

Eduardo Javier Riggi

**INTERPRETACIÓN
Y LEY PENAL**

Un enfoque desde la doctrina
del fraude de ley



ÍNDICE

<i>Abreviaturas</i>	25
<i>Nota preliminar</i>	29
<i>Prólogo de JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ</i>	33

PRIMERA PARTE

APROXIMACIÓN A LA FIGURA DEL FRAUDE DE LEY

<i>Introducción</i>	37
---------------------------	----

CAPÍTULO I

APROXIMACIÓN AL FRAUDE DE LEY, SU ESTRUCTURA EN EL ÁMBITO PENAL, Y EL ESBOZO DE ALGUNOS PROBLEMAS QUE SUSCITA

1. Las historias de <i>Till Eulenspiegel</i>	39
2. <i>Till Eulenspiegel</i> y el fraude de ley	41
3. Introducción a la estructura problemática del “fraude de ley” en el Derecho penal	45
4. Casos que presentan la estructura del fraude de ley en la Parte Especial del Derecho penal	57
4.1. El “hurto” de energía eléctrica: una laguna de re- conocimiento	57
4.2. El caso de las llamadas “primas de inversión”: un problema de suprainclusión	58

4.3. El caso del caviar ruso: un problema de infrainclusión	60
4.4. El caso de las exportaciones de armas de guerra: una laguna de reconocimiento.....	63
5. La estructura del fraude de ley en casos de la Parte General del Derecho penal	65
5.1. La provocación de la legítima defensa: Un problema de suprainclusión	65
5.2. La provocación de la propia inimputabilidad: Un problema de suprainclusión.....	68
6. Recapitulación.....	70
7. El problema del legislador, del aplicador del Derecho y del ciudadano fiel al Derecho.....	72

CAPÍTULO II

EL FRAUDE DE LEY Y SU TRATAMIENTO EN OTRAS RAMAS DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

1. La aportación de la teoría general del Derecho al concepto de “acto ilícito”: el fraude de ley como acto ilícito, pero atípico	78
1.1. Presupuestos para la concepción de una teoría general de los ilícitos atípicos: 1) el Derecho no es solo un conjunto de normas —en el sentido de reglas—, sino también de principios; y 2) las normas tienen, además de una dimensión directiva, una valorativa	81
1.2. ¿Cómo se construye la categoría de la ilicitud atípica en la teoría del Derecho?	82
2. Los ilícitos atípicos y sus especies. El fraude de ley, el abuso del derecho, la desviación de poder y sus respectivas diferencias	85
2.1. El abuso del derecho y el fraude de ley	85

2.2. El fraude de ley y la desviación de poder.....	86
2.3. El fraude de ley, el abuso del derecho y la desviación de poder	87
3. Las historias del bufón <i>Till Eulenspiegel</i> a la luz de los ilícitos atípicos, pero trasladada al ámbito del Derecho penal. El acierto del Duque de Lüneburg.....	87
4. El fraude de ley en el Derecho civil.....	89
5. Definición legal del art. 6.4 del Código Civil: requisitos	92
5.1. Actos realizados al amparo del texto de una norma	92
5.2. Que dichos actos persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él	93
5.3. La existencia de una norma eludida que deberá ser correctamente aplicada	94
5.4. Los efectos de la declaración del fraude de ley ..	94
6. La crítica de los teóricos del Derecho a la caracterización del fraude de ley efectuada por la doctrina civil .	95
7. Volviendo a la corriente preponderante en el ámbito civil	96
8. Las historias del bufón <i>Till Eulenspiegel</i> a la luz de la doctrina del fraude de ley en el ámbito civil. La solución sería incompatible, en principio, con los principios que rigen en el Derecho penal (concretamente, con el principio de legalidad por afectar a la prohibición de analogía)	97
9. Conclusiones críticas provisionales.....	99

