

ANUARIO DE DERECHO PENAL  
Y CIENCIAS PENALES

# ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

Editado por: Ministerio de Justicia (Centro de Publicaciones)  
y Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.

Periodicidad: Anual.

Primer fascículo aparecido: Enero-abril 1948.

Publica artículos doctrinales de los más destacados Penalistas españoles y extranjeros, comentarios de Legislación y Jurisprudencia y notas bibliográficas sobre libros y revistas de la especialidad.

EL ANUARIO no se solidariza con las opiniones sostenidas  
por los autores de los originales publicados

## ADMINISTRACIÓN

### **Ministerio de Justicia**

(Centro de Publicaciones)

c/ San Bernardo, 62. 28015 MADRID

Tels.: 91 390 20 82 / 83 / 97 / 84

## VENTA, DISTRIBUCIÓN Y SUSCRIPCIONES

### **Librería de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado**

c/ Trafalgar, 27. 28071 MADRID

Tel.: 91 111 40 00

Fax: 911 114 260

**ANUARIO  
DE  
DERECHO PENAL  
Y  
CIENCIAS PENALES**

TOMO LXVI  
MMXIII

MINISTERIO DE JUSTICIA  
Secretaría General Técnica



MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA  
Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado

Madrid, 2014

<http://publicacionesoficiales.boe.es>

---

Es propiedad. Queda hecho el depósito y la suscripción en el registro que marca la Ley.

Reservados todos los derechos.

---

NIPO (AEBOE): 007-14-146-9

NIPO (M. de Justicia): 051-14-016-X

ISSN: 0210-3001

Depósito legal: M-126/1958

---

IMPRENTA NACIONAL DE LA AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO  
Avda. Manoteras, 54. 28050 Madrid.

Emilio Octavio de Toledo y Ubieta  
(23 de julio de 1948-17 de mayo de 2013)

I(\*)

Emilio Octavio de Toledo, catedrático de Derecho penal de la Universidad Complutense de Madrid, caía gravísima y repentinamente enfermo, víctima de una enfermedad neurológica, hace cuatro años. Estuvo durante muchos meses entre la vida y la muerte en la UCI del madrileño Hospital de La Paz y, aunque finalmente logró salvarse, desgraciadamente, para tantas personas como le queríamos, ya nunca volvió a ser el mismo: afectado por una amnesia anterógrada, era incapaz de crear recuerdos nuevos, de tal manera que olvidaba inmediatamente lo que había sucedido hacía sólo unos minutos, mientras que mantenía en su memoria, con toda clase de detalles, los acontecimientos anteriores a su ingreso en la UCI. Durante su estancia tan prolongada en esta Unidad contrajo varias neumonías que afectaron a sus pulmones de manera irreversible, lo que le produjo una insuficiencia respiratoria que le ha llevado finalmente a la muerte.

Tengo el orgullo de pertenecer a una generación de penalistas, a la de quienes nacimos en los años 30 del pasado siglo, o un poco antes o un poco después –la primera que no había vivido o no había vivido conscientemente la Guerra Civil, pero sí, en toda su extensión, la dictadura franquista–, que fue la que rompió con el aldeanismo que dominaba hasta entonces a la ciencia penal española, y que, con muchas dificultades, decidió formarse en Alemania y/o en Italia después de finalizar la carrera en España. Pero esta mi generación sólo abrió el camino, porque fue sucedida por otra, la de los penalistas nacidos en los años 40 del pasado siglo que igualó, cuando no superó, a la de sus maestros. A esta última generación pertenecía, como uno

---

(\*) Este obituario lo publiqué en el diario «El Mundo» de 23 de mayo de 2013.

de sus más destacados representantes, Emilio Octavio de Toledo, discípulo de Horacio Oliva, que se especializó en Derecho penal en el Instituto Max Planck de Friburgo y en Bolonia, y cuya obra científica, desde su apabullante tesis doctoral sobre «La prevaricación judicial del funcionario público», hasta sus últimos trabajos sobre participación delictiva o responsabilidad por el producto, por sólo mencionar algunos de ellos, ponen de manifiesto, para todo aquél que los haya leído, hasta qué punto la temprana muerte de Emilio supone un trágico empobrecimiento para nuestra ciencia, que ya no podrá seguir aprendiendo de sus enseñanzas.

