

Exigibilidad y derecho a no declararse culpable

M.^a LUISA MAQUEDA ABREU

Catedrática de Derecho Penal de la Universidad de Granada

“La Ley se hace para el ciudadano común, con su concepto primario de conservación de sí mismo.”

JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, V. pp. 185-186

I

Tradicionalmente, la idea de exigibilidad ha aparecido vinculada en el pensamiento penal con la necesidad de establecer los límites de la sujeción del individuo al cumplimiento de los mandatos normativos.

Cuando este concepto se incorpora al ámbito de la teoría jurídica del delito, con las primeras manifestaciones de una culpabilidad normativa (1) —y, precisamente, para servir el fundamento material a la misma (2)—, iba a ser el criterio del poder la medida de exigencia de los deberes jurídicos-penales. “La exigibilidad, afirmaba GOLDSCHMIDT, es un deber ... que presupone siempre un poder”, que existe “en el cuanto hay *dominio sobre el hecho* ... o sea, imputabilidad, significado conocido o cognoscible (esto es, dolo o culpa) y motivación normal” (3).

Este último elemento de la normal motivabilidad, que había sido concebido ya por FRANK “como límite inmanente a la norma jurídica

(1) *Vid. ampliamente*, ACHENBACH, *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre*, Berlín, 1974, pp. 143 ss.

(2) “La exigibilidad, afirmaba GOLDSCHMIDT, encuentra su fundamento en el total supuesto de hecho psíquico de la culpabilidad”, *La concepción normativa de la culpabilidad*, trad. de M. de Goldschmidt y R.C. Núñez, Buenos Aires, 1943, p. 24. Críticamente, ROXIN, “*Culpabilidad y responsabilidad como categorías sistemáticas jurídico penales*”, *Culpabilidad y prevención en Derecho penal*, trad. y notas de Muñoz Conde, Madrid, 1981, pp. 59 ss.

(3) *La concepción normativa...*, cit., pp. 23 y 24.

como norma de determinación” (4), a partir de su propuesta inicial de integrar, en la culpabilidad el examen de la normalidad de las circunstancias concurrentes en el hecho (5), resultaba decisivo, de otra parte, en esta construcción. Y no sólo ya en cuanto módulo del poder del sujeto (6) sino, significativamente, además, en palabras del propio GOLDSCHMIDT, “como fuente real de las normas de autoconservación, cuya consideración lleva a la limitación de la exigibilidad y, por consiguiente, de la reprochabilidad” (7), a través del reconocimiento de causas de exculpación. Se trataba de ponderar la intensidad psíquica de los motivos, en unas circunstancias dadas, para llegar a determinar si los que conducían a la oposición a la norma eran tan sólidos que no podía operar frente a ellos, como contramotivo, el deber de su obediencia (8). Sólo entonces podría negarse el “poder” del autor de actuar conforme al ordenamiento jurídico.

Pero esa decisión raras veces fue individualizadora ni se hizo depender de la capacidad psico-física del actuante. Someter la exigibilidad a una regla de medida ético-individual, que atendiera sólo a las cualidades y capacidades del autor concreto como propusiera FREUDENTHAL (9), se entendió que representaba “la impunidad del delincuente por convicción” (10), “el resblandecimiento del Derecho” (11), o, en fin,

(4) o “norma de deber” en la construcción de Goldschmidt, *La concepción normativa...*, cit., p. 26.

(5) *Vid.* la evolución de su pensamiento en GOLDSCHMIDT, *La concepción...*, cit., pp. 4 ss. También, ampliamente, FRELLESEN, *Die Zumutbarkeit der Hilfeleistung*, Frankfurt, 1980, pp. 29 ss. SCARANO, *La non esigibilità del Diritto Penale*, Napoli, 1948, pp. 19 ss. SAINZ CANTERO, “El desenvolvimiento histórico-dogmático del principio de *no exigibilidad*”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* (en adelante, AD^P y CP.), 1960, pp. 426 ss.

(6) Particularmente, en Freudenthal. Cfr. ACHENBACH, *Historische...* cit., pp. 144-145, y, ampliamente, SAINZ CANTERO, “El desenvolvimiento...”, cit., pp. 438 ss. EL MISMO, *La exigibilidad de conducta adecuada a la norma en Derecho penal*, Universidad de Granada, 1965, pp. 22 ss.

(7) Cfr. GOLDSCHMIDT, *La concepción...* cit., p. 25

(8) Cfr. FRELLESEN, *Die Zumutbarkeit...* cit., pp. 33 ss., que caracteriza este planteamiento de “cognitivo” y “naturalístico” en cuanto que sustrae el concepto de exigibilidad a la libre decisión judicial (que sería el procedimiento “decisionístico”), para concretarlo con ayuda de criterios empíricos, tales como éste de la entidad de los motivos que han obrado sobre el actuante. Sobre este proceso de individualización a que se somete el juicio de culpabilidad, *vid.* ACHENBACH, *Historische...* cit., p. 146.

(9) Cfr. FRELLESEN, *die Zumutbarkeit...* cit., pp. 36 ss. Críticamente, sobre la confusión que esta perspectiva eticista propugnada por Freudenthal propicia entre culpabilidad jurídica y moral, COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho Penal*, PG., 2^a ed., Valencia, 1987, p. 480 nota n^o 7. Ampliamente, también BARATTA, *Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza*, Milano, 1963, pp. 31 ss, y 155 ss.

(10) Cfr. GOLDSCHMIDT, *La concepción...* cit., p. 41.

(11) En opinión de Schumacher que se cuenta, además, entre los detractores del concepto de exigibilidad, cfr. SAINZ CANTERO, *La exigibilidad...* cit. pp. 28 y 29. Cfr. otras ci-

“un peligro para la certeza y el mantenimiento del orden jurídico (12). Prevalecería, pues, en la doctrina el criterio generalizador, que tomaba como referencia al ciudadano normal y que hacía depender la exculpación entonces no ya de criterios valorativos individuales sino de la existencia objetiva de unos motivos preponderantes en el autor o, por mejor decir, de unos motivos que el ordenamiento jurídico debía reconocer “como superiores al motivo del deber en relación al hombre medio” (13).

De esta forma, la exigibilidad de obediencia a la norma se desvincula del poder del concreto autor. Es “el poder de los otros” el que “se vuelve un deber para el autor” (14). Se valoran el instinto de conservación personal, el instinto de libertad... pero siempre en referencia al tipo general del hombre normal (15), que es quien se erige en criterio de afirmación y medida de la exigibilidad del comportamiento adecuado a la norma.

Por otra parte, esa dependencia misma que se atribuía a la exigibilidad respecto de la idea de poder —aún del que se suponía al ciudadano medio—, iría haciéndose más ficticia en la medida que, por motivos de seguridad jurídica y de temor a la arbitrariedad judicial, se negó el recurso al examen del caso particular para encomendar la definición de los supuestos de inexigibilidad al legislador. Me refiero, en concreto, al abandono que experimentó la teoría de las causas supralegales de exculpación, que había nacido con la concepción normativa de la culpabilidad al amparo precisamente del criterio material de la exigibilidad y cuyo fundamento había sido el de “completar” las valoraciones de la ley positiva, ofreciendo soluciones al tratamiento de situaciones especiales que, supuestamente, habían escapado a la previsión legislativa por hallarse entonces fuera del campo de experiencia o de representación de quien legislara (16). ¿Cómo no reconocer, afirmaba JIMÉNEZ DE ASUA, contrario a esta evolución, que *con independencia de los casos*

tas similares, en JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, VI, Buenos Aires, 1962, p. 944.

(12) Cfr. SÁINZ CANTERO, *La exigibilidad...* cit., p. 99. *Vid.* también MANTOVANI, *Diritto Penale*, PG., Padova, 1979, p. 271; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA, *Derecho Penal*, PG., 2ª ed., Madrid., 1986, p. 373.

(13) Cfr. GOLDSCHMIDT, *La concepción...*, cit., p. 38. Así, también, JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado...* cit., VI, p. 985.

(14) Cfr. GOLDSCHMIDT, *La concepción...*, cit., p. 41.

