimiento de que no existen leyes científicas con validez absoluta provoca la crisis de las concepciones ontológicas y positivistas del Derecho penal y determina que se abra paso a una concepción normativista y funcional. Dentro de un sistema teleológico y funcional del Derecho penal una institución como la relación causal no puede fundamentar la responsabilidad penal, pero sí puede y debe servir como límite previo, necesario para cumplir con los principios de seguridad jurídica y presunción de inocencia.

En un principio, con la imputación objetiva se persigue adaptar la causalidad a las exigencias de un Derecho penal funcionalista, interpretado y aplicado de acuerdo con un método teleológico. No obstante, posteriormente, ha ido evolucionado y, se advierte o no, cuando se habla de imputación objetiva ya no se está tratando de solucionar, exclusivamente, problemas relacionados con la relación causal, ni en consecuencia problemas suscitados por la teoría de la equivalencia de las condiciones o de la *conditio sine qua non*, como fórmulas para probar la relación causal², sino explicando el delito. En este sentido les asiste la razón a quienes critican la teoría de la imputación objetiva, en base a que supone un retroceso en el desarrollo de la teoría del delito al reducirse ésta a una cuestión de imputación. Por consiguiente, posiciones como la defendida, por ejemplo, por Wolter, en el sentido de que la imputación objetiva abarca a todo el sistema del Derecho penal -causas de justificación, culpabilidad, individualización de la pena e incluso el sistema procesal-penal-, desfiguran la utilidad de la imputación objetiva³.

En consecuencia, es necesario tanto mantener la imputación objetiva en su contexto original –relación normativa entre el resultado y la conducta típica- como no olvidar la importancia de la causalidad, en un momento previo. Tanto la causalidad como la imputación objetiva tienen una función propia y, por consiguiente, es necesario superar la confrontación entre causalidad e imputación objetiva porque son dos instituciones autónomas y válidas, con naturalezas y finalidades propias. En otras palabras, la relación

2 En este sentido, MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, 1992, pp. 73 ss., señala como un Derecho penal con una finalidad de protección se encuentra en la base de la teoría de la imputación objetiva.

3 WOLTER, “Imputación objetiva y personal a título de injusto. A la vez una contribución al estudio de la *aberratio ictus*”, en SCHÜNEMANN, *El sistema moderno de derecho penal. Cuestiones fundamentales. Estudios en honor de Claus Roxin en su 50º aniversario* (Introducción, traducción y notas de Silva Sánchez), 1991, Madrid, pp. 108 ss.

causal y la relación de riesgo deben probarse en todos los delitos, tanto comisivos como omisivos y ya sean de resultado o de mera actividad.

Desde la concepción funcional del Derecho penal se propone un acercamiento entre la dogmática y la política-criminal, en cuanto el Derecho penal sirve a la prevención de lesiones de bienes jurídicos, de acuerdo con los fines que se atribuyen a la pena, por lo que las normas penales han de concebirse como normas de motivación⁴. En esta dirección, la teoría de la imputación objetiva trata de servir a esta nueva concepción del delito y, en particular, del injusto, de forma que sólo puedan considerarse como jurídico-penalmente relevantes los riesgos respecto de los que las normas penales quieren motivar al ciudadano y que, en consecuencia, sólo puedan imputarse resultados lesivos a riesgos de esa naturaleza.

Si atendiéramos, exclusivamente, a la finalidad de protección de bienes jurídicos la causalidad sería suficiente para fundamentar el castigo. Sin embargo, desde la perspectiva de la función de motivación de la norma penal sólo la imputación objetiva, en cuanto basa la imputación del resultado en la existencia de un riesgo típicamente relevante, sirve para limitar las conductas prohibidas, en el caso concreto. La naturaleza normativa de la imputación objetiva, siempre que se conciba abarcando tanto el juicio sobre el injusto típico doloso o imprudente como la imputación del resultado, restringe la intervención del Derecho penal a aquellos supuestos en los que es exigible al autor la protección del bien jurídico. De esta forma el Derecho penal se limita a la protección de *bienes jurídico-penales protegibles*, los únicos respecto de los que está legitimada su intervención⁵.

Si somos consecuentes con la concepción normativa del injusto y la función de motivación de las normas penales, no puede defenderse que la imputación “objetiva” sea ciertamente “objetiva” y que sirva exclusivamente para probar la existencia de una relación entre conducta y resultado, como sustitutivo estricto de la relación causal. Hay que entender la imputación objetiva como un doble juicio de atribución, es decir, no sólo del resultado a la conducta sino previamente de atribución de relevancia típica a la conducta⁶. Desde esta perspectiva, en este primer nivel sólo puede afirmarse la

4 Aun cuando desde amplios sectores doctrinales se defienda una concepción normativo-valorativa de las normas penales, sobre ello, vid. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., Ed. B de F, 2010, pp. 311 ss., donde se expone el estado de la cuestión.

5 Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación...*, pp. 287 ss., sobre la discusión relativa a qué criterios –merecimiento de pena, fragmentariedad..., debe atender el legislador para criminalizar conductas. Cuando tratamos de *bien jurídico protegible* en relación con la teoría de la imputación objetiva no se trata de la determinación de qué bienes jurídicos deben ser protegidos penalmente por el legislador, sino de la cuestión de en qué supuestos la lesión de un bien jurídico penalmente protegido es *protegible* por ser imputable a título de dolo o imprudencia a su autor,

6 Esta postura se encuentra ya en mi tesis doctoral, leída en 1988 y publicada bajo el título de *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, Barcelona 1989 (2º ed. Ed. B

objetividad de la imputación objetiva en el sentido de que se trata de un juicio objetivo, pero que abarca tanto los aspectos objetivos como subjetivos del tipo⁷.

II. DIFERENCIAS ENTRE CAUSALIDAD E IMPUTACIÓN OBJETIVA

La causalidad, por su naturaleza ontológica, no sirve para fundamentar la relevancia jurídico-penal de unos determinados acontecimientos. No obstante, y precisamente por dicha naturaleza nos puede indicar, desde una perspectiva científico-naturalística, cuál ha sido el devenir de esos acontecimientos, por qué es probable que se hayan producido esos hechos y qué razones, por el contrario, no pueden explicarlos⁸.

La insuficiencia de la causalidad para fundamentar la atribución de responsabilidad penal a una persona puede ser sobradamente demostrada con el ejemplo más sencillo:

- 1º) A muere por el impacto de bala de una pistola disparada por B. ¿Es posible con estos datos considerar que B es autor de un homicidio doloso? Hemos de contestar tajantemente que no. Veamos algunos supuestos posibles: a) el disparo se habría podido producir por ser la pistola defectuosa y pese a llevar el seguro haberse disparado, en cuyo caso la muerte podría atribuirse al fabricante; b) podría haber ocurrido, por ejemplo, que B la hubiese cargado con salvas para gastar una broma a A y que C, conociendo esta circunstancia, hubiese cambiado las salvas por balas, en cuyo caso la muerte debería atribuirse a C; c) otra posibilidad es que B tratase de matar a un perro rabioso y en ese momento A se cruza inopinadamente en la trayectoria de la bala, en cuyo caso estaríamos, en principio, ante un caso fortuito o máxime un homicidio imprudente. Se podrían seguir buscando posibilidades pero creo que queda sobradamente demostrado que lo importante no es que A haya muerto de un disparo realizado por B, sino que A ha muerto del disparo realizado dolosamente por B sobre una parte vital del cuerpo de A o que A ha muerto por el estado defectuoso de la pistola, por lo que su muerte podría atribuirse al fabricante.....

de F, Buenos Aires 2005, reimpresión 2008), teniendo conocimiento de la obra de FRISCH, *Tatbestandsmässiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, Heidelberg 1988, estando concluido el trabajo y defendida la tesis.

- 7 Desde una perspectiva diferente, a partir del concepto final de acción y respecto de la imputación objetiva en los delitos dolosos, RUEDA MARTÍN, *La Teoría de la imputación objetiva...*, pp. 167 ss, advierte que no se puede escindir la acción en una parte objetiva y en otra subjetiva.
- 8 En este sentido, Auto de la Audiencia Provincial de Huesca, nº 68/2000, de 14 de julio, en relación con el caso del *Camping de Biescas*, cuando, en el Fundamento Jurídico Cuarto, afirma: “Antes de su valoración jurídica, esta decisión (existencia o no de indicios de criminalidad) requiere averiguar cuáles son los hechos, según resulta de la investigación practicada...”.

Si en un ejemplo como el anterior, donde a primera vista parecería que la relación causal sería suficiente para atribuir responsabilidad penal, vemos que no es así, la certeza de la insuficiencia de la causalidad se evidencia cuando intervienen varias personas, e incluso la víctima, en el curso causal. Ello se pone de manifiesto en los ámbitos propios de la delincuencia imprudente, como la medicina, el tráfico viario o el trabajo.

Pongamos otros dos ejemplos:

- 2º) A muere de VIH, por una transfusión de sangre que el cirujano B le inyecta en el transcurso de una operación. La relación causal sólo puede explicarnos que A ha muerto de VIH por la sangre inyectada por B, y ello sólo, en tanto en cuanto, se pruebe que no ha existido ninguna otra posibilidad de que A se haya contagiado por otra vía. Partiendo de que esté probado que la causa del contagio es la sangre transfundida por B, para la atribución de responsabilidad penal habrá que determinar quién tenía la competencia de que la sangre utilizada durante la operación no estuviese contaminada. La responsabilidad puede recaer desde el director del hospital que adquirió sangre que no estaba analizada, al jefe del servicio de hematología que dejó salir sangre sin haber realizado las pruebas pertinentes, a la enfermera que realizó incorrectamente las pruebas que el jefe de servicio le había ordenado.....
- 3º) A, obrero de la construcción, cuando está trabajando en una obra sin el casco reglamentario, muere por el golpe causado en la cabeza por un ladrillo que ha dejado caer B. La causa de la muerte es el ladrillo que B ha dejado caer pero ¿quién es responsable de la muerte de A? La respuesta ya no es tan sencilla, es posible que sea la propia víctima que se negaba, pese a los repetidos requerimientos de sus superiores, a ponerse el casco; puede ser responsable, dolosa o imprudentemente, B que, o bien ha dejado caer conscientemente el ladrillo para matar a A o, bien, no ha tenido el cuidado debido y por ello le ha caído el ladrillo; también puede ser responsable, sólo o conjuntamente con B o con A, el encargado que no ha exigido que A se pusiese el casco o el constructor que no ha facilitado los cascos reglamentarios...

Creo que los sencillos casos anteriores sirven como ejemplo de que la causalidad no nos ofrece la respuesta que desde el Derecho penal es necesaria para atribuir responsabilidad penal a una persona. Es decir, no responde a la pregunta de **quién** es responsable de la muerte sino, únicamente, a **cuál** es la causa de la muerte, o mejor aun, a cuál es “una” de las probables causas de la muerte. Lo que interesa, desde la perspectiva del Derecho penal, es determinar a quién puede imputarse un riesgo típico, es decir, un riesgo relevante jurídico-penalmente creado por la conducta dolosa o imprudente de una persona, o no controlado, por quién tenía la competencia y el deber de hacerlo. En otras palabras el Derecho penal lo que necesita saber es **quién** tenía el deber de evitar **esa clase** de lesión de **ese bien jurídico-penal**.

III. SIGNIFICADO Y LÍMITES DE LA CAUSALIDAD

Pese a las insuficiencias que muestra la causalidad en orden a atribuir responsabilidad penal por la imputación de un resultado lesivo, en un momento previo sí que es necesario probar **cuál** es la causa de la muerte o **cuál** es la causa de que un producto sea nocivo..., es decir, **cómo** se han desarrollado los acontecimientos que han llevado a la producción de un resultado lesivo.

Al igual que la conducta humana voluntaria es un elemento previo al injusto, que debe concurrir en cualquier caso⁹, también es necesario saber por qué y en que circunstancias se ha producido una determinada situación o un determinado resultado y para ello necesitamos de la causalidad¹⁰. Atendiendo a la naturaleza ontológica de la relación causal, su prueba no puede ser normativa sino científica. En consecuencia, serán los peritos quienes nos deben explicar cuál es la causa de un determinado suceso, de acuerdo con leyes científicas de probabilidad y, sobre todo advertir sobre qué circunstancias no pueden ser las causas, con independencia de que, finalmente, debe ser siempre el Juez o Tribunal quien valore, en conciencia, esos peritajes. La libre valoración de la prueba (art. 741 LECrim) determina, que los dictámenes periciales no vinculan al juzgador. No obstante, la libre valoración no permite considerar causalidad algo que no lo es, porque se deben respetar los conocimientos científicos que definen causalidad y que están vinculados al significado convencional de un término. La ley causal no puede “crearse” por el juzgador, pasando por encima de los conocimientos científicos como, por ejemplo, se llevó a efecto en el “caso de la colza”, donde puede advertirse con claridad los efectos de la confusión entre causalidad e imputación objetiva¹¹.

-
- 9 Requisito esencial que ciertamente se ha desnaturalizado por la progresiva introducción, en los diferentes países, de la responsabilidad penal de la persona jurídica. Siendo esto un problema no es ni tan siquiera el mayor que supone esta “creación” y, frente a estas disfunciones dogmáticas y garantistas, desde mi punto de vista, es muy difícil ver los aspectos positivos, desde perspectivas criminológicas y político-criminales.
- 10 Cfr. STS 1879/1998, de 29 de mayo, distingue con claridad el concepto y función de imputación objetiva y causalidad, cuando señala “...en general es posible afirmar -como precisa el cuidadoso dictamen de la señora Fisac- que sin causalidad (en el sentido de una ley natural de causalidad) no se puede sostener la imputación objetiva, así como que ésta no coincide necesariamente con la causalidad natural. De esta manera, sólo es admisible establecer la relación entre la acción y el resultado cuando la conducta haya creado un peligro no permitido, es decir, jurídicamente desaprobado y el resultado producido haya sido la concreción de dicho peligro”.
- 11 Cfr. STS 23 abril 1992, donde se consideraron imputables los resultados de muerte y lesiones pese al desconocimiento de cuál era la causa del “síndrome tóxico”, como se denominó a la enfermedad, a partir de los siguientes argumentos:
- 1º El problema de causalidad se debe a la ausencia de una ley causal natural suficientemente probada por la comunidad científica pero ello no sirve para excluir que exista.
 - 2º En esos casos el órgano jurisdiccional, con los datos que ha entendido suficientemente probados, puede afirmar la causalidad por ser esta una cuestión normativa, susceptible de interpretación y valoración judicial.
 - 3º Desde esta perspectiva, según el Tribunal “normativa”, existe una “ley natural” cuando:

El límite a la libre valoración de la prueba se encuentra en el principio de presunción de inocencia que resulta vulnerado siempre que no se hayan acreditado suficientemente los hechos sobre los que debe recaer la posterior valoración jurídica, a través de la actividad probatoria de cargo¹². El problema surge cuando no contamos con prueba directa de lo acontecido sino únicamente con pruebas indiciarias¹³, o cuando la ley de probabilidad, en que se basa el nexo entre la conducta y el resultado, no está suficientemente acreditada. En ambos casos se ha de ser especialmente riguroso en cuanto a la exigencia de una motivación suficiente, que permita determinar, en un recurso de apelación ante la Audiencia Provincial, de casación ante el Tribunal Supremo, o de amparo ante el Tribunal Constitucional, por vulneración del principio de presunción de inocencia, si el proceso deductivo es arbitrario, irracional o absurdo¹⁴.

La distinción entre causalidad e imputación objetiva es análoga a la que “debería existir”¹⁵, entre los Hechos Probados y los Fundamentos Jurídicos de una sentencia.

“comprobado un hecho en un número muy considerable de casos similares sea posible descartar que el suceso se haya producido por otras causas”.

- 4º No es necesario el conocimiento de todos los pasos del curso causal, ni siquiera la del agente tóxico determinante del carácter lesivo.
- 5º No es necesario que el fenómeno sea repetible en condiciones experimentales.
- 12 Por todas, SSTS 7195/1996, de 4 de octubre; 4289/1997, de 20 de mayo; 5597/1998, de 26 de junio; 1509/2001, de 26 de julio, cuya doctrina podría resumirse diciendo que “El ámbito de la presunción de inocencia queda circunscrito a los hechos externos y objetivos subsumibles en el precepto penal, pero nunca al elemento subjetivo de la concreta tipicidad”.
- 13 Sobre los dos elementos que deben concurrir para que sea válida la prueba indiciaria existe una jurisprudencia consolidada, por ejemplo, STC 220/1998, donde se citan numerosas sentencias del Tribunal Constitucional en el mismo sentido. Estos elementos son: a) que los hechos básicos estén completamente acreditados; b) que entre tales hechos básicos y aquel que se trata de acreditar exista un enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano. No obstante, en relación con la prueba indiciaria, hay que advertir que sí cabe recurso de casación sobre la conclusión lógica a la que se llega a partir de los hechos básicos (art. 1253 CC), “conclusión que de este modo es considerada como si de una cuestión de calificación jurídica se tratara por entender que excede de lo meramente fáctico”, en este sentido, entre otras muchas, STS 136/1995, de 18 de enero.
- 14 En este sentido se manifestó ya la STC 175/1985, de 17 de diciembre, doctrina que se reitera en múltiples sentencias, entre otras, SSTC 229/1988; 107/1989; 94/1990; 244/1994; 24/1997; 116/1998.
- 15 “Debería existir” porque hasta el momento no se ha conseguido, ya que no prosperan los recursos de casación por quebrantamiento de forma, por predeterminación del fallo, cuando continuamente encontramos en los Hechos Probados conceptos jurídicos expresados en frases del siguiente calibre: “posesión de las sustancias con fines de tráfico”(STS 1678/2001, de 25 de septiembre (Ponente: Ramos Gancedo); “prevaliéndose del ascendente que tenía sobre ella” (STS 1509/2001, de 26 de julio (Ponente: Móner Muñoz), por citar dos sentencias recientes, entre innumerables resoluciones y pese a que la doctrina jurisprudencial al respecto está consolidada y teóricamente debería llevar a afirmar la predeterminación del fallo en supuestos como los citados. Por ejemplo, STS 1493/2001, de 25 de julio (Martín Canivell): requisitos de la predeterminación: “1º la utilización de conceptos jurídicos empleados en la

La doctrina penal no debería coadyuvar a esta confusión, tal y como está sucediendo, no resaltando el distinto significado de la causalidad y la imputación objetiva y estableciendo una distinción tajante entre ambas, como dos momentos diferentes y de distinta naturaleza¹⁶. Mientras el nivel de la causalidad es fáctico –Hechos Probados-, el nivel de la imputación objetiva es normativo –Fundamentos Jurídicos- y requiere, por consiguiente, el juicio previo sobre la relevancia jurídico-penal del riesgo al que, en su caso, se imputara el resultado. Este juicio, a su vez, exige valorar la concurrencia del tipo subjetivo puesto que un riesgo que no es ni doloso ni imprudente en ningún caso puede ser penalmente relevante –principio de culpabilidad, arts. 5 y 10 CP 1995-. No obstante, en la realización del referido juicio no puede olvidarse que las afirmaciones valorativas no tienen sentido si no se precisa a que hechos –previamente probados- se refieren¹⁷, por ello es importante la determinación suficiente de los hechos que deben ser objeto de valoración¹⁸.

Si nos remitimos a los ejemplos anteriores podemos apreciar la importancia de la causalidad, como momento previo a la imputación objetiva:

definición o en la descripción de elementos esenciales del tipo jurídico-penal aplicado, 2º) que las expresiones jurídicas, sean sólo comprensibles por conocedores de la técnica jurídica, y no sean compartidos por el lenguaje común de las gentes, 3º) que tengan valor causal respecto al fallo y 4º) que, suprimidos tales conceptos, dejen la narración de hechos sin base alguna”, si aplicásemos estos requisitos deberíamos afirmar la predeterminación en las sentencias citadas, como en muchas otras.

- 16 Un ejemplo de la confusión constante que crea la doctrina entre el nivel de la causalidad y el nivel de la imputación objetiva se advierte con claridad en la obra de PUPPE, *La imputación objetiva. Presentada mediante casos ilustrativos de la jurisprudencia de los altos tribunales*, (prólogo de Silva Sánchez; trad. García Caveró), Granada 2001, ya en la Introducción, p. 5, la autora afirma la existencia de dos niveles dentro de la imputación objetiva: “En el primer nivel de la imputación objetiva hay que determinar la relación fáctica entre las características descuidadas del comportamiento del autor y la aparición del resultado. Esta relación sólo puede ser la relación causal. En el segundo nivel hay que examinar por qué razones fácticas se califica un determinado curso causal como fortuito y se rechaza, por tanto, como fundamento de la imputación; en otras palabras cómo se diferencian fácticamente un curso causal fortuito de otro que no lo es”. En particular, p. 90, donde expresamente se dice: “En el presente caso, evidentemente no sólo ha tenido lugar la causalidad del conductor respecto de la muerte del ciclista –para un atropellamiento deben figurar por lo menos dos-, sino también *la causalidad de la infracción de cuidado*.”.
- 17 De las posturas doctrinales que en aras de la imputación objetiva obvian la importancia del presupuesto fáctico, es representativa, pero por supuesto no la única, la de SCHÜNEMANN, “Über die objektive Zurechnung”, GA 1999, pp. 207 ss, p. 219, considera la decisión sobre la finalidad de protección de la norma como una decisión normativa de carácter general, no ligada por tanto a los hechos concretos.
- 18 En este sentido es importante la llamada de atención que lleva a efecto PUPPE, *La imputación objetiva...*, pp. 6 ss, sobre el déficit de muchas posiciones doctrinales en este ámbito, como también es esencial su crítica a la falta de sistemática de la que en general adolece la doctrina de la imputación objetiva, que se ha desarrollado en base al pensamiento problemático.

En el supuesto 1º) la causalidad nos explica que la causa de la muerte de A es el disparo realizado por la escopeta de B. En el caso 2º) La causalidad nos explica que A ha muerto de VIH y que se contagió con una transfusión en el transcurso de una operación quirúrgica realizada por B. En 3º) A muere de un golpe en la cabeza propinado por un ladrillo que B dejó caer desde lo alto del edificio donde ambos trabajaban. Todos estos datos son imprescindibles para, en un momento posterior, proceder a determinar **qué** riesgo es típicamente relevante para la producción del resultado -presupuesto de imputación y relación de riesgo- y a quién puede imputarse este riesgo -relación de autoría-. Vemos también que la causalidad concurre tanto en supuestos que desde un punto de vista jurídico-penal serán calificados como omisivos como en los que se consideraran comisivos. Así, por ejemplo, en 1º) si A muere por el estado defectuoso de la pistola, estaremos frente a un supuesto omisivo desde la perspectiva jurídico-penal; lo mismo sucede en 2º) si A muere porque el jefe de hematología no ordenó realizar las pruebas pertinentes en la sangre transfundida; ó en 3º) si A muere porque el constructor no quiso colocar redes para ahorrarse un gasto.

IV. ÁMBITO DE EFICACIA DE LA CAUSALIDAD Y DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

De acuerdo con leyes científicas de probabilidad no existirá causalidad cuando se hayan producido resultados que no puedan explicar su origen en los hechos probados, objeto de enjuiciamiento. Afirmar la existencia de causalidad sin que exista una ley general en la que sustentarla, aun cuando sea una ley de probabilidad, supone invertir la carga de la prueba y, por tanto, infringir el principio de presunción de inocencia¹⁹. El principio de presunción de inocencia implica que es necesario llevar a efecto, por las partes acusadoras, una actividad probatoria que sirva para desvirtuar la inocencia. La carga de la prueba corresponde a la acusación y requiere probar positivamente que concurren todos los elementos típicos que fundamentan la comisión de un delito, así como la relación de autoría, es decir, la prueba de que esos hechos son atribuibles a una persona determinada.

Entre los requisitos que establece el Tribunal Constitucional²⁰, en relación con el principio de presunción de inocencia, el primero se refiere a que la carga de la prueba sobre los hechos constitutivos de la pretensión penal corresponde exclusivamente a

19 Como pone de relieve PUPPE, “Problemas de imputación del resultado en el ámbito de la responsabilidad por el producto” (trad. Cardenal Montraveta), en *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto* (Coord. Mir Puig/Luzón Peña), Barcelona 1996, p. 225, cuando no se prueba por la acusación la existencia de una ley general, y sólo existe una “prueba indirecta”, invirtiendo la carga de la prueba porque la ley causal se aplica en su contra hasta que le resulta posible ofrecer al juez una hipótesis causal pausable, “el acusado sólo podrá ser absuelto si él mismo trae ante el tribunal al verdadero culpable”, en relación con la BGHSt, 37, 106, en el llamado caso del *Lederspray*.

20 Así por ejemplo, STC de 11 de abril de 1996.

la acusación, sin que sea exigible a la defensa una “*probatio diabólica*” de los hechos negativos.