El manual de Parte General de Emilio, escrito en colaboración con la también eminente catedrática de Derecho penal, su esposa Susana Huerta, sigue siendo, por su originalidad y por su ausencia de cualquier clase de prejuicio, una obra que hay que leer siempre –yo por lo menos así lo hago– cada vez que se aborda algún problema de la teoría jurídica del delito.

Ya desde su etapa de estudiante Emilio fue un importante dirigente estudiantil de izquierdas. Y esa ideología la ha mantenido coherentemente, y por encima de cualquier sectarismo, hasta su último suspiro. Octavio de Toledo conocía muy bien la Universidad, y ese conocimiento lo aplicó no sólo ejerciendo su función de catedrático, sino también, y con un gran beneficio para la Academia, cuando desempeñó cargos, primero de secretario general de la Universidad Menéndez y Pelayo y, posteriormente, de secretario de Estado de Universidades e Investigación.

En un escalafón como el del profesorado universitario español de Derecho penal, desgraciadamente muy envenenado por odios y rivalidades, Emilio supo situarse al margen de esa peleas, manteniendo los lazos con todas las escuelas y contribuyendo así, en alguna medida, a que la sangre no llegara siempre al río. Como director durante muchos años del Departamento de Derecho penal de la Complutense, propició un clima de cordialidad entre todos nosotros, convirtiéndolo en una institución donde daba –y sigue dando– gusto trabajar. Y todo ello, a pesar de que Emilio era todo un carácter, pero es que por debajo, y casi a flor de piel, se escondían imponentes caudales de ternura y de bondad que a uno le hacían imposible no quererle.

Unas palabras finales para Susana, su esposa. Estamos anonadados por su fortaleza psicológica, por el cariño con el que ha cuidado –¡con el que ha mimado!– a Emilio, sin una sola queja, sin un solo quebranto durante estos cuatro años: nos ha enseñado a todos no sólo lo que es el amor, sino lo que es el amor en tiempos difíciles. Que sepa

que somos muchos –yo entre ellos– los que, junto a ella y a su hijo Alvaro, lloramos y lloraremos la ausencia de Emilio.

## II(\*\*)

Aunque ya en mi necrológica de Emilio Octavio de Toledo, publicada en «El Mundo» del pasado 23 de mayo (supra I), hacía referencia a la importante obra científica de Emilio, me parece que éstos son un lugar y un momento adecuados para justificar por qué en dicho obituario afirmaba que «la temprana muerte de Emilio supon[ía] un trágico empobrecimiento para nuestra ciencia, que ya no podrá seguir aprendiendo de sus enseñanzas». Y es que, en efecto, desde la vuelta de Emilio a la Universidad, después de su relativamente fugaz paso por la política, hasta que hace cuatro años fue víctima de la enfermedad que le condujo finalmente a la muerte, y a una merma de su capacidad intelectual, estuvo publicando incansablemente como si pensara que era aún un opositor o como si tuviera que seguir demostrando quién era y qué representaba en la ciencia penal española. En los últimos días he estado releendo sus más recientes –y numerosas– publicaciones y a ellas quiero hacer aquí una breve referencia.

Por una parte, Octavio de Toledo se siguió ocupando también –pero no sólo– de cuestiones nucleares de Derecho penal. Así, por ejemplo, de la autoría y de la participación, especialmente en su contribución de 2001 al Libro en Memoria de José Manuel Valle Muñiz, y también, en 2004, en los «Estudios Penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón», dos trabajos imprescindibles para entender, aplicar y vislumbrar los problemas que plantea la regulación legal a la que somete el CP de 1995 a la participación delictiva, una nueva regulación que se aparta, en algunos aspectos, de la que había regido en España desde el Código Penal de 1848. Estos últimos «Estudios Penales» fueron coordinados, junto con Gurdíel Sierra y Cortés Bechiarelli, por Emilio Octavio de Toledo, quien, al final de su propia contribución, muestra su agradecimiento a quienes habíamos acudido a su invitación para hacer posible ese libro, con las siguientes palabras: a todos nos ha llevado a participar en él, escribe Emilio, la misma

