

**MODERNIDAD Y TRANSFORMACIÓN
DEL DERECHO PENAL**

**MODERNITÀ E TRASFORMAZIONE
DEL DIRITTO PENALE**

IGNACIO F. BENÍTEZ ORTUZAR

ROBERTO BARTOLI

(Directores)

 *Dykinson, S.L.*

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su incorporación a un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, sea este electrónico, mecánico, por fotocopia, por grabación u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito del editor. La infracción de los derechos mencionados puede ser constitutiva de delito contra la propiedad intelectual (art. 270 y siguientes del Código Penal).

Dirijase a Cedro (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra. Puede contactar con Cedro a través de la web www.conlicencia.com o por teléfono en el 917021970/932720407.

Este libro ha sido sometido a evaluación por parte de nuestro Consejo Editorial.

Para mayor información, véase www.dykinson.com/quienes_somos

© Copyright by
Los autores
Madrid

Editorial DYKINSON, S.L. Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid
Teléfono (+34) 91 544 28 46 - (+34) 91 544 28 69
e-mail: info@dykinson.com
<http://www.dykinson.es>
<http://www.dykinson.com>

ISBN: 978-84-1170-247-8
Depósito Legal: M-24763-2023

ISBN electrónico: 978-84-1170-511-0

Preimpresión por:
Besing Servicios Gráficos S.L.
e-mail: besingsg@gmail.com

INTRODUCCIÓN MOTIVADA

IGNACIO F. BENÍTEZ ORTÚZAR

*Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Jaén (España)*

ROBERTO BARTOLI

*Professore Ordinario di Diritto Penale
Università degli studi di Firenze (Italia)*

En el marco del acuerdo de colaboración cultural y científica vigente entre la Università degli studi di Firenze (Italia) y la Universidad de Jaén (España), en la sede Antonio Machado de la Universidad Internacional de Andalucía en Baeza (Jaén), durante los días 16 y 17 de septiembre de 2022 tuvo lugar el seminario “*Modernidad y transformación del Derecho penal/Modernità e trasformazione del Diritto penale*”. En el incomparable marco renacentista del “Palacio de Jabalquinto” tuvimos la oportunidad de debatir en profundidad sobre temas de actualidad que vienen conformando la política criminal en Italia y en España en este ya bien entrado siglo XXI. Se trataron cuestiones candentes de máxima actualidad para el devenir social que han de cohabitar necesariamente con los principios garantistas del Derecho penal moderno y su carácter de última ratio legis. Momentos convulsos en los que se suceden las reformas penales -no siempre elaboradas con la mejor técnica legislativa- y novedosas propuestas político-criminales -no siempre respetuosas con los principios que inspiraron el Derecho penal liberal-.

El seminario estuvo estructurado de forma que mantuviera una cohesión absoluta, con el exhaustivo análisis de cada uno de los temas específicos propuestos, confrontando la problemática planteada en la aplicación del Ordenamiento jurídico-penal español y del Ordenamiento jurídico-penal ita-

liano. Ello motivó que cada una de las áreas abordadas contara con un experto de cada uno de los citados países, de manera que era absolutamente posible realizar una comparativa entre ambas normativas, pudiendo aprehender los aciertos y los errores de cada uno de los legisladores y, en su caso, de los aplicadores del Derecho, en aras de encontrar una mejor respuesta a algunos de los interrogantes suscitados.

Gran parte de los textos que se incluyen en la obra que ahora presentamos y que tiene el título del seminario referido, son fruto de las ponencias desarrolladas en el mismo. Ponencias desarrolladas, reflexionadas y debatidas con profundidad y que han sido plasmadas en esta obra de Derecho penal comparado.

De este modo, los profesores Guillermo Portilla Contreras (Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Jaén) y Domenico Notaro (Professore associato di Diritto Penale dell'Università di Pisa) afrontan distintos perfiles de uno de los temas más complejos y apasionantes que presenta el Derecho penal en las últimas décadas, como es el problema del tratamiento de la culpa o imprudencia. El profesor Portilla aborda el trabajo con referencias a la más reciente jurisprudencia española y a la reforma del homicidio y las lesiones imprudentes operada por la Ley Orgánica 11/2022, de 13 de septiembre, siempre y cuando dicha imprudencia haya sido producida por medio de un vehículo a motor o ciclomotor; asimismo abordó el eterno problema de la “culpa inconsciente”, la difícil diferenciación entre la infracción del deber de cuidado y la posición de garante, la utilización de criterios para la valoración de la infracción del deber (objetivo-normativo o subjetivo), la referencia a los comportamientos alternativos adecuados o la “compensación de culpas”, finalizando con la mención a la posibilidad de apreciar causas de justificación en el delito imprudente o el error de prohibición en el seno de la imprudencia. Por su parte, el profesor Notaro advierte como en Italia el número de delitos de posible comisión imprudente ha ido aumentando con el paso del tiempo a través de normas penales que castigan únicamente la conducta, aunque no conlleven un resultado lesivo; plantea, asimismo, el problema de las fuentes de las que emanan las propias normas y la dificultad su posterior aplicación, así como el problema de la imputación en los delitos culposos o la relación entre la ciencia y la imprudencia, por cuanto el conocimiento científico marcará la posible previsibilidad de un resultado lesivo, o el problema de la imprudencia profesional en el ámbito médico.