Así, por ejemplo, en el *caso de la colza*, aun cuando había datos que estadísticamente señalaban la existencia de una ley de probabilidad entre la ingesta de aceite de colza desnaturalizado y las lesiones y muertes, había otros supuestos que no podían ser explicados por ese hecho, puesto que resultó probado que personas que habían sufrido la misma enfermedad no habían consumido el referido aceite. Por consiguiente, en este caso las pruebas indiciarias existentes resultan desvirtuadas por otros datos, creo que suficientes, para romper la ley causal, en base a que: 1º) algunos de los que sufrieron la enfermedad no habían ingerido aceite de colza; y 2º) los síntomas de la enfermedad no se corresponden con los efectos de la intoxicación con anilidas, que según el tribunal está en el origen de las lesiones y muertes. Consecuentemente, no tiene sentido la atribución de responsabilidad penal por los resultados lesivos a los responsables de la desnaturalización del aceite, en base a criterios de imputación objetiva²¹.

En otros casos el problema no radica en la causalidad sino en la imputación objetiva, porque no se suscita una cuestión de causalidad sino de atribución de responsabilidades en base a la concurrencia de un riesgo típico.

Así, por ejemplo, en el *caso de la presa de Tous*²², es evidente que la causa de las muertes, lesiones y daños, junto a las lluvias torrenciales, se debió al hecho de que no se abriesen a tiempo las compuertas de la presa para de esta forma evitar su rotura y la posterior avalancha de agua que arrasó todo a su paso. A partir de la causa –no apertura de la presa– se debe buscar **quiénes** eran los responsables de esa apertura y en ese caso concreto el responsable o responsables de que funcionase incorrectamente el mecanismo de apertura y de que no se avisase a tiempo al ingeniero encargado de la presa.

21 STS de 23 de abril de 1992 (Ponente Bacigalupo Zapater), en cuyo Fundamento Jurídico 2, se estudia el recurso presentado por los acusados, precisamente por entender que no se había probado la relación causal, al existir víctimas que habían testificado y que aseguraban no haber ingerido nunca aceite de colza desnaturalizado. Con independencia de otros problemas que se suscitaron, en relación con la causalidad, con las periciales en las que algunos doctores que habían estado encargados de la investigación del origen de la enfermedad afirmaban que no era el aceite de colza la causa de las muertes y lesiones y que habían sido retirados del trabajo.

22 STS de 15 de abril de 1997 (Ponente Montero Fernández-Cid), en la cual por otra parte se acude a criterios de imputación objetiva para excluir la responsabilidad del ingeniero responsable de la presa. En este caso se afirma que la causa de la gravedad de la avalancha del agua y los daños que causó fue el retraso en la apertura de la presa y la consiguiente rotura y por consiguiente se pasa a examinar quién infringió el deber de cuidado que le competió y que estaba en el origen del retraso, es decir, se valora el presupuesto de imputación objetiva –creación de un riesgo jurídico-penalmente relevante por la infracción de la norma de cuidado–. En este caso el ingeniero consultó con la Confederación Hidrográfica del Segura para saber si habría más lluvias y le dijeron que no, en ese momento decidió marchar, pero dejó un número de teléfono para que le avisaran si subía el nivel del agua. Es decir cumplió el deber de cuidado que le competía.

En todo caso, no hay que olvidar que sistemáticamente tiene que establecerse una prelación entre causalidad e imputación objetiva, de forma que cuando no pueda probarse la causalidad entre una conducta y un resultado ya no será necesario tratar problema alguno de imputación objetiva, puesto que no existen unos Hechos Probados que deban ser valorados.

El problema surge de la confusión que se suscita entre causalidad e imputación objetiva, en especial, en las llamadas “conductas alternativas adecuadas a derecho” y en la llamada “causalidad cumulativa”. Es posible que el origen del problema se encuentre en el hecho de que, un amplio sector de la doctrina alemana²³, contraponía causalidad e imputación objetiva y al mismo tiempo introducía, en el análisis de la imputación objetiva, criterios que tradicionalmente se habían utilizado en la causalidad. Esta cuestión se advierte con especial claridad en las llamadas “conductas alternativas adecuadas a derecho”, para cuya solución se recurre a fórmulas que reproducen la *conditio sine qua non*, intentando probar si se habría producido el resultado si la conducta hubiera sido la “adecuada”²⁴.

Así, por ejemplo, en el *caso del alud* (Tribunal federal suizo, BGE, 91, IV, 117). El acusado, un productor de películas de esquí, recibió una alerta de alud, alerta que comunicó sólo parcialmente a los actores-esquiadores, que decidieron pese a todo esquiar. Algunos de ellos perdieron la vida en el alud. La discusión se ha centrado en tratar de probar que hubiera sucedido si el productor hubiera informado a los autores, como era su deber. Se parte de que la conducta alternativa adecuada era informar y se trata de probar que hubiera sucedido si los esquiadores hubieran sido informados correctamente del peligro²⁵.

Si seguimos el método aquí propuesto, primero determinaremos los hechos probados, que en este caso sólo ofrecen una pequeña duda en cuanto a cuál fue el nivel de información sobre el riesgo de alud que tuvieron los esquiadores. Si pasamos al nivel

23 Cfr. PUPPE, *La imputación objetiva...*, p. 11 ss; en la doctrina española, la situación no es muy diferente, porque aun cuando la doctrina mayoritaria distinga entre a nivel teórico entre causalidad e imputación objetiva, se examina la imputación objetiva independientemente de la causalidad, olvidando que son dos niveles diferentes y que la ausencia de causalidad excluye la posibilidad de tratar sobre la imputación objetiva, por faltar el presupuesto fáctico para la valoración propia de la imputación objetiva.

24 En este punto quiero señalar que la referencia a las “conductas alternativas adecuadas a derecho” no es un mero divertimento sino que tiene consecuencia fácticas perversas, como muy bien pone de relieve PUPPE, *La imputación objetiva...*, p. 61 ss, porque conduce a actuaciones jurisprudenciales *versaristas*, puesto que probada la infracción del deber de cuidado parece como evidente que cualquier otra conducta no infractora hubiera evitado ese resultado. Sobre los efectos nocivos de esta teoría, vid. CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, 2ª ed., Ed. B de F, Buenos Aires, 2005 (reimpresión 2008), p. 451 ss.

25 Vid. PUPPE, *La imputación objetiva...*, p. 37 ss, trata este caso dentro del grupo de “e) Reglas de autoprotección como reglas de imputación”, aa); un problema análogo se suscita en el ejemplo bb) Caso de la conexión de gas (OLG Naumburg, NStZ-RR 1996, 229).

de la imputación objetiva deberemos examinar si la conducta del productor puede calificarse como riesgo jurídico-penalmente relevante y para ello debemos analizar si efectivamente hubo consentimiento en el riesgo por parte de los esquiadores, en cuyo caso estaríamos ante una autopuesta en peligro de éstos y, por consiguiente, no cabría predicar responsabilidad alguna respecto del productor. En este caso, no puede afirmarse este consentimiento libre porque los esquiadores desconocían el peligro exacto con el que se enfrentaban.

En consecuencia, la cuestión relevante será determinar si el productor infringe una norma de cuidado que finalmente desemboca en el resultado lesivo, El productor infringe su deber pues era quien tenía esos conocimientos especiales y además era quien decidía si ese día se filmaba o en qué lugar se filmaba. Por consiguiente, el control del riesgo lo tenía el productor y su “conducta alternativa adecuada” no era únicamente la de informar, sino que era no filmar en ese lugar. No olvidemos que aun cuando los actores-esquiadores puedan tener un salario alto son trabajadores y el deber del empresario es evitar que corran riesgos superiores al permitido. Esquiar en muchos casos puede implicar un peligro de aludes u otros diferentes, pero esos riesgos, en principio son permitidos, no obstante, ese nivel de permisión se supera si existe el conocimiento de un peligro concreto, tal y como sucede en este caso²⁶.

Esta situación también tiene su reflejo en el proceso, puesto que el perito aparta su atención del curso causal real para dirigirlo al curso hipotético que no se puede probar²⁷. El problema se acentúa desde el momento en que para tratar de probar ese curso hipotético se toma en consideración lo que hubiera sucedido con la conducta alternativa a derecho, cuando no existe una única conducta alternativa adecuada a derecho sino varias posibles, como se veía en el ejemplo anterior.

Podemos poner como ejemplo otro conocido caso de la jurisprudencia alemana, el *caso del ciclista o del camionero –Lastzugfall ó Radfahrerfall–* (BGH, 25 septiembre 1957)²⁸. El camionero adelanta al ciclista ebrio a 0,75 metros, sin guardar la distancia de seguridad reglamentaria de 1 m. (§ 10 StVO). La discusión en la sentencia, y, posteriormente en la doctrina, se desarrolla en torno a qué hubiera sucedido si hubiera adelantado a 1 metro, probando que el resultado se hubiera producido igual. La cuestión es que es más que discutible que la “conducta adecuada” sea, únicamente, adelantar a la distancia reglamentaria puesto que, si por ejemplo el camionero *hubiera debido advertir* la ebriedad del ciclista la “conducta adecuada” hubiera sido “no adelantar” ó “adelantar a tres metros de distancia” ó “hacer sonar el claxon”.

26 Cfr. CANCIO MELLÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*, Barcelona, 1998, p. 368 ss., pienso que situaría este supuesto entre aquéllos en los que a los conocimientos superiores del autor se suma que la víctima “se ve incluida en una configuración de la actividad que debe atribuirse al autor”.

27 En el mismo sentido, PUPPE, *La imputación objetiva...*, p. 12.

28 Vid. CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente...*, p. 458 ss.

La confusión entre relación causal e imputación objetiva adquiere especial relevancia, como ya enunciaba, en relación con el principio de presunción de inocencia que sólo afecta a la causalidad no a la imputación objetiva. La imputación objetiva, en cuanto se concibe como la valoración por el juez de los hechos probados, no resulta afectada por el principio de presunción de inocencia sino por la exigencia de motivación y congruencia y por el principio *in dubio pro reo*²⁹. Por consiguiente, la validez de una ley causal general no puede remitirse a la cuestión de la libre valoración de la prueba, sino que el juez debe decidir si las razones expuestas por los peritos son suficientes para aceptar esa ley causal³⁰.

De las consecuencias negativas a las que lleva la confusión entre el nivel de la causalidad y el de la imputación objetiva es un claro ejemplo, la STC de 5 de mayo de 2000, en la que se afirma la infracción del principio de presunción de inocencia al entender que las respectivas sentencias, del Juzgado y de la Audiencia, no probaron la autoría. En este supuesto resulta probado: 1) la existencia de zarzales y deshechos en la finca del acusado, antes de ocurrir el incendio; 2) que la finca se encontraba vallada en todo su perímetro; 3) la existencia de dos hogueras distintas y distantes la una de la otra varias decenas de metros en el interior de la finca; la presencia del acusado en la finca, momentos antes de comenzar el incendio y durante el mismo en un edificio próximo a los dos focos de fuego; 4) las condiciones meteorológicas concurrentes que facilitaban la propagación del fuego; haberse extendido el fuego paralelamente a las hogueras; 5) los efectos del incendio. El Tribunal Constitucional entiende que todo ello no prueba suficientemente que el acusado realizara la conducta tipificada como delito.

Esta afirmación es cierta sólo porque, en el Fundamento Jurídico de las sentencias recurridas, la imprudencia se fundamentaba en que el acusado provocó el fuego personalmente, y es cierto que, de los hechos probados, no se desprende que el acusado “se puso a quemar”, como se afirma en las sentencias. Sin embargo, con estos mismos hechos probados se puede fundamentar la existencia de un riesgo típico imprudente

29 Mientras que la presunción de inocencia, como veíamos, requiere que se practiquen todas las pruebas que se estimen pertinentes, el principio *in dubio pro reo* entra en juego cuando, una vez practicadas las pruebas pertinentes, para el Juez o Tribunal se mantiene la duda sobre cómo, quién o en qué condiciones se produjeron los hechos. El principio *in dubio pro reo*, por tanto, despliega su eficacia en el momento de la valoración de la prueba practicada por parte del Juez o Tribunal que debe resolver, en el sentido de que si examinados y valorados los hechos mantiene dudas, su resolución siempre ha de ser siempre favorable al reo. El principio *in dubio pro reo* pertenece a las facultades del juzgador de instancia y, por consiguiente, partiendo del principio de libre valoración de la prueba, previsto en el art. 741 LECrim., la resolución sólo puede ser objeto de recurso por infracción del principio *in dubio pro reo*, en la valoración de la prueba por el juzgador de instancia, cuando su resolución carece de apoyo en todo el conjunto probatorio practicado en el acto del juicio oral o es contraria a las reglas de la lógica.

30 En otro sentido la doctrina alemana dominante, por todos, SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER, preliminar § 13, n. 75, 26ª ed. München 2001, afirma que el juez sólo puede aplicar leyes causales no discutidas en la especialidad competente y, en caso de no existir acuerdo, aplicar el principio *in dubio pro reo*.

atribuible al acusado y al que se puede imputar el resultado. Ello es así porque el acusado, atendiendo a los hechos probados, aun cuando no hubiera realizado personalmente las hogueras, dadas las circunstancias infringe un deber de cuidado elemental al no evitar la propagación del fuego teniendo el deber de hacerlo. Es decir, la infracción del principio de presunción de inocencia no se produce por falta de prueba de cargo sino por una incorrecta fundamentación jurídica del porqué la conducta del procesado, independientemente de que quemara personalmente los rastrojos o no, se puede calificar como riesgo típico imprudente al que imputar el resultado. Es decir, se trata de un supuesto de incongruencia –incorrecta subsunción- entre los hechos probados y los fundamentos jurídicos más que de un problema de presunción de inocencia.

No distinguir entre causalidad –empírica- e imputación objetiva –normativa- tiene también consecuencias, pienso que negativas, en los llamados supuestos de “causalidad psíquica”. Es cierto que la “causalidad psíquica” puede probarse, igual que cualquier otra ley causal, si aceptamos las leyes de probabilidad, aportadas por la psicología o la psiquiatría³¹, que sirven para determinar cómo se han desarrollado los acontecimientos. No obstante, la aceptación de esa ley de probabilidad no debe consistir en introducir de nuevo una conducta hipotética para valorar que hubiera sucedido “en ese caso”, sino únicamente valorar si la conducta del autor, tal y como se ha probado que se realizó, efectivamente influyó en la de la víctima y si este influjo es relevante desde una perspectiva jurídico-penal³².

Un problema de esta clase se suscita en el llamado *caso del pasante de Derecho* (BGHSt, 13, 13)³³, donde un *pasante* se hace pasar por Juez y hace creer a un comerciante que espera recibir en breve dinero de sus acciones en empresas mineras y otra cantidad de dinero de su padre rico, tras lo cual el comerciante le otorga un crédito de 2.000 marcos alemanes. Intentar probar, sin infringir el principio de presunción de inocencia, la causalidad entre un engaño y un perjuicio, en base a la llamada “causalidad psíquica”, pienso que es imposible, porque si nos preguntamos que hubiéramos hecho en determinada ocasión o que haríamos frente a una situación concreta, nos mentiríamos a nosotros mismos si afirmáramos que sabíamos cómo actuaríamos. Podemos, por el contrario, probar como sucedieron realmente los hechos y, en este caso la única duda que nos queda al respecto es si realmente el pasante se hizo pasar por Juez. Por consiguiente, el Juez debe valorar, desde una perspectiva *ex ante*, si el comerciante

31 Si bien es verdad que existen diversas Escuelas, con opiniones contrapuestas, y que, por tanto, son ciencias controvertidas, no es menos cierto que en los Tribunales penales se admitan sus dictámenes en orden a determinar la imputabilidad del autor, por consiguiente, no existe razón para negarles validez en el ámbito de la causalidad, máxime cuando también en otras ciencias se siguen leyes de probabilidad y cuando no vamos a fundamentar la responsabilidad penal en esa ley sino que ella únicamente servirá como presupuesto sobre el que el Juez valorará su relevancia jurídico-penal.

32 No olvidemos que esta valoración se hace también, desde siempre, por la doctrina penal para determinar la existencia de inducción.

33 Vid. PUPPE, *La imputación objetiva...*, p. 40 ss, como problema de causalidad psíquica.

efectivamente otorgó el crédito en base a las afirmaciones falsas de futuros recursos del pasante de derecho, en otras palabras, debe valorar si el engaño es idóneo, es decir, típico. En la valoración el Juez deben tomar en consideración todas las circunstancias concurrentes, incluidos los conocimientos y capacidades especiales de autor y víctima.

Las consecuencias negativas de no distinguir entre los dos niveles surgen también cuando nos enfrentamos a supuestos de coautoría y autoría accesoria. Aun cuando en esta sede no es posible profundizar en este tema, quiero únicamente señalar que distinguir entre causalidad e imputación objetiva permite distinguir el tratamiento de los supuestos de coautoría respecto de los de autoría accesoria. En la coautoría, en cuanto se requiere un dominio conjunto del hecho, sólo es necesario probar los acontecimientos conjuntamente. Por el contrario, en los supuestos de autoría accesoria sí que es necesario probar la causalidad respecto de la conducta de cada uno de los autores accesorios ó, en su caso, del autor/es y la víctima. Se trata de supuestos a los que se conoce como de “causalidad cumulativa” o de “conurrencia de culpas” y que realmente lo que plantean es un problema de imputación objetiva por “conurrencia de riesgos”³⁴.

La distinción entre causalidad y coautoría permite también afirmar que en supuestos de coautoría no es necesario probar la causalidad respecto de la conducta de cada autor, sino que como hechos probados –causalidad– se deberá probar únicamente que existe una vinculación causal entre la decisión conjunta de los coautores y el resultado^{35 36}. En sentido opuesto, la comprobación de la causalidad entre una conducta y el resultado no implica la coautoría. Este problema se suscita cuando un interviniente no evita un resultado pudiendo hacerlo –coautoría adhesiva o sucesiva–³⁷.

En consecuencia, para poder conocer qué hechos deben examinarse, en orden a determinar su relevancia jurídico-penal, es necesario fijar, en un primer momento, cómo han sucedido los acontecimientos, es decir, es necesario probar positivamente, con una probabilidad rayana en la certeza cuál ha sido el devenir de los hechos, atendiendo a leyes generales, ya sean naturales, estadísticas o, incluso, sociales. El hecho que se trate de leyes de probabilidad y no absolutas no implica que se sustituya la causalidad por el incremento del riesgo, porque probar la causalidad supone aportar la mayor certeza posible de cómo se produjeron los hechos, mientras que el incremento del riesgo, como criterio de imputación objetiva, supone valorar si el aumento de la probabilidad de

34 Cfr. CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente...*, p. 528 ss.

35 En sentido opuesto, PUPPE, *La imputación objetiva...*, p. 53, entendiendo que la coautoría presupone la causalidad de cada uno de los coautores individuales respecto del resultado, afirmando que en caso contrario “podría presentarse como co-causante del resultado al perito técnico”, cuando este problema afecta a la distinción entre coautores y partícipes, que se soluciona exigiendo que se concurren los requisitos de la coautoría.

36 En el caso de la coautoría imprudente no es necesario que la decisión conjunta se refiera a la producción del resultado sino únicamente a la toma de un acuerdo que crea un riesgo jurídico-penalmente relevante.

37 Al respecto existe una amplia jurisprudencia, entre otras, SSTS 7478/2000, de 26 de julio; 2356/1998, de 24 de marzo; 2569/1993, de 29 de marzo.

producción del resultado es un riesgo suficiente e idóneo para lesionar un bien jurídico-penal, por no tratarse de un riesgo permitido o insignificante³⁸.

En el ámbito del proceso ello supone la exigencia de una Instrucción que posibilite practicar las pruebas necesarias para que, posteriormente, el Juez o Tribunal cuente con criterios suficientes para saber cómo sucedieron los hechos. Cuando, practicadas las pruebas pertinentes, los hechos no pueden ser probados suficientemente, de acuerdo con leyes causales que cuenten con una aprobación relevante de expertos competentes en esa materia, debería regir el principio de presunción de inocencia y llevar a la absolución. Ello es así porque no es posible llevar a efecto un juicio valorativo sobre la relevancia jurídico-penal de una determinada conducta si previamente no se cuenta con unos hechos *racionalmente* probados.

Obviar la causalidad supone, en definitiva, infringir el principio de presunción de inocencia, sin que, por el contrario, la prueba racional de cómo se han desarrollado los acontecimientos presuponga la calificación jurídico-penal, puesto que ésta deberá llevarse a efecto en términos de imputación objetiva a través de una valoración acorde con criterios normativos. Por el contrario, una vez probada la causalidad ya no rige el principio de presunción de inocencia sino, únicamente cuando exista una duda razonable sobre si el riesgo creado se ha realizado en el resultado, desplegará su eficacia el principio *in dubio pro reo*.

Por consiguiente, en segundo lugar, pero no por ello menos importante, la valoración jurídica de los hechos debe ser congruente con lo que efectivamente se ha probado. Las valoraciones por sí mismas nunca pueden servir para probar hechos³⁹ y la fundamentación jurídica del por qué una conducta tiene relevancia jurídico-penal debe obtenerse a partir de los hechos probados, a través de un proceso de subsunción, sin llevar a efecto saltos en el vacío. La valoración jurídica de los hechos no es fáctica sino normativa y, en consecuencia, requiere la determinación del tipo objetivo y el subjetivo, puesto que la relevancia jurídico-penal de unos hechos no puede afirmarse cuando no existe ni dolo ni imprudencia y del mismo modo, un riesgo puede no ser relevante como riesgo doloso, por no estar acreditado el dolo, pero ser relevante como riesgo típico imprudente, por existir una deber de cuidado infringido por el sujeto al que se puede imputar el resultado.

Veamos dos ejemplos;

1º) *Caso del autostopista*, STS, de 26 de febrero de 2000⁴⁰. En ella se niega la imputación objetiva de unas lesiones a título doloso, en un supuesto en el

38 En otro sentido, PUPPE, *La imputación objetiva...*, p. 31, afirma que "...la aplicación de leyes de probabilidad en la imputación del resultado conduce a la denominada teoría del incremento del riesgo que sustituye a la causalidad".

39 Con los matices a los que se hizo referencia, *Supra* n.5, en relación con la prueba indiciaria.

40 En esta sentencia, independientemente de que esté de acuerdo o no con la resolución, como veremos, lo cierto es que sí distingue claramente entre el nivel de la causalidad y el de la imputación objetiva.

que la víctima, Iván, es recogida haciendo autostop y una vez en el vehículo es intimidada por el conductor, Joaquín, quien le pide que le entregue los objetos de valor y el reloj diciéndole que tiene una navaja. Iván se niega y le ruega que pare que sino se tira del vehículo, Joaquín afirma que le da igual que se tire, Iván se tira y resulta con lesiones de cierta gravedad. En la sentencia se afirma que no puede imputarse este resultado a la conducta de Joaquín porque “para proteger su reloj asumió, por propia decisión, un peligro extraordinariamente mayor que aquel al que realmente estaba sometido.”. Esta afirmación es discutible, puesto que para poder afirmar que estamos frente a una autopuesta en peligro de la víctima es necesario un consentimiento libre, que no se da en este caso y, por otro lado, el peligro no estribaba únicamente en una agresión a la propiedad, sino también previsiblemente respecto de la vida –amenaza con una navaja- y otra evidente respecto de la libertad, puesto que desde el momento que se niega a parar el vehículo está cometiendo un delito de detenciones ilegales. Por todo ello, aun cuando el riesgo inmediato lo haya creado Iván, Joaquín al negarse a parar el vehículo asume el riesgo de que Iván efectivamente se tire y se lesione. En la sentencia se afirma que la existencia o no de dolo es irrelevante por tratarse de un problema de imputación objetiva. Ello es discutible, puesto que, si bien puede afirmarse que Joaquín no crea un riesgo doloso de que Iván se lesione, también es cierto que al privarle de libertad asume voluntariamente una posición de garante respecto de las conductas peligrosas previsibles de Iván, como lo es la de tirarse, pues es él, únicamente, quien tiene el dominio del hecho⁴¹. Por otra parte, no puede obviarse que el deber de cuidado, en la imprudencia, puede abarcar riesgos que, desde la perspectiva del delito doloso, no serían relevantes.