---

(\*\*) En la tarde del 26 de junio de 2013 se celebró, en el Salón de Grados de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, un «Acto académico en homenaje al profesor Emilio Octavio de Toledo», en el que intervinimos el decano de la Facultad, profesor Raúl Canosa, los profesores Gustavo Suárez Pertierra, Rodrigo Bercowitz, Jesús Leguina y el autor de esta necrológica. A continuación reproduzco las palabras que pronuncié en dicho «Acto».

motivación: «precisamente la muerte, tan temprana, tan sentida, tan severa, de nuestro amigo y colega, a quien de esta manera recordamos: Luis Felipe Ruiz Antón. Un gran penalista. Un hombre bueno». En más de una ocasión fuimos a visitar Emilio y yo a nuestro amigo Pipe Ruiz Antón en Madrid y, al principio, alguna vez al hospital de Valladolid, donde se encontraba internado –conduciendo yo el coche, porque, como es sabido, él no sabía conducir–, y me parece una injusticia insoportable que Emilio, con quien yo comentaba durante los viajes de ida y vuelta la mala suerte de Pipe, en cierto sentido, haya sido víctima de una tragedia semejante.

Existe otro trabajo de Octavio de Toledo, publicado en 2009 en el Libro Homenaje a Tomás Vives, en el que, como en los dos anteriores, se ocupa nuevamente de una institución básica del Derecho penal –de la tentativa–, asimismo para presentar esclarecedoras observaciones sobre su nueva regulación, ya que, como en la participación delictiva, también el Código Penal de 1995 –rompiendo con una tradición que igualmente se remonta al Código de 1848– da una nueva redacción al artículo que regula a partir de entonces esa institución.

Pero no sólo instituciones fundamentales de la Parte General del Derecho penal fueron objeto de estudio por parte de Emilio, sino también otras de Parte Especial como la responsabilidad por el producto o los delitos contra la Hacienda Pública, éstos últimos en el volumen colectivo que él coordinó aparecido en 2009. A mi libro-homenaje, publicado en 2008, Octavio de Toledo contribuyó con un estudio titulado «Algunas determinaciones y condiciones constitucionales de las penas». Un trabajo que, de alguna manera, a mí me recuerda al manual de Parte General, cuya última edición es de 1986, escrito en colaboración con su mujer, Susana Huerta. Y es que, en efecto, en este trabajo sobre la pena Emilio acude a un continuo diálogo con la gran contribución de Susana sobre el «principio de legalidad», publicada en 2000, estableciéndose algo así como un diálogo entre los dos cónyuges, adivino que precedido de conversaciones privadas entre ambos, diálogo en el que –como era habitual entre ellos– las opiniones suelen coincidir, aunque discrepen en algunas ocasiones.

De su último artículo, publicado en el «Anuario de Derecho de Penal y Ciencias Penales» aparecido en 2010, Emilio no pudo tomar conciencia porque ya se le había manifestado la enfermedad que le tuvo tanto tiempo ingresado en la UCI. En este brillante y tremendamente crítico artículo, Octavio de Toledo ponía implacablemente en evidencia las enormes diferencias existentes, a pesar de que habían emanado del mismo Gobierno, entre el Proyecto de reforma del



Código Penal de 2007 y el Anteproyecto de reforma del mismo texto legal de 2008:

«Causa poco menos que escalofríos de asombro y, sin contradicción, resulta completamente bochornoso» –escribe Emilio– «observar que en el corto plazo de tiempo transcurrido entre la culminación de la tramitación parlamentaria del Proyecto y la comunicación pública del posterior Anteproyecto, hayan podido variar de tal manera y en tal grado las políticas criminal y penal sobre las que habrían de sustentarse», exigiendo Emilio que se explique cómo «se ha llevado a cabo la respectiva confección normativa con dosis masivas de intuicionismo, albur, golpes de efecto mediático o de puesta al servicio de los egos presentes en ella en cada momento.»