La profesora Pilar Fernández Pantoja (Catedrática de Derecho Penal de la Universidad de Jaén) y el profesor Francesco Cingari (Professore associato di Diritto Penale dell'Università di Firenze), abordan el problema del llamado “Derecho penal de género”. La profesora Fernández parte del propio concep-

to de “perspectiva de género”, expresión proveniente de la IV Conferencia Internacional sobre la Mujer celebrada en Pekín en 1995, para referirse a la estrategia que busca la promoción de la igualdad entre mujeres y hombres, siendo el objetivo la consecución de un reconocimiento social haciendo un recorrido histórico, plasmando como se ha tratado de buscar estrategias que lleven a la promoción de la igualdad entre mujeres y hombres, siendo que existe una igualdad formal pero no así material, en vista de la presencia social de formas de violencia sobre la mujer, desigualdades salariales o trata de personas, lo que expresa que se vulneran derechos de las mujeres por el mero hecho de serlo, afirmando que la perspectiva de género no atañe al sexo, sino a los roles sociales que diferencian a hombres y mujeres históricamente. Sobre la perspectiva de género en el Ordenamiento jurídico-penal italiano, el profesor Cingari se refiere a la indeterminación e inseguridad jurídica de que adolecen los tipos penales de violencia de género en Italia, aportando datos devastadores como la confirmación de que el enorme esfuerzo legislativo para proteger a las mujeres y las sucesivas figuras penales creadas en este sentido no han conseguido reducir los casos de violencia de género, lo cual demuestra que la estrategia seguida no está siendo útil para la prevención de esta tipología delictiva, a pesar de los enormes costes que supone la aplicación de la normativa. Ello evidencia que el problema radica en la educación, lo que redundaría en la necesidad de apartarse de los postulados de la prevención general para dar paso a una correcta reeducación que anime al sujeto a alejarse de esa clase de criminalidad.

Las profesoras Costanza Bernasconi (Professoressa associata di Diritto Penale dell’Università di Ferrara) y Eva María Domínguez Izquierdo (Profesora Titular de Derecho Penal de la Universidad de Jaén) afrontan cuestiones relacionadas con las conductas reparadoras y el papel de la víctima en la resolución del conflicto. La profesora Bernasconi, tras establecer la amplitud del término reparación, que presenta una gran variedad de acepciones, centra su trabajo en la distinción principal entre las conductas reparadoras en la práctica de la Justicia (un proceso de transposición de la Directiva Europea 2012/29/UE que supuso varios cambios para el Ordenamiento italiano, como la introducción de la figura del mediador, en contraposición con la del Juez) de la reparación relacionada con la tutela del bien jurídico. Por su parte, la profesora Domínguez enfoca el tema de la reparación desde el prisma español, comenzando con la idea de que la víctima goza actualmente de un papel relevante en el proceso penal, haciendo un repaso por los instrumentos normativos de reforma en tal sentido (Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, que establece las normas mínimas sobre derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos; el Estatuto de la víctima (LO 4/2015); y las Leyes que han reformado el Código Penal, principalmente la

LO 7/2003, de cumplimiento íntegro y efectivo de las penas y la LO 1/2015 de reforma del Código Penal).

El problema relativo a la trata de seres humanos y a las nuevas formas de esclavitud en el siglo XX es abordado en esta obra por la profesora Esther Pomares Cintas (Catedrática acreditada de Derecho Penal de la Universidad de Jaén) y por el profesor Filippo Bellagamba (Professore associato di Diritto Penale dell'Università di Siena). La profesora Pomares, inicia su trabajo exponiendo la percepción acerca de que los Estados han naufragado en su intención de luchar contra las formas de explotación al ser humano en tanto que las prácticas de explotación de significación equivalente a la esclavitud son componentes sistémicos de las economías y los mercados de todo el mundo, se lanza la idea de que la diferencia entre la esclavitud tradicional y la actual no es otra que el hecho de que en esta última es el propio explotado el que acude voluntariamente al explotador, colocándose bajo su yugo, como queda patente en vista de las condiciones de vida y laborales que imperan hoy día; proponiendo los siguientes objetivos centrales: revitalizar la vigencia del régimen jurídico protector del ser humano ante la cosificación explotadora, visualizar los escenarios y la fenomenología de la esclavitud moderna, revisar el concepto de vulnerabilidad ante la explotación e implementar políticas públicas de justicia social para erradicar los factores de la vulnerabilidad institucional; concluyendo el dato de que no existe en nuestro Código Penal ningún delito referido a la explotación o esclavitud, a diferencia de otros países del entorno, como Italia o Alemania, que presentan esquemas altamente interesantes. Por su parte, el profesor Bellagamba, se refiere al estado de la cuestión de esta materia en Italia. El punto de partida es la distinción entre esclavitud y servidumbre (la primera implica la cosificación de la persona y la segunda un estado de sujeción de una persona a otra) y su diferenciación, a su vez, con la explotación (donde parece existir consentimiento), siendo que en el país italiano existen varios tipos penales relativos a esta temática, en sede de los delitos contra la dignidad humana, planteando como novedad más interesante es el tipo de explotación laboral del artículo 603 bis del Código Penal italiano, en el seno de los delitos contra la libertad individual; señalando, no obstante, como el principal inconveniente que presentan los tipos penales italianos es la indeterminación con que han sido redactados, a lo que se suma la dificultad para establecer el momento de la consumación del delito, llegándose a la conclusión de que se trata de delitos permanentes (al permanecer en estado consumativo por tratarse de un bien jurídico comprimible pero no destructible) y habituales (por su reiteración en el tiempo).