- 2º) Caso del puñetazo a persona con VIH, STS 29 de mayo de 1999. En este supuesto Julio dio dos puñetazos a Andrés, el primero en la boca y el segundo en el abdomen. Andrés sufrió una herida en el labio y una contusión en región occipital derecha. Asimismo una rotura vascular a nivel del meso, por encima del con transversa que sangrando de forma lenta hasta unos 2,53 litros, causó un shock hipovolémico determinante de su fallecimiento. La víctima padecía VIH, que fue lo que hizo mortal el traumatismo según el informe del forense. El acusado recurre su condena como autor de un homicidio por imprudencia grave, en base a que no podía saber que el agredido

41 En la sentencia se hace referencia de otra conocida sentencia de 8 de noviembre de 1991, en la que una chica se tira del vehículo para evitar un intento de abuso sexual siendo arrollada por otro vehículo, que no pudo hacer nada para evitar el atropello, siendo condenado el conductor por lesiones imprudentes y se afirma que en ese caso no se recurrió, pero que no es relevante que en aquel caso se condenara por delito imprudente y en este por doloso. Sobre la STS de 8 de noviembre de 1991, vid. CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima...*, p. 341, afirma, con razón, que “el contexto de presión elimina su autorresponsabilidad y convierte al conductor en autor”; vid. también, p. 360 ss., trata los supuestos de defectos de responsabilidad de la víctima situacionales, por verse forzada al riesgo por la conducta del autor.

padeciera VIH. En la sentencia se afirma que está alegación no se sostiene porque corresponde solo al dolo y que en la imprudencia lo relevante es que se trata de un “riesgo superior al permitido”. De esta forma, en la imprudencia, estamos ante otra forma de responsabilidad objetiva, puesto que si bien es cierto que en la imprudencia no es necesario que el autor conociera la enfermedad de la víctima sí que al menos hay que plantearse si tenía el deber de conocerlo, tal y como en cierta medida alega el recurrente.

Vemos pues la necesidad de examinar la concurrencia del tipo subjetivo, tanto en los hechos dolosos como en los imprudentes, antes de proceder a la imputación objetiva, para evitar otra forma de responsabilidad objetiva al afirma la prohibición del riesgo sin comprobar previamente si ese riesgo es doloso o imprudente.

V. SIGNIFICADO Y CONCEPTO DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

La teoría de la imputación objetiva no ha sido interpretada uniformemente por la doctrina que ha adoptado distintas concepciones⁴². Por lo que se ha ido desarrollando en los apartados anteriores se puede advertir que la opción que defendiendo es la de entender que la imputación estrictamente objetiva del resultado sólo puede predicarse respecto de la prueba de la relación de riesgo, siendo necesario un primer momento en el que, desde una perspectiva *ex ante* y *objetivada*, se atribuye relevancia típica a la conducta del sujeto, es decir un primer juicio de imputación, al que podemos denominar: **Presupuesto de imputación**. En este primer juicio se trata de determinar, de acuerdo con criterios teleológicos, si se ha creado un riesgo jurídico-penalmente relevante como consecuencia de un comportamiento humano o si no se ha controlado un riesgo existiendo el deber de hacerlo, de forma que equivalga a su creación. Este juicio no es puramente objetivo puesto que se tienen en cuenta los conocimientos que el sujeto tenía respecto del riesgo que estaba creando con su conducta. Se ha de determinar si el sujeto crea un riesgo doloso o imprudente o, en su caso, un riesgo en parte doloso y en parte imprudente, ya que ello será fundamental para, en un segundo momento, *ex post*, poder saber a cuál de estos riesgos se ha de atribuir el resultado. Sólo de esta forma es posible que los criterios para probar la relación de riesgo, como los de la finalidad de protección de la norma o el del incremento del riesgo, sean efectivamente “normativos”, puesto que en ambos casos es necesario conocer la relevancia jurídico-penal del riesgo para poder determinar si es ese riesgo y no otro el que se ha realizado en el resultado. En este segundo momento se trata de probar la relación de riesgo y, en este caso, sí que estamos frente a un juicio estrictamente *objetivo* y *ex post* sobre la existencia de un nexo *normativo* entre conducta y resultado, momento al que denominaremos: **Imputación objetiva, en sentido estricto**.

42 Cfr. SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ, “Estudio preliminar”, en JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal* (trad. Suárez González/Cancio Meliá), Madrid 1996, p. 21 ss.

Como momento previo a poder probar la relación de riesgo es necesario un juicio *ex ante* objetivo-subjetivo sobre la conducta. En los supuestos en los que el sujeto realiza conscientemente la conducta peligrosa para un bien jurídico, aceptando su posible lesión, es decir, en los casos de creación de un riesgo típico doloso se ha dicho que este primer momento de la imputación objetiva carece prácticamente de importancia. Ello ha llevado a algunos autores, como Armin Kaufmann⁴³, a poner en duda la validez en determinados delitos dolosos, como el homicidio o las lesiones, de la imputación objetiva, puesto que cabe entender que la aceptación de que un riesgo puede causar la muerte o lesiones conlleva afirmar que se trata de un riesgo típico de homicidio o lesiones, incluso cuando no sea objetivamente adecuado para causar esa lesión -tentativa inidónea⁴⁴.

Esta conclusión no es totalmente acertada puesto que si bien es verdad que en los delitos dolosos probar la tipicidad de la conducta es, al menos aparentemente, más sencillo que en los imprudentes, también es cierto que, por ejemplo, en la práctica de muchos deportes se crean riesgos típicos dolosos de lesionar que pese a todo no se consideran típicamente relevantes. Los problemas de imputación en los delitos dolosos, incluso de homicidio o lesiones, se repite en cualquier ámbito cuando la creación del riesgo se produce en el seno de organizaciones. La importancia de este juicio *ex ante* sobre la tipicidad del riesgo, en el ámbito de los delitos dolosos, aumenta proporcionalmente a la importancia, que frente a determinadas conductas típicas, alcanza el riesgo permitido y la adecuación social, así, por ejemplo, en delitos como injurias, amenazas, allanamiento de morada, estafa, cohecho..... Por consiguiente, hemos de afirmar que siempre se ha de probar que la conducta del sujeto era relevante desde una perspectiva jurídico-penal, en tanto no permitida, suficiente y adecuada *ex ante* para lesionar el bien jurídico-penal protegido en ese precepto penal, y no sólo la concurrencia formal de los elementos típicos.

VI. CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN APLICABLES EN LA VALORACIÓN *EX ANTE* SOBRE LA TIPICIDAD DE UNA CONDUCTA

Por consiguiente, para poder llevar a efecto adecuadamente el juicio sobre la relevancia típica de una conducta es imprescindible hacer referencia a algunos de los criterios que entiendo restringen el ámbito del tipo, tanto en los delitos dolosos como en los imprudentes: riesgo permitido, principio de insignificancia, consentimiento, principio de confianza y adecuación social. En esta sede no es posible entrar en profundidad en su desarrollo por lo que me limitaré a establecer algunas conclusiones respecto de cada uno de ellos.

43 KAUFMANN, ARMIN, “¿Atribución objetiva en el delito doloso?” (trad. Cuello Contreras), ADPCP 1985, p. 806 ss. (“Objektive Zurechnung beim Vorsatz delikt?”, Fest-Jescheck 1985)

44 Sobre la imputación objetiva en los delitos dolosos, ampliamente, RUEDA MARTÍN, *La teoría de la imputación objetiva...*, passim.

La importancia del criterio del riesgo permitido se evidencia en las actividades consideradas como peligrosas. Ello es así porque en ellas existe siempre una parte del riesgo que no puede ser evitado ni, en consecuencia, puede ser exigible preverlo, razón por la que son consideradas peligrosas. La cantidad de riesgo que es considerado como permitido en una actividad no es algo estático, sino que depende de tres factores:

- 1º) La utilidad de la conducta. Se plantea un conflicto de intereses entre la mayor o menor utilidad social y el riesgo que se entiende no puede ser previsto (en realidad, que no es exigible prever).
- 2º) Las posibilidades técnicas de controlar el peligro inherente a la actividad. Será riesgo permitido siempre que la conducta sea útil y no exista otro medio o forma de llevarla a efecto.
- 3º) En este punto se tienen en cuenta los costes que la evitación de todos los riesgos posibles conllevaría para la sociedad en general, para la empresa, en particular, o para los trabajadores.

El mayor o menor riesgo que se considere permitido dependerá pues de la utilidad y de las posibilidades de exigir medidas de cuidado, es decir, de los medios que la técnica ofrece para el control de los riesgos, junto a los costes de estas medidas. En general, la frontera entre el riesgo permitido y no permitido hay que buscarla en una valoración *ex ante* de los intereses en juego. Para determinar el ámbito del riesgo permitido se ponderarán, por un lado, la utilidad social de la actividad en que se desarrolla la conducta y, por otro, la amplitud y proximidad de la lesión del bien jurídico: grado de probabilidad de lesión y clases de bienes jurídicos amenazados.

Así, por ejemplo, en los supuestos de administración de fármacos en período de prueba, el riesgo que la ingestión del medicamento conlleva se deberá de comparar con la finalidad que se pretende conseguir con ese medicamento: si éste es para curar el cáncer será mayor el riesgo en que se puede situar al paciente que prueba el medicamento, respecto al que se admitiría, pongamos por caso, cuando la finalidad del fármaco fuese curar la calvicie.

Para poder llevar a término esta comparación de intereses es necesario, en primer lugar, realizar un juicio sobre el riesgo propio de la conducta. Este juicio ha de ser objetivo y realizado en el momento de ejecución de la conducta, teniendo en cuenta todas las circunstancias conocidas *ex ante* concurrentes, con vistas a determinar el grado de probabilidad de lesión y los bienes jurídicos que están amenazados. El juicio será estrictamente objetivo, abarcando tanto el riesgo típicamente relevante -riesgo propio del juicio objetivo-subjetivo-, como los riesgos “previsibles” en general (según la experiencia en supuestos similares), que, en cuanto son propios de la actividad, pero *inevitables* no se exige que sean previstos en el caso concreto -no entran en el juicio de peligro propio del tipo subjetivo imprudente-.

Los riesgos inevitables, aquéllos en que falta la previsibilidad *ex ante* del resultado, también pueden considerarse dentro del ámbito del riesgo permitido. Son riesgos

irrelevantes, al menos desde una perspectiva penal⁴⁵: a) los peligros inevitables, dado el estado de conocimientos científicos, puesto que respecto de ellos no puede predicarse ni dolo ni imprudencia, ya que al no ser posible conocerlos *ex ante* no es exigible preverlos; b) aquéllos que, aun siendo evitables, sería excesivamente costoso excluir, es decir, riesgo previsible pero inexigible por ser calificados como riesgo permitido tras una ponderación de los intereses en juego.

De ello sería un claro ejemplo, una sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 23 de septiembre de 1992, en la que se absuelve a los responsable de las obras de una vía de circunvalación de Barcelona. En el caso enjuiciado, sucedió que, tras unas lluvias torrenciales, se desprendió un talud de contención y murieron dos trabajadores. En la sentencia se afirma que el riesgo era evitable pero que su evitación hubiera sido tan costosa que no era exigible porque hubiera hecho inviable la realización de esas obras

En otros supuestos se plantea el problema de determinar si realmente existe utilidad social. En estos casos será necesario confrontar el peligro que *ex ante* se crea con la conducta y la utilidad social de ésta, sin que sea posible una respuesta generalizada sobre la eficacia del riesgo permitido en cada una de estas actividades, ni aún en el caso de que sean de la misma clase. En el supuesto de que de este examen se deduzca la existencia de un riesgo no permitido, cabe acudir al estudio de la “cantidad” de riesgo. La mayor o menor probabilidad objetiva de que el peligro se convierta en lesión del bien jurídico, permitiría, en determinadas circunstancias, negar la relevancia típica del riesgo, pese a su “cualidad” de no permitido, en base al **principio de insignificancia**.

Así, en el conocido ejemplo del hombre que planta un árbol de Belladona, independientemente de que espere que un niño se envenene, puede crear un riesgo no permitido según las circunstancias en que lo haga: en el camino a la escuela por el que pasan todos los niños, en el propio patio de una escuela, o por el contrario, en su jardín o en un campo de muy difícil acceso...

La adecuación social ha sido tratada por la doctrina como una cláusula general con múltiples finalidades y, en numerosas ocasiones, considerada con una subespecie del riesgo permitido. Welzel fue el primero en desarrollar el concepto de adecuación social al considerar que las normas contienen descripciones de conductas sociales. Para Welzel las formas de conducta seleccionadas por los tipos tienen un carácter social; por lo que “inadecuadas socialmente” serán aquellas conductas que se aparten gravemente de los órdenes históricos de la vida social.

La misma amplitud y diversidad de contenidos de este criterio lleva, a un sector doctrinal, a rechazar el principio de la adecuación social, por la indeterminación de su

45 En el ámbito civil la situación es diferente porque se admite la responsabilidad objetiva. Así, por ejemplo, en la L 22/1988, responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos, está prevista la responsabilidad del fabricante, distribuidos o comerciante respecto de los daños causados por productos alimenticios y farmacéuticos, aun cuando se desconociera su peligrosidad en el momento en que fueron fabricados, distribuidos o vendidos.

baremo, que lo convierte en un peligro para la seguridad jurídica, y por ser menos exacto que otros métodos de interpretación. Mientras que, otro sector doctrinal, sin ir tan lejos en el rechazo del principio de adecuación social, considera que se trata, únicamente, de un medio de ayuda en la interpretación, útil solamente como principio general de interpretación. Desde otra perspectiva, otros autores, consideran la adecuación social como causa de justificación, e incluso, para alguno, es fundamento o causa de exclusión de la culpabilidad.

El fundamento de la exclusión del tipo por adecuación social parte de que el legislador no puede prohibir “comportamientos adecuados socialmente”. La posibilidad de limitar el tipo a través de la adecuación social encuentra su fundamento en el hecho de que los bienes jurídicos penales no se protegen en absoluto sino en relación con las obligaciones sociales, según las necesidades del conjunto de la vida social. Estas necesidades, como contenido de la adecuación social, tendrán la pretensión de delimitar aquellos supuestos en que se protege el bien jurídico respecto de aquéllos en los que no se hace.

En definitiva los límites que con estos criterios se establecen respecto de la relevancia típica de una conducta se fundamentan todos ellos en que el Derecho penal no puede pretender evitar todos los peligros que se creen para bienes jurídicos. No puede olvidarse que, como decíamos, existe un ámbito de riesgo permitido cuya contenido depende de una ponderación de los intereses en juego. Estos intereses, aun cuando fundamentalmente económicos, pueden ser muy variados. La utilidad del producto, la competitividad del producto y, por consiguiente, la viabilidad de la empresa dependiendo de las exigencias para la producción, el encarecimiento del producto como consecuencia de los mayores controles... son intereses económicos que afectan no sólo a la empresa sino también a la sociedad -paro, precio de los productos...-. Estos peligros serían los abarcados directamente por el ámbito del riesgo permitido.

Sin embargo, creo que existe un ámbito respecto del cual, aun cuando cabría dentro del riesgo permitido, es más ajustado hablar de adecuación social. Las lesiones en el deporte serían uno de estos supuestos. En estos casos no se trata de un conflicto entre utilidad social y el peligro de lesión, sino que la aceptación de determinadas prácticas deportivas peligrosas, de formas de practicar un deporte -carreras de coches, boxeo, hockey sobre hielo, rugby...- depende de la valoración social de estas conductas. En otras palabras que la opinión pública, más o menos manipulada, será la que determine que una conducta pase de ser socialmente adecuada a inadecuada y, por tanto, no permitida, o que de ser socialmente inadecuada pase a considerarse adecuada y, por consiguiente, permitida. No sólo en el deporte tenemos ejemplos de esta clase sino que actualmente existe otro campo en que creo especialmente apropiada la utilización del criterio de adecuación social. Es el sector de la salud pública donde los poderes públicos y los medios de comunicación van condicionando a la opinión ciudadana en orden a restringir al máximo los peligros que considera aceptables, en aras de la seguridad y en aplicación del principio de precaución.

Un ejemplo evidente sería el fumar, pero también las exigencias, cada día mayores, de medidas de higiene alimenticia -que el pan o la fruta vayan siempre envasados, que

los pescados y mariscos sean pasados por lejía antes de su venta, que en los restaurantes sólo pueda servirse mayonesa de lata...- Son decisiones que afectan a todos y que no puede olvidarse que, aun cuando restrinjan los peligros, suponen perder niveles de calidad de vida. La sociedad debería de ser correctamente informada, para que sean los ciudadanos quienes decidan los riesgos que están dispuestos a asumir.

Otro ámbito en el que creo es especialmente válida la restricción del tipo a través del criterio de la adecuación social es el de las injurias donde dependerá del lugar, la forma de expresión, el autor, la presunta víctima... para que, una misma expresión, sea considerada lesiva para el honor y, por tanto, típica, o, por el contrario, considerarse socialmente adecuada.

Por tanto, aun cuando el riesgo permitido pueda servir como criterio general de restricción del tipo, la adecuación social se ajusta más, en determinados supuestos, a la naturaleza del problema que se trata de solucionar.

El consentimiento de la víctima respecto de la conducta peligrosa puede verse como otro de los contenidos del riesgo permitido. El riesgo permitido se fundamenta, en general, en la utilidad de la actividad. En este supuesto la utilidad social no aparece de forma inmediata, sino que puede verse como consecuencia directa de la existencia de consentimiento y tratarse, por tanto, de dentro del ámbito del riesgo permitido o tratar independientemente el consentimiento como construcción dogmática distinta.

La inclusión del consentimiento en el riesgo permitido conduce a una ampliación del ámbito de éste, ya que, la existencia de consentimiento determinará que un “riesgo socialmente inadecuado” sea permitido, o bien a entender que el consentimiento amplía el ámbito de lo “socialmente adecuado” y con ello el del “riesgo permitido”, precisamente, en base a la adecuación social como consecuencia del consentimiento de la víctima y, en general de todos los participantes en la actividad de que se trate. Esta perspectiva es acorde con la realidad. Nadie considera “socialmente inadecuada” una lesión en un partido de fútbol, aun cuando se haya producido a través de una infracción reglamentaria, incluso dolosa, siempre que esta “falta” estuviese dentro de la “costumbre” en ese deporte. Pero piénsese lo que sucedería si el jugador lesionado hubiese actuado obligado, en ese caso no se vería como “socialmente adecuada”, no ya la lesión, sino ni tan siquiera su intervención en el juego.

En esta línea las consideraciones de Roxin, distinguiendo los supuestos en que el consentimiento equivale a una autopuesta en peligro (como sucede en el deporte) de aquéllos de “puesta en peligro de un tercero aceptada por éste”. Roxin entiende que el consentimiento se equipara a la autopuesta en peligro cuando “la persona puesta en peligro se da cuenta del riesgo en la misma medida que quién crea el peligro, si el daño es consecuencia del riesgo aceptado y no de otros fallos adicionales y si la persona puesta en peligro carga con la misma responsabilidad por la actuación común que la persona que crea el peligro”. En una palabra, el consentimiento convierte al tercero en partícipe de la autopuesta en peligro de la víctima y, por tanto, su conducta no es punible. En los supuestos de “puesta en peligro de un tercero aceptada por éste” es más difícil la decisión sobre la eficacia que puede desplegar el consentimiento. En estos

casos es discutible la validez del consentimiento, ya se le considere causa de exclusión del tipo, o causa de justificación. Para otros, la entrada consciente en un riesgo, por parte del puesto en peligro, puede influir para el autor en la medida del cuidado exigible para éste en el tráfico.

En cuanto al objeto sobre el que ha de recaer el consentimiento: conducta y/o resultado, existen divergencias doctrinales. Un sector doctrinal, así, por ejemplo, Mir Puig, considera que es suficiente con que el consentimiento se dirija a la conducta peligrosa, sin que sea necesario que se refiera al resultado. “Quién está de acuerdo con el peligro de una acción, debe aceptar también las consecuencias directas”. Por el contrario, para otros, el consentimiento ha de abarcar tanto el resultado como la conducta. Con independencia de otras consideraciones, que afectan exclusivamente al contenido y efectos del consentimiento, la concepción del injusto aquí defendida, ha de tener como consecuencia que el consentimiento, para ser eficaz, sólo deba referirse a la conducta; ahora bien, ello sólo será cierto en tanto se conozcan todos los factores de riesgo concurrentes en el caso concreto.

El principio de confianza es otro de los criterios propuestos por la doctrina para restringir el ámbito del tipo. De acuerdo con el principio de confianza cada persona puede confiar en que los demás actuarán adecuadamente. Sin embargo, este principio de confianza, en la práctica, queda desvirtuado. Por ejemplo, en el sector del trabajo rige lo que podríamos llamar principio de desconfianza, ya que el empresario, directivos o encargados no pueden confiar en la actitud correcta de los trabajadores y deben de vigilar y exigir el cumplimiento por parte de estos de las medidas de seguridad. En el tráfico, por otra parte, junto al principio de confianza, rige el principio de defensa, de menores, ancianos o incapaces, que exige que se prevea la posibilidad de que estas personas actúen imprevisiblemente. En general, además, tal y como concibe la doctrina y la jurisprudencia el principio de confianza, la total ineficacia de este principio se deriva de que el sujeto sólo puede confiar en la conducta adecuada de los demás cuando el mismo actúe correctamente. Esta concepción del principio de confianza no sólo lo convierte en ineficaz sino que es, una vez más, expresión, del siempre denostado, pero siempre superviviente, *versare in re illicita*.

No obstante estas limitaciones a la eficacia del principio de confianza como criterio de restricción del tipo, es bien cierto que, en general, en la sociedad no se podría actuar sin contar con este principio. El principio de confianza es una expresión del contenido del deber de cuidado que concierne a cada sujeto. Una persona tiene el deber de controlar determinados riesgos que puedan derivarse de un producto o de una conducta, pero respecto de otros pueden **confiar** en que los demás actuarán correctamente:

La anestésista puede confiar en que el enfermero le entrega la inyección con el medicamento que ha solicitado. La empresaria que fabrica un secador de pelo puede confiar en que el usuario no lo utilizará dentro de la ducha... No obstante, esta confianza no puede ser irracional y, por consiguiente, tanto la anestésista como la empresaria han debido atender a un cuidado previo: en el caso de la anestésista antes de la operación comprobar los medicamentos que puede necesitar; en el caso de la empresaria adjuntar

al secador un manual de instrucciones en el que se advierta de los peligros de su uso en mojado...

VII. CRITERIOS PARA DELIMITAR *EX POST* LA EXISTENCIA DE UNA RELACIÓN DE RIESGO

Para que el resultado sea imputable a la conducta es necesario que el riesgo típico creado sea el mismo que se haya realizado en el resultado **-relación de riesgo-**, a lo que llamamos imputación objetiva en sentido estricto. Por ejemplo, una conducta que incumple determinadas medidas, que pueden hacer previsible un resultado lesivo, pese a ello no le será imputable éste si lo que realmente lo provoca son otras circunstancias, que pueden ser naturales, y que lo hubieran causado aun cuando no hubiese existido la infracción de las medidas de cuidado. Esta relación de riesgo entre el peligro creado por la conducta imprudente y el resultado ha de ser probado.

Para la existencia de relación de riesgo no es suficiente con que se cree un riesgo típico, sino que además este riesgo típico tiene que realizar *efectivamente* la lesión del bien jurídico; ello no sucederá cuando el peligro específico del riesgo típico no sea efectivo, porque su posible eficacia sea sobrepasada o desplazada a través del efecto real de otro curso concurrente peligroso. En la prueba de esta relación de riesgo se han utilizado por la doctrina distintos criterios -y distintas concepciones de estos criterios-. Los criterios más utilizados son los del incremento del riesgo y el de la finalidad de protección de la norma infringida, junto a otro criterio subsidiario, al que denomino “evitabilidad *ex post* del resultado”.

Los criterios del incremento del riesgo y de finalidad de protección de la norma ya han sido objeto de otros trabajos por lo que en esta sede sintetizaré mi postura al respecto. Entiendo que ambos criterios son complementarios y no excluyentes y que su correcta aplicación requiere la previa determinación del riesgo típico, en el sentido señalado, Supra VI, porque sólo de esa forma es posible saber qué riesgo no permitido se ha creado y qué norma se ha infringido, condiciones imprescindibles, para poder determinar *ex post* si ese riesgo no permitido es el que se ha realizado en el resultado y si la finalidad de la norma infringida era evitar ese resultado en las circunstancias en las que efectivamente se produjo. De acuerdo con el criterio del incremento del riesgo, cualquier riesgo creado por el sujeto, del que se pruebe que *ex post* se ha realizado en el resultado es suficiente para fundamentar la relación de riesgo y, por tanto, eventualmente, la imputación del resultado. Decimos *eventualmente* porque la consideración de comportamientos alternativos adecuados a derecho⁴⁶ es admisible, en orden a excluir la imputación del resultado, sólo si es seguro, con una probabilidad rayana en la seguridad, que esta conducta hipotética hubiera causado igualmente el resultado. El principio *in dubio pro reo* es de aplicación únicamente en el juicio sobre la concreta situación que

46 No olvidemos que no existe una única conducta alternativa adecuada a derecho y, por consiguiente, serán varias las conductas hipotéticas a examinar.

se ha realizado, pero no respecto de la hipotética, con lo que, por la falta de prueba fehaciente de esta relación hipotética, no se puede entender infringido este principio, ni conculcadas otros principios y garantías político-criminales.