Así se las gastaba Emilio cuando le daba por criticar, con toda razón, textos pre o legislativos. Y es leyendo esas líneas cuando uno, entre los muchos lamentos que nos ha provocado su muerte, siente el desconsuelo de saber que ya no podemos contar con su gran inteligencia crítica para dar la paliza que se merecen, en justa respuesta a la también –pero en otro sentido– paliza que nos están dando, los nuevos Proyectos de reforma del Código Penal con los que nos está obsequiando –es un decir– el actual Gobierno.

Hay libros cuyos títulos reflejan con tal precisión su contenido que casi ni hace falta leerlos. Así sucede con «Ser o tener» de Erich Fromm o con «Envidia y gratitud» de Melanie Klein. Y así sucede, también, con el último libro de Rosa Montero publicado con el título «La ridícula idea de no volver a verte». El origen de este libro se encuentra en el proyecto de Elena Ramírez, editora de Seix Barral, de publicar el «Diario de Marie Curie», de «poco más de una veintena de páginas redactadas a lo largo de doce meses después de la muerte de su marido [Pierre Curie] que falleció a los cuarenta y siete años atropellado por un coche de caballos». Como el marido de Rosa Montero, el también periodista Pablo Lizcano, había fallecido hacía poco, en mayo de 2009 Elena Ramírez le envía un e-mail a aquélla con el siguiente texto:

«He pensado en ti porque refleja con una crudeza descarnada el duelo por la pérdida de su marido. Creo que si te gusta la pieza podrías hacer algo estupendo sobre ella o sobre la superación (si puede llamarse así) del duelo en general. Creo, además, que según hagas la inmersión en el libro y según te sientas al escribir, podría ser un prólogo o el cuerpo central, y el diario de Curie un complemento... ahí lo dejo abierto a cualquier sorpresa.»

Al final, el diario de Marie Curie sólo ocupó, como apéndice, 18 páginas, mientras que el texto de Rosa Montero se extiende a lo largo de 202.

La idea central del libro la expresa Rosa Montero con las siguientes palabras:

«Eso es lo primero que te golpea en un duelo: la incapacidad de pensarlo y de admitirlo. Simplemente la idea no te cabe en la cabeza ¿pero cómo es posible que *no esté*? Esa persona que tanto espacio ocupaba en el mundo, ¿dónde se ha metido? El cerebro no puede comprender que haya desaparecido para siempre. ¿Y qué demonios es *siempre*? Es un concepto inhumano. Quiero decir que está fuera de nuestra posibilidad de entendimiento. Pero cómo, ¿no voy a verlo más? ¿Ni hoy, ni mañana, ni pasado, ni dentro de un año? Es una realidad inconcebible que la mente rechaza: no verlo nunca más es un mal chiste, una idea ridícula.

“A veces tengo”, escribe Marie Curie en su Diario el 1 de mayo de 1906, “la idea ridícula de que todo esto es una ilusión y que vas a volver. ¿No tuve ayer, al oír cerrarse la puerta, la idea absurda de que eras tú?”

Después de la muerte de Pablo, yo también me descubrí durante semanas pensando: “A ver si deja ya de hacer el tonto y regresa de una vez”, como si su ausencia fuera una broma que me estuviera gastando para fastidiarme, como a veces hacía.»

Estas ideas de Marie Curie y de Rosa Montero se complementan con la siguiente anotación que hace Curie en su «Diario», el 1 de mayo de 1906, al describir cómo, al día siguiente de la muerte de Pierre, confiesa a su hija mayor Irène, de ocho años de edad, que su padre ha muerto:

«A la mañana siguiente se lo conté todo a Irène. Hasta ese momento, sólo le había dicho que su padre se había dado un fuerte golpe en la cabeza y que no podía venir. Ella reía y jugaba al lado mientras nosotros velábamos a su padre muerto. Cuando se lo dije –quise hacerlo yo misma, era mi deber de madre–, al principio no lo entendió y dejó que me marchara sin decir nada; pero luego, al parecer, lloró y pidió vernos. Lloró mucho en casa, luego volvió a irse a casa de sus amiguitos tratando de olvidar. No quiso saber ningún detalle y al principio tenía miedo de hablar de su padre. Abría mucho los ojos, turbada ante la ropa negra que llevábamos puesta. La primera vez que volvió a dormir en casa, en mi cama, se despertó por la mañana y, medio dormida, buscándome con el brazo, dijo con voz quejumbrosa: “¿A que no está muerto?”.»