Segunda Parte

LA ESTRUCTURA DEL FRAUDE DE LEY Y LA PARTE GENERAL Y ESPECIAL DEL DERECHO PENAL

Introducción	105
--------------------	-----

CAPÍTULO I

LA ESTRUCTURA DEL FRAUDE DE LEY Y EL ACTUAR EN LUGAR
DE OTRO EN EL ÁMBITO DE LA INTERVENCIÓN
EN DELITOS ESPECIALES

1. La intervención en delitos especiales y el actuar en lugar de otro. Introducción.....	107
2. El panorama alemán	108
2.1. La laguna de punibilidad en la intervención en delitos especiales	108
2.2. La consecuencia lógica de dicha laguna jurídica: La impunidad.....	111
2.3. La laguna jurídica y la respuesta jurisprudencial y doctrinal.....	111
2.3.1. La sentencia del Tribunal Supremo prusiano de 9 de noviembre de 1874.....	112
2.3.2. Respuesta del legislador frente a la laguna insatisfactoria: la tipificación expresa.....	113
2.3.3. Tres caminos diferentes que fueron ensayados para superar las lagunas de punibilidad: el legislador y la teoría de la laguna de punibilidad; el RG y la responsabilidad general del órgano siguiendo a Nagler: el actuar en lugar de otro; y el RG y la perspectiva fáctica.....	114
2.3.4. El § 14 StGB: una cláusula general no exenta de lagunas	116
2.3.5. Schünemann y los delitos especiales de garantes [<i>Garantensonderdelikte</i>]: La responsabilidad de quien actúa en lugar de otro por la asunción de la posición de garante como criterio de equivalencia con el	

dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico	118
3. El panorama español	120
3.1. La laguna de punibilidad en la intervención en delitos especiales y su consecuente impunidad .	120
3.2. La laguna jurídica denunciada por la doctrina y no reconocida por la jurisprudencia	121
3.2.1. El art. 15 bis CP: una cláusula general no exenta de lagunas	121
3.2.2. El art. 31 CP vigente: la nueva cláusula general tampoco exenta de lagunas.....	123
3.2.3. Gracia Martín y la teoría del “dominio social” como fundamento material de la responsabilidad del que actúa en lugar de otro	125
3.2.4. Robles Planas y los delitos de posición ...	129
a) Los delitos de posición: un límite a los delitos de dominio social típico o delitos especiales de garante	131
b) Conclusión con respecto el actuar en lugar de otro en el Derecho español.....	132
4. La participación en delitos especiales bajo la lente estructural del fraude de ley	133
4.1. Introducción	133
4.2. La estructura del fraude de ley y la intervención en delitos especiales propios: la norma defraudada y la norma de cobertura	133
4.2.1. El tipo del delito de alzamiento de bienes: la norma defraudada.....	133
4.2.2. La “norma” de cobertura: no solo la norma, sino también los principios que la fundamentan, así como el contexto doctrinal y jurisprudencial que se forma a su alrededor	134

5. La estructura del fraude de ley y su sanción: la denominada <i>Gleichstellung</i>	137
5.1. ¿El actuar en lugar de otro y la intervención en delitos con especiales elementos de autoría como un fraude de ley aparente?	138
6. Conclusiones parciales	140

CAPÍTULO II

LA ESTRUCTURA DEL “FRAUDE DE LEY” Y LA FIGURA DE LA AUTORÍA MEDIATA

1. Introducción	144
2. El panorama alemán	145
2.1. La combinación de la teoría objetivo-formal y el principio de accesoriadad extrema de la participación	145
2.2. La respuesta doctrinal a la laguna de punibilidad: la autoría mediata y la ruptura con la lógica de la teoría objetivo-formal	147
2.3. La inexistencia de una laguna jurídica para el RG	149
2.4. El principio de accesoriadad limitada de la participación: una solución legislativa que provocó la expansión de la figura de la autoría mediata	149
2.5. El problema del instrumento doloso no cualificado y las soluciones ofrecidas por la doctrina para colmar esta insoportable laguna de punibilidad	155
3. El § 25 StGB: una norma no exenta de lagunas	159
4. El panorama español	162
4.1. El principio de la accesoriadad limitada de la participación y la influencia de la teoría objetivo-formal como provocadores de una laguna de punibilidad	162