Respecto de la finalidad de protección de la norma lo relevante es advertir que no podemos analizar la finalidad de la norma penal, puesta que sería la de evitar lesiones de bienes jurídico-penales, con lo que incurriríamos en una tautología y el criterio perdería su eficacia. La norma de la cuál hay que buscar sus fines sólo puede ser una norma entendida como norma de cuidado. De este modo, la finalidad que se deberá buscar, se encontrará entre los fines que condujeron a la determinación del deber objetivo y subjetivo de cuidado. Los fines de las reglas generales de cuidado, reglas técnicas, que configuran el deber objetivo de cuidado en el caso concreto, son los que se tendrán en cuenta en la aplicación del criterio del fin de protección de la norma.

Por ejemplo, el constructor, en general, está obligado a cumplir las medidas de cuidado necesario para evitar lesiones o muertes de los trabajadores. Si en el caso concreto la medida de cuidado adecuada, dadas las circunstancias, es que los trabajadores lleven casco, ello está pensado para evitar que sufran golpes en la cabeza por caída de objetos o para que se reduzca el peligro en caso de la caída del propio trabajador. Si en el supuesto concreto, el trabajador, que no lleva el casco obligatorio, muere por la explosión de una caldera, éste no será uno de los riesgos que pretendía evitarse con el uso del casco y, por tanto, no se imputará el resultado, aun cuando, en el caso concreto también hubiese peligro cierto de caída de objetos que permita afirmar la creación de un riesgo típico por el constructor.

Las llamadas “conductas alternativas adecuadas a derecho”, se caracterizan porque *ex post* se prueba que el resultado era inevitable, por lo que no parece adecuado atribuir responsabilidad penal, pese a que, de acuerdo con los criterios del incremento del riesgo y del fin de protección de la norma, el resultado era imputable. En consecuencia, en estos supuestos será necesaria la utilización de otro criterio de imputación el de la “evitabilidad *ex post* del resultado”. El fundamento de este criterio es que un resultado *per se* no puede ser jurídico-penalmente relevante, sino que su relevancia proviene de que pueda ser imputado a una conducta jurídico-penalmente relevante.

Lo primero que se necesita para delimitar el contenido del **criterio de evitabilidad** es distinguir entre la evitabilidad *ex ante* y *ex post* del resultado, como por lo demás es siempre necesaria la diferenciación tajante de los dos momentos. La falta de evitabilidad *ex ante* del resultado afecta a la tipicidad de la conducta de todos los delitos, en mayor medida en los imprudentes y, especialmente, en los supuestos de imprudencia omisiva. Si *ex ante* el resultado aparece como inevitable, no tiene ya sentido que se dirija al sujeto la norma de prohibición en las conductas comisivas y faltará ya la situación típica en los supuestos omisivos -posibilidad de evitación como elemento esencial en la omisión-, puesto que como afirmaba al inicio la finalidad del Derecho penal es proteger bienes jurídico-penales *protegibles*.

Totalmente distinta es la situación cuando se constata la existencia de una realización típica y se prueba la relación de riesgo -por aplicación de los criterios del incremento del riesgo y del fin de la norma- y, al mismo tiempo, por circunstancias excepcionales cognoscibles únicamente *ex post*, se comprueba que el resultado no se hubiera evitado tampoco con una conducta adecuada a derecho. La inevitabilidad *ex post* del resultado sólo puede desplegar su eficacia entendiendo que esta circunstancia elimina la naturaleza “desvalorada” de ese resultado. Este criterio, puede compararse, respecto a la relación de riesgo, con el desistimiento voluntario respecto a la tentativa, calificándolo como condición negativa de punibilidad. El carácter excepcional que otorgamos a la inevitabilidad *ex post* del resultado permite excluir la imputación del resultado, únicamente, cuando se prueba con una probabilidad rayana en la seguridad la inevitabilidad del resultado con una conducta adecuada a derecho -al fin y al cabo hipotética- sin infringir el principio *in dubio pro reo*.

VIII. CONCLUSIONES

Los conceptos de causalidad e imputación objetiva propuestos tratan de dar una respuesta coherente a la distinta naturaleza de una y otra institución y, sobre todo, pretenden poner de relieve las consecuencias que de estas diferencias cabe extraer en relación con la teoría del delito y, muy especialmente, su repercusión en el proceso, en relación con la presunción de inocencia y el principio *in dubio pro reo*. La causalidad, por su naturaleza empírica, se corresponde con los hechos probados, y su contenido no se limita a la relación causal entre una determinada conducta y un resultado, sino que explica, de acuerdo con leyes generales de probabilidad, cómo se han desarrollado los acontecimientos, incluyendo entre estos a los conocimientos que cada uno de los intervinientes tenía de la situación. Probar positivamente cuál ha sido el devenir causal es un requisito esencial para desvirtuar la presunción de inocencia, puesto que la carga de la prueba corresponde a quién acusa.

En el supuesto de que no pueda probarse razonablemente cómo se produjeron los hechos, prueba en la que, por supuesto, se incluye quién o quiénes han sido los autores, la presunción de inocencia debería llevarnos a un sobreseimiento o, en su caso, a una absolución. En la prueba de los hechos el Juez puede valorar los informes de los peritos pero no adoptar teorías causales que no se correspondan con las leyes naturales, científicas o sociales que los técnicos competentes consideran vigentes.

Por el contrario, en la valoración jurídica de esos hechos probados -Fundamentos Jurídicos de la sentencia- sí que estamos en el ámbito de la libre valoración de la prueba, lo que nunca puede significar arbitraria, por lo que el Juez debe servirse de los criterios jurídicos aceptados por la doctrina y jurisprudencia y cumplir con las exigencias de la motivación y de la congruencia. Es en este ámbito donde adquiere una especial incidencia el principio *in dubio pro reo*, puesto que en caso de duda sobre cuál deba de ser la calificación jurídica, deberá decantarse siempre por aquélla más favorable al reo.

LA INTERPRETACIÓN EN DERECHO PENAL

*Favor libertatis versus Favor securitatis.
In dubio pro reo versus In dubio contra reo.*

MIRENTXU CORCOY BIDASOLO

*Catedrática de Derecho Penal
Universidad de Barcelona*

SUMARIO: I. Introducción. II. Alcance y requisitos de la interpretación en Derecho penal. 1. Límites a la interpretación de la decisión jurídica: interdicción de la arbitrariedad. 2. Límites a la discrecionalidad del Juez. 3. Finalidad de la interpretación. 4. Interpretación-valoración de las pruebas. III. Criterios de interpretación. 1. Criterio literal. 2. Criterio histórico. 3. Criterio sistemático. 4. Criterio sociológico. 5. Criterio teleológico. 6. Criterio axiológico. IV. Formas de interpretación. 1. Interpretación restrictiva y extensiva. 2. Interpretación extensiva y analogía. Prohibición de la analogía *in malam partem* y de interpretación *contra legem*. Principio de taxatividad y analogía *in bonam partem*. V. Reglas interpretativas. 1. Reglas interpretativas negativas. 2. Reglas interpretativas positivas. *In dubio pro reo y favor libertatis versus in dubio contra reo y favor securitatis*. VI. Bibliografía

I. INTRODUCCIÓN

El positivismo de la Escuela de la Exégesis en Francia y de la Jurisprudencia de Conceptos en Alemania pretendió que no era necesaria la interpretación porque las normas son claras y no hay antinomias. A partir de la segunda mitad del S. XIX, la Escuela de Derecho Libre, la Jurisprudencia de Intereses y el Realismo Jurídico ponen de manifiesto que esta situación ideal no existe y que la decisión jurídica no puede reducirse a una mera operación formal por lo que no es suficiente el conocimiento de las leyes sino su “entendimiento”, es decir, su interpretación. Ello proviene, entre otras razones, del reconocimiento de la incidencia de factores subjetivos, culturales, valorativos. Así mismos las tesis del positivismo jurídico de Kelsen y Hart sobre el mar-

gen de discrecionalidad contribuyeron a cuestionar el mito de la certeza del Derecho, afirmando que la pretensión de querer encontrar una única solución correcta para el caso concreto era una ilusión sin fundamento¹¹. Para Hart en el Derecho hay zonas de penumbra, de vaguedad, que requieren que el juez encuentre el significado de la norma que puede dar lugar a diversos enunciados interpretativos, entre los que deberá elegir el más adecuado acudiendo de nuevo a los criterios interpretativos.

En algunos casos la solución no se desprende del texto de la ley y el juez tiene que atribuir a la norma un significado que en principio no tenía y en otros caben dos o más decisiones posibles pero controvertidas. El método deductivo ignora la existencia de problemas importantes a la hora de tomar una decisión jurídica, pero dado que de hecho se producen es inaceptable engañarse y aparentar que la norma por sí misma permite subsumir los hechos en el Derecho. La importancia de la interpretación, en el caso de las decisiones judiciales, determina que, en cierta medida, el juez al interpretar la norma esté creando Derecho. Evidentemente, como señaló Dworkin, la actividad “creadora” del Juez es mucho mayor en el “*common law*”¹². Sin embargo, en nuestro sistema, aunque aparentemente es muy diferente, especialmente en Derecho penal, por la especial vigencia del principio de legalidad, en la práctica, aun cuando sólo sea a través de la Teoría del Delito “crea” derecho. Planteémonos unas simples cuestiones: ¿Qué es dolo? ¿Qué es imprudencia? ¿Quién es autor? ¿Quién es cooperador? ¿Qué es tentativa? ¿Qué es un acto preparatorio?. A estas preguntas y otras muchas, no nos responde el Código Penal sino la Teoría del delito o, mejor dicho, las diversas teorías del delito que han ido asentándose en la doctrina. Pero las cuestiones se plantean también en la Parte Especial: ¿Qué es engaño bastante en la estafa? ¿Qué actos atentan contra la libertad sexual? ¿Qué actos atentan gravemente contra la integridad moral? ¿Cuáles contra el honor? ¿Cuáles contra la intimidad? ¿Cuáles contra la libertad, especialmente, en amenazas y coacciones? ¿Cuándo se afecta la salud? ¿Cuándo hay tratamiento quirúrgico? ¿Qué es miembro principal? ¿Qué se entiende por domicilio?. Para dar respuesta a estas cuestiones hay que interpretar “razonablemente” los tipos, atendiendo a criterios sistemáticos, teleológicos, sociológicos y axiológicos³, respetando el criterio literal. Ello explica el por qué, en España, los Tribunales pudieron seguir utilizando el llamado Código Penal de 1973, que en su origen era de principios del S. XIX, durante casi veinte años desde la entrada en vigor de la Constitución, 1978, hasta la entrada en vigor del Código Penal de 1995, llamado de la democracia, en mayo de 1996.

1 HART, *The Concept of Law*, 2ª ed., Ed. Clarendon Press, Londres 1998.

2 DWORKIN, *A Matter of Principle*, Ed. Harvard University Press, 1985.

3 La razonabilidad o irrazonabilidad de la interpretación de un precepto es el fundamento de la admisión del amparo en la doctrina del Tribunal Constitucional. En sentido opuesto, no será admisible una interpretación de la ley “irrazonable”, tal y como se afirma en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Así, por ejemplo, STC 119/2009, de 18 de mayo, estima la demanda de amparo en base a la “irrazonable interpretación” del art. 790.1 LECrim, en relación con los arts. 182.2 y 185 de la LOPJ.

En la actualidad el problema surge a partir de la creciente administrativización del Derecho penal, en aras a una pretendida seguridad jurídica, y la consiguiente interpretación literal de los tipos. Situación que conlleva a que, para los jueces, sea suficiente la concurrencia de antijuridicidad formal obviando el principio de lesividad. Trasladar al Derecho penal las reglas vigentes en el Derecho administrativo lo deslegitima. La seguridad jurídica que se pretende en ningún caso puede estar por encima de un principio tan esencial como el de lesividad/antijuridicidad, derivado de la función que se atribuye al Derecho penal de exclusiva protección de bienes jurídico especialmente relevantes, en cuanto puedan poder calificarse como bienes jurídico-penales, tal y como certeramente ha señalado Mir Puig⁴.

II. ALCANCE Y REQUISITOS DE LA INTERPRETACIÓN EN DERECHO PENAL

1. Límites a la interpretación de la decisión jurídica: interdicción de la arbitrariedad

La necesidad de que la decisión jurídica sea fruto de un razonamiento jurídico lógico para subsumir los hechos en un enunciado jurídico implica discrecionalidad, lo que no justifica la arbitrariedad. La arbitrariedad se excluye siempre que se respete:

- a) El marco general que configuran las normas aplicables al caso. En Derecho penal, al menos, las normas previstas en el Título Preliminar, las de la Parte General y los principios constitucionales.
- b) La doctrina del Tribunal Constitucional. Respecto de la/s doctrina/s del Tribunal Supremo, apartarse de líneas jurisprudenciales existentes es posible, ya que no son vinculantes, pero obliga a una mayor motivación. Especial problemática, por su sentido de interpretación “auténtica”, suscitan los Acuerdos no jurisdiccionales de Pleno en los que el Tribunal Supremo persigue la unificación de la jurisprudencia en temas controvertidos por haberse realizado interpretaciones diferentes de una misma cuestión.
- c) La utilización de argumentos interpretativos vigentes en Derecho, como son los literales, históricos, sistemáticos, sociológicos y teleológicos. No sería válido, por ejemplo, un argumento estético o teológico. En este sentido se manifiesta la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, afirmando que toda norma penal requiere interpretación a partir de criterios sistemáticos, valorativos y teleológicos, atendiendo especialmente al bien jurídico-penal protegido y a los principios limitadores del ejercicio del *ius puniendi*⁵.

4 MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 10ª ed., Ed. Reppertor, Barcelona 2015, pp. 120 ss.

5 SSTC 13/2003 F3; 170/2002 F12; 189/1998 FF4 y 7, F4 sobre interpretaciones posibles de los hechos y F7 de la norma

- d) La motivación fundada y racional de la interpretación adoptada. Es decir, en todos los casos la solución interpretativa a la que se llegó debe estar argumentada muy especialmente cuando se hayan interpretado términos “vagos”⁶.

2. Límites a la discrecionalidad del Juez

Las decisiones del Juez son discrecionales, en cuanto el Juez sólo está sujeto a la ley lo que limita su discrecionalidad y excluye la arbitrariedad. En consecuencia, el respeto al principio de legalidad, que vincula especialmente al Juez, determina que éste deba motivar sus resoluciones y utilizar criterios hermenéuticos aceptados⁷. En consecuencia, la discrecionalidad del Juez no se podrá calificar como arbitrariedad siempre que respete la ley cumpliendo los requisitos de motivación y respeto de los criterios hermenéuticos y reglas de interpretación.

La importancia de la motivación surge a partir de las teorías normativas de la argumentación que proponen una vía intermedia entre las teorías propugnadas por la Escuela de la Exégesis o la Jurisprudencia de Conceptos. Estas partían de la confianza en la racionalidad plena de las resoluciones judiciales, basada en la total certidumbre y sistematicidad del Derecho. Por otras razones, también niegan la discrecionalidad del Juez las teorías del irracionalismo jurídico, al entender que los jueces son libérrimos por definición y que, por consiguiente, sus resoluciones están siempre basadas en móviles personales, disfrazados de razones pseudo-objetivas, mediante una serie de cánones interpretativos que no son más que fórmulas vacías que encubren la irreducible arbitrariedad. Las teorías normativas de la argumentación parten de que el juez tiene amplios márgenes de libertad interpretativa pero que debe motivar sus elecciones con argumentos pertinentes y convincentes que prueben la racionalidad de su decisión⁸.

La argumentación debe basarse en la ley y en los principios constitucionales, a los que, a su vez, debe sujetarse la ley. En la actualidad se ha suscitado un nuevo problema sobre si los jueces pueden fundamentar sus resoluciones utilizando también otros principios procedentes de fuentes internacionales (Tratados y normativas de la Comunidad Europea, principios consolidados de las jurisdicciones internacionales como el Tribunal de Justicia de la CE, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, etc.). En España, en particular, como se ha señalado, se suscita la cuestión de la legitimidad

6 Cfr. GARCÍA AMADO, “Razón práctica y teoría de la legislación”, *Derechos y libertades*, nº 5, julio-diciembre 2000, con ejemplos como “llevar”, del art. 242.1 CP, u “objeto”, en el art. 182 CP. Sobre los términos “vagos”, vid. *Infra* nota 22.

7 En este sentido la doctrina del Tribunal Constitucional, por todas, STC 124/2008 F3, cuando afirma: “entre diversas alternativas igualmente lógicas, nuestro control no puede alcanzar la sustitución de la valoración efectuada por los órganos judiciales”.

8 Ampliamente sobre las diferentes teorías de la argumentación jurídica, GRAJALES/NEGRI, *Sobre la argumentación jurídica y sus teorías* (Prólogo de Manuel Atienza), Ed. Marcial Pons, 2018, *passim*.

de la jurisprudencia del Tribunal Supremo como fundamento de una argumentación. La tendencia a seguir esta modalidad de motivación implica convertir las resoluciones del Tribunal Supremo en fuente del Derecho penal, a partir de que, en general, se ha consolidado una aproximación “constitucionalista” que propone un modelo más amplio de fuentes que vinculan al Derecho penal. Esta mayor amplitud ha llevado a reconocer el valor determinante de las resoluciones del Tribunal Supremo en la construcción del derecho, hasta el punto de que muchos jueces fundamentan las motivaciones de las sentencias en las motivaciones del alto Tribunal como si fuese fuente “al mismo nivel” de los textos constitucionales, los cuales pasan con frecuencia a un segundo plano en la construcción de los principios⁹.

Para que la motivación se ajuste a las exigencias constitucionales se tienen que utilizar determinados criterios hermenéuticos y reglas de interpretación. A partir de entender que la hermenéutica es una actividad en cierta medida reglada, los criterios hermenéuticos han de ser los aceptados y reconocidos –literal, histórico, sistemático, sociológico, teleológico y axiológico-¹⁰. Sin embargo, no existe un catálogo cerrado de criterios hermenéuticos, ni mucho menos una gradación de los mismos, por lo que el valor de los diferentes argumentos que se aporten para la solución de un supuesto deberá resolverse en cada caso concreto, en función de las características del mismo. De entre las interpretaciones posibles, que pueden estar justificadas, habrá que elegir una y para ello se debe acudir a las reglas interpretativas, que descartan o imponen una de las interpretaciones posibles.

3. Finalidad de la interpretación

La interpretación jurídica, en consecuencia, se constituye en un presupuesto esencial para la aplicación de las normas. “*Interpretar es un hacer mediador por el cual el intérprete comprende el sentido de un texto*”¹¹. Sobre la finalidad de la interpretación, sintetizando, se han propuesto tres teorías, atendiendo a cómo se determina el sentido de la ley. Las teorías subjetivas identifican el derecho con la ley siendo el legislador el único creador del derecho, por lo que el sentido de la ley es la voluntad del legislador.

9 En el mismo sentido, en relación con Italia, DONINI, “Principio constitucionales y sistema penal. Modelo y programa”, Revista General de Derecho Penal, nº 13, 2010, pone de manifiesto porque, de este modo, “*se ha debilitado un poco el valor de primacía de la legalidad como base del derecho penal de los principios que inspiraba desde el origen al garantismo, en las visiones de Bricola o de Ferrajoli*”.

10 En el ámbito civil, el art. 3.1 CC, establece que “*las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllos*”. Esta norma comprende la mayoría de los criterios de interpretación que se encuentran hoy día legitimados y es de aplicación en todas las ramas del Derecho, con las variantes propias del contenido y finalidad de cada una de ellas.

11 LARENZ, *Metodología de la ciencia del Derecho* (trad. M. Rodríguez Molinero de la 4ª ed. alemana), Ed. Ariel, Barcelona, 1994

En un sentido que podríamos calificar de opuesto, las teorías objetivas buscan el sentido de la norma independientemente del creador adaptándolo a la realidad social cambiante. Desde una perspectiva ecléctica, las teorías mixtas, con la interpretación, tratan de averiguar el sentido de la norma y éste “no ha de identificarse con el querer o las concretas ideas normativas del legislador histórico, ni hacerse totalmente independiente de ello. Más bien es el resultado de un proceso de pensamiento en el que todos los momentos susodichos, es decir, tanto “objetivos” como “subjetivos” han de estar incluidos”¹².

4. Interpretación-valoración de las pruebas

Tan importante o más que la interpretación de las normas es la interpretación-valoración de las pruebas y, consecuentemente, de los hechos. La interpretación persigue subsumir correctamente los hechos en el Derecho, es decir, alcanzar una fundada y racional calificación jurídica. Cuestión especialmente relevante en Derecho penal es la interpretación de los hechos en relación con los elementos subjetivos (dolo e imprudencia) y valorativos (grave, leve...) así como con las otras instituciones de la teoría del delito (autoría, tentativa, actos preparatorios...). Un ejemplo palmario de la importancia de las instituciones de la Teoría del delito, desarrolladas por la doctrina y adoptadas por la jurisprudencia, lo encontramos en la teoría de la imputación objetiva en cuanto trata de diferenciar, en el análisis y posterior calificación de los hechos, los momentos *ex ante* y *ex post*, llegando a soluciones muy diferentes si se juzgan los hechos desde una perspectiva *ex post* o *ex ante*¹³.

En este contexto adquiere relevancia la dogmática jurídico-penal, aportando criterios acerca del significado y alcance de los diversos niveles de la Teoría del delito. Al respecto podríamos plantear tres ejemplos paradigmáticos de la repercusión de los cambios conceptuales acerca de tres instituciones de la teoría del delito y las consecuencias que ello ha suscitado en su interpretación jurisprudencial. Las, relativamente, recientes concepciones dogmáticas -interpretaciones finalmente- de la autoría, el dolo y la imputación objetiva, son tres ejemplos con los que, sin ninguna reforma legal, se ha modificado radicalmente su alcance y significado y, consecuentemente, la calificación de los hechos. El paso de las concepciones objetivas -formal y material- de la autoría a los diferentes conceptos relacionados con el dominio del hecho -dominio funcional/competencia/pertenencia- supone un giro radical con consecuencias tan relevantes como la “desaparición” de los llamados “delitos de propia mano”, la ampliación de la coautoría, que ha supuesto la cuasi desaparición de la autoría mediata, la cooperación necesaria e incluso la inducción¹⁴.

12 LARENZ, *Metodología de la ciencia del Derecho...*

13 Sobre esta cuestión son interesantes las consideraciones de KELMAN, “Interpretative Construction in the Substantive Criminal Law”, *Stanford Law Review* 1981, pp. 591 ss.

14 De esta doctrina jurisprudencial es un claro ejemplo, la STS 520/2008, 15 julio, donde, en relación con un delito fiscal, se afirma: “Una de las teorías más aceptadas para conformar la autoría es la que la identifica con el dominio funcional del hecho. Serán, pues, coautores los que

Otro cambio relevante se produce a partir de la actual concepción del dolo, que ha virado desde interpretaciones subjetivistas, en clave de culpabilidad, basadas en la intención del sujeto, a un concepto de dolo natural, en clave de conocimiento. Esta objetivización/normativación del dolo por parte de la doctrina que, al menos en España, puede considerarse mayoritaria, supone negar que el dolo es un estado mental e implica probar el conocimiento del sujeto del riesgo típico a partir de datos objetivos¹⁵. Por su parte la jurisprudencia, a partir de argumentos doctrinales¹⁶, considera que el dolo es un hecho y que como tal debe probarse en el proceso¹⁷. Esta nueva interpretación ha posibilitado condenar como dolosas conductas realizadas en ámbitos en los que nunca se había admitido previamente la existencia de dolo, por entender que esas personas -empresarios, conductores...- “no querían” ese resultado. Es decir, en cierta medida, al menos en este punto, hay un menor Derecho penal de autor, en el que se partía de que “los buenos ciudadanos” nunca “quieren” cometer delitos. Puede afirmarse que en la jurisprudencia, al menos del Tribunal Supremo, se va afirmando esa nueva concepción del dolo, adoptando un concepto de dolo en el que no se incluyen los móviles

co-dominan funcionalmente el hecho que se subsume en la conducta típica. Y ese dominio funcional del hecho que ejerce cada uno de los coautores se manifiesta en el papel que le corresponde en la división del trabajo, integrado en la decisión conjunta al hecho. En esa decisión conjunta o común aparecen conectadas los distintos aportes o tareas en que se divide la realización del hecho. En sentido similar, pero en relación al llamado “jefe de la banda”, calificado tradicionalmente como inductor o cooperador necesario, lo considera autor la STS 7/2009, de 7 de enero; STS 452/2008, de 10 de julio, que afirma la coautoría con independencia de quién lleva a efecto la conducta típica y no sólo respecto del homicidio sino incluso respecto de la tenencia ilícita de armas; STS 219/2009, 19 febrero, que desarrolla las diferentes teorías sobre la autoría llegando finalmente a la jurisprudencia unánime del “dominio funcional”, lo que le permite calificar como autor directo a quién, en sus propias palabras realiza un “acto de auxilio al poseedor de la droga”.