No sé exactamente cuáles eran las creencias o no-creencias religiosas de Emilio, aunque adivino que en esa cuestión era bastante escéptico. En cualquier caso, este acto es un funeral laico, y así como en los religiosos el sacerdote nos habla del significado que tienen para los católicos la muerte y la supuesta vida eterna, permítanme a mí hablar sobre el mismo tema desde la perspectiva de un ateo.

La muerte de Emilio ha dejado en mí una huella tal que sigo pensando en ella todos los días. Era un amigo mío muy querido y yo, en los últimos años, sólo había sufrido la muerte de un ser también muy querido, pero que tenía casi 10 años más que yo, la muerte, por consiguiente, de una persona de la que, en principio, cuentas que vas a ser testigo. Freud tiene razón cuando dice que si podemos vivir con una angustia más o menos soportable es porque, en el fondo, estamos negando –como mecanismo de defensa– que la muerte es nuestro fin irremediable. Negación que naturalmente, no siempre se puede mantener, como me sucedió a mí, hace pocos años, en unos de los numerosos actos en que intervine con el Dr. Luis Montes, en su defensa contra los injustos ataques que estaba sufriendo con motivo del caso de las sedaciones del Hospital Severo Ochoa, cuando una enfermera de cuidados paliativos afirmó, con una frase que me impactó por su irrefutable rotundidad, que todos nosotros tenemos el cien por cien de probabilidades de morirnos. Aparte del gran cariño que le profesaba –me consta que correspondido– en el caso de Emilio lo que hace que su muerte no se me quite de la cabeza –tal vez no debería haber visto su cadáver, pero quise despedirme de él– es que Emilio era aún joven, tenía 64 años –diez años menos que yo– y que, como expresa Rosa Montero en su libro, se trata, por ello, de «una muerte que no hubiera debido suceder todavía». Ciertamente que los griegos decían que «nadie es tan joven que no pueda morir al día siguiente, ni tan viejo que no pueda vivir un año más». Pero esto no pasa de ser una falacia para consuelo de nosotros, los viejos, que trata de ocultar las enormes diferencias de probabilidades de morir que existen entre los jóvenes y los mayores. Y es por ello que a uno aún le cuesta más conformarse con la muerte de Emilio. Es decir: con la ridícula idea de que no volveremos a tomar café juntos en la cafetería del edificio nuevo de la Facultad, ni a hablar de política o de Derecho penal, ni a dictarle una conferencia o a que él me la dicte a mí, ni a servirle de chofer.

Con todos mis respetos por las creencias de los demás, yo no quiero una vida en un más allá que, aunque sea el paraíso, para mí sería un lugar inhóspito. Yo lo que querría es seguir conversando con mis amigos, directamente o por teléfono, seguir viajando con mi mujer o acurrucarme con ella en la cama o divertirme o aburrirme con ella, hablar con mis hijos, contarles mis cosas y que ellos me contaran las suyas, llevar a mis nietos al Zoo de la Casa de Campo o, simplemente, ir a la cafetería de mi barrio por la mañana y tomarme un café mientras leo el periódico. Pero no es eso lo que me promete ese supuesto paraíso de las religiones. Por eso, tampoco lo quiero. Tengo que aprender a convivir con la terrible tragedia del ser humano de que,

tanto si yo muero antes, como si les sobrevivo, la idea de no volver a ver a los seres queridos y de que éstos no te vuelvan a ver a ti es de todo menos ridícula. Adiós para siempre, querido amigo, querido Emilio.

ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG