

ANUARIO
DE
DERECHO PENAL
Y
CIENCIAS PENALES

TOMO XXXIX
FASCICULO III



SEPBRE.-DICBRE.
MCMLXXXVI

ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

Director:

ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Alcalá de Henares

Subdirector:

CARLOS GARCIA VALDES

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Alcalá de Henares

Redactor-Jefe:

ANTONIO GONZALEZ-CUELLAR G.ª

Profesor Titular de Derecho penal de la
Universidad Autónoma de Madrid

Secretario:

LUIS FELIPE RUIZ ANTON

Profesor Titular de Derecho penal de la
Universidad Complutense de Madrid

Consejo de Redacción:

MIGUEL BAJO FERNANDEZ

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad Autónoma de Madrid

GERARDO LANDROVE DIAZ

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Murcia

ANTONIO BERISTAIN IPIÑA

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad del País Vasco (San Sebastián)

DIEGO-MANUEL LUZON PEÑA

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de León

JAVIER BOIX REIG

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Alicante

ADOLFO DE MIGUEL GARCÍ-LOPEZ

Ex-Presidente de la Sala 2.ª del Tribunal
Supremo

JUAN BUSTOS RAMIREZ

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad Autónoma de Barcelona

SANTIAGO MIR PUIG

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Barcelona

BERNARDO FR. CASTRO PEREZ

Magistrado Jubilado de la Sala 2.ª del
Tribunal Supremo

FRANCISCO MUÑOZ CONDE

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Sevilla

JOSE CEREZO MIR

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Zaragoza

HORACIO OLIVA GARCIA

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad Complutense de Madrid

MANUEL COBO DEL ROSAL

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad Complutense de Madrid

GONZALO QUINTERO OLIVARES

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Barcelona

CANDIDO CONDE-PUMPIDO

FERREIRO

Teniente Fiscal del Tribunal Supremo

GONZALO RODRIGUEZ MOURULLO

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad Autónoma de Madrid

JUAN CORDOBA RODA

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Barcelona

JOSE MARIA STAMPA BRAUN

Catedrático de Derecho penal de la Universi-
dad Nacional de Educación a Distancia

FERNANDO DIAZ PALOS

Ex-Presidente de la Sala 2.ª del Tribunal
Supremo

RODRIGO FABIO SUAREZ MONTES

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Oviedo

AGUSTIN FERNANDEZ ALBOR

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Santiago de Compostela

ANGEL TORIO LOPEZ

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Valladolid

MANUEL GARCÍA MIGUEL

Presidente de la Sala 2.ª del Tribunal
Supremo

TOMAS SALVADOR VIVES ANTON

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Valencia

PUBLICACIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS

SERIE 1

PUBLICACIONES PERIODICAS

NUMERO 3

ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

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



**MINISTERIO DE JUSTICIA
Y CONSEJO SUPERIOR DE INVESTIGACIONES CIENTIFICAS**

ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

Editado por: INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS
Duque de Medinaceli, 8.—28014 Madrid.

Periodicidad: CUATRIMESTRAL.

Precio de suscripción: España, 4.300 ptas. Extranjero, 4.900 ptas.

Precio del fascículo suelto: España, 1.700 ptas. Extranjero, 2.200 ptas.

Primer fascículo aparecido: Enero-abril 1948.

Ultimo fascículo aparecido: Mayo-Agosto 1986.

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.

CORRESPONDENCIA

Sobre distribución, suscripción, venta de fascículos, separatas, etc., dirigirla al Servicio de Publicaciones del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Duque de Medinaceli, núm. 8, teléfono 429 93 12. 28014-Madrid.

La relativa a Dirección y Colaboraciones, al Secretario del ANUARIO, Duque de Medinaceli, núm. 8. 28014-Madrid.

ANUARIO
DE
DERECHO PENAL
Y
CIENCIAS PENALES

TOMO XXXIX
FASCICULO III



SEPTBRE.-DICIEMBRE
MCMLXXXVI

Es propiedad. Queda hecho el
depósito y la inscripción en el
registro que marca la Ley
Reservados todos los derechos.

I.S.S.N. 0210-3001

Depósito Legal, M. 126.—1958

Derechos humanos de las víctimas del delito. Especial consideración de los torturados y aterrorizados (*)

ANTONIO BERISTAIN

Miembro de la Sociedad Internacional de Victimología
Universidad del País Vasco

SUMARIO: 1.º Importancia y dificultad de la moderna Victimología.—2.º Trabajos del Consejo de Europa, de las Naciones Unidas y de la Sociedad Internacional de Victimología.—3.º Coordinadas de la Declaración: A. La víctima y sus derechos. B. Contenido de la reparación. C. Los sujetos reparadores. D. Planes de futuro.—4.º Finitud-fracaso (y no fracaso) de Sísifo.—ANEXO I. Declaración sobre justicia y asistencia a las víctimas.—ANEXO II. Cristianos por la libertad y contra la tortura.—ANEXO III. Recomendación núm. R (85) 11 del Comité de Ministros a los Estados Miembros sobre la posición de la víctima en el campo del Derecho penal y Procesal-penal.

1.º IMPORTANCIA Y DIFICULTAD DE LA MODERNA VICTIMOLOGIA

Como aportación mía a este Curso de Verano organizado por el Instituto Vasco de Criminología-Euskal Kriminologi Institutoa, me parece oportuno exponer a continuación algo sobre los trabajos que se están llevando a cabo en Europa, y en otras partes del mundo, para reconocer y desarrollar lo mejor posible los derechos humanos de las víctimas de la criminalidad, derechos que incluyen y superan la responsabilidad civil derivada del hecho punible (1).

(*) Artículo dedicado al Prof. Dr. D. Eduardo CORREIA.

(1) Entre la bibliografía aparecida en España sobre la responsabilidad penal ex-delicto y los derechos de la víctima merece destacarse en el marco de este artículo: BUENO ARÚS, «Divagaciones sobre la víctima del delito», en *Boletín Informativo M.º de Justicia*, núm. 753, del 25 nov. 1967; IDEM, «La protección a la víctima en el Proyecto de Código Penal de 1980», en *Estudios Penales y Criminológicos*, IV, Ed. Universidad, Santiago de Compostela, 1981, págs. 203-226. RUIZ VADILLO, «Responsabilidad Civil», en M. COBO y M. BAJO, *Comentarios a la Legislación Penal*, La Reforma del Código Penal de 1983, tomo V, vol. 1.º, Madrid, Edersa, 1985, págs. 357 ss. SOTO NIETO, «Los artículos 20 y 22 bis en el Proyecto de Ley Orgánica de reforma parcial del Código penal», en *La Ley*, núm. 462, 16 julio 1982; Federico Carlos SÁINZ DE ROBLES, «El Derecho penal

Especialmente preocupa hoy a los penalistas y criminólogos en Europa (y fuera de Europa) el fracaso de las instituciones estatales en lo referente a la asistencia a las víctimas de los delitos en general, y, más aún, de algunos delitos concretos en particular. Preocupación fundada no sólo en el alto volumen de victimación que padecemos en nuestros días, como lo demuestra la perspectiva internacional sobre la extensión y gravedad de la victimación en la actualidad que ofrece el libro *Victimization and Fear of Crime: World Perspectives*, preparado (edited) por Richard Block, de Loyola University en Chicago, aparecido recientemente (agosto 1984) (2).

Esta preocupación se funda también en que la debida asistencia a la víctima, seriamente entendida y practicada, puede modificar radicalmente la justicia penal. Y puede abrir horizontes amplios para las sanciones *sustitutivas de las penas privativas de libertad*, como lo afirma expresamente la Recomendación núm. (R85) 11, «on the position of the victim in the framework of criminal law and procedure», del Consejo de Europa, adoptada por el Comité de Ministros el 28 de junio de 1985, donde se dice «Compensation may also be ordered:

- as an alternative to a penal sanction, particularly imprisonment (3);
- in addition to a penal sanction» (4).

El Consejo de Europa subraya la necesidad de buscar y encontrar *sustitutivos a la privación de libertad* para todos los delincuentes, y especialmente para los relacionados con el abuso y tráfico de droga y con los jóvenes infractores. A los delincuentes drogadictos les debemos brindar respuestas lo menos represivas, lo menos retributivas, lo menos privativas de libertad; y a los menores infractores, aunque cometan «delitos» graves se les debe contestar mirando mucho más al futuro que al pasado; mucho más a su desarrollo educativo que a nuestra vindicta.

y su incidencia en el accidente automovilístico», en *Homenaje al Prof. Garrigues*, AIDA, 1983; Alvaro NAVAJAS LAPORTE, «Algunas consideraciones en torno a la responsabilidad civil derivada del hecho punible», en *Revista General de Derecho*, Valencia, 1977, págs. 3-46. Además, en lo fundamental, los Tratados de la Parte General del Derecho penal español de los profesores: BUSTOS, CEREZO, COBO-VIVES, LANDROVE, MIR, OCTAVIO DE TOLEDO, RODRÍGUEZ DEVESA, RODRÍGUEZ RAMOS. De este último, cfr. «Criminología y Derechos humanos», en *Crime and Criminal Policy*. Homenaje a Manuel López-Rey. Franco Angeli, Roma, 1985, págs. 625 ss.

(2) Más información en *Das Verbrechen Opfer*, preparado por G. F. Kirchoff y K. Sessar, Bochum, 1979, Ed. Dr. Norbert Brocmeyer, págs. 95 y ss. Hans Joachim SCHNEIDER (Ed.), *The Victim in International Perspective*, Berlín, Walter de Gruyter, 1982, págs. 229 ss., 279 ss.

(3) Cfr. COUNCIL OF EUROPE, *Alternative penal measures to imprisonment*, Strasbourg, 1976, págs. 31 a 34.

(4) The position of the victim in the framework of criminal law and procedure. Council of Europe, Strasbourg, 1985, pág. 20.

La moderna victimología pide que los teóricos y los legisladores reestructuren los controles sociales teniendo principalmente en cuenta las consecuencias victimizantes que se producen como efecto directo de los delitos en los sujetos pasivos, sus posibles remedios inmediatos, y (mirando al futuro) la deseable prevención-disminución de los crímenes, sin olvidar la responsabilidad penal del autor del delito, así como la corresponsabilidad de la víctima, y la influencia del «*espacio social*» tal como se considera en la moderna ciencia penal y criminológica (5).

No se pretende, recordando a G. Radbruch, mejorar el Derecho penal tradicional; sino que se pretende cambiar el Derecho penal tradicional por algo mejor que él. Algo así como la empresa de relojería suiza, o la reconversión industrial en general, no pretenden mejorar los relojes ni las instituciones anteriores, sino que pretenden hacer unas industrias y unos relojes distintos y mejores, de modo semejante, la moderna Victimología pretende (al menos en algunos de sus sectores) lograr «inventar» (sin olvidar a nuestro Dorado Montero) algo mejor que el Derecho penal, quizá un derecho asistencial para la víctima del delito. Que el Derecho penal vuelva, en parte, a ser derecho *privado*; y vuelva un poco, aunque en otra altura, a lo que ha sido durante siglos en algunos países, para (entre otros fines) evitar que el Leviathan del Estado se meta tanto en la relación «privada», personal, entre el delincuente y su víctima, y para otros fines.

Si los estudios, y la normativa legal, y la jurisprudencia acerca de la responsabilidad civil del delito se fijan más y de otra manera en la víctima y en su relación (anterior y posterior) con el delincuente, puede cambiar el concepto de delito y de la sanción (6). Puede cambiar en este sector la antropología cultural, y la manera de ver al delincuente; será menos «aérea» y más sociológica, menos deductiva y más inductiva.

Algunas aportaciones de la victimología contemporánea adquieren actualmente gran importancia y algunos riesgos. Importante parece que, si atendemos debidamente a las víctimas, conseguiremos cambiar radicalmente las sanciones privativas de libertad, que todavía hoy siguen siendo el alfa y el omega del Derecho penal.

Simultáneamente, esa innovación puede conllevar *peligros* pues, al colocar a las víctimas en el centro del Derecho penal, quizá nos quedemos sin columna vertebral (sin delito y sin delincuente); o, quizá, damos pie a una reacción social peor y más grave (más vindicativa) guen siendo el alfa y el omega del Derecho penal.

En los primeros tratados, los penalistas se preguntaban ¿qué debemos responder al delito?; posteriormente, se preguntaban ¿qué debemos responder al delincuente? Hoy, se da preferencia a otra pregunta: ¿cómo debemos responder a la víctima del delito?, ¿cómo debemos respetar hoy sus derechos elementales? Esta pregunta puede abo-

(5) Eugenio Raúl ZAFFARONI, *Los Derechos Humanos y Sistemas penales en América Latina*, Informe Final, Buenos Aires, 1985.

(6) Klaus SESSAR, «Über das Opfer. Eine viktimologische Zwischenbilanz», en *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag*, Berlin, Duncker & Humblot, 1985, págs. 1137 y ss.

car a un resultado nuevo, positivo; a algo mejor que el Derecho penal. Pero, puede también hacer naufragar el Derecho penal en Escila o en Caribdis; en el olvido de la responsabilidad personal, o en el olvido de las garantías penales y procesales (7).

En Escila podría hundirse la conquista multiseccular de la responsabilidad social y jurídica de la persona. Si al plantear la pregunta ¿qué respondemos a la víctima del delito? se «olvida» la última palabra, del *delito*, como parecen olvidarse algunos especialistas, se cae en el peligro de negar la responsabilidad jurídico-penal.

Responsabilidad penal jurídica que, como indican Jescheck y Würtemberger, recapitula una de las más nobles conquistas de nuestra civilización (8). Hoy no debe equipararse el matar a una persona en circunstancias de motivabilidad normal (sin coacción interna ni externa constatable por las ciencias sociológicas, psiquiátricas y psicológicas) con la muerte causada por un niño de seis o siete años. Aquello es un asesinato, esto un accidente mortal.

Otro peligro puede amenazar en el extremo contrario Atender tanto a las víctimas que no se respete lo debido al delincuente, de manera que se tomen medidas más arbitrarias, más severas que las actuales, y se prescindan de las garantías jurídicas. Al hacer desaparecer, por ejemplo, la sanción penal privativa de libertad pueden desaparecer también las garantías personales: principio de legalidad (proporcionalidad, humanidad) penal, procesal y penitenciaria.

El deseo de evitar (mediante instituciones de seguros obligatorios y opcionales) que la víctima quede desprotegida puede llevar a consecuencias no sólo positivas. El sistema que logra obtener siempre la compensación de toda suerte de daños y perjuicios por el correspondiente «seguro» puede abocar a la pérdida del sentido de responsabilidad en el delincuente, ya que para salvaguardar la asistencia al agraviado se fomenta y/o se obliga a firmar seguros que cubran los daños producidos por las propias infracciones imprudentes. El seguro obligatorio de ciertas profesiones hace que los «infractores» de la *lex artis* correspondiente pierdan (en parte) el sentimiento y los efectos positivos de su responsabilidad personal. Para evitar este peligro, el

(7) Günther KAISER, «Viktimologie an der Schwelle der 80er Jahre. Ein kritisches Resümee», en *Das Verbrechen Opfer*, preparado por G. F. Kirchoff y K. Sessar, Bochum, 1979, Ed. Dr. Norbert Brockmeyer, págs. 484 ss. Cleobis H. S. JAYEWARDENE y Hilda JAYEWARDENE, «The Victim and the Criminal Law», en *The Victim in International Perspective*, preparado por H. J. Schneider, Berlin, New York, Walter de Gruyter, 1982, págs. 391 ss. J. BERNAT DE CELIS, «Abolitionnisme du système pénal et politique criminelle en faveur des victimes», en *Crime and Criminal Policy*. Libro-Homenaje a Manuel López-Rey, Franco Angeli, Roma, 1985, págs. 129 y s. Elías NEUMAN, «La sanción penal a la víctima», en *Crime and Criminal Policy*, 1985, págs. 513 y s.

(8) Thomas WÜRTEMBERGER, «Der schuldige Mensch vor dem Forum der Rechtsgemeinschaft», en *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag*, Berlin, Duncker & Humblot, 1985, págs. 37 y ss. H.-H. JESCHECK, «La pena detentiva nella moderna politica criminale: una comparazione fra la riforma penale tedesca e le attuali tendenze del diritto penale italiano», en *Studi in Memoria di Giacomo Delitala*, tomo III, Milano, Giuffrè, 1984, págs. 1982 ss.

legislador y la jurisprudencia deben tomar las precauciones oportunas (9).

En otro plano, quizá menos «científico», pero más global e interdisciplinar, conviene saber que víctimas habrá siempre, como lo profetizan todos los autores metatemporales. Así, por ejemplo, desde la perspectiva histórico-mítico-bíblica ofrece especial luz el profundo (aunque breve) estudio de Alonso-Schökel sobre el delito y la sanción, el pecado y la pena, en el pasaje del Génesis acerca del asesinato de Abel «víctima inocente» y, la respuesta, la sanción, del Creador que «mitiga la sentencia», «a la vez castiga y protege» y, concede a la víctima, ya desde los primeros tiempos del mundo, jugar un papel muy importante aunque no pronuncie una palabra, se limite a trabajar, ofrendar, callar, como figura poética y religiosa que «sigue gritando desde esta página bíblica prestando su voz a todas las víctimas inocentes de la historia humana, denunciando el odio y la violencia fraticida» (10).

2.º TRABAJOS DEL CONSEJO DE EUROPA, DE LAS NACIONES UNIDAS Y DE LA SOCIEDAD INTERNACIONAL DE VICTIMOLOGIA

El Consejo de Europa presta en los últimos tiempos intensa atención al tema teórico y práctico de los derechos humanos de las víctimas, como pudimos comprobar los noventa especialistas de Europa, Australia, Canadá, Israel y las Naciones Unidas participantes en la XVI Conferencia sobre «Investigaciones acerca de la Victimación», que se celebró en Estrasburgo del 26 al 29 de noviembre de 1984 (11). Entre

(9) Bernard CONNEN, «Pour une meilleure réparation du préjudice des victimes, en *Breche*, Paris, 1983, págs. 21 ss.

Cfr. «Texto refundido de la ley reguladora de la producción de seguros privados, aprobado por Real Decreto Legislativo 1.347/1985, de 1 de agosto (BOE, núm. 185, de 3 de agosto de 1985).—Reglamento de Ordenación del seguro privado aprobado por Real Decreto 1.348/1985, de 1 de agosto (BOE, núm. 185, 186 y 187, de 3, 5 y 6 de agosto de 1985, respectivamente)». Respecto a la *jurisprudencia española*, el tema merece ser tratado con más amplitud del que aquí disponemos. Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo del 4 de febrero de 1984 (Ponente: Hijas Palacios) sobre Seguro voluntario y Legitimación pasiva.

Henri D. BOSLY, *Les sanctions en Droit pénal social belge*, Gand, Louvain, E. Story-Sciencia, 1979, págs. 319 ss. Al hablar del futuro del Derecho penal indica que esta forma de control social se ha heredado de una tradición que ve en la intervención penal una manifestación de la solidaridad entre los hombres y que hoy conserva su justificación, por lo que no parece deseable la descriminalización masiva del Derecho penal social.

Como indica LARGUIER, para la cohorte de víctimas efectivas y para todas las víctimas latentes (victimación sumergida) los sombríos colores del Derecho penal son el arco iris de la esperanza, *Le Droit pénal des affaires*, Colin, París, 1970, pág. 243.

(10) Luis ALONSO-SCHÖKEL, *¿Donde está tu hermano? Textos de fraternidad en el libro del Génesis*, Institución San Jerónimo, Valencia, 1985, págs. 36 ss.

(11) Véase CONSEIL DE L'EUROPE, «Seizième Conférence de Recherches Criminologiques», *Recherches sur la victimisation*, Restricted PC-CRC (85) 4, Strasbourg, 1985, págs. 111 ss.

las conclusiones que se adoptaron, formuladas por el Informador General J. J. M. van Dijk, de los Países Bajos, destaca la importancia que tienen los efectos tangibles de la victimación, por ejemplo daños materiales, lesiones corporales, etc. y, todavía más, las consecuencias psicológicas y sociales de dicha victimación a los diferentes tipos de víctimas, a los cuales se debe prestar asistencia por medio de organismos profesionales y no profesionales. Pero, se conoce todavía poco acerca de las consecuencias que a veces resultan negativas de cierto tipo de intervención de profesionales y de benévolo. Los trabajos de investigación, dice la última conclusión, deberán particularmente estudiar el verdadero impacto de la victimación a los diferentes tipos de víctimas así como sobre la eficacia actual y potencial de intervenciones de los órganos encargados de hacer respetar la ley, personal profesional, sistemas de mediación y agentes benévolo comunitarios. En este campo, que probablemente se desarrollará rápidamente en muchos países, es de capital importancia intercambiar puntos de vista y experiencias prácticas y resultados de investigación de los diversos lugares y tiempos, por ejemplo mediante conferencias o seminarios en el marco del Consejo de Europa (12).

En el sentido que marca esta conclusión pudo darse —pero sólo se dio a medias— un paso importante en el VII.º Congreso Internacional de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, que se celebró en Milán, del 26 de agosto al 6 de septiembre de este año 1985. Entre los problemas actualmente más graves y más dignos de estudio, dicho Congreso ha seleccionado los siguientes:

- I. Nuevas dimensiones de la criminalidad y de la prevención del delito en el contexto del desarrollo: desafíos para el futuro.
- II. Procesos y perspectivas de la justicia penal en un mundo en evolución.
- III. Víctimas de delitos.
- IV. Juventud, delito y justicia.
- V. Formulación y aplicación de los criterios y normas de las Naciones Unidas en materia de justicia penal.

La Sociedad Internacional de Victimología presentó, a la sección III de este Congreso, y propuso para su estudio y aprobación, en su caso, un proyecto de *Declaración sobre justicia y asistencia a las víctimas*.

Después de varios años de preparación (13), en una reunión internacional celebrada en Ottawa, en julio de 1984, a la que asistieron

(12) CONSEIL DE L'EUROPE, «Seizième Conférence...», págs. 132 ss.

(13) H. Joachim SCHNEIDER, «Das Opfer im Verursachungs- und Kontrollprozess der Kriminalität, en *Kriminalität und Abweichendes Verhalten* preparado por H. J. Schneider, vol. 2, Basilea, Beltz, 1983, págs. 99 y s.

Cfr. Elías NEUMAN, *Victimología, el rol de la víctima en los delitos convencionales y no convencionales*, Buenos Aires, 1984, Ed. Universidad, págs. 278 s.

Ferrando MANTOVANI, *Diritto Penale. Parte Generale*, Cedam, Padova 1979, págs. 212 ss.

medio centenar de especialistas (entre ellos Cherif Bassiouni), de más de veinte países, se redactó el Proyecto de la Declaración que se publica en el Anexo 1.º, al final de este comentario.

Merece ser estudiado detenidamente este documento internacional. Aquí me limitaré a comentar los; en mi opinión, cuatro puntos cardinales que animan sus diez artículos.

Sumariamente: el fundamento, el fin y el contenido principal de la Declaración se pueden resumir en los postulados A, B, C y D que expongo enseguida.

Me permito estudiar el tema desde una perspectiva particular —las víctimas de la tortura y del terrorismo— por varios motivos, no sólo por la malignidad de este cáncer bifronte desbaratador de los fundamentos éticos; también porque tanto la tortura como el terrorismo coinciden en un aspecto: ambos abusan del poder, como han declarado los expertos reunidos en Ottawa bajo la dirección de Fred Gibson. Según éstos, hay cinco tipos de agresores victimarios, cuatro de ellos (los delincuentes institucionales, los ideológicos [por ejemplo, los terroristas y los revolucionarios], los económicos [por ejemplo, los complejos industriales que destruyen el medio ambiente] y el sistema judicial mismo) tienen el común denominador del abuso del poder; el quinto grupo corresponde a los criminales ordinarios o delincuentes convencionales (14).

En los cincuenta y tantos Instrumentos internacionales de derechos humanos que han aprobado las Naciones Unidas desde 1948 el derecho de las víctimas a la total reparación no aparece debidamente reconocida. Ninguno de esos documentos se detiene a formular los principios básicos acerca de la dignidad de las víctimas y de la necesidad de brindarles la asistencia justa: acceso al sistema judicial, asistencia social, médica, económica, etc. Excepcionalmente, la *Declaración contra la Tortura*, de 1975, en su artículo 11, colma esa laguna, pero en una parte muy pequeña.

Recientemente, en diciembre de 1984 y en marzo de 1985, se han logrado progresos importantes en este sector de la lucha contra la tortura. La Asamblea General de las Naciones Unidas ha adoptado, en diciembre de 1984, la nueva *Convención contra la tortura y otras penas y tratos crueles inhumanos y degradantes*. Posteriormente, la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha manifestado su satisfacción por el hecho de que gran cantidad de Estados han firmado dicha Convención. Esta firma es el primer paso hacia la ratificación; hasta el 15 de abril de 1985, treinta países la han firmado, entre ellos: Argentina, Bolivia, Colombia, Costa Rica, Ecuador, México, Nicaragua, Panamá, Uruguay, Venezuela y España (15).

(14) Ben HOFFMAN, «Canadian Meeting of U.N. Crime prevention group», en *Crime Victims Newsletter*, publicado por el Canadian Council on Social Development, vol. 1.º, núm. 2.

(15) AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Boletín Informativo*, vol. VIII, núm. 5, mayo 1985.

Sobre los últimos esfuerzos de las Naciones Unidas en contra de la tortura, cfr. Konrad HOBE, «Formulation et application des normes de l'ONU en matière

El 13 de marzo de 1985 la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha conseguido sea adoptada una medida que puede resultar muy eficaz contra la tortura en todo el mundo, al nombrar un Relator Especial sobre la Tortura. Se espera que el Consejo Económico y Social confirmará, como es requisito, esta decisión de la Comisión urgentemente. Este Relator Especial debe ser «una persona de reconocida importancia internacional» y será designado por un año por el presidente de la sesión de 1985 de la Comisión. Las tareas encomendadas al Relator Especial incluyen la preparación de un informe amplio sobre la cuestión de la tortura, incluso, la frecuencia y el alcance de esta práctica. Además, el Relator buscará y recibirá información de organizaciones no gubernamentales, así como también de fuentes oficiales, y responderá «efectivamente a la información creíble y fidedigna que se le presente». Entre las misiones fundamentales del Relator destacamos ahora su competencia para lograr que las víctimas reciban toda la asistencia a la que tienen derecho.

A continuación indicamos y comentamos las líneas de fuerza que estructura —en nuestra opinión, como base de sus diez artículos— el *Proyecto de Declaración sobre justicia y asistencia a las víctimas*, en favor de los derechos de éstas cuando han sufrido tortura o cualquier otro delito (16).

3.º COORDENADAS DE LA DECLARACION

A. LA VÍCTIMA Y SUS DERECHOS

Si la sociedad debe respetar y desarrollar los derechos fundamentales del delincuente, también (y no menos) debe respetar y desarrollar los derechos fundamentales de la víctima de los crímenes (y/o de las acciones que causen daños físicos, psicológicos o económicos comparables a los producidos por los delitos) (Vide artículos I, II y III de la Declaración).

Actualmente se ha llegado a un consensus general en un punto fundamental, a saber, que la Política criminal oficial tiene por misión

de justice pénales», en *Rapport et articles...*, del Ministerio Federal de Alemania, presentados en el Congreso de las Naciones Unidas, Bonn, 1985, pág. 46; y respecto a la víctima y la policía, Christoph-Wolfgang PACHMANN, *Ibidem*, pág. 43.

(16) Un extracto sumario sobre el tema puede verse en mi comunicación al *Homenaje a Jiménez de Asúa*, Madrid, noviembre de 1985.

En el Congreso de las Naciones Unidas en Milán, se debatió, durante un par de sesiones, la aprobación de la Declaración. Por razones que considero políticas más que jurídico-penales y más que de política criminal, y por un enfrentamiento entre las grandes potencias (una opuesta a que se hablase de los derechos humanos y otra opuesta a que se tratase de la delincuencia organizada) y por algunos otros motivos, la Declaración no encontró el número de votos suficientes para su aprobación. Por otra parte, en el mismo Congreso, Amnistía Internacional, en la segunda de las seis Recomendaciones que dirigió al Congreso, se refiere expresamente a la necesidad de atender más a la víctima individual y a la posibilidad de que cuando la dimensión lo exija tenga el derecho a recurrir a la Comunidad Internacional.

no solamente ni principalmente infligir al delincuente una sanción apropiada para restablecer el orden jurídico violado..., sino también y ante todo lograr que la víctima se beneficie de la seguridad ofrecida por las disposiciones sociales y estatales, ayudar a la víctima en numerosos campos, reparar los perjuicios que ha sufrido, intentar conseguir que recobre su integridad. Todo lo cual procede de una —nueva— exigencia social y humana: hoy, el llegar a ser víctima no se considera un incidente individual sino *un problema de política social*, un problema de derechos fundamentales.

Aunque hace ya muchos años que se ha procurado regular una asistencia estatal a las víctimas de ciertos delitos, sin embargo, las propuestas actuales se plantean sobre bases distintas, como reconoce, entre otros, D. Martín en su estudio sobre «la indemnización pública a las víctimas de las infracciones» (17). Ya al comienzo de nuestro siglo, exactamente el año 1900, Garofalo y Prins, con ocasión del VI Congreso penitenciario en Bruselas, pidieron que en el futuro todos los países de Europa occidental considerasen la reparación a la víctima como una pena alternativa a la privativa de libertad, proposición que fue rechazada por una mayoría de los participantes que, de esta manera, frustraron el primer movimiento moderno de la ayuda debida a las víctimas.

Más aún, el procedimiento penal que hasta ahora era un proceso bipolar, que enfrentaba al Estado con el acusado, empieza a ser criticado por autorizados especialistas porque, y en cuanto, ha neutralizado a la víctima; la cual, desde el punto de vista jurídico, queda reducida a un testigo como otro cualquiera, incapaz de ejercer la influencia tan notable como debía ejercer en el desarrollo del procedimiento, y en el sistema judicial, y en el penitenciario. Todavía no se ha elaborado el status jurídico completo de la víctima.

En la sociedad tecnológica de la posmodernidad se ha subyugado y se subraya exageradamente que el crimen atenta contra el Estado; pero, se ha olvidado algo elemental como es que el delito atenta directa y primeramente a las personas individuales y a los grupos sociales. Hace algunos años, el Prof. Guasp expuso atinadamente múltiples aspectos del Derecho penal como Derecho *privado* más que como Derecho público (18). Los países herederos del *ius romano* han destacado con excesiva unilateralidad el ataque contra la *res publica*. Cons-

(17) Daniel MARTÍN, «L'indemnisation publique des victimes d'infractions», en *Bulletin de l'Administration Pénitentiaire*, Ministère de la Justice Bruxelles, junio 1984, págs. 110 ss. G. DEL VECCHIO, «The struggle against crime», en *H. B. Acton*. «The philosophy of punishment», en *The collection of papers*, 1969, págs. 197-203. R. E. BARNETT, «Restitution a new paradigm of criminal justice», en *Ethics*, 1977, núm. 4, págs. 279-301. N. CHRISTIE, «Changes in penal values», en *Scandinavian Studies in Criminology*, vol. II, 1968. Georges SŁIWOŃSKI, «Il risarcimento del danno causato dal delitto come misura sostitutiva del trattamento penitenziario», en *Studi in Memoria di Giacomo Delitala*, tomo III, Milano. Giuffrè, 1984, págs. 2133 y ss. y 2145.

(18) Jaime GUASP, «El individuo y la persona», en *Revista de Derecho privado* (1959), 17.

ciente de esta tradición, el Consejo de Europa (19) considera que las necesidades y los intereses de la víctima deberían tomarse más en consideración en todas las fases del proceso y de la justicia penal.

Afortunadamente, todavía hoy algunos países de Africa y Asia y los pueblos de procedencia germánica (o con alguna influencia de procedencia germánica, como el pueblo vasco) mantienen costumbres y criterios que tienden principalmente a reparar los daños causados a la víctima inmediata y concreta del delito. En este sentido se manifiesta recientemente Irwin Waller, profesor de Criminología en la Universidad de Ottawa (20).

Ya el primer Simposio Internacional de Victimología, en Jerusalem, el año 1973, «redescubrió» que la víctima del delito debe ser el beneficiario primero de la sanción impuesta al condenado. Los cuatro Simposiums siguientes (Boston, 1976; Münster, 1979; Tokyo/Kyoto, 1982; Zagreb, 1985) han continuado estudiando el tema y han formulado, con los oportunos detalles, este derecho elemental de la víctima que debe constituir una base para remodelar radicalmente el Derecho penal, el Derecho procesal y el sistema penitenciario, más de acuerdo con la dignidad del sujeto pasivo del crimen, sin olvidar que el delincuente también es víctima, mejor dicho autovíctima.

El Presidente del Comité de las Naciones Unidas para la prevención del crimen, Manuel López-Rey, ha señalado recientemente el peligro de que se destinen cantidades desproporcionadas del presupuesto nacional a las atenciones del criminal y a las mejoras de las instituciones penitenciarias, pero, en cambio, se abandone a las víctimas del delito (M. López-Rey, *Opresión, violencia y permisibilidad*, Buenos Aires, ed. Universidad, 1985, págs. 82 ss.).

Aquí tiene aplicación todavía el axioma tradicional *melior est conditio possidentis*, que se puede traducir: debe disfrutar de más ventajas el inocente que el delincuente, la víctima que el victimario.

La Declaración pergeñada por la Sociedad Internacional de Victimología pretende proclamar los derechos de las víctimas, establecer formas y medios para asegurar su protección, su tratamiento humano y compensarles por los daños sufridos (art. 1.º); y esas justas exigencias se fundamentan en el derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad personal (art. 3.1).

Entre los sujetos pasivos del delito debe incluirse con frecuencia en todos los países —aunque no lo dice expresamente el Proyecto y aunque parezca paradójico— a muchas personas inocentes y/o delinquentes, víctimas de la administración de la justicia y del sistema penitenciario. Como ha escrito Elías Neuman (21), es necesario dar a

(19) CONSEIL DE L'EUROPE, *La position de la victime dans le cadre du droit pénal et de la procédure pénale*, Strasbourg, 1985, págs. 8 ss.

(20) IRVIN WALLER, *Las víctimas del delito: ha llegado el momento de actuar*. Circular enviada a los 250 miembros de la Sociedad Internacional de Victimología, en mayo de 1985.

(21) ELÍAS NEUMAN, *Crónica de muertes silenciadas*. Villa Devoto 14 de marzo de 1978. Buenos Aires 1985, págs. 9 ss.

ISRAEL DRAPKIN, «The Prison Inmate as Victim», en *Victims and Society*, preparado por Emilio C. Viano, Visage Press, Washington, 1976, págs. 560-568.

luz pública el sufrimiento de las víctimas del abuso del poder que padecen en la cárcel y fuera de la cárcel miles y miles de personas. Este descubrir el sufrimiento de las víctimas, además de restañar el miedo y restablecer una armonía interior a los que conocemos esta delincuencia, puede hacer volver los ojos hacia la situación en que viven los reclusos por delitos comunes y todos los procesados que no deben ser tildados de delincuentes hasta que una sentencia así lo declare... Quizá, quienes defendemos la situación de los presos y nos exasperamos ante la promiscuidad y represión que sufren, somos considerados como elementos algo turbios, como si celebráramos un padrino con lo deforme. Se olvida que muchas veces de la injusticia brota la justicia (22).

Apoyados en importantes investigaciones criminológicas (23), se puede concluir que los análisis sociológicos y penitenciarios actuales permiten extraer más de una concepción de reforma repersonalizadora del delincuente privado de libertad que se puede defender como punto de partida para la transformación radical de las complicadas estructuras de los sistemas carcelarios y de sus consiguientes subculturas. A este punto de partida deben seguir mayores y mejores investigaciones científicas con más modernas aportaciones epistemológicas.

La asistencia que la sociedad debe prestar a los condenados a sanciones privativas de libertad va más allá de la que con frecuencia se establece y se comenta referida al tiempo de la privación de libertad. Actualmente en la mayor parte de los países es necesario ampliar esta asistencia para atender también a los liberados, puesto que, a veces, después de cumplida la pena de privación de libertad, padecen una victimación parecida, aunque de signo distinto, a la que padecían dentro de la cárcel.

Considero atinadas las conclusiones a que llega el profesor Eugenio Raúl Zaffaroni (24) en el Informe final, aparecido en septiembre de 1985, sobre *Los derechos humanos y sistemas penales en América Latina*, cuando al tratar de la situación del liberado formula las cuatro recomendaciones siguientes:

1.ª Remediar el vacío normativo exhibido por la mayoría de los ordenamientos consultados (se refiere a la legislación en países iberoamericanos) respecto de los individuos liberados —anticipada o definitivamente— instituyendo servicios sociales postcarcelarios oficiales y estableciendo con precisión las ayudas que proporcionarán.

2.ª Que el Estado asuma el deber de proveer fuentes de trabajo o de subsistencias suficientes para cubrir las necesidades del liberado.

(22) Peter NOLL, *Diktate über Sterben und Tod*, Zürich, Pendo (s.a.), 1984 (?), pág. 231.

(23) Cfr. Hilde KAUFMANN, *Ejecución penal y terapia social*, Depalma, Trad. J. Bustos Ramírez, Buenos Aires, 1979, págs. 50 ss., 130 ss., 321 ss.

Wolf MIDDENDORF, «The Offender-Victim Relationship in Traffic Offenses», en *Victimology: A New Focus*, volumen V, editado por I. Drapkin y E. Viano, Lexington Books, Toronto, Londres, 1975, págs. 187 ss.

(24) E. Raúl ZAFFARONI, *Los derechos humanos y sistemas penales en América Latina. Informe final* (septiembre 1985), Buenos Aires, (inédito), págs. 382 ss.

3.º Establecer un tipo de asistencia postliberacional, fuera de los modos clásicos, que preste eficaz apoyo material jurídico y psicológico contra la eventual acción agresiva de segmentos del propio sistema penal que operan acentuando la acción estigmatizante de la pena o de la privación de libertad.

4.º Instituir la figura de la rehabilitación o cancelación de antecedentes en aquellas legislaciones que no la contengan, y limitar los plazos previos a su otorgamiento y dotar de amplios efectos a la consiguiente anulación de antecedentes registrados en aquellos que ya la prevenen.