- 15 SÁNCHEZ MÁLAGA CARRILLO, *Concepto y delimitación del dolo. Teoría de las condiciones para el conocimiento*, Ed. B de F, 2018, a partir de una concepción normativizada del dolo, desarrolla indicadores que pueden servir en el proceso para su prueba.
- 16 HRUSCHKA, “Sobre la difícil prueba del dolo”, en *Imputación y Derecho Penal. Estudios sobre la Teoría de la Imputación* (trad. Sánchez Ostiz), Ed. Thomson Aranzadi, 2005, p. 145 ss., que plantea los problemas procesales de la prueba del dolo, a partir del § 244.2 StPO, que introduce el concepto de “hecho relevante para la decisión”, afirmando que tales hechos son el objeto de la práctica de la prueba y entiende que el dolo, o al menos sus requisito, forman parte de esos “hechos”.
- 17 En este sentido, es relevante la actual línea jurisprudencial que concibe el dolo como un hecho, que forma parte de la vertiente fáctica –Hecho Probados- y que, por consiguiente, su prueba requiere las mismas garantías que los aspectos de naturaleza fáctica. Por todas, SSTS 968/2004, 29 de julio, “la constatación del dolo es una cuestión jurídica que se debe llevar a cabo a través de una serie de indicadores de carácter objetivo que se refieren a la disposición interna del autor en el momento del hecho”; 772/2004, 16 de junio: “la definición clásica de dolo trae consigo dificultades que han propiciado un concepto normativo de dolo”; 126/2012, de 18 de junio.

del sujeto, sino exclusivamente el conocimiento que éste tenga del riesgo concreto de que se produzca el resultado, como consecuencia de su conducta¹⁸.

La adopción de la teoría de la imputación objetiva, por parte de la jurisprudencia, supone, así mismo, una reinterpretación de la relación causal¹⁹. Aun cuando, formalmente es mencionada por la jurisprudencia a partir de 1983, es en fechas muy recientes cuando realmente se adoptan criterios propios de la imputación objetiva y se diferencia entre ésta y la causalidad²⁰. Por ello me parece especialmente interesante la STS 1253/2005, 26 octubre, que diferencia con claridad entre causalidad e imputación objetiva, afirmando: “*la causalidad natural es un límite mínimo pero no suficiente para la atribución del resultado*”²¹. Es decir, no se trata de contraponer causalidad a imputación objetiva sino de sumar ambas instituciones. Mientras la causalidad tiene su ámbito propio en sede de Hechos Probados, la imputación objetiva es objeto propio de los Fundamentos de Derecho, lo que se adecua a la diferente naturaleza de ambas instituciones, ontológica y normativa, respectivamente. Los criterios de imputación objetiva deben aplicarse en todos los delitos a la hora de imputar un resultado a la conducta típica. En general, se afirma que en los hechos dolosos el contenido del dolo determina el alcance del riesgo típico. Sin embargo, ello no puede implicar excluir la necesidad de prueba de la relación de riesgo. Entre otras razones porque la afirmación

18 En este sentido, STS 474/2005, 17 marzo, casa la sentencia y condena por tentativa de homicidio, en un supuesto en el que la Audiencia entendía que dada la “*nimiedad del factor desencadenante*” no concurría dolo de matar sino de lesionar. El TS, sin embargo, establece que: “*El dolo no depende de que el autor haya tenido motivos para matar o que el conflicto en el que se causa la muerte de otro haya tenido una especial intensidad, toda vez que para apreciar que el autor obró dolosamente sólo se requiere que éste haya conocido el peligro concreto de la realización del tipo, cualquiera que sea su motivación*”. Añadiendo: “*Es posible que no haya deseado la muerte de la víctima, pero desde antiguo la doctrina y la jurisprudencia distinguen con claridad entre deseo y dolo, considerando que este no se debe excluir por el deseo de no producir el resultado*”.

19 Desde 1983 la jurisprudencia adopta, formalmente, el concepto de imputación objetiva, pero en la prueba de la imputación se utilizaban criterios ontológicos, como lo son el de causa eficiente, relevante..., propios de la causalidad. En ocasiones, también, la referencia a la imputación objetiva, se había utilizado para “relajar” los criterios de prueba, cuando no se podía probar con exactitud cómo se habían desarrollado los hechos. Conforme a esta jurisprudencia se entendía que la imputación objetiva “*...viene a reemplazar a la causalidad, siguiendo la teoría de la relevancia*”. En este sentido, entre otras, SSTs 1494/2003, 10 noviembre; 448/2003, 28 marzo; 1611/2000, 19 octubre; 1256/1999, 17 septiembre; 1311/1997, 28 octubre.

20 Entre otras, SSTs 1235/2005, 26 octubre; 1094/2005, 26 septiembre; 282/2005, 4 marzo; 1879/1998, 29 mayo.

21 Cfr. CORCOY BIDASOLO, “La distinción entre causalidad e imputación objetiva y su repercusión en el proceso –presunción de inocencia e *in dubio pro reo*–”, en *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Don José Cerezo Mir*, Ed. Tecnos, Madrid 2002, passim., se desarrolla ampliamente la diferente función de ambas instituciones, así como la necesidad de probar tanto la relación de causalidad como la relación de riesgo. Así, por ejemplo, en los delitos contra el medio ambiente es necesario probar que la contaminación del agua, suelo o aire es imputable a unos determinados vertidos, emisiones...

es cierta en los supuestos de dolo directo pero no en el dolo eventual y menos aún en delitos contra bienes jurídico-penales colectivos. En estos es especialmente relevante la imputación objetiva para evitar la criticada “relajación de las garantías”²² y alcanzar un mayor nivel de seguridad jurídica. Por ello, en los delitos contra bienes jurídicos colectivos es siempre necesario probar que el riesgo *ex post* es realización de una determinada conducta típica de una persona²³.

III. CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN

1. Criterio literal

El criterio de interpretación literal está relacionado con el positivismo y parte de que todo el Derecho se contiene y agota en las normas. Dado que las normas jurídicas se expresan en enunciados lingüísticos es imprescindible partir del significado de las palabras. Por consiguiente, la interpretación de una norma se inicia por su interpretación literal. Esta cuestión es especialmente relevante en Derecho penal, por la relevancia que en el adquiere el principio de legalidad y la consecuente prohibición de la analogía contra reo. Sin embargo, la interpretación no puede agotarse en el análisis gramatical. En consecuencia, siempre prevalecerá el espíritu de la ley sobre las palabras. Sin embargo, esta prevalencia tiene un límite, en el sentido de que, una interpretación que está fuera del sentido literal posible no es interpretación sino modificación del sentido, es decir, cuanto menos analogía. Por tanto la interpretación gramatical es el punto de partida y el límite de la interpretación. La jurisprudencia del Tribunal Supremo, al respecto, podría sintetizarse en esta frase: “*La interpretación literal es siempre un mero punto de partida que podrá ser corroborado o corregido por otros criterios de mayor entidad*”. Para el Tribunal Constitucional el “*sentido literal posible*” se configura como límite para la

22 En este sentido, parecen mostrarse partidarios de una relajación de las garantías y los criterios de imputación, por razón de las peculiaridades del medio ambiente, PÉREZ DE GREGORIO, “Los delitos contra el medio ambiente”, *La Ley*, 23 de febrero de 1996; VERCHER NOGUERA, “El delito ecológico: aplicación y problemas prácticos”, *La Ley*, 1989.

23 Al respecto es necesario poner de manifiesto que, científicamente, es posible probar la relación de riesgo entre una determinada contaminación y una determinada conducta, en contra de lo que se aduce por un amplio sector de la doctrina y jurisprudencia. A partir de este planteamiento justifican la consideración de estos delitos como de peligro hipotético o presunto. Sobre esta cuestión, vid. NIEVA FENOLL/VIVES REGO/CORCOY BIDASOLO, “Eficacia y admisibilidad de la prueba pericial en el enjuiciamiento de los delitos contra el medio ambiente”, *La Ley*, nº 6551, 2006, poniendo de manifiesto la posibilidad, científicamente constada, de probar el origen de una contaminación y, en consecuencia, de imputarla a una determinada conducta y valorar su idoneidad para afectar el equilibrio de los sistemas naturales. En el mismo sentido, en los delitos contra la salud de los consumidores, llamados delitos de “fraude alimentario”, es necesario probar que la nocividad del producto que se encuentra a disposición de los consumidores es realización del riesgo creado por una determinada conducta, en este sentido, CORCOY BIDASOLO, “Delitos contra la salud de los consumidores”, en *Derecho penal económico* (Dir. Gimeno Jubero), CDJ nº 72, 2006

constitucionalidad de una determinada interpretación²⁴. La exclusividad del criterio literal es rechazada incluso en el ámbito civil, especialmente tras la introducción del art. 3.1 en 1974, que pone fin al principio de que las leyes literalmente claras no precisan interpretación.

En el ámbito penal, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, hace especial hincapié en el principio de legalidad como límite a la interpretación jurídica. Por ello los tipos penales no pueden, por su propia naturaleza, ensancharse según el sentir comunitario vigente en cada momento histórico de la comunidad social concreta. Sin embargo, este principio queda reducido a lo sumo a los elementos objetivos, especialmente los descriptivos, puesto que los elementos subjetivos y valorativos se interpretan conforme al momento histórico e incluso los normativos varían conforme se modifican las leyes o protocolos (*lex artis*) extrapenales o surgen nuevas tecnologías²⁵. Esta cuestión puede advertirse con claridad en relación con el ámbito del riesgo permitido, que evoluciona reduciendo su alcance, conforme avanza la tecnología y en atención a las mayores exigencias de seguridad de la sociedad

El principal obstáculo de la interpretación literal es que el lenguaje, las palabras, y no sólo aquellas que expresan elementos valorativos como grave, peligroso..., sino que todos los términos tienen un ámbito de “vaguedad”²⁶. “Vaguedad” que hay que concretar a través de los demás criterios de interpretación, muy especialmente, el sistemático y el teleológico. Así, por ejemplo, términos que pueden parecer tan evidentes como “religión” o “secta” se ha demostrado que pueden tener y tienen significados muy diversos, hasta el punto de que, por ejemplo, en nuestra jurisprudencia se califica una determinada ideología como religión en atención a que esté inscrita, o no, en el Registro de Entidades Religiosas del Ministerio de Cultura²⁷. Interpretación formal que carece, desde mi punto de vista, de justificación pero que, indudablemente sirve a la seguridad jurídica. Por el contrario, en relación con las sectas, al no existir un registro oficial, y pese a existir diversas definiciones, es muy difícil calificar jurídicamente como tal a un determinado grupo, aun cuando reúna los requisitos esenciales desarrollados por la doctrina²⁸.

24 Por todas, STC 91/2009, en un supuesto relativo a la interpretación de los elementos típicos, especialmente los valorativos y los subjetivos, del delito contra el medio ambiente.

25 Así, por ejemplo, en relación con el concepto de parentesco, con los negocios jurídicos que pueda dar lugar a una apropiación indebida (leasing).

26 Cfr. RUSSELL, “Vagueness”, *The collected Papers of Bertrand Russell*, Ed. Eames, vol. 9, Londres 1983 (reimpresión de 1923).

27 Esta opción que había sido relativamente sencilla se complica desde el momento en que cada día solicitan su inscripción, aproximadamente, seis nuevas religiones. Así, por ejemplo, a la iglesia de la Cienciología el Ministerio le rechazó la inscripción en 2005, inscripción que fue admitida por la Audiencia Nacional en 2007, en base al derecho a la libertad religiosa.

28 Cfr. STS 30 octubre de 1994 (ponente Martín Pallín), en relación con la secta “Los Niños de Dios”, respecto de los que la Audiencia de Barcelona había negado su calificación como secta, negativa confirmada por el Tribunal Supremo, y ello pese a que se adoctrinaba en

2. Criterio histórico

Este criterio de interpretación parte de la Escuela Histórica del Derecho de Savigny y del método histórico-evolutivo de la interpretación. Según esta propuesta la interpretación se concibe como un trabajo de adaptación de la norma positiva a las necesidades que imperan en una sociedad. Por ello el intérprete no indagará sólo la voluntad del legislador en el momento de elaborar la ley sino que analizará históricamente, tanto la evolución jurídica como la social. Dentro de esta modalidad de interpretación existen dos posicionamientos casi contrapuestos y uno que trata de armonizar ambos. Desde las llamadas posiciones estáticas, la interpretación se concibe como un instrumento conservador y continuista al servicio de la seguridad jurídica y del respeto a la voluntad del legislador. Estas posturas se defienden por la teoría subjetiva de la interpretación y por las teorías de la interpretación constitucional denominadas “originalistas”. Proclaman la superioridad del legislador sobre el juez en base a la preeminencia del principio democrático. Ello conduce, sin embargo, a un gran conservadurismo, sobre todo interpretando y aplicando normas de cierta antigüedad. En sentido opuesto, para la posición dinámica, el Derecho se adapta a las necesidades y exigencias de la sociedad, no se aferra al legislador histórico. Al respecto uno de los temas que se discute es si pueden incluirse los trabajos preparatorios de las leyes en el argumento histórico. Frente a estas posturas maximalistas, las posiciones mixtas afirman que la voluntad del legislador y de la ley no pueden ser contrapuestas en un Estado democrático. El debate entre ambas posiciones surge en relación con la preeminencia de la *voluntas legis* o, por el contrario, de la *voluntas legislatoris*. Para saber el verdadero significado de la *voluntas legis* deberíamos acudir a investigar los motivos y circunstancias que motivaron su creación *voluntas legislatoris*. En consecuencia, en un Estado democrático, donde las leyes se aprueban en los Parlamentos, la voluntad del legislador se deberá buscar en los trabajos preparatorios y proyectos. El problema surge en los últimos años por la ausencia de verdaderos trabajos preparatorios y de fundamentadas Exposiciones de Motivos.

El Tribunal Supremo se refiere a la interpretación histórica como argumento de mera referencia erudita, sin trascendencia práctica. El Tribunal Constitucional lo utiliza en tres sentidos: 1º. Vertiente erudita, igual que el Tribunal Supremo; 2º. Vertiente estática: la finalidad que se ha perseguido históricamente en una materia, constatándose que dicha finalidad ha permanecido constante a pesar del tiempo y de las distintas redacciones. En consecuencia, en el caso de una ley conflictiva se presume que no se ha apartado de esta tendencia histórica; 3º. Vertiente dinámica: se concibe la historia como un proceso de cambio continuo que impide interpretar normas con criterios anteriores ya derogados. Ello sucedió, por ejemplo, en relación con la censura y la Ley de prensa o con la normativa sobre uso de títulos nobiliarios. En general, el argumento histórico es utilizado para fundamentar y dar mayor autoridad a las sentencias. Aun siendo un argumento residual es utilizado asiduamente.

esta ideología a niños y reunía todos los elementos que se entienden que fundamentan el calificativo de secta. En el mismo sentido, STS 23 marzo de 1993 (ponente García Ancos), en relación con la secta “Ceis”.

3. Criterio sistemático

Se fundamenta en que, para comprender correctamente un precepto, es necesario relacionarlo con todos los demás del ordenamiento, puesto que una norma aislada no es más que un elemento de un sistema jurídico del que forma parte. La interpretación sistemática requiere la unidad y coherencia del sistema jurídico y sobre todo que no existan normas contradictorias entre sí. Partiendo de que el sistema está ordenado sistemáticamente, la interpretación de las normas debe tenerlo en cuenta y atribuir el significado de cada precepto teniendo en cuenta el conjunto del que forman parte (Código Penal), esa rama del ordenamiento jurídico (LECrím, LOPJ, Ley Contrabando...) y del propio sistema en su conjunto. La interpretación sistemática tiene tres formas argumentativas:

- a) **Argumento a cohaerentia.** Es preciso cuando dos enunciados legales resultan incompatibles entre sí. Se trata de conservar los enunciados salvando la incompatibilidad, pero en la práctica este principio determina la invalidez de los enunciados incompatibles. Por ello la argumentación *a cohaerentia* proporciona criterios para la solución de antinomias y si ello no fuera posible se debería acudir a reglas de solución de conflictos. El argumento *a cohaerentia* obliga a atribuir significados que no sean incompatibles con el sistema atribuyendo el significado más coherente posible con el resto del ordenamiento jurídico. Esta argumentación está estrechamente relacionada con la interpretación constitucional por entenderse que la mayor jerarquía de la Constitución, junto con su mayor coherencia, obliga a tener en cuenta la constitucionalidad para interpretar el resto del ordenamiento jurídico. El Tribunal Constitucional ha utilizado este argumento de forma negativa para rechazar cualquier norma incompatible con la Constitución y cualquier interpretación contraria a ella. De forma positiva supone la atribución a una norma del significado más coherente con la Constitución, declarándose una ley inconstitucional cuando su *“incompatibilidad con la Constitución resulte indudable por ser imposible llevar a cabo una interpretación conforme a la misma”*²⁹.

En EEUU los llamados neoconstitucionalistas plantean la cuestión de la interpretación a partir de la congruencia de las soluciones con los valores de la Constitución³⁰. Parten de que la Constitución es la fuente de las libertades individuales y el medio de protección, pues de otra forma no estarían garantizadas. En ese contexto de plantean, muy especialmente, los problemas de competencia entre la Constitución federal y las Constituciones de los diver-

29 SSTC 13/2003 F3; 170/2002 F12; 189/1998 FF 4 y 7; 137/1997 F7; 111/1993 F8; 11/1981 F4

30 Sobre ello, ampliamente, A. VAN CLEAVE, “State constitutional interpretation and Methodology”, *New Mexico Law Review* 28, 1998.

sos Estados³¹. Cuestión que en España tiene un cierto paralelismo, entre la Constitución española y los Estatutos de las Comunidades Autónomas. Por lo demás, a partir de la aprobación del Tratado de Lisboa, y el desarrollo del llamado Derecho penal europeo, la cuestión de la armonización requerirá un mayor esfuerzo.

- b) **Argumento *sedes materiae***. Supone atribuir un significado a un enunciado normativo dudoso a partir del lugar que ocupa en el contexto normativo del que forma parte. Puede tener una función positiva, atribuyendo significado a un enunciado por estar incluido en un determinado contexto normativo, y negativa, rechazando una interpretación o atribuyéndole un significado distinto por no ser coherentes con el contexto. El llamado argumento *a rubrica* supone la atribución de un significado en función de la rúbrica o título que encabeza la sección, y no es otra cosa que una modalidad de argumento *sedes materiae*.
- c) **Argumento sistemático, en sentido estricto**. Se trata de interpretar un precepto teniendo en cuenta el significado de otras normas o de su contexto jurídico. La interpretación sistemática resulta avalada por cuatro razones: 1º. La conexión material entre preceptos que regulan la misma materia; 2º. La unidad o íntima conexión de los apartados de un mismo artículo; 3º. Motivos gramaticales que exigen tomar en consideración la totalidad del artículo para entender o interpretar una parte; 4º. Razones históricas o antecedentes doctrinales.

En este sentido, el Código Penal de 1995 trató de tomar en consideración el criterio sistemático agrupando los diversos grupos de delitos en atención al bien jurídico-penal protegido. Así mismo, se lleva a efecto una prelación de estos diferentes grupos de delitos, en atención a la jerarquía de los bienes jurídico-penales protegidos, comenzando por los delitos contra derechos fundamentales –vida, salud, libertad, intimidad, dignidad, propiedad-, siguiendo con los delitos contra bienes jurídico-penales supraindividuales. Esta forma de legislar, entiendo que mucho más adecuada que la anterior, sirve también para que tengan una mayor utilidad tanto el criterio sistemático como el teleológico.

4. Criterio sociológico

A través del criterio sociológico se persigue interpretar las normas de forma que cumplan en lo posible con las exigencias de la sociedad de ese momento y del desarrollo de la cultura. Se plantea así en mayor medida la cuestión del equilibrio entre la discrecionalidad y el arbitrio judicial. En general, desde nuestro sistema jurídico continental se afirma que la discrecionalidad no supone conceder al juez potestades arbitrarias en

31 Cfr. A. Van Cleave, *New Mexico Law Rev...*, desarrolla ampliamente esta cuestión.

la valoración hermenéutica de la norma sino que la adaptación entre la ley y la realidad social deberá hacerse desde los límites de la propia norma que se interpreta. Sin embargo, para la Escuela del Derecho Libre, en Alemania, y para los defensores del realismo jurídico, especialmente en el ámbito anglosajón y escandinavo, el juez tiene total libertad para decidir y no puede diferenciarse entre discrecionalidad y arbitrariedad. En este contexto el único Derecho válido es el que se dicta en las sentencias.

El Tribunal Supremo ha afirmado que la función interpretativa requiere introducir factores ideológicos, morales y económicos que revelan y plasman las necesidades y espíritu de la comunidad en cada momento histórico, sin que estos factores sociológicos lleguen a modificar la norma. La cuestión relevante es determinar cuál es realmente la conciencia social, el espíritu de la comunidad, e incluso si puede afirmarse que realmente existe en una sociedad plural e multicultural.

Respecto de los llamados “conceptos jurídicos indeterminados”³², el criterio de interpretación sociológico, es esencial. La concreción de los conceptos jurídicos indeterminados depende del contexto en el que deben ser aplicados. Estos conceptos, entre los que podríamos mencionar, a título de ejemplo, entre otros muchos, la dignidad, el honor, la pornografía..., son términos que sólo pueden determinarse a partir de la referencia a los valores dominantes en una determinada sociedad.

En Derecho penal este criterio, pese a la especial vigencia y reforzamiento del principio de legalidad, tiene una enorme fuerza. Fuerza que se demuestra en la importancia que adquieren instituciones como las del riesgo permitido o la adecuación social, así como los principios político-criminales, en particular, los de *ultima ratio*, subsidiariedad. Fuerza que se manifiesta, especialmente, en relación con la exigencia de antijuridicidad material que requiere probar la existencia de un riesgo penalmente relevante en cada caso concreto, más allá de la concurrencia formal de los elementos típicos³³. El principio de lesividad, en tanto idoneidad de la conducta para afectar -lesionar o poner en peligro- un bien jurídico-penal, es un elemento esencial para la atribución de responsabilidad penal. No obstante, sigue siendo un límite insoslayable, la interdicción de la analogía contra reo, que presupone el respeto de la antijuridicidad formal. Es decir, en virtud de factores sociológicos se puede interpretar que unos determinados hechos no pueden calificarse como pornográficos o que no hay engaño bastante para configurar un delito de estafa, pero no se pueden calificarse unos hechos como violación cuando no hay penetración ni como estafa cuando no concurre engaño bastante.

32 Cfr. HART, *The Concept of Law...*, pp. 129 ss., entiende que los conceptos jurídicos indeterminados presentan una diferencia esencial respecto de los términos “vagos”, puesto que la indeterminación no es semántica sino que depende de las condiciones de aplicación.

33 Cfr. MIR PUIG, *Derecho Penal...*, pp. 157 ss, en relación con el contenido de la antijuridicidad material como lesión o puesta en peligro de un bien jurídico-penal.

5. Criterio teleológico

Jhering es el referente de este criterio, aun cuando los antecedentes se encuentran en Grocio y Pufendorf. El método consiste en averiguar el motivo que dio lugar a una norma partiendo de la mentalidad del tiempo en que surgió. En este criterio se puede diferenciar entre el criterio teleológico-subjetivo y el teleológico-objetivo. En el primero lo determinante es la finalidad que guiaba al legislador cuando creó y promulgó la ley. Desde esta perspectiva la interpretación es poco aceptable, porque una buena ley es aquélla que va más allá de la voluntad del legislador por tener un contenido con voluntad de permanencia³⁴. El criterio teleológico-objetivo parte de que la finalidad de una ley se encuentra en la propia norma. La finalidad no la determina el legislador sino que se determina a través de lo que hubiera pretendido con esa norma el hombre medio razonable, lo que es equivalente a la finalidad que una determinada sociedad mayoritariamente le daría. En todo caso será necesario justificar por qué la interpretación elegida es la única que puede alcanzar ese fin o la que mejor puede hacerlo.

Desde estas posturas, otra de las cuestiones debatidas es el ámbito de finalidad. Mientras para un sector la finalidad es el fin concreto del precepto para otros la finalidad debe verse como fin general de la materia o institución regulada. Por último, algunos van más allá y ven la finalidad como fin genérico del Derecho, que se identifica con la idea de Justicia o de resolución de conflictos. En Derecho penal esta cuestión se suscita de forma evidente en relación con el criterio de la finalidad de protección de la norma, en el ámbito de la imputación objetiva, en orden a probar la relación de riesgo. En este contexto, un sector de la doctrina se refiere a la finalidad del Derecho penal, otros a la finalidad de la norma penal en concreto y, por último, lo que parece más adecuado, en orden al fin perseguido, a la finalidad del deber de cuidado infringido³⁵.

