

SOBRE NATIONALES STRAFRECHT IN RECHTSVERGLEICHENDER DARSTELLUNG

Jacobo López Barja de Quiroga

Magistrado Jefe del Gabinete del Tribunal Supremo

Sumario: 1. Introducción. 2. Primer volumen. 3. El segundo volumen. 4. El tercer volumen. 5. El cuarto volumen. 6. Quinto volumen. 7. Conclusión

1. INTRODUCCIÓN

Los libros que a continuación comentamos constituyen una colección compuesta por cinco volúmenes (al menos por ahora, pues está anunciada una segunda fase ampliatoria) que forman parte del Proyecto piloto emprendido por el Instituto Max Planck para el estudio comparado de Derecho Penal a nivel internacional, que se desarrolló en un grupo de trabajo bajo la dirección de Ulrich Sieber y Karin Cornils entre 2004 y 2008, pero que continúa ahora en la dirección que más adelante comentaremos. Nos referimos a *Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung.- Allgemeiner Teil*. (Dirección: Sieber/Cornils) (5 volúmenes: 1º, 790 pp. 2º y 3º, 960 pp. 4º, 527 pp. 5º, 718 pp.), Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht. Freiburg, 2008/2009/2010.

El Proyecto aborda un ambicioso objetivo, en concreto, el de intentar sentar las bases para analizar los modelos de solución que a la problemática que causa el derecho penal, —como respuesta al fenómeno común y objetivo del delito— dan las diferentes legislaciones y fijar pautas para el desarrollo de modelos legislativos apropiados a nivel internacional, partiendo de la realidad tangible e innegable de que,

al menos, una parte de los delitos actuales más importantes desborda los límites de las fronteras nacionales y que las respuestas aisladas de los Estados resultan obviamente insuficientes.

El Proyecto está manifiestamente vinculado al imparable proceso de globalización y de generalización de las comunicaciones que caracteriza y que caracterizará los años venideros. Los autores reflejan la preocupación que nace de la globalización y que en aras a una evidente necesidad de perseguir la criminalidad transnacional y la exigencia de una protección adecuada de los derechos humanos («mediante el derecho penal y frente al derecho penal», como sugestivamente afirman los autores) llevan a otorgar al derecho comparado una importancia preeminente. Es una realidad palpable que la globalización, sobre todo el desmoronamiento absoluto de fronteras en la comunicación, está incidiendo en una forma especialmente sensible en prácticamente todas las esferas de la vida y, desde luego, en el delito, como fenómeno jurídico y sociológico, al que, obviamente, el Derecho Penal no puede permanecer ni ajeno ni indiferente. Ahora, el delito trasciende fronteras y la sociedad se internacionaliza. Un delito en el extranjero y las respuestas subsiguientes del Estado, en sus diferentes modalidades, pueden conseguir eco

en el público de la otra punta del globo. Ahora es una información en tiempo real. Metafóricamente se podría decir que la información va más rápida que el propio hecho. Antes, la información podía deformarse por su escasez y lentitud. Hoy se puede deformar por su dimensiones colosales y sus medios universales. En este marco, el derecho comparado no sólo es una herramienta útil para el jurista, sino absolutamente necesaria, relegando aquel carácter anecdótico con el que en España se le caracterizaba antiguamente.

En este orden de cosas, el Proyecto pretende, en primer lugar, hacer acopio de un conjunto de informes territoriales que den una visión de conjunto de los diferentes puntos esenciales que más adelante se detallarán, para luego darles un tratamiento en busca de la definición de una megaestructura de Derecho Penal, como base fundamental para el desarrollo de una disciplina comparada auténtica y, lo que, desde luego, es mucho más complejo: elaborar una dogmática penal universal. Esta elaboración de megaestructuras forma parte del segundo escalón del Proyecto, que, en consecuencia, no se limita a la recogida de material, y a su simple exposición con carácter ilustrativo, sino que pretende someterlo a un tratamiento científico adecuado. Esto se traduce, en definitiva, en primer lugar, en proceder a su análisis y, en segundo lugar, a su sistematización. Este objetivo forzó al grupo de trabajo a tener que contestar a la pregunta primordial de si los diferentes sistemas penales mundiales permiten establecer una estructura conjunta de derecho penal que pueda llevar a una comparación de derecho penal funcional y sistemático.

La parte referida a España está realizada por Teresa Manso Porto, doctora en derecho por la Universidad de Bonn, antigua colaboradora de la Universidad de Friburgo y en la actualidad involucrada casi de pleno en el Instituto Max Planck, que consigue refundir acertadamente en manera condensada las principales líneas de la sistemática penal española. La autora cuenta a su favor con una extensa formación en instituciones universitarias y académicas europeas, fundamentalmente, primero en Ma-

drid, y después en Alemania, sin descuidar su labor docente. Teresa Manso ha trabajado durante un trimestre en la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona como profesora visitante y ha colaborado con otros centros universitarios como Málaga y La Coruña, así como docente en línea en la UOC (Universidad Abierta de Catalunya). Pero, fundamentalmente, su labor, en la actualidad, viene constituida por su participación en el Instituto Max Planck, como referente para España, particularmente; en relación con el proyecto que constituyen estos libros, se ocupa de la coordinación de las actualizaciones y las traducciones al inglés. Su experiencia la sitúa en una posición privilegiada para desempeñar una función que exige que no se pierda nada de lo esencial y, al tiempo, llegue al lector extranjero y no habituado con las categorías y el lenguaje jurídico continental.

Una de las especialidades de la colección es que se adelanta la publicación de los volúmenes II y III —esto es, la parte general— a la del volumen I. Esta originalidad asistemática responde a la intención de abrir a la discusión y al estudio lo que constituye el núcleo principal de la cuestión, que es, evidentemente, la referente a la parte central de la teoría del delito.

La colección exige la comprensión del lector, que debe tener siempre en mente que la colección trata en cinco volúmenes lo que cada Estado precisaría para su parte general. La concisión es forzosa. Las ediciones subsiguientes, que serán sólo en lengua inglesa (los cinco volúmenes actuales lo son únicamente en lengua alemana), intentarán abordar bloques de temas en formatos menores por grupos pequeños de países de manera que se garantice la actualidad de lo que se publica y no haya que esperar siempre a todos. La meta auténtica del Proyecto es la elaboración de una base de datos de libre acceso que se renovará periódicamente.

2. PRIMER VOLUMEN

El primer tomo de esta colección aborda los principios fundamentales del derecho pe-

nal, los principios que inspiran como almacén ideológico la potestad represiva del Estado. Como nota original y plausible del estudio, se ha de destacar su proyección a Estados de todos los continentes y de ámbito cultural muy distinto, porque es propósito de la obra superar los límites de la sistemática corriente nacional. Este es, evidentemente, el reto más complejo al que se ha de enfrentar un autor cuando se pretende hacer un estudio de derecho comparado que intente abarcar países y Estados que no pertenecen a la cultura jurídica propia. La traslación de instituciones conduce muchas veces a callejones sin salida o a comparaciones aproximadas con sacrificio del matiz. Por otro lado, las especialidades nacionales resultan chocantes e, incluso, en algún caso, abiertamente contrarias al «sentido común» jurídico del lector.

