

**LIBRO HOMENAJE
AL PROFESOR
LUIS ARROYO ZAPATERO
UN DERECHO PENAL HUMANISTA**

Volumen I

Editores:

**Rosario de Vicente Martínez
Diego Gómez Iniesta
Teresa Martín López
Marta Muñoz de Morales Romero
Adán Nieto Martín**

**Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional
Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado**

**LIBRO HOMENAJE
AL PROFESOR
LUIS ARROYO ZAPATERO
UN DERECHO PENAL HUMANISTA**

Volumen I

Editores:

Rosario de Vicente Martínez

Diego Gómez Iniesta

Teresa Martín López

Marta Muñoz de Morales Romero

Adán Nieto Martín

Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional
Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado

LIBRO HOMENAJE AL PROFESOR
LUIS ARROYO ZAPATERO
UN DERECHO PENAL HUMANISTA



Jim Amigo

LIBRO HOMENAJE AL PROFESOR LUIS ARROYO ZAPATERO

UN DERECHO PENAL HUMANISTA

Volumen I

Editores:

Rosario de Vicente Martínez

Diego Gómez Iniesta

Teresa Martín López

Marta Muñoz de Morales Romero

Adán Nieto Martín

Primera edición: diciembre 2021

© De los contenidos, sus autores

© Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, para esta edición

Quedan rigurosamente prohibidas, sin la autorización escrita de los titulares del copyright, bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidas la reprografía y el tratamiento informático.

<https://cpage.mpr.gob.es>

NIPO papel: 090-21-192-5

NIPO PDF: 090-21-191-X

NIPO ePUB: 090-21-190-4

ISBN: 978-84-340-2777-0

Depósito Legal: M-29151-2021

Imprenta Nacional de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado
Avda. de Manoteras, 54. 28050 MADRID

SUMARIO

| | | |
|----|---|----|
| 1. | Presentación.-La vida y obra de Luis Arroyo a través de sus pasiones ... | 15 |
| 2. | Laudatio del Maestro Luis Arroyo Zapatero <i>Pedro R. David</i> | 21 |
| 3. | Luis Arroyo Zapatero, hispanomexicano <i>Sergio García Ramírez</i> | 25 |

Parte general

| | | |
|-----|---|-----|
| 4. | Manifestaciones del mal y derecho penal (El mal del delito, el mal de la pena y la maldad del autor) <i>Mercedes Alonso Álamo</i> | 41 |
| 5. | Beccaria como precursor: la pasión por el derecho penal humanista <i>Matías Bailone</i> | 59 |
| 6. | Masculinidades y Criminología <i>Rosemary Barberet y Raquel Bartolomé Gutiérrez</i> | 69 |
| 7. | Nel ricordo di una recente <i>conferencia</i> di Luis Arroyo: Spunti sui difficili rapporti tra principio di legalità e norme punitive anti-covid <i>Alessandro Bernardi</i> | 87 |
| 8. | Espacio jurídico de la Unión Europea, ciudadanía de la Unión y extradición de ciudadanos de la UE. Consideraciones desde la perspectiva hispano-alemana <i>Manuel Cancio Meliá</i> | 101 |
| 9. | Le risque zéro est de retour <i>Mireille Delmas-Marty</i> | 115 |
| 10. | «Espíritu de tiempo» y Derecho penal <i>Eduardo Demetrio Crespo</i> | 125 |
| 11. | Roxin y la política criminal: un análisis crítico <i>José Luis Díez Ripollés</i> | 139 |

| | | |
|-----|---|-----|
| 12. | Omisión de impedir delitos y accesoriedad respecto del delito no impedido <i>Jacobo Dopico Gómez-Aller</i> | 161 |
| 13. | Edad, delincuencia y respuesta penal <i>Esther Fernández Molina</i> | 173 |
| 14. | Il futuro dell'illecito dell'ente da reato nello «spazio globale» <i>Antonio Fiorella y Nicola Selvaggi</i> | 187 |
| 15. | ¿Cultura o estructura? ¿Esa es la cuestión? La difícil convivencia y coordinación de los dos sistemas de tratamiento penal de las personas jurídicas en el ordenamiento español <i>Alfonso Galán Muñoz</i> | 197 |
| 16. | Las prerrogativas parlamentarias en el siglo XXI <i>Mercedes García Arán</i> | 229 |
| 17. | Las recompensas económicas al alertador (<i>whistleblower</i>). ¿Límite infranqueable o justa contraprestación? <i>Beatriz García-Moreno</i> | 249 |
| 18. | El «Programa penal de la Constitución» de Arroyo Zapatero: una cuestión de principios <i>Nicolás García Rivas</i> | 261 |
| 19. | La responsabilité pénale des personnes morales en France. La Chambre criminelle entre convictions européennes et malaise jurisprudentiel <i>Geneviève Giudicelli-Delage</i> | 283 |
| 20. | <i>Compliance</i> público y derecho disciplinario <i>Manuel Gómez Tomillo</i> | 295 |
| 21. | Hacia la construcción de un Derecho penal económico europeo <i>José L. González Cussac</i> | 311 |
| 22. | Principio de legalidad e imputación objetiva <i>Carlos Julio Lascano</i> | 327 |
| 23. | Biología y Derecho penal <i>Gerardo Laveaga</i> | 345 |
| 24. | Ejercicio legítimo de derecho. Cuestiones generales <i>Diego M. Luzón Peña</i> | 355 |
| 25. | Los aspectos esenciales del Programa Penal de la Constitución en Chile <i>Jean Pierre Matus Acuña</i> | 373 |
| 26. | El principio de legalidad en el Derecho Administrativo sancionador <i>Ómar A. Mejía Patiño</i> | 389 |