Independientemente de estas cuestiones lo que es indiscutible es que, tanto en Derecho penal material como procesal, el criterio teleológico adquiere una gran relevancia. En el Derecho penal material la finalidad de protección de bienes jurídico-penales, como función esencial del Derecho penal, que legitima la intervención penal, determina la distinción entre antijuricidad formal y material, a la que hice referencia en el apartado anterior. La relevancia jurídico-penal de unos hechos requiere la antijuricidad material, en cumplimiento del principio de lesividad. Es decir, requiere probar no sólo que los hechos son incardinables formalmente en un determinado injusto típico sino, además, que el bien jurídico-penal protegido ha resultado afectado/lesionado por la conducta objetiva y subjetivamente antijurídica imputable a un autor. Desde una perspectiva político-criminal, las finalidades preventivas que se adscriben al Derecho penal también se toman en consideración, tácita o expresamente, en ocasiones con argumentos relativos a la justicia material, en ocasiones en la determinación de

34 Cfr. DWORKIN, *A Matter of Principle...*, en el mismo sentido, afirma que una genuina obra de arte es independiente de su creador

35 Cfr. CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, 2ª ed., Ed. B de F., Buenos Aires – Montevideo, 2005, pp. 653 ss.

la pena o en la aplicación de atenuantes... No obstante, es en los sistemas jurídicos anglosajones donde a partir del caso se posibilita en mayor medida este argumento interpretativo³⁶. En Derecho procesal penal, el Tribunal Constitucional interpreta la LECrim atendiendo a si es o no contraria al derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) considerando que se vulnera este derecho cuando, por los órganos judiciales, se lleva a efecto una interpretación arbitraria³⁷.

Hay soluciones interpretativas que están a caballo entre el criterio sistemático, el teleológico y el axiológico. Con la entrada en vigor del Código penal de 1995 se puso de manifiesto la importancia de estos criterios de interpretación y, en particular, respecto del criterio sistemático. Así, por ejemplo, la modificación de los título en los delitos de lesiones (integridad corporal), en los delitos contra la libertad sexual (honestidad) o en los delitos contra la Administración pública (de funcionarios), que va acompañada de un cambio en el contenido y alcance del bien jurídico-penal protegido y conduce a una interpretación muy diferente de los tipos, independientemente de los cambios en su literalidad.

6. Criterio axiológico

Propuesto por las teorías axiológicas que parten de que el Derecho es un sistema articulado de valores, que son la esencia del sistema jurídico. Tratan de buscar la solución del caso concreto en estos valores del sistema jurídico, aunque esta solución sea contraria a la ley, a la lingüística e incluso a determinados factores sociales³⁸. Estas posturas fueron defendidas, en el S. XIX por la Escuela de la Exégesis en Francia, afirmando que los valores están en la propia norma puesto que el Derecho es un sistema perfecto que ofrece siempre la respuesta correcta, ya que provienen de un legislador racional. Así como por el *iusnaturalismo*, vigente en la Jurisprudencia de Conceptos, en Alemania, que entiende que los valores son unos principios generales y que existe un Derecho ideal de valores. Teorías que resurgen, a finales del S. XX, en Europa, especialmente, con la Jurisprudencia de Valores, del Tribunal Constitucional alemán, que pretende determinar lo que es el Bien y la Verdad, al margen del legislador. En EEUU han tenido una gran repercusión la concepción de Dworkin, quien afirma que el juez en sus decisiones está vinculado a valores sociales –normas de la moral social- y

36 Sobre ello, KELMAN, *Stanford Law Review*..., en relación, por ejemplo, con las consecuencias negativas que tendría, en atención a la prevención general, admitir que no puede castigarse al drogadicto que posee droga.

37 Por todas, STC 147/2009 F1, en relación con la interpretación del instituto de la prescripción.

38 Ejemplo de ello serían algunas resoluciones que se niegan a condenar en supuestos del llamado “*tot manta*”, en base al principio de insignificancia, pero realmente en aras de una pretendida realización de la justicia (SAP Barcelona 7ª, 487/2007).

culturales³⁹, oponiéndose a la discrecionalidad judicial, defendida por Hart⁴⁰ y por el neoconstitucionalismo, por ejemplo, de Zagrebelsky⁴², que sitúan en la Constitución esos valores de los que siempre se puede obtener la solución correcta⁴³.

Por consiguiente, sintetizando, pueden diferenciarse dos posturas según cómo se conciben esos valores. Desde el *Iusnaturalismo* el Derecho se concibe como un sistema de valores intemporal y universal. Para la doctrina mayoritaria actual se trata, sin embargo, de un sistema de valores de carácter histórico vinculado a cada cultura o sociedad concreta. Dworkin, desde su postura crítica tanto con el positivismo jurídico como con el utilitarismo afirma que en estos valores siempre se encontrara la solución más justa para un conflicto jurídico, especialmente, en cuanto posibilita un mayor respeto a los derechos individuales⁴⁴. Desde su perspectiva una adecuada interpretación de la ley *guía* u *obliga* a los jueces en sus resoluciones. Su propuesta parte de mejorar el razonamiento judicial, interpretando la ley de forma completa y exhaustiva. Desde posturas más escépticas, acerca de las posibilidades de la interpretación en orden a alcanzar la solución justa en el caso concreto, se afirma que los valores sólo sirven para descartar las respuestas claramente incorrectas por injustas⁴⁵. Una posición intermedia sería la propuesta de Alexy, para quien la dogmática tiene una función esencial afirmando que, cuando es posible aportar argumentos dogmáticos en la solución del caso, éstos deben ser usados. La introducción de las construcciones dogmáticas permite decidir los casos,

39 DWORKIN, *A Matter of Principle...*

40 HART, *The Concept of Law...*

41 Sobre las diferencias entre las teorías de Hart y Dworkin, RODRÍGUEZ, CÉSAR, *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin. Estudio preliminar*, Siglo del Hombre Ed. Universidad de los Andes, 1997.

42 ZAGREBELSKY, *El Derecho dúctil: Ley, Derechos, Justicia*, Ed. Trotta 1997, concibe el Derecho en una sociedad democrática como algo plural carente de rigidez, superando la rigidez legalista y de sistema.

43 Esta última postura, llevada al extremo, puede llevar a condenar a un Juez por prevaricación por apartarse de la doctrina constitucional. Al respecto no cabe olvidar que el Tribunal Supremo español condenó a un Juez por prevaricación por no seguir una de sus líneas jurisprudenciales, en ese mismo tiempo coexistía con otra, acerca de la prescripción del delito fiscal. Sobre esta cuestión, BENLLOCH PETIT, “Prevarica el Juez que se aparta de la doctrina consolidada del Tribunal Supremo?. Comentario crítico a la sentencia del Tribunal Supremo, del 11 de diciembre de 2001 (caso Santiago Raposo)”, *Anuario de Derecho Penal*, 2005 (Dir. Hurtado Pozo), p. 213 ss.

44 Cfr. DWORKIN, *A Matter of Principle...*, cuya segunda parte está dedicada al derecho como interpretación, criticando el utilitarismo en cuanto no respeta suficientemente los derechos individuales

45 Cfr. ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica* (trad. M. Atienza/I. Espejo), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1989

no de manera aislada, sino en relación con otros ya decididos, acrecentando el grado de eficacia del principio de universalidad y sirviendo, en esta medida, a la justicia⁴⁶.

IV. FORMAS DE INTERPRETACIÓN

1. Interpretación restrictiva y extensiva

La posibilidad de interpretación extensiva no es equiparable en Derecho penal y en Derecho civil. Mientras en el Derecho civil se pretende la exclusión de lagunas del Derecho (Título Preliminar CC), en Derecho penal las lagunas deberán subsanarse, en su caso, por el legislador (Título Preliminar del CP, art. 4º.2 CP). Ello determina que la jurisprudencia mayoritaria afirme que está vedada tanto la analogía *in malam partem* como la interpretación extensiva, siempre que suponga la exégesis y aplicación de las normas fuera de los supuestos y límites que ellas mismas determinan (STEDH 07-02-02, *E.K. c. Turquía*, por aplicación del art. 7 CEDH)⁴⁷. Consecuentemente, se prohíbe, así mismo, la interpretación *contra legem*⁴⁸.

La interpretación en Derecho penal también establece diferencias, respecto de otras ramas del ordenamiento jurídico, en tanto en cuanto se afirma que el Derecho penal es autónomo. Ello afecta especialmente al criterio sistemático, por cuanto los conceptos de otras ramas del ordenamiento no siempre son válidos en Derecho penal. Ejemplo de ello serían los conceptos de documento (art. 26 CP), de funcionario (art. 24 CP) o de incapaz (art. 25 CP). La cuestión también se suscita en los supuestos en los que el tipo requiere la infracción de normas extrapenales, ya sea expresamente –leyes penales en blanco- o tácitamente –elementos normativos o delitos imprudentes-. En todos estos casos la infracción de la normativa extrapenal será un indicio –necesario o no- de la tipicidad pero no puede fundamentarla por si misma. Cuestión diferente es la necesaria armonización de las diferentes ramas del ordenamiento jurídico de forma que esta autonomía, necesaria, no conlleve contradicciones.

En relación con la interpretación restrictiva hay que tener en cuenta que cuando se trata de elementos negativos del tipo o causas de justificación y supuestos de inimputabilidad, causas de exclusión de la culpabilidad o atenuantes, una interpretación restrictiva es una interpretación desfavorable al acusado. En este sentido, se plantearía la cuestión, por ejemplo, de las llamadas “restricciones ético-sociales” a la legítima defensa, admitidas, expresa o tácitamente, por un amplio sector de la doctrina y la jurisprudencia y que llevan a exigir proporcionalidad en lugar de necesidad concreta de la defensa, cuando el Código Penal no requiere de dicha proporcionalidad, al contrario

46 Cfr. ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica...*, pp. 252 ss.

47 En el mismo sentido, SSTC 10/2006; 64/2001 F4; 34/1996 F5; 81/1995 F5; AATC 73/1993 F1; 3/1993 F1.

48 STC 24/2004 FF 5-6, pues ello “*implicaría desfigurar y manipular los enunciados legales, usurpando este Tribunal funciones que corresponden al legislador*”) y contraria a los derechos fundamentales (SSTC 299/2006 F6; 185/2003 F5; 2/2001 F2).

de lo que sucede en el estado de necesidad y el ejercicio legítimo de un deber, cargo o profesión⁴⁹. En estos casos, la aparentemente interpretación restrictiva, supone al menos interpretación extensiva contra reo, sino ya de analogía *in malam partem*.

2. Interpretación extensiva y analogía. Prohibición de la analogía *in malam partem* y de interpretación *contra legem*. Principio de taxatividad y analogía *in bonam partem*

La prohibición de la analogía *in malam partem* es una exigencia derivada del principio de legalidad que excluye cualquier interpretación que vaya más allá del “sentido literal posible” del texto legal⁵⁰. La prohibición de analogía *in malam partem* es un límite que debe respetar el juez, evitando que se convierta en legislador. Por analogía *in malam partem* se entiende la aplicación irrazonable de la ley, “*que resulta imprevisible para los destinatarios, sea por apartamiento del tenor literal del precepto, sea por la utilización de pautas valorativas extravagantes en relación con los principios que inspiran el ordenamiento constitucional, sea por el empleo de criterios o modelos de interpretación no aceptados por la comunidad jurídica, todo ello a partir de la motivación expresada en las resoluciones recurridas*”⁵¹.

No hay consenso sobre la posibilidad de diferenciar entre interpretación y analogía. Para un sector doctrinal y jurisprudencial no es posible y, por consiguiente, también la interpretación extensiva estaría prohibida si es contra reo⁵². Otro sector doctrinal entiende que la interpretación extensiva es también interpretación y, por tanto, siempre posible. La razón de esta discordancia surge porque, quienes consideran que la interpretación extensiva está prohibida, entienden que ésta supone una solución “*más allá del sentido literal posible*”. Por el contrario, quienes la admiten, diferencian entre interpretación y analogía en base a que la interpretación busca una solución dentro del “sentido literal posible” mientras que la analogía supone la aplicación de la ley penal a un supuesto no comprendido en ninguno de los sentidos posibles de su letra, pero análogo a otros sí comprendidos en el texto legal, tal y como pone de manifiesto

49 Sobre las llamadas restricciones ético-sociales a la legítima defensa y su naturaleza de analogía *in malam partem*, CORCOY BIDASOLO, “Restricciones jurisprudenciales al derecho de defensa: legítima defensa y principio de legalidad”, ADPCP 1991.

50 SSTC 120/2005 F4 ó 75/1984 FF5-6 “...siendo el principio de legalidad penal garantía de la libertad de los ciudadanos... no tolera... la aplicación analógica *in peius*”. En el mismo sentido, en relación con la posibilidad de considerar sujeto activo del art. 153.1 CP, a la mujer, STC 100/2008.

51 Cfr. STC 34/2009. En el mismo sentido, SSTC 170/2002 F12; 167/01 F3; 12620/01 F4; 278/2000 F12; 18520/00 F4; 195/2000 F4; 174/2000 F2; 142/1999 F4; 25/99 F3; 189/1998 F7; 56/1998 F8; 236/1997 F4; 232/1997 F2; 225/1997 F4; 151/1997 F4; 137/1997 F7

52 BACIGALUPO ZAPATER, “La garantía del principio de legalidad y la prohibición de analogía en el derecho penal”, *Anuario Derechos Humanos* 2, 1983, entiende que no es posible diferenciar estructuralmente la interpretación de la analogía.

Mir Puig⁵³. Desde esta perspectiva la interpretación extensiva es válida siempre que no se aparte de los criterios de interpretación aceptados o de las pautas de valoración constitucionales⁵⁴. Por el contrario, la interpretación será inconstitucional cuando: “... carezca hasta tal punto de razonabilidad que resulte imprevisible para sus destinatarios, sea por apartamiento del tenor literal del precepto, sea por la utilización de pautas valorativas extravagantes en relación con los principios que inspiran el ordenamiento constitucional, sea por el empleo de criterios o modelos de interpretación no aceptados por la comunidad jurídica, comprobado todo ello a partir de la motivación expresada en las resoluciones recurridas”⁵⁵.

Desde una perspectiva teórica, en la interpretación extensiva se aplica la norma a casos no previstos con claridad en el significado nuclear de la misma, sin salirse de su marco legal. En la analogía, a partir de la semejanza o identidad de razón con respecto a otra norma o conjunto de normas, se crea una nueva norma analógica que resuelve el caso no regulado. En la práctica esta diferenciación no es tan sencilla por lo que, especialmente en Derecho penal, es aconsejable huir de la interpretación extensiva y seguir siempre una interpretación restrictiva.

Por otra parte, a partir de la vigencia del principio de legalidad, la admisión de la analogía *in bonam partem* no es pacífica, siendo negada por algunos en base al art. 4.3. CP que obliga al Tribunal a una “*aplicación rigurosa de las disposiciones de la ley*”, aunque ello perjudique al reo⁵⁶. Cabe interpretar, no obstante, que el art. 4.1. CP se refiere a las leyes penales en sentido estricto, esto es: “*solamente a las leyes que imponen penas o las agravan*”⁵⁷. Admitiendo la analogía *in bonam partem* no hay que olvidar la vigencia del principio de taxatividad y, por consiguiente, llevar a efecto una “*aplicación analógica rigurosa*”⁵⁸. Por ello es relevante poner de manifiesto la existencia de preceptos penales que, expresamente, establecen la analogía como elemento de extensión del tipo, no sólo en supuestos de elementos atenuantes o de exclusión de la responsabilidad sino en circunstancias como la de parentesco (art. 23 CP) en la que la “*análoga relación de afectividad*” puede servir tanto para agravar como atenuar. *Análoga relación de afectividad*

53 MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General...*, p. 115 ss.; EL MISMO, *Introducción a las bases del Derecho penal*, 1976, 2ª ed., Ed. B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2002; en el mismo sentido, LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho Penal. Parte General I*, Madrid 1996, p. 137; BALDÓ LAVILLA, “La construcción de la teoría del delito y el desarrollo continuador del Derecho”, *Política criminal y nuevo derecho penal*, Libro homenaje a Claus Roxin, 1997, pp. 357 ss.

54 SSTC 34/2009; 127/2001 ó 142/1999, entre otras muchas.

55 STC 34/2009, entre otras muchas.

56 En esos supuestos, el art. 4.4 CP, establece que, además de la exposición al Gobierno, el juez o tribunal sentenciador podrá proponer el indulto, cuando el juez entienda que, atendiendo a la gravedad del hecho y a las circunstancias personales del reo, no debería castigarse o que la pena es excesiva, atendiendo al principio de proporcionalidad. La propuesta no suspende la ejecución de la pena, excepto cuando: a) de la ejecución de la pena la finalidad del indulto devendría ilusoria; b) la ejecución vulneraría el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

57 MIR PUIG, *Introducción a las bases...*, p. 319 ss.

58 MIR PUIG, *Introducción a las bases...*, p. 323 ss.; BALDÓ LAVILLA, ADPCP 1996.

que fundamenta la tipicidad en el art. 153 CP, convirtiendo, en base a esa analogía, lo que sería falta en delito. En la Parte Especial, encontramos incluso un Capítulo que contempla la analogía como elemento fundamentador de la relevancia jurídico penal (Capítulo VI, del Título XII “*De las defraudaciones del fluido eléctrico y análogas*”). En el Anteproyecto de 2008 se incluía también entre los “*Delitos contra las persona y bienes protegidos en caso de conflicto armado*”, art. 611.9º “*cualquier otra forma de agresión sexual*”. En todos estos casos, y muchos otros en los que, sin utilizar el término analogía, el Código penal, se refiere a de “*cualquier otro modo*”, o frases similares, la previsión legal, entiendo que no es óbice para poder afirmar que un precepto de esa naturaleza es inconstitucional, por infracción del principio de legalidad penal.

V. REGLAS INTERPRETATIVAS

1. Reglas interpretativas negativas

Como decía en la Introducción, de entre las interpretaciones posibles que pueden estar justificadas habrá que elegir una y para ello se acude a las reglas interpretativas que descartan o imponen una de las interpretaciones posibles. Reglas interpretativas negativas son las que elimina/n alguna/s de las interpretaciones posibles. Hay dos modalidades de reglas interpretativas negativas:

- a) **Interpretación lógica:** supone que, de entre las interpretaciones posibles, se debe elegir una que no dé lugar al surgimiento de una antinomia en el sistema jurídico. Es una regla constantemente utilizada por los tribunales constitucionales. En particular, descartando una interpretación cuando es contraria a un precepto constitucional o cuando es contraria a una ley de rango superior. En este sentido contamos con una constante jurisprudencia constitucional que fundamenta la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una resolución en la razonabilidad o irrazonabilidad de la interpretación de los preceptos llevada a efecto en orden a la subsunción de los hechos probados en un determinado tipo penal⁵⁹.

59 Cfr. STC 29/2008 FJ 4, que resume la jurisprudencia constitucional al respecto, afirmando “*En el examen de razonabilidad de la subsunción de los hechos probados en la norma penal el primero de los criterios a seguir es el del respeto al tenor literal de la norma, «pues el legislador expresa el mensaje normativo con palabras y con palabras es conocido por sus destinatarios. Este respeto no garantiza siempre una decisión sancionadora acorde con las garantías esenciales de seguridad jurídica o de interdicción de la arbitrariedad, pues, entre otros factores, el lenguaje es relativamente vago y versátil, las normas son necesariamente abstractas y se remiten implícitamente a una realidad normativa subyacente, y dentro de ciertos límites (por todas, STC 111/1993 [RTC 1993, 111]), el propio legislador puede potenciar esa labilidad para facilitar la adaptación de la norma a la realidad (ya en la STC 62/1982 [RTC 1982, 62]; recientemente, STC 53/1994 [RTC 1994, 53]). Debe perseguirse, en consecuencia, algún criterio añadido que, a la vista de los valores de seguridad y de legitimidad en juego, pero también de la libertad y la competencia del Juez en la aplicación de la legalidad (SSTC 89/1983 [RTC 1983, 89], 75/1984 [RTC 1984, 75], 111/1993), distinga entre las decisiones que forman parte del campo de decisión legítima de éste y las que suponen una ruptura de su sujeción a la Ley». Dichos criterios estarán conformados por «las pautas axiológicas*

- b) **Argumento apagógico o *ad absurdum***: de entre las interpretaciones posibles debe descartarse aquella (o aquellas, en su caso) que llevarían a que la aplicación de la norma así interpretada produjera consecuencias marcadamente absurdas o claramente contraintuitivas, contrarias, pues, al elemental sentido común o a la “naturaleza de las cosas”, en el sentido menos metafísico de la expresión. En cierta medida, no es diferente de la interpretación lógica sino únicamente un matiz respecto de ésta. Se trata de la vertiente negativa de la interpretación lógica, en el sentido, d que sólo será objeto de amparo interpretaciones que superen el tenor literal de la norma o que se hayan utilizado métodos no aceptados en los medios jurídicos. Serán válidas todas las interpretaciones razonables y previsibles⁶⁰.

2. Reglas interpretativas positivas

Estas reglas son las que posibilitan elegir una de las interpretaciones como preferente. Se trata de valorar las distintas interpretaciones posibles, a partir de las consecuencias favorables o desfavorables que de ellas se derivan, eligiendo aquellas que suponen una mayor realización de la justicia o el bien. Como veremos, estas reglas son diferentes en las diferentes ramas del ordenamiento, en atención a la diferente finalidad de cada una de ellas.

- a) **Principio *in dubio pro reo***. En la interpretación de la prueba en Derecho penal se debe acudir al principio *in dubio pro reo*. Criterio de interpretación análogo al principio *in dubio pro operario*, que rige en Derecho del Trabajo o el principio *favor minoris* en el Derecho de Menores. Criterios análogos pero con consecuencias opuestas en relación con los afectados. Así, por ejemplo, en Derecho penal el principio *in dubio pro reo* favorece a los autores –empresarios, en sentido amplio- de los delitos contra los derechos de los trabajadores, “perjudicando” (en cuanto a las posibilidades de una condena) a los trabajadores”, mientras que en Derecho del trabajo el principio *in dubio pro operario* les favorece, perjudicando al “empresario”⁶¹.

que informan nuestro texto constitucional (SSTC 159/1986 [RTC 1986, 159], 59/1990 [RTC 1990, 59], 111/1993)» y por los «modelos de argumentación aceptados por la propia comunidad jurídica». Así, «no sólo vulneran el principio de legalidad las resoluciones sancionadoras que se sustenten en una subsunción de los hechos ajena al significado posible de los términos de la norma aplicada. Son también constitucionalmente rechazables aquellas aplicaciones que por su soporte metodológico -una argumentación ilógica o indiscutiblemente extravagante- o axiológico -una base valorativa ajena a los criterios que informan nuestro ordenamiento constitucional- conduzcan a soluciones esencialmente opuestas a la orientación material de la norma y, por ello, imprevisibles para sus destinatarios» (STC 137/1997, de 21 de julio [RTC 1997, 137], F. 7; también, entre otras, SSTC 189/1998, F7; 13/2003, F3; 138/2004, F3; 242/2005, F4; 9/2006, F4)”.

60 STC 29/2008, F4

61 Cfr. Corcoy Bidasolo, “Delitos laborales. Ámbito y eficacia de la protección penal de los derechos y seguridad de los trabajadores”, en *Derecho Penal Económico* (Dir. Conde-Pumpido

- b) **Principio favor libertatis.** Este principio se fundamenta en la interpretación del Tribunal Constitucional del art. 24.1 CE, que obliga a interpretar la normativa de forma que se respeten al máximo los derechos fundamentales. Para ello lo relevante es respetar su ejercicio, puesto que de otra forma sólo se respetarían formalmente. En el supuesto de que confluyan dos derechos fundamentales (en Derecho penal un ejemplo claro puede suscitarse en las situaciones de estado de necesidad), deberá determinarse en el caso concreto cuál de ellos prevalece sobre el otro.
- c) En Derecho penal alcanzan un significado, similar a los anteriores, el **principio de desconfianza**, en la actuación del trabajador, en relación con los homicidios y lesiones en el ámbito del trabajo, y el **principio de defensa**, en el ámbito de la circulación vial, que obliga al conductor a prever la conducta descuidada de ancianos, niños o disminuidos psíquicos. Estos principios, admitidos tradicionalmente como una forma de igualdad material *versus* la igualdad formal, en sentido análogo a la consideración de los poderes inferiores y superiores en la determinación del deber de cuidado en la imprudencia, así como, en otra dirección, con las llamadas restricciones ético-sociales en la legítima defensa, suponen, en cierta medida, una inversión de los principios *in dubio pro reo* y *favor libertatis*. Por ello, la aplicación de estos principios no puede ser automática puesto que ello implicaría una forma de responsabilidad objetiva. En consecuencia, la utilización de estos principios debe limitarse a aquéllos supuestos en los que, atendiendo a las circunstancias concurrentes, el autor tenía el deber de prever la actuación incorrecta del trabajador o del interviniente en el tráfico, en su caso.
- d) **Inversión de estas reglas** que se traduce en dos nuevas reglas de interpretación que podríamos denominar *favor securitatis* e *in dubio contra reo*.

Favor securitatis que progresivamente adquiere cada vez mayor auge, en parte, a partir de la teorización de Jakobs, con el “Derecho Penal del Enemigo”, potenciada por la sensación de inseguridad provocada por el terrorismo islámico, que ha derivado en prácticas que obvian todas las garantías penales propias de un Estado de Derecho, muy especialmente por EEUU y Gran Bretaña, pero que siguen el resto de Estados europeos, incluida España. Ejemplo de ello serían no sólo la legislación antiterrorista y de excepción, sino también regulaciones como las aprobadas en materia de violencia de género, corrupción de menores o seguridad vial, así como en relación con la reincidencia y la delincuencia organizada.

Situación que se agrava por la interpretación formalista –literal- y extensiva a favor de la seguridad: órdenes de alejamiento indiscriminadas y condenas ausentes de motivación, aplicando formalmente el art. 153.1 CP, en violencia de género⁶²,

Tourón), CDJ 2003, pp. 87 ss.

62 En este sentido, es importante, la doctrina constitucional, recogida entre otras, en la STC 100/2008, en relación con la constitucionalidad del art. 153.1º CP, afirmando: “...resulta

o presunciones *iures et de iure* en la propia legislación penal, en materia de seguridad vial. Idénticas consideraciones pueden hacerse respecto del incremento desmesurado de las penas en estos ámbitos y en otros relacionados con la delincuencia clásica contra el patrimonio, hurtos y robos, respecto del cumplimiento íntegro de las penas y de las agravaciones fundadas en la reincidencia, así como en las diversas modificaciones que ha sufrido, y va a seguir sufriendo, la legislación penal de menores.

Favor securitatis que se traduce en muchas ocasiones en la inversión del *in dubio pro reo* convirtiéndolo en ***in dubio contra reo***. Esta inversión infringe el derecho de defensa que determina que la carga de la prueba corresponde a quién acusa y, consecuentemente, que, en el caso de que no se haya probado fehacientemente la culpabilidad de una persona, deba absolverse o, en su caso, condenarse únicamente respecto de aquello que haya sido suficientemente probado. Esta tendencia está condicionada, al menos en parte, por el miedo a la opinión pública, en base, a la posición de fuerza que en los últimos años han adquirido las víctimas en la política-criminal. Miedo que afecta a los jueces y, muy especialmente, a los políticos, para los que adoptar la línea dura supone un incremento de los votos. Las víctimas deben ser respetadas en su dignidad e indemnizadas, en la medida de lo posible, en su dolor, pero la atención a la víctima, en ningún caso, pueden justificar la infracción del principio de culpabilidad y demás garantías penales, como la tutela judicial efectiva, el derecho de defensa o el principio *in dubio pro reo*, al que se ha hecho referencia. Lo mismo que no puede servir para infringir el principio de proporcionalidad, tanto en la creación de las leyes, como en su aplicación y en la ejecución de las penas.

Motivaciones que llevan intrínsecas un importante sustrato de venganza no pueden justificar en ningún caso la infracción del referido principio de proporcionalidad ni justifican incumplir la finalidad de rehabilitación y reinserción que la Constitución atribuye a las penas. Todo ello sin olvidar a Beccaria que, hace ya tres siglos, afirmaba que la gravedad de las penas no sirve a la prevención. Estamos volviendo a la retribución, en aras a una teórica función de realización de la justicia, con una fundamentación ética, en la línea de Kant o jurídica, en la de Hegel. Se olvida que en un Estado social y democrático de Derecho al Derecho penal, como en reiteradas ocasiones a puesto de manifiesto MIR PUIG, se le atribuye una finalidad de prevención limitada y no una función de realización de la Justicia.

incompatible con el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) es la presunción adversa de que todo maltrato ocasional cometido por un varón contra su pareja o ex pareja sea siempre una manifestación de sexismo que deba poner en actuación la tutela penal reforzada del art. 153.1 CP. A mi juicio, esta presunción es incompatible con los principios del Derecho penal moderno, que ha desarrollado criterios de atribución de responsabilidad «concretos», por el hecho propio y no por hechos ajenos. Entiendo que el principio de culpabilidad resulta infringido cuando indiscriminadamente se aplica el referido art. 153.1 CP a acciones que tengan su origen en otras posibles causas y, lo que es más grave, sin que se exija la necesidad de probar que se ha actuado abusando de esa situación de dominación...».

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica* (trad. M. Atienza/I. Espejo), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1989.
- ATIENZA, *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
- ARROYO ZAPATERO, *Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal*, RDC 1983, pp. 23 ss.
- BACIGALUPO ZAPATER, *La garantía del principio de legalidad y la prohibición de analogía en el derecho penal*, ADH 2 1983, pp. 11 ss.;
- BALDÓ LAVILLA, “La construcción de la teoría del delito y el desarrollo continuador del Derecho”, en *Política criminal y nuevo derecho penal, Libro homenaje a Claus Roxin*, 1997, pp. 357 ss.
- BENLLOCH PETIT, “Prevarica el Juez que se aparta de la doctrina consolidada del Tribunal Supremo? Comentario crítico a la sentencia del Tribunal Supremo, del 11 de diciembre de 2001 (caso Santiago Raposo)”, ADPCP, 2005 (Dir. Hurtado Pozo), Perú-Friburgo 2006, pp. 211.
- CALVO GARCÍA (ED.), *Interpretación y argumentación jurídica*, Universidad de Zaragoza 1995; A. VAN CLEAVE, “State constitutional interpretation and Methodology”, *New Mexico Law Review* 28, 1998, pp. 199 ss.
- CORCOY BIDASOLO, “Restricciones jurisprudenciales al derecho de defensa: legítima defensa y principio de legalidad”, ADPCP 1991, pp. 903 ss.
- CORCOY BIDASOLO, “Delitos laborales. Ámbito y eficacia de la protección penal de los derechos y seguridad de los trabajadores”, en *Derecho Penal Económico* (Dir. Conde-Pumpido Tourón), CDJ 2003- tomo 2, pp. 87 ss.
- CORCOY BIDASOLO, “La distinción entre causalidad e imputación objetiva y su repercusión en el proceso –presunción de inocencia e *in dubio pro reo*–”, en *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Don José Cerezo Mir*, Ed. Tecnos, Madrid 2002, pp. 593 ss.
- CORCOY BIDASOLO, “Delitos contra la salud de los consumidores”, en *Derecho penal económico* (Dir. Gimeno Jubero), CDJ nº 72, 2006, pp. 215 ss.; CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, 2ª ed., Ed. B de F., Buenos Aires–Montevideo, 2005.
- DONINI, “Principio constitucionales y sistema penal”. Modelo y programa, *Revista General de Derecho penal*, nº 13, 2010.
- DWORKIN, *A Matter of Principle*, Ed. Harvard University Press, 1985.
- GARCÍA AMADO, “Razón práctica y teoría de la legislación”, *Derechos y libertades*, nº 5, julio-diciembre 2000, pp. 299 ss.; EL MISMO, *Ensayos de filosofía jurídica*, Ed. Temis, Bogotá 2003; GRAJALES/NEGRI, *Sobre la argumentación jurídica y sus teorías* (Prólogo de Manuel Atienza), Ed. Marcial Pons, 2018.

- HART, *The Concept of Law*, 2ª ed., Ed. Clarendon Press, Londres 1998.
- HERNÁNDEZ MARÍN, *Interpretación, subsunción y aplicación del Derecho*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1999.
- HRUSCHKA, “Sobre la difícil prueba del dolo”, en *Imputación y Derecho Penal. Estudios sobre la Teoría de la Imputación* (trad. Sánchez Ostiz), Ed. Thomson Aranzadi, 2005.
- HURTADO POZO (DIR.), “Interpretación y aplicación del Art. 400 CP del Perú: Delito llamado de tráfico de influencias”, *Anuario Derecho Penal 2005*, Universidad Católica de Perú/Universidad de Friburgo, pp. 269 ss.
- IGARTUA SALAVARRÍA, *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995; EL MISMO, *El caso Marey. Presunción de inocencia y votos particulares*, Ed. Trotta, Madrid, 1999.
- ITURRALDE SESMA, *Aplicación del Derecho y justificación de la decisión judicial*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- KELMAN, “Interpretative Construction in the Substantive Criminal Law”, *Stanford Law Review* 1981, pp. 591 ss.
- LARENZ, Karl, *Metodología de la ciencia del Derecho* (trad. M. Rodríguez Molinero de la 4ª ed. Alemana), Ed. Ariel, Barcelona, 1994.
- LIFANTE VIDAL, *La interpretación jurídica en la teoría del Derecho contemporánea*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999.
- LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho Penal. Parte General I*, Madrid 1996.
- MAPELLI ZAFARENA, *Principios fundamentales del sistema penitenciario español*, 1983.
- MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, 2ª ed. 1982.
- MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal*, 1976, 2ª ed., Ed. B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2002.
- MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 10ª ed., Ed. Reppertor, Barcelona 2015.
- NIEVA FENOLL/VIVES REGO/CORCOY BIDASOLO, “Eficacia y admisibilidad de la prueba pericial en el enjuiciamiento de los delitos contra el medio ambiente”, *La Ley*, 2006 Tomo 4, pp. 1631 ss.
- SÁNCHEZ MÁLAGA CARRILLO, *Concepto y delimitación del dolo. Teoría de las condiciones para el conocimiento*, Ed. B de F, 2018.
- PÉREZ DE GREGORIO, “Los delitos contra el medio ambiente”, *La Ley*, 1996 Tomo 1, pp. 1790 ss.
- RODRÍGUEZ, CÉSAR, *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin. Estudio preliminar*, Siglo del Hombre Ed. Universidad de los Andes, 1997.
- RUSSELL, “Vagueness”, en *The collected Papers of Bertrand Russell*, Ed. Eames, vol. 9, Londres 1983 (reimpresión de 1923), pp. 170 ss.
- VERCHER NOGUERA, “El delito ecológico: aplicación y problemas prácticos”, *La Ley*, 1989-tomo 4, pp. 966 ss.
- ZAGREBELSKY, *El Derecho dúctil: Ley, Derechos, Justicia*, Ed. Trotta 1997.

SU OBRA

Libros

- Prácticas de Teoría del Delito. Derecho Penal. Parte General. Silva Sánchez/Corcoy Bidasolo. Ed. PPU Barcelona 1985. 2a ed. corregida y aumentada. Ed. Bosch. Barcelona 1988.
- Prácticas de Derecho Penal. Parte Especial. Silva Sánchez/Corcoy Bidasolo/Joshi Jubert/Barldó Lavilla Ed. Bosch. Barcelona 1988.
- El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado. Ed. PPU. Barcelona 1989.
- Casos Prácticos de Derecho Penal. (Parte General). Silva Sánchez/Corcoy Bidasolo Ed. Ezcurra. Madrid 1991. Reimpresión 1992
- Comentarios a la jurisprudencia del Tribunal Supremo. José Ma Bosch Editor. Barcelona 1992. (siete autores). 338 páginas ISBN 84-7698-209-7. D.L. Z-1709-92
- Sistema de casos prácticos de Derecho Penal. Parte General -con soluciones-. Silva Sánchez/Corcoy Bidasolo Ed. Bosch, Barcelona 1993.
- Casos de la jurisprudencia penal con comentarios doctrinales. Parte General. Adaptado al CP 1995. J.M. Bosch Editores. Barcelona 1996. ISBN: 84-7698-398-0
- Casos de la jurisprudencia penal con comentarios doctrinales. Parte General. 2a ed. J.M. Bosch Editores. Barcelona 1997.
- Sistema de Casos Prácticos de Derecho penal. Parte Especial. 678 páginas. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 1999.
- Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales. Nuevas formas de delincuencia y reinterpretación de tipos penales clásicos. 375 páginas. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 1999. ISBN: 84-8002-976-5. D.L. V-4401 -1999
- Problemas criminológicos en las sociedades complejas. (Coords. M. Corcoy Bidasolo/C. Ruidiaz García.) 240 páginas (7 autores). Ed. Universidad Pública de Navarra, Pamplona 2000. ISBN: 84-95075-32-6. D.L. NA 785-2000
- Derecho penal de empresa. (Dir. M. Corcoy Bidasolo). 649 páginas. Ed. Universidad Pública de Navarra, Pamplona 2002 ISBN: 84-95.75-92 X. D.L. NA-1.610-2002
- Manual Práctico de Derecho Penal. Parte Especial. Tomo I. (Dir. M. Corcoy Bidasolo). Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 2002. 853 páginas (6 autores) ISBN: 84-8442-678-5. D.L. V- 3598-2002

- Manual Práctico de Derecho Penal. Parte Especial. Derecho Penal de Empresa. Tomo II. (Dir. M. Corcoy Bidasolo). Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 2002. 451 páginas (6 autores) ISBN: 84-8442-679-3. D.L. V- 3597-2002
- La política criminal en Europa. (Dir. Mir Puig/ Corcoy Bidasolo; Coord. Gómez Martín). Ed. Atelier. Barcelona 2004. ISBN: 84-95458-95-0. D.L. B- 4.361-2004
- Manual Práctico de Derecho Penal. Parte Especial. (Dir. M. Corcoy Bidasolo). 2a ed. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 2004. 1231 páginas + CD. (6 autores) ISBN: 84-8456-170-8. D.L. V- 4280 -2004
- Delito imprudente. Criterios de imputación del resultado. 623 pág. Ed. B de F Julio Faira. Buenos Aires-Montevideo. 2005. ISBN: 9974-578-51-S
- Nuevas tendencias en Política Criminal. Una auditoría al Código Penal español de 1995 (Dir. Mir Puig/ Corcoy Bidasolo; Coord. Gómez Martín) (11 autores) 403 pág. Ed. B de F. Buenos Aires-Montevideo. 2006. Ed. Reus S.A. ISBN: 9974-578-61-2 (en América) ISBN: 84-290-1433-0 (en España)
- Política criminal y reforma penal. (Dir. Mir Puig/Corcoy Bidasolo; Coord. Gómez Martín). 589 pág. Ed. EDISOFER. Madrid. Euro Editores. Buenos Aires-B de F Montevideo. 2007. ISBN: 978-84-9626-143-3 (España) ISBN: 978-99744-578-91-3 (Uruguay) DL: GR 1.141/2007
- XV Congreso Mundial de la Sociedad Internacional de Criminología (Dir. Giménez Salinas/Corcoy Bidasolo). pág. 1-755 Ed. Thomson-Aranzadi. Cizur Menor. 2008. DL: NA 2498/2008 AÑO 2009
- Protección penal de los derechos de los trabajadores. Seguridad en el trabajo, tráfico ilegal de personas e inmigración clandestina (Mir Puig/Corcoy Bidasolo, Dirs./ Hortal Ibarra Coord.), septiembre 2009. Ed. B de F, Buenos Aires ISBN 978884-96261-75-4
- Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010 (Dir. Corcoy Bidasolo/Mir Puig), 2011, pp. 1-1261. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia ISBN 978-84-9985-072-6 DL: BI-143-2011 Artículos 1 a 12, Mir Puig/Corcoy Bidasolo
- Derecho Penal. Parte Especial. Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados (Corcoy Bidasolo, Dir.). Tomo I. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2011 ISBN 978-84-9004-346-2 DL: V-3065-2011
- Protección penal de la libertad de expresión e información. Una interpretación constitucional (Mir Puig/Corcoy Bidasolo, Dirs.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2012 ISBN 978-84-9004-450-6 DL: V-364-2012
- Garantías constitucionales y Derecho penal europeo (Mir Puig/Corcoy Bidasolo, Dirs./Gómez Martín Coord.), Ed. Marcial Pons, Madrid 2012 ISBN: 978-84-9768-079-0 DL: M-34.031-2012

- Constitución y sistema penal (Mir Puig/Corcoy Bidasolo, Dirs./Hortal Ibarra Coord.), Ed. Marcial Pons, Madrid 2012 ISBN: 978-84-15664130 DL: M-40.000-2012
- Comentarios al Código Penal. Reforma LO 1/2015 y 2/2015 (Dir. Corcoy Bidasolo/Mir Puig), 2015, pp. 1-1875 2a ed. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 2015
- Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados. T. I (Dir. M. Corcoy Bidasolo). Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 2015
- Manual de Derecho Penal Económico y de Empresa. Parte general y parte especial. Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados. T. 2 (Dir. M. Corcoy Bidasolo/Víctor Gómez Martín). Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 2016. 666 páginas + CD. (14 autores)
- Fraude a consumidores de Derecho penal. Fundamentos y talleres de leading cases (Mirentxu Corcoy/Víctor Gómez, Dirs./Vicente Valiente, Coord.), Ed. B de F, 2017
- “Secreto de empresa”, Diccionario de Derecho Penal Económico, 2a ed., Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 2017
- Estudios de Derecho penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig (Coord. Silva Sánchez/Queralt Jiménez/Corcoy Bidasolo/Castiñeira Palou), Ed. B de F, Buenos Aires, 2017

Artículos.

- “Dolo eventual y culpa consciente”. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1985.
- “La Reforma del Art. 531 del Código Penal”. Revista española La Ley, 4 noviembre 1985.
- “Delitos contra el patrimonio cometidos por medios informáticos”. Revista Jurídica de Catalunya, nº 3, 1988.
- “Resultados de muerte y lesiones como consecuencia de un delito contra la salud pública”. pp. 331-360. Anuario de Derecho Penal y Ciencias penales. Fascículo I. Enero-Abril 1989.
- “El sabotaje informático”. En Congreso sobre Derecho Informático. Ed. Universidad de Zaragoza, 1989.
- “Protección penal del sabotaje informático. Especial consideración de los delitos de daños”. Revista española La Ley, 12 enero 1990.
- “Restricciones jurisprudenciales al derecho de defensa: legítima defensa y principio de legalidad”. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales 1991

- “Algunas consideraciones sobre el Proyecto de Ley de Regulación del tratamiento automatizado de datos de carácter personal”. Revista Expansión Económica. Marzo 1992
- “Protección penal del sabotaje informático. Especial consideración de los delitos de daños.” pp. 145-182. En Delincuencia informática (Mir Puig Comp.). Ed. PPU. Barcelona 1992. 182 páginas. ISBN 84-7665-363-8. D.L. L-849-1992
- “El quebrantamiento de condena. Una propuesta legislativa: la frustración de la pena”. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales 1992.
- “Imputación objetiva en el delito imprudente”. En Causalidad e imputación objetiva (Dir. Díaz Valcarcel). Cuadernos de Derecho Judicial. CGPJ XXVI. Madrid Septiembre 1994. AÑOS 1995-2000
- “Protecció jurídica i l’anomenada criminalitat a Internet”. Forum de Ciència i Cultura. Fundació Caixa de Sabadell. Noviembre 1996
- “Responsabilidad penal derivada del producto. En particular regulación legal en el Código Penal español: delitos de peligro y delitos imprudentes”, pp. 247-261. En Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto (Coords. Mir Puig/Luzón Peña). J.M. Bosch Editores. Barcelona 1996. ISBN: 84-7698-403-0. D.L. B-34.386-1996
- “Computer Crime in the new Spanish Criminal Code”. Communications Law. Volume 2. Number 1. 1997
- “Relevancia del consentimiento, el conocimiento y la competencia para la imputación objetiva y subjetiva. (A propósito de la STS de 20 de febrero de 1993”. pp. 289-322. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Tomo XLIX. Fascículo I. Enero- Abril 1996 (publicado en 1998). Madrid ISSN 0210-3001. D.L. M-126-1958
- “Delitos contra la seguridad en el tráfico en el Código Penal de 1995”. Revista de Tribunales Superiores de Justicia y Audiencias Provinciales, n° 7 julio-1998. Pamplona, pp. 9-27. ISSN 1136-3967. D.L. NA 761-1996
- “Delincuencia imprudente y Código Penal de 1995”. Revista de Tribunales Superiores de Justicia y Audiencias Provinciales, n° 22, abril 1999. Pamplona, pp. 9-23. ISSN 1136-3967. D.L. NA 761-1996
- “Libertad de terapia versus consentimiento”. pp. 109-132. En Bioética, derecho y sociedad (coord. M. Casado González). Ed. Trotta. Madrid 1998. ISBN: 84-8164-249-5. D.L. VA - 562-98 ISBN: 84-8002-948- X. D.L. V- 3868 - 1999
- “El tratamiento del secreto y el derecho a la intimidad del menor. Eficacia del consentimiento”. pp. 293-325. En Protección de menores en el Código Penal. (Dir. José Luis Jori Tolosa) Cuadernos de Derecho Judicial. CGPJ XII. 1998 (publicado en noviembre de 1999). Madrid. ISSN 1134-9670. D.L. M 23.514 – 1999

- “Consentimiento y disponibilidad sobre bienes jurídicos personales. En particular: eficacia del consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico”. pp. 261-284. En *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos*, Libro Homenaje al Profesor Torío López. Ed. Comares, Granada 1999. ISBN: 81-8151-949-9. D.L. GR. 1.123-1999
- “Aspectos penales de la muerte asistida”. En *Derecho a morir dignamente. Asociación Derecho a morir dignamente*. Ajuntament de Barcelona, boletín nº 45. Febrero 2000.
- “Los delitos relativos a la ordenación del territorio y el medio ambiente: una perspectiva criminológica”. pp. 55-94. En *Problemas criminológicos en las sociedades complejas*. (Coord. Corcoy Bidasolo-Ruidiaz García). Ed. Universidad Pública de Navarra, Pamplona 2000. ISBN: 84-95075-32-6. D.L. NA 785-2000
- “Problemas jurídico-penales de la objeción de conciencia en el ámbito de las actividades sanitarias.” pp. 65-100. En *Estudios de Bioética y Derecho* (Comp. M. Casado Rodríguez). Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 2000. ISBN: 84-8442-035-3. D.L. V- 360 -2000
- “Infracción administrativa e infracción penal en el ámbito del delito medioambiental: ne bis in idem material y procesal (Comentario a la STC 177/1999, de 11 de octubre)”. pp. 159-178 (2 autores). *Actualidad Penal*, nº 8, 21-27 febrero del 2000. Madrid. ISSN 0213-6562. D.L. M 40.858-1986
- “La protección penal de los malos tratos familiares. Especial consideración de la medida de alejamiento”. pp. 21-28. *Revista Aequalitas*. Nº 5. Octubre. Zaragoza 2000. ISSN 1575 - 3379. D.L. Z- 1508-99 AÑOS 2001-2004
- “Límites y controles de la investigación genética. La protección penal de las manipulaciones genéticas”. pp. 1103-1124. En *El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Ed. Aranzadi. Pamplona 2001. ISBN 84-8410-608-X. D.L. NA 9-2001
- “Medicina predictiva y discriminación”. pp. 19-70. En *Medicina predictiva y discriminación* nº 4. Barcelona. Ed. Fundación Víctor Grifols i Lucas. 2001. D.L. GI - 904-1999
- “Delitos contra la integridad física y contra la libertad: lesiones, amenazas y coacciones.” pp. 151-200. En *La violencia en el ámbito familiar. Aspectos sociológicos y jurídicos*. Cuadernos de Derecho Judicial. (V) 2001. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. ISBN: 84-89230-52-8. D.L. M- 49.365 – 2001
- “Protección penal del medio ambiente: legitimidad y alcance. Competencia penal y administrativa en materia de medio ambiente”. pp. 613-649. En *Derecho penal de empresa* (Dir. Corcoy Bidasolo). Ed. Universidad Pública de Navarra, Pamplona 2002. ISBN: 84-95.75-92 X. D.L. NA- 1.610-2002
- “Protección penal del medio ambiente: legitimidad y alcance. Competencia penal y administrativa”. En *Estudios de Derecho penal Económico* (Coords.