Este primer problema obligó al grupo de trabajo a intentar encontrar una base de actuación que comprendiese todas las diferentes reglas, teorías y soluciones adoptadas por los diferentes ordenamientos jurídicos comprendidos; y, en ese plano, en vez de seguir la diferenciación del derecho alemán —común, por lo demás, al español— de distinguir entre tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, se prefirió tomar en consideración la distinción entre perspectivas y aspectos objetivos y subjetivos del delito como «común denominador» de los ordenamientos jurídicos considerados.

Para la elaboración del trabajo, se procedió, en primer término, a proyectar el trabajo fuera del ámbito exclusivo occidental. Así, en primer lugar, el trabajo cuenta con un país tradicionalmente obviado en los estudios de derecho internacional: en concreto, China. Hoy en día, es imposible dejar de lado al gigante asiático, al perfilarse en un futuro no muy lejano como gran potencia mundial. Esta realidad hace que la inclusión de Estados como China resulte particularmente interesante no solo por su tamaño colosal y su entrada arrolladora en la discusión mundial, sino, sobre todo, porque frente a la dicotomía usual de países de tradición o influencia continental (derecho europeo con influencias comunes del Derecho

romano y, posteriormente, francesa y alemana en cuanto a su dogmática) y países de tradición anglosajona (que incluyen no solamente, evidentemente los Estados Unidos, Gran Bretaña y Australia, sino también los países surgidos del proceso de descolonización en África y Asia), China ofrece las peculiaridades de una cultura propia (con su reflejo interno en Derecho Penal) no sometida a colonialismo y con evolución propia. Las influencias han mermaado en menor medida la originalidad china que en otras culturas y, además, no nos estamos refiriendo a un país de reciente definición, nacido al calor de los deseos y caprichos de las potencias coloniales, con nulo pasado como Estado y con nulo desarrollo de sus propias instituciones, incluidas las penales. China es un país milenario en todo su conjunto, terriblemente moderno, y terriblemente antiguo, formalmente comunista y al tiempo dirigido sin freno a un capitalismo voraz.

También, no es menos cierto que un análisis total de las legislaciones a nivel universal es tarea imposible y que ello exige una adecuada selección. No obstante, hubiese sido de desear que el estudio hubiese comprendido también otras culturas, particularmente aquellas que más dificultosas resultan para la elaboración de esa megaestructura que se pretende. Particularmente, algún país islámico o de fuerte enraizamiento de la tradición musulmana que son los que, hoy por hoy, parecen más en conflicto con los principios que inspiran, al menos, el mundo occidental y que pudiesen llevar, precisamente, a la conclusión de que esa megaestructura no puede, hoy por hoy, llegar a todos los Estados del mundo o, por el contrario, desarbolase el prejuicio de su imposibilidad. No debe obviarse que, en muchos casos, los mayores conflictos no se derivan de los principios de derecho penal existentes sino de una corrupción en su aplicación.

Asimismo, es inevitable y sorprendente que el estudio haya obviado el derecho alemán. Fundamentalmente, por la posición preeminente que la dogmática alemana tiene en el derecho continental europeo y por la posición no menos preeminente que Alemania está co-

brando a nivel europeo. Alemania es, en la actualidad, el motor y el corazón de Europa. Evidentemente, se echa en falta el estudio del otro gigante mundial, los Estados Unidos de Norteamérica, lo cual al menos a nivel federal hubiera sido fácilmente asequible; y, desde luego, muy interesante. Sin embargo, esta deficiencia va a ser corregida en la siguiente edición de otros dos libros —en inglés, en este caso— correspondientes a los Libros II y III, en los que se incluyen otros doce Estados, entre los que se encuentran Estados Unidos, Japón, Grecia, India y Australia.

El trabajo presente abarca, en total, diecisiete países, de los que tres no pertenecen a la esfera europea, en concreto, China, Costa de Marfil y Corea. De los restantes, reviste una particular importancia el caso de Turquía. Con sus significativas proporciones humanas y territoriales, con pretensiones de integración en la Unión Europea y miembro actual del Consejo de Europa, Turquía es, internacionalmente, llave de otro mundo y Estado de raíces mixtas, donde se mezclan las características de un Estado moderno y de un Estado de mayoría musulmana. Se da, además, la circunstancia de que en una eventual incorporación de Turquía a la Unión Europea, sería el único Estado mayoritariamente musulmán en un posible futuro contexto europeo, lo que parece preocupar hondamente a algunos. Esto le convierte en un caso particularmente interesante. Los restantes Estados son Inglaterra y Gales, Francia, Italia, Austria, Polonia, Escocia, España y Suecia. Prácticamente el Reino Unido —con sus peculiares características, a veces, de difícil comprensión para el jurista continental— queda prácticamente integrado en su totalidad en el estudio.

Los autores explican, de cualquier modo, las razones para esta selección. Se busca, evidentemente, recoger un muestreo de las diferentes legislaciones a nivel mundial, que permita extraer ciertas conclusiones válidas. Un trabajo que abarcara la totalidad sería ultraenciclopédico y entrañaría un esfuerzo de colosos. Por ello, optaron por elegir China y Corea como representantes del mundo asiático, del que se caracterizaba, el primero, por una influencia

socialista y el segundo, paradójicamente, por la recepción del derecho penal alemán. Costa de Marfil representaba a aquellos países que habían recibido su legado penal de las metrópolis que les habían colonizado hasta mediados del siglo XX y que habían recibido un derecho (en general, toda una formación) ajeno a su propia tradición. Inglaterra y Gales y Escocia representaban a la familia de la *Common Law*; España, Italia y Francia constituían el círculo de países influidos por el derecho romano; Austria pertenecía al ámbito de influencia del derecho alemán y Turquía presentaba características propias, al haber abordado recientemente una reforma en materia penal disruptiva con sus conceptos previos. Como nota curiosa, ocho de los 12 ordenamientos jurídicos estudiados habían sido elaborados por ponentes que procedían de esos territorios.

En su sistemática, el primer volumen abarca los siguientes puntos de estudio, siempre dentro de los principios fundamentales de la parte general del Derecho penal. En primer lugar, el marco de presupuestos nacionales, que, como es lógico, determina normalmente el tipo y orientación del Derecho Penal nacional (es ingenuo pretender que la respuesta penal se desliga de la sociedad que lo elabora) y que acoge ámbitos como la geografía, la población (grupos y población), lengua y religión; economía, organización estatal, criminalidad y persecución penal. Se distinguen y especifican también quiénes son las autoridades encargadas de la investigación de los delitos, quiénes son las autoridades encargadas de su persecución, la composición y formación de los Tribunales penales, así como las reglas relativas a las penas y la ejecución penal.

En un segundo apartado, el estudio aborda el encaje del derecho propio de cada Estado dentro de las categorías clasificatorias adecuadas que se distinguen a efectos didácticos en derecho internacional, y, en especial, su inclusión dentro del derecho comparado y la influencia de los condicionamientos internacionales, derivados de la pertenencia a organizaciones internacionales y regionales y a la participación en Tratados de Derechos Humanos.

En un tercer apartado, el tema de análisis lo constituyen los presupuestos de Derecho Constitucional, abordando en primer lugar, las reglas supraleales en cuanto soporte de los principios de Derecho Penal, y, en segundo término, el reconocimiento y vigencia de los derechos y libertades fundamentales y la incidencia de las restantes normas supranacionales de relevancia en Derecho Penal.

En un cuarto apartado, se tratan los principios fundamentales teóricos de Derecho Penal, incluyendo como puntos específicos de tratamiento, la finalidad del Derecho Penal, sus límites en cuanto se encuadra dentro de un Estado de Derecho, cuál es el fin de la pena que cada Estado reconoce y los principios fundamentales que rigen en derecho procesal penal.

En su quinto apartado, se aborda la delimitación y clasificación del Derecho Penal, su deslindamiento conceptual y por materias, su conjugación con otros sistemas u ordenamientos represivos y un tratamiento metodológico de los diferentes grupos de medidas especiales que se adoptan o se pueden adoptar en relación a determinados grupos concretos de delinquentes.

El sexto apartado se dedica al estudio de las fuentes del Derecho Penal. En primer lugar, se presenta una exposición general por cada Estado o nacionalidad (el estudio abarca los Reinos que integran el Reino Unido), tratando a continuación del valor dentro de las fuentes de las normas jurídicas escritas, del derecho consuetudinario, de la jurisprudencia y de la literatura científica.

En el último apartado, se estudia la evolución y desarrollo experimentado en cada Estado por el Derecho penal, entendido éste tanto en lo relativo al denominado Derecho penal material como al Derecho procesal penal y al Derecho penal de ejecución, comenzando por una visión general de la materia.

El trabajo se desvela, en tales términos, de especial interés por su amplia visión y por superar el tradicional desconocimiento y la cautela con que se miraban las legislaciones penales extranjeras, como si en esta materia,

sólo importase lo que cada uno hiciese en su casa. El derecho penal comparado, el conocimiento de las culturas jurídicas foráneas es una necesidad evidente en un mundo en el que las barreras de la distancia han sido aplastadas por el peso de unas comunicaciones cada vez más desarrolladas.

3. EL SEGUNDO VOLUMEN

El volumen segundo entra ya en materia más específica, al igual que los siguientes, siempre partiendo de la idea de que los autores fueron conscientes de que el desarrollo de esa megaestructura universalmente válida exigía una estandarización de conceptos, que hoy por hoy no se daba y que por eso dio pie a que los participantes trabajasen, preferentemente sobre las categorías propias alemanas que les eran más conocidas. El proyecto intenta completarse con la elaboración de un *Tesaurus* específico con intención de universalidad que en su momento se traduzca a la lengua inglesa (esta empresa ya se ha iniciado, como se ha indicado más arriba). No puede ignorarse la dificultad de esta tarea. El derecho de un Estado es también reflejo de su propia cultura y de su escala de valores; y, aunque no pocas veces esa escala no se corresponda con la aceptación general de la sociedad, incluso esa hipocresía jurídica es específica de un pueblo, de una nación o de un Estado. Consecuentemente, la traslación de tradiciones e instituciones jurídica de una lengua a otra es particularmente complejo.

Todos los volúmenes vienen acompañados de una bibliografía, evidentemente, no exhaustiva, ceñidas a los principales puntos de tratamiento del libro. Además, cada capítulo viene acompañado por la jurisprudencia más característica, evidentemente también sucinta. De otra manera sería imposible a efectos de su edición y conduciría al lector extranjero al desquiciamiento si se le facilitase una avalancha de jurisprudencia muchas veces de sentido contradictorio o dudoso. El ámbito de alguno de los temas, particularmente el de la competencia internacional en materia penal español-

la, obliga a su autora a referirse a numerosas sentencias de la Audiencia Nacional, que podrían dar pie a una imagen distorsionada, en cuanto, evidentemente, según el derecho interno español, no constituye jurisprudencia. Se puede entender que se haga así en cuanto que la Audiencia Nacional y los Juzgados Centrales de Instrucción son, por razón de la materia, los competentes para tratar temas de territorialidad. Finalmente, todo artículo va acompañado de una relación de abreviaturas, que facilita, en mucha más medida de lo que parece, la lectura de los libros.

Los aspectos concretos que se abordan en este segundo volumen son los siguientes: en primer lugar, el principio de legalidad, dividido en tres partes y éstas, a su vez, en varios apartados. En primer lugar, se reflejan los caracteres generales del principio de legalidad; en segundo lugar, su regulación y alcance, y en especial, en qué punto concreto legal se regula y cuál es su tenor literal; en tercer lugar, se estudian los cuatro requisitos del principio de legalidad: —las exigencias sobre la forma (aplicación práctica del aforismo latino *nullum crimen sine lege scripta*); —en segundo lugar, las exigencias sobre la certeza de la ley (igualmente, proyección del aforismo *nullum crimen sine lege certa*); los límites de la interpretación (definidos igualmente por el aforismo *nullum crimen sine lege stricta*); y, por último, la retroactividad de las disposiciones penales (nomenclatura técnica en definitiva para el *nullum crimen sine lege praevia*).

En un segundo apartado, la materia de estudio es el ámbito de jurisdicción del Derecho Penal a nivel internacional. Está claro que este es un punto particularmente primordial en el estudio que aborda la colección. Evidentemente, el alcance, la competencia de los órganos de un Estado sobre la criminalidad internacional es un resultado directo de la globalización, un fenómeno en expansión y relativamente moderno. No se puede olvidar que, hasta hace apenas unas décadas —y sin que realmente haya habido una derogación expresa de este principio internacional—, las relaciones internacionales se regulaban por el principio de

no injerencia en los asuntos internos de otro país. A nivel internacional regía —como principio— que cada Estado podía hacer dentro sus fronteras lo que le resultase más a su gusto. El respeto o no a los Derechos Humanos era una cuestión interna. No es necesario insistir mucho en que la criminalidad internacional no política (tráfico de drogas, pornografía infantil, etc.) suscitan menos problemas en su tratamiento internacional que otros tipos de delito cometidos por y desde el Estado, pues, evidentemente, aquí confluyen los devaneos de la política internacional. La pauta que rigió hasta hace unos años era la tabla rasa. No es su lugar éste para extenderse más en esta advertencia pero está claro que éste será el gran caballo de batalla con el que se enfrentará en un futuro próximo la legalidad internacional donde, esta vez, el Derecho Penal, prototipo de Derecho nacional donde lo hubiese, terminará implicado. A mi juicio, precisamente, éste es uno de los méritos de la colección: en definitiva, ser jurídicamente conscientes de tener que armonizar en un futuro inminente, por un lado, el rechazo a la impunidad y el respeto a los Derechos Humanos, y, por otro, la independencia nacional, sobre todo de los países más débiles frente a nuevas formas de colonialismo encubierto.

Dentro de este segundo apartado, se aborda un tratamiento general del ámbito de competencia internacional del Derecho Penal; la asignación sistemática de las reglas de atribución del campo de competencia y el bien jurídico protegido mediante la regulación de las infracciones penales nacionales; una visión panorámica general de los principios generales de las reglas de atribución de competencia; la toma en consideración de las normas jurídicas extranjeras y la toma en consideración de las sentencias penales extranjeras; temas todos estos realmente bastante novedosos en el campo del derecho y, particularmente, en el Derecho Penal. Hasta hace poco, eran simplemente los Tratados de Extradición los que daban cuerpo a las relaciones en el campo del Derecho Penal entre Estados. La disolución de fronteras rea-

les, el libre tráfico de personas, etc., plantean una nueva serie de interrogantes a los juristas.

En su segundo subapartado, se trata del que ha sido hasta ahora el principio básico de aplicación; particularmente, del Derecho Penal, esto es, el principio de territorialidad, abordándolo con carácter general y tratando, en particular, el concepto de lugar donde se comete el hecho, el propio concepto de territorio nacional y su complementación mediante el principio del pabellón; en un tercer apartado, se trata el principio de protección y sus notas generales, así como los principios de protección del Estado, de protección real y el de personalidad pasiva. En cuarto lugar, el principio de la personalidad activa, sus caracteres generales y legislación al particular; el principio del derecho universal o de universalidad; y el principio de la protección jurídico-penal subsidiaria.

El apartado tercero recoge una materia más dogmática y, por consiguiente, más abierta a que las diferencias entre los sistemas legales existentes se hagan más patentes. El apartado general se denomina concepto y sistemática del delito. Un primer subapartado lo constituye el propio concepto de delito, con las definiciones del concepto de delito formal y material, y la división sistemática del delito por categorías; en el segundo subapartado, dedicado a la sistemática del delito, se realiza un estudio introductorio, seguido del tratamiento del desarrollo y estado de la doctrina y sistemática de los requisitos generales de la punibilidad y, en concreto, las estructuras del delito y consecuencias de la estructura del delito.

4. EL TERCER VOLUMEN

En el tercer volumen, se aborda, en primer lugar, la teoría general del delito con tratamiento específico de sus elementos y requisitos. En segundo lugar, se tratan las especialidades de los hechos previos a la comisión del hecho delictivo; en definitiva, lo que, en el lenguaje penal continental, se denominan las formas imperfectas de ejecución y los actos preparatorios.

La primera parte se inicia distinguiendo entre los elementos objetivos y subjetivos del delito y, dentro de los primeros, la definición estricta de qué se ha de entender por elementos objetivos del tipo y cuáles son éstos, —su enumeración—, tratándose a continuación, cada uno de ellos de manera individualizada.

La lectura del volumen permite comprobar que el análisis racional del fenómeno de la conducta criminal, —esto es, del hecho delictivo— según la más simple lógica, conduce en general a ciertas notas comunes. Hay una especie de «fondo común de entendimiento del fenómeno delictivo». Así, cualquiera que sea la cultura de referencia, que no esté sumida en el primitivismo, restringe el concepto de delito a la acción humana. En segundo término, se restringen las acciones a aquellas en las que interviene un mínimo de consciencia y un mínimo de voluntad. En tercer término, la conducta criminal se ciñe a las acciones de la persona individual, con diferentes grados en la admisión de la responsabilidad de la persona jurídica, desde el primer momento en que la sociedad asume un mínimo de complejidad y sofisticación y surge la acción colectiva como entidad, sin embargo, jurídicamente individual.

El primer elemento objetivo que se analiza es el concepto de sujeto del delito y, a continuación, el de la acción y, en tercer término, la comisión por omisión, que se subdivide, a su vez, en tres apartados: en primer lugar, se perfilan cuáles son los límites que diferencian una acción y una omisión; en segundo, cuáles son los deberes especiales de actuación que dan origen a la comisión por omisión y, más en particular, la responsabilidad como garante del no resultado. Debe recordarse que numerosos sistemas legales contemplan la omisión no como un estricto “no hacer”, sino como la omisión de un deber jurídicamente establecido; lo que conlleva el análisis de determinar qué requisitos o condiciones ha de recoger el deber jurídico para originar una omisión delictiva.

En su cuarto apartado, se aborda el estudio del dolo, la imprudencia, la tentativa y la participación en los delitos de omisión; y, por úl-

timo, las especialidades de la individualización de la pena en los delitos de omisión.

En sus quinto y sexto apartado, dentro de los elementos objetivos, se hace análisis del objeto y del resultado de la acción y, por último, se aborda el siempre discutido problema de la causalidad y, dentro de ésta, la existencia o no, así como también se estudia el sistema de la imputación objetiva. Aquí es evidente que deben exponerse las diferentes teorías sobre la causalidad y la imputación. Es palmario que la variedad de la causalidad en el mundo natural obliga al jurista a formular diferentes soluciones que en su plasmación teórica parecen intachables pero que en su aplicación práctica pueden abocar a auténticas monstruosidades desde el punto de vista jurídico penal. La existencia de diferentes tipos de acción (no se puede olvidar que todavía hay autores que ven acción incluso en la más pura de las omisiones) conlleva que la aplicación de una determinada teoría de excelentes resultados en un campo, haga aguas en otros supuestos. El debate sobre la causalidad, o por mejor decir, sobre la imputación del suceso es, indudablemente, uno de los más lacerantes de la doctrina penal.

Pese a ello, la lectura de los diferentes sistemas conduce en cierta manera a la idea que hemos señalado más arriba. Las respuestas humanas a la realidad criminal, como fenómeno natural y humano, en realidad, cuando se asientan no en la magia sino en la racionalidad, presentan un fondo coincidente. Por ejemplo, comparando las teorías de la causalidad de China, Costa de Marfil y de Gran Bretaña, se aprecia que, en China, la doctrina ha utilizado, preferentemente, tres teorías para establecer la atribución de un resultado a un hecho, con evidentes paralelismos en la doctrina continental. Así, en primer lugar, la teoría de la condición (*tiaojian shuo*), según la cual, es condición causal de un resultado toda aquella que conduzca a ese resultado. Las teorías subsidiarias de la causalidad y de la conexión causal adecuada pretenden dar respuesta complementaria a las consecuencias insostenibles de la primera.

En Costa de Marfil, curiosamente, las teorías de la causalidad coinciden, en principio,

con las corrientes doctrinales más comunes en Alemania, que llegan al país africano a través de la metrópolis.

En los países anglosajones, se utilizan dos variantes de la teoría de la *conditio sine qua non*. En concreto, por un lado, la teoría de la *but for*, en la que, para que una acción sea imputable a una persona, *it must be proved that, but for the defendant's act or omission, the event would have not occurred* (debe probarse que, si no fuera por la acción o la omisión del acusado, el hecho no hubiera tenido lugar) y la teoría estricta de la *conditio sine qua non*, que se enuncia como que la acción debe ser *conditio sine qua non* para la consecuencia prohibida (*the act must be conditio sine qua non for the prohibited consequence*).

En realidad, el abanico de respuestas está lógica y racionalmente limitado. Las diferencias en cuanto al aspecto teórico no son tan acusadas como al principio podría pensarse.

Por último, dentro de esta misma parte, se estudian las especialidades referentes a la causalidad en los delitos imprudentes.

La segunda parte, —como ya se ha señalado— se compone de cinco puntos; el primero de ellos referido, como es lógico desde un punto expositivo, a la definición, delimitación y enumeración de los elementos subjetivos del delito.

La tarea no es, evidentemente, fácil. No se puede olvidar que, incluso dentro de los límites doctrinales continentales, hay corrientes que integran en elementos objetivos del tipo, aspectos o elementos que las otras corrientes consideran subjetivos. Es decir, objetivizan lo que otros subjetivizan. Por ello, la exigencia del estudio —en particular, su amplia visión— exige sacrificar en cierta manera la profundidad del examen.

Dentro de este apartado, se estudia, en primer lugar, el dolo, incluyendo el conocimiento del injusto (en terminología alemana, *Unrechtsbewusstsein*). Dentro de esta categoría, se incluyen los términos anglosajones *intention* y *recklessness* definidores de la *mens rea*, junto con la *negligence*. Dar un encaje preciso de qué

es la *recklessness* es sumamente expositivo de las dificultades que tiene que abordar el estudio. La *mens rea* como estado mental del sujeto que le hace susceptible de ser responsable criminal de un hecho, exige la acreditación por la acusación de la concurrencia de uno de esos tres elementos, y la *recklessness* equivale a la adopción de un grave riesgo, para cuya apreciación la doctrina anglosajona (eminentemente jurisprudencial) utiliza dos criterios: uno subjetivo, si el autor conocía el riesgo, y otro objetivo, si el riesgo era de tal naturaleza que no podía desconocerlo. En resumen, el concepto de *recklessness* está a caballo entre la imprudencia que antes se llamaba temeraria y el dolo eventual (según la teoría que se mantenga; aunque en ciertas teorías el dolo abarcaría los supuestos indicados).

Dentro de este mismo apartado, se incluyen el concepto de dolo y punto de referencia para conceptuar el dolo y las formas que éste puede adoptar.

En su tercer apartado, en lógica correspondencia con el anterior, se estudian el concepto y punto de referencia de la imprudencia, y las formas y grados bajo las que puede presentarse.

En cuarto lugar, se aborda la exigencia de un concepto restringido de dolo e imprudencia, que, en ocasiones, se afirma que no son, en sí, más que la vertiente del principio de mínima intervención. Si la actuación represiva del Estado ha de ceñirse a sólo aquellas conductas que constituyan el mínimo para asegurar una convivencia social pacífica, el concepto de dolo o imprudencia (penales, obviamente) —sin cuya presencia no hay delito— deben ser también restringidos.

En el quinto punto, se estudian las ideas imperfectas o equívocas del sujeto, o en términos más claros, la teoría del error. Se distinguen el error sobre el hecho y el error sobre cuestión o aspectos legales (lo que anteriormente en España era el error de hecho y el error de derecho, sin perjuicio de que hoy día siguiendo la dogmática alemana se utilice la más precisa terminología de error de tipo y error de prohibición).

En la parte tercera del tercer volumen, como se ha señalado anteriormente, se analizan las cuestiones referentes a lo que se titula como las «conductas punibles en el campo previo a la consumación del delito». En definitiva, la tentativa y las formas preparatorias. Este también es punto delicado, particularmente, en lo que atañe a los actos preparatorios: deslindar dónde empieza la conducta que ha de ser punible exige una delicada labor de ingeniería jurídica.

Esta última parte se divide en seis apartados. El primero brinda una visión general de la cuestión y cuáles son los fundamentos de su punición. A continuación, se trata el tema de la tentativa —su definición, así como los requisitos objetivos y subjetivos de la punibilidad de la tentativa—, y los casos particulares, de forma imperfecta de ejecución, a saber, la tentativa inidónea, el delito imaginario y, finalmente, la participación en la tentativa.

En los apartados 4 y 5, los temas abordados son la individualización de la pena, la dosimetría, y el problema particular del desistimiento de la acción ya iniciada. Este tema se subdivide en sus requisitos, el efecto del desistimiento y las especialidades de la coparticipación.

Por último, el último capítulo de este apartado sexto, aborda las especialidades de las otras formas de conductas punibles previas a la ejecución penal.

Los apartados descritos reflejan —como se señaló anteriormente—, ante todo, una técnica preferentemente continental europea. El lector español encontrará que estas categorías no le resultan extrañas.

5. EL CUARTO VOLUMEN

El volumen cuarto se encuentra dedicado, fundamentalmente, a los temas de la participación y de la responsabilidad en empresas, asociaciones y entes colectivos.

La parte referente a la participación comienza con una introducción y la exposición de la estructura básica del modelo de participa-

ción en el delito que se divide a su vez en tres apartados esenciales. En primer lugar, se trata el tema de su inclusión sistemática en derecho penal; en segundo lugar, la visión general de las categorías de la participación; y en tercer lugar, la función e incidencia de la participación.

El tercer apartado se refiere a la definición de las formas de participación, tratándose en concreto las formas de autoría y de las restantes modalidades. La cuestión de la autoría en sentido amplio es una de las más fértiles en la discusión doctrinal; en particular, en los Estados con un sistema penal continental europeo, siguiendo las directrices propias de la doctrina alemana. En particular, la distinción entre las diferentes categorías. La enunciación en sí del propio concepto de autor y de las categorías conceptualmente distintas aunque igualadas en su tratamiento punitivo —como ocurre en España—, resulta extraordinariamente fructífera y polémica.

Otro tanto ocurre con las restantes formas de participación reconocidas en el plano doctrinal europeo, cuya diferenciación —con la excepción de la de encubrimiento, hoy un tipo penal distinto y autónomo, aunque esté condicionado en su existencia a otra conducta penal— sigue siendo extraordinariamente sutil e inconsistente. La distinción entre autoría en sentido general y complicidad se delimita, según un criterio cuantitativo (es una aportación menor a la acción). La complicidad es evidentemente una forma de participación secundaria pero la aportación de un criterio funcional de diferenciación es difícil de definir.

Además, las formas secundarias de participación en el sistema anglosajón conocen una diferenciación mayor que en los países continentales de influencia doctrinal germánica. Así, dentro de la complicidad, como forma accesoria, los anglosajones (Inglaterra y Gales) distinguen entre *aiding*, *abetting*, *conselling* y *procuring*. Conceptos que, por lo demás, los propios anglosajones no han sabido deslindar con rigor; tanto es así, que no es raro que el Magistrado Presidente instruya al Jurado en el sentido de que tampoco es preciso que se esfuerzen mucho en diferenciarlas porque los

propios Tribunales no saben hacerlo. Como quiera que su apreciación depende, fundamentalmente, de la existencia de un nexo de comunicación entre el autor del hecho y el participante accesorio y de si la aportación del auxiliar debería haber sido causal respecto del hecho principal, la distinción conceptual anglosajona se construye distinguiendo dos grupos: por un lado, el *aiding* y el *abetting*, y por otro el *conselling* y el *procuring*. Su correspondencia con las categorías continentales no es fácil. Así, el *aiding* se define como *assisting the principal to commit the offence*, exigiendo el concierto entre ambos y que la actuación del participante sea causal respecto del hecho. El *abetting* se definiría por el apoyo y promoción al autor para que cometa el delito, cuya diferenciación con el *counselling* sería complicado y descansaría fundamentalmente en el aspecto temporal (ayuda durante la comisión del delito e influjo en la determinación criminal del sujeto con anterioridad a su comisión). El *procuring* que no exigiría concierto con el autor y ni siquiera conocer la eficacia de su actuación (equivaldría, al menos, en una primera aproximación, a la provocación al delito). En el otro extremo, el concepto de autor, en el Código Penal chino se enuncia así: es autor quien dirige u organiza la ejecución de actividades criminales de asociaciones delictivas o quien juega un papel principal en un delito común (artículo 26, I del Código Penal chino). Junto a este concepto, existe el jefe de organización (*shouyao fenzhi*) en el artículo 26, 3º del Código Penal, al que, en esa calidad, se le hace responsable por todo acto criminal o delictivo cometido por la organización. Evidentemente, como ocurre comúnmente, el concepto chino de autor se liga, al igual que en otras legislaciones, al concepto de causalidad (¿cuándo es la aportación del acusado principal?). Un punto de partida común a la discusión sobre la autoría en derecho continental, si bien hoy día ya bastante superado.

La estructura de las formas de participación es objeto de numerosas diatribas dentro de los diferentes Estados. Particularmente, la razón de su punición varía esencialmente de uno a otro.

El cuarto tema que se aborda es la influencia de las formas de participación en las reglas de individualización de la pena. En otras palabras, la dosimetría de la pena en función de la calificación de la forma de participación del sujeto que también es un problema correlativo con la propia delimitación que se haga de los conceptos de autoría.

En la quinta parte de este volumen, se abordan problemas especiales de participación, en los que la realidad exige un acondicionamiento de las normas de la autoría; por ejemplo, en los casos de los delitos especiales (la figura que en derecho español se denominaría la aparición del *extraneus*) o en aquellos casos de organizaciones delictivas jerarquizadas, en las que no existe una participación como inductor ni como autor directo ni mediato, y el agente tiene pleno conocimiento en la acción delictiva. En definitiva, la participación típica dentro de las organizaciones terroristas, por vía de ejemplo.

Así, más en concreto, se distinguen los siguientes temas particulares: —en primer lugar, la participación en los delitos especiales, en los delitos que exigen especiales características intencionales, o sea, en los que se requiere un particular elemento subjetivo del tipo, y, por último, en los delitos llamados de propia mano; —en segundo lugar, la participación en la omisión, y la participación mediante la omisión; —en tercer lugar, la participación en la tentativa y la participación intentada; —en cuarto lugar, la participación en el hecho imprudente y la participación imprudente; —en quinto lugar, la participación mediante inducción, la complicidad y otras formas de participación; —y en sexto lugar, la cooperación necesaria.

El apartado sexto del volumen trata del aspecto temporal de la participación. Este tema abarca tres puntos de tratamiento: en primer lugar, la participación en el campo previo a la conducta criminal, la participación sucesiva durante la realización de la conducta criminal y, por último, la participación tras la ejecución y consumación del hecho criminal. Finalmente, se tratan las formas especiales de cooperación punible.

La última subdivisión del cuarto volumen se refiere a la responsabilidad de empresas, asociaciones y entes colectivos. Esto es, el tema de la responsabilidad de las personas jurídicas; novedoso en la legislación española, en cuanto se ha introducido en el texto penal —no sin pocas reticencias para una parte de la doctrina— recientemente.

El análisis de este tema exige el contraste entre las dos formas de personalidad reconocidas en derecho; esto es, entre las personas naturales y las personas jurídicas. Se abordan así, en primer lugar, la responsabilidad individual general, la responsabilidad de directivos, con sus especialidades, en particular, la responsabilidad de directivos por los hechos criminales cometidos por sus subordinados, y los elementos fácticos especiales.

Como último tema, se estudia la responsabilidad de las personas no naturales, poniendo de relieve el trasfondo histórico y de política criminal y, por último, su regulación legal y las teorías especiales fundamentadoras de la responsabilidad de las personas jurídicas, su adscripción sistemática y la naturaleza jurídica de la responsabilidad de las personas no jurídicas y de las asociaciones de personas asimiladas y, como tres apartados especiales, los requisitos de la responsabilidad de las personas no naturales, las penas principales y accesorias susceptibles de imponerse y, por último, las especialidades procedimentales.

6. QUINTO VOLUMEN

El quinto volumen aborda, en primer término, las causas de exclusión de la pena. Integran el primer capítulo de esta sección una introducción general, el encaje de las causas de exclusión de la pena en la teoría del delito, una visión general y su sistemática, sus efectos en la punibilidad del autor y su incidencia en el campo de la participación y las cuestiones probatorias que implica. Los propios autores reconocen la dificultad de abordar el tema de las causas de exclusión según una división uni-

forme por las diferencias profundas existentes entre legislaciones y por los problemas que plantea su elaboración conceptual. Particularmente, porque —como ya hemos señalado— es un handicap con el que la obra tiene que enfrentarse. Las categorías usuales y comunes para los juristas europeos continentales (causas de justificación y excusas absolutorias, por ejemplo) son inoperantes en otros sistemas jurídicos.

En consecuencia, el estudio obliga a examinar, de forma general, la sistemática vigente en cada una de las naciones y distinguir las causas de exclusión de la pena que, de una forma u otra, explícita o implícitamente se reconocen en ella, explicando incluso formas de exclusión de la pena propios de legislaciones concretas que no están universal o comúnmente difundidas.

Dentro de este primer apartado, se relacionan una serie de cuestiones que integran el panorama más o menos amplio de las causas que, de una u otra forma, pueden conducir a la exclusión de la pena y aspectos de peculiar interés dogmático como lo son lo relacionado con el desconocimiento o la ignorancia en relación con la suposición errónea de la concurrencia de una causa de impunidad; la extralimitación en el marco de una actuación autorizada; los casos que en aquí se calificarían, en ocasiones, como supuestos de eximente incompleta, estos, el tratamiento de los casos de concurrencia parcial de los elementos que conforman las causas de exclusión de la pena; o la discusión sobre la comunicabilidad de las causas de exclusión de la responsabilidad criminal en casos de coparticipación. Por último, se trata, aunque brevemente, un punto en concreto, de naturaleza más bien procesal, pero de seria incidencia y resolución oscilante. Nos referimos a la cuestión relativa a quien le corresponde la carga de la prueba de las causas de exclusión de la pena. Este es un punto en el que ni siquiera hay un acuerdo absoluto a nivel nacional, ni doctrinal ni jurisprudencialmente. A falta de un precepto concreto en la legislación que consagre que el *onus probandi* de las causas que excluyen la responsabilidad criminal le corres-

ponde al que lo invoca, suele tratarse de una construcción jurisprudencial que se encuentra, además, escasamente desarrollado. El reparto de la carga de la prueba de los hechos que pueden excluir la pena es una cuestión difusa en legislaciones como la española. En España, equivocadamente, habitualmente la doctrina y la jurisprudencia hacen una traslación al proceso penal del sistema del proceso civil conforme al cual incumbe la prueba al que afirma y no al que niega. Sin embargo, tal fundamentación, admisible en el ámbito civil no es trasladable, sin más, al ámbito penal.

El estudio de las causas de exclusión de la responsabilidad criminal engloba, en primer lugar, el tratamiento de cuál es el principio filosófico —la esencia de la cuestión específica y sus requisitos objetivos y subjetivos— partiendo de que, en muchos casos, los requisitos de la causa en sí tiene un origen legal y otra jurisprudencial o incluso mixto. Así, en España, la vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas se entendió por Acuerdo del Pleno del Tribunal Supremo que debería dar pie al reconocimiento de una atenuante (analogía, en principio, aunque con los mismos efectos). Hoy en día, desde la reforma introducida por Ley Orgánica 5/2010, las dilaciones indebidas constituyen una atenuante específica. Como último punto, se estudian las consecuencias de la apreciación de las diferentes causas de exclusión de la responsabilidad criminal, incluyendo los supuestos de exceso en su ejercicio y los supuestos de actuación putativa.

En el segundo se trata, de forma más concreta, cada una de las causas de exclusión de la responsabilidad criminal, empezando por aquellas que se consideran comunes a todas las legislaciones tratadas: en concreto, la legítima defensa y el estado de necesidad, la actuación bajo coacción o fuerza, y la actuación bajo provocación, con las que presenta analogías.

Otro grupo diferente lo constituyen aquellas causas en las que el sujeto actúa en ejercicio de una habilitación o autorización legal especial o actúa en el ejercicio de un deber concreto (lo que viene a ser en Derecho español, actuar en

ejercicio de un deber o de un derecho). Abarca todos aquellos casos en los que, en uno de los polos de la relación reside el uso de un acto derivado del poder, en el que el sujeto obra como agente activo o pasivo del mismo.

En tercer lugar, se abordan las causas especiales de exclusión. Aquí se examinan temas delicados como la actuación en cumplimiento de un deber de la autoridad; la actuación bajo órdenes (lo que en castellano se interpretaría como la conocida y altamente discutida obediencia debida); el derecho de corrección y la defensa de derechos privados

En un cuarto punto, se aborda la teoría del consentimiento y en el quinto punto el estudio de lo que se determina, dentro de la moderna teoría de la acción, como el riesgo socialmente permitido y socialmente adecuado y, a continuación, la edad del autor y las perturbaciones psíquicas y morales, distinguiendo entre aquéllas permanentes y aquéllas pasajeras, con un estudio en particular de la *actio libera in causa* (categoría propia de la dogmática continental), incluyendo, entre ellas, la embriaguez que, ciertamente, acoge las dos opciones: la embriaguez ocasional puede equivaler a una honda perturbación de las facultades psíquicas de carácter transitorio, y el alcoholismo que, a todos los efectos, es una enfermedad mental permanente.

Por último, se aborda la teoría del error en la prohibición.

La simple mención de los puntos indicados pone de relieve la delicadeza e importancia del tema. Sobre todo, si el lector occidental no olvida que el Proyecto intenta lanzar luz a las respuestas que se dan a nivel mundial y que cuestiones, que en Europa están prácticamente rechazada o marginadas, no lo están en todos los países. Los propios autores ponen de relieve que, en este punto, las diferencias entre los sistemas jurídicos son mucho más acusadas. Tampoco puede olvidar el lector continental europeo que temas arrinconados o con un ámbito muy reducido en Occidente —como el derecho a la corrección (física se entiende)— fueron prácticas socialmente justificadas y le-

gal y jurídicamente amparadas hasta no hace tanto (el lector no tendría que retrotraerse en muchas generaciones. Es fácil que tuviese que utilizar solo el singular o que ni siquiera tuviera que imaginar, sino recordar). Las sociedades pueden permanecer inalteradas en sus costumbres y valores en siglos y reestructurarse en muy poco del tiempo. Incluso el tema del derecho a la corrección física —que algún precepto petrificado del Código Civil escondía hasta hacía poco tiempo entre sus disposiciones en favor de tutores, maridos (¡), padres y maestros— renace con ímpetu en países sobre todo del ámbito cultural anglosajón.

Otro tanto ocurre con el sensible tema de la obediencia debida. Usada como cláusula de exclusión de responsabilidad, ha servido en la Historia de Occidente (también de Oriente, desdichadamente) como pantalla para las más horribles barbaridades y ha servido en muchos lugares para sustituir la libertad de elección humana y la responsabilidad personal por los propios actos por una obediencia mecánica y deshumanizada de la orden. Si se tiene en cuenta que numerosas instituciones funcionan de manera jerárquica (están, esencialmente, jerarquizadas la Administración, las Fuerzas Armadas y las Fuerzas de Seguridad, pero, también, hasta cierto punto, empresas, sindicatos y partidos en cierta medida), la obediencia a la orden del superior jerárquico más allá de toda capacidad crítica era un cheque en blanco para el abuso y la prepotencia. El derecho daba carta de naturaleza a la manera más eficaz de cometer monstruosidades. El que piensa y ordena, no ve. El que ve, ni ordena ni piensa.

Pero sobre todo, lo que en el mundo occidental ha supuesto una reacción tendente a matizar profundamente el alcance de la obediencia debida es, antes que nada, sus probados efectos para hacer funcionar el horror. La obediencia debida en Europa no ha sido un planteamiento teórico de laboratorio jurídico. Está firmemente vinculado a los episodios más horribles. También es verdad que otros países de Oriente (así, Camboya) y de otros ámbitos (no digamos el africano y el sudamericano) han conocido el horror a que se desemboca

cuando, el que manda, manda atrocidades y cuando, el que obedece, se escuda en que sólo obedece. Pero lo cierto es que cada cultura responde de una manera particular a su propias circunstancias y, si el tema de la obediencia debida levanta ampollas en Alemania, no es lo mismo en otros países más modernos o que han evolucionado de otra forma.

En el orden de otras cuestiones, el Proyecto aborda temas que se han perfilado en el derecho continental como grandes caballos de batalla de la teoría moderna del delito. El concepto del riesgo socialmente permitido, que enlaza de plano con la teoría de la imputación objetiva, incluso no del todo aceptada y digerida en Estados occidentales y, por supuesto, el tema del error de prohibición en el que incluso juristas inveterados se perderían como en un bosque impenetrable. No puede dejarse de lado que el tema de los confines del error, y su incidencia dentro de la responsabilidad y, consecuentemente, la reprochabilidad de la conducta y la pena todavía sigue muy abierto a la dialéctica (lo que es bueno), pero muy diluido en cuanto a su percepción. Por último, en el libro se aborda el tema del error de prohibición que los autores reconocen que en amplios espacios legales, se denomina como error de derecho y, en él, la investigación trata de diferenciar con el error de hecho y las formas más comunes de aparición. Así, se citan: la representación errónea del contenido de una disposición penal; en torno a una norma que fundamente o subyazca a una disposición penal; sobre un problema previo a la aplicación de una disposición penal o sobre el contenido y límites de una causa de exclusión de la pena.

Los autores otorgan a los temas del consentimiento y de la adecuación social —construcciones casi puramente germánicas asociadas en buena manera a la más moderna teoría de la acción— un carácter particular y lo consideran en un apartado individual especial. La dimensión de este tema —que guarda una relación muy perceptible y directa con los ámbitos de la práctica deportiva y las intervenciones médicas— también conoce diferencias parciales y fluctuantes entre las legislaciones.

Curiosamente, y para perplejidad del lector, la minoría de edad no se reconoce ni por igual ni en absoluto en todas las legislaciones. Por ello, el primer paso a dar es una labor sistemática y, en concreto, la determinación de un punto de especial relevancia: la incidencia que la toma en consideración de ciertos hitos en la edad del autor puede tener en la elección de la sanción a imponer y la individualización de la pena y la discriminación del momento de consideración de la edad del sujeto: la edad en el momento de la comisión del delito y la edad en el momento del enjuiciamiento.

En su siguiente apartado, el Proyecto aborda cuestiones igualmente espinosas y sometidas a profunda revisión. No puede perderse de vista que quizá, por su contenido, nos encontremos en el volumen en el que el tema jurídico técnico y científico pueda someterse más profundamente a utilitarismos políticos o que abra zanjadas profundas de crítica social por su utilización interesada. Los autores lo consideran temas íntimamente unidos y las considera causas *ex facto* de la exclusión de la pena. Como primera característica, se delimitan frente a las causas de la exclusión de la pena. Así, se intenta la definición del concepto de indulto y se separa de la amnistía que se reserva normalmente por ley a un círculo determinado de hechos y de delitos.

El tema de los indultos, amnistías y formas generales de extinción de la penalidad desvela particular importancia porque se han utilizado frecuentemente como cláusulas para cerrar causas por delitos graves, generalmente colectivos, y de gran dureza. En muchos casos, el indulto no se ha utilizado como herramienta para corregir aquellos casos en los que la pena, por diferentes causas, generalmente humanitarias, ha perdido su razón de ser, total o parcialmente. Ha sido un útil o instrumento partidista (eso explica la prohibición de indultos generales en España). Además, tampoco se puede olvidar que el indulto y la amnistía implican, por su propio peso, una interferencia del poder ejecutivo en la tarea judicial. El tema se acerca a la cuestión debatida del derecho a la justicia universal, el derecho de la víctima a

la justicia, el derecho del enemigo y a opciones surgidas al calor de los fenómenos más apocalípticos.

Finalmente, el tema se cierra con el tratamiento de las restantes causas de exclusión de la responsabilidad.

Por último, el tema de la prescripción proyecta igualmente una nueva dimensión. En parte, porque el fenómeno mediático y la mayor presión de la opinión pública, en cierta manera, ponen el tema de la prescripción en la picota. Cada vez se tiende a incluir mayor número de delitos como imprescriptibles, o a calificar de forma distinta los hechos para sortear la prescripción, etc. (por ejemplo, en los crímenes acontecidos en Noruega el verano de 2011, se llegó a insinuar que la Fiscalía noruega intentaría calificar los asesinatos de crimen contra la Humanidad para de esa forma eludir la limitación temporal en la pena y por extensión en la posible prescripción que en este caso no juega por estar el inculpado detenido). A ello se unen disposiciones especiales, como la existente en algunas legislaciones para los delitos sexuales contra menores, en los que el plazo no empieza a contar hasta la mayoría de edad de la víctima.

Desde el punto de vista estrictamente jurídico, se aborda la discusión de orden dogmá-

tico sobre si la prescripción entra en juego en cada sistema legal como cuestión de derecho material o como óbice procesal. Sin embargo, los autores indican que la diferenciación entre prescripción de la posibilidad de persecución del delito y la prescripción de la posibilidad de ejecución de la pena (o sea, prescripción del delito y prescripción de la pena) en derecho anglosajón presenta serias dificultades. Finalmente, se abordan los casos de los supuestos especiales de prescripción.

7. CONCLUSIÓN

En definitiva, el trabajo cumple sobradamente su pretensión de dar una visión global de las legislaciones penales mediante un muestreo muy representativo y siguiendo esquemas que al lector jurista español le resultan comprensibles y accesibles. Estudios de esta índole a nivel penal no son frecuentes. El derecho comparado —especialmente, de legislaciones culturalmente alejadas, o del mundo anglosajón— ha tenido siempre un valor residual en los estudios de los juristas. Una visión que, a mi juicio, es absolutamente equivocada ante el propio presente y mucho más frente a un futuro donde, cada vez más, las fronteras estatales se diluyen.