| | | |
|-----|---|-----|
| 27. | <i>The king can do wrong: La inviolabilidad del rey a examen</i> <i>Fernando Molina Fernández</i> | 407 |
| 28. | Estructura y función de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: Notas metodológicas, político-criminales y dogmáticas <i>Vincenzo Mongillo</i> | 431 |
| 29. | Abogados y profesores en los juicios de Nuremberg <i>Francisco Muñoz Conde</i> | 463 |
| 30. | La reparación como atenuante de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, contextualizada en el marco de los procesos restaurativos <i>Fernando Navarro Cardoso y Daniel Montesdeoca Rodríguez</i> | 483 |
| 31. | La reserva de ley y el control de la constitucionalidad de las leyes penales <i>Adán Nieto Martín</i> | 515 |
| 32. | La responsabilità penale della persona giuridica: appunti per una dogmática <i>Carlo Enrico Paliero</i> | 535 |
| 33. | Algunos datos empíricos sobre la atribución de estados mentales: ¿fracaso del principio de responsabilidad subjetiva o del concepto de dolo? <i>Mercedes Pérez Manzano</i> | 553 |
| 34. | L'ispirazione «beccariana» di Luis Arroyo Zapatero <i>Mario Pisani</i> | 575 |
| 35. | Excepcionalidad permanente y Derecho penal <i>Guillermo Portilla Contreras</i> | 583 |
| 36. | El problema penal y los ideales europeos <i>Gonzalo Quintero Olivares</i> | 599 |
| 37. | La pandemia del COVID-19: ¿Instalando el coronoptikón? <i>Marcelo A. Riquert</i> | 615 |
| 38. | Sociología económica y control social de los negocios <i>Eduardo Saad-Diniz</i> | 635 |
| 39. | Cervantes en la cárcel de Valladolid <i>Ángel J. Sanz Morán</i> | 649 |
| 40. | Sulla struttura «concorsuale» dell'illecito punitivo delle persone giuridiche nell'ordinamento italiano <i>Marco Maria Scoletta</i> | 665 |
| 41. | The changing face of crime and crime control –Research with Luis Arroyo Zapatero at the Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law in Freiburg – <i>Ulrich Sieber</i> | 683 |

| | | |
|-----|--|-----|
| 42. | La dimensión ético-política de la discusión sobre las normas de conducta <i>Jesús María Silva Sánchez</i> | 703 |
| 43. | Evidencias empíricas y opinión pública sobre el castigo penal en España <i>Pilar Tarancón Gómez</i> | 717 |
| 44. | Sobre la pretendida «excepcionalidad» del derecho penal <i>Francesco Viganò</i> | 731 |
| 45. | El penalismo iluminista contra el <i>mercantilismo monetarista</i> <i>E. Raúl Zaffaroni</i> | 745 |
| 46. | Las personas jurídicas tienen derecho a ser castigadas penalmente <i>Laura Zúñiga Rodríguez</i> | 761 |

Penas y consecuencias accesorias

| | | |
|-----|--|-----|
| 47. | De la <i>Santa Hermandad</i> , al <i>Santo reproche</i> : Reflexiones en torno a la aflicción del catálogo de penas <i>María Acale Sánchez</i> | 777 |
| 48. | Decomiso de instrumentos propiedad de terceros no responsables del delito <i>Isidoro Blanco Cordero</i> | 791 |
| 49. | Hacia la abolición universal de la pena de muerte: desarrollos recientes <i>José Luis de la Cuesta Arzamendi</i> | 803 |
| 50. | Pena de muerte y prisión en la España de principios del siglo xx <i>Francisco Javier de León Villalba</i> | 815 |
| 51. | ¡Si queréis penas largas, queremos garantías de revisión! La Comisión de Revisión de Casos Penales inglesa (<i>Criminal Cases Review Commission</i>) <i>Alejandro L. de Pablo Serrano</i> | 837 |
| 52. | La pena en la ley: ¿Conminación o comunicación con ciudadanos? <i>Bernardo Feijoo Sánchez</i> | 853 |
| 53. | Luis Arroyo y la <i>Société Internationale de Défense Sociale</i> <i>Luigi Foffani</i> | 873 |
| 54. | La penología de retención en España hasta la Ley General Penitenciaria <i>Carlos García Valdés</i> | 889 |

| | | |
|-----|---|------|
| 55. | Sobre la resocialización de los condenados por terrorismo. Confrontación de la legislación y jurisprudencia españolas con la realidad de los procesos de «desenganche» <i>Alicia Gil Gil</i> | 907 |
| 56. | The enigma of <i>de facto</i> abolition of capital punishment <i>Roger Hood</i> | 925 |
| 57. | La prohibición de penas inhumanas o degradantes <i>Juan Antonio Lascuráin Sánchez</i> | 939 |
| 58. | <i>Soft-law</i> penitenciario en el ámbito europeo: <i>The cost of non-Europe</i> <i>Beatriz López Lorca</i> | 953 |
| 59. | La ripulsa della pena capitale nell'ordinamento italiano e il passo decisivo del divieto di estradizione <i>Stefano Manacorda</i> | 999 |
| 60. | La pena y su ejecución en el correccionalismo español <i>Ricardo M. Mata y Martín</i> | 1013 |
| 61. | Un nuevo instrumento para la abolición de la pena de muerte. El sistema de sanciones de la Unión Europea para violaciones globales de los derechos humanos <i>Antonio Muñoz Aumión</i> | 1037 |
| 62. | No hay dos sin tres (cuatro, cinco...): Sobre la última euroorden fallida en el conflicto catalán <i>Marta Muñoz de Morales Romero</i> | 1047 |
| 63. | Contra la pena de prisión materialmente perpetua, sórdido equivalente de la pena de muerte <i>Luis Fernando Niño</i> | 1077 |
| 64. | À la manière de Don Quichotte... Le recours contre les conditions de détention indignes en France <i>Raphaële Parizot</i> | 1091 |
| 65. | El comiso sin condena o <i>civil asset forfeiture</i> : Avanzando hacia el pasado <i>Ana María Prieto del Pino</i> | 1103 |
| 66. | La ejecución cruel de las penas de prisión <i>Cristina Rodríguez Yagüe</i> | 1115 |
| 67. | La posible apuesta de los sistemas penales democráticos por mecanismos cercanos a la muerte civil para la contención de la pena de muerte <i>Luis Ramón Ruiz Rodríguez</i> | 1139 |
| 68. | Viva la muerte por la cárcel <i>Sérgio Salomão Shecaira y Luigi Giuseppe Barbieri Ferrarini</i> | 1151 |

| | | |
|-----|--|------|
| 69. | The death row phenomenon and International Human Rights Law <i>William A. Schabas</i> | 1167 |
|-----|--|------|

Parte especial

| | | |
|-----|---|------|
| 70. | Autoblanqueo de capitales y su relación con la defraudación tributaria <i>Manuel A. Abanto Vásquez</i> | 1179 |
| 71. | Política criminal y sexo: A vueltas con la criminalización de la prostitución (consentida) <i>Francisco Javier Álvarez García y Arturo Ventura Püschel</i> | 1219 |
| 72. | Los retos del Derecho penal internacional en la Amazonia brasileña <i>Ignacio Berdugo Gómez de la Torre</i> | 1235 |
| 73. | Derecho a amar y libertad para morir <i>Juan Carlos Carbonell Mateu</i> | 1275 |
| 74. | La sedición independentista: percepción social v. percepción jurídica <i>María Luisa Cuerda Arnau</i> | 1291 |
| 75. | La aplicación del delito de <i>child grooming</i> en concurrencia con otros delitos contra la indemnidad sexual <i>Norberto J. de la Mata Barranco y Sergio Pérez González</i> | 1311 |
| 76. | La huelga a través del cine <i>Rosario de Vicente Martínez</i> | 1327 |
| 77. | Breves reflexiones sobre los ultrajes a España, al hilo de la STC 190/2020, de 15 de diciembre <i>Miguel Díaz y García Conlledo</i> | 1355 |
| 78. | La agravación de los delitos contra la libertad sexual por ser o haber sido el autor esposo o pareja de la víctima <i>Patricia Faraldo Cabana</i> | 1369 |
| 79. | ¿Hacia un nuevo Derecho penal económico internacional? El ejemplo del ecocidio <i>Emanuela Fronza</i> | 1391 |
| 80. | Los orígenes históricos de la responsabilidad del mando en la jurisprudencia de los Tribunales Militares Internacionales de Núremberg y Tokio <i>Ana M. Garrocho Salcedo</i> | 1409 |
| 81. | Blanqueo de dinero y corrupción pública <i>Diego J. Gómez Iniesta</i> | 1429 |
| 82. | Acerca de la tutela penal del derecho a la intimidad genética <i>M.^a del Carmen Gómez Rivero</i> | 1451 |

| | | |
|-----|---|------|
| 83. | Efectos indirectos de la cláusula del art. 183 quater en los delitos de exhibicionismo, provocación sexual y elaboración de pornografía infantil <i>Carmen López Peregrín</i> | 1469 |
| 84. | El delito de contagio de enfermedades infecciosas <i>Borja Mapelli Caffarena</i> | 1489 |
| 85. | Posibles estrategias de acometimiento desde el Derecho penal de la delincuencia sexual con víctimas menores de edad <i>María Pilar Marco Francia</i> | 1507 |
| 86. | La persecución penal de la «humillación de las víctimas del terrorismo»: un recorrido por su (in) definición jurisprudencial <i>Manuel Maroto Calatayud</i> | 1521 |
| 87. | La validez del delito de cuello blanco <i>M.^a Teresa Martín López</i> | 1561 |
| 88. | Algunas observaciones sobre la parte general de la propuesta de eurodelitos <i>Carlos Martínez-Buján Pérez</i> | 1579 |
| 89. | Uma estratégia patrimonial contra a criminalidade organizada – A luta contra o branqueamento e a utilização do confisco <i>Anabela Miranda Rodrigues</i> | 1593 |
| 90. | Hacia el Derecho penal quimérico: La protección de los inversores y la confianza en los mercados financieros <i>Fermín Morales Prats</i> | 1613 |
| 91. | La compleja interpretación del término «a sabiendas» en la prevaricación administrativa <i>Lorenzo Morillas Cueva</i> | 1625 |
| 92. | Evolución histórica del tratamiento del suicidio en el Derecho penal español hasta el advenimiento de la Segunda República Española <i>Miguel Ángel Núñez Paz</i> | 1645 |
| 93. | Prácticamente nula: la contribución de los delitos de peligro al tratamiento jurídico-penal de la siniestralidad laboral <i>Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno</i> | 1663 |
| 94. | Delitos contra la política de control de la inmigración: Ayuda a la entrada, tránsito y permanencia de inmigrantes extracomunitarios <i>Ana Isabel Pérez Cepeda</i> | 1677 |
| 95. | A vueltas con la «dignidad humana» como bien jurídico protegido en el delito de trata de seres humanos: Razones para su cuestionamiento <i>Ana I. Pérez Machío y Leire Berasaluce Guerricagoitia</i> | 1693 |

| | | |
|------|--|------|
| 96. | Infracciones y sanciones por el incumplimiento del toque de queda y su confluencia con el delito de desobediencia <i>Manuel Portero Henares</i> | 1707 |
| 97. | La protección del clima: ¿también es tarea del Derecho penal! <i>Helmut Satzger</i> | 1731 |
| 98. | De lo insólito a lo errático: protección de los derechos laborales por medio del Derecho penal <i>Juan María Terradillos Basoco</i> | 1749 |
| 99. | Observations sur la quête de nouveaux instruments de domestication des pouvoirs non étatiques <i>Juliette Tricot</i> | 1763 |
| 100. | Responsabilidad penal por transmisión de enfermedades contagiosas en tiempos de COVID-19 <i>Silvia Valmaña Ochaita</i> | 1775 |

Derecho procesal

| | | |
|------|---|------|
| 101. | Nota en relación con los inspectores-peritos en el anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal <i>Francisco Boix</i> | 1795 |
| 102. | O objeto da audiência no processo penal português <i>Jorge de Figueiredo Dias y Susana Aires de Sousa</i> | 1799 |
| 103. | Política criminal, dogmática procesal penal y pragmatismo <i>Juan Luis Gómez Colomer</i> | 1821 |
| 104. | El espejismo de la negociación en las conformidades o por qué no se conforman los futbolistas <i>Miriam Cugat Mauri</i> | 1837 |
| 105. | La legitimación procesal de la víctima en los delitos socioeconómicos y las acciones colectivas <i>Rafael Rebollo Vargas</i> | 1853 |
| | ANEXO: Listado de publicaciones académicas | 1873 |