4.2. La laguna jurídica para la doctrina y su respuesta: la autoría mediata para colmar las lagunas de punibilidad	164
4.3. El instrumento doloso no cualificado como fraude de ley para Díaz y García Conlledo, rechazando el criterio dogmático de la determinación de la autoría como la “pertenencia del hecho” de Mir Puig que pretende evitar dicho fraude	167
5. El art. 28 CP: una norma no exenta de lagunas	171
6. La autoría mediata bajo la lente estructural del fraude de ley	173
6.1. El delito de homicidio: la norma defraudada	173
6.2. La “norma” de cobertura: no solo la norma, sino también su contexto doctrinal	174
7. El fraude de ley y su sanción: la denominada “ <i>Gleichstellung</i> ”	175
7.1. La <i>Gleichstellung</i> doctrinal	176
7.2. La utilización de un instrumento doloso no cualificado, ¿un caso de fraude de ley propio?	178
8. Conclusiones parciales	182

CAPÍTULO III

LA ESTRUCTURA DEL “FRAUDE DE LEY” Y DE LA COMISIÓN POR OMISIÓN

1. Introducción a la estructura del “fraude de ley” y la comisión por omisión	186
2. El panorama alemán	187
2.1. La laguna de punibilidad: los delitos de omisión impropia no están expresamente previstos por la ley. La vaguedad extensional del verbo típico matar	189

2.2. La laguna jurídica y su respuesta doctrinal y jurisprudencial.....	192
3. La postura de Schönemann	196
4. El § 13 StGB, una cláusula general no exenta de lagunas	199
5. El panorama español	201
6. La visión de Silva Sánchez	203
7. El art. 11 CP: ¿una cláusula necesaria?	207
8. La comisión por omisión bajo la lente estructural del "fraude de ley"	210
8.1. El delito de homicidio: la norma defraudada debido a un problema de penumbra doctrinal, concretamente, la vaguedad extensional del verbo típico matar	210
8.2. La "norma" de cobertura: no solo la norma, sino también su contexto doctrinal y jurisprudencial	211
9. El fraude de ley y su sanción: la denominada "Gleichstellung"	212
9.1. La <i>Gleichstellung</i> doctrinal y jurisprudencial: la comisión por omisión un caso de fraude de ley aparente	213
10. Conclusiones parciales.....	214

CAPÍTULO IV

LA ESTRUCTURA DEL "FRAUDE DE LEY"

(DEL ABUSO DEL DERECHO)

Y LA PROVOCACIÓN DE SITUACIONES JUSTIFICANTES

1. Introducción a la problemática estructural del fraude de ley (del abuso del derecho) y la provocación de situaciones justificantes	221
2. El panorama alemán: el abuso del derecho y la legítima defensa.....	225

2.1. El § 32 del StGB	225
2.2. El problema de la provocación intencional.....	226
2.3. La postura de Roxin frente a la provocación intencional	231
2.4. La postura de Neumann.....	235
2.5. Críticas al planteamiento de Neumann.....	237
3. El panorama español	238
3.1. El art. 20.4.3 CP: la permisón como prohibición indirecta.....	238
3.2. La provocación intencional y su relevancia como infracción de un deber de solidaridad (cualificado)	243
4. ¿La "provocación suficiente" del art. 20.4.2 CP y la "Gebotenheit" del § 32 I StGB como declaraciones innecesarias de una regla de imputación jurídico-penal?	245
5. La provocación en el estado de necesidad	248
5.1. El § 34 del StGB no contempla la provocación..	248
5.2. Una posible <i>Gleichstellung</i> : la postura de Jakobs	252
5.3. El art. 20.5.2 CP: ¿un elemento condicionante de la causa de justificación o la mera declaración superflua de una regla de imputación jurídico-penal?	256
6. Recapitulación desde la perspectiva estructural del fraude de ley	258
7. Conclusiones parciales.....	261

CAPÍTULO V

LA ESTRUCTURA DEL "FRAUDE DE LEY"

(EL ABUSO DEL DERECHO)

Y LA FIGURA DE LA "ACTIO LIBERA IN CAUSA"

1. Introducción a la estructura del "fraude de ley" (del abuso del derecho) y la figura de la <i>actio libera in causa</i>	265
----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

1.1. La laguna de punibilidad en el ámbito alemán: la ausencia de una disposición expresa.....	267
1.2. Respuestas doctrinales a la laguna de punibilidad: el modelo de la excepción y el de la tipicidad	268
1.2.1. El modelo de la excepción	268
1.2.2. Hruschka: el principal defensor del modelo de la excepción	268
1.2.3. Críticas al modelo de la excepción	270
1.2.4. Recepción de las críticas al modelo de la excepción en la jurisprudencia del Tribunal Supremo Alemán.....	271
1.2.5. El modelo de la tipicidad: una propuesta superadora de la laguna generada por la teoría objetivo-formal de la mano de la figura de la autoría mediata	271
1.2.6. El recurso a la figura de la autoría mediata: la laguna de punibilidad en los delitos de propia mano.....	276
1.2.7. La coherencia de Roxin y Jakobs: la impotencia de la autoría mediata frente a los delitos de propia mano	277
1.2.8. La propuesta de Hirsch.....	278
1.2.9. La propuesta de la doctrina minoritaria alemana y española: el rechazo a la categoría de los delitos de propia mano —un rescoldo de la teoría objetivo-formal	280
2. Recapitulación desde la perspectiva estructural del fraude de ley	285
2.1. La laguna dogmática de punibilidad fruto de la teoría objetivo-formal y de la no distinción, en el delito de tentativa, entre la acción de tentativa y el resultado de esta.....	285

2.2. La reformulación de la autoría: la autoría mediata como medio para solventar la laguna de punibilidad; la aparición de otras lagunas en el ámbito de los delitos de propia mano	286
2.3. El desarrollo doctrinal superador de la laguna: la supresión de la categoría de los delitos de propia mano	287
2.4. La situación en España: ¿las cláusulas del art. 20.1 y 2 CP como verdaderas cláusulas antifraude de ley o como meras cláusulas declarativas de una regla de imputación penal?	288

CAPÍTULO VI

LA ESTRUCTURA DEL FRAUDE DE LEY Y LA PARTE ESPECIAL:
EL EJEMPLO DEL DELITO FISCAL

1. El delito fiscal y la problemática del fraude de ley. Introducción	294
2. El fraude de ley y otras figuras afines.....	296
2.1. La evasión y la elusión fiscal	296
2.1.1. El fraude de ley: una forma de elusión	297
2.2. La economía de opción.....	298
2.3. La simulación.....	299
3. El fraude de ley y su fenomenología en la jurisprudencia española.....	300
3.1. El fraude de ley y la intermediación de sociedades	301
3.2. El fraude de ley y la ampliación de capital y la venta de derechos de suscripción preferente, suscripción de acciones portadoras de un derecho de separación especial; la reducción del capital y la adjudicación de unos terrenos en concepto de amortización de las acciones por el uso del derecho especial de separación	301

3.3. El fraude de ley y las sociedades en régimen de transparencia fiscal.....	303
4. Problemas que se advierten en la postura del Tribunal Supremo Español frente al fraude de ley.....	304
5. El fraude de ley tributaria en la doctrina penal española.....	308
5.1. El fraude de ley desde la perspectiva del delito fiscal como delito de infracción de un deber	311
5.2. El fraude de ley desde la perspectiva de la teoría de engaño en el delito fiscal.....	312
5.3. Un argumento estructural válido para las dos concepciones.....	313
6. Valoración crítica de la postura del Tribunal Supremo frente al problema del fraude de ley a la luz de la visión de la doctrina penal	314
7. La aportación de la teoría general del Derecho al concepto de ilícito: el fraude de ley como acto ilícito, pero atípico	320
8. La sentencia 120/2005 de la Sala 2ª del Tribunal Constitucional Español	322
9. Conclusiones de la Segunda Parte.....	325