(15) Así, GOLDSCHMIDT, *La concepción...* cit., p. 39. Sobre este concepto, en relación a la exigibilidad, SAINZ CANTERO, *La exigibilidad...*, cit., pp. 103 ss. Lo que, como con razón señala QUINTERO OLIVARES, no deja de ser una ficción porque “buena parte de los delincuentes no son por definición *hombres medios y normales* y entonces medir lo exigible y lo no exigible en relación con un grupo humano teórico al que no pertenecen implica una igualación artificial e injusta”, *Introducción al Derecho Penal*, PG., Barcelona, 1981, p. 175.

(16) Así, MEZGER, *Tratado de Derecho Penal*, II, trad. por Rodríguez Muñoz, Madrid, 1946, p. 203. *Vid.* también, SAINZ CANTERO, *La exigibilidad...*, cit., p. 87.

concretos expresamente establecidos por la Ley, si se prueba que no se puede exigir al agente otra conducta de acuerdo con el Derecho, es radicalmente imposible afirmar que existe culpabilidad, si esta es reproche sólo se reprocha lo que puede ser exigido? (17).

Y ciertamente, la afirmación de una necesaria relación de subordinación de las causas de inexigibilidad respecto de su regulación legal (18) habría de representar, en el plano real, su decisiva desvinculación de todo juicio acerca de la capacidad del autor, aún como “hombre normal”, de determinarse conforme al deber de obediencia impuesto por la norma. Reconocido entonces, según una valoración legislativa expresa, que determinadas situaciones son capaces de alterar un proceso de motivación normal por la presión psicológica que generalmente suponen para cualquiera, va a ser “el poder del término medio presumido por el Derecho”, como afirmara MAURACH (19), el que se pondera en este examen.

Explicablemente pues, las siguientes construcciones acerca de la exigibilidad —en particular, tras la segunda guerra mundial (20)— abandonarían ya todo intento de hacerla servir de fundamento material a la imputación de la culpabilidad (21) para pasar a convertirla en mero principio informador de las causas de exculpación. De esta forma, la inexigibilidad, como idea que intencionadamente quiere sugerir algo ajeno a la culpabilidad misma (22), acaba por prevalecer sobre la exigibilidad, y las decisiones sobre ésta, que habían tenido como marco de referencia el poder del autor de actuar de otro modo ... y con él, la posibilidad de un juicio de reproche personal, terminan por ser suplantadas por juicios basados en motivos de indulgencia. En estos casos, señala WESSELS,

(17) Como es fácil adivinar, este autor se declaraba partidario del reconocimiento de causas supraleales de exculpación: “Es urgente —decía— no abroquelarnos en el *positivismo legal* y no empeñarnos en hacer del Derecho una *lógica jurídica* sólo”, *Tratado...*, VI, cit., p. 984.

(18) *Vid.* por todos, MAURACH, *Tratado de Derecho Penal*, II, trad. y notas de Córdoba Roda, Barcelona, 1962, pp. 51 ss. y JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal*, I, trad. y notas de Mir Puig y Muñoz Conde, Barcelona, 1981, pp. 686 ss. Con la matización que pudiera suponer un recurso excepcional a la analogía. *Vid.* SCARANO, *La non esigibilità...* cit., pp. 64 ss. y, en nuestro país, MIR PUIG, *Derecho Penal*, PG., Barcelona, 1984, pp. 389 ss. y 526. Relativizadamente, DIEZ RIPOLLÉS, “La huelga de hambre en el ámbito penitenciario”, *Cuadernos de Política Criminal* (en adelante, *CPCr.*), n.º 30, 1986, p. 655.

(19) *Tratado...*, cit., II, p. 35.

(20) Durante la etapa nacional-socialista se negaría este concepto (Schaffstein, Jobst, Sauerlandt...). Y es que todo lo que el mismo tenía de fundamento en una ética subjetivista y relativista tenía que hacerlo incompatible con la ideología característica de ese período, cfr. BARATTA, *Antinomie...*, cit., p. 47.

(21) Cfr. FRELLESEN, *Die Zumutbarkeit...*, pp. 61 ss. Describe con precisión e interés ese proceso LAURENZO COPELLO, *El aborto no punible*. Barcelona, 1990, pp. 159 ss. *Vid.* también ampliamente, SAINZ CANTERO, “El desenvolvimiento...”, cit., pp. 29 ss.

(22) Como señala SAINZ CANTERO recogiendo un pensamiento de Mittermaier, *La exigibilidad...* cit., p. 46. Así también, QUINTERO, *Introducción...*, cit., p. 177.

recogiendo un criterio enunciado inicialmente por WELZEL (23), “ya no se alcanza el límite inferior de la pena y el legislador, en vista de la motivación extraordinaria, renuncia a formular un reproche de culpabilidad, a saber, es *indulgente...*” (24).

No debe extrañar entonces que, desprovista la exculpación de una base material, se sumen a la fundamentación de la exclusión de la pena en su caso, otros argumentos que apuntan además a una disminución de injusto resultante de una valoración de los motivos del actuar: una disminución del injusto personal de la acción, afirma JESCHECK, “por el fin legítimo perseguido por el autor (salvación de un peligro...)” y del injusto del resultado del hecho, que “se rebaja en la medida del valor correspondiente al bien que el autor salva o protege” (25).

Unos y otros argumentos serían, pues, los que llevarían a prescindir de la pena en el caso concreto, bien por entenderse que político-criminalmente resulta aconsejable en esas circunstancias no pronunciar el reproche de culpabilidad “pese a permanecer el desvalor ético del hecho”, como parece sostener la opinión dominante alemana (26), bien porque replanteada la cuestión de su naturaleza jurídica, prefiera atribuirse a esas causas de inexigibilidad la de elementos integrantes de una categoría intermedia de la teoría jurídica del delito, entre el injusto y la culpabilidad, que sería la “responsabilidad por el hecho” (27), o bien, más específicamente, la de criterios excluyentes del “reproche de lo injusto”, como propone FREY (28), dado el carácter generalizador y objetivo del juicio con que se opera en ellas. Como afirmara MAURACH, “aquí ... lo exigible y lo no exigible al término medio se define tan sólo conforme a pretensiones estereotipadas que, por su misma esencia, no pueden tomar en consideración la capacidad individual del autor concreto” (29).

(23) *Derecho Penal alemán*, trad. de Bustos Ramírez y Yáñez Pérez, 11 ed., Santiago de Chile, 1976, pp. 248-249. *Vid.* también HIRSCH, *Strafgesetzbuch, LK*, vor paragr. 32 Rn. 184; STRATENWERTH, *Derecho Penal, PG.*, trad. de G. Romero, Madrid, 1982, p. 190.

(24) *Derecho Penal. PG.*, Buenos Aires, 1980, p. 120.

(25) *Tratado...*, cit., I, pp. 656-657. También, WESSELS, *Derecho Penal*, cit. p. 120; STRATENWERTH, *Derecho Penal*, cit., p. 190. En nuestro país, CEREZO MIR, “La regulación del estado de necesidad en el Código penal español”, *Estudios Penales y Criminológicos*, X, Santiago de Compostela, 1987, pp. 92 ss. *Vid.* críticamente CUERDA RIEZU, *La colisión de deberes en Derecho Penal*, Madrid, 1984, pp. 197 ss.

(26) Por todos, JESCHECK, *Tratado...*, cit., I, p. 656. Críticamente, con razón, MIR PUIG, *Derecho Penal*, cit., pp. 525-526. De la misma opinión, OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA, *Derecho Penal*, cit., p. 363.

(27) Esta categoría, ideada inicialmente por MAURACH —*Tratado...*, cit., II, pp. 34 ss.— es seguida hoy en nuestro país, en forma matizadamente diferente, por BACIGALUPO, *Principios de Derecho Penal Español*, II, Madrid, 1985, p. 89 ss. y LAURENZO, *El aborto...*, cit., pp. 319 ss.

(28) Siguiendo a Maihofer, *Die Zumutbarkeit im Strafrecht*, 1961, pp. 8, 52, 116 ss.

(29) *Tratado...*, cit., II, p. 35. También FREY afirma que “en la medida de cualquier hombre hay definida una cuestión de injusto no de culpabilidad...”, *Die Zumutbarkeit...*, cit., p. 8 *Vid.*, asimismo, BACIGALUPO, *Principios...*, cit. p. 90. A similares conclusiones lle-

Es en este contexto teórico, de progresiva depauperación del concepto de exigibilidad, donde debe situarse la sugestiva tesis de HENKEL orientada a potenciar su significación en el área total del Derecho y, en particular, en el ámbito de la teoría jurídica del delito, como principio regulador de las categorías jurídico penales de la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad.

Si, como parece, el principio de exigibilidad se muestra inapropiado para dotar de contenido normativo al juicio de culpabilidad, representa sin embargo, en su opinión, un irrenunciable criterio para la individualización del Derecho, que puede resultar operativo en toda aplicación de inseguros límites donde no es posible una determinación material del alcance de los deberes jurídicos más que bajo la toma en consideración de todas las circunstancias del caso particular (30). Desde esta perspectiva, la exigibilidad se configura como “principio regulador de delimitación del deber” (31).

En su calidad de “principio regulador”, la exigibilidad no tendría un contenido valorativo ni llevaría consigo regla alguna de valoración que pudiera anticipar la decisión judicial del caso concreto. No hay, pues, criterios normativos de exigibilidad en la construcción de HENKEL. La norma de valoración judicial deberá desarrollarse, entonces, sobre la base de “una concreta decisión de vida”. Por ello, sólo son determinantes las especiales y diferentes características del hecho real (32).

En el ejercicio de esta tarea de individualización, que se concibe orientada hacia la realización en la práctica de la justicia material —de “justicia individualizadora” habla HENKEL (33)—, el aplicador deberá valorar la inconfundible particularidad del caso, en la totalidad de sus elementos singulares, para alcanzar a partir de un juicio intuitivo la decisión más apropiada (34). Una operación que se manifestaría, de otra parte, especialmente útil en el área de la teoría jurídica del delito, cuando se hace necesaria una concreción de los inseguros límites de establecimiento o exigencia de los deberes jurídicos-penales: esto es, cuando la determinación de contenido de los tipos penales o la fijación de los contornos del deber —sea éste de acción, de omisión o de toleran-

gan en nuestro país COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, si bien en relación a lo que consideran debiera ser el entendimiento de la exigibilidad por parte de quienes propugnan un concepto “objetivo” de lo injusto, a partir de una perspectiva finalista, *Derecho Penal*, cit., p. 474. Relativiza, con razón, estos planteamientos, CÓRDOBA RODA en *Notas al Tratado de Maurach*, cit., pp. 39 ss. *Vid.* también OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA, *Derecho Penal*, cit., p. 374.

(30) Cfr. HENKEL, “Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives Rechtsprinzip”, *Festschrift für E. Mezger*, München/Berlin, 1954, pp. 267 ss.

(31) Cfr. FRELLESEN, *Die Zumutbarkeit...*, cit., p. 64.

(32) *Vid.* HENKEL, “Zumutbarkeit...”, cit., p. 303.

(33) “Zumutbarkeit...”, cit., p. 309.

(34) Cfr. ampliamente FRELLESEN en su complejo análisis de la obra de Henkel, *Die Zumutbarkeit...* cit., en particular, pp. 68 ss.

cia ...— requieran de un corrector o complemento de la ley sobre la base de una valoración judicial individualizadora o bien, cuando esa necesidad se evidencie en la culpabilidad, para la delimitación del poder de exigencia de aquel deber (35).

Sólo los criterios de determinación de lo exigible variarán entonces, teniendo en cuenta el carácter objetivo o personal de juicio en que se sustenta cada una de esas categorías del delito: objetivo o general en el injusto, por referencia no al deber de un autor determinado sino al de cualquiera situado en las mismas circunstancias; y, subjetivo o personal en la culpabilidad, según las cualidades y capacidades del concreto autor, aunque de acuerdo con la valoración que merezcan al ordenamiento jurídico, no al propio interesado ni al juez que aplica el Derecho. En este terreno se produce una tensa y complicada relación entre deber y poder, entre norma y personalidad, cuyo esclarecimiento correspondería ya al intérprete (36). En definitiva, de su acierto y buen sentido se va a hacer depender la justicia de la decisión.

Y ello es precisamente, lo que constituye, a juicio de sus críticos, el principal —y decisivo— inconveniente de la tesis de HENKEL. Pues, como resume FRELLESEN, “la intuitiva valoración de todas las circunstancias de un caso particular no significa otra cosa que una decisión arbitraria” (37). Un criterio de solución que se crea y se aplica para la individualidad de un caso, añade el autor, presupone la unidad e irre-

(35) *Vid.* HENKEL, “Zumutbarkeit...”, p. 305. Como deber, contemplado desde el punto de vista del “poder de su exigencia”, en la culpabilidad es definida la exigibilidad por COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho Penal*, cit., p. 480, n. 2.

(36) *Cfr.* HENKEL, “Zumutbarkeit...”, cit., pp. 306 ss. *Vid.* también, pero desde una perspectiva más compleja que busca adaptar el concepto de exigibilidad a los criterios característicos de cada una de las categorías de la teoría jurídica del delito donde se emplee, ROXIN, “Culpabilidad...”, cit., p. 75. Acogen, en nuestro país, un planteamiento similar en la valoración de la idea de exigibilidad, MUÑOZ CONDE, *Teoría General del delito*, Valencia, 1989, p. 149; PAREDES CASTAÑÓN, “Subsidiariedad y proporcionalidad de los males en el estado de necesidad: el criterio de la exigibilidad”, *Poder Judicial*, marzo, 1989, n° 13, pp. 123 ss. *Vid.* en esa misma línea, CÓRDOBA RODA y su anánilis, muy interesante, de supuestos concretos en el área de la justificación, *Comentarios al Código Penal*, I, Barcelona, 1972, pp. 246-247; 265 ss.; 279-280; 306 y 353. En particular, respecto de las indicaciones del aborto, como causa de exclusión de la antijuricidad y la forma de operar en ellas la exigibilidad, *vid.* por todos, LUZON PEÑA, “Indicaciones y causas de justificación en el aborto”, *CPCr.*, n° 36, 1988, pp. 634 ss., pp. 649, 652, 658, 660... Críticamente, respecto de este planteamiento, DíEZ RIPOLLÉS, “El artículo 417 bis del Código Penal y su naturaleza jurídica”, *La reforma del delito de aborto, Comentarios a la Legislación Penal*, IX, Madrid, 1989, pp. 113 ss. que, sin embargo, parece admitir finalmente la posibilidad de configurar la exigibilidad como límite en la justificación, p. 114, *if.*

(37) *Die Zumutbarkeit...* cit., p. 84. Porque además, añade FRELLESEN, la detallada consideración de la individualidad del caso, como lo pretende Henkel, es imposible en la valoración jurídica. Pues sólo interesan determinados aspectos (cualitativos o cuantitativos) dependiendo de la finalidad planteada, por lo que será ineludible la necesidad de reglas que permitan una diferenciación entre las circunstancias relevantes o irrelevantes del caso particular, pp. 74 ss.

petibilidad del hecho y, con ello, su incapacidad de generalización que es, de otra parte, condición elemental de un tratamiento igualitario como el que reclama la vigencia de un Estado de Derecho (38). El respeto a los principios que lo sustentan, en particular el de seguridad jurídica, reclamaría entonces el sometimiento de las decisiones sobre exigibilidad a una guía reglada, conforme a presupuestos normativos determinados con carácter previo e independiente del caso concreto (39). Por lo que habría que encontrar primeramente *la norma* que contuviera una declaración de contenido sobre la que elaborar los presupuestos de la exigibilidad antes de poder subsumir bajo ella el caso particular (40).

Este planteamiento, que eleva a una cuestión “cognitiva” —y no “decisionística” o discrecional— la elaboración del juicio acerca de si se cumplen los presupuestos normativos para la coacción estatal en el supuesto concreto (41) resulta, en términos generales, correcto. En efecto, parece que cualquier pretensión de hacer avanzar hoy la discusión acerca de la exigibilidad, en la línea sugerida por HENKEL, esto es, como *principio general delimitador de deberes*, pasa por reivindicar su remisión a un ámbito normativo para que sirva de referencia a la valoración judicial del caso concreto, o aún, a la valoración legislativa de ciertas materias (42). Y ese ámbito normativo del que hacer partir

(38) Cfr. FRELLESEN, *Die Zumutbarkeit...* cit., p. 79, que, abundando en lo anterior, afirma que deben establecerse reglas generales que determinen los aspectos especiales del caso individual que son jurídicamente relevantes. Sólo así resulta posible identificar una circunstancia de la vida como “un caso” jurídicamente relevante y cumplir el mandato de tratamiento igual, que es condición además de la “capacidad de fundamentación de las decisiones jurídicas”: En efecto, siendo la exigibilidad un concepto indeterminado, las premisas de decisión tienen que ser completadas con reglas dogmáticas de aplicación (pp. 80-81). El desarrollo de “una dogmática diferenciada de exigibilidad” en la forma enunciada por Lüderssen, añade FRELLESEN, es función de la ciencia jurídica y de la jurisprudencia —también constitucional— cuando el legislador renuncia a una concreción de las exigencias ajustadas al caso particular (p. 89).

(39) Lo que resulta un factor decisivo para la estabilidad del orden jurídico y la justicia, *Die Zumutbarkeit...* cit., p. 81.

(40) Cfr. FRELLESEN, *Die Zumutbarkeit...* cit., p. 35.

(41) Que es la vía que propone FRELLESEN sobre la base de un examen específico del alcance del deber en los tipos correspondientes de la Parte Especial: “El fin de los esfuerzos para lograr una concreción del concepto de exigibilidad debe ser el obtener criterios dogmáticos de exigibilidad a través de una concreción de la amplitud del correspondiente deber de comportamiento... (lo que) exige, en especial, una determinación de los fundamentos políticos-criminales sobre los que puede ser justificada una falta al deber de comportamiento...” Porque “si ese concepto aspira a una delimitación de deberes no puede ser concretado sin referencia al deber cuyo alcance pretende ser delimitado...”. “La concreción del concepto de exigibilidad es un problema de Parte Especial”, no de Parte General, como creían los penalistas de los años 20, afirma el autor, *Die Zumutbarkeit*, pp. 89 y 91 ss. Ampliamente, sobre la contraposición que refleja el texto entre criterios “cognitivos” y “decisionísticos” para la concreción de las reglas de exigibilidad, *vid.* pp. 28 ss. y 32 ss.

(42) Se sigue, pues, la línea marcada por HENKEL pero con la matización importante

decisiones de contenido acerca de la exigibilidad, podría ser el *constitucional*.

II

Esta vía que, en mi opinión, resulta la más idónea para dotar nuevamente de sentido el empleo del criterio de la exigibilidad es, de otra parte, la que siguen algunas opiniones doctrinales relevantes cuando argumentan vgr. sobre la impunidad de quien, para evitar un riesgo relevante de ser penalmente perseguido, de sufrir una sanción penal, deja de cumplir un genérico *deber de socorro o de evitación o denuncia de un delito*: bien, pues, el que en una situación de desamparo no presta un auxilio personal a la víctima o encubre el delito de otra persona, no denunciándola vgr., para evitar que se descubra el propio...

Invocar en estos casos, como se ha hecho desde algunos sectores de la doctrina (43) y de la jurisprudencia (44), un derecho a la autoprotec-

que supone dar al principio de exigibilidad un *contenido normativo*, y no meramente regulador, operativo en los diversos momentos por los que atraviesa la teoría jurídica del delito e inspirador de mejores políticas legislativas futuras. A esto último parecen adherirse COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN cuando afirman que “el principio de no exigibilidad opera ya en el ámbito del proceso de tipificación, determinando la irrelevancia (atipicidad) de las conductas cuya realización exceda de las posibilidades del hombre medio”, *Derecho Penal, PG*, cit., p. 474. En el mismo sentido COBO/CARBONELL, *Derecho Penal, PE*, 2ª ed., Valencia, 1988, p. 569. Vid. también SAINZ CANTERO, *Lecciones de Derecho Penal, PG*, 3ª ed., Barcelona, 1990, p. 724.

(43) Cfr. por todos, en la doctrina alemana FRELLESEN, siguiendo en este extremo, aunque matizadamente, las opiniones de Welzel y Geilen. El autor se muestra favorable al reconocimiento de “un interés a tolerar por el orden jurídico” en el interés del autor por la evitación de la persecución penal, aún cuando encuentre equívoco aquí el empleo de la afirmación de “un derecho a la autoprotección”, en cuanto que parece sugerir —afirma— la idea falsa de que es ilegal la persecución penal. En contra, MAURACH, *Tratado...* cit., p. 294; STRATENWERTH, *Derecho Penal*, cit., p. 312.

En nuestro país, se acogen a aquel reconocimiento para la omisión del deber de socorro, ALAMILLO, *La solidaridad humana en la Ley Penal*, Madrid 1962, pp. 117 ss. y, previa valoración del caso concreto, SILVA SÁNCHEZ, “Problemas del tipo de omisión del deber de socorro”, *ADP y CP*, mayo-agosto, 1988, pp. 562 ss. y, en especial, p. 565. Críticamente, RODRÍGUEZ MOURULLO, *La omisión de socorro en el Código Penal*, Valencia, 1966, pp. 225-226.

En cuanto a la omisión del art. 338 bis, se suma al planteamiento del texto, HUERTA TOCILDO, “Omisión de los deberes de impedir y denunciar determinados delitos”, *Problemas fundamentales de los delitos de omisión*, Madrid, 1987, p. 213. En sentido distinto, CORDOBA, *Comentarios...* cit., III, p. 1.214.

(44) En particular, en Alemania, la más antigua, cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado...* cit., VI, pp. 936-937; FRELLESEN, *Die Zumutbarkeit...* cit., p. 177. Una visión de conjunto sobre grupos de casos con pronunciamientos más modernos y también más restrictivos y aún contrarios al planteamiento inicial, en FREY, *Die Zumutbarkeit...* cit., pp. 48 ss.

En nuestro país, donde no se ha planteado seriamente el problema, suele citarse modernamente la STS. de 27 de marzo de 1987 para poner de manifiesto, cuando menos, su conciencia del mismo cuando afirma, en relación a la omisión, que no puede prevalecer

ción, a la autotutela o bien, la necesaria impunidad del autoencubrimiento, no significa otra cosa, en realidad, que ejercitar el *derecho constitucional a no realizar acciones que puedan suponer una declaración contra uno mismo o una confesión de culpabilidad*.

Podría afirmarse entonces, desde la perspectiva anunciada que busca dotar de contenido al juicio de exigibilidad a partir del examen de una norma particular que bien pudiera ser ésta, que el reconocimiento constitucional de aquel derecho individual a una autoprotección libera *en principio* al autor del cumplimiento de otras exigencias jurídicas —y jurídico-penales— que se le opongan o desvirtúen su ejercicio. Tales como atender a un deber de solidaridad social que implica para el autor un acto de cooperación en la persecución penal que el Estado dirige frente a él (45).

Ciertamente que no puede decirse que la *jurisprudencia constitucional* española haya sabido o haya querido desarrollar adecuadamente este principio. En efecto, cuando ha tenido ocasión de pronunciarse sobre su alcance en la práctica, con motivo de las dudosamente constitucionales pruebas de alcoholemia, ha optado finalmente (46) por reconocer el *deber* del ciudadano de someterse a las mismas, al considerar que éste no puede estimarse contrario al derecho a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable. Pues, señala textualmente, “no se obliga al detectado a emitir una declaración ... admitiendo su culpabilidad, sino a tolerar que se le haga objeto de una especial modalidad de pericia, exigiéndole una colaboración no equiparable a la declaración comprendida en el ámbito de los derechos proclamados en los artículos 17,3 y 24,3 de la Constitución” (STC. de 4 de octubre de 1985. En parecidos términos, STC. de 7 de octubre de 1985) (47).

su consideración como “delito de fuga”, porque “no puede reclamarse a los culpables que se sometan voluntariamente a la acción y las pesquisas judiciales”.

(45) Ese deber de colaboración es negado por FRELLESEN, *Die Zumutbarkeit...* cit. p. 179.

(46) Aun cuando, con carácter previo, un Auto 62/1983 del propio Tribunal Constitucional había reconocido el derecho a *negarse* a la realización de esas pruebas y, por tanto, su carácter voluntario, si bien, eso sí, “soportando las consecuencias que ello pudiera conllevar *así como las presunciones que en ello se puedan fundar...* Sobre esta cuestión, ampliamente, GARCÍA ARÁN, “Conducción...” cit., pp. 634 y 640 ss. Admiten también el carácter voluntario de las pruebas de alcoholemia, en contraposición al Derecho Comparado, GIMENO SENDRA, “Valor probatorio de los métodos alcoholométricos”, *La Ley*, 6-XI-84, p. 2 y ASENCIO MELLADO, “Los métodos alcoholométricos en la Jurisprudencia Constitucional”, *La Ley*, 18-IV-86, pp. 4-5. Sobre el elemento de convicción que la negativa a esa práctica pueda representar en un eventual proceso posterior, *vid.*, en sentido general, CALVO SOTELO, “Presunción de inocencia” del imputado e “intima convicción” del Tribunal, Barcelona, pp. 140 ss.

(47) Estas sentencias del Tribunal Constitucional tienen como precedente —literal— otra de la Audiencia Provincial de Albacete que parece haberle servido de inspiración. Para un comentario favorable a su doctrina que “de lege ferenda” reclama para nuestro ordenamiento, GIMENO SENDRA, “Valor probatorio...” cit., p. 2, donde recoge, además,

El formalismo en que incurre el Tribunal Constitucional en estas decisiones es obvio al no querer reconocer que, dado el significado incriminatorio que pueden tener los resultados de esta prueba sobre el detenido, la sumisión obligatoria a la misma supone un acto de colaboración por su parte en el descubrimiento de su culpabilidad y, por tanto, implica una autoincriminación, por más que él mismo en el acto de la detención no declare nada. ¡Qué más declaración contra sí cabe que facilitar la obtención de unos resultados, que pueden ser de cargo, objetivados además por la fiabilidad de una prueba científica! Por ello puede afirmarse, como se ha hecho, que “debido a esa práctica total fiabilidad de los métodos alcoholométricos, el conductor que ha ingerido alcohol sabe que de someterse a ellos muy posiblemente le recaerá en el futuro una sentencia condenatoria por lo que, de aceptar su práctica, se le obligaría a autoinculparse y, en definitiva, se podría vulnerar —yo diría, se vulneraría en todo caso— el derecho que le asiste a no declarar contra sí mismo” (48).

Podría concluirse entonces que la posición del Tribunal Constitucional en estos pronunciamientos hace seriamente temer por la inoperancia de un principio de tan indudable repercusión en el campo jurídico-penal, como el previsto en el artículo 24,2 de la C.E. Pues, de seguirse sus razonamientos, se tendría que admitir que sólo en los casos en que la actividad del autor, favorecedora de su inculpación y el descubrimiento de su delito, fuera *declarativa* —y quizás expresa— podría considerarse constitucionalmente inexigible su realización. Por lo que poco más que el “falso testimonio” del procesado o, en su caso, de un testigo, quedarían comprendidos en el ámbito de ejercicio del derecho a no declarar contra sí mismo o no confesarse culpable.

Una afirmación ésta que no puede admitirse desde el momento en que se entienda que las consecuencias del reconocimiento constitucional de aquel derecho exceden de las que se le atribuyen como garantía meramente procesal para pasar a ser también relevantes en el área de

otras sentencias de instancia de contenido esencialmente diverso (SAP. de Vitoria de 31-I-84 y SAP de Bilbao de 4-V-87). Ese deber aparece hoy expresamente previsto en el art. 12.2 de la “Ley sobre Tráfico, circulación de vehículos de motor y seguridad vial”, cuyo texto articulado se recoge en BOE n.º 63 de 14-III-1990.

(48) Cfr., no obstante lo anterior, GIMENO SENDRA, “Valor probatorio...”, cit., p. 2. En parecidos términos, GARCÍA ARÁN, “Conducción...”, cit., pp. 638-639. Parece reconocer que la ejecución de esta prueba puede suponer “una confesión contra sí mismo”, el Mº Fiscal en STC. 30-X-1985,

De otra parte, el que el resultado de esa prueba sea positivo no permite todavía hablar de incriminación por virtud de la aplicación del artículo 340 bis a) 1 Cp., pues se requiere aún que pueda emitirse un juicio de peligrosidad objetiva de la acción en el caso concreto, *vid.*, por todos, sobre ello GÓMEZ PAVÓN, *El delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes*, Barcelona, 1985, pp. 120 ss. y, sobre todo, pp. 131 ss. También, ALBÁCAR LÓPEZ, *Las infracciones penales de tráfico en la doctrina de los tribunales*, Madrid, 1984, pp. 255 ss.

enjuiciamiento del delito y, por tanto, en el examen de la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad de los comportamientos punibles.

A) En lo que afecta a la *tipicidad*, parece obvio que la realización de aquel derecho constitucional determina la impunidad del *falso testimonio* del procesado. Ello se reconoce ya expresamente en la Ley de Enjuiciamiento Criminal cuando establece, en su artículo 387, que a los procesados no se les exigirá juramento y que podrán manifestar —según completa el artículo 396— cuanto tengan por conveniente para su exculpación, sin que puedan hacérsele por ello cargas o reconvenções. En este caso, como en el anterior con el que se ejemplificaba de *la omisión de socorro o de evitación o denuncia de un delito* de los artículos 489 ter y 338 bis del Código penal, ni siquiera surge el deber cuya infracción pudiera determinar la realización de un injusto típico.

El procesado no tiene el deber de prestar testimonio veraz porque le es legalmente inexigible proceder en su contra, como tampoco puede exigírsele al omitente, desde la perspectiva seguida en el texto, que con su auxilio se arriesgue a sufrir el perjuicio personal que toda persecución penal conlleva, incluso si la situación de peligro para la víctima hubiera sido creada por un hacer precedente suyo, como en el caso de la causación imprudente de un accidente. Pues, aun cuando pudiera entenderse que en esa situación el deber de auxilio es más relevante, como también su exigencia —lo que permitiría explicar la mayor penalidad que prevé el párrafo 3.º de ese artículo 489 ter—, ello debe subordinarse en todo caso a una ponderación, siquiera mínima, de los intereses enfrentados, teniendo en cuenta la relevancia del riesgo que representa la realización de la acción de socorro y, en particular, si afecta a un bien jurídico tolerante, como la libertad a través de la amenaza de imposición de una pena de prisión, vgr. (49). Piénsese que, en otro caso, una exigencia de cooperación por su parte vendría a ser equiparable a la de una especie de acción “obligada” —y no ya espontánea— de arrepentimiento eficaz (50).

(49) Así también FREY, *Die Zumutbarkeit...* cit., pp. 48 ss. Parte de una diferenciación estricta entre un genérico y un especial deber de socorro y se plantea si en este último caso el peligro de una amenaza penal debe entenderse compensado por ser el potencial auxiliar responsable del accidente, FRELLESEN, *Die Zumutbarkeit...* cit., pp. 176 ss. y 200 ss. En nuestro país, propone el planteamiento del texto con detalle, SILVA, “Problemas...”, cit., p. 565, ofreciendo al efecto algunos criterios de valoración (gravedad del peligro que amenaza a la víctima y posibilidades de contrarrestarlo, gravedad del riesgo de ser detenido y de la pena que le correspondería...). La toma en consideración, como relevante, del riesgo de persecución penal con motivo de la prestación de socorro, fue ya propuesta por ALAMILLO, *La solidaridad...* cit., pp. 118-119; ZUGALDIA ESPINAR, “Omisión e injerencia en relación al supuesto agravado del pfo 3º del artículo is del Cº penal”, *CPCr.*, nº 24, 1984, pp. 581 y 590; también, MAQUEDA ABREU, *Los delitos contra la libertad y la seguridad de las personas*, Granada, 1988, pp. 108-109.

(50) Para una interpretación constitucional de la atenuante de arrepentimiento del artículo 9,9 del C.p. y de sus elementos, *vid.* STC. de 25-V-1987, a partir del recurso de am-

Aquí, pues, razones político-criminales similares a las que podrían invocarse —y se han invocado, de hecho— en el *encubrimiento entre parientes*, del artículo 18 del Código penal y en el *quebrantamiento de condena*, del artículo 334 del Código penal —en particular, la proximidad del interés que se defiende y la natural inclinación de cualquiera hacia su salvación—, y que no necesitan apelar a argumentos afectantes al poder del autor y al reproche, como se ha pretendido hacer desde algunos sectores de opinión, son los que se toman en cuenta en la tipicidad para fijar los presupuestos de nacimiento del deber (51). Su *ratio* no es otra, en definitiva, que la misma razonable legitimidad del ejercicio de un derecho a la autoprotección —que alcanzaría a la protección de las personas íntimamente unidas al autor (52)— y que debe ser reconocido,

para nº 330/1986, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, Pamplona, pp. 337 ss. y, en particular, p. 342.

En un planteamiento distinto del texto y posiblemente preferible, podría entenderse aplicable esa atenuación cuando el causante del accidente prestase auxilio a la víctima procediendo, pues, a reparar o disminuir los efectos de su delito o a confesar la infracción, como previene el citado precepto. Ampliamente, *vid.* ZUGALDIA ESPINAR, “Omisión...”, *cit.*, pp. 581 y 587 ss.

(51) Cuando se refiere a la equivocidad político-criminal que supone un castigo penal a la vista de la fuerza preponderante de la motivación del auto-encubrimiento, *cfr.* FRELLESEN, *Die Zumutbarkeit...*, *cit.*, p. 177, donde se alude además a la consideración jurisprudencial de ese interés como un “derecho natural a la autoprotección”. *Vid.* también, p. 93.

Asimismo entienden que la toma en consideración de este riesgo personal afecta a la culpabilidad y no a la tipicidad, WELZEL, *Derecho Penal*, *cit.*, p. 284-304 y BAUMAN, *Strafrecht, AT.*, 9ª aufl., 1985, pp. 250-457. En nuestro país, con reservas, RODRÍGUEZ MOURULLO, *La omisión de socorro...* *cit.*, p. 229 y, en general, DIEZ RIPOLLÉS, “La huelga de hambre...”, *cit.*, p. 646; NAVARRETE, “La omisión del deber de socorro”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, 1959, nº 6, p. 428; SÁINZ CANTERO, *La exigibilidad...* *cit.*, pp. 145-146. En otro sentido, respecto de la cláusula del art. 338 bis, por su expresa mención al riesgo “ajeno” que indica que no afecta al grado de poder del eventual auxiliador, CÓRDOBA, *Comentarios...* *cit.*, III, p. 1.214. Defienden, sin embargo, la opinión del texto, por todos, EGGERT, *Die Unzumutbarkeit normgemässen Verhaltens bei den Fahrlässikeits und unechten Unterlassungsdelikten im Strafrecht*, Göttingen, 1969, pp. 101 ss. y, en nuestro país, CUERDA RIEZU, *La colisión de deberes...*, *cit.*, p. 279 y OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA, *Derecho Penal*, *cit.*, p. 566.

Finalmente, distinguen en Alemania una u otra calificación según que se trate de comisión por omisión u omisión pura, WESSELS, *Derecho Penal*, *cit.*, p. 219; HIRSCH, *Strafgesetzbuch*, *cit.*, vor par. 32, Rn. 193; OTTO, *Grundkurs Strafrecht*, 3ª aufl., 1988, p. 245.

(52) *Cfr.* PACHECHO, El Código penal de 1848, concordado y comentado, I, 5ª ed., 1881, p. 275, cuando afirma: “La Ley social no puede ni romper ni prescindir de las leyes de la naturaleza. Su deber es, por el contrario, fortificarlas. El padre tiene que destruir las cartas que comprometen a su hijo; la madre tiene que lavar la sangre que le acusa; el hermano, si es su carcelero, tiene que abrirle la puerta de la prisión”. Más modernamente apela a argumentos similares, NAVARRETE, “El encubrimiento entre parientes”, *ADºP y CP*, 1960, mayo-agosto, p. 238, en especial. Para una amplia visión de conjunto sobre el fundamento y la naturaleza de esta causa de exención de la responsabilidad criminal que, en realidad, parece excluir ya la misma posibilidad de afirmar la tipicidad del encubri-

como ya puso de manifiesto PACHECO en sus comentarios al Código penal de 1948, cuando afirmaba: “¿Debe por ventura, incurrir en alguna pena ... el que quebranta la sentencia que se le impuso?; y continúa: ¿Por qué no se pena al que perseguido por la justicia, apela al recurso de la fuga? ... ¿Por qué no se pena al que falta a la verdad en sus declaraciones, negando un delito que le está probado? ¿Por qué se respeta tanto su derecho de defensa, que ni siquiera se le toma juramento para declarar, cuando a cualquiera otro se le toma para proceder en juicio? ... La Ley, nuestra nueva Ley, ha concebido (en estos casos) —y esa es su honra— que no se puede castigar a un ser activo y sensible, porque trate de liberarse de una sentencia condenatoria, que está amenazando su libertad”. Y, finalmente, en una crítica a la punición existente en el Código del quebrantamiento de condena: Y “cuando ese *derecho* del reo —se refiere a la evasión— contradice los *derechos* sociales, el poder debe tomar sus precauciones para que no se realice, pero pierde su acción para llamarle delito...” (53).

Parecidas consideraciones, que apuntan a la dudosa constitucionalidad de esas tipicidades, podrían ser aplicadas también a otras figuras delictivas donde se fundamenta una pena más grave en razón, precisamente, del interés del autor por ocultar su delito o bien su persona a la acción de la policía o de la Administración de Justicia.

Me refiero, en concreto, a agravaciones como *el disfraz*, cuyo fundamento reside, según opinión jurisprudencial dominante, en su virtualidad para dificultar la identificación del culpable (STS. 2-X-1989) y fa-

miento bajo esas circunstancias, *vid.* GÓMEZ PAVÓN, *El encubrimiento*, Madrid, 1988, pp. 119 ss.

(53) *El Código penal...*, pp. 503-504; y continúa: “Teméis que se os escapen los presos? Tened cárceles seguras. ¿Teméis que se os escapen los presidiarios? Celad su custodia. Pero no extrañéis que se aprovechen de vuestros descuidos, porque para eso sería menester que fuesen santos y que no fuesen hombres”. En parecidos términos, GROIZARD, cuando califica de “injsuta y contraria a la noción racional del delito toda ley que eleva a materia penal el quebrantamiento por parte del reo de la pena privativa de libertad”, *El Código penal de 1870*, concordado y comentado, II, Madrid, 1903, p. 643. *Vid.* también SÁNCHEZ TEJERINA, *Derecho Penal Español*, Salamanca, 1940, p. 493.

En la actualidad comparten esa opinión crítica, CÓRDOBA, *Comentarios...* III, cit. p. 1.164; GONZÁLEZ GUITIÁN, “Dos problemas del artículo 334 del C.p.”, *Estudios Penales* II, Santiago de Compostela, 1978, p. 282; sobre fundamentos similares a los del texto, LUZON PEÑA, “Consideraciones sobre la sistemática y alcance de los delitos contra la Administración de Justicia”, *La reforma penal y penitenciaria*, Universidad de Santiago de Compostela, 1980, pp. 543-544; MAGALDI/GARCÍA ARÁN, “Los delitos contra la Administración de Justicia ante la reforma penal”, *Documentación Jurídica*, II, enero-diciembre, 1984, p. 1.153; RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español*, PE., 10ª ed. rev. y puesta al día por Serrano Gómez, Madrid, 1987, p. 1.033; BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho Penal*, PE., Barcelona 1986, p. 431; MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal*, P.E., 7ª ed., Valencia, 1988, p. 686; En otro sentido, difícilmente compartible por más que en su apoyo pueda invocarse el deber constitucional de cumplir las sentencias judiciales, que establece el artículo 118 de la CE., *vid.* VIVES ANTÓN y otros, *Derecho Penal*, PE., 2ª ed., Valencia, 1988, p. 292.

vorecer la impunidad por el hecho cometido (54). Una actitud que, como el propio Tribunal Supremo reconoce y CORDOBA RODA refiere, “obedece a un lógico y natural anhelo” (STS. 12-VII-1875). El argumento que a veces se aduce junto a aquél, relativo a un supuesto componente alevoso en esa agravante, que apuntaría a una mayor facilidad comisiva y, por ende, a una indefensión más marcada en la víctima al haber conseguido el autor con su conducta disipar sus recelos o suspicacias (STS. 23-I, 10-II, 25-VI, 21-VII y X y 27-XI-1987 y 21 y 28-IV, 29-IX y 7 18-X-1989), se refiere más bien al componente engañoso que se puede utilizar en el uso del disfraz (vgr. empleo de una sotana o un traje militar como signos de respetabilidad) y debe ser, por tanto, reconducido a prestar una base explicativa a las demás circunstancias del artículo 10,7 (“astucia” o “fraude”) (55).

Asimismo deben hacerse extensivas estas consideraciones a aquellas otras cualificaciones cuya razón de ser se explica en base al fin de autoencubrimiento propuesto por el autor. Es el caso del tipo de *falsificación, sustitución y alteración u omisión de la placa de matrícula “con el fin de cometer algún delito o facilitar su impunidad”*, del artículo 279 bis o *el uso de nombre supuesto que tuviere por objeto “ocultar algún delito o eludir una pena”*, del artículo 322, 2 del Código penal. Agravaciones ambas que poco tienen que ver con el contenido de injusto del hecho en cuanto que, en general, sobrevienen con posterioridad al mismo y no incrementan el daño al bien jurídico y tampoco evidencian, sino más bien al contrario, una mayor culpabilidad del autor, cuya motivabilidad frente al delito aparece normalmente disminuida por el ánimo de evitar el cumplimiento de una condena, por lo que su presencia en el Código no puede justificarse sino en razón de que hacen más remota la posibilidad de aplicación de una pena (!). Son, pues, nuevamente, como con razón se ha afirmado, “casos inexplicables, pues es natural que todo delincuente trate de evitar su procesamiento o condena (es un acto de agotamiento del delito)” (56). Otros criterios empleados por el Tribunal Supremo para su fundamentación, tales como la mayor “peligrosidad” o “malicia” evidenciada por el autor (STS. 18-VI-1974 y 7-IV-1980), tampoco son convincentes (57).

(54) Así, STS. de 7-II-85; 22 y 23-I, 10-II, 30-IV, 27-V, 25-VI, 21-VII, 8 y 21-X, 27-XI, 11-XI-1987; 15 y 28-IV-1988; 21-IV, 29-IX 7 y 18-X-1989... Ampliamente, también MANZANARES/ALBÁCAR LÓPEZ, *Código Penal, Comentarios y jurisprudencia*, Granada, 1987, pp. 168 ss.

(55) Se refiere a ese componente alevoso ya GROIZARD, *El Código penal de 1870*, cit., I, p. 106. En el sentido del texto, ampliamente, CORDOBA, *Comentarios...* cit., III, p. 638; también, FERRER SAMA, *Comentarios al Código Penal*, I, Murcia, 1946, p. 386.

(56) Refiriéndose, en particular, a la agravación del párrafo 2 del artículo 322, BUS-TOS RAMÍREZ, *Manual...*, cit. PE., p. 420.

(57) Cfr. MANZANARES/ALBÁCAR LÓPEZ, *Código Penal*, cit., pp. 643 ss. y 708. *Vid.* también la interpretación que ofrece CORDOBA, *Comentarios...* III, cit., pp. 703 ss. y 1.072 siguientes.

B) Cuestión más compleja plantearía, sin embargo, la aplicación del tipo básico de estos delitos en esos supuestos en que el autor realizara tales actividades como medio, estrictamente necesario, de evitar su autoincriminación. Se trata de situaciones similares a las que podrían originar otros tantos casos que pueden darse en la práctica judicial, como el de una defraudación fiscal movida por el interés personal de ocultar ingresos procedentes de negocios prohibidos (tráfico de drogas o de armas, vgr.) (58), la simulación de haber sido víctima de un delito por parte de quien ha intervenido en él como autor (58 bis), o bien, más comúnmente aún, el falso testimonio del testigo o la acusación falsa del procesado con el fin de eludir una condena segura o acaso probable.

En definitiva, casos en que surgido ya un genérico deber de actuar, de realizar, por ejemplo, una actividad que pudiera resultar autoincriminatoria — así, para el testigo, declarar verazmente o, para el procesado, no acusar falsamente a otro de la comisión del delito que busca encubrir ... — optaran éstos, sin embargo, por la conducta prohibida, si bien con pretensión exculpatoria. Esas situaciones, pues, en que el autor realiza un nuevo delito para evitar el descubrimiento del anterior. ¿Cabría aquí invocar el ejercicio de un derecho al autoencubrimiento — como *justificación* — sobre la base de la idea de inexigibilidad, cuando un comportamiento distinto (guardar silencio) hubiera podido ser valorado, según una estimación *ex ante*, como una confesión tácita de culpabilidad?

En general, la opinión doctrinal y jurisprudencial dominante niega la legitimidad de un derecho a la autoprotección o al autofavorecimiento cuando, para la ocultación de los hechos penales propios, se interfiere en el orden jurídico a través de un nuevo injusto. De forma que, si bien se reconoce que no es exigible acusarse a sí mismo de la realización de una acción punible, esa permisión no alcanzaría a acordar la impunidad del hecho posterior cometido para su encubrimiento, porque con él se ha añadido un nuevo perjuicio al Derecho (59).

En el fondo de esta argumentación, que puede reconducirse sin dificultad a los términos de una situación de necesidad en que el autor lesiona un bien jurídico para salvaguardar intereses personales y, en particular, su libertad, late sin duda la idea de que puede exigirsele ese “sacrificio” por haber provocado con su conducta anterior el riesgo existente que siendo, de otra parte, el de sufrir una pena “merecida”, no tendría la consideración de “mal” para el Derecho (60).

(58) Cfr. FREY, *Die Zumutbarkeit...* cit., p. 112.

(58 bis) En contra, recientemente, STS. 25-XI-1989. Vid. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Código Penal...* cit. p. 624.

(59) Vid. ampliamente FREY, *Die Zumutbarkeit...*, cit., pp. 111 ss.; FRELLESEN, *Die Zumutbarkeit...*, cit., p. 179; también, JESCHECK, *Tratado...* I, cit., p. 688.

(60) Cfr. en cuanto a la materia que nos interesa, FREY, *Die Zumutbarkeit...*, cit., p. 112. Esos requisitos, que aparecen expresamente recogidos en la regulación penal espa-

Lo estricto de este planteamiento parece ceder, sin embargo, en los casos de falso testimonio. “Una excepción hubiésemos deseado que nuestro Código hubiese hecho en la materia, afirmaba GROIZARD: “Declarar no aplicables sus prescripciones al que diciendo la verdad pueda comprometer su honor o exponerse al riesgo de un procedimiento criminal” (61). Los recursos empleados para fundar la impunidad de esa conducta han sido, no obstante, muy variados. Así, afirmar vgr. que “los que tienen que explicarse sobre un hecho que les acrimina no deben ser ya mirados como testigos”, a los efectos del tipo de falso testimonio (62); o bien, más correctamente, acudir a la justificación o, en su caso, a la exculpación, como sucede cuando se invoca el ejercicio legítimo del derecho a no declarar contra sí mismo o el estado de necesidad, como causa de no exigibilidad de otra conducta (63).

Pero entonces, debieran ser aplicables, en mi opinión, idénticos principios a las restantes figuras de delito, que son de falsedad asimismo, aunque no siempre verbalmente expresada (salvo el caso de la acusación falsa) (64). Pues la razón que puede fundar aquí una exención o, en su caso, una atenuación de la pena nada tiene que ver con la circunstancia de hallarse el falso testimonio en el ámbito de los delitos contra la Administración de Justicia donde la actividad que pudiera resultar reveladora de la propia culpabilidad es normalmente declarativa y se ajusta, por tanto, gramaticalmente a los términos del artículo 24,2 de la Constitución, como parece exigir en su apego a la literalidad del precepto el Tribunal Constitucional, en las sentencias antes citadas. Creo más bien que la razón que debiera apuntarse es de *orden material* y se refiere a la inexigibilidad para el autor de cualquier comportamiento dis-

ñola del estado de necesidad (art. 8,7), se exigen también en Alemania para la aplicación de esta eximente, por todos, JESCHECK, *Tratado...* I, cit., pp. 665 ss.