OMISIÓN DE IMPEDIR DELITOS Y ACCESORIEDAD RESPECTO DEL DELITO NO IMPEDIDO

JACOBO DOPICO GÓMEZ-ALLER
Catedrático de Derecho Penal. Universidad Carlos III de Madrid

I. Aporías del deber de impedir determinados delitos

La omisión de impedir determinados delitos es una figura compleja, cargada de ecos de regulaciones pretéritas. Históricamente ha estado vinculado a la criminalización de la *omisa denuncia de delitos ya consumados*¹ y a cierta praxis de criminalización de la sospecha (pues si el sujeto había estado cerca del delito y omitía impedirlo, quizá se debiese a que *algo tenía que ver con él*). Más recientemente lo relacionamos con los -no tan- modernos tipos penales de omisión de socorro, como infracción de un deber cívico de actuar para evitar muertes, lesiones y otros daños graves a bienes personalísimos. En resumen, este delito se ha ubicado históricamente en un cruce de caminos entre los deberes de colaboración ciudadana y la sanción de una suerte de *encubrimiento pasivo*; entre la participación por omisión (*concurso negativus*) y el surgimiento del concepto de delito propio de omisión... y, como es sabido, es en los cruces de caminos donde el viajero puede escuchar las historias más interesantes.

Una de esas historias, escasamente analizada por la doctrina española, podría enunciarse del modo siguiente: ¿puede perseguirse y condenarse la omisión de impedir delitos cuando aún no se han iniciado los actos ejecutivos del delito no impedido? Es decir: ¿rige para la omisión de impedir delitos alguna clase de *accesoriedad respecto del delito no impedido*?

¹ Como revela el *lapsus calami* del legislador, que en la rúbrica aún sigue hablando de la omisión de impedir delitos y *promover su persecución*, por más que no esté castigada la omisa promoción de la persecución de delitos.

Veamos un ejemplo que puede ilustrar el problema.

X oye a sus compañeros de piso conspirar y organizar la violación de una vecina, y ve cómo algunos de ellos han traído cuerdas y grilletes para que el compinche que planea violarla pueda atarla.

X, pudiendo hacerlo, no acude a las autoridades para impedirlo.

La policía, que estaba realizando unas escuchas autorizadas en relación con otros delitos, interviene antes de que se inicien los actos ejecutivos de la violación.

Conforme al principio de accesoriadad en su concepción dominante, no sería posible castigar como partícipes a quienes han realizado sus aportaciones en esta fase pre-ejecutiva, trayendo cuerdas o grilletes. Tampoco sería posible hacerlo por la vía de los actos preparatorios de conspiración, pues estos son impunes para el delito de violación.

Pero ¿sería posible castigar a X (el compañero de piso que no había aportado nada al plan) por cometer un delito de omisión del artículo 450 CP; dejando libres a quienes ya habían realizado aportaciones al plan delictivo?

En principio, no habría obstáculos insalvables para ello en el tenor del tipo penal: el sujeto, «*pudiendo hacerlo con su intervención inmediata y sin riesgo propio o ajeno*», no emprendió ninguna conducta para «*[impedir] la comisión de un delito que afecte a las personas en su... libertad sexual*».

No obstante, si en efecto entendemos que el Código penal obliga a castigar a X por su omisión conforme al art. 450, nos encontraríamos ante una llamativa aporía.

– Quienes han actuado de modo más reprochable (no sólo *no denunciando* los planes delictivos a la policía, sino incluso *tomando parte activa en la conspiración* –impune para la violación– e incluso *aportando medios para cometerla*, como cuerdas y grilletes) *no podrían ser castigados*, en virtud del principio de accesoriadad, que cierra el paso a la punición de la participación cuando aún no se han iniciado los actos ejecutivos del delito.

– Sin embargo, entenderíamos que el art. 450 CP obligaría a castigar como autor de una omisión del deber de impedir delitos *a la única persona que no estaba participando en la conspiración ni aportando medios para la futura violación*; y que tal castigo se fundaría en una conducta que *también realizaban los demás que sí estaban implicados*: no impedir el

delito (denunciándolo, haciéndoles desistir de su plan, avisando a la víctima, etc.), y a quienes pese a ello no castigamos.

En el colmo, el omitente aparentemente podría eludir la pena si lograra convencer a las autoridades de que *él también iba a participar en la violación (!)*, pues en tal caso su conducta sería la de *participación en fase previa en un hecho que aún no ha iniciado actos ejecutivos...* y la conspiración para cometer violación es impune.

El escenario es enormemente contraintuitivo. Se ha dicho de esta situación que es «poco evidente», «paradójica» o que contiene un incomprensible *premio por ser sospechoso de haber participado en el delito*². Es, ciertamente, un supuesto muy poco probable en la práctica, casi «de laboratorio»; pero sin duda muestra los complejos perfiles de la figura que estamos estudiando.

El Código Penal español no contiene ninguna previsión específica que permita salir de esta aporía. Sin embargo, tanto los textos históricos germánicos como la regulación vigente en países como Alemania o Austria sí prevén normas con diversas soluciones que pueden arrojar luz sobre esta cuestión.

II. Una mirada al escenario legislativo histórico y actual en Alemania y en Austria. Una condición objetiva de punibilidad: el inicio de actos ejecutivos del delito no evitado

Distintos códigos germánicos del siglo XIX, al regular el castigo de la omisión de impedir delitos, incluían una cláusula sumamente interesante: la que *supeditaba la punición de esta omisión propia a que se hubiesen comenzado los actos ejecutivos del delito no evitado*.

Es el caso, por ejemplo, del § 39 del StGB prusiano de 1851:

§ 39 PrStGB 1851: [Omisión de denuncia de un delito]. «Quien tenga conocimiento fehaciente del plan de cometer alta traición, traición a la patria, falsificación de moneda, asesinato, robo, detención ile-

² La primera crítica es de SCHMIDHÄUSER, Eberhard, «Über die Anzeigepflicht des Teilnehmers», en Arthur Kaufmann (ed.), *Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag*, München, 1979, pp. 683 y ss., p. 686; las otras dos, de GEILEN, Gerd, «Unterlassene Verbrechensbekämpfung und ernsthafte Abwendungsbemühungen», en *JuS* 1965, pp. 426 y ss., p. 429 («Prämierung des übriggebliebenen Teilnahmeverdachts»).

gal o un delito de peligro para la colectividad que ponga en riesgo la vida de las personas, en un momento en que la evitación de estos delitos sea posible, y no lo denuncie a las autoridades o a la persona amenazada por el delito en el momento oportuno, será castigado con una pena de prisión no superior a cinco años *si el delito realmente llega a cometerse o a intentarse*»³.

Nótese que se trata de una regla de *accesoriedad*: la punición de esta conducta relacionada con la fase preparatoria de un delito ajeno está supeditada a que dicho delito inicie su fase ejecutiva.

Esta regla de accesoriedad tenía una lógica evidente en este texto legal, ya que en él la omisión de impedir delitos era una *forma de participación en el delito*. En efecto, este § 39 del StGB prusiano de 1851 formaba parte del Título tercero de su Parte Primera, dedicado a la *participación delictiva* (*Von der Theilnahme an einem Verbrechen oder Vergehen*). Por ello, al restringir el castigo de la omisión de impedir delitos a los casos en que el delito en cuestión se llegase a intentar o cometer, se estaba limitando a constatar la *accesoriedad de una forma de participación delictiva*. Nótese que la idea de que la omisión de impedir delitos fuese una forma de participación por omisión o *concursum negativum* aparece en numerosos textos centroeuropeos en el tránsito al siglo XIX, como el Allgemeines Landrecht prusiano de 1794⁴, el Código Penal bávaro de 1813⁵, el Código Penal del reino de Sajonia⁶, etc.⁷

³ § 39 Código Penal Prusiano 1851: «[Unterlassung einer Verbrechensanzeige] Wer von dem Vorhaben eines Hochverraths, eines Landesverraths, einer Münzfälschung, eines Mordes, eines Raubs, eines Menschenraubes oder eines das Leben von Menschen gefährdenden gemein-gefährlichen Verbrechens zu einer Zeit, zu welcher die Verhütung dieser Verbrechen möglich ist, glaubhafte Kenntniß erhält und es unterläßt, davon der Behörde oder der durch das Verbrechen bedrohten Person zur rechten Zeit Anzeige zu machen, soll, wenn das Verbrechen wirklich begangen oder zu begehen versucht wird, mit Gefängniß bis zu fünf Jahren bestraft werden».

⁴ El *Allgemeines Landrecht* prusiano de 1794 (disponible en <http://ra.smixx.de/media/files/PrALR-II-20.pdf>) regulaba la omisión de impedir delitos en los §§ 80 a 82 como una forma de participación, bajo el epígrafe «Participación en los delitos de otros» («Theilnehmung an den Verbrechen Anderer»).

⁵ El § 78 del Código bávaro de 1813 -obra del gran P. J. A. Feuerbach- regula el omiso impedimento de cualquier delito como un «tercer grado de la complicidad» («Dritten Grad des Gehülffens»).

⁶ El artículo 39 de este Código establecía que debía considerarse como *encubrimiento* (concebido entonces como una *forma de participación en el delito*) la conducta de quien, teniendo conocimiento de que se iba a cometer un delito, no lo impediese mediante aviso a las autoridades o a la persona amenazada (si bien preveía un doble régimen sancionador que dependía de las características del delito no evitado: ver *ZUSAMMENSTELLUNG der Strafgesetze auswärtiger Staaten nach der Ordnung des revidirten Entwurfs des Strafgesetzbuchs für die Königlich-Preussischen Staaten. Erster Theil. Von Verbrechen und deren Bestrafung überhaupt*. Berlin, 1838, p. 222)

⁷ Sobre la situación en la literatura previa a la Ilustración, ver GEIB, Gustav, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Zweiter Band: System. Allgemeine Lehre*. Leipzig, 1862, pp. 392-393 (dispo-

El Código Penal imperial alemán o *Reichsstrafgesetzbuch* de 1871 recogía la omisa denuncia u omiso impedimento del delito en su antiguo § 139 como *delito autónomo*, abandonando la idea de la participación por omisión. Sin embargo, seguía previendo una cláusula similar a la de accesoriadad, exigiendo como condición objetiva de punibilidad que el delito no impedido hubiese llegado a fase ejecutiva.

§ 139 RStGB: «Quien obtenga conocimiento creíble de un plan de cometer alta traición, traición a la patria, falsedad de moneda, asesinato, robo, detención ilegal o un delito de peligro para la colectividad, en un momento en que la evitación del delito sea posible, y no lo denuncie a su debido tiempo a las autoridades o a la persona amenazada por el delito, será castigado con pena de prisión *si se ha llegado a cometer el delito o una tentativa punible de éste*»⁸.

Cláusulas como ésta se encuentran presentes también en el ordenamiento vigente de otros países, como en el § 286 (1) del Código Penal austríaco (öStGB), que expresamente supedita la punición de su delito

nible en https://books.google.es/books?id=VplRAAAAcAAJ&printsec=frontcover&hl=es&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false; sobre los antecedentes medievales germánicos ver, por todos, SCHAFFSTEIN, *Die allgemeine Lehren vom Verbrechen in ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des gemeinen Strafrechts*, Berlin: Springer, 1930, p. 57.

Esta línea es ajena a la tradición española, que históricamente ha rechazado de modo general la idea de un *concursum negativum* por mera omisión de impedir delitos por parte de personas que no ostenten una obligación especial. Este rechazo se exceptúa en el caso de la *traición* y demás delitos de lesa majestad, donde sí se acepta que es partícipe (*consciens*) por omisión el que sabiendo de una conspiración para cometer traición, no la impide. Son interesantes en este sentido los escritos del Ministerio Fiscal en casos de traición, como el de la Conspiración del Duque de Híjar (una supuesta conspiración entre cuyos objetivos se hallaba, según la acusación, usurpar la Corona de Aragón). Refiriéndose a un acusado que supo de la conspiración y no la reveló, dice el fiscal. «*Es consciens criminis. Consciens criminis, propissimamente, es el Capitán Cabral. Pues no solamente lo es el que es particeps delicti, sed qui tantum cognovit*» (DEL HIERRO, Agustín, *Contra el Duque de Híjar don Rodrigo de Silva, El Marques de la Vega de la Sagra, Don Pedro de Silva, Don Carlos de Padilla y el capitán Domingo Cabral. Sobre diferentes delitos de lesa Magestad in primo capite*, 1648; disponible en https://books.google.es/books?id=cw_kAbBwMTsC&printsec=frontcover&hl=es#v=onepage&q&f=false)

⁸ § 139 RStGB 1871: «Wer von dem Vorhaben eines Hochverraths, Landesverraths, Münzverbrechens, Mordes, Raubes, Menschenraubes oder eines gemeingefährlichen Verbrechens zu einer Zeit, in welcher die Verhütung des Verbrechens möglich ist, glaubhafte Kenntniß erhält und es unterläßt, hiervon der Behörde oder der durch das Verbrechen bedrohten Person zur rechten Zeit Anzeige zu machen, ist, wenn das Verbrechen oder ein strafbarer Versuch desselben begangen worden ist, mit Gefängniß zu bestrafen».

de omisión de impedir acciones punibles a que dicha acción punible «al menos se haya intentado».

§ 286 (1) öStGB: «Quien, con la intención de que se cometa un acto punible doloso, omita impedir su ejecución inminente o ya iniciada; o, en los casos en que ello permita la evitación del delito, no avise a la autoridad o a la propia persona amenazada, será castigado con una pena privativa de libertad de hasta dos años, *siempre que el acto punible al menos haya sido intentado* y esté castigado con pena de prisión de más de un año (...)»⁹.

Es clara la intención objetivadora de estas cláusulas. Ante un suceso *que no ha llegado a tener trascendencia real*, que ha quedado en una simple fase preparatoria, no se adelanta la barrera punitiva: ni para quienes participaron en los actos preparatorios... ni, por supuesto, para quienes no participaron en ellos y se limitaron a no impedirlos.

Sin embargo en Alemania la llegada del *Derecho penal de la voluntad* nacionalsocialista determinó la eliminación en 1936 de esa cláusula objetivadora del § 139 del Reichsstrafgesetzbuch, sustituyéndola por una cláusula *facultativa* que simplemente permite al juez no imponer la pena cuando no se hayan iniciado los actos ejecutivos.

«Ist die Tat nicht versucht worden, so kann von Strafe abgesehen werden» («Si el hecho no se ha intentado, puede prescindirse de la pena»).

El precepto en su redacción nazi llega hasta nuestro tiempo en el § 139.1, prácticamente intacto:

«Ist in den Fällen des § 138 die Tat nicht versucht worden, so kann von Strafe abgesehen werden.»

La cláusula se convierte en una extravagante *facultad para decidir si se pena o no se pena* sin condiciones para su aplicación. La responsabili-

⁹ § 286 (1) öStGB: «Wer es mit dem Vorsatz, daß vorsätzlich eine mit Strafe bedrohte Handlung begangen werde, unterläßt, ihre unmittelbar bevorstehende oder schon begonnene Ausführung zu verhindern oder in den Fällen, in denen eine Benachrichtigung die Verhinderung ermöglicht, der Behörde (§ 151 Abs. 3) oder dem Bedrohten mitzuteilen, ist, *wenn die strafbare Handlung zumindest versucht worden* und mit einer ein Jahr übersteigenden Freiheitsstrafe bedroht ist, mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren zu bestrafen (...)».

dad penal por estos hechos, pues, depende de si el Juez estima que procede castigar la conducta o no; y la ley no aporta indicio alguno sobre los criterios o parámetros que pueden orientar su decisión. Según la escasa doctrina que entra a analizar la *ratio* de este precepto, se trata de evitar situaciones en las que sería *injusto* para el sujeto que omite denunciar el hecho o frustrar de otro modo su ejecución¹⁰. No obstante, con esto no se logra resolver los graves problemas de esta regulación. Dicho de otro modo: ¿cuándo podría inaplicarse esta cláusula facultativa? ¿Cuándo *sí* sería justo condenar al que omite actuar para impedir el delito y no a los sujetos que estaban planeando el delito? Estos y otros problemas de la regulación vigente han llevado a algún sector de la doctrina a proponer que se reintroduzca como condición objetiva de punibilidad el inicio de los actos preparatorios¹¹, volviendo así a la regulación previa a la reforma nacionalsocialista.

III. Vías interpretativas para salir de esta aporía

Como hemos visto, pues, en el vigente Derecho austríaco (como antes en el Derecho penal decimonónico alemán) la cuestión está resuelta de modo sencillo y razonable. La punición de la omisión de impedir delitos está supeditada a una condición objetiva: el *inicio de actos ejecutivos del delito no evitado*. En el Derecho alemán vigente puede acudirse a una insatisfactoria *cláusula facultativa*, lo cual no resuelve la duda de *por qué es facultativa* ni la de *cuándo debe aplicarse y cuándo no*.

Sin embargo, la regulación española no prevé ninguna norma similar que nos arroje luz sobre esta contradicción. ¿Acaso no es irrazonable no castigar a *los que planean el delito sin llegar a ejecutarlo* -por principio de accesoriadad- pero sí castigar a quien, *sin formar parte del plan, no les denunció*, es decir, hacer de peor condición a quien *no planeaba el delito* que a quienes sí lo planeaban? Ante este silencio de la ley, las alternativas para resolver esta contradicción han de venir por vía interpretativa.

¹⁰ Por ejemplo, STERNBERG-LIEBEN, Detlev, «Comentario al §139/1», en Schönke-Schröder, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 30 ed., 2019; HOHMANN, Olaf, «Comentario al §139/1», en *Muenchener Kommentar zum StGB*, t. III, 3.ª ed., München, 2017.

¹¹ KISKER, Silke, *Die Nichtanzeige geplanter Straftaten*, §§ 138, 139 StGB, *Reformdiskussion und Gesetzgebung seit 1870*. Berlin 2002, p. 195-196.

1. *Aplicar el delito de omisión de impedir delitos también a los intervinientes en la conspiración si el delito no llega a alcanzar la fase ejecutiva*

Hace décadas planteaba Schmidhäuser¹² que para evitar la citada contradicción valorativa debía aplicarse el delito de omisión de impedir delitos *también a la participación intentada de los delitos contemplados en el § 138*, para no hacer de mejor condición a los conspiradores y partícipes en el delito aún no ejecutado frente a los simples «malos samaritanos».

[Debe aclararse aquí que el Derecho penal alemán no permite el castigo de la conspiración en este tipo de casos: la conspiración o *Verebredung* del § 30 (2) StGB sólo sería aplicable a casos en que los conspiradores pretendan co-ejecutar el delito como coautores o a los casos de «mutua inducción», pero no a los casos de conspiración de cómplices]¹³.

En opinión de Schmidhäuser, todos los autores y partícipes de un delito como, por ejemplo, la violación o el homicidio, cometen siempre el delito en cuestión y, a la vez, *el delito de omisión de impedir delitos al no impedir el delito que ellos mismos están planeando y cometiendo*. No obstante, no se les puede penar por los dos delitos, ya que el delito de homicidio desplaza, por subsidiariedad, al delito de omisión de impedir delitos. Ahora bien: allá donde no sea posible aplicar el tipo de homicidio debido a que no se han iniciado actos ejecutivos, el autor alemán concluye que no hay motivo por el cual no proceda aplicar en España la omisión de impedir delitos. Por ello, aunque el Código penal alemán no permita castigar la participación intentada ni la conspiración entre autor y partícipes, el delito de *omisión de denunciar o de otro modo impedir delitos* abriría la vía para castigar a los conspiradores. A la solución de Schmidhäuser se han adherido autores como Rubio Lara¹⁴ o, con argumentación parcialmente diversa, Huerta Tocildo¹⁵.

¹² SCHMIDHÄUSER, «Über die Anzeigepflicht...», pp. 697-698.

¹³ HEINE, Günter; WEISSER, Bettina, «Comentario al § 30», en *Schönke-Schröder Strafgesetzbuch Kommentar*, 30.ª ed., 2019, § 30/25; BGH NStZ-RR 02, 74 con comentario de Heger, en JA 2002, 628 y ss.

¹⁴ RUBIO LARA, Pedro, *Omisión del deber de impedir determinados delitos o de promover su persecución*. Madrid, 2003, pp. 235-236.

¹⁵ HUERTA TOCILDO, Susana, «Omisión de los deberes de impedir y denunciar determinados delitos», en *Problemas fundamentales de los delitos de omisión*. Madrid, 1987, pp. 199 y ss., p. 248.

Así, en casos como los que nos ocupan, al no haber posibilidad de castigar a los que planeaban el delito, Schmidhäuser entiende que nada impide la aplicación del tipo de omisión de impedir delitos a los conspiradores, ya que dicho tipo no resulta desplazado por la punición de la participación intentada ni de la conspiración. De este modo, no habría paradoja ni «agravio comparativo»: se castigaría por omitir impedir el delito *tanto a los conspiradores como al sujeto no implicado en la conspiración*.

La doctrina alemana ha sido crítica con esta propuesta, aduciendo que no parece aceptable emplear la figura del § 138 para derogar el principio de accesoriadad en relación con un concreto listado de delitos, castigando la participación en hechos aún no iniciados¹⁶.

La solución de Schmidhäuser no es trasladable a nuestro ordenamiento jurídico, como según hemos visto ha propuesto algún sector minoritario de la doctrina española. Si el caso que plantea el autor alemán tuviese que ver con un *homicidio*, por ejemplo, la solución en el Código Penal español debe ser la de *aplicar a los sujetos implicados en la futura comisión del delito la pena de la conspiración* (art. 141 CP). Lógicamente, ello haría imposible castigarles, además, por no denunciar dicha conspiración. Pero ¿y si se tratase de un tipo penal que no prevé actos preparatorios punibles?

Eso nos pone ante un argumento definitivo: *cuando el legislador español desea adelantar la barrera punitiva antes del inicio de los actos ejecutivos a quien, habiendo intervenido en fase previa, no impide que la conspiración se ejecute, lo hace específicamente mediante la criminalización de la conducta de conspiración*.

Y, por supuesto, el Derecho español impone al conspirador en un delito el deber de frustrar el plan: se trata de su *deber de desistir*¹⁷. Si cumple con ese deber, impidiendo o intentando impedir de modo serio, firme y decidido la comisión del delito, no será castigado como conspirador¹⁸.

Pues bien: si nos fijamos en los delitos a los que se refiere el art. 450 CP (delitos contra la vida, la integridad física, la libertad y la libertad se-

¹⁶ OSTENDORF, § 138-139, en KINDHÄUSER/NEUMANN/PAEFFGEN, *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 7.^a ed., 2017, § 138/6.

¹⁷ POZUELO PÉREZ, Laura, *El desistimiento en la tentativa y la conducta postdelictiva*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, p. 240.

¹⁸ Sobre desistimiento en los actos preparatorios (y la falta de una regulación expresa), ver MIR PUIG, PG 9/44; 13/109 y ss.

xual), nos encontraremos con que *el legislador ha dado una respuesta diferenciada a los distintos delitos*.

- En el caso de *los homicidios y asesinatos* (art. 141), *las lesiones* (art. 151) y *las detenciones ilegales* (art. 168), *la conspiración es punible*.
- En el caso de los delitos *contra la libertad*¹⁹ y *contra la libertad sexual*, *la conspiración es impune*.

Esto revela la imposibilidad de trasladar la solución de Schmidhäuser al ordenamiento español. En relación con el primer grupo de delitos, es evidente que no se puede castigar a los conspiradores a la vez por conspiración y por omisión de impedir su propia conspiración. En relación con los delitos contra la libertad y la libertad sexual, pretender aplicar el delito del art. 450 a los intervinientes en fase previa *allá donde el legislador deliberadamente no ha querido criminalizar la conspiración* se antoja una solución sistemáticamente incoherente y contraria al criterio del legislador.

2. *Interpretación sistemática: el delito del art. 450 CP requiere, como condición objetiva de punibilidad, el inicio de actos ejecutivos del delito no impedido*

No obstante, la interpretación más razonable de este precepto sería la que exigiría, como condición objetiva de punibilidad, el inicio de los actos ejecutivos del delito no impedido. Carece de sentido que lo que se exige para la punición del partícipe en fase previa no se exija también para la punición del que, sin participar en los hechos, se limita a no impedir que se inicien o consumen.

Esta opción es compatible con el tenor literal y supone una vía de resolución de la aporía señalada.

En su defensa deben aducirse los siguientes argumentos:

- *Coherencia sistemática*: impide la contradicción valorativa que supondría hacer de peor condición al que no denuncia la conspiración (típica o atípica) sin haber intervenido en ella que a los propios conspiradores.

¹⁹ Hay cierto debate sobre qué delitos contra la libertad deben entenderse incluidos en la mención del art. 450 CP (ver SOLA RECHE, *La omisión del deber de intervenir para evitar determinados delitos del artículo 450 CP*. Granada, 1999, p. 151).

– *Antijuridicidad material y no punición de infracciones sin trascendencia.* En términos materiales se trata, en cualquier caso, de la opción más razonable. El adelantamiento de la barrera punitiva que se produce no ya al no impedir un delito ajeno, sino *al castigar a alguien por no actuar para impedir la concreción de una conspiración que finalmente no llegó a nada y que de por sí ni siquiera es punible* supone ir más allá de la «punición de la mera voluntad infractora» para avanzar a la «punición de la mera voluntad de no combatir la mera voluntad infractora de otra persona²⁰».

– *Compatibilidad con el tenor literal del art. 450 CP.* El tipo penal habla de «no impedir la comisión de un delito». Cabe interpretar sin forzar el tenor literal que el suceso descrito en el tipo («no impedir la comisión de un delito») no llega a tener lugar plenamente si ese delito no ha llegado a iniciarse. Sin duda, en tal caso cabrá decir que el sujeto *no ha hecho nada para impedir*, que *no se ha esforzado en impedir* o que *ha infringido el deber de impedir*. De hecho, cabe decir que esta interpretación es menos forzada que la que sostiene que, en los casos en que alguien se ha limitado a no frustrar la conspiración de un hecho que no llega a iniciarse, el sujeto «no ha impedido la comisión de un delito», pues no ha tenido lugar en la realidad ningún delito.

Ciertamente, como ya se ha avanzado, no se trata de un problema que incida de modo real en la aplicación judicial del Derecho penal (hasta donde alcanzo, entre las ya de por sí exiguas cifras de condenas por este delito no se registran condenas por omitir frustrar un plan delictivo que no haya dado lugar a actos ejecutivos); pero es sabido que cada paso que la legislación penal se aleja del Derecho penal del hecho es el punto de partida del siguiente paso en la misma dirección.

IV. Necesidad de una reforma. Propuesta de *lege ferenda*

A pesar de que una interpretación restrictiva de este precepto permite alcanzar la solución correcta, la solución razonable de estos problemas ha de venir por la vía de una toma de posición legislativa que disuelva la ambigüedad y plasme de modo expreso y con determinación suficiente cuál es la respuesta penal que debe darse a la conducta de

²⁰ Voluntad infractora de otra persona que, además, *aún es impune*.

quien omite impedir que un plan delictivo se lleve a cabo, si éste en efecto no llega a la fase de actos ejecutivos.

Como he sostenido en las líneas precedentes, la solución más razonable es aplicar al delito del art. 450 CP la misma regla que rige de modo general para la intervención delictiva en fase previa: la impunidad antes del inicio de los actos ejecutivos. Esto se lograría añadiendo una simple apostilla («será castigado, *siempre que el delito no impedido hubiese comenzado a ejecutarse...*») o con una cláusula final que podría cobrar la forma de condición objetiva de punibilidad o de procedibilidad, como por ejemplo: «No podrá exigirse responsabilidad penal al omitente (o «no podrá procederse contra el omitente») *salvo en los casos en que el delito no impedido haya comenzado a ejecutarse*».

La decisión legislativa puede, no obstante, ser más matizada. Así, por ejemplo, el Código penal exceptúa en algunos delitos la regla general de la impunidad de los actos preparatorios, admitiendo excepcionalmente la punición de la conspiración, la proposición o la provocación para algunos delitos. Se podría plantear si esa misma dualidad de criterio debería trasladarse también al ámbito del art. 450 CP, mediante una cláusula como la siguiente: «No podrá exigirse responsabilidad penal al omitente salvo en los casos en que el delito no impedido haya comenzado a ejecutarse *o se hayan iniciado actos preparatorios punibles*».

Sea como fuere, y mientras no tenga lugar la deseable intervención legislativa para una resolución explícita sobre este extremo, debe subrayarse que la lectura más razonable de este precepto es la interpretación sistemática que restrinja la punibilidad de la omisión de impedir determinados delitos a los casos de inicio de actos ejecutivos del delito no impedido.

* * *

En estas líneas se evidencia una vez más que para discernir entre los significados de un texto legal y para otorgarle un sentido más afinado y razonable debemos saltar por encima de ciertas barreras. Saltar sobre las barreras espaciales y acudir al Derecho comparado; saltar sobre las barreras temporales y rastrear los orígenes en el Derecho histórico. Esta es una de las muchas cosas que hemos aprendido de la obra y de la persona de Luis Arroyo Zapatero. ¡Muchas felicidades!