Otro “bloque” de análisis comparado España/Italia es el relativo al llamado “Derecho penal sexual”. Éste espinoso tema es abordado por los profesores Giovanni Flora, (Professore ordinario emerito di Diritto Penale dell'Uni-

versità di Firenze) y Lorenzo Morillas Cueva (Catedrático emérito de Derecho penal de la Universidad de Granada). El profesor Flora comienza con la distinción entre libertad sexual negativa (derecho a no sufrir injerencias no deseadas) y libertad sexual positiva (derecho a poseer una vida sexual propia), libertades que se encuentran frecuentemente en conflicto, por lo que la legislación debe buscar una forma de equilibrio entre ellas y, en su caso, otorgar primacía a la libertad sexual negativa, haciendo un recorrido por la evolución de estos delitos en la legislación penal italiana hasta el momento actual donde es necesaria la presencia de un consentimiento expreso, donde existen grandes dudas acerca de cuándo puede decirse que éste existe. Por su parte el profesor Morillas realiza un estudio sobre las últimas reformas y contrarreformas en materia de derecho penal sexual, especialmente, en relación a los delitos contra de agresiones sexuales, analizando las leyes orgánicas 10/2022, de 6 de septiembre, de un lado, de garantía integral de la libertad sexual y 4/2023, de 27 de abril, para la modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en los delitos contra la libertad sexual, la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

Por su parte los profesores Juan Luis Fuentes Osorio (Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad de Jaén) y Cecilia Valbonesi (Docente di Diritto dell'ambiente e di Protezione Civile dell'Università di Firenze) profundizan en el estudio de la protección penal del ambiente. El profesor Osorio se adentra en el problema ambiental desde la perspectiva española con la exposición de varios problemas clásicos: el Derecho penal no puede modificar el conflicto, con lo que suele pensarse que es inútil a tal respecto; la imprecisión de la normativa penal, por ejemplo, en las descripciones de las conductas típicas, que incluyen conceptos ambiguos y confusos (como daño consustancial) y esto provoca que sea compleja la distinción entre el Derecho administrativo y el Derecho penal; y la falta de persecución. Asimismo, expone una serie de datos estadísticos muy interesantes. Por su parte la Doctora Valbonesi realiza una comparativa entre el Ordenamiento jurídico-penal español e italiano, partiendo de la idea de que el Derecho penal italiano se encuentra incapacitado en la actualidad para cubrir las necesidades propias de la materia, adoleciendo los tipos penales de una gran indeterminación en la descripción de las conductas típicas, procediéndose a la explicación de los mismos (artículos 452 bis y siguientes del Código Penal italiano), organizando el trabajo en dos partes, no homogéneas, una destruens, en la que se intentaba poner de manifiesto los aspectos negativos, la falta de adecuación del sistema normativo respecto a las necesidades de la modernidad; y una construens en la que se intentaba esbozar algunas líneas de desarrollo del sistema, potencialmente capaces de despejar un panorama que, por otra parte, se caracteriza por matices muy sombríos;

concluyendo con la necesidad de repensar una estrategia de protección penal del medio ambiente que sea más eficaz.

Se cierra esta obra sobre modernidad y transformación del Derecho penal con un trabajo que aborda de forma comparada el problema de la sustracción parental de menores en el ordenamiento jurídico penal italiano y español, por la profesora Cristina Callejón Hernández (Profesora doctora de Derecho penal de la Universidad de Jaén).

En el seminario contamos también con la participación de la profesoras María José Cruz Blanca (Profesora Titular de Derecho Penal de la Universidad de Jaén), Fátima Pérez Ferrer (Catedrática de Derecho penal de la Universidad de Almería), Marisa González Tapia (Profesora Titular de Derecho penal de la Universidad de Córdoba), Josefa Muñoz Ruiz (Profesora Titular de Derecho penal de la Universidad de Murcia) y María Antonella Pasculli (Professoressa aggregata di Criminología dell'Università Aldo Moro di Bari).

En definitiva, un modelo de internacionalización de la investigación y de colaboración científica en el mundo universitario, necesario e imprescindible en el ámbito jurídicopenal, instrumento esencial para conseguir una sociedad más justa e igualitaria.

Alhama de Granada, Mayo de 2023