(61) *El Código penal del 1870*. cit., p. 688. También, en relación al par. 157,1 StGB., Maurach, *Derecho Penal*, II, cit., p. 49.

(62) Cfr. MILLÁN GARRIDO, “El delito de falso testimonio”, II, *Documentación Jurídica*, nº 22, 1979, p. 399, donde recoge la opinión expuesta por PUIG PEÑA y las STS. de 29-I-1885 y 21-VI-1907. El autor se lamenta, como Groizard, de que no se incluya como eximente expresa —de “estado de necesidad de particular configuración y tratamiento”— en el Código y hace una relación de países cuya legislación penal la contienen, p. 398, nota nº 303.

(63) Mantenedas en la actualidad, respectivamente, por VIVES ANTÓN y otros, *Derecho Penal, PE.*, cit., p. 290 y MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal, PE.*, cit., p. 678. Parecen, asimismo, compartir la primera opinión, MAGALDI/GARCÍA ARÁN, “Los delitos...”, cit, pp. 1.148 ss. y la segunda, JIMÉNEZ ASEÑO, “Falso testimonio”, *Nueva Enciclopedia Jurídica*, IX, Barcelona, 1958, p. 540 y CÓRDOBA, *Comentarios...*, cit., III, p. 1.126, donde también alude a la posibilidad de estimar una eximente incompleta de trastorno mental transitorio.

(64) Que, como en el caso del falso testimonio del testigo, requieren ya una interpretación amplia de los términos del artículo 24,2 de CE., como expresan detenidamente MAGALDI/GARCÍA ARÁN, “Los delitos...”, cit., pp. 1.147-1.148.

tinto al de la ocultación de su delito o bien de su persona para eludir la acción policial o judicial.

Una conclusión que debe, desde luego, ser matizada. Pues, en realidad, lo que se plantea en esos casos —en todos los casos— en que el autor realiza una actividad delictiva para evitar su persecución penal por razón de un delito anterior, es una cuestión de *ponderación* y, por tanto, de límites a una posible justificación de su conducta (necesidad, adecuación, proporcionalidad...) (65).

Bajo esta perspectiva, podría entonces invocarse el ejercicio —“legítimo” cuando lo fuera conforme a esos criterios de ponderación (66)— de un derecho al autoencubrimiento o aún, preferiblemente, el estado de necesidad si se entiende, como debiera ser, que la situación de conflicto de intereses que aquí se genera no ha sido intencionadamente provocada por el autor (67) y que el riesgo de sufrir una pena que se crea con la comisión del delito no es un mal justo —por más que lo sea para el Estado— que aquél esté obligado a soportar en todo caso. O cuando menos, no más allá de lo que sería razonable exigir que soportara *cualquiera* en el ejercicio del derecho a su autoprotección o autotutela (68),

(65) Así lo entiende, para el falso testimonio, CÓRDOBA, *Comentarios...* III, cit., p. 1.125, y es un criterio ampliamente difundido en relación a los delitos de omisión. Así, FREY, *Die Zumutbarkeit...*, cit., pp. 49-50; FRELLESEN, *Die Zumutbarkeit...* cit., p. 179 y, en nuestro país, en particular, SILVA, “Problemas...”, p. 565. No debieran admitirse, sin embargo, principios diferentes cuando se trata de delitos comisivos, por más que sea una idea extendida, sobre todo en la doctrina alemana, que la lesión del deber de actuar es menos grave que la lesión de la prohibición de actuar (STRATENWERTH, *Derecho Penal*, cit., p. 312) y que, a diferencia de los delitos comisivos en donde debe soportarse el daño personal si solo puede conjurarse mediante la comisión de un delito, en los de omisión no debe esperarse que el omitente se dañe a sí mismo mediante la ejecución de una acción ordenada (así, WELZEL, *Derecho Penal*, cit, p. 304 y HIRSCH, *Strafgesetzbuch*, cit., Rn 193).

(66) Tal juicio de legitimidad es, desde luego, “un puro juicio de valor”, al que se propone como contenido la idea de que la acción constituya “un medio justo para un fin justo” (TORIO LÓPEZ, “Fin de protección y ámbito de protección de la norma”, *Estudios Penales y Criminológicos*, X, Santiago de Compostela, 1987, p. 400). El problema se traslada entonces a la determinación de lo que deba considerarse “justo” a la vista de los valores que informan el total ordenamiento jurídico. Para una interpretación de esos términos, vid. CEREZO MIR, “La regulación del estado de necesidad en el Código penal español”, *Estudios Penales...* X, cit., p. 90. Críticamente, con razón, respecto de una noción como ésta de lo justo/lo injusto, que no admite, a mi entender, más que una versión relativizadora como la que se ofrece en el texto, vid. QUINTERO, *Introducción...* cit., p. 176.

(67) Sobre esta interpretación, CÓRDOBA, *Comentarios...*, I, pp. 295 ss. En último término, de faltar esta exigencia legal podría acudir a la eximente incompleta del artículo 9,1/8,7. Así también, SILVA, “Sobre el estado de necesidad en Derecho penal español”, *ADP y CP*, septiembre-diciembre, 1982, p. 686 y OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA, *Derecho Penal*, cit., p. 248, que se adhieren a la opinión de Córdoba, pp. 241 ss.

(68) Por más que “tolerar” el ejercicio de ese derecho por parte de los particulares pudiera representar, como señala SILVA, “una especie de contradicción del Estado consigo mismo: (al) reconocer relevancia eximente (a partir de contemplar como un mal para

lo que podría conducir, en su caso, a una exención de responsabilidad o, simplemente, a una atenuación de la pena (artículo 9,1 o 9,10 en relación al artículo 8, 7) cuando el resultado de la ponderación así lo aconsejara (gravedad del mal que cause el autor y el que debe soportar a consecuencia el encubrimiento de su delito, carácter ineludible del medio interpuesto, ausencia de daño personal quizás ...), por razones de inexigibilidad.

C) En último término, quedaría siempre el recurso más particularizado a la *exculpación*. El carácter individualizador que toda decisión acerca de la culpabilidad debe revestir habría de reservarse ya para aquellos supuestos en que la comisión del nuevo delito pudiera explicarse en razón a una alteración motivacional relevante del autor, que evidenciara una decisiva inferioridad de su capacidad de resistencia frente al hecho (69), provocada por un explicable “concepto primario de conservación de sí mismo” o, lo que es igual, de autotutela de su libertad (70).

el sujeto) a algo que para él es un bien —la determinación y sanción de los responsables de un delito”, “Problemas...”, cit., p. 562, nota 4.— En casos como éste podría hablarse de “tolerancia”, no ya de una valoración positiva por parte del orden jurídico, lo que no empece a la apreciación de una justificación en estos casos. Sobre esta cuestión, ampliamente, GIEMBERNAT, “El estado de necesidad: un problema de antijuridicidad”, *Estudios de Derecho Penal*, 2ª ed., Madrid, 1980, pp. 166 ss. También, QUINTERO, Introducción... cit., p. 176.

(69) Así lo expresa, MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, 2ª ed., Barcelona, 1982, p. 99. También recurre excepcionalmente a la exculpación, RODRÍGUEZ MOURULLO, *La omisión...*, cit., p. 229; y hablan, en esos casos, de “inexigibilidad subjetiva”, MUÑOZ CONDE, *Teoría general del delito*, cit., pp. 149-150 y PAREDES CASTAÑÓN, “Subsidiariedad...”, cit., p. 125.

(70) Que sí es un “bien personalísimo” capaz de producir ese estado de desequilibrio emocional que puede resultar suficiente para una exclusión de la culpabilidad. Sobre esta cuestión, ROLDÁN BARBERO, *La naturaleza jurídica del estado de necesidad en el Código penal español: crítica a la teoría de la exigibilidad de la conducta adecuada a la norma*, Madrid, 1980, pp. 34-35, y GÓMEZ BENITEZ, *Teoría jurídica del delito*, cit., p. 379.