TERCERA PARTE

EL FRAUDE DE LEY EN DERECHO PENAL Y UNA PROPUESTA METODOLÓGICA PARA AFRONTARLO

<i>Introducción</i>	335
---------------------------	-----

CAPÍTULO I

RECAPITULACIÓN

1. ¿El fraude de ley constituye un problema jurídico-penal?	337
-------------------------------------------------------------------	-----

2. El fraude de ley: un problema político-criminal que afecta al ciudadano respetuoso del Derecho, al autor de la elusión y al ordenamiento penal	340
2.1. El fraude de ley y el ciudadano respetuoso ante el Derecho	340
2.2. El problema del fraude de ley y el de su autor ..	343
2.3. El problema político-criminal del fraude de ley y el ordenamiento penal, como institución de protección social.....	344
3. El fraude de ley y un apunte sobre la teoría de la pena	345
3.1. Breve introducción	345
3.2. Un apunte sobre la repercusión del fraude de ley en la teoría de la pena	347
4. El fraude de ley y un apunte sobre la filosofía política	349
4.1. Breve introducción	349
4.2. Apunte sobre la conexión entre el fraude de ley, la filosofía política y la teoría de la pena.....	353
5. Recapitulando	354
6. El concepto de fraude de ley en materia penal	356
6.1. ¿Es posible obtener un concepto único de fraude de ley?.....	356
6.1.1. ¿La captación de una norma favorable representa únicamente el lado negativo del fraude de ley o constituye una acción jurídica independiente?	357
6.1.2. La captación de una norma favorable no siempre representa el lado negativo del fraude de ley y cuando ello ocurre constituye una acción jurídica independiente ...	359
6.2. ¿Es posible formular un concepto único de fraude de ley penal?.....	361
6.2.1. El fraude de ley como la evitación del tipo en sentido amplio, es decir, como la evita-	

ción de los presupuestos legales necesarios para la existencia de una sanción penal ..	362
6.2.2. ¿Cómo se diferencia la evitación lícita del tipo de la ilícita?.....	363
6.2.3. Irrelevancia de la artificialidad de la maniobra que provoca la evitación. La importancia de que la evitación provocada sea merecedora de pena por infringir la finalidad del texto legal	364
6.2.4. El fraude de ley penal: definición	365
7. La doctrina del fraude de ley en el inconsciente de la dogmática jurídico-penal.....	366
8. La propuesta de Stöckel: "Die Gesetzesumgehung und das Umgehungsstrafgesetz"	373
8.1. Críticas al planteamiento de Stöckel	376
9. Conclusiones parciales	379

CAPÍTULO II

BASES PARA UNA PROPUESTA
METODOLÓGICA ALTERNATIVA

1. La interpretación en sentido estricto y teoría de la interpretación intermedia. La distinción entre casos fáciles y difíciles	381
2. Consideraciones sumarias sobre el problema del lenguaje	384
3. ¿Prohibición de analogía en DP?	390
4. El mandato de determinación realista y su concretización analógica	396
4.1. La absolutización del mandato de determinación y de la prohibición de analogía: dos errores que conducen a situaciones paradójicas	398

4.1.1. La absolutización del mandato de determinación y la paradoja de la imposibilidad de determinación	398
4.1.2. La interpretación, en sentido amplio, como intento de solucionar la paradoja.....	399
4.1.3. La interpretación, en sentido restrictivo, como solución a las paradojas: al principio se encuentra la determinación que abre paso a la interpretación analógica, en los casos difíciles.....	401
5. La vinculación del juez a la ley, pero no solo a su texto, sino también a su espíritu. La analogía y sus dos caras: Como un deber jurídico-constitucional del juez y como garantía para el ciudadano	417
6. La repercusión de la interpretación restrictiva sobre las lagunas axiológicas en el nivel de las reglas	426
7. Distanciamiento del planteamiento de la hermenéutica ontológica	434
8. Conclusiones parciales.....	437

CAPÍTULO III

BALANCE FINAL

.....	442
<i>Bibliografía</i>	469