S. Mir Puig/J.L. Modolell González/J.I. Gallego Soler/C.S. Bello Rengifo) pp. 599-648. Ed. LIVROSCA, Caracas (Venezuela) 2002. ISBN: 980-378-031 X. D.L. If4852002340519

- “La distinción entre causalidad e imputación objetiva y su repercusión en el proceso -presunción de inocencia e in dubio pro reo-”. pp. 593-616. En *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. “Libro Homenaje al Profesor Don José Cerezo Mir”*. Ed. TECNOS, Madrid 2002. ISBN: 84-309-3921-0. D.L. M 48.280-2002
- “Ética y prioridades en salud y servicios sanitarios”. pp. 599-626. En *Invertir para la salud prioridades en salud pública, Vol. II Informe SESPAS 2002*. (Editores Juan M. Cabasés-Joan R. Villalbí-Carlos Aibar). Escuela valenciana de estudios para la salud. ISBN: 84-482-3280-1 (Obra completa). ISBN: (Vol II) 84-482-3282-8. D.L. V- 4.042 -2002
- “Alzheimer y derechos de la persona”. pp. 65-82. En *El Alzheimer: problemas éticos y jurídicos* (compiladora M. Casado). Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2002. ISBN: 84-8442-514-2. D.L. V - 564 - 2002
- “Exigibilitat en l’àmbit del coneixement i control de riscos: teorització”. pp. 29-40. En *La idea del risc aplicada al sistema penal*. Revista Catalana de Seguretat Pública. nº 13. Mollet del Vallés (Barcelona) 2003. ISSN 1138 - 2465. D.L. B - 49.171-1997
- “Protección penal de los accidentes laborales. (A propósito de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 2a) 2 de septiembre de 2003)”. pp. 39-67 (tres autores). *Revista del Poder Judicial* nº 71, tercer trimestre de 2003. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. ISSN: 1139-2819. D.L. M- 12.338-1990
- “Delitos laborales. Ámbito y eficacia de la protección penal de los derechos y seguridad de los trabajadores”. pp. 87-127. En *Derecho Penal Económico* (Dir. Cándido Conde-Pumpido Tourón). Cuadernos de Derecho Judicial. 2003. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. ISBN: 1134-9670 (colección). ISBN: 84-96228-27-4 (este título). D.L. M- 52.196-2003
- “Aspectos jurídicos de la limitación del esfuerzo terapéutico”. pp. 141-154. En *Medicina Crítica Práctica. Decisiones terapéuticas al final de la vida* (Coord. Lluís Cabré Pericas). EDIKAMED. Barcelona 2003. ISBN: 84-7877-79-8 (colección). ISBN: 84-7877-344-4 (este título). D.L. B 23.455-2003
- “Les conductes il·lícites relatives a la genètica” pp. 127-156. En *Bioètica i Dret*. Generalitat de Catalunya. Centre d’Estudis Jurídics i Formació Especialitzada. Barcelona 2004. 338 pàgines. D.L. B. 35.753-2004
- “Límites objetivos y subjetivos a la intervención penal en el control de riesgos.” En *La política criminal en Europa* (Dir. Mir Puig/ Corcoy Bidasolo; Coord. Gómez Martín). Ed. Atelier. Barcelona 2004, pp. 25-40. ISBN: 84-95458-95-0. D.L. B-4.361-2004

- “Problemas jurídico-penales de la objeción de conciencia”, pp. 115-142. En Dogmática y ley penal Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo. Tomo I. Ed. Marcial Pons. Madrid 2004. ISBN: 84-9768-099-5 (obra completa). ISBN: 84-9768-100-2 (Tomo I). D.L. M- 13.267-2004
- “¿Qué aporta la LO 11/2003, en la incriminación de la llamada violencia doméstica?”. En Mujer y empleo. Una estrategia para la igualdad (Coords Martínez Gallego/Reguero Celada). Colección Trabajo y Seguridad Social (Dir. Montero Pérez) nº 18. pág. 175-193 Ed. Comares. Granada 2004. ISBN: 84-8444-873-8. DL. GR. 1.491/2004
- ¿«Cabe limitar la expansión del derecho penal pese a proteger nuevas modalidades delictivas?», p. 12-22 Justicia. Revista del Centro de Estudios Jurídicos de Honduras. Diciembre 2005.
- “Violencia en el ámbito familiar de los inmigrantes”. En Libro Homenaje al profesor Rodríguez Mourullo. pág. 1229-1246. Ed. Thomson-Civitas. Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2005. ISBN: 84-470-2338-9. DL: NA 1405/2005,
- “Los fines de las penas en el sistema de penas y medidas de la reforma penal de 2003”. pp. 229-251. En Estudios Penales en Homenaje al Profesor Cobo del Rosal. Ed DYKINSON, Madrid 2005. ISBN: 84-9772-777-D. DL: M. 43308-2005
- “Delitos contra la salud de los consumidores”. En Derecho penal económico (Dir. Gimeno Jubero). Estudios de Derecho Judicial nº 72. Consejo General del Poder Judicial, Madrid 2006 ISSN 1137-3520; ISBN 84-96518-36-1; DL. M 9.808-2006, pp. 229-251
- “Eficacia y admisibilidad de la prueba pericial en el enjuiciamiento de los delitos contra el medio ambiente”. Revista La Ley, nº 6551, lunes 18 de septiembre de 2006 (Nieva Fenoll/ Vives Rego/Corcoy Bidasolo)
- “La evaluación del riesgo y del impacto (o daño) en el delito ecológico: aspectos jurídicos y forenses” (Corcoy Bidasolo/Vives Rego). Revista Poder Judicial, nº 83 2006, p. 91-128, ISSN 1139-2819 AÑO 2007
- “Sistema de penas y líneas político-criminales de las últimas reformas del Código Penal ¿Tiende el Derecho Penal hacia un “Derecho Penal de dos velocidades”?”. En Derecho Penal del Enemigo (Cancio Meliá/ Gómez- Jara Díez, Coords.). Tomo 1, pp. 383-414. Ed. B de F. Montevideo-Buenos Aires-Montevideo 2006. ISBN 9974-578-67-1 (Uruguay) I.S.B.N. 84-96261-28-X (España)
- “Delitos contra las personas: violencia doméstica y de género”. En Nuevas tendencias en Política Criminal. Una auditoría al Código Penal español de 1995 (Dirs. Mir Puig/ Corcoy Bidasolo; Coord. Gómez Martín) p. 141-180. Ed. B de F. Buenos Aires-Montevideo. 2006. Ed. REUS S.A. 2006 ISBN: 9974-578-61-2 (en América) ISBN: 84-290-1433-0 (en España)

- “La llamada conducción “suicida” y la responsabilidad de la víctima a propósito de la STS de 17 de noviembre de 2005” En Revista La Ley nº 6692, 13 de abril 2007 (Corcoy Bidasolo/ Carpio Briz), p. 1-7
- “Acercamiento crítico al tratamiento de la contaminación acústica” Revista IURIS, mayo 2007, p. 34-41
- “Ley de eutanasia y/o suicidio asistido”, en Derecho a morir dignamente. Derechos emergentes y nuevos retos. Ajuntament de Barcelona. Regidoria de Dona i Drets Civils, Barcelona 2007, p. 35-41. DL. B. 54.150-2006
- “Delito medioambiental y delito contra la salud pública: problemas terminológicos jurídicos y científicos de la legislación actual y propuestas de lege ferenda” (Corcoy Bidasolo/Vives Rego/Nieva Fenoll). Revista Electrónica de Derecho Ambiental, nº 16 septiembre 2007
- “Homicidio y lesiones imprudentes cometidas con vehículos a motor o ciclomotor”. En Derecho Penal y Seguridad Vial (Dir. Rosario de Vicente Martínez). p. 77-118 Estudios de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial nº 114. ISSN 1137-3520; ISBN 978-84-96809-47-5. DL: M. 45.243-2007
- “Problemática de la persecución penal de los denominados delitos informáticos: particular referencia a la participación criminal y al ámbito espacio temporal de comisión de los hechos.” RevistaEguzkilore, nº 27, 2007, p. 7-33. ISSN 0210-9700. DL. S.S. 368/99
- “Repercusiones de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la doctrina penal”. En Jurisprudencia penal (2005-2007). Análisis crítico (Dir. Juan Saavedra Ruíz), pp. 155-197 Estudios de Derecho Judicial nº 120. ISSN 1137-3520. ISBN 978-84-96809-49-9 DL: M. 51.624 – 2007
- “Relación entre causalidad e imputación objetiva. Repercusiones procesales y materiales de la “sustitución” de la causalidad por la imputación objetiva”. En Libro Homenaje al profesor Raúl Peña Cabrera. Tomo I. p. 169-209 ARA Editores, Lima. Perú ISBN 9972-626-73-3. DL: 2006-0087 AÑO 2007
- “Límites objetivos y subjetivos a la intervención penal en el control de riesgos”. En Política criminal y reforma penal (Dirs. Mir Puig/Corcoy Bidasolo; Coord. Gómez Martín). 33-53 pág. Ed. EDISOFER. Madrid. Euro Editores. Buenos Aires-B de F Montevideo. 2007. ISBN: 978-84-9626-143-3 (España) ISBN: 978-99744-578-91-3 (Uruguay)
- “Tendencias de la política criminal en materia de violencia doméstica y de género”. En Política criminal y reforma penal (Dirs. Mir Puig/Corcoy Bidasolo; Coord. Gómez Martín). 273-313 pág. Ed. EDISOFER. Madrid. Euro Editores. Buenos Aires-B de F Montevideo. 2007. ISBN: 978-84-9626-143-3 (España) ISBN: 978-99744-578-91-3 (Uruguay)

- “Política criminal en el ámbito de la disponibilidad de la vida humana (eutanasia)”. Corcoy Bidasolo/Gallego Soler. En Política criminal y reforma penal (Dir. Mir Puig/Corcoy Bidasolo; Coord. Gómez Martín). 219-271 pág. Ed. EDISOFER. Madrid. Euro Editores. Buenos Aires-B de F Montevideo. 2007. ISBN: 978-84-9626-143-3 (España) ISBN: 978-99744-578-91-3 (Uruguay)
- “Responsabilidad penal de los menores. En particular, disfunciones en supuestos de participación delictiva conjuntamente con adultos”. En Derecho penal y psicología del menor (Sola Reche/Hernández Plasencia/Flores Mendoza/García Medina Eds.). pág. 263-284 Ed. Comares. Granada. 2007. ISBN: 978-84-9836-244-2
- “Contaminación acústica. ¿Delito de lesiones y/o coacciones o contra el medio ambiente? (A propósito de la STS 24 febrero 2003, ponente Granados Pérez)”. ADPCP 2006 (publicado 2008) pp. 399-423. ISSN 0210-2001. D.L. M-126/1958
- “Derecho penal mínimo y protección penal de bienes jurídicos colectivos”. En Derecho penal para el S. XXI (Dir. Mir Puig), pp. 363-400. Cuadernos de Derecho Judicial. Vol. VIII. 2007, Madrid ISSN 1134-9679 ISBN 978-84-96809-73-4. DL: M. 26.805-2008
- “Algunas cuestiones sobre el injusto típico en los “delitos de peligro””. En Delitos de peligro - I (Dir. Edgardo Alberto Donna). pág. 81-118 Ed. Rubinzal-Culzoni Editores. Buenos Aires. 2007. ISBN: 978-950-727-876-1 AÑO 2008
- “Homicidio y lesiones imprudentes”. En Seguridad vial y Derecho penal. Análisis de los LO 15/2007, que modifica el Código penal en materia de Seguridad Vial. (Mir Puig/Corcoy Bidasolo, Dirs./Cardenal Montraveta, Coord.). Ed. Tirant lo Blanch Valencia 2008 ISBN 978 84 9876 061 3 DL: V 753 2008
- “Apoderamiento y revelación de secretos de empresa”. Corcoy Bidasolo/ Gómez Martín. En Diccionario de Derecho Penal Económico (Dir. Boix Reig; Coord. Lloria García). pág. 88-91 Ed. IUSTEL. Madrid. 2008. ISBN: 978-84-96717-88-6. DL: M. 8.137-2008
- “Secreto de empresa”. Corcoy Bidasolo/Gómez Martín. En Diccionario de Derecho Penal Económico (Dir. Boix Reig; Coord. Lloria García). pág. 852-855 Ed. IUSTEL. Madrid. 2008 ISBN:978-84-96717-88-6 DL: M. 8.137-2008
- “Contaminación acústica. ¿Delito de lesiones o contra el medio ambiente”. En Estudios de Derecho Ambiental. Libro Homenaje al Profesor Josep Miquel Prats Canut (Coords. Quintero Olivares/Morales Prats) , pág. 861-880 Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2008 ISBN: 978-84-9876 - 137 - 5 DL: V 1856 2008
- “Bienes jurídicos colectivos y Derecho penal mínimo”. En Revista Jurídica del Perú n° 98, abril 2009, pp. 221-239. Lima, Perú ISSN 1812-9587
- “Siniestralidad laboral y responsabilidad penal”. En Protección penal de los derechos de los trabajadores. Seguridad en el trabajo, tráfico ilegal de personas e

- inmigración clandestina (Mir Puig/Corcoy Bidasolo Dirs./ Hortal Ibarra Coord.), septiembre 2009, p. 359-382. Ed. B de F, Buenos Aires ISBN 978884-96261-75-4
- “El delito ecológico. Delitos en materia de aguas”. En *El agua: estudios interdisciplinarios* (Coord. M. Jesús Montoro Chiner), septiembre 2009, p. 285-306. Ed. Atelier. Barcelona ISBN 978-84-96758-96-4 DL: Z-2960-2009
 - “No discriminación y no estigmatización”. En *Sobre la Dignidad y los Principios. Análisis de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO* (Coord. María Casado), octubre 2009, p. 289-310. Ed. Thomson Reuters. Cizur Menor. Navarra ISBN 978-84-470-3261-7 DL: NA 2217-2009 Año 2010
 - “Problemática jurídico-penal y político-criminal de la regulación de la violencia de género y doméstica”. En *Revista de Derecho. Universidad Pontificia de Valparaíso, XXXIV 2010 I Semestre*, pp. 305-347. Valparaíso. Chile ISSN Impreso 0716-1883 ISSN en línea 0718-6851
 - *Consentimiento por representación*. Ed. Fundació Víctor Grifols i Lucas. Barcelona 2010 ISBN 978-84-693-2429-5 DL: B-32.756-2010
 - “Delitos contra la salud de los consumidores y responsabilidad por el producto”. En *Cuestiones actuales de Derecho Penal Empresarial* (Dir. Serrano-Piedecabras, José Ramón/Demetrio Crespo, Eduardo), 2010, p. 177-220. Ed. COLEX. Madrid ISBN 978-84-8342-225-0 DL: M-844-2010
 - “La regulación penal de la eutanasia en el Código Penal español. Propuestas de reformas legislativas”. En *Autonomía personal y decisiones médicas. Cuestiones éticas y jurídicas* (Mendoza Buergo, Blanco Ed.), 2010, p. 299-322. Ed. Thomson Reuters. Navarra ISBN 978-84-470-3404-8 DL: NA 1735/2010
 - “La interpretación en Derecho penal. Favor libertatis versus Favor securitatis. In dubio pro reo versus In dubio contra reo”. En *Derecho penal en un Estado Social y Democrático de Derecho. LH al Profesor Santiago Mir Puig* (Luzón Peña, Diego, Dir.), 2010, p. 143-174. Ed. La Ley. Madrid ISBN Gráfico 978-848126724-2 ISBN Digital 978-848126725-9 DL: M 50.730-2010
 - “Principio de precaución y gestión del riesgo en el contexto de la nanotecnología”. En *Bioética y Nanotecnología* (Casado, María, Coord.), 2010, p. 127-148. Ed. Thomson Reuters. Navarra ISBN 978-84-170-3509-0 DL: NA 2564/2010 Año 2011
 - “Concepto dogmático y procesal de dolo. Ignorancia deliberada, confianza irracional y manifiesto desprecio”. En *Imprudencia Penal. Cuestiones Generales. Revista de Doctrina y Jurisprudencia Penal. Universidad de Los Andes, Año 2, n° 4*, Ed. AbeledoPerrot, Bogotá, Colombia, p. 3-30. ISSN Impreso 0718-0214
 - “Concepto dogmático y procesal de dolo. ¿Puede probarse la existencia de dolo en el tráfico viario”. En *Jurisprudencia de Casación Penal. n° 3*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, p. 173-254. ISBN 9789507414312

- “La legitimidad de la protección de bienes jurídicos supraindividuales”. En Revista CENIPEC. N° 030 Enero-Diciembre 2011, Ed. SABER-ULA, Universidad de Los Andes, Mérida Venezuela ISSN 0798-9202
- “Lex artis”. En Enciclopedia de Bioderecho y Bioética. Tomo II i-z (Romeo Casabona, Dir.) 2011, p. 1040-1046. Ed. Comares. Granada ISBN 978-84-9836-788-1 DL: GR 77/2011
- “Imputación subjetiva. Peculiaridades de la imprudencia en la delincuencia de empresa. Previsión expresa de la comisión imprudente. Responsabilidad subjetiva de la persona jurídica”. En Penal Económico y de la Empresa. Memento Práctico Francis Lefebvre (Ortiz de Urbina, Dir.) 2011, p. 74-87. Ed. Francis Lefebvre. Madrid ISBN 978-84-15056-43-0 DL: M-29131-2011
- “Delitos contra los derechos de los trabajadores. Homicidio y lesiones por imprudencia en el ámbito del trabajo”. En Penal Económico y de la Empresa. Memento Práctico Francis Lefebvre (Ortiz de Urbina, Dir.) 2011, p. 774-781. Ed. Francis Lefebvre. Madrid ISBN 978-84-15056-43-0 DL: M-29131-2011
- “Prólogo”. En Martín Besio, Los criterios legales y judiciales de determinación de la pena, 2011, p. 19-20. Ed. Tirant lo Blanch ISBN 978-84-9004-436-0 DL: V-3658-2011 Año 2012
- “La interpretación en derecho penal. Favor libertatis vs. Favor securitatis. In dubio pro reo vs. In dubio contra reo”. En Problemas actuales del Derecho Procesal Penal (Dir. Daniel Pastor/Coord. Nicolás Guzmán), Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires. 2012
- “Principio de precaución y gestión del riesgo en el contexto de la nanotecnología”. Bioética y Derecho. Fundamentos y problemas actuales (Rodolfo Vázquez Coord.), Ed. Fontamara, México D.F. 2012 ISBN 978-607-7971-82-5
- “Problemática bioética y político criminal de la regulación de la violencia de género y doméstica”. Sobre Bioética y género (María Casado/Albert Royes Coords.), Ed. Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor 2012 ISBN 978-84-470-4055-1 DL: NA-1713-2012
- “Garantías constitucionales y Derecho penal europeo”. En Garantías constitucionales y Derecho penal europeo (Mir Puig/Corcoy Bidasolo, Dirs/Gómez Martín Coord.), Ed. Marcial Pons, Madrid 2012, pp.17-28 ISBN: 978-84-9768-079-0 DL: M-34.031-2012
- “Crisis de las garantías constitucionales a partir de las reformas penales y su interpretación por los tribunales”. En Constitución y sistema penal (Mir Puig/Corcoy Bidasolo, Dirs/Hortal Ibarra Coord.), pp. 153-173. Ed. Marcial Pons, Madrid 2012 ISBN: 978-84-1566-413-0 DL: M-40.000-2012
- “Peligrosidad criminal y perfiles de ADN” (coautores Víctor Gómez Martín y Fernando Rodríguez Olmos), en: Neurociencias y Derecho penal. Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad (Eduardo Demetrio Dir./Manuel Maroto (Coord.), B de F, Buenos Aires, 2013

- “Protección penal de los derechos de los trabajadores”, en: Derecho penal económico y de la empresa (Francisco R. Heydegger & Atahumán P. Jhuliana [Coord.]), Ed. Idemsa & Centro de Estudios Penales, Lima, 2013
- “Algunas cuestiones político-criminales sobre la corrupción privada. Límites y eficacia de los Compliance”, en Responsabilidad de la Empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal (Mir Puig/Corcoy Bidasolo/Gómez Martín, Dirs; Hortal Ibarra/Valiente Ivañez, Coords.), Ed- B de F, Buenos Aires-Montevideo, pp. 161-194, 2014
- Codelincuencia y autoría y participación en el delito imprudente”, en Dogmática del Derecho penal material, procesal y política criminal contemporáneas, Tomo I, Homenaje a Bernd Schünemann por su 70a aniversario (Gimbernat Ordeig/Gracia Martín/Peñaranda Ramos/Rueda Martín/ Suárez González/Urquiza Olaechea, Coords.) Editorial Gaceta Jurídica S.A., Lima, 2014
- Protección penal de la intimidad genética”. En ADN forense: problemas éticos y jurídicos, (Casado, M./Guillén, M Coords.), Ediciones de la Universitat de Barcelona, 2014
- “La lección de la experiencia española en materia de responsabilidad por el producto: del caso de la colza a nuestros días”. En La Sicurezza Agroalimentarie nella prospettiva europea. Precauzioni, Prevenzione, Repressione, (a cura di Foffani, Doval, Castronuovo), Giuffrè Editore, Milano, 2014
- “Problemas político-criminales y procesales en la persecución de los delitos de corrupción”, en: Delitos contra la Administración Pública (Francisco R. Heydegger & Atahumán P. Jhuliana [Coord.]), Ed. Idemsa & Centro de Estudios Penales, Lima, 2014
- “Algunas cuestiones político-criminales sobre la corrupción privada. Límites y eficacia de los Compliance”, en Responsabilidad de la Empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal (Mir Puig/Corcoy Bidasolo/Gómez Martín, Dirs; Hortal Ibarra/Valiente Ivañez, Coords.), Ed- B de F, Buenos Aires-Montevideo, 2014
- “Codelincuencia y autoría y participación en el delito imprudente”, en Dogmática del Derecho penal material, procesal y política criminal contemporáneas, Tomo I, Homenaje a Bernd Schünemann por su 70a aniversario (Gimbernat Ordeig/Gracia Martín/Peñaranda Ramos/Rueda Martín/Suárez González/Urquiza Olaechea, Coords.) Ed. Gaceta Jurídica S.A., Lima, 2015
- “Protección penal de la intimidad genética”. En ADN forense: problemas éticos y jurídicos, (Casado, M./Guillén, M Coords.), Ediciones de la Universitat de Barcelona, Barcelona, 2015
- “La lección de la experiencia española en materia de responsabilidad por el producto: del caso de la colza a nuestros días”. En La Sicurezza Agroalimentarie nella prospettiva europea. Precauzioni, Prevenzione, Repressione, (a cura di Foffani, Doval, Castronuovo), Giuffrè Editore, Milano, 2015

- “Seguridad en el consumo. Legitimidad y límites de la intervención penal “. En Derecho Penal con Motivo del Bicentenario, (Coord. Carlos A. Mahiques), Ed. El Derecho, Buenos Aires, 2015
- “Participación y autoría accesoria. Dolo de participar como criterio diferenciador”, en Estudios de Derecho Penal. Libro homenaje al profesor Miguel Bajo (Coords. Bacigalupo Sagesse/Bernardo Feijoo Sánchez/Juan Ignacio Echano Basaldua), Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 2016. 666 páginas + CD. (14 autores)
- “Eficacia de la imputación “objetiva”. Su aplicación a la solución de casos tradicionales y actuales”, Revista de Derecho THEMIS, n° 68, 2016
- “Principio y fin de la vida”. Derecho penal para un estado social y democrático de derecho. Estudios penales en Homenaje al profesor Emilio Octavio de Toledo y Ubieto (Maqueda Abreu/Martín Lorenzo/Ventura Püschel, Coords.), Ed. Universidad Complutense de Madrid, 2017
- “Protección penal de la salud de los consumidores e imputación de homicidios y lesiones: el caso de la colza”. En Fraude a consumidores de Derecho penal. Fundamentos y talleres de leading cases (Mirentxu Corcoy/Víctor Gómez, Dirs./Vicente Valiente, Coord.), Ed. B de F, 2017
- “Fin de la vida. Regulación de la eutanasia y muerte digna”. En Morir en libertad (Albert Royes Coord.), Ed. Universitat de Barcelona, 2017
- “Prevención limitada vs. neo-retribucionismo”, Estudios de Derecho penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig (Coord. Silva Sánchez/Queralt Jiménez/Corcoy Bidasolo/Castiñeira Palou), Ed. B de F, Buenos Aires, 2017, pp. 285-297
- “Delitos alimentarios y protección penal de la salud pública”, Revista de Derecho y Genoma Humano, Genética, Biotecnología y Medicina Avanzada/Law and the Human Genome Review. Genetics, Biotechnology and Advanced Medicine, n° 46, Ed. Dykinson, enero-junio 2017
- “Apoderamiento y revelación de secretos de empresa”, Diccionario de Derecho Penal Económico, 2a ed., Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 2017
- “Kriminalpolitische Probleme der Wirtschaftskorruption und Compliance”, en Korruption und Strafrecht (Lothar Kuhlen, Coord.), Schriften zur Wirtschaftsstrafrecht, Müller GmbH, Heidelberg, 2018
- Concepto dogmático y procesal de dolo. Especial referencia al dolo en la delincuencia socioeconómica”, en *Estudios Jurídico penales y Criminológicos. LH Morillas Cueva* (Suárez López/Barquín Sanz/Benítez Ortuzar/Jiménez Díaz/Sáinz-Cantero Caparrós, Dirs.), Vol I, Ed Dykinson, Madrid, 2018
- “Problemas político criminales de la corrupción en los negocios y *compliance*”, en *Estrategias penales y procesales de lucha contra la corrupción* (Gómez Martín/Montiel/Satzger, eds.), Ed Marcial Pons, Madrid, 2018
- “Problemas político-criminales de la corrupción en los negocios y *compliance*”, *Revista Libertas*, n° 7 (agosto), FICP



Prof. Dr. José Urquiza Olaechea y la Prof. Dra. Mirentxu Corcoy Bidasolo junto a los alumnos de la cátedra de Derecho Penal - Parte General

Este libro se terminó de imprimir
en Agosto del 2019