B. CONTENIDO DE LA REPARACIÓN

Las víctimas de cualquier delito, especialmente de los originados por abuso de poder (como la tortura) y los originados por el terrorismo, deben recibir la correspondiente asistencia y compensación (lo más completa posible) en el ámbito económico, psicológico, social, judicial, sanitario, etc. (Vide arts. IV y VI de la Declaración).

Alguien puede objetar que ya soluciona el problema de la compensación y asistencia a las víctimas el Código penal de cada país. Por ejemplo, el español en los artículos que regulan la responsabilidad civil derivada del delito; artículos 19 ss., 101 ss., 444, 499 bis, del vigente Código penal. Pero, esta respuesta de la legislación actual parece en muchos aspectos insuficiente, como también la formulada en la Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código Penal, aunque amplía algo la reparación de los daños y los perjuicios al ofendido y/o agraviado, así como a sus familiares y/o terceros: restitución de la cosa, reparación-compensación a la víctima del daño causado, indemnización de perjuicios materiales y/o morales (25).

La ciencia victimológica desea que la víctima entre más de lleno en el Derecho penal, procesal y penitenciario, pues la regulación y la teoría actual resultan insatisfactorios. Como prueba de ello podemos abrir cualquier Código penal o cualquier libro de Derecho penal y buscar la palabra víctima en el índice analítico de materias. No la encontraremos o sólo accidentalmente. Y, el hecho de que no aparezca esta palabra prueba que no se le reconoce la importancia debida en la ciencia y en la legislación del delito y de la pena a algo que es tan fundamen-

(25) Ministerio de Justicia; *Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código Penal*, Madrid, 1983, arts. 115 ss. Estos artículos no han merecido todavía (que yo sepa) estudio autónomo en ninguna de las diversas publicaciones dedicadas a comentar la Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código Penal. En otros países, este problema victimológico ha encontrado bastante más eco, como aparece en la Bibliografía que se cita en estas páginas.

tal como la víctima (26). Todos los delitos implican una victimación, incluso los delitos que algunos llaman «sin víctima», como por ejemplo, los relativos al abuso y tráfico de drogas (Código penal, art. 344).

Apoyándose en la importancia que a la palabra, al *nomen*, le concede la sociología del lenguaje, la moderna victimología pretende que la palabra víctima aparezca más en el Código penal y en sus comentarios teóricos. En el Código penal se encuentra la palabra víctima sólo en dos o tres casos; más veces (aunque pocas) se encuentra la palabra *agraviado*. No significa lo mismo decir *víctima* que decir *sujeto pasivo del delito*.

Parece oportuna la innovación de la Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código Penal, en su artículo 121, cuando exige a los jueces que motiven la cuantía de la indemnización (27). Si se logra la aprobación y entrada en vigor de este artículo, dará pie a que pueda presentarse un Recurso de Casación ante el Tribunal Supremo, en este punto tan importante de la indemnización a la víctima, que ahora no puede ser objeto de casación, puesto que la determinación de su volumen queda al arbitrio del Tribunal *a quo*.

De los diez artículos que forman la Declaración, el más extenso, el IV, bajo el título «reparación», describe el amplio abanico asistencial que se debe brindar a las víctimas. Este artículo adolece en su formulación de ciertas imperfecciones técnicas. Algunos de sus párrafos deben incluirse en otros artículos, dada la materia de que tratan.

A la víctima, según este artículo IV, debe reconocérsele su derecho a obtener reparación por las siguientes pérdidas, daños o lesiones:

- a) pérdida de la vida;
- b) impedimento en la salud;
- c) dolor y sufrimiento, ambos físicos y mentales;
- d) pérdida de la libertad;
- e) pérdida de ingresos, incapacidad laboral o de subsistencia;
- f) pérdida o daño a la propiedad o la imposibilidad del uso de la misma;
- g) daños especiales: los gastos incurridos por la víctima como resultado del delito sufrido, como, por ejemplo, gastos médicos, legales, de transporte, funerarios y de entierro;
- h) otros daños no materiales, tales como pérdida de la reputación.

(26) Cfr. Günther KAISER, «Viktimologie an der Schwelle der 80er Jahre —Ein kritisches Resümee—», en *Das Verbrechen Opfer*, preparado por G. F. Kirchoff y K. Sessar, Bochum, 1979, págs. 481 ss.

Georges SLIWOWSKI, «Il risarcimento del danno causato dal delitto come misura sostitutiva del trattamento penitenziario», en *Studi in memoriam de Giacomo Delitala*, III, Milano, Giuffrè, 1984, págs. 2133 ss.

(27) El texto del artículo dice así: «En todo caso, los Tribunales, al determinar la responsabilidad civil, establecerán, razonadamente, las bases en las que se funde la cuantía de la indemnización».

Respecto a las grietas progresivas que empiezan a abrirse en la Jurisprudencia para poder discutir el «*quantum*» de la indemnización pueden verse algunas Sentencias, por ejemplo la del Tribunal Supremo del 25 de junio de 1984 (Ponente: Hijas Palacios), y la del 13 de octubre de 1981 (Ponente: Huerta y Alvarez de Lara).

La lista se completa todavía más en el artículo V, que exige se compensen también las pérdidas de ingresos, los gastos incurridos en rehabilitación (importante en supuestos de tortura y terrorismo), etc.

Además, el artículo VI señala que se debe prestar también a las víctimas (y/o sus descendientes, familiares...) la asistencia material, sociológica y social necesaria, incluyendo ayuda médica y psiquiátrica, servicios de emergencia para desórdenes emocionales, servicios legales... Estos servicios implican que se brinde un entrenamiento especial a la policía, al personal médico y de hospitales (art. VI, 3) y al personal de la administración de justicia para que den entrada a las víctimas en el proceso siempre que convenga con el fin de que las víctimas estén informadas y puedan recibir también la asistencia oportuna.

Respecto al ámbito judicial conviene, especialmente en los casos de delitos de tortura y de terrorismo, mentalizar a las personas encargadas de administrar justicia penal, para que (sin olvidar su obligación grave al respecto) dirijan su trabajo no tanto al descubrimiento, a la captura, a la condena y al encarcelamiento de los criminales sino que lo enfoquen preferentemente a asistir, ayudar y compensar a las víctimas, evitando los traumas que a veces les produce el actual procedimiento y sistema penal, y evitando surja en ellas el sentimiento tan frecuente y lógico, en cierto sentido, de desamparo y frustración. En algunos casos convendrá aconsejar y emplear alguno de los diversos métodos de transacción, de mediación y reconciliación extrajudicial que recomiendan algunos procesalistas y criminólogos (y el art. VII, núm. 5) bajo la dirección de personas especializadas con formación científica en establecer puentes de compensación directa desde el delincuente hacia la víctima y sus familiares (Cfr. R. Ottenhof, «Les techniques de conciliation en matière pénale», en *Archives de Politique Criminelle*, 7 (1984), págs. 124 ss).

Conforme vayan conociéndose más los «nuevos» derechos de la víctima, y se vaya estudiando y profundizando en su fundamento y se vaya evaluando los resultados según cómo se satisfagan esos derechos, puede cambiar sustancialmente el papel del criminólogo, del penalista, del juez y del funcionario de prisiones. Estos harán de catalizador, de puente, entre la víctima y el delincuente. A la víctima le explican y le ayudan a ver su colaboración pasada, más o menos inconsciente, como coautora del delito, y su colaboración posible futura como recreadora del delincuente y de la sociedad. Por otra parte, al delincuente le indican cómo él debe hacerse consciente de las consecuencias tan graves de la victimación para el sujeto pasivo del delito (pues no hay delito sin víctima) (22) y para el propio delincuente, así como su propia responsabilidad y obligación futura de compensar, indemnizar y recomponer los daños causados (por el delito) a la víctima (29).

La jurisprudencia de nuestro más alto Tribunal avanza en la direc-

(28) Cherif BASSIOUNI, *Substantive Criminal Law*, Springfield, Illinois, Charles C. Thomas, 1978, págs. 48-49, 83, 360.

(29) Elías NEUMAN, *Victimología. El rol de la víctima en los delitos convencionales y no convencionales*, Ed. Universidad, Buenos Aires, 1984, págs. 261 ss.

ción marcada por la moderna ciencia criminológica en repetidas Sentencias, donde insiste en que el artículo 103 con los artículos 101, 102 y 104 del Código penal han de ser interpretados en sentido claramente extensivo, siendo deseo del legislador que los perjudicados sean indemnizados de forma total, tanto en el orden material como en el moral y tanto en lo que concierne al daño emergente como al lucro cesante, adaptándose lo indemnizado lo más posible al poder adquisitivo atribuible a cada delincuente autor, cómplice y encubridor; pero sin embargo este avanzar no sigue siempre el ritmo deseable (30).

En Estados Unidos se acude con frecuencia a la reparación en el sentido de compensación ofrecida a la víctima por el propio delincuente, principalmente en los casos de *Diversión* antes del proceso, también como condición para la puesta a prueba, y en el marco de los programas de reeducación que se llevan a cabo en instituciones residenciales o en el seno de la colectividad; formas todas éstas que se conciben como sustitutivos de la privación de libertad. En este marco, merecen transcribirse las cifras tan dispares del coste anual en dólares, de la reparación según se establezca una u otra forma de sanción que se ha calculado en el Estado de Nueva York (31).

Cuadro comparativo del costo de la indemnización-reparación por un año y por un delincuente según la fórmula-institución aplicada

Privación de libertad	14.600 dólares
Liberación condicional	1.460 »
Puesta a prueba	1.200 »
Programa de <i>Diversión</i> antes del proceso en una institución no residencial	3.900 »
Hogar de readaptación	8.395 »
Centro de reparación en una institución residencial.	9.855 »
Reparación en una institución no residencial/trabajo en servicio de la comunidad	3.500 »

(30) Véase, entre otras, la Sentencia del 22 de febrero de 1982 (Ponente: Huerta y Alvarez de Lara).

(31) B. WILLMOW, «Les implications de la recherche sur la victimisation en ce qui concerne la politique criminelle et sociale, en *Recherches sur la victimisation, Rapport du Secrétariat Général*, Strasbourg 1985, pág. 82. Jacques VERIN, «Un exemple de conciliation non étatique: la médiation anglo-saxonne», en *Archives de Politique Criminelle*, 7 (1984), págs. 131 y ss.

IDEM, «La prison: comment s'en débarrasser?», en *Revue de Science Criminelle et de Droit Penal Comparé*, 1974, núm. 4, págs. 911 ss. Klaus SESSAR, «Über das Opfer, Eine viktimologische Zwischenbilanz», en *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck, zum 70. Geburtstag*, tomo II, Berlín, 1985, págs. 1154 ss.

C. LOS SUJETOS REPARADORES

La asistencia a las víctimas debe prestarla en primer lugar el delincuente, y, ante su imposibilidad o insuficiencia, la sociedad, el Estado o el organismo internacional correspondiente (Vide artículos V. VII y VIII de la Declaración).

Con frecuencia quienes dan primacía al impacto retributivo y/o reeducador que el sistema penal desea lograr en el delincuente relegan a un segundo plano la reparación de los perjuicios que ha sufrido la víctima.

La pugna entre los dos objetivos aparentemente opuestos —la indemnización a la víctima y la reeducación del delincuente— puede resolverse estructurando la sanción al delincuente como reparación que brinde el propio criminal directamente a la víctima; así se pueden alcanzar a la vez copulativamente las dos metas tradicionalmente enfrentadas disyuntivamente (32).

Al delincuente corresponde ser el responsable primero e inmediato de resarcir a sus víctimas (y, cuando las circunstancias lo pidan, a sus descendientes o a sus familiares) por las pérdidas, lesiones o daños sufridos.

Entre las metas del proceso penal debe subrayarse (más de lo que se hace actualmente) la imposición al culpable del deber de cubrir sus obligaciones, de satisfacer los perjuicios causados, y prestar la asistencia completa a su víctima. Esta relación personal inmediata entre sujeto activo y sujeto pasivo del crimen puede contribuir notablemente a la mejor satisfacción del segundo, y a la repersonalización del primero. En no pocas circunstancias convendrá omitir o disminuir la intervención de las instituciones judiciales o penitenciarias, y sustituirla por la de organismos no oficiales (33).

Cuando el delincuente carece de los medios necesarios para atender suficientemente a las víctimas, el Estado cumplirá subsidiariamente esta obligación. También lo hará cuando el autor del delito sea algún agente o empleado del Estado que actúa en cumplimiento de sus funciones con un uso exagerado de su autoridad y cometa así algún delito sancionado por el Derecho internacional, como puede ser un delito de tortura o terrorismo. Esta obligación de asistir a las víctimas incum-

(32) ELÍAS NEUMAN, *Victimología. El rol de la víctima en los delitos convencionales y no convencionales*, Ed. Universidad, Buenos Aires, 1984, págs. 259 ss. G. DEL VECCHIO, «The struggle against crime en H. B. Acton. The philosophy of punishment», en *The collection of papers*, 1969, págs. 197-203. H. P. JUNOD, *Le droit pénal et la réparation du crime*, en *Revue Internationale de Criminologie et de Police Technique*, 1964, núm. 3, págs. 205 ss. H. JOACHIN SCHNEIDER, «Das Opfer im Verursachungs- und Kontroll-prozess der Kriminalität», en *Kriminalität- und abweichendes Verhalten*, vol. 2, preparado por H. J. Schneider, Beltz, Weinheim y Basel, 1983, págs. 94 ss.

(33) J. BERNALT DE CELIS, *Faut-il greffer la médiation sur l'appareil judiciaire* (en prensa). Traducción, en castellano: En torno a la mediación como camino alternativo al sistema penitenciario (en prensa, en el homenaje a Jiménez de Asúa).

be al Estado también cuando haya insuficiente evidencia para identificar al empleado o agente en particular. En este caso la pena será imputada al Estado (art. IV, párrafo 7). Las víctimas del delito de tortura, según este proyecto de Declaración, tienen el derecho a asistencia tanto por parte de los autores reales de la tortura como por parte del Estado. Para obtenerla podrán exigir compensación del Estado y/o de tales personas concretas autoras directas del delito en acciones separadas o en una acción conjunta.

Y, en supuestos necesarios, el Estado abonará por adelantado la compensación correspondiente aun antes de la conclusión de los procedimientos criminales (art. V, párrafo 3). Más aún, en algunos casos concretos, los fondos internacionales, tales como los del Fondo Voluntario de las Naciones Unidas para las víctimas de tortura, proveerán la asistencia digna a las víctimas directas o a sus descendientes.

Esta cooperación internacional que la Declaración pide en general para todas las víctimas, se desea especialmente para las víctimas de delitos como la tortura y el terrorismo que violan el derecho internacional (art. VIII). Véase una aplicación concreta en los arts. 24 y 25 de la Ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre, contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas y de desarrollo del artículo 55.2 de la Constitución.

La Declaración manifiesta tajantemente que las personas acusadas del delito de tortura, y otros delitos semejantes, no podrán alegar en el juicio la circunstancia excusante de «obedecer a órdenes superiores». Puede verse en sentido contrario el documento de la Junta Militar Argentina (34).

Aunque la Declaración no lo especifica, opinamos que entre las organizaciones internacionales «imparciales» pueden y deben incluirse también a las diversas iglesias, con sus misiones tradicionales y peculiares.

Las iglesias deben intervenir activamente —con sus métodos propios— para disminuir los sufrimientos que estos problemas causan a tantos millones de personas. Así lo piden, por ejemplo, los asistentes al Coloquio internacional sobre cómo luchar contra la tortura, celebrado en Ginebra (*How to combat Torture*, Ginebra, 1984 págs. 7 y 88 ss.).

Sin embargo, entre nosotros llama la atención que la jerarquía de la iglesia católica española, en cuanto jerarquía nacional, no se haya pronunciado ante este problema del terrorismo y de la tortura. A muchos parece reprochable este silencio, sobre todo si se tiene en cuenta la abundancia de declaraciones de esta jerarquía (en cuanto jerarquía nacional) sobre otros temas, por ejemplo el aborto. Excepcionalmente algunos grupos de cristianos se han manifestado acertadamente en este tema. Véase, por ejemplo, el Documento firmado por Cristianos de la Parroquia de Nuestra Señora del Rosario, que figura en el *Anexo 2*;

(34) Vide, «The Argentine Military Junta's Final Report on The War Against Subversión and Terroristism, april 1983», en *Terrorism. An International Journal*, vol. 7, núm. 3, 1984, págs. 323 ss. Entre sus conclusiones últimas admite como eximente el actuar como acto de servicio (pág. 339). Antonio BERISTAIN, *Ciencia penal y criminología*, Madrid, 1986, Ed. Tecnos, págs. 209 ss.

«Cristianos por la libertad y contra la tortura» (San Sebastián), la Declaración del Consejo de la Iglesia Evangélica Alemana, de 16-9-77, y la Declaración de la Asamblea plenaria de la Conferencia Católica de Obispos, en Fulda, de 21-9-77 (Cfr. A. Beristain, «La investigación científica y la administración de justicia en el País Vasco», en *Rev. Iltr. Colegio Abogados Señorío de Vizcaya*, núm. 14 (1983), págs. 57 y ss.).

La asistencia que preste la normativa estatal a las víctimas siempre resultará insuficiente. Siempre deberá completarse con instituciones «paralelas», benévolas, o como se quieran llamar. Ahora, como ejemplo concreto deseo referirme brevemente a la institución que se ha creado este año 1985, en Valencia, para asistir a las víctimas del delito.

El día 16 de abril de este año 1985 se ha inaugurado en Valencia el *Servicio de Ayuda a las Víctimas del Delito*, dependiente de la Consejería de Gobernación de la Generalitat Valenciana. Esta oficina pretende «orientar a la víctima impidiendo la pérdida de tiempo y la sensación de indefensión y soledad que suele suponer los trámites de denuncia, a menudo largos y complicados». La institución ha empezado a trabajar con una abogada, una criminóloga, una psicóloga y tres asistentes sociales que atienden diariamente a decenas de víctimas, o presuntas víctimas, del delito. Una de las entidades colaboradoras del Servicio —el Colegio de Abogados de Valencia— presta asesoramiento técnico de forma gratuita. En los primeros días de mayo, el Director del Servicio de Derecho Ciudadanos de la Generalitat consideraba que la creación de este centro supone un avance importantísimo en el campo de los derechos sociales y que, dado el éxito inmediato de su implantación en cuanto a respuesta ciudadana, será preciso ampliarlo cuanto antes otorgándole más medios.

Algunas instituciones parecidas funcionan ya desde hace cierto tiempo en diversas ciudades de Europa y de América del Norte.

Otros Colegios de Abogados podían quizá cooperar eficazmente para la creación de una institución similar de asistencia a las víctimas del delito en su Comunidad local respectiva.

Es de esperar que los trabajos presentes y futuros de la Sociedad Internacional de Victimología, del Consejo de Europa, de las Naciones Unidas y de todas las demás instituciones y personas atentas a estos problemas, sin olvidar la «microvictimología», se ocupen con especial interés de la «macrovictimología», es decir de la victimación por abuso del poder político, económico y religioso (fanatismo), de manera que el Estado sea el primer reparador (a la luz de un Derecho penal internacional nuevo), de los delitos no convencionales por él cometidos.

También los teóricos del Derecho penal y los encargados de Administración de Justicia (abogados y jueces) han de adentrarse más en el estudio de la violencia política establecida. Por ejemplo, han de reflexionar sobre los diferentes *espacios sociales* de los victimarios y de las víctimas, especialmente en los países en desarrollo en los que por sus carencias y defectos estructurales y coyunturales (por ejemplo en las sociedades latinoamericanas) se registran importantes y marcadas diferencias sociales y económicas. «Dado que nuestras sociedades, escri-

be Raúl Zaffaroni, distan mucho de ser estados de bienestar, es evidente que, por razones económicas, sus integrantes no disponen de iguales o parecidas ámbitos de espacio social, sino que éstos son hartamente diversos... Esta realidad no puede ser desconocida por el Derecho penal» (35).

D. PLANES DE FUTURO

Por atención insoslayable a las víctimas de los delitos no convencionales y de otros delitos, las autoridades tienen obligación de tomar las medidas necesarias por parte del Estado y otros organismos internacionales para lograr eficazmente la disminución de la criminalidad en el futuro inmediato (Vide, arts. IX y X de la Declaración).

El problema urgente de conseguir que disminuya la victimación en el futuro ha sido tratado inteligentemente, aunque no exclusivamente, en la XVI Conferencia de Investigaciones Criminológicas celebrada en Estrasburgo sobre la Victimación, del 26 al 29 de noviembre de 1984. A lo largo de esas jornadas aparecieron con claridad, entre otros, cinco puntos importantes que, antes y después, varios especialistas han desarrollado desde puntos de vista complementarios:

1.º Debe examinarse y conocerse con exactitud el volumen de la victimación y sus cambios en el tiempo y en el espacio, para lo cual es necesario llevar a cabo encuestas evaluativas que puedan mostrar a los especialistas y al público en general la eficacia mayor o menor de la justicia penal y de las medidas de asistencia a las víctimas para menear o solucionar el problema de la victimación (36).

Las encuestas sobre la victimación (37) adolecen de notables limitaciones, puesto que muchos delitos no son fácilmente constatables, y la comparación entre los diversos países resulta difícil como aparece, por ejemplo, en las estadísticas policiales de la Interpol.

2.º Lo antes posible deben lograrse conocimientos más amplios y exactos respecto al número de las víctimas, y respecto a las conse-

(35) Una sociedad que satisfaga más plenamente los derechos humanos, estaría en condiciones de reprochar en mayor medida la infracción a sus normas que una sociedad en la cual esa satisfacción sea sólo parcial o mínima, donde la propia fundamentación ética del reproche entra en crisis. E. R. ZAFFARONI, *Los derechos humanos y sistemas penales en América Latina*, Informe final, Buenos Aires, 1985, pág. 97.

(36) Véase la investigación llevada a cabo en San Sebastián por A. BERISTAIN, B. CASARES, J. L. DE LA CUESTA, I. MUÑAGORRI, L. M.ª MUÑOZ, M. J. VIRTO, *Estudio criminológico de sentencias en materia penal*, Madrid, Edersa, 1983, 184 págs. Günther KAISER, *Viktimologie an der Schwelle...*, págs. 489 ss.

(37) C. KIRCHHOFF y G. F. KIRCHHOFF, «Untersuchungen im Dunkelfeld sexueller Viktimisation mit Hilfe von Fragebögen», en *Das Verbrechen Opfer*, preparado por G. F. Kirchhoff y K. Sessar, págs. 275 ss. K. SESSAR, «Über die verschiedenen Aussichten, Opfer einer gewalttätigen Tötung zu werden», en *Das Verbrechen...*, págs. 301 ss.

J. L. RUIZ OLABUENAGA, J. M. FDEZ. SOBRADO y F. NOVALES, *Violencia y ansiedad en el País Vasco*, Bilbao, Tarttalo, S. A., 1985, págs. 130 ss.

cuencias psicológicas y sociales de la victimación en los diferentes tipos de personas. Los especialistas coinciden en exigir se estudie y conozca más esos efectos como paso previo para poder elaborar unas conclusiones clínicas con vistas a programar por dónde debe colaborar el criminólogo a la construcción del mundo justo y a la equidad, tal como lo conciben y desean la mayoría de los ciudadanos.

3.º La necesidad de distinguir por una parte el peligro real de la criminalidad, y por otra el pánico o sentimiento de inseguridad pública. Con frecuencia el sentimiento de inseguridad pública es mayor de lo debido. A veces lo provoca exageradamente la prensa; también la degradación del medio ambiente (grafitos, inmuebles abandonados, etc.) y las declaraciones poco científicas de las autoridades o de ciertos partidos políticos sobre la amplitud y naturaleza de la criminalidad. Este sentimiento hipertrofiado de inseguridad tiene consecuencias negativas puesto que aumenta la desconfianza entre las personas; pero, también, tiene consecuencias positivas puesto que capacita a la comunidad a prestar su apoyo a participar en acciones comunitarias, por ejemplo, para la vigilancia, en unión con la policía, en las zonas más conflictivas de las ciudades.

4.º Debe evaluarse las consecuencias bienhechoras y/o perjudiciales de cierto tipo de intervención de ayuda de instituciones y personas profesionales, junto a organismos e individuos benévolos, para programar posteriormente la (mayor o menor) deseable participación de unos y/o de otros en la ayuda a las víctimas. Según muchos especialistas, parece aconsejable fomentar la mayor participación de instituciones privadas no oficiales en la ayuda a las víctimas y en la prevención de futura delincuencia (Véase págs. 32 y ss. del Informe del año 1985 del Secretariado General del Consejo de Europa, sobre la conferencia de la victimación de noviembre de 1984) (38).

5.º Se sabe menos de lo debido respecto a cómo desean las víctimas participar en la actividad judicial y penitenciaria; y cómo deben (en teoría) participar. Las conclusiones de aquí deducibles inciden particularmente respecto al principio de igualdad en el proceso y en el tratamiento de los delincuentes (39).

6.º Conviene distinguir la delincuencia y la victimación organizada de la delincuencia y la victimación en grupo (40).

Mirando al mañana, muchas veces las circunstancias exigirán que se separe a las víctimas de sus posibles futuros victimarios. Y siempre conviene disponer de medios adecuados para «controlar a los contro-

(38) K. MIYAZAWA, «Informelle Sozialkontrolle in Japan», en *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag*, págs. 1159 ss.

(39) Th. WEIGEND, «Viktimologische und kriminalpolitische Überlegungen zur Stellung des Verletzten im Strafverfahren», en *ZStW* 96, 1984, págs. 761 ss.

(40) Reynald OTTENHOF, «Délinquance juvénile et criminalité organisée», en *Melanges en l'honneur du Doyen Pierre Bouzat*, París, Pedone, 1980, páginas 337 ss.

ladores», es decir, para obligarles a rendir cuentas de sus actos con cierta periodicidad; para imponer previamente ciertos límites a sus competencias, especialmente a quienes pueden abusar del poder público del Estado y sus órganos de control, como son los jueces, los magistrados, los policías, los funcionarios de prisiones... El Informe del Secretario General de las Naciones Unidas, de 15 de abril de 1985, para el Séptimo Congreso en Milán, en su estudio acerca del Código de conducta para los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, comenta las respuestas que 54 países han formulado a la encuesta antes enviada, e insiste en la necesidad de que los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley (los policías) estén sometidos a una autoridad civil suprema que sirva de control político de sus actividades.

Estas y otras medidas de vigilancia dirigidas a los que ejercen el poder, han de contar con la ayuda de los medios de comunicación que contribuyan a una amplia y objetiva información. También han de contar con la oportuna preocupación de las instituciones docentes que se encarguen de procurar la «justa» sensibilización del público en general, y de las personas jóvenes que están en período de formación para en un mañana inmediato ejercer el poder judicial, policial, médico, sanitario, económico, etc.

La Guía para los debates de las reuniones preparatorias regionales e interregionales para el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas para la Prevención del delito y Tratamiento del delincuente, sugieren respecto a las víctimas y sus victimarios, que «habida cuenta de la relación existente entre el alcohol y el uso indebido de drogas, la violencia y el delito, también se requieren medidas preventivas para limitar este tipo de actos que llevan a ser víctimas y autovíctimas».

Para disminuir el volumen de victimación, la Declaración prohíbe mantener a una persona incomunicada más tiempo de lo razonable. Recordemos que la ley antiterrorista actualmente vigente en España (artículo 13) (41) permite la detención policial hasta diez días. El motivo principal que los tratadistas suelen formular para que la detención-incomunicación no se prolongue es el peligro de que el sospechoso sea torturado. Pero, la Declaración va más adelante al entender que si esa detención-incomunicación se prolonga excesivamente, el mero hecho de la detención-incomunicación puede constituir una forma de tortura (art. IX, letra O).

Otras medidas que se propugnan *de lege ferenda* merecen especial atención actualmente en España:

- inspección independiente e imparcial de todos los lugares de detención,
- prohibición de lugares secretos de detención,
- fomentar la colaboración entre los Estados cercanos geográfica y/o culturalmente,

(41) Antonio BERJSTAIN, «Los terrorismos en el País Vasco y en España», en *La droga en la sociedad actual y Nuevos horizontes en criminología*, San Sebastián, C.A.P., 1985, págs. 339 ss.

— creación de locales especiales para atender a las víctimas de la violencia familiar y sexual,

— entrenamiento especial a la policía, personal médico y de hospitales, jueces y miembros de los tribunales, trabajadores sociales y todo el que esté en contacto con las víctimas, a fin de incrementar el reconocimiento de las necesidades experimentadas por ellas.

Aplaudimos la importancia que la Declaración presta a la tarea docente para que en el futuro disminuya el número de abusos de poder, de delitos de tortura y terrorismo, etc. En concreto, pide que se ofrezca a todo el personal militar y al policial una instrucción especial para hacerles respetar los derechos humanos y la libertad tal cual está estipulado en las normas internacionales. Pide también en las escuelas y universidades que a todos se ofrezcan cursos, seminarios y conferencias sobre los derechos humanos y los abusos del poder público y económico.

Uno de los medios que contribuirá a prevenir y evitar abusos del poder y delincuencia organizada será la aprobación de este Proyecto de Declaración, debidamente corregido en sus inexactitudes o lagunas (de una de las cuales hablaremos a continuación). A este respecto, el jefe de la Subdivisión de prevención del delito y justicia penal de las Naciones Unidas, Minoru Shikita, afirma que esta Declaración «debería haberse adoptado hace mucho tiempo en nombre de la humanidad», pues es «la medida histórica y significativa para mitigar el sufrimiento de las víctimas».

La adopción de estos diez artículos puede contribuir a que los criminólogos, los juristas y el público en general caigamos más en la cuenta de que la asistencia a las víctimas en el conjunto del desarrollo social es como el pan para la comida, el agua para la bebida y el aire para respirar.

La criminalidad y la consiguiente victimación puede y debe menguar. Este ha sido uno de los tres temas principales de la reunión de los Ministros de Justicia de los 21 países del Consejo de Europa, en el verano de 1985, como indica la revista *Forum*. En cada país ha arbitrado una política criminal al respecto. En Francia, según informa el Ministro de Justicia, Badinter, se han intensificado la creación y la aplicación de medidas sustitutivas de la privación de libertad, como la educación vigilada, el trabajo de interés general... y la creación y puesta en marcha de 400 consejos locales para la prevención de la delincuencia. También se ha comenzado la aplicación de medidas específicas de prevención durante las vacaciones estivales de los jóvenes comprendidos entre trece y veintiún años, con especial atención a los de clases menos favorecidas (42).

En general, el volumen de victimación decrecerá si se intensifica el estudio inter-disciplinar de la peligrosidad del delincuente, si se evitan abusos defensistas con una inteligente aplicación judicial y penitenciaria.

(42) Consejo de Europa, *Forum*, revista trimestral 3/1985, pág. 9.

En concreto, puede contribuir a una eficaz prevención general y especial la puesta en práctica, con los medios necesarios, de la innovación que formula la Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código Penal, en sus arts. 75 y 87, al exigir que, previamente a la imposición de las medidas de seguridad, pueda deducirse del hecho y de las circunstancias personales del sujeto un pronóstico de comportamiento futuro que muestre la peligrosidad, es decir, la probabilidad de comisión de nuevos delitos, y este pronóstico debe ser emitido por el juez, pero informado previamente por los técnicos que considere oportuno y, siempre, por un informe de carácter criminológico (43). Este artículo 87 encuentra referencias en varios artículos de la Propuesta, por ejemplo, los siguientes: 90.2; 95.2; 97.1; 99; 100.3; 101.

El informe del criminólogo que pide la Propuesta de Proyecto del Nuevo Código Penal debe tomar en consideración a la víctima más de lo que a primera vista parece y más de lo que se deduce del contexto de la formulación legal, pues el criminólogo debe informarse acerca de todo lo que el juez y la víctima consideren oportuno. Además, el criminólogo, para conocer la peligrosidad del delincuente, debe estudiar su personalidad, la de su familia, etc.; pero, también, debe estudiar la personalidad de la víctima y *su relación* con el delincuente. La peligrosidad del delincuente depende (generalmente) también de la víctima. No es monodimensional.

Como ya indicó Mendelsohn (44), y después se ha continuado estudiando en los cinco simposios internacionales de Victimología, la peligrosidad del delincuente es bipolar: depende de él y de las personas con que se relaciona, y a las que ataca. En todos o casi todos los delitos (especialmente los sexuales, y algunos delitos de grandes estafas económicas, etc.) suele haber una vinculación (previa al delito) entre el autor y la víctima. Por lo tanto, la peligrosidad del delincuente no debe considerarse como algo cerrado alrededor del mismo y de su familia, sino más bien como el puente (más o menos) previo entre él y «su» víctima.

En los delitos contra las personas, generalmente, salvo raras excepciones, existía cierta vinculación entre la víctima y el delincuente, ya

(43) El art. 75 dice así: «Serán condiciones necesarias para dejar en suspenso el fallo de la sentencia, las siguientes:

1.º Pronóstico favorable de que el sujeto no cometerá delito en el futuro, emitido por el Juez, previos los informes que estimare conveniente y, en todo caso, uno de carácter criminológico...».

Según el artículo 87: «Las medidas de seguridad se aplicarán a las personas que se encuentren en los supuestos del Capítulo siguiente siempre que concurren estas dos circunstancias: ...2.º Que del hecho y de las circunstancias personales del sujeto pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos. El pronóstico será emitido por el Juez, previos los informes que estimare convenientes y, en todo caso, uno de carácter criminológico».

(44) B. MENDELSON, «The Victimology», en *Etudes internationales de Psycho-Sociologie criminelle*, Paris, julio-sept. 1955, págs. 25-36: «definición realista»: «La infracción es el hecho biológico, psicológico, social o mixto, proveniente de la relación antagonista de la pareja penal (infractor-víctima), sancionado por las leyes represivas».

antes de que éste cometiese la infracción. Los barrios más peligrosos de las modernas megápolis (Nueva York, París, etc.) no son igualmente peligrosos para todas las personas; las víctimas de aquellos delitos suelen ser personas del barrio, especialmente relacionadas con el autor del crimen. En cierto sentido (aunque sólo en cierto sentido), se puede decir que el barrio no es peligroso; sus personas sí son peligrosas, pero, casi exclusivamente entre ellas, entre las que viven en el barrio, y/o también, las que frecuentan el barrio (45).

La peligrosidad del terrorismo merece capítulo aparte. Aquí me limito a una breve observación: el terrorista se diferencia del ciudadano *normal*, y del criminal *normal*, sobre todo porque se considera diverso y ajeno a la sociedad dominante; porque pertenece a un grupo caracterizado con una intensa identidad ideológica, cultural y política, y porque siente que su objeto de amor está amenazado por el resto —que puede ser la mayoría— de la sociedad a la que identifica como enemiga y a la que procura destruir (46). Esa mayoría victimizada debe ir menguando y/o «entendiendo» la victimación, su faceta positiva (en el sentido que indicaremos en el capítulo siguiente).

4.º FINITUD-FRACASO (Y NO FRACASO) DE SISIFO

El victimólogo, como Sísifo, se empeña continuamente en conseguir algo que nunca logrará totalmente. Pero, bajo su aparente fracaso se oculta un éxito de categoría superior a lo deseado. Nunca obtendrá que desaparezca la criminalidad y la subsiguiente victimación. Pero si se forma e informa debidamente, siempre, constantemente, recibirá una recompensa cualitativamente superior, aunque invisible para las estadísticas de las computadoras electrónicas.

En la citada XVI Conferencia del Consejo de Europa sobre «*las investigaciones acerca de la victimación*» (Estrasburgo, 26-29 noviembre 1984) indiqué que los criminólogos debemos preocuparnos no sólo de la microvictimología sino también de la macrovictimología, es decir, de la victimación por abuso del poder; y añadí a continuación: «en este marco es necesario examinar la dimensión *metarracional* del problema» (47).

Ahora quiero desarrollar este punto, aunque sea parcialmente, pues el tema exige más espacio del que disponemos.

(45) Ferrando MANTOVANI, *Il problema della criminalità*, Padova, Cedam, 1984, págs. 384 ss.

(46) Franco FERRACUTI, «Una interpretazione socio-psichiatrica del terrorismo», en *Studi in memoria di Giacomo Delitala*, Milano, Ed. Giuffrè, 1984, tomo III, págs. 423 ss. (especialmente pág. 440).

(47) CONSEIL DE L'EUROPE, *Seizième Conférence de Recherches Criminologiques*, Rapport du Secrétariat Général, Restricted PC-CRC (85) 4, pág. 104: «A. Beristain signale que d'habitude les criminologues s'occupent de la «micro-victimologie». Cepedant, il faudra aussi parler de la «macrovictimologie» c'est-à-dire de la victimisation par abus de pouvoir. Dans ce cadre il faut examiner la dimension meta-rationnelle et notamment les aspects négatifs du fanatisme religieux».

Para lograr una disminución notable, cualitativa más que cuantitativa, de la victimación, y para lograr (algo que parecen olvidar la Declaración y la mayoría de los victimólogos) una mentalización de los ciudadanos acerca de la «otra» faceta (la positiva) de la victimación (la otra cara de la Luna, diría yo) hemos de construir, con el generoso esfuerzo de todos, una sociedad no maniquea, no esquizofrénica, no separadora entre víctimas y victimarios. Para ello, la ciencia de los controles sociales debe abrirse no sólo racionalmente sino también (con seriedad) metarracionalmente a los derechos inherentes a la persona en toda su profundidad espiritual.

Los físicos modernos superan la dualidad entre la realidad objetiva y la realidad subjetiva porque constatan que la conciencia y el universo físico están relacionadas, mejor dicho, unidas por cierto mecanismo físico fundamental, en el origen, en lo más hondo, de tal manera que la relación entre el espíritu y la realidad no es subjetiva ni objetiva sino omnijetiva y unitaria (48).

De modo semejante, la cosmovisión cristiana (49), aunque reconoce que la potencia y la organización de las fuerzas del mal son realidades que existen en el mundo y que las divergencias de opiniones y de gustos que dividen al mundo no pueden compararse con el juego de los acuerdos que se encuentran en un régimen democrático, sin embargo, por cierta que sea esta constatación y por reales que puedan ser muchas veces sus consecuencias (sobre todo en los casos de delitos no convencionales), los cristianos no podemos profesar una fe maniqueísta en la realidad de un mal absoluto, y menos aún en la encarnación de ese mal, va que según el mensaje evangélico la fuerza del mal nace únicamente del bien que encierra (y ese bien deriva de Dios).

También los criminólogos debemos superar la dualidad entre la víctima y el victimario porque podemos constatar racionalmente y metarracionalmente (y experimentar) que entre el delincuente y el inocente, entre el victimario y la víctima, hay una realidad honda que une armónicamente lo injusto y lo justo (distinto del bien y del mal ontológicos).

Somos herederos de una larga tradición filosófica y metafísica (detrás de la idea de un universo omnijetivo, unitario) de un universo que armoniza la noche y el día (50). Esta, para muchos, «constatación» de un orden ínsito en las cosas (Welzel) puede llamarse «orden jurídico», o en formulación de San Agustín «ordo amoris», o simplemente cosmos. Pero, bajo esos nombres avanza (procesualmente en interacción) una realidad «ordenada», con un alfa y un omega, un principio

(48) Michael TALBOT, *Mysticisme et Physique Nouvelle*, traducido del americano por A. Kielce, Le Mail, Mercure de France, 1984, pág. 10.

(49) Karl RAHNER, S. J., *Sendung und Gnade. Beiträge zur Pastoraltheologie*, 3.ª ed., Tyrolia, Innsbruck, 1961, pág. 22 christlich ist das Böse nur mächtig durch das Gute, das in ihm ist und das von Gott stammt). Versión castellana traducida del francés, IDEM, *Misión y Gracia. El siglo XX, ¿Siglo de gracia?*, Ed. Dinor, San Sebastián, 1966, pág. 151.

(50) Michael TALBOT, *Mysticisme et Physique...*, pág. 11. Fernando URBINA, «El Día y la Noche en los místicos», en *El Ciervo*, núm. 413-414 (julio-agosto 1985), págs. 12 y s.

y un sentido, que el ciudadano y el criminólogo pueden y deben en un futuro inmediato descubrir y también recrear mediante (especialmente) la asistencia a las víctimas.

Esta unidad fundamental, que subyace bajo la exterior dualidad de crimen e inocencia, aparece, por ejemplo, cuando ante una infracción importante de las leyes éstos lo califican como acto de heroísmo y aquéllos como acto de terrorismo.

La victimología de hoy y de un mañana próximo exige bases metafísicas serias. Exige evitar en Derecho penal pseudo-metafísicas baratas, vulgares, como ha escrito Peter Noll (51), para llegar a una fundamentación profunda que no se deje engañar, ni bambolear, por las palabras, de tal manera que vea en la injusticia lo original, y en la justicia el resultado de la crítica, de la reflexión. En cierto ámbito, la justicia debía llamarse la ininjusticia (52).

Subyace en esta afirmación un trasfondo de la teología cristiana que conviene aflore más científicamente. Brevemente dicho, el cristianismo tiene como una de sus misiones básicas robustecer la solidaridad fraterna de una única paternidad-maternidad (53), proteger a los hermanos más pobres, a los más oprimidos; luchar pacíficamente en dos frentes: 1.º, haciendo todo lo posible para que no haya pobres ni oprimidos; 2.º, (*después* de lo primero) aprovechando el segmento utilizable de la victimación. En este *segundo* campo, el cristianismo se encarna con las víctimas (Cristo se hace pecado), les abre horizontes de alto nivel, les brinda sentido de sublimación a la victimación (54).

Así, les compele a esforzarse, auparse, hasta un estrato que trasciende a la persona, que demanda y obtiene fuerzas que provienen de un más allá (o más dentro). De esta manera hace posible lo existencial, el nivel del amor, de la belleza, de la bondad y de la verdad, desde el fondo íntimo pero trascendente de la persona. Apoyándose en estas energías profundamente «cordiales», cabe conciliar a la víctima con el victimario, y evitar futuros delitos.

En esta línea escribe Pablo de Tarso su primera carta a los Corintios: «¿No os da vergüenza? ¿así que no hay entre vosotros ningún

(51) Peter NOLL, *Gedanken über Unruhe und Ordnung*, Zürich, Pendo, 1985, pág. 160.

(52) Peter NOLL, *Diktate über Sterben und Tod*, Zürich, Pendo (s. a.) 1984 (?), pág. 231. «Ungerechtigkeit ist das Ursprüngliche, Gerechtigkeit das Ergebnis von Kritik und Reflexion. Gerechtigkeit müsste also heißen: Unungerechtigkeit».

(53) Luis ALONSO-SCHÖKEL, «No haya pleitos, que somos hermanos», en Idem, *¿Dónde está tu hermano?*, Institución San Jerónimo, Valencia, 1985, páginas 61 ss.

Karl RAHNER, «Schuld, Vergebung und Umkehr im christlichen Glauben», en Albert GÖRRES/Karl RAHNER, *Das Böse. Wege zu seiner Bewältigung in Psychotherapie und Christentum*, Basel. Wien, Herder, 1982, págs. 228 s.

Pierre DELOOZ, «Prisons», en *Pro mundi vita: Dossiers*, Revue Trimestrielle, 3/1984, Bruselas, págs. 2 ss.

(54) Cristo se despoja de sus derechos, de su justicia (Cfr. Epístola de San Pablo a los Filipenses, Cap. 2, Versículos 6 a 11). Karl RAHNER, S. J., *Sendung und Gnade. Beiträge zur Pastoraltheologie*, 3.ª ed., Tyrolia, Innsbruck, 1961 página 451.

entendido que pueda arbitrar entre dos hermanos? No señor; hermano con hermano se meten en un proceso, y además ante no creyentes. De cualquier manera, ya es ciertamente un fallo que haya procesos entre vosotros, ¿por qué no mejor sufrir la injusticia?, ¿por qué no mejor dejarse robar? En cambio sós vosotros los injustos y los ladrones, y eso con hermanos vuestros» (55).

Termino recordando otra vez a Dorado Montero (56). Lo que él decía de los médicos-psiquiatras puede decirse también hoy de los teólogos-místicos: la armonía y la mutua inteligencia, que ahora parecen imposibles entre ambas partes (entre los penalistas y los teólogos-místicos), estarán logradas antes de lo que muchos piensan. Los conflictos entre los tribunales y la teología-mística habrán desaparecido. por haber desaparecido la causa fundamental de ellos, que es la diversidad de cultura y la consiguiente diversidad de estado de espíritu entre juristas y teólogos.

La no-violencia agápica aparece siempre en la base —y en la cumbre— de la Teología cristiana del martirio victimal, del (aparente) fracaso «último» que (realmente) conlleva el triunfo sobre la tortura (57) y el torturador, sobre la muerte y el victimario.

En pocas palabras, desde el inconsciente quizá convenga citar a Federico García Lorca cuando escribió: «Una vez me preguntaron qué era poesía, y me acordé de un amigo mío, y dije: ¿Poesía? Pues, vamos: es la unión de dos palabras que uno nunca supuso que pudieran juntarse, y que forma algo así como un misterio; y, cuando más las pronuncias, más sugerencias acuerda; por ejemplo, acordándome de aquel amigo, poesía es: *Ciervo vulnerado*».

(55) Pablo de TARSO, *Primera Carta a los Corintios*, Cap. VI.

(56) Dorado MONTERO *La justicia criminal* Madrid, Hijos de Reus, Editores, 1905, pág. 283.

(57) *La Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1984, define la tortura en los siguientes términos: «A los efectos de la presente Convención se entenderá por tortura todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que haya cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas».

ANEXO 1

DECLARACION SOBRE JUSTICIA Y ASISTENCIA
PARA LAS VICTIMAS (*)*Artículo I.—Propósito y enfoque*

1. El propósito de esta Declaración es proclamar los derechos de las víctimas y establecer formas y medios para asegurar su protección, tratamiento humano y compensarles por los daños sufridos.

2. Las provisiones para la protección de las víctimas y su implementación establecida en esta Declaración será aplicable a todas aquellas personas sin discriminación de raza, color, sexo, edad, idioma, religión, opiniones políticas, origen nacional o social, propiedades, nacimiento u otras condicionantes.

Artículo II.—Definición

«Víctima» es la persona que ha sufrido una lesión o daño físico o mental, una pérdida o daño material, o cualquier otro perjuicio social como resultado de una acción que:

- a) esté en violación con las leyes penales nacionales;
- b) es un crimen catalogado bajo la ley internacional; o
- c) constituye una violación a las normas de los derechos humanos internacionalmente reconocidos que protegen la vida la libertad y la seguridad personal; o
- d) i) constituye un «abuso de poder» ejercido por personas que, en razón de su posición política, económica o social, ya sean oficiales políticos, agentes o empleados del Estado, o entidades comerciales, estén «fuera del alcance de la ley»; o
- ii) que aunque no esté realmente proscrito por las leyes nacionales o internacionales, cause daños físicos, psicológicos o económicos comparables a los causados por los abusos de poder, constituyendo de esta forma un delito dentro de la ley internacional o una violación a las normas internacionalmente reconocidas de los derechos humanos, y cree serias necesidades en sus víctimas similares a las causadas por violación de esas normas.

El término «víctima» incluye a toda persona que ha sufrido una pérdida, daño o lesión, ya sea como individuo o como integrante de un grupo o colectividad.

Cuando corresponda, el término «persona» se referirá a entidades legales, organizaciones, asociaciones, comunidades, el Estado o la sociedad en un todo.

(*) Nota: Agradezco al Secretario General de la Sociedad Internacional de Victimología la amabilidad de haberme enviado este texto, el 21 de mayo de 1985.

Artículo III.—Principios generales

1. Los derechos de las víctimas están basados en el derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad personal.
2. Los deberes del Estado se derivan de obligaciones legales, responsabilidad colectiva y solidaridad social.
3. Las víctimas tendrán derecho a recibir una compensación por parte del delincuente.
4. Las víctimas tendrán derecho a una compensación por parte del Estado.
5. Las víctimas tendrán derecho a asistencia durante su recuperación.
6. Las víctimas tendrán derecho a un tratamiento equitativo ante la ley.
7. Las víctimas tendrán el derecho de acceso a la justicia.
8. Las víctimas y sus familiares tendrán derecho a conocer los hechos que conforman las circunstancias del delito del cual han sido víctimas.
9. Las víctimas deberán recibir el reconocimiento y apoyo de la comunidad nacional e internacional.
10. Las víctimas tendrán derecho a la protección y a las medidas preventivas establecidas por el Estado.
11. Las víctimas tendrán derecho a los servicios sociales básicos y se les deberá proporcionar soluciones judiciales o administrativas aunque no sean residentes o ciudadanos del país.
12. Los derechos de las víctimas y las obligaciones del Estado no deberán necesariamente basarse en las conclusiones de la responsabilidad criminal, o la culpa del atacante, o en la identificación y aprensión del supuesto culpable.
13. Estos derechos se harán extensivos a los familiares inmediatos de la víctima y a aquellas personas que por su intimidad con la víctima hayan sido afectadas también por el atentado.
14. Todas las personas que hayan sufrido pérdida, daño o lesión al intervenir en ayuda de las víctimas, o al intentar prevenir el atentado, así como también a las que cooperen con el Estado para llevar a cabo las funciones pertinentes para el cumplimiento de la ley, gozarán de estos mismos derechos.
15. Se requerirá acción y cooperación internacional para aliviar el sufrimiento de las víctimas.

Artículo IV.—Reparación

1. Los delincuentes serán responsables de resarcir a las víctimas o, cuando así sea necesario, a sus descendientes, por las pérdidas, daños o lesiones sufridos. Esta será una de las principales metas del proceso de justicia.
2. Las víctimas tendrán derechos a obtener una compensación por las siguientes pérdidas, daños o lesiones:

- a) pérdida de la vida;
- b) impedimento en la salud;
- c) dolor y sufrimiento, ambos físicos y mentales;
- d) pérdida de la libertad;
- e) pérdida de ingresos, incapacidad laboral o de subsistencia;
- f) pérdida o daño a la propiedad o la imposibilidad del uso de la misma;
- g) daños especiales, i.e.: los gastos incurridos por la víctima como resultado del delito sufrido, como por ejemplo, gastos médicos, legales, de transporte, funerarios y de entierro;
- h) otros daños no materiales, tales como pérdida de la reputación.

3. Al determinar el monto de la compensación, especialmente en casos criminales, se deberá tener presente los ingresos y el medio de vida del delincuente y los intereses de la justicia.

4. La propiedad confiscada a la víctima en abuso de poder, crimen que está condenado por el derecho internacional o la violación de los derechos humanos, y que fuera adquirida por una tercera parte, o la propiedad que la víctima ha sido obligada a abandonar o a traspasar como resultado de una mala conducta, deberá ser devuelta a la víctima a pesar de que el comprador haya sido de buena fe. Se deja establecido, sin embargo, que los compradores de buena fe deberán ser compensados a su vez por la parte responsable del daño o pérdida infringido a la víctima.

5. Las víctimas que han sido sometidas a abuso del poder, por parte de los agentes o empleados del Estado durante el cumplimiento de sus funciones haciendo un uso exagerado de su autoridad, delito sancionado por el derecho internacional o la violación de los derechos humanos, tendrán derecho a una total compensación por parte del Estado.

6. A menos que sea comprobado de otra forma, se deberá considerar que los empleados o agentes del gobierno, aun cuando hayan cometido los abusos referidos en el párrafo 5 han actuado dentro del contexto de sus funciones y dentro del margen de su autoridad.

7. Cuando los abusos mencionados en el párrafo 5 fueron cometidos en circunstancias en las que es posible asumir que fueron ejecutados por los empleados o agentes del Estado, aun cuando haya insuficiente evidencia para identificar al empleado o agente en particular, la pena deberá ser impuesta al Estado a fin de probar que los abusos no fueron cometidos por tales empleados o agentes quienes actuaron dentro del contexto de sus funciones y de su exagerada autoridad.

8. Las víctimas de abusos a que se refiere el párrafo 5, deberán tener, además del derecho a compensación por parte del Estado, el derecho a resarcimiento por parte de las personas quienes realmente cometieron los abusos. Ellos podrán, si así lo desean, exigir compensación del Estado o de tales personas en acciones separadas o en una acción en conjunto con el Estado. En todos los casos, las víctimas sólo recibirán la reparación necesaria para compensarles los gastos y daños sufridos en un todo de acuerdo con las provisiones establecidas en esta Declaración.

9. En casos de daños graves al medio humano, los responsables por los mismos deberán hacerse cargo de la reparación, incluyendo, entre otras cosas: la rehabilitación del medio humano, reconstrucción de la infra-estructura, reemplazo de propiedades comunitarias, facilidades y entretenimientos y daños a la propiedad personal. Además, cuando tal conducta resulte en la re-ubicación de una determinada comunidad, dicha compensación deberá incluir el pago por los daños ocasionados a las personas y su retorno o re-ubicación.

Artículo V.—Compensación.

1. Cuando los programas generales de seguro social no son suficientemente amplios, el Estado deberá establecer programas de compensación para asistir a las víctimas que, a causa de la falta de suficientes medios económicos del delincuente se vean imposibilitados de recibir una reparación por parte de ellos.

2. El Estado deberá pagar las compensaciones por lesiones físicas o mentales, pérdida de ingresos, gastos incurridos en rehabilitación y funerarios, así como por las pérdidas, daños o lesiones estipuladas en el art. IV.2 más arriba mencionado.

3. El Estado deberá abonar esa compensación inmediatamente y la cantidad a ser pagada deberá ser comparable a la que por asistencia social reciben aquellos que sufren calamidades similares. Cuando así sea necesario, el Estado abonará por adelantado dicha compensación, aun antes de la conclusión de los procedimientos criminales.

4. Los fondos internacionales, tales como los del Fondo Voluntario de las Naciones Unidas para las Víctimas de Torturas, deberán reforzarse y aumentarse a fin de proveer de la debida compensación a las víctimas o a sus descendientes.

5. Algunos Estados ya han asumido su responsabilidad en los casos de delitos colectivos que causan víctimas, y han, consecuentemente, establecido programas de compensación. Otros Estados actúan de acuerdo con su propia experiencia.

Artículo VI.—Servicios

1. Las víctimas deberán disponer de la asistencia material, psicológica y social necesaria, incluyendo ayuda médica y psiquiátrica, ayuda financiera y servicios legales. Se deberá crear locales especiales para atender a las víctimas de la violencia familiar y de ataques sexuales. Se deberá también realizar un mayor esfuerzo para fomentar el interés de las organizaciones comunitarias.

2. Se deberán formular ciertas directrices a fin de identificar y responder a las necesidades de las víctimas. Se brindará especial atención a las necesidades de las personas que son más vulnerables en razón de su edad, sexo, incapacidad física, raza, religión u origen.

3. Se deberá brindar un entrenamiento especial a la policía, personal médico y de hospitales, jueces y miembros de los Tribunales, trabajadores sociales y todo el que esté en contacto con las víctimas a fin de incrementar el reconocimiento de las necesidades experimentadas por ellas.

4. La policía y el personal de emergencia deberán informar a la víctima inmediatamente y en forma completa, de los servicios a los que tiene derecho, tales como servicios médicos, compensación, servicios legales, de apoyo a las víctimas y servicios de emergencia para desórdenes emocionales.

Artículo VII.—Acceso a la justicia y su tratamiento equitativo.

1. Cuando así corresponda, se deberán establecer instituciones civiles, criminales y administrativas las que determinarán las responsabilidades legales, de reparación y compensación. Se deberá facilitar la reparación por parte del delincuente, durante los procedimientos criminales, sin perjuicio de que la víctima utilice su derecho a utilizar otros procedimientos informales, administrativos o civiles a fin de obtener un resarcimiento.

2. Se deberá establecer procedimientos simples y flexibles, así como mandatos del Tribunal para Cuando ello sea posible, se deberán simplificar y hacerse más comprensibles al público en general los procedimientos y la legislación pertinente a las víctimas.

3. Las víctimas tendrán el derecho de acceso inmediato a las instituciones mencionadas en el artículo VII, párrafo 1, mencionado anteriormente.

4. Las decisiones tomadas por los institutos pertinentes deberán ser planteadas y ejecutadas en forma equitativa.

5. El Estado deberá facilitar la solución de los conflictos en forma amigable y fuera del Tribunal.

6. Las víctimas deberán ser informadas de su derecho a exigir compensación por lesiones sufridas, incluso utilizando los servicios de su comunidad, siempre y cuando se tenga acceso a los mismos.

7. Cuando corresponda, se deberá permitir a las víctimas a iniciar y proseguir con los procedimientos criminales o apelar a una autoridad judicial.

8. Se deberá asegurar la activa participación de las víctimas en todas las etapas críticas de los procedimientos judiciales, tales como:

- a) permitir a las víctimas hacer acto de presencia y declarar, ya sea personalmente o por intermedio de un representante designado por ella;
- b) evitar impedimentos innecesarios en la programación de las audiencias;
- c) explicar a las víctimas el propósito y significado de los procedimientos;
- d) evitar demoras innecesarias en la consideración de los casos;
- e) proveer una compensación equitativa por pérdidas económicas sufridas por las víctimas durante su concurrencia a los juicios.

9. Se deberá respetar el derecho de las víctimas a su privacidad. Se deberá hacer hincapié que la policía, los abogados acusadores y las autoridades judiciales no deberán hacer público el nombre y la dirección de la víctima, sin su expreso consentimiento, a menos que sea en interés de la justicia.

10. Se deberán establecer normas destinadas a proveer de un tratamiento equitativo y una debida protección a los testigos, incluyendo:

- a) medidas para salvaguardar a los testigos de intimidaciones y posibles atentados;
- b) una rápida recolección de los testimonios y su debida documentación, y
- c) tomar testimonios de evidencias en procedimientos no abiertos al público.

11. Ninguno de los derechos más arriba mencionados deberá considerarse como una medida para lesionar los derechos del supuesto delincuente.

12. Los familiares de las personas bajo cualquier forma de detención o encarcelamiento tendrán el derecho, en todo momento, de saber dónde se encuentra esa persona.

Artículo VIII.—Cooperación internacional en la lucha contra los delitos según el derecho internacional

1. Los abusos de poder catalogados como delitos por el derecho internacional, tales como: delitos contra la paz, delitos de guerra, delitos contra la humanidad, genocidio, *apartheid*, esclavitud, tortura, ejecuciones extralegales, desapariciones forzadas o involuntarias, y otras graves violaciones a los derechos humanos cometidos contra el derecho a la vida, la libertad, y la seguridad de las personas serán motivo de investigación. Serán objeto de persecución judicial, donde quiera que se encuentren, las personas a las cuales se les pruebe con la debida evidencia que han cometido tales delitos, a menos que sean objeto de extradición a otro Estado que desee ejecutar su jurisdicción con respecto a esos delitos. Las personas acusadas de tales delitos no podrán utilizar la excusa de «obedecer a órdenes superiores».

2. Se deberán realizar todos los esfuerzos posibles para promover la colaboración entre los Estados, a fin de proceder a la detención y ajusticiamiento de los supuestos ejecutores de estos delitos según el derecho internacional. Se deberá fomentar el establecimiento de asistencia mutua en el orden judicial y administrativo, incluyendo extradición, a fin de juzgar a estos delincuentes y confiscar sus bienes, los que deberán ser puestos a disposición del Estado para que se provea de una reparación a las víctimas.

Artículo IX.—Medidas para prevenir la perpetración de actos que produzcan víctimas

1. El Estado deberá tomar las medidas apropiadas para proteger a todos sus ciudadanos contra la posible perpetración de actos que produzcan víctimas, incluyendo:

- a) la adopción de medidas sociales, políticas, económicas y penales para promover la justicia social y reducir la perpetración de actos que produzcan víctimas:

- b) fomentar la responsabilidad social a través de acciones individuales y colectivas dirigidas hacia la reducción de oportunidades para la perpetración de actos que produzcan víctimas;
- c) promocionar las medidas destinadas a fomentar a terceras partes a asistir a los individuos que han sido objeto de atentados o a quienes están en peligro de sufrir dichos atentados;
- d) informar al público, a través de la policía y de agencias comunitarias, de los riesgos de perpetración de delitos en determinadas zonas y circunstancias y sobre las medidas de prevención del delito aplicables;
- e) condenar, cuando corresponda, los actos que constituyen una violación de las normas de derechos humanos internacionalmente reconocidos, que protegen la vida, la libertad y la seguridad personal, o que constituyen un abuso del poder y desarrollar medios efectivos para su cumplimiento;
- f) ratificación de los tratados internacionales de derechos humanos y su aplicación, junto con otras importantes normas y medidas internacionales, en la práctica de la legislación nacional y del Estado;
- g) brindar a todo el personal militar y al encargado de hacer cumplir la ley, de una instrucción especial para hacerles respetar los derechos humanos y la libertad, tal cual está estipulado en las normas y medidas internacionales;
- h) brindar educación a todos los empleados públicos, elegidos o nombrados, así como al personal de empresas económicas, de los fundamentos de contabilidad basados en las normas reconocidas internacionalmente;
- i) dictar clases en todas las escuelas y universidades sobre los derechos humanos y los abusos de poder, público y económico;
- j) mantener un escrutinio permanente del uso del poder público y económico a través de la publicidad, sus sistemas de quejas, investigaciones y sanciones;
- k) establecimiento de medidas restrictivas sobre el uso del poder económico, a fin de disminuir los abusos, incluyendo la exigencia de declaraciones, organización de grupos especializados y multi-disciplinarios para ayudar en el proceso de investigación y acusación, y la promoción de leyes uniformes a fin de impedir el abuso de *lacunae* por parte de los comercios y las diferencias entre legislaciones nacionales;
- l) revisión periódica y extensa de la legislación a fin de reducir la perpetración de delitos contra las personas, simplificar las leyes y procedimientos, y hacerlos responder a estos nuevos cambios;
- m) prohibición de lugares secretos de detención;
- n) inspección independiente e imparcial de todos los lugares de detención;

- o) prohibición de mantener a una persona incomunicada, ya que, de ser esta detención por un lapso razonablemente prolongado, puede constituir una forma de tortura.

Artículo X.—Implementación

1. Además de la implementación de los artículos más arriba mencionados; se deberán tomar medidas apropiadas a nivel nacional, incluyendo:

- a) fomentar el desarrollo y la distribución de estadísticas informativas y todo tipo de información científica sobre las condiciones de las víctimas y la manera de reducir la perpetración de delitos contra las personas, y sobre las necesidades y esperanzas que promuevan el desarrollo de medidas criminales y sociales;
- b) tomar medidas a fin de impedir que los delincuentes puedan transferir el costo de las sanciones al Estado, consumidores o público en general;
- c) publicación de las violaciones, a fin de exponer tales actos al escrutinio público e incrementar así el interés del público;
- d) investigar el destino de personas perdidas o desaparecidas a fin de informar a sus familiares.

2. Se deberán tomar medidas apropiadas, a nivel internacional, para la implementación de esta Declaración, incluyendo:

- a) la promoción a través de las Naciones Unidas, de los sistemas para llevar a cabo la recolección e intercambio de investigaciones científicas y estadísticas sobre las víctimas, promoviendo de esta forma el desarrollo de medidas criminales y sociales;
- b) fomentar el mayor uso posible por parte de organizaciones intergubernamentales de la información y posibilidades de las organizaciones no-gubernamentales en la prevención de las perpetraciones de delitos y proveer asistencia a las víctimas;
- c) promover, en el caso de actuaciones consideradas como delitos según el derecho internacional o una violación de los derechos humanos internacionalmente reconocidos para la protección de la vida, la libertad y la seguridad personal, haciendo un mayor uso de:
 - i) una investigación de los hechos llevada a cabo por grupos imparciales internacionales encargados de informar públicamente sobre sus conclusiones;
 - ii) mediación directa, por parte de grupos imparciales internacionales, con las autoridades de los Estados donde se supone que estos casos están ocurriendo;
 - iii) sistemas para examinar las quejas individuales, donde estos casos están ocurriendo;

- iv). desarrollar, tanto a nivel internacional como regional, las acusaciones formuladas estableciendo que efectivamente el delito ha ocurrido;
- d) continuar el estudio de nuevos tratados bilaterales y multilaterales sobre la perpetración de delitos.

ANEXO 2

CRISTIANOS POR LA LIBERTAD Y CONTRA LA TORTURA (*)

Ante tanta tortura, tanto terrorismo y tantas violaciones de derechos humanos, no queremos cruzarnos de brazos, no queremos acostumbrarnos y no nos vamos a acostumbrar.

La tortura, el asesinato, el secuestro la extorsión son demasiado a menudo noticia en nuestra tierra vasca.

Mucho se ha dicho y mucho se ha escrito condenando estos atentados que violan gravemente la libertad y los derechos del hombre.

Poco a poco, las gargantas se van secando, el músculo se duerme y lo que es peor, el corazón se va haciendo frío e insensible.

Los políticos, los intelectuales, las iglesias, Amnistía Internacional han opinado sobradamente sobre el tema y sus condenas ya no las oímos, las sabemos de memoria, apenas nos afectan.

Nuestra sociedad está desanimada y empezamos a pensar que esto ya no tiene remedio. Con nuestro silencio y nuestra apatía nos estamos haciendo cómplices de los verdugos, de los asesinos, de los tiranos.

Por eso, hermano Angel y hermano preso y hermano «joven» y hermano torturador y hermano secuestrador y hermano drogadicto... que te sientes solo, hundido, explotado, despreciable, manipulado..., pensad que todos sois víctimas, que todos somos a la vez víctimas y culpables de nuestra falta de amor.

Pensamos sinceramente, que estas palabras que con cariño os dirigimos, no os van a ablandar; quizá no las vais a entender, pero estad seguros que nosotros desde hoy mismo vamos a intentar amaros más y al final, a fuerza de amor, vamos a poder con vosotros.

Nuestros hijos no deben seguir respirando este clima de odio que invade y corrompe casi toda la atmósfera.

Porque estamos decididamente a favor de la libertad, porque queremos seguir apostando por la vida, porque deseamos seguir teniendo fe en el hombre y amando al hombre y porque estamos en contra de la violencia, venga de donde venga; quede pues claro que no queremos acostumbrarnos y no queremos cruzarnos de brazos.

(*) Circular preparada y repartida por un grupo de cristianos, de la Párroquia de Ntra. Sra« del Rosario, de San Sebastián, el domingo día 10 de febrero de 1985.

Terminamos pidiendo otra vez perdón, porque somos coautores y corresponsables —más o menos— de todas estas acciones y situaciones contrarias a la dignidad de la persona, empezando por el maniqueísmo de buenos y malos. Según indica don José Miguel de Barandiarán, en la mitología vasca, Mari mataba el carnero de los pastores ladrones.

Nosotros debemos cambiar radicalmente nuestros comportamientos y nuestros sentimientos para evitar que mueran nuestros carneros y ovejas.

ANEXO 3

RECOMENDACION N.º R (85) 11 DEL COMITE DE MINISTROS A LOS ESTADOS MIEMBROS SOBRE LA POSICION DE LA VICTIMA EN EL CAMPO DEL DERECHO PENAL Y PROCESAL-PENAL (*)

(Adoptada por el Comité de Ministros el día 28 de junio de 1985, en la reunión número 387 de los Delegados de los Ministros).

El Comité de Ministros, en virtud del artículo 15.b del Estatuto del Consejo de Europa,

Considerando que los objetivos del sistema de justicia penal han sido tradicionalmente expresados en términos que conciernen primordialmente a la relación entre el Estado y el delincuente;

Considerando que, consecuentemente, el funcionamiento de este sistema tiende algunas veces a añadir más que a disminuir los problemas de la víctima;

Considerando que una función fundamental de la justicia penal debe ser el atender las necesidades y salvaguardar los intereses de la víctima;

Considerando que importa también aumentar la confianza de la víctima en la justicia penal y alentar su cooperación especialmente en su calidad de testigo;

Considerando que para estos fines, en el sistema de justicia penal, es necesario tener más en cuenta los daños físicos, psicológico, materiales y sociales sufridos por la víctima, y considerar qué pasos son deseables para satisfacer sus necesidades en esos aspectos;

Considerando que las medidas para este fin no tienen por qué entrar en conflicto con otros objetivos del Derecho penal y procesal-penal, tales como el restablecimiento del orden jurídico y la resocialización de los delincuentes, sino que pueden, de hecho, ayudar a su consecución y a una eventual reconciliación entre la víctima y el delincuente;

Considerando que las necesidades y los intereses de la víctima deberían ser tomados en cuenta en un mayor grado durante todas las fases del proceso penal;

Teniendo en cuenta la Convención Europea sobre la compensación a las víctimas de crímenes violentos,

(*) Traducción de Antonio BERISTAIN.

I.—Recomienda que los gobiernos de los Estados miembros revisen sus legislaciones y prácticas de acuerdo a las siguientes directrices:

A) *En cuanto a la policía*

1. Los agentes de policía deberían ser formados para tratar con las víctimas de una forma comprensible, constructiva y tranquilizadora;

2. La policía debería informar a la víctima acerca de las posibilidades de obtener asistencia, consejos prácticos y jurídicos, reparación de los perjuicios por el delincuente, y compensación por el Estado;

3. La víctima debería tener la posibilidad de obtener información sobre los datos de la investigación policial;

4. En los informes a las autoridades encargadas del caso, la policía debería dar la información más clara y completa posible sobre las lesiones y los daños sufridos por la víctima;

B) *En cuanto a la acusación.*

5. La decisión discrecional de procesar al acusado no debería ser tomada sin la debida consideración acerca del problema de la compensación a la víctima, teniendo en cuenta cualquier esfuerzo serio hecho con ese fin por el delincuente;

6. La víctima debería ser informada de la decisión final en lo concerniente al proceso, a menos que manifieste que no desea esta información;

7. La víctima debería tener el derecho a pedir a la autoridad competente la revisión de la decisión de no procesamiento, o el derecho a iniciar procedimientos privados.

C) *Interrogatorio de la víctima*

8. En todas las fases del proceso, la víctima debería ser interrogada de forma que se respete su situación personal, sus derechos y su dignidad. Cuando sea posible y apropiado, los niños y los mentalmente enfermos o disminuidos deberían ser interrogados en presencia de sus padres o tutores u otras personas calificadas para atenderles.

D) *Procedimientos en el juicio*

9. La víctima debería ser informada de:

- el día y el lugar de la vista oral de las infracciones que le causaron perjuicios;
- sus posibilidades de obtener la restitución y la compensación dentro del proceso penal, de beneficiarse de asistencia y consejo legal;
- cómo puede enterarse de las decisiones adoptadas.

10. El tribunal penal deberá poder establecer la reparación de la víctima por parte del delincuente. Para este fin, las actuales limitaciones, restricciones o impedimentos técnicos que obstaculizan su realización deberían ser suprimidos.

11. La legislación debería proveer que la reparación pueda ser una pena o un sustitutivo de la pena, o una sanción conjunta.

12. Toda la información útil acerca de las lesiones y los daños sufridos por la víctima deberá estar al alcance del tribunal con objeto de que, cuando decida la naturaleza y la cantidad de la sanción, pueda tomar en consideración:

- la necesidad de la reparación de los daños sufridos por la víctima;
- todo acto de reparación o restitución hecho por el delincuente, o cualquier esfuerzo sincero realizado en esa dirección.

13. Cuando las facultades concedidas al tribunal incluyen el añadir condiciones de tipo económico a la concesión de poder dejar en suspenso la ejecución de la pena, o de conceder la libertad condicional, o la probación, o de cualquier otra medida, se debería dar gran importancia, entre estas condiciones, a la reparación por parte del delincuente a la víctima.

E) *En la fase del cumplimiento*

14. Si la reparación se impone como sanción penal, debería ser exigida de la misma forma que las multas, y tener prioridad sobre cualquier otra sanción económica impuesta al delincuente. En todos los otros casos, la víctima debería ser asistida tanto como fuera posible para que se haga efectiva la reparación económica

F) *Protección de la intimidad*

15. La información y las relaciones con el público durante la instrucción del proceso y durante el juicio, deberían desarrollarse con la máxima consideración de la necesidad de proteger a la víctima de cualquier publicidad que atente a su vida privada o su dignidad. Si el tipo de delito, o el status particular, o la situación personal y la seguridad de la víctima hacen necesaria una protección especial, la vista debería ser llevada a cabo a puerta cerrada y la publicación de los datos personales de la víctima debería ser restringida hasta lo que parezca apropiado.

G) *Protección especial a la víctima*

16. Cuando se considere necesario, y especialmente en casos de delincuencia organizada, se debería procurar a la víctima y a su familia una protección eficaz contra las amenazas y contra el riesgo de una posterior venganza por parte del delincuente.

II.—Recomienda a los gobiernos de los Estados miembros:

- 1. examinar las posibles ventajas de sistemas de mediación y de conciliación;
- 2. promover y alentar la investigación sobre la eficacia de las disposiciones que afectan a las víctimas.

Derecho penitenciario militar: una aproximación histórica

*Por una larga amistad con momentos científicos:
a mi maestro, Enrique Gimbernat.*

CARLOS GARCIA VALDES

Catedrático de Derecho Penal de la
Universidad de Alcalá de Henares. (Madrid)

SUMARIO: Introducción.—I. Planteamiento metodológico.—II. La etapa de convergencia del Derecho penitenciario español, civil y militar. La Ordenanza de Presidios Navales. El Reglamento General de los Presidios Peninsulares. La Ordenanza General de los Presidios del Reino.—III. La bifurcación de los dos Derechos: Historia de una divergencia. Los cuerpos de disciplina. El empleo de presidiarios en acciones de guerra.—IV. Dos textos fundamentales del siglo XIX: los Reglamentos de 1889 y 1899. El Reglamento para la penitenciaría militar de la isla de Cuba. El Reglamento de la penitenciaría naval militar de Cuatro Torres (La Carraca).—V. El Derecho penitenciario militar en el siglo XX. Primeras disposiciones. El Reglamento para la penitenciaría militar de Mahón (La Mola). El Reglamento para el régimen y gobierno de las prisiones militares de Madrid.—VI. Derecho penitenciario militar: últimas décadas. Conclusión.

INTRODUCCION

La reciente promulgación de las Leyes Orgánicas 13 y 14/1985, de 9 de diciembre, de Código Penal Militar y de modificación del Código Penal y de la anterior Ley Orgánica 8/1984, de 26 de diciembre; en correlación con el Código Penal Militar (1), el interés que despierta en mí el ámbito penitenciario castrense, por lo

(1) Con anterioridad, se había promulgado la Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre, del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas («B.O.E.», número 286, del 29 de noviembre de 1985); y después, la Ley Orgánica 1/1986, de 8 de enero, de supresión de la Jurisdicción Penal Aeronáutica y adecuación de penas por infracciones aeronáuticas («B.O.E.»; núm. 12, de 14 de enero de 1986). Vid. DEL OLMO; «Justicia castrense», en vol. colectivo, «Reforma Política y Derecho». Madrid, 1985, págs. 213 y sigs.

que tiene de prácticamente desconocido, y, por supuesto, mi notoria proclividad a la Penología, en todos sus aspectos y especialmente en éste, han sido las causas determinantes para que, en esta ocasión, para mí de tanta importancia y trascendencia, haya elegido como tema de investigación éste referido al Derecho penitenciario militar, en cumplimiento del mandato legal contenido en el artículo 38.2 de la Ley de Reforma Universitaria.

No ignoro que, hasta el momento presente, ningún tratadista ha etiquetado los dispersos y escasísimos estudios que hay sobre el mundo jurídico de las prisiones y cárceles militares bajo tal denominación, ni tampoco nadie ha efectuado, al menos, una compilación normativa al respecto, paso previo para proceder a un estudio científico de mayor alcance (2). Tal vacío y anonimato jurídico, ha sido debido al endémico huerfanismo de la materia penitenciaria, exacerbada al referirse a la militar, aunque el Derecho penitenciario militar existe, tiene una larga y extraña trayectoria histórica y exige ser acomodado a las necesidades presentes, reformándolo y actualizándolo, en sus aspectos jurídicos y funcionales, orgánicos y estructurales. Mi investigación, prácticamente ayuna de otros materiales que los legislativos y de doctrina, ha hecho frente a estas dificultades y, tal vez, ese es su único mérito.

Entiendo, que al Derecho penitenciario castrense le sucede ahora lo que no hace mucho tiempo le ocurría al Derecho penitenciario civil o común: que venía necesitando un asiento jurídico propio, al no constituir ni el anterior Código de Justicia Militar, de 17 de julio de 1945, ni el recientemente promulgado Código Penal Militar, de 9 de diciembre de 1985, vigente a 1.º de junio de 1986, el lugar adecuado para una regulación de la ejecución de las penas y medidas privativas de libertad, y no revestir el Reglamento de los Establecimientos Penitenciarios Militares, de 22 de diciembre de 1978, de la suficiente fijeza que demandan los derechos y deberes de los reclusos en ellos:

Parece necesario proponer, pues, la promulgación de una disposición, a nivel de Ley Orgánica, que recoja las normas fundamentales relativas al estatuto jurídico del penado, preso o detenido militar y los objetivos y funciones a cumplir por la Administración Penitenciaria Militar. También se hace preciso una nueva normativa reglamentaria, lo suficientemente dúctil, para una vez conseguida la recta aplicación de la ley penal por la individualización efectuada por los Jueces y Tribunales Militares, a la vista del «sentido de la pena» impuesta (art. 25.2 de la Constitución de 1978), en la que se habrá tenido en cuenta «no sólo las circunstancias modificativas de la responsabilidad, personalidad del cul-

(2) Por lo que alcanzo a ver, sólo unas pocas páginas, tituladas «legislación penitenciaria militar», de CASTEJÓN, «La legislación penitenciaria española». Madrid, 1914, págs. 429-438, se ocupan del tema en nuestra doctrina, de manera sistemática; otros trabajos, que se irán citando, contienen referencias puntuales a textos legales o establecimientos penitenciarios militares, pero sin conformar un discurso orgánico.

pable, función militar, móviles, gravedad y trascendencia del hecho en sí y en su relación con el servicio y el lugar de su perpetración» (art. 35 del C. P. M. de 1985), se pueda llegar a la consiguiente individualización penitenciaria. Hasta tanto se logren esos instrumentos jurídicos que se propugnan, será preciso actualizar los regímenes interiores de los Establecimientos Penitenciarios y Prisiones Militares y darles un nuevo enfoque a su estructura funcional y operativa, adaptando la marcha de sus Instituciones a las nuevas orientaciones de la moderna ciencia penitenciaria.

Esta propuesta que se efectúa de una ley penitenciaria militar, engarce entre el Código Penal Militar y el Reglamento Penitenciario Militar, que desarrolle ampliamente el primero en esta materia y sirva de basamento del segundo, estimo es, además de razonable, previsible. Piénsese que, hoy por hoy, se camina hacia una definitiva regulación unificada de la justicia y de la aplicación de las penas y medidas preventivas en los Ejércitos de Tierra, Mar y Aire (3).

Por otra parte, el Derecho penitenciario castrense tiene su principal asiento en el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios Militares, aprobado por Real Decreto 3.331/1978, de 22 de diciembre, y este Reglamento, como nos recuerda su propio preámbulo, perseguía tres objetivos prioritarios:

1. El establecimiento de una normativa penitenciaria única en todos los establecimientos del Estado. Resultaba notorio que en las fortalezas y prisiones militares se carecía de criterios uniformes para la aplicación de un régimen de vida intramuros; faltaba un sistema penitenciario definido que fuera el punto de referencia a la normativa imperante en cada Establecimiento.

2. La implantación de una red de establecimientos penitenciarios castrenses que permitiera un mejor aprovechamiento de sus instalaciones. La desconexión que se padecía y que no permitía el beneficioso auxilio que debe producirse entre los diferentes establecimientos penitenciarios, era proveniente por un lado, de la inexistencia de una organización administrativa propia y específica que fuera la encargada, con carácter general, de la dirección, gestión y resolución de todos los asuntos relativos a la ejecución de las penas privativas de libertad y custodia de preventivos, arrestados y detenidos; y por otro, del sentimiento generalizado de que el gobierno y cuidado de las prisiones era más bien una carga o un aspecto no comunicable por cada Ejército, lo que se explicaba si se tiene en cuenta que el gobierno de estos Centros no es la razón de ser de las Fuerzas Armadas. Por lo demás, parece evidente que la compartimentación de la Defensa Nacional en tres Departamentos ministeriales (Tierra, Mar y Aire) no favorecía la

(3) Ya el propio Código de Justicia Militar, de 1945, fruto de la Ley de 5 de septiembre de 1939, por la que se encomendó al Consejo Supremo de Justicia Militar la elaboración de una norma penal única para los tres Ejércitos, es prueba, de reciente historia, incontrovertible.

funcionalidad de una Administración Penitenciaria, de por sí, precaria.

3. La aplicación de una disciplina propia. Antes de la promulgación del Reglamento de 1978, se evidenciaba una desigualdad en el «modus operandi» de las prisiones y fortalezas, de tal suerte que en ellas se aplicaban diferentes regímenes de vida, según la calidad de los hombres que albergaban, de las autoridades y personal que las servían, amén de otros factores que no son del caso analizar, lo que traía como consecuencia no sólo diferencias de rigor o complacencia entre la población interna, sino malestar entre los propios reclusos, sabedores que de ser destinados a otros establecimientos, sus vidas hubieran transcurrido de diferente manera.

Conseguidos los fines propuestos por el Real Decreto 3.331/1978, mediante la adopción del sistema progresivo, claramente inspirado en el derogado Reglamento de los Servicios de Prisiones de 2 de febrero de 1956; lograda la deseable interdependencia entre los Centros y servicios penitenciarios castrenses; y unificada su normativa hasta entonces dispersa, se vislumbra ya un más despejado horizonte.

Alcanzo a ver que a la unificación de la justicia penal y del sistema penitenciario militar le esperan nuevas etapas que cubrir. Una de ellas, importantísima, podría ser la promulgación de esa Ley Penitenciaria Militar, que tendría que ser necesariamente «Orgánica» y, por vía indirecta, feliz desarrollo de nuestra Constitución. La ulterior, consistiría en llevar a cabo una profunda reforma del vigente Reglamento de Establecimientos Penitenciarios Militares de 1978, para adaptarlo a los avances de la ciencia penitenciaria y a las normas internacionales en vigor, elaboradas por las Naciones Unidas y el Consejo de Europa. Esta reforma que, por evidente y necesaria, preconizo, haría posible —sin merma de la disciplina peculiar (4)—, la adopción de un sistema penitenciario actualizado y, en muchos casos, más operativo tanto para la Administración como para los reclusos.

I. PLANTEAMIENTO METODOLOGICO

Por simples razones metodológicas, estimo que antes de proceder a analizar los hitos sobre los que he tratado de construir el Derecho Penitenciario Militar Español, conviene meditar sobre los orígenes de ambos Derechos Penitenciarios, el Civil y el Militar, a fin de conocer cuál ha sido el camino transitado acompañado, el punto de separación y el recorrido en solitario, para así,

(4) En este sentido, vid. QUEROL Y DURÁN, «Principios de Derecho militar español». I. Madrid, 1948, pág. 56 y Sentencia TC. de 19 de diciembre de 1985, número 180, Sala Segunda.

con la perspectiva de la historia, abordar la tarea con mayor fijeza y ambición científica.

En principio, hay que decir, con absoluta claridad, para mejor comprensión del tema, que todos los sistemas penitenciarios, sea cual fuere su naturaleza, filosofía o alcance, se asientan tradicionalmente (5) sobre cuatro elementos no menos obvios que fundamentales, e imprescindible el último, que son: Los reclusos, el personal penitenciario, los establecimientos y las normas jurídicas.

Bajo esta perspectiva, hemos de señalar, como antecedente y punto de partida, desde el siglo XIII hasta el XVIII, el servicio de galeras, de naturaleza penitenciaria, consistente en el empleo de presos rematados como galeotes para mover, a base de remos, los barcos de guerra, «servir a remo y sin sueldo en los barcos del Rey», aunque luego, con el correr de los tiempos, prestaran los penados iguales cometidos en otros barcos reales e, incluso, en naves de empresas privadas (6).

Respecto al servicio de galeras, hay que señalar, con todos los riesgos que lleva implícita una simplificación excesiva de conceptos, que:

1. Los penados eran mayoritariamente civiles condenados por Tribunales y Audiencias ordinarias, aunque algunos —pocos— lo fueran por Tribunales del Santo Oficio.

2. El personal de custodia era civil en tierra y militar en los barcos.

3. Los establecimientos, ubicados en las proximidades de las costas y cerca de los principales puertos, eran depósitos de hombres, atendidos y dirigidos por personal designado por las Autoridades Judiciales ordinarias; y en el mar —cárceles flotantes— eran los barcos de la Corona, principalmente militares, gobernados por éstos; y

4. Las normas jurídicas de naturaleza penal eran civiles, mientras que las que regulaban los distintos regímenes de vida marinera eran de orden militar, o en los últimos tiempos (finales del siglo XVIII) administrativo-penitenciarias.

Suprimida la pena de galeras en 1748, fue restablecida por Carlos III, por R. O. de 31 de diciembre de 1784, desapareciendo definitivamente, por no hallarse éstas en estado de servir, por otra R. O. de 30 de diciembre de 1803, con el envío de los galeotes a los Presidios Peninsulares y Africanos.

A principios del XIX, las modalidades de ejecución de las penas privativas de libertad son (7):

(5) Vid. BELAUSTEGUI, «Fundamentos del trabajo penitenciario». Madrid, 1952, *passim*.

(6) Véase SEVILLA y SOLANAS, «Historia penitenciaria española (La Galera), apuntes de Archivo». Segovia, 1917; RODRÍGUEZ RAMOS, «La pena de galeras en la España moderna», en Anuario de Derecho penal. II, 1978, págs. 259 y sigs.; PIKE, «Penal Servitude in Early Modern Spain». Madison, 1983, págs. 3 y siguientes.

(7) Cfr. CASTEJÓN, ob. cit., págs. 177 y sigs.; CUELLO CALÓN, «La moderna

a) Destino a Presidios-Arsenales: los de La Carraca, Cartagena, Cádiz y Ferrol, lugares donde acabaron los galeotes, obligados a manejar ahora bombas de achique, son bajo mando militar.

b) Destino a presidios africanos: Ceuta, Melilla, Alhucemas, Peñón de la Gomerá y Orán, para desertores y posibles fuguistas, también bajo mando castrense.

c) Destino a depósitos de rematados: Madrid y Málaga; presidios peninsulares y cárceles: Madrid, Barcelona, Málaga, San Miguel de los Reyes y San Agustín de Valencia, preferentemente; como lugares de concentración para destino a obras públicas y formación de brigadas para nutrir los destacamentos penales de Pajares, Cabrillas, Canal de Isabel II, Canal de Urgel, Canal de Castilla, carreteras, tendidos de ferrocarril y obras de fortificación en Jaca, Santoña, Cádiz, etc., estando los establecimientos regidos por personal militar y del Ministerio de Fomento; y

d) Destino a casas de corrección: de los mendigos, vagos y delincuentes menores, así como de mujeres (casa de San Fernando de Jarama en Madrid, prisiones-galeras de mujeres (8), etc.) también comandadas por militares y órdenes religiosas.

A lo largo del siglo XIX, en el panorama penitenciario español se van a producir, en mi opinión, las siguientes etapas fundamentales:

A) De unificación normativa de todos los presidios, mediante la promulgación de:

1. La Ordenanza de los Presidios Navales, de 20 de marzo de 1804.

2. El Reglamento de los Presidios Peninsulares, de 1 de mayo de 1807, y

3. La Ordenanza General de los Presidios del Reino, de 14 de abril de 1834, creando la Dirección General del Ramo que pasa a depender del Ministerio de Fomento; y

B) De separación de los reclusos y la trascendental diferenciación, a objeto de nuestro estudio, de los presidios civiles de los militares: la Ley de Prisiones, de 26 de julio de 1849, significa la consecuencia inmediata de la separación de las prisiones civiles de las militares, pasando a depender las primeras del Ministerio de la Gobernación (y desde 1887, por Ley de Presupuestos, del de Gracia y Justicia) y las segundas, del de la Guerra (9).

penología». Barcelona, reimp. 1974, págs. 363 y sigs.; y, fundamentalmente, ahora: ZAPATERO SAGRADO, «Los presidios, las cárceles y las prisiones», en Anuario de Derecho penal, II, 1986, págs. 511 y 512.

(8) Vid. «Asociación de Señoras para exercitar la caridad con las pobres de la galera, y cárceles de la ciudad de Zaragoza». Zaragoza, 1802; SALILLAS, «La vida penal en España». Madrid, 1888, págs. 269 y sigs.; el mismo. «Evolución penitenciaria en España». I. Madrid, 1919, págs. 174 y sigs.; PÉREZ BALTA-SAR, «Mujeres marginadas. Las casas de recogidas en Madrid», 1984, págs. 29 y sigs.

(9) Vid. GARCÍA VALDÉS, «Teoría de la pena». Madrid, 1985, págs. 97 y 98.

Ya en el siglo xx, las prisiones civiles cubren tres nuevas etapas, aquí no estudiadas, pues a ellas he dedicado una parte de mi obra científica (10), previa adopción de un sistema penitenciario definido, hasta lograr adaptar toda su normativa a las normas internacionales en vigor; las antedichas etapas o períodos se cerrarán con la Ley Orgánica 1/1979, General Penitenciaria, de 26 de septiembre, y el nuevo Reglamento Penitenciario de 1981, modificado por Real Decreto 787/ 1984, de 28 de marzo (11).

En un primer momento, se produce la reunificación normativa y adaptación al sistema progresivo irlandés (1901-1930).

Después tiene lugar la consolidación estructural del sistema progresivo hasta 1968, que bien pudiera dividirse en dos períodos muy definidos:

El correspondiente a la II República Española y el del Nuevo Estado, que comprende:

La legislación de guerra, en la que penitenciarmente hablando, durante los años 1937 a 1939, aparecen dos elementos o factores que juegan un importante papel para resolver los problemas inherentes a la contienda y que son: por un lado, la redención de penas por el trabajo, conexonada con la Libertad Condicional; y por el otro, la creación de las Colonias Penitenciarias Militarizadas, reguladas por Ley de 8 de septiembre de 1939; y

— La legislación de la postguerra y décadas posteriores fuertemente influidas por la misma, con la promulgación del Decreto de 8 de febrero de 1946, aprobatorio del Reglamento del trabajo penitenciario realizado por los internos en los establecimientos penitenciarios y la supresión de las Colonias Penales Militarizadas, por Decreto de 8 de octubre de 1960.

En esta etapa histórica reciente marcan hitos importantes los Reglamentos de los Servicios de Prisiones de 5 de marzo de 1948 y de 2 de febrero de 1956.

Por último, la aproximación a fórmulas internacionales (1968 a 1977), tercer período digno de destacar, donde tienen relevancia las modificaciones introducidas en el Reglamento de 1956 por el Decreto 162/1968, de 25 de enero, consistentes en la flexibilización del sistema progresivo e introducción de un presunto tratamiento científico a cargo de especialistas; y el Real Decreto 2.273/1977, de 29 de julio, que teóricamente trató de instaurar un avanzado estatuto del recluso.

La etapa postrera se inicia con la Ley Orgánica 1/1979, General Penitenciaria, de 26 de septiembre, primera del desarrollo de la Constitución de 1978, y su Reglamento promulgado por Real

(10) Cfr. «Régimen penitenciario de España (Investigación histórica y sistemática)» Madrid, 1975, y «Comentarios a la legislación penitenciaria». 2.ª ed. Madrid, 1982.

(11) Cfr. ZAPATERO SAGRADO, «Las reformas penitenciarias» (inédito). Madrid. s.f. (1979). fol. 1 y BUENO ARUS, «Cien años de legislación penitenciaria (1881-1981)», en «Revista de Estudios Penitenciarios», núms. 232-235, 1981, pág. 67.

Decreto 1.201/1981, de 8 de mayo, con la modificación, antes referida, de 28 de marzo de 1984.

Vistos de forma macroscópica los grandes trazos de la evolución del Derecho penitenciario civil, antes de proceder a contrastarlo con el militar, con la idea de su mejor conocimiento, que pueda servir de revulsivo para una reforma y actualización del vigente Derecho penitenciario castrense, quiero insistir en unas ideas que tengo por premisas previas y estimo, son importantes. Son éstas:

1. No es fácil deslindar los Derechos penitenciarios civil y militar modernos, entendiendo por tales los vigentes durante el siglo XIX a la actualidad.

2. El nacimiento, desarrollo y consolidación del Derecho penitenciario civil ha sido posible gracias a la intervención de ilustres militares, como luego indicaré.

3. La independización de ambos Derechos produjo una clara e inexorable pérdida de iniciativa en el militar, con anquilosamiento de éste.

4. En la medida en que se ha ido fortaleciendo el Derecho penitenciario civil, tanto por la continua adaptación de sus normas a los avances científicos, como por la aparición de una doctrina especializada, se detecta un seguimiento continuo por parte del sector castrense, que se ha ido traduciendo, según el momento histórico, en aproximaciones más o menos distantes, a causa de los frecuentes reveses que la implantación de las nuevas técnicas ha producido en el mundo carcelario, riesgo que la Administración Militar nunca ha asumido; y

5. Pensando ya en nuestras últimas décadas y en el siglo XXI, se hace preciso entroncar ambos Derechos Penitenciarios con la norma Constitucional.

Y es que pienso que con el devenir de la historia, las circunstancias, la penuria del Estado y las necesidades, han condicionado a ambas Administraciones Penitenciarias, hasta tal punto que cuando se produce su separación (1849) no lo es de forma tajante, sino gradual y progresiva, quedando hasta muy recientemente, auténticos e inconcebibles islotes residuales (12).

Conviene, pues, reflexionar sobre el tema de la evolución de ambas ramas jurídicas. Evidentemente, el Derecho penitenciario civil ha tomado la delantera al militar, toda vez que, como apuntaba líneas atrás, ha incorporado las modificaciones precisas, adaptando en todo momento su estructura funcional a las necesidades del momento. Todas cuantas novedades o recomendaciones han surgido tanto por parte de la doctrina científica (Congresos

(12) Por ejemplo, la extinta Comisión Penitenciaria, organismo dependiente del Patronato de Ntra. Sra de la Merced, donde han permanecido como vocales, hasta el último momento, un representante por cada una de las jurisdicciones castrenses; o el de las Comisiones Provinciales de Libertad Condicional donde se disponía, cuando se tratasen expedientes de sentenciados por las jurisdicciones de Ejército, Marina o Aire, la presencia de un vocal Auditor del Cuerpo Jurídico respectivo.

penales, penitenciarios, criminológicos, etc.), cuanto por organismos internacionales (principalmente de la O. N. U., Consejo de Europa, O. I. T., etc.) y de pactos internacionales suscritos por España, han encontrado asiento en sus cuerpos legales, lo cual no impide que se tenga muy en cuenta que los orígenes del mismo se deben, fundamentalmente, a una pléyade de militares ilustres que han llenado páginas de nuestra historia penitenciaria con todo merecimiento (Abadía, Montesinos, Morla, Haro) y ello sigue siendo así cuando se promulga la Ley de Prisiones de 1849, pues las cárceles civiles continúan dirigidas y tuteladas por personal militar, hasta que se crea el Cuerpo Especial de Empleados de Establecimientos Penales, el 23 de junio de 1881.

En otro orden de cosas y en cuanto a los sujetos pasivos del régimen carcelario se refiere, esto es, los presos y penados, el Derecho penitenciario castrense no puede ni debe olvidar unos condicionamientos básicos: el que incide sobre personas que se encuentran a disposición de Tribunales Militares, pero que muchos cumplen condenas en Centros Penitenciarios Civiles, no debiendo existir grandes diferencias regimentales, so pena de incurrir en odiosos agravios comparativos, difícilmente justificables; y que los internos que se encuentran en los establecimientos, penitenciarios militares deben tener un estatuto que, aunque propio, no puede diferir sustancialmente al señalado por las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas y Consejo de Europa, suscritas por nuestra patria e incorporadas, como ya se ha dicho, a la Ley General penitenciaria.

Finalmente, respecto a los establecimientos, también se hace preciso señalar dos tipos de cuestiones previas: la primera, de todos conocida, pero a veces olvidada, de que la estructura arquitectónica de los mismos condiciona de forma absoluta el régimen interior, de tal forma que gran parte de la inobservancia de las normas promulgadas se debe a que el ámbito real donde deben ser cumplidas o no reúne condiciones o no existen las dependencias, servicios o elementos precisos. La otra es bien simple y aún más clara: consiste en indicar que, a nivel doctrinal moderno, está reconocido unánimemente que los centros penitenciarios clásicos no son lugares idóneos para hacer efectiva una labor de reinserción social. La prisión cerrada, como modelo único, no tiene porvenir alguno —pese a ser absolutamente necesaria— si se trata de reinsertar hombres. Los modernos sistemas penitenciarios necesitan de forma imperiosa una red viaria de establecimientos y que éstos obedezcan a criterios científicos dictados por la ciencia penitenciaria, razón por la cual se hace preciso, junto a una filosofía del sistema, otra para la arquitectura. Estas dos consideraciones plantean específicos problemas al penitenciarismo militar.

Siguiendo la metodología propuesta, en los apartados siguientes van a estudiarse la convergencia y divergencia, respectivamente, de

ambos Derechos penitenciarios, significando, como punto de inflexión la Ley de Presiones de 1849, aquí no estudiada, momento histórico culminante en que el ordenamiento civil levanta su vuelo, restando anquilosado el castrense, objeto exclusivo de mi investigación desde este período.

II. LA ETAPA DE CONVERGENCIA DEL DERECHO PENITENCIARIO ESPAÑOL, CIVIL Y MILITAR

En el terreno normativo, se ha de iniciar el estudio de este período histórico con la mención de las disposiciones legales del siglo XIX, que constituyen parte de nuestra mejor historia penitenciaria: La Ordenanza de los Presidios Navales, de 1804; el Reglamento de los Presidios Peninsulares, de 1807; y la Ordenanza General de Presidios del Reino, de 1834 (13).

La Ordenanza de los Presidios Navales de 20 de marzo de 1804 (14)

En mi opinión, el primer texto jurídico penitenciario-militar, de auténtico interés, con el que se debe dar inicio al estudio de esta materia, es la «Real Ordenanza para el gobierno de los Presidios de los arsenales de Marina», promulgada en Aranjuez, por Carlos IV, «a instancias del Generalísimo de Mar y Tierra y Príncipe de la Paz, el General Godoy», reglamentación que deberán observar y hacer guardar «los Consejos y Tribunales, el Generalísimo de mar y tierra, el Director General de mi Armada naval, los oficiales generales y particulares de ella, Ejército, Virreyes, Gobernadores, Intendentes, Justicias y demás personas a quienes tocare o tocar pueda, sin promover réplica ni interpretación alguna, no obstante cualesquiera ley o pragmática en contrario».

La pretensión real, plasmada en el Preámbulo legal, era el establecimiento en los presidios «de mis Reales arsenales (del) siguiente sistema, en que conciliando no dejar impune ningún delito, alejando así la depravación, se saquen ventajas de las faenas a que se empleen los presidiarios, y cumplidas sus condenas,

(13) Los textos legales que se citan, y cuyo estudio efectuó en este apartado II, han sido manejados en TEIJÓN, «Colección legislativa sobre Cárceles, Presidios, arsenales y demás Establecimientos Penitenciarios 1572-1886». Madrid, 1886 —Ordenanzas de 1804 y 1807— y en la «Colección legislativa de Presidios y Casas de Corrección de Mujeres». I. Madrid, 1861 —Ordenanza General de Presidios del Reino de 1834 y sus Reglamentos de 1844— y II. loc. cit. —Ley de Prisiones de 1849— y en «Colección legislativa de Cárceles». Madrid, 1860 —Ley de Prisiones, cit.—.

(14) Vid. SALILLAS, «La vida penal», cit., págs. 238 y sigs.; CIDRÓN, «Un sistema penitenciario español». Madrid, 1923; LASALA, «Condena a obras y presidios arsenales», en Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios, núm. 119, 1955, págs. 21 y sigs.; el mismo, «Galeotes y presidiarios al servicio de la Marina de Guerra en España». Madrid, 1961, págs. 111-114 y 138 y sigs.

resulten más benéficos artesanos, habiendo cambiado la naturaleza de sus costumbres y malas inclinaciones, propendiendo ya a ser útiles ciudadanos; proporción que les facilitará aprender oficio y tener un fondo de caudal suficiente para establecerse».

Como acertadamente recogió Cuello Calón (15), el sistema que alude la Ordenanza y que Salillas intuyó (16) como el primer sistema penitenciario progresivo-correccional, es el precedente más seguro de aquel régimen de raigambre europea, y aún española, lo conociera o no Maconochie, como de inmediato comprobaremos.

A los Presidios o Arsenales eran enviados los penados de mayor condena, por «delitos limpios», jóvenes y «de robustez competente» para aquellos sitios (art. 1, Título I). Quienes no tuvieren estas características iban destinados a otros presidios navales, como el de Cádiz (de tipo industrial), a los de obras públicas de Madrid o Málaga (civil), o se quedaban en otras fortalezas, cárceles o cajas.

El Presidio se consideraba como «un buque armado para todos los consumos, policía, distribución de ración, división de rancho, repartimiento de vestuario ya nuevo o usado, alumbrado y demás cosas que tienen conexión con lo establecido para a bordo» (artículo 1.º, Título III), y como tal buque, todo el personal de mando y población reclusa quedaban a las órdenes del Director General de la Real Armada. Dividido en numerosas dependencias, por lo que hacía al albergue de los presidiarios, quedaban distribuidos en «salones» o «baterías», y éstos, a su vez, en «cuadras». Cada cuadra contenía una «cuadrilla y su cabo» (de veinte a treinta individuos, procurándose que fuesen de la misma clase, oficio y, a ser posible, de similar condena), y en las entradas de las mismas estaban colgadas las listas con los nombres de los condenados.

«A la cabeza de cada salón, y en alto, habrá dos pedreros», con sus correspondientes troneras, «para usarlos con oportunidad en caso de gran desorden»; la entrada para estas baterías se efectuaba por los tránsitos, con escalera de mano, donde estaban depositadas las municiones, aunque no la cartuchería (art. 5, Título III).

Los demás salones eran: la lavandería, con pilas de agua dulce y andariveles a la puerta para poder secar la ropa; la cantina, concedida en arrendamiento y venta controlada por arancel; los calabozos, para aumento de mortificación, de más seguridad o para privar de comunicación; la ropería, con estantes de ropa, nueva y usada y petates; el baño, cerrado de enverjado en el que se renovaba el agua conforme el ciclo de las mareas; y los tránsitos o corredores.

(15) Cfr. CUELLO CALÓN, «Penología». Madrid, 1920, pág. 142, y el mismo, «La moderna penología», cit., pág. 366.

(16) Cfr. SALILLAS, «Prioridad de España en las determinantes del sistema penitenciario progresivo y penetración de las ideas correccionales en nuestro país a fines del siglo XVIII y comienzos del XIX». Madrid, 1913 y «Evolución penitenciaria en España». II. Madrid, 1919, espec. págs. 225 y sigs.

Dentro de cada cuadra se disponía de un tablado, bastante elevado del suelo, para que durmiera cada cuadrilla, así como una percha con el competente número de clavijas para colgar las maletas individuales.

Los presidiarios estaban divididos en tres clases: de peonaje, la primera y segunda, y de marinería y operarios la tercera. Por la primera pasaban todos hasta cumplir el primer tercio de su condena. A la segunda pasaban los aprendices de talleres y obradores y a la tercera, los que llegaban al conocimiento de un oficio. Era norma de general aplicación el procurar el ascenso a los oficios como carpinteros, calafates o marineros, enseñándoles a estos últimos el manejo de técnicas como el almacén de recorrida, obrador de velas, aparejar, desaparejar, etc. (arts. 5 y 15, Título IV).

Dentro de la tercer clase había dos categorías: la, por así denominarla, «normal» (de uno, uno y medio y dos reales de gratificación) y la «superior» (de dos a tres reales) (art. 18, Título IV).

Según las categorías, así eran las medidas de aseguramiento: los de la primera clase estaban amarrados con cadenas, apareados; los de la segunda, en ramal; los de la tercera, grillete grueso y los de gratificación superior, grillete delgado (art. 7, Título IV).

El sistema de avance y retroceso de categoría estaba previsto tanto por razón de «aprendizaje», como por otras varias, como pudiera ser la «flojedad», la «comisión de delito» o la «corrección temporal» (art. 16, Título IV).

El mero trato regimental, consistía, primero, en unas medidas de higiene (a su ingreso eran pelados y cortadas las patillas, metidos en pila y lavados con esponja hasta quedar limpios); en un reconocimiento del médico y cirujano, donde se decía si iban a la cuadra correspondiente o se les enviaba al hospital, y en unas charlas sobre instrucción religiosa (art. 1. Título IV).

Los declarados aptos para el trabajo, durante los primeros veinte días no podían salir a trabajos en el exterior. Las primeras actividades consistían en formar parte de las cuadrillas internas, donde por turno, de mañana y tarde, se empleaban en las limpiezas de tránsito, patios y oficinas generales. Después pasaban a trabajos en el arsenal y durante su permanencia en la primera y segunda clases, sus faenas eran las de conducir efectos, remolcar, amarrar y desamarrar buques, meterlos y sacarlos de los diques, lastrarlos, desartillarlos, manejar anclas y demás obras de peonaje en la que no era necesaria la inteligencia sino la fuerza; también se les asignaba puesto en las embarcaciones menores, que se empleaban para el tráfico del penal. Los que tenían oficio marinerio iban a las cuadrillas de estas actividades «a fin de que trabajen con conocimiento, y al mismo tiempo vayan manifestando su idoneidad para la gratificación a que sean acreedores, cuando cumplan la primera parte de la condena y entren en la tercera clase» (arts. 8, 11 y 14, Título IV).

El horario de trabajo era indeterminado, no teniendo más lími-

te que «el arreglo a las fuerzas del hombre», lo que unido a las condiciones de los reclusos hemos de suponer que era de sol a sol. Los días de «gran intemperie» o temporal, se les aplicaba a hacer estopa u otro trabajo de interior (art. 21, Título IV). También se dispuso que cuando faltase trabajo para todos, los sobrantes se empleasen en hacer «terraplenes, plantíos de árboles y de otras faenas de policía, de suerte que jamás se verifique que en las horas de trabajo quede alguno ocioso; debiéndose advertirse que en tales destinos los de tercera clase no ganan gratificación».

Como no podían disponer de dinero, las gratificaciones devenidas pasaban a su «libreta» (de ahorro), que estaba encabezada con el extracto de su condena, cumplimiento de la condena, tiempo de permanencia en el presidio, día que cumplía la tercera parte, la de «alteración de las prisiones» (suponemos que por tal debe entenderse el pase a segunda y tercera clase) y el de despido (licenciamiento). Allí se anotaban sus haberes y a fin de cada mes se «tiraba el balance». Al año siguiente, se le daba otra nueva libreta «poniendo por primera partida el resultado de dicho último balance general». Los de tercera clase podían disponer de una cuarta parte de sus gratificaciones para «ropa interior» y para poner algunos días «en el caldero carne o berzas», lo que no se permitía a los de las otras clases, «aún cuando tuvieran para ello» (arts. 4 y 19, Título IV).

La instrucción religiosa reglamentada tenía su plasmación en la oración de la mañana «en alabanza del Creador, persignándose y diciendo el Bendito por repetición del cabo», la misa diaria por el capellán, con plática (en la que no me parece fuera obligatoria su asistencia) y por las noches, el rezo del rosario en los salones, guiado también por el cabo (art. 23, Título IV).

Lo que pudiéramos denominar «programa de tratamiento», tenía un fin lógico y coherente: los licenciados del presidio de tercera clase, que hubieran ganado gratificación de dos reales arriba y sin mala nota en su hoja, tenían opción a ocupar plaza en el arsenal «con el goce asignado a los de igual habilidad» (art. 20, Título IV).

La comida consistía en dos almuerzos calientes al día, «que serán de menestras alternando el arroz, garbanzos y habas, para lo que se dará el correspondiente condimento de aceite, sal y pimienta molido, a más de libra y media de pan al día, igual al que se suministra a la tropa, o bien el equivalente en galleta». Los días de Navidad, Corpus, Natividad de la Virgen, nombres de los Reyes y Príncipes de Asturias, se mejoraba la primera comida con carne y medio cuartillo de vino. Los de la tercera categoría, con gratificación de dos reales para arriba, también podían tomar todos los días laborables el medio cuartillo de vino (arts. 3 y 4, Título V).

El vestuario de los rematados era: Capote con capucha y man-

gas, chaqueta con mangas, pantalón y gorro, de paño rojo. Tres camisas de lienzo listadas en encarnado, dos pares de zapatos abotinados, maleta con barra y candado y manta. Su duración: tres años, a renovar el 1.º de enero.

El equipo llamado de «medio vestuario» (que deduzco era para los condenados de corta pena) consistía en camisa, dos pares de zapatos, chaqueta, pantalón y gorro. Duración: año y medio, a renovar el 1.º de julio (art. 16, Título VI).

Las prendas de vestuario, de talla única, sin diferencias, deberían ser «grandes y cómodas» (art. 12, Título VI), fabricadas por los penados que supieran coser, durante sus horas libres, para no perjudicar el principal objeto del Arsenal. Por su confección se les abonaba el estipendio acordado (art. 9, Título VI). Curiosamente, la ordenanza prohibía la adquisición de equipo y vestuario por contrata, haciendo especial hincapié en que los géneros de vestuario deberían estar fabricados en España, pudiéndose adquirir en cualquier localidad de la nación (arts. 1 y 5, Título VI).

De auténtico avance penal y penitenciario podemos calificar, dentro del régimen disciplinario del Presidio, la prohibición del tormento. Expresamente estaba prohibido, en disposición de evidente modernidad, «que para cualquier averiguación o cualquier motivo se use de tormentos, sea bajo este nombre u otro, como apremios, etc., cuyo inhumano y durísimo recurso es sólo inventado para omitir el trabajo de prudentes diligencias, a pesar del conocimiento de que con aquellos estímulos nunca puede deducirse la verdad» (art. 3, Título VII).

Los castigos corporales, en cambio, existían. A los fuguistas se les castigaba con cincuenta azotes y un recargo de la tercera parte de la condena. En caso de «alboroto», «insubordinación» u «otro defecto», a los de primera y segunda clase se les castigaba con el número de azotes o palos que merecieran con arreglo a la entidad del caso; si fueren de tercera, con días de peonaje, poniéndoles las prisiones correspondientes a los de esta clase (arts. 5 y 8, Título VII).

Auténticamente bárbaro, y tal vez me quedo corto con este calificativo, era el castigo a imponer a los que cometieren «atentados contra la Divinidad de la sagrada Hostia»: sin ninguna demora se conducía al criminal al cañón de corrección, previo aviso a la tropa y capellán, «por si quisiere confesarse para el caso de que expire», y se le aplicaban doscientos azotes. Si sobrevivía, se le entregaba al Tribunal de la Inquisición para juzgarlo, debiendo destinarlo a su reingreso a la primera clase, debiendo cumplir «de nuevo el tiempo de su condena» (art. 4, Título VII).

En cuanto al gobierno y vigilancia de estos establecimientos, la Real Ordenanza dispuso, en sus Títulos I y II, que el personal de mando fuera nombrado de la Armada y el de vigilancia designado entre marineros. A los primeros pertenecían: el jefe del Presidio, que era el subcomandante del Arsenal; el ayudante del

subcomandante, que era el oficial de detall y un contador. A los segundos, el corrector, los dos subcorrectores y los cabos.

Las plazas de Corrector, Subcorrectores y Cabos eran de designación del Comandante General de la Armada, que escogía de los propuestos por el Jefe del Presidio entre los individuos que, sin mala nota, hubiesen servido por lo menos quince años en la tropa de marinería, tuvieran acreditado su valor, fueran ágiles y robustos y supieran leer y escribir. En la medida que disminuía la población reclusa, se iban despidiendo los cabos más modernos, que quedaban en expectativa de plaza.

Los sueldos del corrector, subcorrectores y cabos eran de 14, 10 y 8 reales de vellón. También estaba previsto una especie de seguro de invalidez («goce de invalidez»), para quienes en el desempeño de sus funciones quedaran inútiles, siendo obligatorio para su percepción el tener acreditados veinticinco, veinte y dieciséis años de servicios mínimos (arts. 11 y 12, Título VII).

Además de estas remuneraciones fijas había otras, como el porcentaje del 1 por 100 de la ropería, por sobrantes de masita en la confección de uniformes; la comisión de la barbería, que el Corrector venía obligado a repartir en una cuarta parte entre los Subcorrectores y los de la cantina.

Por último, ha de anotarse la excelente normativa de que los presidiarios no podían emplearse como criados de los mandos (art. 21, Título I).

Resumiendo: como muy bien dijo el gran Salillas (17), la Real Ordenanza para el gobierno de los Presidios de los arsenales de Marina, de 1804, implantó un claro atisbo de sistema progresivo, cimentado en los siguientes principios: división del tiempo de la pena en períodos; valoración de la conducta del penado para su avance o retroceso e incorporación social del penado.

Antes de pasar al estudio del segundo texto jurídico que tengo por fundamental para el conocimiento de los orígenes del Derecho penitenciario militar —el Reglamento General de los Presidios Peninsulares de 1807—, surgido por una serie de circunstancias que luego explicitaré con mayor detalle, creo de interés hacer una breve reflexión sobre los Presidios de los Arsenales de Marina.

Ciertamente, pienso que ha quedado claro que el Derecho penitenciario militar es el único existente en el tránsito del antiguo régimen al nuevo. La gobernación de todos los presidios desde el Ministerio de la Guerra es plena, tanto en el reinado de Carlos IV y en la Guerra de la Independencia, como en el de Fernando VII. Por otra parte, el cuidado de estos establecimientos por militares deviene de múltiples factores y circunstancias, perfectamente constatables.

Simplificando tal vez en exceso, hay que decir que en todo este proceso la actuación del almirante general Godoy es definitiva, pues no en balde es la figura clave de nuestra política interior y

(17) Vid. SALILLAS, «Evolución penitenciaria». II, cit., pág. 220.

exterior y a ella hay que remitirse para interpretar los acontecimientos que se producen en la España de finales del siglo XVIII y principios del XIX. Desde luego, tanto en la creación de los presidios-arsenales, como en la de los presidios-peninsulares, su intervención fue destacada y así lo evidencian los memoriales elevados a Carlos IV, en este sentido.

La penetración de las ideas de la Ilustración, la traducción de la obra de Beccaria, en 1774, la publicación de la de Lardizabal, el año 1782, el viaje de Howard por España, en 1783, el conocimiento de la reforma de las cárceles americanas a través de la obra de La Rochefoucauld-Liancourt, las informaciones sobre las experiencias en las prisiones de Lieja, Amsterdam, Munich, etc., así como las presiones ejercidas por las Asociaciones de Caridad, integradas por un sector muy significativo de la nobleza, fueron conocidas por el citado gobernante, quien viendo en el binomio correccionalismo-utilitarismo aplicaciones aprovechables para la nación, canalizó cuantas inquietudes en torno a la reforma de los presidios y establecimientos penales se le presentaron (18).

Tampoco conviene olvidar otros factores muy distintos, cuales los dimanantes de una política exterior española verdaderamente insatisfactoria. Téngase en cuenta que en las posesiones americanas se cernía todo un movimiento independentista, con previsibles campañas, que hacían preciso movimientos de grandes contingentes de tropas en navíos de guerra. Y en la propia Europa, e incluso en nuestro país, el horizonte no podía ser más desalentador. La España monárquica enfrentada con la Francia republicana, una contienda perdida con los franceses (1793-1795) y finiquitada con una paz gravosa, que entre sus muchas funestas consecuencias hubo de suponer la pérdida de Menorca; la siguiente guerra con Portugal, que si bien nos lanzó a un «entente» con los franceses, nos impulsó a un enfrentamiento abierto con los ingleses, aunque recuperásemos la citada isla balear.

Posteriormente, las presiones de Napoleón sobre el rey español, la guerra franco-inglesa iniciada en 1803, los desafortunados proyectos y tentativas para acabar con el poderío inglés, así como los reiterados ataques a nuestros barcos mercantes y el apresamiento de tres fragatas, fueron determinantes para que nos aventurásemos en otra guerra de imprevisibles consecuencias, en la que el almirante Godoy, conecedor del crítico estado del Tesoro Público y del colapso de los envíos desde nuestras colonias americanas, quiso aprovechar, como un factor más de cooperación financiera, la mano de obra gratuita de nuestros penados para acometer las reparaciones de nuestros numerosos y anticuados navíos.

La derrota franco-española en Trafalgar, el 25 de octubre de 1805 —que supuso el fin de España como potencia marítima—,

(18) Para este contexto, vid. SALILLAS, «Evolución penitenciaria». II, cit., páginas 224 y 225; PIKE, ob. cit., págs. 63 y sigs.; GONZÁLEZ GUITIÁN, «Ramón de la Sagra: Utopía y reforma penitenciaria». Coruña, 1985, págs. 11 y sigs.

fue una triste y amarga lección, que, en el tema que nos ocupa, tuvo su indudable repercusión, pues a partir de entonces se inicia el declive de los Presidios Arsenales de la Marina, dando paso a otros, también de estructura y mando militar, que darían origen a los Presidios Correccionales (19).

La disminución de los penados por «condenas limpias», la problemática rentabilidad de la mano de obra reclusa, el avance de los movimientos humanitarios y, desde luego, el desplazamiento de la pena de presidio hacia la de destierro, fueron determinantes para la práctica extinción de los Presidios de los Arsenales de la Marina. Así, la R. O. de 29 de agosto de 1818 a los Secretarios de despacho de Guerra y Hacienda y a los Capitanes Generales de los Departamentos de Cartagena y Ferrol, disponiendo que «habiendo quedado reducido el presidio del arsenal del Ferrol a sólo siete hombres», S. M. ha resuelto que... éstos pasen «al correccional de La Coruña, por cuyo medio se ahorrará un gasto en la Marina, no necesario para tan corto número de gente, atendiendo a que también *está acordado* (el subrayado es mío) no se admitan en los reales arsenales más rematados. Que en el mismo caso se está respecto a sólo diez presidiarios que componen el arsenal de Cartagena, que también es voluntad de S. M. que se trasladen a el presidio de aquella plaza». La anterior remisión legal, entiendo que se refiere a la R. O. de 26 de abril de 1816, que ordenaba a dichas autoridades que «en lo sucesivo no se destinen ni reciban en los arsenales nuevos presidiarios, por el atraso que sufre la marina en el percibo de sus sueldos».

Las causas reseñadas fueron determinantes para que, como dijo Castejón (20), a partir de entonces se inicie la evolución del presidio de marina al presidio de organización militar, que ha subsistido hasta 1903.

La reglamentación efectuada por la Real Ordenanza para el gobierno de los Presidios de los Arsenales de la Marina, de 20 de marzo de 1804, tuvo su oportuno retoque en 1845, subsistiendo hasta nuestros días el de La Carraca o Cuatro Torres, en San Fernando (Cádiz), si bien con el carácter de Penitenciaría Naval Militar (21).

El Regimiento General de los Presidios Peninsulares de 12 de septiembre de 1807

Los establecimientos penales existentes a principios del siglo XIX, dependientes del Ministerio de la Guerra y bajo la autoridad de jefes del Ejército de Tierra, fueron los presidios pena-

(19) Cfr. PIKE, ob. cit., págs. 85-87.

(20) CASTEJÓN, «La Legislación Penitenciaria española», cit., pág. 5.

(21) Vid. Reglamento de 22 de septiembre de 1902.

les, una de cuyas variantes fueron los presidios de los arsenales de Marina, dirigidos y gobernados por autoridades de la Armada.

La estructura de los presidios militares fue la de los depósitos de rematados y su puesta en servicio se debió a la aplicación de la pena a trabajos públicos.

La que pudiéramos denominar «red penitenciaria nacional», era la siguiente: por un lado, los establecimientos militares, presidios africanos (Ceuta, Orán, Melilla, Alhucemas y Peñón de Gomera), los presidios peninsulares (Málaga, Barcelona, Valencia, Sevilla, Madrid, Cádiz, etc.) y los presidios arsenales (El Ferrol, Cartagena y La Carraca); y por el otro, las cárceles civiles.

Dentro de los presidios peninsulares (22) y según el tipo de trabajos a que se dedicaron sus ocupantes, la doctrina científica ha venido distinguiéndolos en dos tipos: los de Obras Públicas y los Industriales (23).

En los primeros, los penados se dedicaban a trabajos de carreteras, caminos, canales, obras del puerto o limpieza de calles, así como los de fortificación y defensa, sobre todo en las plazas limítrofes con las fronteras o próximas al mar. En los segundos, una vez persuadidos de que el trabajo no traía malas consecuencias para la seguridad de las cárceles y presos, principalmente labores de vestuario, trabajos de carpintería, herrería, etc. Entrado el segundo tercio de siglo, este contingente humano es empleado más racionalmente e, incluso, cedido a empresas particulares mediante fórmulas diversas (contratas, concesiones, etc.).

Históricamente, conviene tener en cuenta, para una mejor visión de los presidios instalados en la metrópoli, que empezaron a crearse a principios de siglo, siendo el primero el de Cádiz, seguido de otros como el del Grao de Valencia en 1804, pero que hasta finalizada la Guerra de la Independencia no entró en vigor su reglamento general, en 1.º de mayo de 1807.

Por cuanto se refiere al importante presidio real de Cádiz, tengo por conveniente hacer unas cuantas puntualizaciones: a) Que la iniciativa de su creación, enmarcada en un plan general para la implantación de «casas de corrección de costumbres», es debida a don Juan María Flemig, el 31 de marzo de 1800. b) Que la producción manufacturada se inicia durante el mandato de don Joaquín Fondevicla y merced al patrocinio de don Jerónimo Martínez García «que aportó grandes cantidades de dinero sin interés». c) Que el presidio se crea por R. O. de 23 de julio de 1802, «con el fin de destinar a él por semanas, meses o años, según el delito y circunstancias, a todos aquellos vagos y delincuentes que de continuo llegan (a Cádiz) y perturban la tranquilidad pública».

(22) Los presidios peninsulares se denominaron después «establecimientos penales», antecedentes de las Prisiones Centrales, conocidas vulgarmente como «penal o penales».

(23) Por todos, vid. CUELLO, «La moderna penología», cit., p. 367 y 368 y BUENO ARÚS, «Historia del Derecho penitenciario español», en vol. col. «Leciones de Derecho Penitenciario». Alcalá de Henares, 1985, pág. 18.

Se aprueba su primer reglamento el 28 de agosto de 1802; llegaron sus primeros presidiarios el 22 de octubre de dicho año; y en él alcanzaría sus mejores éxitos don Francisco Javier Abadía, en su época de teniente coronel, siendo sargento mayor de dicha plaza y comandante del presidio. d) Que desde su creación hasta la entrada en vigor del Reglamento General, dos reglamentos particulares se aplicaron para su mejor gobierno: el de 4 de agosto de 1802, debido a don Tomás Morla, dividido en cuatro capítulos, de estructura elemental y sin ningún precepto orgánico digno de ser destacado, a mi juicio; y el del 26 de marzo de 1805, dotado de «un sistema fijo e invariable», dividido en cinco capítulos, con características propias y una normativa clara e interesante. Y d) que como avances a tener en cuenta, provenientes del Reglamento del Presidio de Cádiz de 1805, pueden considerarse: la atención primaria a la clasificación de los internos «que se encadenen (mancuernen) juntos los presidiarios que tengan más semejanzas en los delitos», complementándose ello «en la formación de las brigadas y colocación de alojamientos...» porque así «se tocarán grandes ventajas, tanto por lo que respecta a lo general de las costumbres, como al orden y la disciplina»; la regulación de los procedimientos de elección de los cabos de vara y cuarteros y condiciones que habían de reunir (de buena conducta, que no sean de condenas sucias y condenados a menos de seis años de confinación); la distinción de corregibles e incorregibles, preconizando la muerte civil de estos últimos y la aplicación del destino a los presidios africanos como «recargo» penitenciario; la atención preferente a los menores (refiriéndose a los comprendidos entre los ocho a doce años), en el sentido de que, cuando no haya posibilidad de lograr su educación, se apliquen al «ejercicio de las artes mecánicas que sabían o al aprendizaje de las que prefieran entre las más comunes, como la cantería, zapatería, cordelería, etc., oficios fáciles y que se ejercitan en las últimas aldeas»; y la regulación de un primer sistema de «rebajas por buena conducta» que permitía la abreviación de cuatro meses y dos meses (un tercio y un sexto de la condena) a los cabos y cuarteros. También regulaba la suplencia temporal de los capataces militares por los cabos de vara (24).

Después de este estudio contextual y entrando ya a considerar brevemente el Reglamento General de los Presidios Peninsulares, de 12 de septiembre de 1807, ha de mencionarse que en su redacción participaron Morla, capitán general de Andalucía, Haro, capitán de Infantería, y Abadía, comandante del presidio de Cádiz, y que consta de veintidós títulos, quedando todos los presidios sometidos a la dependencia del Ministerio de la Guerra, siendo oficiales del mismo sus mandos, y estableciéndose uno en cada capital de provincia y en ciudades populosas «donde los confinados puedan

(24) Para la exposición del presidio industrial de Cádiz, vid. SALILLAS, «Evolución penitenciaria». II. cit., págs. 169 y sigs.

tener ocupación útil» y para que «los establecimientos sirvan de ejemplaridad para contener los crímenes», como nos recuerda Garrido Guzmán (25), finalidad utilitaria y de prevención general, acordes con la época.

En materia de clasificación, se separan los penados por razón de su edad y condiciones personales, existiendo en cada presidio un departamento para jóvenes, denominados «corrigendos», en régimen de sentencia indeterminada.

Por lo que se refiere a la asistencia de los penados, se regula la religiosa y moral, así como la médica, creándose hospitales en los presidios para «la mejor asistencia y seguridad de los presidiarios».

En cuanto a disciplina, era severa e inexorable, con castigos corporales, ejecutados por presidiarios, llamados «prebostes», que cobraban dinero por tal cometido. Las faltas muy graves daban origen a Consejo de Guerra sumario y podían desembocar en pena de muerte. Asimismo, se reglamentaban los hierros que tenían que llevar los penados: «collera», «ramal» y «grillete».

Por último, se prohibía el empleo de presidiarios en servicios de particulares y los trabajos podían hacerse por contrata y por cuenta de la Hacienda.

Es claro que la Ordenanza General de los Presidios Peninsulares de 1807 no fue un texto liviano, tenía impronta y el recio vigor de sus autores, pero no debe olvidarse que bajo su vigencia las evasiones de presidiarios y su desertión al moro disminuyó notablemente. Abrió —tímidamente— la puerta del correccionismo penitenciario, aunque sólo fuera en el sector juvenil, un sector que hoy día estaría fuera de la órbita de la justicia ordinaria por tratarse de delincuentes menores de edad penal. No obstante, limitó la jornada de trabajo de los condenados, fijando descansos durante la jornada en los cuarteles y tajos, y si bien es cierto que no acabó definitivamente con la indeterminación de las penas, pues a principios del XIX aún se aplicaba la «cláusula de retención», también lo es que por vez primera en España se ensavó un mecanismo de acortamiento de condenas en proporción razonable.

La Ordenanza de 1807 no fue un texto modélico, pero sí operativo y de aplicación en todo el territorio nacional, lo que es importante señalar y con la experiencia del Reglamento particular del presidio de Cádiz (1805), del que fue una ampliación (26).

(25) GARRIDO GUZMÁN, «Manual de Ciencia Penitenciaria», Madrid, 1983, página 164.

(26) Cfr. HERRERO, «España penal y penitenciaria (Historia y actualidad)». Madrid, 1986, págs. 192 y 193.

*La Ordenanza General de los Presidios del Reino,
de 14 de abril de 1834 (27)*

Con antecedentes en los trabajos de una primera Comisión designada al efecto para el estudio de la situación de las cárceles y presidios, constituida el 11 de diciembre de 1822, la Comisión de 30 de septiembre de 1831, nombrada por Fernando VII, formada por ilustres civiles y militares (28), concluye sus trabajos el 14 de abril de 1834, siendo sancionado el texto legal por la Reina Gobernadora.

Según Garrido Guzmán (29), la necesidad de tal Ordenanza era evidente, al tiempo que el Gobierno deseaba transformar los presidios militares en civiles.

De 371 artículos, la primera parte, de sus cuatro, está dedicada al «arreglo y gobierno superior de los presidios» y los clasificó en tres clases, según el tiempo de condena impuesta a los confinados: para los condenados a dos años, por vía de corrección, creó los presidios de primera clase, denominados Depósitos Correccionales. Para los penados de dos a ocho años, los de segunda, llamados Presidios Peninsulares, y para los castigados a más de ocho años, con cláusula de retención o sin ella, los de tercera, denominados Presidios de Africa (arts. 1 y 2).

Los artículos 4 a 10 ordenaban que los depósitos correccionales se establecieran en las capitales de provincia; que los presidios peninsulares se ubicaran en Barcelona, Valencia, Granada, Sevilla, Valladolid, La Coruña y Zaragoza (con tratamiento especial para los reclusos de Baleares que cumplirían en sus islas, salvo que fuesen destinados a presidios peninsulares o africanos; en el primer caso, se les destinaría a Barcelona) y, por último, que los presidios de Africa estuvieran en Ceuta, Melilla, Alhucemas y Peñón de Vélez de Gomera.

El trabajo, siempre obligatorio de los confinados en depósitos correccionales, fue en ocupaciones «dentro de los cuarteles», ya en objetos de policía urbana, ya en otros equivalentes, pero siempre dentro de la ciudad o término. Los destinados a presidios peninsulares trabajarían en caminos, canales, arsenales y empre-

(27) Cfr. GARCÍA VALDÉS, «Régimen penitenciario de España», cit., páginas 29 y 30, y, muy recientemente, ZAPATERO SAGRADO, «Los presidios», cit. páginas 512 y sigs.

(28) Como Francisco Javier de Burgos y el Teniente General Abadía; sobre la influencia de D. Francisco Javier de Burgos y Olmo véase el interesante trabajo, del mismo título, en el extinto Boletín de Información núm. 7, del Organismo Autónomo Trabajos Penitenciarios, «Actividad Laboral Penitenciaria», sobre unos apuntes de Zapatero Sagrado, págs. 23 y sigs.; con anterioridad, MESA SÉGURA, «Labor administrativa de Javier de Burgos». Madrid, 1946. Sobre Abadía, vid. LASALA, «El Teniente General D. Francisco Javier Abadía», en «Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios», núms. 32 y 33, 1947. págs. 83 y sigs. y 93 y sigs., respectivamente.

(29) GARRIDO GUZMÁN, «Manual», cit., pág. 165.

sas que la propia Reina tuviera a bien destinarlos, «oído el dictamen del Director General», y, a falta de trabajo, serían empleados en los obradores de los mismos establecimientos. Los destinados a presidios africanos lo serían en trabajos de fortificación y ocupaciones en otros trabajos militares (arts. 11-17).

De conformidad con el R. D. de 9 de noviembre de 1832, todos los presidios están bajo la dependencia del Ministerio de Fomento (hoy Obras Públicas), pero su régimen interior queda sujeto a la disciplina militar, sin que por ello perdieran su condición de civiles (arts. 18 y 19); su gobierno superior queda a cargo de un Director General, dependiente del mencionado Ministerio (art. 22) (30).

Esta primera parte de la Ordenanza finaliza ocupándose de las conducciones y «cuerdas» de presos, con mando y escolta militar siempre (arts. 59 y 60).

La parte segunda trata del régimen interno de los presidios, estableciendo, entre otras cosas, su mando militar, las obligaciones y deberes de empleados y reclusos, la distribución de aquéllos, los edificios y la asistencia médica y religiosa.

Y así, el artículo 77 dispone que habrá en cada establecimiento un comandante de entre los jefes del ejército o la armada, un Mayor (excepto en Africa) de la clase de los capitanes y un ayudante, subalterno; así como un furriel, sargento primero retirado de dichas armas (art. 79).

Los penados se dividían en brigadas de cien hombres, mandada por un capataz y éstas en escuadras, de veinticinco cada una, dirigidas por cabos de vara, elegidos por los comandantes de entre los penados de mejor disposición y conducta (arts. 80 y 81).

El tercer apartado de la Ordenanza regula el sistema económico y administrativo de los presidios, es decir, lo relativo a sueldos, gratificaciones, socorros, subsistencias, vestuario, hospitalidad, utensilio, conducciones, hierros, edificios, gastos de escritorio y los gastos extraordinarios y eventuales que pudieran ocurrir (artículo 175), y ello en diez capítulos presupuestarios y según el artículo 177:

«El primer capítulo se titulará Dirección General, y comprenderá los sueldos del Director general y su Secretaría y los del Contador y Empleados en la Contaduría.

El capítulo II las gratificaciones, sueldos y socorros, a saber:

(30) Lo que se reitera por R. O. de 24 de septiembre de 1834, en relación a los confinados, en este caso, en el canal de Castilla. Con anterioridad a la Ordenanza, los presidios militares acogían a los penados a cárcel cerrada, a obras y al servicio de armas, como desterrados y fueron regulados tales establecimientos por Reglamentos de los años 1716, 1743, 1746 y 1791. Cfr. LASALA, «Condena a presidios militares», en «Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios», núm. 91, 1952, págs. 42 y sigs.

1.º Gratificaciones de los Comandantes, Mayores, Ayudantes, Capellanes y Cirujanos de los depósitos y presidios.

2.º Idem de los furrieles, capataces y cabos primeros.

3.º Socorro de los cabos segundos, corrigendos y presidiarios, incluso los que se faciliten á los cumplidos por razón de marchas.

El capítulo III intitulado Provisiones de pan y utensilios, comprenderá:

1.º Personal de provisiones.

2.º Suministro del pan á los sentenciados.

33.º Combustibles, alumbrado, camas, mantas, mesas y bancos.

El capítulo IV, con el epígrafe de Hospitales, comprenderá:

1.º Gastos de hospitalidad provisional en los establecimientos correccionales y presidios.

2.º Idem de las estancias que devenguen en los hospitales á que sean conducidos los enfermos.

El capítulo V, Vestuario para capataces, cabos, corrigendos y presidiarios.

El capítulo VI, Conducciones y transportes, comprenderá:

1.º Las gratificaciones de los Comandantes de las cuerdas; pluses de la tropa; socorros á los sentenciados; utensilios pagados á las Justicias; bagajes y demás que ocurran durante el viaje por tierra

2.º Fletes y víveres, gratificaciones y otros que se originen en los transportes por mar.

El capítulo VII, Hierros, comprenderá:

1.º Compra de cadenas, grillos y demás necesario á la seguridad de los sentenciados.

2.º Reparación de los mismos.

El capítulo VIII, Edificios, comprenderá:

1.º Compra de los mismos.

2.º Alquileres.

3.º Obras y reparos.

El capítulo IX, Gastos ordinarios y extraordinarios, comprenderá:

1.º Las asignaciones fijas para gastos ordinarios de las oficinas generales, depósitos y presidios.

2.º Los extraordinarios de correo, impresiones y demás para las mismas.

Y finalmente, el capítulo X comprenderá los Gastos eventuales ó que no tengan aplicación á ninguno de los diez capítulos designados.»

Por último, la cuarta parte, se dedica a «Materias de justicia relativas a los presidios», y se divide en dos títulos, claramente diferenciados: el relativo a las normas de cumplimiento de las penas «y satisfacción a la vindicta pública»: ingresos, cumplimien-

to de las condenas, premios y rebajas, licenciamiento y alzamiento de retenciones; y el segundo, a la materia disciplinaria, cuestiones de competencia e indultos. Es, pues, en este apartado final donde se recoge el derecho disciplinario de régimen interno —muy duro, de tipo militar—, atendiendo a la ejecución penal; castigos, como el recargo en la condena, y fuertes correcciones (palos, argolla y mordaza) de faltas y sanciones por diserción (arts. 326 y sigs. y 337), así como lo referente a los procedimientos de indulto.

Como regulación normativa a destacar en la lectura de la Ordenanza, han de mencionarse las reglas que se ocupan, e imponen, de la absoluta separación en los establecimientos de los sentenciados menores de dieciocho años (arts. 123 y sigs.) y los reos de penas infamantes; las que instauran el régimen de comunidad o aglomeración diurno y nocturno, o las que señalan obligación de trabajar; mereciendo cita especial, como realiza Antón Oneca (31), los artículos 303 y sigs., que concedían en casos de labores extraordinarias o notorio arrepentimiento del condenado, rebajas sustanciosas en las sanciones prisionales impuestas y por descontar, antecedente de la redención de penas por el trabajo (32).

Como bien resume Garrido Guzmán (33), la Ordenanza es un documento excepcional de nuestra historia penitenciaria que tuvo, y pienso que tal vez precisamente por ello, un largo período de vigencia, pues rigió de 1834 hasta 1901.

III. LA BIFURCACION DE LOS DOS DERECHOS: HISTORIA DE UNA DIVERGENCIA

I

Con la promulgación de la Ley de Prisiones, de 1849, la divergencia de los Derechos penitenciarios, civil y militar, empieza a consumarse (34).

(31) Cfr. ANTÓN ONECA, «Derecho penal. Parte general». Madrid, 1949, página 517.

(32) Complementan y desarrollan la Ordenanza, la disposición de 2 de marzo de 1843, parte adicional de la misma, sobre trabajo en otras públicas, y el Reglamento de 3 de septiembre de 1844, que se ocupa de lo referente «al orden y mecanismo interior de los presidios, al suministro de ranchos y utensilios, al régimen de escuelas y enfermerías, al abono de pluses a los confinados y al sistema de contabilidad que ha de seguirse».

(33) GARRIDO GUZMÁN, «Manual», cit., pág. 167.

(34) La Ley de Prisiones, de 26 de julio de 1849, supuso la consecuencia trascendental de la separación de los establecimientos penales en dos áreas: la de las prisiones civiles y la de las militares, aquéllas dependientes del Ministerio de la Gobernación y éstas del de la Guerra.

Constaba de 36 artículos, divididos en siete capítulos: Del Régimen general de las prisiones (I); De los Depósitos Municipales (II); De las cárceles (III); De los Alcaldes de prisiones (IV); De los Establecimientos Penales (V); De los

A partir de entonces, el Ministerio de la Guerra se desliga de la responsabilidad de los establecimientos penales, quedándose tan sólo con la gestión de los presidios de los Arsenales (que ya le estaban afectados por R. O. de 13 de marzo de 1830) y los presidios menores de África, esto es, los de Alhucemas, Chafarinas, Melilla y Peñón de la Gomera (que también lo estaban por RR. OO. de 21 de octubre y 9 de noviembre de 1847). Todos éstos pasaron a depender de la Capitanía General de Granada, según una R. O. de 4 de marzo de 1852 (35).

El gobierno superior de todos los presidios y casas de corrección de mujeres del reino quedó a cargo del Director General de presidios, en su momento dependiente del Ministerio de Fomento (R. D. de 1 de abril de 1846). Los subdelegados de Fomento, en sus respectivas provincias, fueron los jefes superiores de los depósitos, presidios, destacamentos penales y casas de corrección que en las mismas se hallaron y en tal concepto, fueron respetados y obedecidos por los empleados de aquellos establecimientos, según previno la Ordenanza General de 1834, el Reglamento de 25 de agosto de 1847, la R. O. de 15 de diciembre de 1847, la Ley de Prisiones de 1849, y la R. O., de 10 de noviembre de 1852. Los gobernadores militares continuaron ejerciendo en los presidios africanos las mismas funciones que los civiles en la península, conforme a lo dispuesto en el artículo 7.º de la R. O. de 10 de noviembre de 1852.

No obstante, se siguió exigiendo el carácter militar a los empleados de prisiones, tanto para los presidios de la Península (R. D. de 25 de octubre de 1857), como para los de Ultramar (R. D. de 25 de noviembre de 1868), si bien para éstos los Ministerios de la Gobernación y Ultramar, siempre a propuesta del de la Guerra, expedirían los nombramientos.

Y ello, que a primera vista pudiera parecer contradictorio o retrógrado, fue sin duda un claro avance en el largo camino de la modernización de los establecimientos penitenciarios españoles en el siglo XIX, pues no se ha de olvidar que las alcaldías eran

gastos de las prisiones (VI), y De las atribuciones de las Autoridades judiciales en las prisiones (VII).

Desde entonces, el régimen interior y la administración económica de todas las prisiones civiles quedaban sometidas a los preceptos de esta Ley, bajo la dependencia del Ministro de la Gobernación (art. 1) y su jefatura la ostentarán los Alcaldes (arts. 3 y 14 y sigs.); según el artículo 23, en los presidios de Ceuta y menores de África, ingresarán los reos sentenciados a cadena perpetua, y en los arsenales y obras públicas y de fortificación, los condenados a la temporal, extinguiéndose en los establecimientos Peninsulares, Baleares y Canarias, la reclusión y el presidio o la prisión mayor; cfr. la excelente exposición de ZAPATERO SAGRADO, «Los presidios», cit., págs. 561 y sigs.

(35) Cuantas disposiciones legales se citan han sido tomadas del repertorio cronológico (1834-1861), debidamente sistematizadas para construir este capítulo de mi investigación, de la oficial «Colección Legislativa de Presidios y Casas de Corrección de Mujeres». 2 vols. Madrid, 1861, 423 págs. y 616 páginas, respectivamente; las posteriores a la indicada fecha, en la Colección Legislativa del Ejército, anual y apéndices.

oficios enajenados por la Corona (algunas, incluso a perpetuidad) y el empezar a cubrir estos puestos por personal de la Administración Militar fue, en aquel momento, una garantía. El tanteo y la reversión de las jefaturas de los presidios y cárceles se inició por R. O. de 9 de junio de 1838, recayendo tan pesada carga en los propios organismos provinciales y, a veces, en los locales (así, los Reales Decretos de 12 de enero de 1839 y 26 de enero de 1840); tal movimiento «purificador» quedó definitivamente confirmado por la Ley de Prisiones de 1849, que prohibió a los alcaides percibir los derechos de arancel.

En este punto, y antes de entrar en ulteriores precisiones sobre la evolución del Derecho Penitenciario Militar, convendría señalar, al menos, dos de las notas características de esta legislación, observadas por Castejón: el privilegio que de siempre tuvieron los presos y penados militares de exención del pago de derechos de carcelaje, como confirma la Real Orden de 17 de marzo de 1775, posteriormente ratificada por la del 21 de mayo de 1828 (36); y la cierta moderación en el trato de los prisioneros, dentro de la necesaria disciplina que ha caracterizado a las prisiones y fortalezas militares, como se desprende del estudio de las normas sobre aplicación de hierros a los presos militares y ciertos privilegios concedidos a los Capitanes Generales para proponer indultos a quienes mostraren pruebas razonables de arrepentimiento (37).

En cuanto a la característica que también subraya Castejón, como novedad, sobre los confinados en establecimientos dependientes del Ministerio de la Guerra que cayeren en enajenación mental y la correspondiente apertura de expediente informativo (38), no es convincente, pues aunque la Administración Penitenciaria Militar contó siempre con más posibilidades que la civil, existen otros antecedentes sobre aplicación de tratamientos médico-psiquiátricos a los internados en establecimientos dependientes de ésta, así, el R. D. de 13 de diciembre de 1886.

En materia disciplinaria, no hay duda que la organización penitenciaria castrense, fue penosa para nuestros reclusos, pero no más que la mantenida en los establecimientos civiles.

La disciplina de las prisiones españolas civiles se estructuró en base a formalismos y rituales castrenses (toques, formaciones, horarios, etc.), lo que no podía ser de otra manera. La explicación es sencilla: la Dirección General de Presidios carecía de personal propio y todos los puestos de mando se cubrieron con Oficiales del Ejército y de la Armada, a propuesta siempre del Ministerio de la Guerra, previo informe favorable sobre la idoneidad del solicitante y baja en el servicio de armas. Las vacantes que dentro

(36) También, la R. O. de 10 de octubre de 1829, insistiendo en que sólo pague carcelaje el soldado, cuando esté desahogado.

(37) CASTEJÓN, ob. cit., pág. 429.

(38) CASTEJÓN, ob. cit., págs. 429 y 430.

de las plantillas de los establecimientos penales civiles se fueron produciendo, la mitad se cubrieron por ascenso dentro de las mismas y la otra mitad por reemplazos del ejército (arts. 367, 368 y 369 de la Ordenanza General).

Este trasvase de personal militar a la esfera civil, explicado siempre por razones de buen orden de los establecimientos, traería inconvenientes evidentes y un lastre secular, pues no se puede olvidar que muchos militares retirados encontraron su segundo empleo, para el que nunca estuvieron vocacionados, en las prisiones, dándose además el frecuente caso de tener luego como superiores penitenciarios a los que en su vida activa castrense fueron subordinados. De estos y otros problemas quedarían dañados los colectivos funcionariales penitenciarios y el trato a los reclusos. Pero éste es tema que aquí no tiene su lugar de encuadre. Su mero apunte es bastante.

Desde la promulgación de la Ordenanza General de 1834 hasta el año 1855, en que se procede a la reglamentación de las compañías disciplinarias, la Administración Militar acusa improvisaciones notorias por causas diversas.

Téngase presente que el Ministerio de la Guerra tuvo que atender la gobernación de los presidios africanos, establecimientos penales a los que llegaban de forma masiva condenados civiles y militares, por delitos comunes y no comunes y, sobre todo, los reclusos más peligrosos e indisciplinados de las cárceles peninsulares. Por otro lado, no puede olvidarse que las contiendas habidas en nuestra patria y los efectos dimanantes del movimiento independentista americano, así como la crisis económica, fueron factores que en este tema tuvieron amplia repercusión y en situaciones precarias, es decir, sin medios materiales adecuados por parte de la Administración.

Entiendo, que punto de observación privilegiado para comprender esta situación fue, sin duda, Ceuta. En dicha plaza estaban tanto el famoso presidio, como el Regimiento Fijo, destinado el primero para la extinción de condenas por personal civil, y el segundo, para el cumplimiento de la «pena de servicio en armas», para el personal militar.

A tal punto llegó a sobreesaturarse la población reclusa, tanto en el Regimiento Fijo de Ceuta, cuanto en el propio presidio, que el Ministerio de la Guerra, a propuesta del de la Gobernación, tuvo que adoptar medidas para no ser desbordados por este triste hacinamiento humano.

Así se comprende la R. O. de 12 de febrero de 1839, prohibiendo que por ningún Tribunal ni Autoridad del Reino se condene a reo alguno a servir en el Regimiento Fijo de aquella plaza. Medida de contención absolutamente precisa al no bastar la desviación de contingentes previsto por la R. O. de 25 de diciembre de 1835, ordenando que los militares de todas las armas e institutos, destinados por condena a servir en dicho regimiento,

si resultaren inútiles totales para el servicio de armas, se aplicasen a las brigadas del presidio de aquella ciudad, donde cumplirían la mitad del tiempo a que hubiesen sido condenados.

Saturados ambos establecimientos, el propio Ministerio, por R. O. de 12 de marzo de 1840 —atendiendo a los informes elevados por la Dirección General de Presidios y su Junta de Inspectores, así como lo dicho por el Tribunal Supremo de Guerra y Marina, y sobre todo «a las consideraciones de política y conveniencia del Estado»—, mandó que los individuos condenados al Regimiento Fijo de Ceuta fueran destinados a los presidios peninsulares por la mitad del tiempo de sus respectivas condenas «y que esta resolución sirviera de regla general para todos», en referencia expresa a los Tribunales civiles y autoridades gubernativas.

Efectivamente, sobrecargados los presidios africanos desde el primer tercio del siglo XIX, fue solución de emergencia el alejar de la metrópoli, mandándola a nuestros dominios americanos, a la población reclusa. Pero carentes allí de aquellos elementos fundamentales en que se asienta cualquier sistema penitenciario (edificios, funcionarios y normas), tan costosos y problemáticos envíos tuvieron que ser, primero, contenidos y, luego, tajantemente suprimidos.

Enterada la Reina Gobernadora de las exposiciones que le habían elevado algunas autoridades de ultramar, sobre los inconvenientes que ofrecía el destino de prisioneros facciosos a los Cuerpos que guarnecían las islas de Cuba, Puerto Rico y Filipinas, por la fundada desconfianza de que alteraban la paz de que gozaban, y conocedora de que varias remesas de condenados tuvieron que ser devueltas a la Península por su pésima condición, oídas las Secciones de Guerra e Indias, del extinto Consejo Real, acordó, por R. O. de 26 de octubre de 1836, suspender los envíos de más prisioneros (39).

Medidas de emergencia fueron también las RR. OO. de 7 de julio de 1843 y 8 de junio de 1844, disponiendo que los militares

(39) La resistencia a obedecer se deduce de la simple lectura de la R. O. de 7 de abril de 1842 del Ministerio de la Guerra, cuando dirigiéndose al de Gobernación, dice: «a pesar de las diferentes órdenes expedidas por este Ministerio para que no sean destinados al servicio de las armas en ultramar personas criminales ni de mala nota, o que por su carácter turbulento y costumbres extraviadas puedan alterar el sosiego que felizmente reina en aquellos países, se han desentendido algunas Autoridades de la Península de la observancia de dichas disposiciones, remitiendo arbitrariamente a las posesiones de Indias, y en particular a la isla de Cuba, una porción de individuos que en vez de ser útiles en los regimientos no han hecho más que crear conflictos y comprometer el decoro del servicio... cesen de aplicar y remitir a individuos de ninguna clase, ya sea en virtud de sentencia por delitos que hayan cometido, o de providencias gubernativas, en la inteligencia de que si contra la expresión terminante de esta orden fuesen destinados algunos a los mencionados países, ni serán admitidos en los cuerpos, ni satisfecho su transporte por cuenta del presupuesto de guerra».

cumplieran en los calabozos de sus respectivos cuarteles las penas cortas de prisión, o las relativas al licenciamiento de los «sentenciados a las armas» que, habiendo ingresado en los presidios, hubieren cumplido la mitad de la condena (RR. OO. 25 de diciembre de 1835; 12 de marzo de 1840 y 20 de enero de 1843); todas ellas dirigidas a las autoridades civiles y militares a fin de que no enviasen a cumplir condena a los reclusos en los presidios africanos o de ultramar, si el tiempo que les faltase para su extinción no fuere excesivo (40).

Es notorio que cuanto se ha reseñado, es decir, este maremagnum de presos y presidios, fue tarea excesiva para la Administración militar que, consciente de sus limitaciones, y visto que la gobernación de los presidios menores de Africa y los de Ultramar no eran eludibles, optó por: en primer lugar, solicitar de la Dirección General de Presidios que les enviasen penados a ser posible con oficios determinados y en número limitado, fijando como punto de concentración el de Málaga (así, por ejemplo, para 1848 pusieron como límite 433 individuos, según R. O. 21 de octubre de 1847); y en segundo término, dictar una Instrucción para ordenar los aspectos económicos y administrativos de los presidios menores africanos, lo que se hizo por la importante R. O. de 4 de marzo de 1852 (41).

La Instrucción es un texto breve y práctico «para poner en armonía el servicio de dichos establecimientos y la asistencia de los confinados con la marcha que en general se sigue respecto de las demás obligaciones afectas al presupuesto de la Guerra», en el que se ordena la constitución de una Junta de Administración, con sede en Granada, «para la aplicación de los fondos destinados al sostenimiento de los reclusos y demás atenciones anejas (suministro de víveres, utensilio, hospitalidad, vestuario, herraje, medicinas y otros conceptos) con sujeción a las reglas contenidas en la Ordenanza General de Presidios de 14 de abril de 1834 y demás disposiciones vigentes» (art. 1).

Componía esta Junta el Capitán General del distrito, Inspector de los Presidios, en calidad de Presidente; el Intendente militar del mismo; el Jefe de Estado Mayor y el Comisario de Guerra más graduado y antiguo que se halle en la capital. Sus acuerdos se

(40) Más severas fueron otras disposiciones, como la Orden de 16 de mayo de 1847, dirigida por S. M. al Capitán General de la isla de Cuba, previniendo que los confinados de Ultramar que vinieran a la Península a cumplir condena o fueran expulsados de aquellos dominios, no se les permitiera volver a ellos, aunque fueren indultados, con la advertencia a los Jefes Políticos provinciales y Autoridades que no les permitiera el embarque en ningún navío.

(41) Instrucción que S. M. se ha dignado mandar observar al señor Capitán General de Granada, por Real Orden de 4 de marzo de 1852, para el régimen y contabilidad de los presidios menores de Africa y asistencia de los confinados en ellos, a consecuencia de haber pasado dichas obligaciones desde el Ministerio de la Gobernación del Reino a éste de la Guerra; vid. la «Colección Legislativa de Presidios», cit., tomo II, págs. 200 y sigs.

tomaban por mayoría, siendo decisorio el voto del Presidente. En ausencias, enfermedad u ocupación, presidía la Junta el General segundo Cabo. El Secretario de dicho órgano colegiado era designado un Oficial del Ejército que carecía de voto (art. 2).

Para la conservación de los caudales se disponía de un arca, con tres llaves, de las cuales tenía una el Capitán General como Presidente, otra el Intendente militar y la tercera el Habilitado, el cual también efectuaba las funciones de «guarda-almacén» del vestuario y efectos que se construían para los presidios (art. 3).

A principio de cada mes rendía el Habilitado la «cuenta de distribución» correspondiente al anterior, cargándose las sumas del mismo y datándose las satisfechas en virtud de libramientos y demostrando la existencia que resultase. A fin de cada año se rendía la anual en la que se recogían los ingresos totales, las partidas satisfechas, concepto de los pagos y existencias resultantes después de cubiertas todas las atenciones a los confinados. La expresada cuenta, intervenida por el Contador y visada por el Presidente se remitía al Ministerio de la Guerra, a fin de que pudieran apreciar «la exactitud y economía con que se han manejado y distribuido los fondos» (arts. 6 y 7).

Al Intendente militar le correspondía dar conocimiento a la Junta del haber mensual que devengaban los reclusos, para que el Contador pudiera llevarles su cuenta y reclamar cualquier cantidad que dejaren de satisfacerles. Por el mismo conducto recibía el suministro que bajo todos los conceptos presentaban los asentistas y los gastos que por medicinas u otros conceptos causasen los confinados, para que por la Junta pudiera procederse al pago de los primeros y al reintegro de los segundos a la Administración militar (art. 8).

Por expreso mandato de la Instrucción, en las plazas de Melilla, Peñón, Alhucemas e Islas Chafarinas se constituyeron Juntas Económicas dependientes de la de Granada (art. 10).

Los capataces de las brigadas eran los encargados de efectuar las reclamaciones de efectos y víveres de los ministros-interventores, y los administradores de los hospitales, respecto de los que ejercían las funciones de «controladores». Estos «ministros-interventores» presentaban los pedidos a las Juntas Económicas y desde éstas se hacían las correspondientes peticiones a la de Granada (art. 11).

Las Juntas Económicas, cada tres meses elegían a un Secretario que era a su vez depositario (cajero) y guarda-almacén, oficio remunerado con mil reales al año, pagaderos del Fondo de Confinados (art. 12).

Para los gastos de escritorio y quebranto de moneda, se abonaban al Habilitado la gratificación de dos mil reales anuales, también a cargo del Fondo antes citado. Otros dos mil se cargaban por gastos de la Secretaría de la Junta de Administración y quebrantos por giros justificados (art. 9).

Con independencia del valor histórico y documental que tiene esta Instrucción, lo que más me interesa resaltar es cómo efectivamente la Ordenanza General estuvo vigente y se aplicó, pues gracias a ella se gobernaron todos los establecimientos penales castrenses (art. 13).

El seguimiento efectuado en cuanto a la aplicación de la normativa antedicha y otras relacionadas con la gestión económica de los presidios menores africanos, me permite poder afirmar que la misma fue llevada con seriedad. Valga como muestra la R. O. de 2 de diciembre de 1856, disponiendo se cargue en los presupuestos del año siguiente y venideros, la gratificación de mil ochocientos reales de vellón para los oficiales, médicos y farmacéuticos que prestaren servicio en los hospitales de los mismos.

En otro orden de cosas, de la simple lectura de las múltiples órdenes examinadas —siempre dictadas como consecuencia de consultas o quejas por casos particulares al Tribunal Supremo de Guerra y Marina— se deduce que los presidios africanos, mayores y menores, preocuparon, y mucho, a la Administración militar, poniendo, por ejemplo, especial esmero en que por los Comandantes se efectuasen correctamente los abonos de tiempo pasados en los presidios metropolitanos por los confinados, a efectos de cómputo para el cumplimiento de las condenas impuestas (R. O. de 20 de enero de 1843).

Estas y otras medidas, como las reclamaciones de abono por dotaciones de utensilio a las guardias militares de los establecimientos penales al Ministerio de la Gobernación, de acuerdo con la R. O. de 15 de diciembre de 1857, comunicando otra de 23 de diciembre de 1856, o la exención de responsabilidades penales y disciplinarias a las escoltas militares en casos de fuga en conducciones, según R. O. de 30 de noviembre de 1842, «pues para evitar la desertión de rematados bastará con que los empleados de los establecimientos residuales cumplan con exactitud sus obligaciones» (referencia implícita a la Real Ordenanza General), confirman una vez más lo anteriormente dicho sobre el grado de interés que puso el Ministerio de la Guerra en estas misiones.

II

Los Cuerpos de disciplina

El destino de los condenados a cuerpos de disciplina, como forma de extinción de la responsabilidad criminal, al estar recogida en las leyes penales de su tiempo (y, llegado su momento, en los Códigos Penales) cobra para nuestro estudio un elevado interés histórico, aunque en la actualidad la Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, de Código Penal Militar, la haya suprimido como tal pena, junto con las de degradación y separación del ser-

vicio, «por no responder a los criterios inspiradores de la moderna penología, ni a los postulados que se mantienen».

Y sin embargo, pienso que el destino de los penados a cuerpos disciplinarios, como modalidad de cumplimiento penal, a efectos del presente trabajo, no deja de ser una institución altamente significativa, pues su propia instauración, en 1855, hay que valorarla como un cierto avance penitenciario. La creación de estas unidades (bajo evidentes criterios de utilitarismo y vindicación, imperantes en la época), supuso el reconocimiento, por parte del Estado, de que daba por fenecida la pena de «servicio á las armas».

Hoy la supresión necesaria e indiscutible de la pena de destino a cuerpos de disciplina supone, de por sí, un posible paso de cara a la actualización de esta rama jurídica, pues entiendo que deja abierta la puerta para posibles novedades, como pudiera ser el desplazamiento del régimen de cumplimiento de las penas privativas de libertad hacia el régimen abierto.

Veamos ahora cuál ha sido su evolución en los cuetos treinta años próximos pasados:

Creadas estas unidades con el objeto principal de que formarían parte de las guarniciones de los presidios menores, empezando por el de Melilla, su reclutamiento se diseñó a base de lograr el alistamiento voluntario, desde los diferentes establecimientos penales del Reino, de los confinados en los mismos, los cuales pasaban a tener la consideración de soldados «entrando en los goces de tales y quedando sujetos a las leyes penales militares durante el cumplimiento de sus respectivas condenas». Luego, como veremos posteriormente, estos objetivos también cambiaron con el correr del tiempo.

A tal efecto, la Reina dispuso la asignación al Ministerio de la Guerra de 26.000 reales de vellón, cantidad que se estimaba suficiente para la construcción de las primeras prendas de vestuario, equipo y efectos, dando al mismo tiempo instrucciones a los directores de Infantería y Artillería del distrito de Granada para que los proveyeran de sargentos y armamento para la organización de compañías disciplinarias, cuya fuerza ha de extraerse de los presidiarios de condena limpia, aprobado por Real Orden de 20 de enero de 1855 (42).

Se trata de un Reglamento estrictamente militar, creado para fines muy concretos y cuyos efectos se perciben tanto en los establecimientos dependientes del Ministerio de la Gobernación, como en el del ramo de la Guerra.

Se compone de 28 artículos, deficientemente distribuidos y con imperfecciones técnicas. Presenta la novedad, hasta entonces desconocida en nuestro Derecho, de que los condenados en presidios y cárceles españolas pudieran optar por el cumplimiento de su

(42) Vid., «Colección Legislativa de Presidios», cit., tomo II, págs. 265 y siguientes.

pena bajo fuero militar en una modalidad concreta de tratamiento.

Las compañías dependían del Capitán General de Granada que era a su vez su inspector nato (art. 2).

Cada compañía estaba formada por un Capitán-segundo Comandante, un segundo Capitán, dos Tenientes, un Subteniente, un Sargento primero, cuatro segundos, cinco cabos primeros, cinco segundos, dos cornetas y ciento diez soldados, componiendo un total de cinco oficiales y ciento veintisiete individuos de tropa (art. 3).

Los Oficiales se escogían entre los que estaban en situación de reemplazo, con la particularidad de que gozaban de sueldo entero, figurando en su escalafón como en situación activa y con derecho a ascensos y «a cualquier otra gracia general que S. M. se digne otorgar» (art. 4), caso digno de significar por lo que representa que por primera vez un destino militar, en servicio penitenciario, permita ascensos en la vida activa profesional.

Los sargentos se elegían de los cuerpos de Infantería que guardaban la plaza de Granada, «procurando fuesen de esmerada honradez y carácter firme», los cuales tampoco eran baja en el servicio activo, quedando adscritos a los regimientos de procedencia como supernumerarios (art. 5).

Los cabos, cornetas y soldados eran los extraídos de los presidios de la Península y menores de Africa que lo hubiesen solicitado voluntariamente. Eran preferidos para la formación de estas compañías los confinados que hubieren pertenecido anteriormente al ejército y para los cabos los que hubiesen sido «de vara» o «capataces» en los civiles, con buena conducta penitenciaria y que estuviesen cumpliendo condena por desertión sin circunstancia agravante; heridas sin premeditación ni alevosía; contrabando; fuga de presos sin connivencia con ella; faltas y desórdenes en el servicio y en las marchas de los penados con referencia expresa a los artículos 58, 59, 73 y 78 de las Reales Ordenanzas; abandono de guardia en tiempo de paz; reincidencia en dormir fuera del cuartel; embriaguez, siempre que se hubiera enmendado de este vicio; falta de respeto a la Autoridad, sin que haya procedido por vías de hecho, exceptuándose los delitos de insubordinación; y exceso en el castigo sin resultados funestos para los castigados (art. 6). Es decir, lo que por aquel entonces se llamaban «condenas limpias».

En todo caso era preciso que les faltase por cumplir, al menos, dos años de condena (art. 11).

El trámite para optar a tal destino era muy simple: una solicitud a la Reina por conducto del Comandante del presidio, con informe detallado del establecimiento, al que se añadía la copia histórico-penal del individuo. Estas instancias pasaban al Ministro de la Gobernación y luego al de la Guerra (art. 7).

Admitido el peticionario, se comunicaba la decisión por con-

ducto del departamento de Gobernación al Comandante del presidio el cual, poniéndose de acuerdo con la autoridad competente, disponía su marcha «acompañado por parejas de la Guardia Civil» a disposición del Capitán General de Granada (art. 8).

El vestuario consistía en chaqueta azul turquí, quepis, pantalón gris y capote de color pardo, con vivos y botonaduras dorados. El armamento, de carabina y bayoneta. Y el equipo, de cartucheras como las que usaba la Infantería y un morral con correas (artículos 13 y sigs.).

Los individuos de tropa «sacados de los presidios» recibían el haber señalado a los de sus clases en la infantería del ejército, del que dejaban la parte correspondiente para masita con la que atendían al entretenimiento de las prendas menores. De los dos reales mensuales que recibían como gratificación para prendas mayores, se les descontaba una doceaba parte. Satisfecho su importe, el uniforme quedaba de propiedad del soldado (arts. 17 y siguientes).

Otra novedad de cierto interés pudiera ser la designación del Habilitado de la compañía, que se hacía por votación de todos los oficiales, debiendo recaer en un oficial de reemplazo o retirado, «sin otro haber que él goce por su situación, y una gratificación de 120 reales mensuales» (art. 21).

La contabilidad era la misma que las demás unidades similares del ejército (art. 22).

Finalizaba, este Reglamento, diciendo: «El Sr. Ministro de la Guerra se pondrá de acuerdo con el de Gobernación para llevar a cabo el presente reglamento» (art. 28).

La implantación de esta modalidad de cumplimiento de condenas tuvo éxito: baste decir que, constituida la primera compañía el 15 de marzo de 1855, ocho días después se formó la segunda e inmediatamente la tercera; el 1.º de mayo lo estuvo la cuarta y el 23 de agosto de dicho año, el famoso batallón «de disciplina».

Dicho batallón contaba con la siguiente plana mayor: un Teniente Coronel, primer Jefe; un primer Comandante, segundo Jefe; un Ayudante, Capitán o Teniente; un Subayudante, Subteniente que llevaba la parte administrativa y era el abanderado y un cabo de cornetas, todos ellos con los haberes, raciones y gratificaciones análogas a los que disfrutaban los batallones de cazadores.

Por la índole de sus soldados, la Superioridad dispuso que, en formaciones y cualquier otro acto que concurriese con otras tropas, ocupase el último lugar, después de la Infantería, Milicias Provinciales e Institutos armados.

Que hubo una auténtica avalancha de peticiones lo confirma, no sólo la rapidez con que se cubrieron sus plazas, sino la Orden Circular de 29 de agosto de 1855, de la Dirección General de Presidios, dando cuenta de las múltiples quejas que estaban llegando al Ministerio de la Guerra por la falta de diligencia por parte de

los Comandantes de presidios en cursar las solicitudes de sus internados.

Estas unidades fueron acogidas con satisfacción por la población reclusa, lo que hay que atribuirle, negativamente, al duro trato y pésimas condiciones de nuestros presidios y cárceles, y positivamente, tanto por la siempre posible «deserción al moro», cuanto por la buena planificación con que se diseñó el proceso de constitución de estas fuerzas. Recuérdese que los presidiarios desde el momento de su conducción ya eran tratados como soldados, y socorridos como tales. Durante las jornadas de traslado, estaba dispuesto que descansasen en los puestos de la Guardia Civil y no en las dependencias de transeúntes de las cárceles y depósitos; y una vez en el punto de concentración, quedaban agregados al regimiento de plaza que correspondiese.

A pesar de tan aceptables principios, el batallón fue suprimido al año siguiente por R. O. de 23 de octubre; reestablecido en 1864 y reorganizado con un nuevo diseño, quedó limitado, desde el año 1886, a la plaza de Melilla para penados procedentes de los presidios, condenados por la jurisdicción militar a la pena de servir en estos cuerpos y los que así lo dispusiere el Director General de Infantería. En la marina, el servicio disciplinario se cumpliría en los arsenales, en los presidios africanos o en los buques de guerra, ocupando a estos soldados en los servicios más recargados y penosos (art. 54 del Código Penal de la Marina de Guerra, de 24 de agosto de 1888).

Finalmente, digamos que con el Reglamento de 23 de febrero de 1880, esta modalidad de cumplimiento adopta una nueva filosofía y se convierte en un medio «para corregir y moralizar a aquellos individuos de tropa que, por sus vicios, delitos o malos antecedentes, merecen ser separados de sus cuerpos respectivos, pasando a servir en la condición de penados y siendo empleados en los ejercicios más difíciles y penosos, y nunca en los de mayor descanso», lo cual implicaba que desde entonces estas unidades se nutrirían exclusivamente de personal procedente del Ejército o de la Armada. En tiempo de campaña, a ellas se les reservaría las acciones más peligrosas y difíciles (43).

III

El empleo de presidiarios en acciones de guerra

Creo no incurrir en exageración alguna si afirmo que no hay punto de observación más adecuado para estudiar la evolución del Derecho penitenciario español que Ceuta.

Como dijo Cadalso (quizás el más grande de nuestros peniten-

(43) Vid. CASTEJÓN, ob. cit., págs. 437 y 438.

ciaristas) «estudiando con detenimiento la plaza de Ceuta y su penal, se ve claramente la terminación del sistema de cumplirse las penas en galeras, el origen del presidio militar, su desenvolvimiento, su fin y su transformación en presidio-penal con tendencias colonizadoras, que son las que hoy sobresalen y caracterizan a aquel establecimiento (44)».

Efectivamente, Ceuta contaba ya desde su anexión a la corona de España, en 1582, reinando Felipe II, con una población marginada consistente en delincuentes deportados, conocidos como «desterrados», que fueron los artífices de sus más válidas fortalezas. Posteriormente, fue testigo de cómo, en la medida que se extinguía la pena de galeras, pasaban los galeotes de los buques al presidio, y del presidio a las obras de fortificación primero y de urbanización de la plaza después.

No es procedente entrar ahora a describir tan amplia y apasionante trayectoria pero sí es el momento de incidir en una idea clave: Ceuta contó, desde los tiempos de dominación portuguesa, de forzosos residentes traídos desde la península por sus vicios y delitos y también pesaba en su experiencia la aplicación de un reglamento penitenciario, el del 10 de noviembre de 1745 (que muy elementalmente operaba a base de brigadas de cuarenta hombres, bajo mando militar) y de una Ordenanza propia: la de 1791 (45). Resulta, pues, sencillamente explicable la fácil aplicación que tuvo la Ordenanza General de Presidios de 1834 y, luego, ya terminando el siglo XIX, el éxito alcanzado con su experiencia de transformación en Colonia Penitenciaria, origen del movimiento colonizador. Si el Real Decreto de 23 de diciembre de 1889, que aprueba el Reglamento de la Colonia Penitenciaria de Ceuta, triunfó plenamente, fue porque allí se ensayó un nuevo modelo de presidio agrícola-industrial, con modalidad de cumplimiento en régimen abierto y sin hierros.

No debe olvidarse que la ciudad de Ceuta, antes y después de la creación de las compañías disciplinarias, era zona de guerra y que finalizada la guerra civil del norte, conocida como la de los siete años (1833-1840), Ceuta se vio literalmente invadida por cerca de tres mil penados, producto de las numerosísimas sentencias dictadas por los Consejos de Guerra. Todos los castigos a cadena perpetua y los de más de diez años, con cláusula de retención, llegaron a congestionar el presidio, que tuvo que expandirse física y administrativamente; y conviene recordar que fue durante la guerra de Marruecos (1859-1860), donde nuestros prisioneros culminaron sus mejores proezas guerreras. Firmada la paz, los reclusos volvieron al presidio.

En aquellos momentos el presidio de Ceuta se componía de ocho edificios, conocidos con los nombres de «Cuartel Principal»,

(44) CADALSO, «Diccionario de legislación penal, procesal y de prisiones». Madrid, 1896-1908, tomo III, págs. 226 y sigs., para cuanto se cita.

(45) Vid. SALILLAS, «La vida penal», cit., pág. 252.

«Brigada de Barcas», «Brigada Militar», «Cuartel de talleres», «Cuartel de Jadú», «Fortaleza del Hacho», «Hospital» o enfermería, y «Cocinas». Las edificaciones, muy alejadas unas de las otras, albergaban una población que oscilaba entre los 2.500 a 3.000 hombres (46).

En el Hacho, como nos sigue diciendo Cadalso, se alojaban militares deportados y criminales empedernidos; allí, en aquellos calabozos, se veía a forzados procedentes de varios penales de la Península, transferidos a Ceuta por su gran peligrosidad (47).

Como ya he dicho, acabada la guerra de Marruecos el 26 de abril de 1860 y regresados los presos a sus prisiones, volvió a plantearse la eterna cuestión penitenciaria: la superaglomeración de los establecimientos y vista la experiencia obtenida con los presidios menores, el Ministerio de la Guerra, por R. O. de 20 de junio de 1861, se lanzó a otra solución coyuntural: la creación de uno nuevo en la Isla de Fernando Poo, de escaso interés a los efectos presentes.

Dicho esto, quiero cerrar este apartado dejando constancia de que, aunque en contadas ocasiones, es lo cierto que en momentos trágicos de la historia de España, los reclusos fueron empleados en acciones de guerra y, al parecer, con buenos resultados.

IV. DOS TEXTOS FUNDAMENTALES DEL SIGLO XIX: LOS REGLAMENTOS DE 1889 Y 1899

I

El Reglamento para la Penitenciaría Militar de la Isla de Cuba, de 28 de diciembre de 1889 (48)

A mi juicio, este texto que no posee gran valor jurídico y tuvo muy corta vigencia, desde el punto de vista histórico, su estudio resulta imprescindible para tener una mejor visión de la evolución del Derecho Penitenciario Militar.

Se trata de una obra amplia y minuciosa que, sin embargo, se nos antoja ingenua y precipitada. Piénsese que fue aprobada por Real Orden de 28 de diciembre de 1889 y es el resultado de una fácil aceptación de dos escritos elevados a la Reina Regente el 25 de marzo y 26 de abril de ese mismo año, en los que se sometía a su superior sanción el proyecto de Reglamento y presupuesto de haberes y gratificaciones para el establecimiento de la citada

(46) LASALA, «Condena a presidios militares», en «Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios», núm. 97, 1953, pág. 52, menciona estos siete cuarteles: Principal, Hospital, Barcas, Hacho, Jadú, Serrallo y Tallerés indicando cómo después de la Ordenanza de 1834 siguió como presidio civil, hasta el año 1911.

(47) De «incorregibles» habla SALILLAS, «La vida penal», cit., pág. 258.

(48) Inserto en la Colección Legislativa del Ejército, núm. 658, páginas 971 a 1016.

penitenciaria. La única modificación sufrida por el Proyecto consistió en la introducción de un par de preceptos incorporando al Centro escuelas de instrucción primaria ,facultando al director para nombrar, a propuesta de los oficiales-maestros, a reclusos auxiliares para facilitar la labor docente, pudiendo, incluso, por necesidades de personal, designar como maestros a oficiales que estuviesen cumpliendo condena de prisión militar correccional.

Se compone de 301 artículos, divididos en tres títulos y éstos, a su vez, en capítulos. Los títulos están dedicados a la «Organización y personal», al «Servicio y régimen interior» y al «Servicio y régimen económico administrativo».

Estaba destinada a albergar a todos los individuos del ejército de la Isla de Cuba y la de Puerto Rico, condenados a penas de prisión correccional militar o común, impuestas a los que no habían sido baja definitiva en el ejército, prisión militar mayor, reclusión militar temporal y reclusión militar perpetua.

Concebida como establecimiento puramente militar, dependía del Ministerio de la Guerra y de modo inmediato de la Capitanía General de la Isla de Cuba y del Gobierno Militar de la provincia y plaza de La Habana.

Aun cuando la alta inspección de la penitenciaría correspondía al Capitán General, el Gobernador militar de plaza ejercía, de hecho, tales funciones, pudiendo éste, si lo estimaba oportuno, designar a un jefe a sus órdenes pero con categoría superior al director del establecimiento «para que visitándolo, le diera conocimiento de cualquiera novedad que hubiera o defecto que observar», consignándolo en el libro al efecto.

Los penados se dividían en cuatro grupos. Primer grupo: los que estaban extinguiendo la pena de prisión correccional militar o común. Segundo grupo: los que sufrían la pena de prisión militar mayor. Tercer grupo: los condenados a reclusión militar temporal. Y cuarto grupo: los condenados a reclusión militar perpetua. Dentro de cada grupo la separación entre los oficiales y clases de tropa era absoluta.

Los confinados, como militares, estaban sujetos a la jurisdicción de guerra por cuantos delitos pudieran cometer tanto fuera como dentro de la penitenciaría, aplicándoseles el Código Penal del Ejército.

El establecimiento se consideraba como un batallón y cada grupo, una compañía.

El personal empleado era militar; todos ellos en activo, y se componía de: Director, con la categoría de comandante; un Jefe de cuartel y un Jefe de detall, capitanes de Infantería o Caballería; un cajero habilitado y tres ayudantes, subalternos también de las armas referidas; un médico primero de Sanidad Militar; un capellán primero, del Clero Castrense; ocho brigadas (sargentos segundos) de Infantería o Caballería y tres practicantes (cabos primeros) de la Brigada Sanitaria.

Para ser destinados a la misma se requería contar, por lo menos, con veinte años de servicio el director, quince los capitanes, diez los subalternos y cuatro los sargentos, sin nota alguna desfavorable.

En acto de servicio los empleados utilizaban su uniforme reglamentario, que era el mismo del arma o cuerpo al que pertenecieran con las iniciales «P. M.», enlazadas en el cuello de la guerrera o prenda equivalente, y siempre la espada y revólver los jefes y oficiales, y sable y revólver los brigadas.

Por cada veinticinco hombres, se nombraba un capataz de entre los penados, siendo elegidos para ello los de mejor conducta y menor tiempo de condena. Tenían la consideración de cabos del Ejército, se distinguían porque sus divisas eran de color amarillo y portaban un bastón, sin puño ni regatón, de tres centímetros de diámetro. Figuras siempre polémicas, con una serie de obligaciones y facultades híbridas muy explicitadas. Eran los únicos superiores que dormían en las cuadras de los penados y disponían de un departamento a la entrada de las mismas «cerrados por un rastrillo de hierro o madera gruesa que, poniéndoles a cubierto de todo golpe de mano, les permitiera oír y ver cuanto ocurriera en el dormitorio» (art. 98).

Dada la amplitud del texto reglamentario, tan sólo me limitaré a destacar, dentro de los preceptos relacionados con el régimen interior, el capítulo sobre el «Trabajo de los penados». Se trata de medio centenar de artículos, muy elaborados, que me recuerdan el Real Decreto de 29 de abril de 1886, inspirado por González Fernández, regulando, en los establecimientos penales civiles, el trabajo de los confinados y los sistemas a aplicar y, a la vez, eximiendo del trabajo mecánico a los reclusos con puestos dentro de los mismos (49).

El trabajo, obligatorio (en régimen de silencio), podía desarrollarse fuera o dentro de la penitenciaría.

Los efectuados en el exterior debían tener carácter militar, conforme a lo dispuesto en el artículo 82 del Código Penal y su retribución competía a la Comandancia de Ingenieros. A estos trabajos iban necesariamente destinados, en primer término, los condenados a reclusión perpetua o temporal y su salario quedaba en favor del Estado.

El trabajo en el interior podía ser libre, contratado o por administración. El libre, a su vez, podía ser colectivo en talleres, o individual.

El trabajo contratado podía concederse por tiempo fijo o indeterminado. El trabajo por administración era el que se efectuaba

(49) Vid. ZAPATERO SAGRADO, «Apuntes para un estudio sobre la obra y figura de D. Venancio González», en «Revista de Estudios Penitenciarios», número 232-235, 1981, pág. 226; González Fernández fue el fundador del Cuerpo de Empleados de los establecimientos penales y Ministro de Justicia y Hacienda en gobiernos liberales de fines de siglo.

por penados en las obras públicas militares en construcción o en los talleres interiores del establecimiento.

Estaba prohibido la existencia dentro de la prisión de dos concesiones sobre una misma industria y en caso de coincidir una individual y otra colectiva, se entendía que aquélla quedaba agregada a ésta, con las condiciones que «libremente» convinieren los interesados.

En los talleres libres podían ingresar cuanto penados lo desearan y demostraran su aptitud, acordándose previamente por los concesionarios, respecto a los nuevos operarios, todas las condiciones expresadas en las bases de su concesión.

Los penados que obtenían la pertinente autorización para realizar trabajo libre, individual o colectivo, podían disponer de su fondo de ahorro para financiarlo, utilizándolo como capital de la explotación y en los talleres organizados por el sistema de administración, se abonaba por el valor de los objetos elaborados u obras construidas, determinando la diferencia, la utilidad o quebranto de cada industria.

El principal objeto de los talleres, según dice el Reglamento, era «la construcción y elaboración de todos los útiles y efectos necesarios para la penitenciaría, sin perjuicio de ampliarlos para atender a las necesidades de los distintos servicios de otros ramos del Ejército».

Otros preceptos del texto legal muestran también una cierta modernidad, como por ejemplo, el artículo 280 que mandaba que «al entregarse el pan a los penados debería hacer, por lo menos, tres horas que se sacó del horno, a fin de que no conserve un calor nocivo a la salud»; o la confección de la sopa matutina que «se compondrá de 2 kilogramos, 301 gramos de pan, 231 gramos de aceite, 87 gramos de pimentón, 115 gramos de sal y dos cabezas de ajo por cada veinte plazas», suministrándose «para la cochura de esta sopa 2.301 gramos de leña, o en su lugar 576 de carbón»; el cuadro de ranchos conforme al día de la semana, especies y gramos por plaza; el amplio vestuario a proveer a los reclusos; el material escolar, etc.

Esta penitenciaría militar fue suprimida por R. D. de 7 de enero de 1892.

II

Reglamento de la Penitenciaría Naval Militar de Cuatro Torres, aprobado por Real Orden de 19 de septiembre de 1899

La Penitenciaría Militar de Cuatro Torres, llamada así por sus cuatro torres o salientes instalados en sus cuatro ángulos, se levantó dentro del Arsenal de la Marina llamado de La Carraca, en la localidad gaditana de San Fernando (50).

(50) Vid. SALILLAS, «La vida penal de España», cit., pág. 237, y PIKE, «Penal Servitude in Early Modern Spain», cit., pág. 80; para los antecedentes

Edificio impresionante, sólido y de fuerte personalidad, construido en tiempos de Carlos IV (51), de planta rectangular, con dos pisos y un gran patio central, fue concebido desde sus inicios como establecimiento penal.

Desde finales del siglo XIX hasta bien entrado el actual, fue uno de los centros penitenciarios más codiciados, primero por el Ministerio de la Gobernación y luego, al pasar la Dirección General de Establecimientos Penales al de Gracia y Justicia, por éste. No obstante, siempre estuvo al servicio del de la Guerra. Su estructura era muy similar al de Cartagena, y pese a la gran fábrica que tuvo el Arsenal, todos los datos que he manejado sobre la misma me afirman en la idea de que su nivel de ocupación por condenados estuvo siempre por debajo de los niveles normales de capacidad.

Esta penitenciaría, junto con la ya citada de Cartagena y, en parte también, la de Ceuta, contribuyeron decisivamente a la implantación del denominado sistema de aglomeración. En ella se extinguieron las penas privativas de libertad impuestas tanto a jefes u oficiales, así como a clases de tropa y marinería de la Armada, desde que así lo estableció la Real Orden de 31 de mayo de 1889, luego confirmada por la de 25 de junio de 1890, en el sentido de señalarla como lugar de cumplimiento y al que los capitanes y comandantes generales de los Departamentos y Apostaderos debían enviar los condenados (52).

A fin de mantener su tradición castrense, ya la R. O. de 26 de febrero de 1896 dispuso que en dicha institución no extinguieran sus condenas los oficiales de la Marina Mercante, aunque hubieran sido sentenciados por Tribunales de la Marina, los cuales lo harían en establecimientos de fuero común, como efectivamente así se vino haciendo.

Y en esta línea, llamémosla «clasificatoria», hay que citar también la R. O. de 10 de noviembre de 1893, reiterando las directrices marcadas por la Administración Militar de la Marina, en el sen-

del presidio naval peninsular, en el siglo XVIII, vid. la excelente obra últ. cit., páginas 66-87, la más completa en la literatura extranjera sobre nuestro Derecho penitenciario histórico.

(51) Según SALILLAS, «La vida penal», cit., pág. 238: «debe ser de la época del Arsenal, es decir, de fines del siglo XVIII, tal vez de 1760».

(52) Confirma lo anterior, la R. O. de 3 de marzo de 1888, dictada en nombre del Rey por la Reina Regente y dirigida al Ministro de Gracia y Justicia, insistiendo en la conveniencia de que por la Dirección de Establecimientos Penales no se destinen ni trasladen a sentenciados de otros Presidios al Arsenal de La Carraca y mandando que el Capitán General del Departamento de Cádiz se dirija al Ministerio de Marina, en el caso de que necesitase para este Establecimiento mayor número de penados, sin que en lo sucesivo fueran admitidos otros que los autorizados, así como que las relaciones de las autoridades del Arsenal con la expresada Dirección se circunscriban al personal de los sentenciados por la jurisdicción ordinaria que ya estuviesen destinados en el Penal de Cuatro Torres (población residual existente en el mentado año de 1888).

tido de proceder al traslado de los penados residuales comunes a otros establecimientos. También ordenaba la separación de la población penal en dos clases, ocupando el piso superior los que extinguían penas comprendidas en el artículo 36 del Código de la Marina de Guerra, y el bajo los penados por delitos comunes, y asimismo que a los del piso alto se les excluyera por completo de la intervención de capataces y cabos de vara, pudiendo éstos dedicarse a trabajos profesionales bajo custodia de un sargento o contramaestre, siempre que tuvieran buena conducta y el tiempo que les faltase para cumplir sus condenas no fuera excesivo.

Existe toda una importante tradición de disposiciones legales, significativas de lo celosa de sus competencias la administración penitenciaria militar, en cuanto al presidio de las Cuatro Torres de La Carraca y demás de los arsenales de Marina, pues de manera constante se afirma su dependencia exclusiva de dicha Autoridad, clara excepción a la Ordenanza de Presidios de 1834, expresándose la responsabilidad castrense de su custodia y gobierno, con arreglo a la Ordenanza de arsenales de 1804 (R. O. 5 de marzo de 1835, trasladando la de 25 de febrero anterior), lo que se reitera por otra Orden de 9 de enero de 1836, todavía se ratifica, casi diez años después, por otra R. O. de 25 de junio de 1845, alabando el buen régimen y disciplina de La Carraca, y aún, en la de 5 de diciembre de 1857, que se refiere al oficio del capitán general del departamento de Cádiz, sentando terminantemente el ministro Bustillo: «el presidio del arsenal de La Carraca no está en manera alguna bajo la dependencia del Ministerio de la Gobernación, y sí bajo la del de Marina».

Aunque el Reglamento del Correccional Militar de Cuatro Torres luego quedaría como de la Penitenciaría Naval de dicho nombre, de 22 de septiembre de 1902, es lo cierto que ha estado vigente desde su promulgación, el 19 de septiembre de 1899, hasta su derogación, con motivo de la entrada en vigor del nuevo Reglamento de Establecimientos Penitenciarios Militares de 1978 (53).

Del Reglamento de 1899 digamos que tuvo una lenta confección, pues el Proyecto data del 2 de enero de 1887, habiéndose señalado la particularidad de que, antes de ser sancionado por la Corona, estuvo plenamente en vigor (54).

El «Proyecto» entiendo que no ofrece excesivo interés científico, pues en verdad no aporta novedad alguna. Era un texto breve, con 65 artículos y una disposición transitoria, sin distribución sistemática interior, consistiendo su técnica legislativa en un rosario de atribuciones del personal, empezando por la del Inspector Ge-

(53) A partir del año 1944, por Orden de 5 de febrero, del Ministerio de Marina, quedó desafectado de estos menesteres penitenciarios, el «edificio sito en el Arsenal de La Carraca, denominado 'Cuatro Torres', pasando sus ocupantes al inmediato «Casería de Ossio», que fue durante algún tiempo Prisión Central de Sexagenarios, según los artículos 191, 193 y 198 del R. D. de 5 de mayo de 1913.

(54) CADALSO, *ob. cit.*, Tomo I, págs. 452 y sigs.

neral y Subinspector General, que en ambos casos recaían en la persona del Capitán General del Departamento, en cuanto que también era Comandante General del Arsenal; del Director, que era el Ayudante Mayor; del Oficial Auxiliar, que era el encargado del Detall y recaía en el Oficial auxiliar más antiguo de la Ayudantía Mayor; del Archivero, encargado del orden, conservación y régimen de la documentación de los penados; del primer capataz, del segundo capataz y de los cuatro capataces ordinarios; de los cabos de vara (55); cabo primero de patio (56); de los cuartereros; de los imaginarios y de los confinados. Completaban el Proyecto, una serie de artículos —prácticamente la mitad— especialmente orientados a regular la asistencia espiritual y facultativa de los reclusos, correcciones y castigos, vestuario, alimentación y normas a la guardia exterior.

En la Penitenciaría Naval Militar, dependiente del Ministerio de Marina (57), tenían ingreso, en primer lugar, los individuos de la armada condenados por delitos militares o comunes, si la pena no excedía de seis años; en segundo término, los individuos del ejército que destinare el Ministro; y en tercero, los de la Armada sentenciados a arresto militar, si el Capitán General del departa-

(55) Ha de estimarse claramente negativa la regulación proyectada en cuanto a la subsistencia de los cabos de vara y capataces, figuras ambas suprimidas en las prisiones civiles de la época desde 1885 y 1886, respectivamente; se trata de una muestra más de las consecuencias de la divergencia de ambos Derechos.

(56) Una extrema prueba de la minuciosidad del texto, puede ser el artículo 22, punto 14, sobre las múltiples obligacionales del Cabo primero del Patio, donde figuraban el dar los toques de campana, del modo y forma que a continuación se expresa:

TOQUES	CAMPANADAS
Diana	Cuatro y un repique.
Cierre de dormitorios	Uno y un repique.
Formar para el trabajo	Dos.
Recogimiento en las naves	Dos y un repique.
Entrada en el Penal procedente del trabajo.	Tres.
Reparto de pan y rancho	Un repique.
Visita del facultativo	Cinco.
Visita del practicante	Cuatro.
Oración	Tres y un repique.
Rezar el rosario	Cuatro y un repique.
Silencio	Uno.

Para la misa, tres toques en esta forma:

- 1.º Ocho campanadas al entrar el sacerdote en el establecimiento.
- 2.º Siete campanadas al empezar a vestirse.
- 3.º Tres al ponerse la casulla.

Además una campanada al alzar, para que todos se postren de rodillas, y otra al concluir para levantarse.

Al entrar en el extrablecimiento cualquier Jefe y Oficial Auxiliar de la Ayudantía Mayor, «se tocará la señal de cierre de dormitorio y silencio, que es el toque que denota la entrada de un superior».

(57) Vid. CASTEJÓN, «La legislación penitenciaria española», cit., págs. 431 y 432.

mento lo acordaba. También los presos preventivos y arrestados, aunque paisanos, si conviniere a los jueces (arts. 1, 14, 15 y 16).

El sistema de clasificación interior consistía, primordialmente, en la separación de los condenados por delitos comunes de los condenados por delitos militares (art. 14), y las clases de los soldados, excepto si estuvieren degradados, en otras dos, quedando la población penal distribuida en cuatro brigadas:

- 1.^a De arrestados y detenidos.
- 2.^a De condenados a prisión militar menor por delitos militares.
- 3.^a De condenados a prisión militar mayor y reclusión militar; y
- 4.^a De condenados por delitos comunes (art. 255).

A su vez, la población reclusa se dividía en dos grupos:

- 1.º El de los que podían salir del estalecimiento, que eran todos los penados; y
- 2.º El de los que no podían salir, que eran los arrestados preventivamente (art. 243).

Los del primer grupo, bien se ocupaban de trabajos en el mismo arsenal, bien en otros especiales (arts. 260 y 261), percibiendo por ello un «plus» fijado por el Subinspector General, que se dividía en tres partes: dos para entrega al penado en el momento de su liberación o, en su caso, a la familia; y otra, para el Fondo Económico (art. 270).

Su organización era, finalmente, exclusivamente militar, siendo todo el personal procedente de la Armada.

Al gran Salillas, después de constatar la templanza en el trato, el orden y la escasez de enfermedades, le pareció, a la vista de otros, un presidio modelo (58).

En la última década del siglo pasado, que acabamos de estudiar, quedó prácticamente diseñado lo que pudiéramos denominar el gran esquema penitenciario español en materia de distribución de la población penal en los diferentes establecimientos, tanto civiles como militares. Era la primera etapa histórica de lo que se puede llamar la reforma penitenciaria material, pero falta el sistema.

Fruto de ese gran movimiento reformista, planteado ya bajo otros presupuestos que los del utilitarismo y la vindicación, fueron numerosas disposiciones dictadas al efecto por los Ministerios de la Guerra y de Justicia. Del primero merecen ser recordadas las RR. OO. de 30 de abril y 1 de mayo de 1894 (luego lo serían por otras, como la de 6 de septiembre de 1909), fijando como lugar de cumplimiento de penas privativas de libertad para las clases de tropa a Mahón, y para los marinos, Cuatro Torres (R. O. de 9 de febrero de 1893).

(58) Cfr. SALILLAS, «La vida penal», cit., pág. 244.

En cuanto a los que hubieren perdido su condición militar o los paisanos condenados por Tribunales de los fueros de Guerra y Marina a penas de reclusión perpetua o temporal, pasarían a cumplir en los presidios de Cartagena, El Dueso y San Miguel de los Reyes; si la pena fuera de presidio correccional o presidio y prisión mayor, en los de Alcalá de Henares, Burgos, Chinchilla, Granada, Ocaña, San Agustín de Valencia y Tarragona; y los castigados a prisión correccional cumplirían en las prisiones comprendidas en el territorio jurisdiccional de la Capitanía General a la que correspondiese el Consejo de Guerra (Real Decreto de 10 de marzo de 1902, reformando la clasificación de los Establecimientos civiles) (59).

V. EL DERECHO PENITENCIARIO MILITAR EN EL SIGLO XX. PRIMERAS DISPOSICIONES

I

El Reglamento para la Penitenciaría Militar de Mahón, aprobado por Real Orden Circular de 21 de octubre de 1909 (60)

Este Reglamento, uno de los de mayor solera penitenciaria, es quizá también el más conocido dentro de los medios jurídico-militares.

Se compone de 257 artículos, divididos en seis títulos: El primero, dedicado a disposiciones generales (organización; plantilla; sueldos, haberes y gratificaciones del personal destinado en la penitenciaría; uniforme, vestuario y efectos). El segundo, describe las obligaciones del personal (desde las del Coronel a los celadores y corrigendos, pasando por las correspondientes al Comandante Mayor, Capitán, Subalternos, Sargentos, Cabos, Junta Económica, Cajero y Habilitado, Oficial de Almacén, Ayudante y Oficial de Suministros, Capellán y Médico). El tercero, detalla la forma de prestarse los servicios en el establecimiento, incluidos los de barbería, cantina y falúa. El cuarto, trata exclusivamente de las instrucciones y de los premios y castigos. El quinto del servicio y régimen interior. Y, por último, el sexto, que se encarga de regular los trabajos en obras y talleres.

Se nos ocurre que, a la vista del texto legal, no cabe más absoluta falta de técnica jurídica. Si ya la distribución de sus títulos es confusa, la mezcla que continuamente hace de disposiciones, tanto para el personal de mando como para los reclusos, raya a veces en lo inconcebible; en alguno de sus capítulos, se entremezclan de tal forma las regulaciones que el enredo adquiere límites insospechados y poner orden sistemático para su exposición ha sido tamaño esfuerzo.

(59) Vid. GARCÍA VALDÉS, «Régimen penitenciario de España», cit., pág. 32.

(60) Publicado en la Colección Legislativa del Ejército, núm. 211 (Apéndice núm. 12). Año 1909.

Pues bien, a pesar del denunciado caos legislativo, la Penitenciaría Militar de La Mola, establecida en la fortaleza de Isabel II, por R. O. Circular de 10 de abril de 1891, tuvo su reglamentación a partir del 21 de octubre de 1909, y si bien sufrió dos modificaciones, una el 25 de enero y otra el 31 de marzo de 1911, es lo cierto que, una vez suprimida esta penitenciaría por Orden del Ministerio del Ejército de 24 de mayo de 1968, al crearse la prisión militar en el Castillo de Galeras de Cartagena en sustitución de aquélla, su normativa siguió aplicándose en ésta con igual operatividad (61).

En La Mola extinguieron sus condenas las clases e individuos de tropa:

1. Condenados a penas de prisión militar correccional o prisión correccional común, impuestas o que debieran de cumplirse durante la permanencia en filas, siempre que la duración de dichas penas fuese mayor de seis meses y no excedieran de tres años, y que éstas hubiesen sido impuestas por la jurisdicción de Guerra.

2. Los que por acumulación de varias correcciones o penas de arresto debieran de permanecer más de seis meses en los calabozos de los cuarteles, siempre que al ordenarse su alta en la penitenciaría les faltasen por cumplir, por lo menos, seis meses y un día.

3. Los condenados a penas de arresto mayor que, en conjunto, excedieran de seis meses, aunque cuando dichas penas les hubieran sido impuestas por la jurisdicción ordinaria, siempre que éstas debieran cumplirlas durante su permanencia en filas (art. 1).

Era pues criterio dominante en dicho reglamento el que el penado tuviera asegurada una permanencia mínima de seis meses

(61) La Orden de 24 de mayo de 1968, sobre supresión de la penitenciaría militar de La Mola, en Mahón, y creación de la de galeras en Cartagena, decía:

«A la vista de las actuales necesidades de la Administración Penitenciaria Militar, he resuelto:

Artículo 1.º. Queda suprimida la Penitenciaría Militar de La Mola (Mahón), que fue creada por R.O.C. de 10 de abril de 1891.

Artículo 2.º Se establece en el castillo de Galeras (Cartagena) una Penitenciaría Militar, en la que se cumplirán las condenas que se venían extinguiendo en la suprimida Penitenciaría Militar de La Mola (Mahón), de conformidad con lo establecido en los artículos 243 y 887 del Código de Justicia Militar.

Artículo 3.º Las Autoridades Judiciales, cuando dicten sentencia cuyo cumplimiento deba verificarse en la Penitenciaría Militar de Galeras (Cartagena), interesarán el traslado de los penados a la misma en idéntica forma y términos que hasta ahora se venía rigiendo la Penitenciaría Militar de La Mola (Mahón).

Artículo 4.º Hasta tanto no se redacte el nuevo Reglamento para la Penitenciaría Militar de Galeras (Cartagena), se aplicarán en dicho Establecimiento las normas de tal carácter por que se venía rigiendo la Penitenciaría Militar de La Mola (Mahón).

Artículo 5.º Por la Subsecretaría y el Estado Mayor Central se dictarán las normas complementarias para el cumplimiento de lo dispuesto en la presente Orden en los asuntos de su competencia respectiva».

y un máximo de tres años. Tanto era así, que expresamente estaba regulado el que los condenados a penas de prisión militar correccional o común, si una vez firme la sentencia y descontados los abonos de preventiva, lo que les restare por cumplir fuera menos de seis meses y un día, extinguieran dichas penas en las prisiones militares o en los calabozos de los cuarteles en que residieren, pero (aquí la sorpresa) causando alta en la penitenciaría, aunque no llegasen a incorporarse. Esta ficción quedaba rematada con el mandato de tener que «ir» socorridos por el oficial de transeúntes o por el cuerpo que la autoridad determinase, con la ración de pan y con el haber diario que para los corrigendos determinasen los presupuestos vigentes, pasando el justificante de revista y los cargos a la referida penitenciaría militar (art. 3).

Los que efectivamente llegaban a cumplir en La Mola sus condenas, que eran denominados penitenciarios, al extinguirlas volvían a los cuerpos de procedencia para completar el tiempo que les faltase de servicio militar obligatorio, a excepción de los procedentes de alabarderos, escolta real, guardia civil y carabineros, los cuales, cualquiera que fuera el punto donde hubieren cumplido la condena, si tenían algún compromiso obligatorio con el Ejército, pasaban directamente a cuerpo de disciplina (art. 4).

Los condenados estaban sujetos a la jurisdicción de Guerra por los delitos y faltas que cometieren dentro y fuera del establecimiento, pero aplicándose el Código de Justicia Militar o el Penal Ordinario según correspondiere, y en todo caso era competente la jurisdicción ordinaria para todos aquellos que causaren desafuero y que pudieran cometer fuera de la penitenciaría (art. 9), lo cual nos da base para creer que «de facto», los internos en aquel centro salían al exterior.

La alta inspección de la penitenciaría correspondía al Capitán General de Baleares, como Inspector en revista, y al General Gobernador militar de Menorca, la Subinspección (art. 12).

Como unidad administrativa constaba de una compañía sin plantilla fija, dividida en tres secciones, y éstas en las escuadras indispensables, según el número de corrigendos, a razón de doce por escuadra (art. 13).

Los condenados eran destinados a trabajos de carácter militar, bien en fortificaciones o limpieza y conservación de edificios del Ejército, bien en el acarreo de pertrechos o efectos militares, pudiendo el Capitán General de Baleares destinarlos a otros menesteres, con la sola limitación de que las ventajas que se obtuvieren de sus trabajos pertenecieran al ramo de Guerra (artículo 15).

Disponía de una escuela, análoga a la de los cuerpos de Infantería, para que pudieran aprender a leer y escribir los analfabetos y las obligaciones correspondientes al soldado, incluso las leyes penales. Esta escuela estaba a cargo del Oficial ayudante, con un sargento auxiliar y dos cabos (art. 16).

También estaba previsto la instalación de talleres de sastrería, zapatería, herrería, carpintería, encuadernación y otros análogos, los cuales, una vez cubiertas las atenciones del establecimiento, podían admitir otros trabajos, partiendo de que los ingresos que se obtuvieren por ellos (a excepción de los que se verificasen para la penitenciaría, que eran sin retribución alguna), se distribuían en cuatro partes: dos de ellas que pasaban a engrosar el fondo de material, una que recibían en mano los operarios y la restante que iba al depósito de ahorros para cuando los corrigendos cumplieran su condena (art. 17).

En principio, el personal previsto para la penitenciaría debía de ser del arma de Infantería y se componía de:

— Un Coronel primer jefe, que ejercía el cargo de Sargento Mayor de la fortaleza de Isabel II.

— Un Comandante que desempeñaba las funciones de Mayor.

— Un Capitán encargado de la compañía y auxiliar, a la vez, de la mayoría.

— Tres subalternos, encargados de las secciones, que también desempeñaban los cargos de cajero, habilitado y ayudante oficial de suministros y oficial de almacén.

— Seis sargentos, y

— Seis cabos (art. 18).

Las condiciones que habrían de reunir los jefes y oficiales destinados en la penitenciaría eran: firmeza de carácter, conducta irreprochable y aptitud para el mando, de manera que supieran conciliar la disciplina con la dignidad y buen ejemplo «que tan poderosamente influyen en la enmienda de los penados» (art. 22).

La uniformidad consistía: para el personal empleado en la penitenciaría, en el señalado para el arma de Infantería «con las iniciales del establecimiento, que eran «P. M.» enlazadas en el cuello de la guerrera los jefes y oficiales, y una «P», de metal dorado a la derecha y una «M» a la izquierda del cuello del capote o guerrera en las clases e individuos de tropa (art. 27).

Para los corrigendos el vestuario era generoso para la época: veintiocho «prendas», que iban desde el chaquetón y los pañuelos de bolsillo, hasta una percha, plato, cuchara y vaso; «para los trabajos de obras, limpiezas, servicios mecánicos y actos interiores, usaban pantalón y blusa de lienzo azul rayado de blanco, y alpargatas, con el gorro anteriormente descrito» (art. 28).

Expresamente estaba prohibido que dentro del establecimiento hubiera armas, herramientas, periódicos ni libros ajenos a la profesión militar o de estudio, instrumentos de música, ni muebles «que desdigan de la austeridad de una prisión», a cuyo efecto se disponían las requisas necesarias. En la cocina sólo se podían emplear cuchillos sin punta (art. 51).

Al mando de cada escuadra —compuesta de doce hombres— había un celador de la clase de los corrigendos nombrados por la Junta Económica, penados que eran elegidos para dicho cargo,

además de por su buena conducta, por sus condiciones «de subordinación, energía, carácter, moderación, agrado e imparcialidad», los cuales tenían las consideraciones de cabos del Ejército (artículo 108).

Estos celadores (62) aparecen muy perfilados en el texto reglamentario. Su naturaleza continúa siendo híbrida e inestable, mitad auxiliares, mitad confidentes, y así, debían celar «continuamente las acciones y conversaciones de todos los corrigendos, para conocer sus vicios y dar cuenta en el acto de cualquiera que merezca especial atención, a fin de que puedan tomarse con tiempo las medidas necesarias para la seguridad del establecimiento» (artículo 115).

Por su parte, el artículo 121, último del capítulo a ellos dedicado, acababa con el siguiente mandato: «Finalmente, los celadores serán puntuales en el desempeño de cuanto se les encargue; respetarán y obedecerán ciegamente a sus superiores, dando con ello buen ejemplo; serán fieles y exactos en el desempeño de sus destinos, so pena de perderlos, y vigilantes y prudentes con los corrigendos, para con ello merecer el aprecio de sus superiores; teniendo derecho, por su mayor servicio y consideración, a la ventaja de dos pesetas mensuales, pagadas del fondo de material del Cuerpo».

Los «corrigendos» (esto es, los condenados) tenían la condición de militares en servicio activo, aun cuando no se les abonase el tiempo de condena, y tenían derecho al haber del soldado de segunda clase de Infantería, con igual alimentación, «percibiendo sólo en mano la mitad de las sobras que se les abonarán cada dos días y la otra mitad se ingresará en el fondo de material» (artículo 122). No podían tener en su poder mayor cantidad de una peseta (art. 131).

Interesante entiendo que resulta (y en ello vemos un principio de trabajo en semi-libertad, que en cierta manera me recuerda los destinos de remeros del penal de Cuatro Torres) el destino de falúa (art. 197). En efecto, al servicio de la penitenciaría de La Mola había una falúa, tripulada por un patrón contratado; que disfrutaba de un sueldo mensual de 45 pesetas, y que tenía a su cargo la enseñanza de los remeros, ocho corrigendos elegidos de entre los de mejor conducta y que a lo sumo les faltase menos de seis meses para cumplir sus condenas. Estos percibían una gratificación mensual de 2,50 pesetas, con cargo al fondo de material (63).

(62) Esta figura está tomada de la de igual nombre, creada por R.O. de 30 de diciembre de 1885, en las prisiones civiles, para sustituir a los cabos de vara.

(63) Recuérdese que el artículo 302 de la Ordenanza General de Presidios, de 14 de abril de 1834, prohibía que los presidiarios de Africa fueran «ocupados en faena de marinero; *remero* u otro semejante, ni en los jabeques o *buques de los presidios*, a fin de evitar que eludan las condenas y se fuguen a la costa del moro o a la Península» (el subrayado es mío).

También para los celadores había una atenuación de la pena privativa de libertad, pues los de mejor conducta, aparte de ir destinados a trabajos fuera de la fortaleza, los domingos y festivos podían disfrutar de un permiso para andar y pasear por el interior de la misma. A los corrigendos que se hacían acreedores a ello, se les dispensaba de prestar servicios mecánicos, prefiriéndoles para destinos propios de su clase, concediéndoles el derecho a trabajar en las obras y ocupar las vacantes de celador cuando se producían (art. 200).

Como castigos reglados, además de los consignados en el Código de Justicia Militar, se podían imponer: recargos en los servicios mecánicos, pérdida del cargo de celador con anotación en su historial, brigada de corrección, destino a calabozo, exclusión de salida a trabajos en el exterior y privación de gratificaciones (artículo 201).

A los «incoregibles» se les separaba, en un local cerrado, del resto de los penados, a fin de que no tuvieran contacto con ellos, pudiéndoseles mandar los servicios de mayor fatiga dentro del establecimiento (art. 202).

En materia laboral el último título del Reglamento regulaba dos tipos de actividades: los trabajos en obras del exterior y los efectuados en los talleres del interior (capítulos I y II).

Aunque la normativa no presenta ningún interés especial, digamos, por lo que respecta a los primeros trabajos, que el jornal mínimo era de 0,50 pesetas, lo mismo que los celadores, aunque éstos no trabajasen, pudiéndoseles aumentar a unos y otros, si por su inteligencia y oficio, se hicieran acreedores a mayor jornal (art. 235).

En cuanto al trabajo en el interior, estaba previsto su carencia y, en este supuesto, se permitía «otros de fuera del establecimiento», siempre que favorecieran al ramo de la Guerra en cualquiera de sus manifestaciones, «siendo de libre contratación de los trabajadores del taller con la intervención del Oficial de almacén» (art. 251).

Irritante ha de parecer que en el resto de los talleres la reposición de las herramientas se pagaran por mitad del fondo de materiales de la penitenciaría y del jornal de los penados, «precisamente de la cuarta de los ingresos líquidos que se les entregaba en mano mensualmente después de hecha la liquidación... a excepción de la máquina de coser que existe en la sastrería, la que por su mayor coste, duración y ventajas que proporciona al establecimiento, se repondrá toda ella del fondo de material» (artículo 248). De cualquier manera, la prosperidad de las explotaciones debió ser muy escasa, pues estaba previsto que en los talleres de sastrería y zapatería, si no llegaban a recaudar cinco pesetas líquidas, «se les completará a cada taller dicha cantidad del expresado fondo para distribuirla entre sus operarios, en consideración

a las ventajas que estos dos talleres proporcionaban al establecimiento» (art. 256).

Terminaba el Reglamento de la Penitenciaría Militar regulando un indulto: «Anualmente, y bajo la presidencia del jefe del establecimiento, se reunirán todos los jefes, oficiales y sus asimilados que tengan destino de plantilla en la penitenciaría, y examinados los antecedentes de todos los corrigendos, previo acuerdo unánime y trámites legales, podrán proponer, por conducto del Capitán General de Baleares, y con la conformidad del mismo, el indulto de uno o dos corrigendos que, además de saber leer y escribir, lleven cumplida más de la mitad de la condena y se hubieran distinguido por su brillante comportamiento, disciplina y arrepentimiento sincero, por si S. M. los considera acreedores a dicha gracia. Dicha Junta podrá reunirse durante el mes de diciembre. Si examinados los antecedentes de los corrigendos no hubiera ningún acreedor a la gracia mencionada, no se hará la propuesta ni se volverá a reunir la Junta hasta el año siguiente» (art. 257).

II

Reglamento para el régimen y gobierno de las Prisiones Militares de Madrid, aprobado por Real Orden Circular de 1 de mayo de 1920 (64)

A mi juicio, este reglamento es el más penitenciario de cuantos anteriormente he estudiado. Su redacción es clara y cuidada, con sentido profesional, y su lectura se hace fácil e inteligible para el profano, lo cual es un mérito, pues no se ha de olvidar que, en definitiva, sus últimos destinatarios eran militares y no penitenciaristas.

Es un texto jurídico que desprende agudeza e ingenio y tiene un evidente sentido didáctico que emana de sus normas.

Con 267 artículos, divididos en diecinueve capítulos, alguno de ellos con subtítulos aclaratorios, hay que distinguir en él tres partes: una, la dedicada a fijar el objetivo de las prisiones militares de Madrid, las atribuciones de los jueces civiles y militares respecto de los internados y relacionar las autoridades que tenían paso franco en el establecimiento, que es la de mayor precisión técnica. La segunda, más amplia, que pudiera extenderse desde el capítulo IV al VII, donde se recogen los deberes, derechos y atribuciones del Gobernador de la misma, su segundo jefe, capitanes, oficiales-subalternos, llaveros, subllaveros, cabos y soldados-ordenanzas. Y, por último, la tercera, que agrupa los capítulos referentes a los servicios de higiene, limpieza, asistencia médica y religiosa, seguridad (requisas), comunicaciones de oficiales y de

(64) Colección Legislativa del Ejército, págs. 223 y sigs. (Apéndice número 2). Año 1920.

las clases de tropa, etc. En el último capítulo —el XIX— están plasmadas las instrucciones a los comandantes de la guardia exterior, y tienen el sabor del más puro casticismo madrileño.

Las prisiones militares de Madrid tenían por objeto principal el custodiar a cuantas personas fueran detenidas, arrestadas o presas por orden (escrita) del Capitán General de la Primera Región, Jefe de la Jurisdicción de Marina, Gobernador Militar de la plaza y provincia de Madrid y jueces permanentes o eventuales de la misma, debiendo ser ratificadas las órdenes de estos jueces por el Capitán General en el término de veinticuatro horas. De no hacerlo así, el jefe de la prisión lo debía poner inmediatamente en conocimiento de dicha autoridad para la resolución que procediere.

En las prisiones militares ingresaban también, en concepto de detenidos, hasta que se dictaba auto o diligencia de prisión o libertad, y en clase de presos o arrestados, los individuos y clases de tropa, transeúntes, y los generales, jefes y oficiales y sus asimilados, tanto en situación activa como retirados de todas las Armas, Cuerpos e Institutos del Ejército.

En ellas también podían cumplirse las penas que, con arreglo a los códigos de justicia militar y penal de la Marina de Guerra, podían extinguirse dentro del Ejército o la Armada.

Los jueces militares permanentes podían disponer por sí el ingreso en la prisión de los detenidos o presos, en los términos y condiciones prevenidas en su artículo 1.º. Los jueces de instrucción civiles, que acordasen la detención o prisión de un aforado de Guerra, debían interesarlo, previamente, del Capitán General de la Primera Región con testimonio u orden, correspondiendo a dicha autoridad militar ordenar el ingreso. Iguales formalidades deberían guardar cuando acordasen la libertad de los detenidos o presos a su disposición.

En el caso de instruirse alguna causa de carácter especial y urgente, el Capitán General comunicaba al Gobernador de estas prisiones el nombre y empleo del juez nombrado y, en este caso, no era preciso que la detención o prisión de los ingresados tuviera que ser ratificada por aquella autoridad.

En cualquier caso, los jueces instructores militares y los civiles podían comunicar, en la sala de declaraciones (locutorios), con los detenidos o presos en virtud de las causas que les tramitaran, siempre que lo creyeran necesario, y también los defensores de los procesados, sin más requisito que la solicitud de la venia del Gobernador de las prisiones militares de Madrid, esto es, de su director. Los jueces militares debían presentarse de uniforme y los civiles ostentar el bastón distintivo de su cargo.

«Tenían entrada franca y a toda hora» el Presidente del Consejo de Ministros, Ministro de la Guerra, Presidente y Fiscales militar y togado del Consejo Supremo de Guerra y Marina, Capitán General de la región, Gobernador militar de la provincia, Jefe de

Estado Mayor, Auditor y Fiscal jurídico-militar de la región. Los tres últimos tenían que limitarse a comunicar al Capitán General las deficiencias o particularidades que observasen en su inspección, y el último también daría cuenta del resultado de su visita al Fiscal togado del Consejo Supremo.

El Gobernador de estas prisiones era el responsable, en primer término, de la fuga de presos o arrestados, a menos que pudiera probar que había dictado oportunamente las órdenes necesarias para prevenir o evitar aquéllas.

Las faltas que cometieran los presos podía corregirlas, exclusivamente, el Gobernador de la prisión con: 1. Reprensión. 2. Apercebimiento, y 3. Reclusión en celda de uno a quince días, con privación de recibir visitas durante dicho plazo. Si la falta mereciere mayor castigo, debía limitarse a recluir en celda al culpable y poner el hecho en conocimiento del Capitán General, si se tratase de presos, o del Gobernador militar, si de detenidos o arrestados, para que éstos acordaren lo que estimasen conveniente.

Es evidente que este reglamento estaba concebido con una mentalidad distinta a cuantos conocemos hasta el momento. Baste, como ejemplos, los siguientes:

«para la conducción de presos al hospital el Gobernador de las prisiones debía solicitar del Gobernador militar de la plaza el envío de un carruaje de Sanidad Militar...» (art. 16);

«si se declarase un incendio dentro del establecimiento, el Gobernador o quien le represente procurará dominarlo con cuantos recursos propios tenga, y únicamente en el caso de ser absolutamente necesario, reclamará el auxilio exterior, siendo su primer cuidado trasladar los presos a lugar seguro, con las debidas precauciones» (art. 32).

«En la oficina del Gobernador... se llevará también una carpeta donde figuren por orden cronológico cuantas disposiciones de carácter general deban ser tenidas en cuenta para el régimen y gobierno de las prisiones...» (art. 25).

Los oficiales «vigilarán para que los empleados y ordenanzas guarden a los presos y personas que visiten el establecimiento las consideraciones debidas, no permitiendo tengan familiaridades con los presos, para evitar abusos» (art. 63).

La plantilla de los empleados —llaveros y subllaveros— era de seis de los primeros y cuatro de los segundos (en total diez empleados), los cuales efectuaban turnos diarios.

Debían tener presente «que la seriedad en todos los servicios, la probidad en todos sus actos y el buen trato a los presos, que es compatible con el cumplimiento riguroso del reglamento, será la manera más fácil de hacerse querer y respetar, facilitándose con ello el desempeño de su cometido» (art. 71).

A tan sabia disposición añadían los siguientes artículos: «Han de tener muy en cuenta que al entrar de servicio se deposita en

ellos una gran confianza, y que la negligencia en el cumplimiento de las órdenes y consignas recibidas puede a veces ser origen de graves conflictos y cuya responsabilidad en algunos casos, además de a ellos, alcanzaría a sus jefes...». «Deben considerar que su servicio es una continuación del que anteriormente prestaban en la Guardia Civil o cuerpo militar de donde proceden, y vigilarán con astucia al personal que custodian, para conocer sus intenciones, y no confiar nunca en las apariencias de bondad e inocencia...». «En su trato con el elemento civil y persona de diferente sexo tendrán presente que no es incompatible el cumplimiento del deber con la consideración y respeto que deben guardar a las personas que por cualquier motivo llegasen hasta ellos».

«Si algún preso mereciera ser reprendido, le amonestará (el llevarlo o subllavero), con palabras y formas correctas; pero si la conducta del preso exigiera tomar una providencia, avisará al oficial de guardia por medio del subllavero u ordenanza» (artículo 106). Esto respecto a las clases de tropa.

Si prestaren servicio en el departamento de arrestados de la clase de oficiales, sus facultades eran menores. En estas dependencias su norma de conducta estaba resumida fundamentalmente en el precepto núm. 131; «deberá ser amable y correcto con los presos, prescindiendo de las faltas o delitos que hubieren motivado su ingreso en prisión; pero dentro de esa corrección impedirá siempre toda infracción del reglamento, evitando cortesmente todo aquello que infrinja el régimen a que esté sometido el preso o arrestado».

En el departamento de tropa prestaban diariamente servicio de vigilancia un Llavero y un Subllavero, en el de oficiales uno solo de ellos, turnándose entre sí, si bien auxiliados por un soldado-ordenanza.

Del cuidado y meticulosidad con que se confeccionó esta normativa, se me ocurre como ejemplo, otra muestra, en mi criterio altamente significativa: las comunicaciones. Los oficiales y generales presos o arrestados, recibían las visitas en su celda, dejando abierta la puerta de la misma; pero si concurrían varias personas para visitar a un solo jefe u oficial, si el capitán de servicio u oficial de guardia estimasen que eran muchas para efectuar a un tiempo la visita «harán pasar a su despacho a las que últimamente lleguen y avisará al oficial visitado, con el fin de que abrevie la duración de las visitas, si es que quiere recibirlas todas» (artículo 199). Las clases de tropa podían ser visitados por sus familiares y amistades, estuvieren presos o arrestados, los domingos y jueves, durante dos horas. Bajo la vigilancia de un Llavero o Subllavero, los visitantes se situaban en los bancos al efecto a un lado de la sala de visitas y los presos en el opuesto, para evitar que pudieran entregarse «escritos o efectos». Si algún preso deseaba entregar a un visitante o viceversa, alguna carta, objeto o vianda, lo solicitará de los Llaveros para que éstos resuelvan por sí, o consulten

con el oficial de guardia si el caso no fuera de sus atribuciones, lo que parece implicar que, generalmente, no había censura.

Entiendo que seguir destacando detalles, altamente significativos, del régimen interior de la prisión (ampulosamente autodenominada Prisiones Militares de Madrid), sería interesante, pero haría demasiado larga y sin mayor sentido esta exposición. Baste con que, una vez más, subraye el acierto de sus redactores al conseguir plenamente los objetivos previstos con este reglamento, recientemente derogado (65).

Sin embargo, antes de concluir con este somero estudio del Reglamento de las Prisiones Militares de Madrid (que debieron estar situadas en el Madrid de los Austrias, en terrenos próximos a la Puerta de Toledo, detrás de la actual Basílica de San Francisco el Grande) (66), no resisto la tentación de traer aquí algunos de los párrafos más significativos del último Capítulo, reservado, como dije líneas atrás, a la guardia exterior del edificio.

He aquí algunas de sus instrucciones:

Al centinela de la calle de los Santos (hoy desaparecida) se le encomendaba —por estar enfrente de la fachada principal— que impidiese que por las ventanas del piso principal de la parte comprendida entre la puerta de entrada y la esquina de la calle del Rosario, descienda persona alguna, ni arrojen papeles u otros efectos, pero si los arrojaran «los recogerá para entregarlos inmediatamente, para que por el conducto debido sean entregados al Coronel-Gobernador u oficial de la guardia interior, dando también inmediato aviso de todo aquello que considere anormal o sospechoso. Igualmente impedirá que por las referidas ventanas y por las cuatro rasantes con la acera de la derecha de la puerta de entrada se comunique persona alguna del exterior con el interior, vigilando también las guardillas y tejados que dan a la calle de los Santos» (art. 260).

Iguals consignas tenía el centinela de la calle del Rosario, respecto de las cinco ventanas del piso principal, pero no de las rasantes «que corresponden a pabellones ocupados por oficiales con destino en el establecimiento» (art. 261).

A los soldados de la guardia les advertía: «no obstruirán el paso en las puertas de entrada, ni en la galería, pasando de la mampara en el sólo caso de que vayan al retrete o a la fuente.

(65) Cfr. disposición derogatoria del Real Decreto 3.331/1978, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de establecimientos penitenciarios militares.

(66) Esta deducción la hago teniendo en cuenta la actual situación de la calle del Rosario, pues la de los Santos ha desaparecido; no figura incluida en los trabajos de CASTELLANOS, «Algo más sobre las Prisiones de Madrid durante el primer tercio del siglo XIX» y de FUENMAYOR GORDON, «Las cárceles madrileñas, su emplazamiento y su tiempo», publicados ambos en la Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios, núm. 131, 1957, págs. 912 y siguientes, y 975 y sigs., respectivamente. Sí la menciona, en cambio, DE RAMÓN LACA, «Las viejas cárceles madrileñas (siglos XV a XIX)». Madrid, 1973, páginas 35 y 36, localizándola donde se sostiene en el texto.

Observarán con los transeúntes y con toda persona que visite o ingrese en las prisiones, la debida corrección, y en sus conversaciones omitirán el empleo de palabras malsonantes, ni molestarán a las mujeres con palabras que, aun siendo para alabarlas, resultan siempre irrespetuosas» (art. 265).

Terminaba así. Artículo 267: «No se permitirá que en la puerta de entrada y galería se estacionen personas extrañas al establecimiento, ni los ordenanzas. Cuando acudan mendigos para recoger las sobras del rancho, se les obligará a situarse en la acera de enfrente, y la distribución se verificará en lugar distinto a la puerta de entrada.

El Cuerpo de guardia y cuarto del Sargento estarán siempre en perfecto estado de limpieza, no permitiéndose la entrada en el mismo de paisano alguno».

Para cerrar este importante momento de la divergencia entre ambos Derechos penitenciarios, el civil y el militar, al que he dedicado más de la mitad de mi exposición, quiero reflexionar, brevemente, sobre unos últimos puntos, a modo de resumen del capítulo (67).

En la medida que el cumplimiento de las penas en las cárceles españolas se «complica» por la fuerza inductora de los grandes mecanismos de sustitución y acortamiento, como la condena condicional y la libertad condicional, así como por los avances de otras nuevas disciplinas auxiliares como la Pedagogía correccional, la Criminología, la identificación dactiloscópica y pelmatoscópica, la contabilidad penitenciaria, etc., aparte de la irrupción de una nueva filosofía que, proclamándose continuadora de la acción protectora y reinsertadora de los reclusos, al mismo tiempo empieza a desconfiar de las posibilidades de mejora que pueden proporcionar los establecimientos carcelarios, en el Derecho penitenciario de fuero común, por la propia dinámica de los penitenciaristas, se procede a un nuevo movimiento de reforma que va desde la remodelación de viejos edificios y creación de otros nuevos a la actualización constante de sus normas, pasando por el intento de aplicación de nuevas técnicas de tratamiento y potenciación del Centro docente penitenciario de formación de sus funcionarios.

En las prisiones militares no fue así, y por dos razones: el Ejército, como institución, no tuvo los grandes agobios que le proporcionaron los presidios africanos, desde mediados a finales del XIX; y no prestó mayor atención a la formación de un personal cualificado en esta actividad. He ahí el sentido del contenido didáctico de sus normas y reglamentos, que nunca tuvieron más alcance que el hacer cumplir la pura privación de libertad, con

(67) No creo posible entrar ahora a matizar y establecer las múltiples diferencias que tanto en el cumplimiento de las penas privativas de libertad como en la ejecución de la pena de muerte, se observan entre las esferas penitenciarias civil y militar. Un análisis comparativo, por ejemplo, entre el Reglamento de Prisiones del año 1930 y el recién estudiado de las Prisiones Militares de Madrid, arroja un gran caudal informativo.

una cierta dignidad tanto por parte de los prisioneros, como de sus custodios.

Por otro lado, como desde las Capitanías generales, los Auditores, y desde los juzgados militares, permanentes o eventuales, los jueces y secretarios, siempre siguieron de cerca el cumplimiento de las condenas (en la jurisdicción militar las visitas de cárceles siempre tuvieron gran importancia), en los reglamentos penitenciarios militares es fácil observar, si no la carencia, sí la poca valoración que se hace de esa oficina jurídica penitenciaria, conocida como «oficina de régimen» en todos los establecimientos, que de hecho viene a ser el motor de su funcionamiento.

En último término, tampoco vemos en el Derecho penitenciario militar esa nítida distinción entre la ejecución y el cumplimiento de la condena. Por el contrario, en el ordenamiento civil se acrecienta ostensiblemente el carácter administrativo de la actividad penitenciaria, hasta que, como se sabe, tras la promulgación de la Ley Orgánica General Penitenciaria se judicializa dicha actividad, por efecto de la figura del juez de vigilancia penitenciaria.

VI. DERECHO PENITENCIARIO MILITAR: ULTIMAS DECADAS. CONCLUSION

El Derecho penitenciario militar, perdida ya la iniciativa que tuvo a principios del XIX, empieza a ir no sólo a remolque del civil, sino con evidente retraso. Veámoslo:

La Ley de 31 de julio de 1910, de «Condena condicional en los fueros de Guerra y Marina», no es sino la versión castrense de la Ley de 17 de marzo de 1908, de condena condicional, y del Decreto de 23 de marzo, también del año 1908, del procedimiento para su aplicación.

Asimismo, la Ley de 28 de diciembre de 1916, de «Libertad condicional en los fueros de Guerra y Marina», no es ni más ni menos que la traslación de la Ley de Libertad Condicional, de 23 de julio de 1914, al terreno militar. En virtud de esta Ley de 1916, a las Comisiones Provinciales de Libertad Condicional se incorporarían un Teniente Auditor de Guerra y otro Teniente Auditor o Auditor de la Armada, con la misión preferente de informar sobre los condenados de su jurisdicción. De ser favorable, si la propuesta lo era en pro de un condenado por Tribunales afectos al Ministerio de Guerra o Marina, que estuviera recluso en prisiones dependientes del Ministerio de Gracia y Justicia, el expediente era resuelto por el Ministerio respectivo. En todo caso, el Ministerio de la Guerra conocerá y resolverá todo lo relativo a la aplicación de la libertad condicional a los penados militares reclusos en la penitenciaría de Mahón, en castillos, fortalezas o en otros establecimientos dependientes de dicho Ministerio; y el de Marina, en todo lo referente a sentenciados por esta jurisdicción que se

hallen en la penitenciaría de Cuatro Torres, del Arsenal de La Carraca, en buques, castillos o en otros establecimientos dependientes de este último (68).

Posteriormente, por Real Orden de 1.º de enero de 1917 se dispondrá que los individuos de tropa declarados libertos que tuvieran obligación de servir en filas, volverán al cuerpo de procedencia o al que se les destine, para extinguir el tiempo de su obligación, y terminado el «periodo de prueba» (¡!), podrán ser propuestos para la libertad definitiva; este tiempo, les será de abono a los efectos de la Ley de Reclutamiento, y si concluyera antes del de libertad condicional, extinguirán ésta en igual forma que los demás penados. A los oficiales y asimilados, durante el tiempo de libertad condicional se les declarará en situación de cuartel o reemplazo forzoso.

La Orden de 2 de julio de 1934, sobre libertad condicional en la Jurisdicción de Marina, disponía que para su aplicación a los condenados que extingan en la penitenciaría naval de Cuatro Torres, en buques, cuarteles, arsenales u otros establecimientos de la Armada, se constituyan en cada Base naval una comisión de libertad condicional, constituida por un Capitán de navío o de fragata, como Presidente, que designe el Jefe de la Base; un Jefe de Sanidad, designado en la misma forma, y el Auditor de la Base. Recibidas las propuestas en la Auditoría General, serán consideradas por la Comisión Central, compuesta por el Ministro togado, Jefe de la Jurisdicción de Marina, por un Capitán de navío, el Fiscal de la Jurisdicción y el Secretario.

Por lo que respecta a la incidencia que la II República tuvo en el ámbito del Derecho Penitenciario Militar, aparte de la referencia hecha anteriormente a la Orden de 2 de julio de 1934, sobre libertad condicional, parece conveniente recoger, como puntos de inevitable consideración, el Decreto de 2 de junio de 1931, determinando las funciones de los Auditores de Guerra, en relación con los servios penitenciarios, pues según dice su artículo 11, a los Auditores les corresponde las facultades que el Código de Justicia Militar confería a los Capitanes Generales respecto a los indultos, invalidaciones de notas desfavorables estampadas, en virtud de condena por razón de delito o falta grave; visitas de cárceles, licenciamiento de penados, así como las que les concedieran las leyes especiales de libertad y condena condicionales.

La Orden Circular de la Dirección General de Prisiones de 26 de julio de 1933, dictada a instancias del de la Guerra, disponiendo se suprima la impresión dactilar en los expedientes de los reclu-

(68) CADALSO, «La actuación del Directorio Militar en el Ramo de Prisiones». Madrid, 1924, Capítulo III. Edificios. Prisiones Centrales. En la página 39 se lee: «El número de dichas prisiones (Centrales) es de ocho actualmente, en lo que respecta a la jurisdicción ordinaria; para la de Guerra existe la de Mahón (Isla de Menorca-Baleares) y para la Marina, la de Cuatro Torres, establecida en el Arsenal de La Carraca (San Fernando-Cádiz). De estas dos últimas no tratamos por no corresponder a este trabajo...».

sos militares, para evitar la desigualdad de trato que se produce respecto de aquellos militares que son detenidos o presos en las prisiones de la jurisdicción ordinaria a causa de la falta o insuficiencia de locales del Ramo de la Guerra; y porque en los establecimientos militares, cuarteles, fortalezas, prisiones, etc., no se comprende el requisito del «fichado» de cada individuo al tiempo de su ingreso.

Y la Orden Circular del Ministerio de la Guerra, de 10 de abril de 1933, disponiendo la forma en que se han de rendir honores a las autoridades cuando giren visitas generales a las prisiones (la guardia de los edificios se presentarán en fila, descansando las armas) que, según mi parecer, sigue vigente (69).

Por el contrario, con ocasión de la promulgación del nuevo Reglamento de Establecimientos Penitenciarios Militares, de 1978, han sido expresamente derogadas:

1. La Orden Circular de 5 de agosto de 1933, sobre establecimientos en que habían de cumplirse determinadas penas impuestas por la jurisdicción ordinaria.

Se trataba de una disposición confirmatoria —dictada como consecuencia de una consulta sobre la vigencia de otra Orden del Ministerio de Justicia, de 13 de febrero de 1875—, por la que se disponía que los individuos que estuvieran prestando servicio en el Ejército y debieran cumplir las penas de arresto o prisión subsidiaria, lo hicieran en los cuarteles o prisiones militares de las poblaciones donde se encontraren los Cuerpos o Institutos a que pertenecieran (70).

(69) Cfr. CAMPILLO, «Legislación Penitenciaria». Alcalá de Henares, 1935, páginas 127 y 128.

(70) La citada Orden de 5 de agosto de 1933, sobre Establecimientos en que han de cumplirse determinadas penas impuestas por la jurisdicción ordinaria, decía:

«Excmo. Sr.: Suscitadas dudas con motivo de la imposición de una pena de arresto menor por un Juzgado municipal de Mahón, a un soldado de la guarnición de dicha plaza, respecto al establecimiento en que debiese extinguir la referida condena; teniendo en cuenta que la orden del Ministerio de Justicia de 11 de noviembre de 1932 no ha derogado la de 13 de febrero de 1875, que excepcionalmente determina que los individuos del Ejército y de la Armada que deban cumplir penas de arresto o prisión subsidiaria, las extingan en los cuarteles o prisiones militares, donde se encuentren los Cuerpos o Institutos a que pertenezcan, y considerando que subsisten las razones que motivaron la publicación de la mencionada disposición, por el Ministerio de la Guerra, en cumplimiento de lo acordado por el Consejo de Ministros, se ha resuelto:

Primero. Los individuos del Ejército, mientras estén prestando servicio, que deban cumplir penas de arresto o de prisión subsidiaria, lo mismo cuando hayan sido juzgados antes de su incorporación a filas que en el caso de serlo durante la prestación de sus servicios, seguirán extinguiendo dichas condenas, según se dispuso en la orden del Ministerio de Justicia de 13 de febrero de 1875, en los cuarteles o prisiones militares de las poblaciones donde se encuentren los Cuerpos o Institutos a que pertenezcan.

Segundo. En tales casos, recibido que sea por el Auditor de la división, territorio o Comandancia militar respectiva, el testimonio de la ejecutoria correspondiente, dicha autoridad judicial militar acusará recibo e interesará

2. La Orden de 5 de diciembre de 1933, sobre dependencia orgánica de las prisiones.

Suprimido el cargo de Inspector General de Prisiones, por haber terminado las circunstancias especiales que hizo conveniente su nombramiento, el Ministro de la Guerra dispuso que los Generales de las Divisiones se hicieran cargo de las prisiones militares establecidas en los territorios de su mando.

3. La Orden de 19 de febrero de 1934, aprobando las instrucciones para el régimen interior y servicio en castillos y fortalezas, dependientes del Ramo de la Guerra (71).

Esta norma era un mini-reglamento penitenciario, compuesto de 32 artículos, ayuno, a mi juicio, de imaginación y sistemática. No tiene otro interés que el histórico, pues fue una normativa improvisada para regular ciertas prisiones para ex-militares. Disponía que los Comandantes militares de los castillos y fortalezas, plazas fuertes y demás prisiones para este tipo de reclusos, ejercieran las funciones de directores de prisiones. Serían auxiliados por uno o dos oficiales, de los cuales uno desempeñaría las funciones de segundo jefe. Había un jefe de Llaveros, de la categoría de suboficial, y Llaveros (clases del Ejército) y ordenanzas (soldados), en número proporcionado al que necesitare el establecimiento, teniendo en cuenta el número de presos y penados que albergare. El personal que no figuraba en plantilla, quedaba como agregado procedente de la división orgánica de donde radicaba (art. 1).

El Comandante Militar podía corregir, por sí, las faltas que cometieran los reclusos con los dos correctivos siguientes: reprensión y apercibimiento. Si la falta cometida mereciera mayor castigo, lo debía poner en conocimiento del Ministerio de la Guerra. También tenía facultades para imponer a sus subordinados correctivos por las faltas que aquéllos pudieran cometer, siendo sus atribuciones respecto a este particular iguales a las conferidas a los jefes de Cuerpo (art. 6).

Si los reclusos por sí, o auxiliados desde el exterior, cometiesen o intentasen cometer algún acto sedicioso, motín, etc., el Comandante debía dominarlo por cuantos medios tuviese a su alcance y «le sugiriera su celo e inteligencia» (art. 7).

En resumen, es un Reglamento penitenciario (regula lo relativo a los Comandantes militares, los oficiales destinados al servicio de

del General de la propia división, territorio o Comandancia militar, que disponga la ejecución y cumplimiento de lo ordenado en dicho testimonio, y luego que se haya extinguido la condena, se remitirá por el mismo Auditor el certificado expedido por la autoridad militar, en el que se haga constar el cumplimiento de la pena al Juzgado correspondiente, para que se una a las actuaciones y que surta en ellas los efectos que legalmente procedan.

Tercero. En los casos de imposición de las penas a que se refiere el reglamento para la Penitenciaría Militar de Mahón de 21 de octubre de 1909, continuará observándose lo que en las disposiciones del citado reglamento está prevenido».

(71) Colección Legislativa del Ejército. Núm. 94, págs. 74 a 81. Año 1934.

las cárceles, el jefe de Llaveros, los Llaveros, el servicio nocturno de éstos, las clases e individuos de tropa de servicio de ordenanzas, de los reclusos y los reclusos incomunicados, los condenados a la pena de muerte, el régimen y el servicio, el servicio médico, los auxilios espirituales, el servicio de requisa y vigilancia, las comunicaciones de los reclusos, la higiene y la limpieza, y el utensilio y el mobiliario), surgido en unos momentos de tremenda convulsión social, preludio de una guerra. Pero carece de otro interés.

En último término y aunque no ha sido expresamente derogada, sí quiero dejar constancia de otra disposición, de indudable interés penitenciario, que vio su luz durante la II República española: la Orden de 17 de mayo de 1934, disponiendo el lugar de cumplimiento de las condenas de militares sentenciados por la jurisdicción ordinaria, a penas que no producen su salida del Ejército.

Esta Orden, a diferencia de las citadas «Instrucciones para el régimen y servicio en castillos y fortalezas dependientes del ramo de la Guerra», de 19 de febrero de dicho año, dictada, como he dicho, para acoger a los militares que, como consecuencia de las condenas impuestas, habían perdido su condición de tales, en la de 17 de mayo, el sentido es inverso: en virtud de esta Orden, los Generales, Jefes, Oficiales y sus asimilados, que hubiesen sido sentenciados por los Tribunales de la jurisdicción ordinaria a penas que: a) por no exceder de tres años; b) por su naturaleza; y c) por sus accesorias no llevaban consigo la separación del servicio o la pérdida del empleo, cumplirían sus condenas en los establecimientos militares que designasen los Generales Jefes de las respectivas Divisiones, Comandantes militares de Baleares y Canarias y Jefe de las fuerzas militares de Marruecos. Los individuos del Cuerpo de Suboficiales y sus asimilados, en los casos previstos anteriormente, cumplirían de igual forma, pero con separación de los oficiales y clases de tropa. Para el personal del Cuerpo Auxiliar Subalterno del Ejército, ya extinguido, se estaba a lo dispuesto en el último párrafo del artículo 10 de la Ley de 13 de mayo de 1932.

De la legislación surgida del nuevo Estado, a raíz de la guerra civil, por su interés penitenciario, debemos hacer referencia a las siguientes disposiciones legales:

1. Decreto de 28 de mayo de 1937, concediendo el derecho al trabajo a los prisioneros de guerra y presos comunes, bien en calidad de peones, sin perjuicio de que por conveniencias del servicio puedan ser utilizados en otra clase de empleos o labores, en atención a su edad, eficacia profesional o buen comportamiento, bien en ocupación distinta, en cuyo caso sería aumentado su jornal en la cantidad que se señalase. Los presos y prisioneros de guerra tenían la consideración de personal militarizado, debiendo vestir el uniforme que se estableció y quedando sujetos,

en su consecuencia, al Código de Justicia Militar y Convenio de Ginebra, de 27 de junio de 1929.

· La autorización para trabajar la concedían los jueces instructores, mediante providencia dictada con intervención del Auditor.

2. La Ley de 8 de septiembre de 1939, creando las colonias penitenciarias militarizadas (72).

Desde la Presidencia del Gobierno, se crearon estas colonias, dependientes del servicio del mismo nombre, con el fin de utilizar a los penados en la ejecución de obras públicas o particulares y en la explotación, con carácter provisional o permanente, de determinadas industrias. El referido servicio de colonias penales militarizadas tenía organización y carácter militar y mantenía relación permanente con el Ministerio de Justicia, a través del Patronato de Redención de penas por el trabajo, con el de Obras Públicas y con el del Ejército.

La militarización del servicio, según el legislador, venía impuesta porque «alejados (los condenados) de los establecimientos penitenciarios y en ocupaciones que para ejercerlas exigían desahogada actividad, sólo una estrecha disciplina, colaboradora de aquella vigilancia, puede evitar riesgos que de otra suerte podrían producirse».

Las unidades de penados encargados de los trabajos eran los batallones y las agrupaciones, formándose las segundas por la reunión de dos o más batallones. Los batallones y agrupaciones tenían la consideración de unidades armadas, ejerciendo su mando Jefes y Oficiales del Ejército, de las situaciones de actividad, reserva, retiro y escalas de complemento, con las clases de tropa que se considerasen precisas, teniendo sobre ellas los Jefes de las Regiones Militares las facultades de mando e inspección que les son propias sobre las Unidades del Ejército. La custodia y vigilancia de los límites exteriores de las colonias correspondía a las Unidades armadas. La interior y la de los tajos, a personal especializado.

En todo caso, al Ministerio del Ejército le correspondía, además de atender a las propias necesidades, proveer de herramientas, material, ganado, medios de transporte y comunicaciones que pudieran necesitar dichas colonias y no fueran fabricadas en los establecimientos penitenciarios.

3. Decreto de 8 de octubre de 1960, suprimiendo el Servicio de Colonias Penitenciarias Militares (73).

Carentes estas colonias de personal recluso proveniente de condenas impuestas por actos realizados durante la guerra civil, la normalización conseguida en la contratación de obras públicas y la desaparición de los fines de este Servicio, fueron las causas

(72) Ley de 8 de septiembre de 1939 («B.O.E.» de 17 de septiembre de 1939, núm. 260).

(73) Colección Legislativa del Ejército. Núm. 272. Año 1960, págs. 309 y sigs. («B.O.E.», núm. 251).

de su desaparición. Al indicado Servicio le quedó expresamente prohibido contratar obras, a partir de la fecha de este Decreto, debiendo ser totalmente liquidado antes del 31 de diciembre de 1962, efectuándose para ello, con la antelación necesaria, la medición de la obra ejecutada en aquellas que se encontrasen en curso de realización, de tal manera, que en la fecha indicada pudieran revertir al Organismo que las encomendó o al que éste señale (normalmente, por lo que alcanzo a ver, fueron las Direcciones Generales de Obras Hidráulicas y el Instituto Nacional de Colonización).

Y finalizo el examen del cuadro derogatorio de disposiciones de naturaleza penitenciaria, contenidas en la Disposición final del Reglamento de Establecimientos Penitenciarios Militares, de 1978, con otras dos normas suprimidas:

1. La Orden de 11 de febrero de 1948, sobre material a usar por los Jefes y Oficiales en Prisiones Militares; y

2. La Orden de 14 de mayo de 1952, sobre material reglamentario para Suboficiales en prisiones militares.

La primera disposición es modificativa de las RR. OO. de 7 de marzo de 1914 y 5 de enero de 1924, y tenía como fin principal el dotar debidamente de material a los Jefes y Oficiales en prisión, haciéndolo de tal manera que fuera «compatible la austeridad con la posible comodidad».

Por dormitorio y plaza la dotación fue de veintiocho elementos: cama, colchón, almohadas (dos), 15 kg. de lana, fundas de almohada (cuatro), sábanas (cuatro), mantas (dos), colcha, alfombra, armario de luna, lavabo, toallas (dos), mesilla de noche, orinal de loza, loneta cubre somier, escupidera, sillas (dos) y una percha de pie.

Por comedor y plaza, la dotación fue de diecinueve elementos individualizados y dos, a compartir: silla, servilletas (dos), platos hondos (dos), platos llanos (dos), plato de postre, tazón de desayuno, cuchara, cucharilla, tenedor, vaso de agua, vaso de vino, vaso de licor, botella de agua, botella de vino, aparador y trincherero; como elementos a compartir, una mesa para cuatro y un mantel para dos.

Para la sala de visitas los elementos fueron ocho, por prisión y sala: un tresillo (sofá y dos butacas), seis sillas y una mesita de centro.

La segunda Orden, del año 1952, con el mismo objeto que la anterior, dispuso que el material reglamentario que debiera existir en los alojamientos de prisiones militares, para los suboficiales presos o arrestados, fuera el siguiente:

Por dormitorio y plaza, treinta y nueve elementos. Se mejoraba la dotación señalada para los Jefes y Oficiales añadiéndoseles cuatro kliogramos de lana para la almohada, dos sábanas, una manta, una colcha y cuatro toallas más, si bien se les reducía en una unidad las fundas de almohada.

Por comedor y plaza, la dotación fue de veinte elementos individualizados y cuatro elementos a compartir: se añadía una tacita de café con plato, un cuchillo y un cuchillo de postre, pasando el aparador y el trincherero a compartir entre doce individuos.

La dotación para la sala de visitas era igual que la dispuesta para los oficiales y jefes.

El Reglamento de Establecimientos Penitenciarios Militares, aprobado por Real Decreto 3.331/1978, de 22 de diciembre (74)

No quisiera terminar esta visión evolutiva del Derecho Penitenciario Militar sin hacer una breve reseña del vigente Reglamento de Establecimientos Penitenciarios Militares, aprobado el 22 de diciembre de 1978, «normativa de uso común para todos estos establecimientos, cualquiera que sea el Ejército de que dependan».

De él podemos, brevemente, decir:

a) Que es un texto estructurado fundamentalmente sobre los principios que informaron el derogado Reglamento de los Servicios de Prisiones (civil) de 2 de febrero de 1956, quedando diseñado por las líneas operativas del Reglamento para el Régimen y Gobierno interior de las Prisiones de Madrid, de 21 de octubre de 1909.

Es, pues, un reglamento de naturaleza mixta, con incrustaciones del Reglamento de la Penitenciaría Naval Militar de Cuatro Torres, de 19 de septiembre de 1889 y del de la Penitenciaría Militar de La Mola de 21 de octubre de 1909: Es evidente su carácter de norma previa a la Constitución y a la Ley Orgánica General Penitenciaria.

b) Es un reglamento que ha empleado materiales de amplia experiencia, pues el propio Reglamento de 1956 tuvo una vigencia de veinticinco años, lo cual es un récord, máxime si se tiene en cuenta que su Título III aún se sigue aplicando por efecto de la disposición tercera de las disposiciones transitorias del de 8 de mayo de 1981, aparte que acumula la aportada por la vigencia de los de 1930 y 1948.

c) Es un reglamento que se proyectó con prudencia, pues dio el plazo de cinco años, a partir de su entrada en vigor, para su total aplicación, período de tiempo razonable y válido, siempre que se hubiera adaptado a la Ley penitenciaria pues, respecto a ésta, se encuentra desfasado.

d) Caso de que llegue el día en que, como propugno, se dicte una Ley Orgánica Penitenciaria Militar, la subsistencia del Reglamento de 1978 no sería problemática pues, sin perjuicio de evidentes mejoras y adaptaciones, como la inclusión del régimen

(74) Publicado en el «B.O.E.» de 5 de febrero de 1979, núm. 31.

abierto y la introducción de especialistas castrenses en ciencias de la conducta, bastaría una revisión sistemática (75).

e) Por último y sin perjuicio de mejor opinión, siempre defenderé la pervivencia de instituciones que supongan mecanismos de acortamiento de las condenas. A mi entender, ésta es una de las mejores tradiciones penitenciarias castrenses, en donde surgió y nació, como el sistema progresivo, merced al ingenio práctico de ilustres soldados, Comandantes de los presidios.

Acabo ya: la historia ha hecho patente el desarrollo en líneas paralelas y distantes de ambos Derechos penitenciarios, el civil y el militar. Y al igual que la Ordenanza General de los Presidios del Reino tuvo por fuente de inspiración las de los Presidios Arsenales y Peninsulares o el Reglamento de la Colonia penitenciaria civil de Ceuta sirvió de basamento para las normativas legales de Cuba o Mahón, el Reglamento de establecimientos penitenciarios militares vigente, de 1978, volvió sus ojos a la andadura marcada por el de los Servicios de Prisiones, de 1956. En el momento histórico, el Derecho militar fue el ejemplo a imitar; en la hora presente, su atraso es evidente y manifiesto. Debe, pues, adecuarse la legislación penitenciaria castrense a la civil, abordando aquélla así, con seguridad y acierto, su nueva etapa, a la luz de los preceptos constitucionales.

(75) En mi inédito «Dictamen sobre la adecuación de la legislación Penitenciaria militar a la Ley General Penitenciaria», Alcalá de Henares, julio de 1983, me inclinaba, como otra de las posibles soluciones, por la adaptación de un nuevo Reglamento de Establecimientos Penitenciarios militares a la LOGP, 1/1979. Por su parte, un valioso estudio comparativo de los ordenamientos penitenciarios militar y civil, puede verse en BERISTAIN, «Cárceles españolas comunes y militares y sus sustitutivos», en Anuario de Derecho Penal, III, 1979, esp. págs. 587-598, con mención acertada de las tres penitenciarías militares en servicio en la actualidad: Alcalá de Henares y prisiones navales de Carranza (Ferrol) y Cartagena.

El significado de la moderna teoría de la culpabilidad frente al concepto de delito en la tradición jurídico-penal española

JOAQUIN CUELLO CONTRERAS

Profesor Titular de Derecho penal de la Universidad de Extremadura (Cáceres)

Continuando una tradición que se remonta a los orígenes de la Codificación penal en España, la reciente reforma del CP, de 1983, vuelve a definir el delito en su artículo 1.º.

Dejando al margen la cuestión sobre la conveniencia de las definiciones legales (1), es lo cierto que el Legislador de 1983 ha querido dar un espaldarazo a la Doctrina científica, que encontraba serios reparos en el artículo primero del Código a la hora de dar cumplida cuenta de un importante principio del Derecho penal moderno: el principio de culpabilidad.

Por eso, ha sustituido el término de acciones y omisiones *voluntarias* por los de acciones y omisiones *dolosas o culposas*; al tiempo que en el nuevo artículo 6.º bis a), concordante con el 1.º, exige, para estimar la responsabilidad penal, el conocimiento o cognoscibilidad de los elementos de la infracción, incluida su prohibición. Con ello, ciertamente, ha enfrentado a nuevas disputas doctrinales; pero basta recordar, muy brevemente, el significado histórico de la *voluntariedad* para reconocer que la reforma —con todos sus inconvenientes— representa un paso importante de la Codificación española, en la línea propugnada por la Doctrina científica de forma unánime: La *voluntariedad* se entendió en su día como voluntad referida a la realización de un *acto ilícito* que permitía atribuir a su autor todas las consecuencias derivadas del mismo. De aquí la consolidación de la vieja doctrina del «*versari in re illicita*» con que la Ciencia penal española ha estado debatiéndose años y años. Con todos sus defectos, pues, puede decirse que la reforma ha sido positiva, aunque sólo lo sea por haber prescindido de términos que pudieran concitar la tentación versarista de nuestros Tribunales de justicia (2).

(1) Vid. las consideraciones críticas de Manuel COBO DEL ROSAL y Tomás S. VIVEN ANTÓN, en *Comentarios a la Legislación penal*, tomo V, vol. 1, 1985, págs. 19 ss.

(2) Cfr. Juan BUSTOS RAMÍREZ, en RFDUC, núm. monográfico 6, 1983, páginas 166 ss.; Enrique BACIGALUPO, en *Comentarios*, V 1, págs. 53 ss.

A continuación se expondrá la concepción tradicional más completa sobre la culpabilidad de la Ciencia penal española, que es la de Luis Silvela, contenida en su obra *El Derecho penal estudiado en Principios y en la Legislación vigente en España, de 1874/1878*, a la que se contrapondrá la moderna concepción de la culpabilidad, en su versión finalista. Con ello se persiguen dos objetivos: Contrastar una concepción como la de Silvela, que puede llevar a vulnerar el principio de culpabilidad tal como hoy lo entendemos, con otra que pretende respetarlo. Ello, sin embargo, no quiere decir que otras concepciones de la culpabilidad de la actualidad, como la Teoría del dolo, sean falsas. Mas bien, al contrario, se desearía defender la Teoría de la culpabilidad como compatible con el principio de culpabilidad; aprovechando, además, que el Legislador —acertadamente— ha querido dejar abierta esta cuestión al redactar el nuevo artículo 6.º bis a) del Código (3). Se trata, por tanto, de criticar la concepción tradicional, *si superada con la reforma de 1983*, y de exponer una nueva doctrina que el Legislador español se ha decidido a admitir por fin.

I. EL CONCEPTO DE DELITO DE LUIS SILVELA

a) *El delito como intencionalidad*

Para Luis Silvela, la *nota característica de la noción de delito es la intencionalidad*. Equivalga el término «intención» al de «voluntariedad» del artículo 1.º del CP en su redacción histórica o no, para definir el delito no se puede prescindir de la intencionalidad, en cuya ausencia sólo habrá lugar a una responsabilidad por imprudencia. «El cazador que dispara un arma de fuego para matar un animal y ocasiona la muerte de un compañero, verifica un acto voluntario al efectuar el disparo, *siendo el homicidio ocasionado un acto no intencional*. El asesino que dirige los tiros a su víctima, *efectúa intencionalmente el asesinato*»(4). Parece, por tanto, que Silvela entiende la intencionalidad referida tanto al resultado (lo que hoy llamaríamos, genéricamente, dolo) como a la norma (ilicitud del acto querido).

Cuando el autor ha actuado intencionalmente en orden a un fin,

(3) No parece, por tanto, correcto afirmar tajantemente que la reforma siga la Teoría de la culpabilidad, como hacen, p. ej., José CEREZO MIR, ADP, 1985, págs. 277 ss. y Carlos M.ª ROMEO CASABONA, ADP 1981, págs. 740 ss. (comentando preceptos correspondientes, y coincidentes en lo fundamental, contenidos en el PCP 1980); ni tampoco que siga la Teoría del dolo, como hacen, p. ej., COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, PG III, 1982, pág. 259 y Santiago MIR PUIG, PG, 2.ª ed., 1985, págs. 547 ss. O, lo que es lo mismo: buscar en la regulación legal argumentos en contra de la doctrina criticada. Con mejor criterio, se puede afirmar que la Teoría de la culpabilidad tiene cabida en el CP. En esta línea: Agustín ZUGALDÍA ESPINAR, CPCr 1981, pág. 516.

Sería deseable, finalmente, poder convencer a Angel TORÍO LÓPEZ de que la Teoría de la culpabilidad no significa un paso atrás en la historia del Dogma jurídico-penal (vid. TORÍO LÓPEZ, en *La Reforma penal y penitenciaria*, 1980, pág. 268).

(4) SILVELA, *Principios* II, pág. 111.

pero ese fin no se consigue (delito intentado o frustración) y sí otro, no perseguido de propósito, intencionalmente, el tratamiento del caso será; según Silvela, el que propone el artículo 65.º (posterior art. 50.º): 1) El autor responderá por un delito (intencional) pese a no haber habido propósito de realizarlo (el resultado); aunque lo que podría parecer una grave conclusión (responsabilidad por lo no querido), no es tal desde el momento en que la penalidad correspondiente al delito no intencional que se impone al autor es siempre menos grave que la del que sí se propuso cometer ese autor (de «pena correspondiente al mal menor» hablaba el artículo). Tal como ocurre con el artículo 9.º, núm. 4 (la llamada atenuante de «preterintencionalidad») (5). 2. De lo acabado de exponer resulta que estaremos ante *criterios de determinación de la pena*, en virtud de los cuales el autor respondería por su tentativa o frustración (conductas intencionales) en caso de estar éstas sancionadas con mayor pena; por los resultados ocasionados no intencionalmente, si la penalidad fuese inferior a la que resultaría de consumarse el propósito del autor y se trataba de delitos distintos (p. ej., homicidio-lesiones); y, finalmente, por el delito que se quiso cometer intencionalmente y se cometió (también intencionalmente), pero la «cantidad» de resultado es distinta (p. ej., lesiones menos graves-lesiones graves), con la atenuante del art. 9.º, núm. 4 (6).

Hasta aquí, pues, mantiene Silvela su punto de partida: El delito es una acción intencional que debe abarcar tanto el resultado como la ilicitud de su producción. Sin intencionalidad, así entendida, no hay delito.

El artículo 1.º, párrafo II, contenía una «presunción de voluntariedad». Entonces, si intencionalidad y voluntariedad se equiparan: y si la intencionalidad, como sus equivalentes «malicia» y «propósito», son, en terminología moderna, el *dolo*, en el que todo lo más se incluye la conciencia de la antijuricidad (voluntad de lo ilícito) (7), parece que estemos aquí ante una auténtica «praesumptio doli». Esta conclusión, sin embargo, casa mal con el punto de partida de Silvela, que exponía, al principio, un ejemplo bastante elocuente donde, sin constatación de la voluntad del resultado, no cabía hablar de intencionalidad (sin voluntad de matar no hay homicidio), ni de delito, al menos cuando el acto voluntario, intencional, en el ejemplo: cazar, es un acto lícito. Por lo tanto, no parece que Silvela pretenda presumir (ni siquiera «iuris tantum») que en el ejemplo del cazador que erróneamente mata a otro cazador lo quiso hacer salvo prueba fehaciente en contrario por parte del inculpado. Se presumirá, quizá, que en caso de duda, donde existe la posibilidad real de producción del resultado —y *esta circunstancia fue reconocida por el autor*—, éste se ha decidido por el injusto. De ser así, lo que Silvela defiende es una teoría intelectualista del dolo eventual («Establécese, por tanto, la presunción de que todo acto hu-

(5) SILVELA, *Principios* II, pág. 116.

(6) SILVELA, *Principios* II, pág. 130.

(7) Entendida, aquí, como conocimiento de que la acción realizada lesiona la norma que precisamente prohíbe esa acción en atención al resultado producido y previsto por el autor.

mano que la ley castiga, se encaminará a efectuar el mal, material y contenido *del mismo acto*)» (8); o, mejor dicho, una fórmula —provisional— de resolver el arduo problema de la delimitación entre el dolo eventual y la culpa consciente, en favor de la estimación del dolo (intencionalidad) (9).

Si, al final, concluye Silvela que el alcance de la presunción es que: 1) Hubo inteligencia y libertad del agente (de no ser así, y demostrarse su falta, queda exento de toda responsabilidad penal) (10). (Lo que no obliga necesariamente a concluir que es el acusado quien debe probar su ausencia de capacidad de culpabilidad en el proceso, sino más bien en el sentido, apuntado ya por Francisco Pacheco, de que el Derecho penal ha de partir de un presupuesto libero-arbitrista y no determinista; nada más (11)). 2) Se actuó con intención o malicia cuando se quiso actuar (de no ser así y demostrarse su falta, sólo quedará un resto de responsabilidad por imprudencia, no por delito, siempre que se constate la «falta de diligencia» característica de aquélla) (12). Si se entiende así el alcance de la «presunción», quedará el siguiente esquema:

a) Silvela parte de un concepto de voluntariedad (libertad) más restringida que el de algunos de sus coetáneos. Para él no basta con la libertad de querer, entendida como ausencia de coacción física o moral; sustenta, mejor, una idea de libertad racional, capaz de determinar la voluntad en orden a un fin («voluntad que se desenvuelve en actos para alcanzar algo como término y resultado de su movimiento») (13), es decir, *intencionalidad*. En lenguaje moderno diríamos que la intencionalidad en Silvela incluye todos los elementos de la culpabilidad que fundamentan la responsabilidad penal. Tan sólo a los efectos de respetar la estructura del Código vigente en su tiempo y, sobre todo, a sus comentaristas más conspicuos, llega a romper la deseada unidad

(8) SILVELA, *Principios* II, pág. 116.

(9) Vid. Joaquín CUELLO, ADP 1983, págs. 96 s. SILVELA acierta al poner el acento sobre el elemento intelectual para estimar el dolo eventual. Pero yerra al establecer la «presunción» de que tal representación, sola, sea suficiente para estimar el dolo; pues puede ocurrir que esa representación vaya acompañada de una ejecución de la acción dirigida a evitar, precisamente, el resultado; o que la representación, pese a existir, no alcance el grado de adecuación psicológica suficiente (quedándose en mera representación gratuita en la mente del autor). Por otra parte, no puede consolar que se trate de una mera presunción que admite la prueba en contrario; pues, aparte de que la prueba en contrario siempre puede fracasar, ocurrirá que, al exigir SILVELA un juicio generalizado de probabilidad de producción del resultado, tendrá que desestimar el dolo en el caso inverso: Allí donde el autor ha querido realizar la mínima posibilidad que se representó.

(10) SILVELA, *Principios* II, pág. 117.

(11) Joaquín Francisco PACHECO, *Estudios de Derecho penal*, 3.ª ed., 1868, pág. 59. Sobre la eficacia procesal de la «presunción de voluntariedad», vid., acertadamente, Gonzalo RODRÍGUEZ MOURULLO, en Juan CORDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código penal*, volumen I, 1972, comentario al artículo 1.º, párrafo 2, págs. 43 s., que corrobora la posición de PACHECO (al exigir que se compruebe la «ausencia de un dato capaz de privar de virtualidad a la presunción»).

(12) SILVELA, *Principios* II, pág. 117.

(13) SILVELA, *Principios* II, pág. 111.

del concepto de voluntariedad con la intencionalidad, admitiendo considerar por separado la voluntariedad-ausencia de coacción y la voluntariedad-intencionalidad-culpabilidad (14).

b) La falta de intencionalidad, voluntad del resultado y voluntad de lesionar la norma, la suple Silvela mediante dos fórmulas: Cuando el resultado producido no fue querido por el autor, ni la norma que obliga a evitar su producción tampoco, pero ambos efectos (producción del resultado y lesión de esa norma) han tenido su origen en un acto intencional, es decir, que abarcó intencionalmente un resultado y la norma que prohíbe su producción (p. ej., cazar en período de veda y realizar un disparo que mata, sin quererlo, a otro cazador), ese acto ilícito intencional permite atribuir el resultado no intencional causado (doctrina del «*versari in re illicita*»), bien a través del artículo 65.º (si ambos son delitos) bien mediante el artículo 581.º (imprudencia) (si el acto intencional constituía una falta) pues, con palabras del propio Silvela, «*lo prohibido por la ley no se ejecuta jamás con el cuidado debido*»; elemento, éste, constitutivo de la imprudencia (15). Pero, a los efectos que ahora interesa retener, la responsabilidad tiene su origen en un acto intencional. En cambio, cuando el resultado producido no ha sido querido ni se conoció la norma que prohíbe su producción, y el origen de tal resultado fue un acto lícito, no prohibido, p. ej.: la muerte no querida de otro cazador por quien cazaba en época autorizada para su práctica, pero no actuó con la diligencia debida, el autor responderá por una auténtica y simple imprudencia. Ahora bien, puesto que, según Silvela, *sin voluntad de lesionar el Derecho no puede haber delito*, para incluir la imprudencia en el Derecho penal y diferenciarla del mero ilícito civil, tiene que acudir a la «conciencia moral», que «dice bien claro a todo el mundo que es responsable de sus imprudencias, porque dependen de su voluntad» (16). Pero también esta imprudencia es, para Silvela, lesión voluntaria del Derecho; y está convencido de que ello ocurre «de facto» en la imprudencia punible.

c) Por último, en los supuestos de los artículos 65.º y 9.º, núm. 4, también debe constatarse intencionalidad. En efecto, en estos casos, cualquiera que sea la penalidad resultante, el origen de tal responsabilidad es una conducta intencional constitutiva de delito. Y, cuando no constituye delito el acto originario, el artículo 8.º, núm. 8, indirectamente, al regular el «caso fortuito», establece que el resultado producido y la lesión de la norma que prohíbe su producción han sido «queridos» por el autor, porque su actuar ilícito (intencional) le dice ya a su propia «conciencia moral» que «se pone en peligro de producir el daño que se quiere evitar» (17); lo cual le indica, por tanto, que no obra con el cuidado debido, es decir, que está actuando imprudentemente.

En conclusión, Silvela entiende el delito (doloso) como acción intencional dirigida a querer producir el resultado y la lesión de Derecho.

(14) SILVELA, *Principios* II, págs. 112 ss.

(15) SILVELA, *Principios* II, pág. 129.

(16) SILVELA, *Principios* II, pág. 115.

(17) SILVELA, *Principios* II, pág. 124.

Si falta la voluntad del resultado el autor no podrá responder por el delito cometido. En su lugar queda un resto de responsabilidad por imprudencia, donde la voluntad del resultado se sustituye por la previsibilidad *objetiva* de ese resultado («... daño que se quiere evitar») y la voluntad de lesionar el Derecho por la «conciencia moral», que le dice a cualquiera que debe cuidar de no lesionar el Derecho.

b) *Intencionalidad y caso fortuito*

Abundando en lo expuesto hasta aquí, el modelo de *acción intencional* desarrollado por Silvela partiendo del delito (doloso) debe, ahora, ser comprobado en relación con el *caso fortuito*, con la delimitación de esta figura.

El problema fundamental se plantea en los casos en que falta uno de los elementos esenciales de la figura: el arranque lícito de la acción.

Para fundamentar la responsabilidad del autor que actúa inconscientemente respecto al resultado que produce, se apoya Silvela en la imprudencia. En este sentido afirma dos cosas: 1) Cuando la acción que produjo el resultado no querido fue llevada a cabo sin el cuidado debido, el autor responde por imprudencia, aunque no constituya una conducta ilícita (el cazador que, en período autorizado, mata, sin quererlo, a otro hombre responde por imprudencia si no puso «el cuidado que a todo hombre puede justamente exigirse»). Así lo decía expresamente el artículo 8.º, 8. 2) Pero, cuando ese acto ha sido ilícito (el cazador, p. ej., cazaba en tiempo de veda), ni siquiera será necesario comprobar cuál habría sido «el cuidado que a todo hombre puede justamente exigirse»; pues el cazar ilícitamente determina ya que la muerte del cazador no se haya ejecutado fortuitamente sino «sin el cuidado debido». Su autor, entonces, no responderá por el delito (doloso) de homicidio; pero sí por un homicidio imprudente. La única manera de paliar aquí en algo ese supuesto de «*versari in re illicita*» será la de circunscribir su extensión a resultados abarcados por el llamado ámbito de pretección de la norma voluntariamente lesionada («el que la viola y quebranta se pone voluntariamente en peligro de producir *el daño que se quiere evitar*»): La norma que prohíbe cazar en período de veda no pretende evitar homicidios sino proteger a determinadas especies animales. Pero en los casos en que sí cae en su ámbito (p. ej., la limitación de velocidad en el centro de la ciudad de los automóviles que circulan por ella prevé, entre otras cosas, que se eviten accidentes mortales), el acto ilícito querido permite atribuir resultados «fortuitamente» producidos. (Si el automovilista, por tanto, conducía el automóvil a una velocidad de 100 Kms/h, en lugar donde sólo está permitido hacerlo a 50 Kms./h., lo que él sabe, responderá por un homicidio imprudente, aun en el caso de que el accidente fuese absolutamente imprevisible: El peatón ha saltado inesperadamente a la calzada y ni de haber conducido a la velocidad exigida habría podido evitar atropellarlo).

En realidad, lo que Silvela hace es extender la regla del artículo 581.º (imprudencia) a todos los supuestos donde se ha producido el

resultado desaprobado por el Derecho sin quererlo el autor (y desconociendo la norma que prohíbe su producción) mediante una acción ilícita en cuyo ámbito (el de ese ilícito) cae la evitación de tales resultados. Pues entonces entiende Silvela que no se ha actuado con la diligencia debida. El artículo 8.º, núm. 8, por tanto, completa indirectamente el ámbito de la imprudencia.

Tan sólo la conducta lícita, realizada con el cuidado debido, que causa el resultado desaprobado por el Derecho sin que su autor conozca ninguna de tales circunstancias, dará lugar a la eximente de caso fortuito. «Por esto castiga (el CP) como reo de delito al que ocasiona un mal contra su deseo de ejecutar un hecho ilícito (siempre, claro está, que el hecho ilícito constituya por sí mismo delito: p. ej., lesiones —art. 65.º, núm. 4—; en otro caso, la responsabilidad sería por imprudencia, J.C.), absuelve al que perjudica a otro al practicar un acto permitido, si lo hace con la diligencia debida, y pena como imprudente al que daña la propiedad o la persona de otro al practicar un hecho no prohibido, si omitió el tomar las precauciones necesarias para evitar el mal» (incluida la mera realización de un acto ilícito no delictivo. J.C.) (18).

Finalmente, puede ocurrir que la producción inconsciente del resultado haya tenido su origen *sólo* en el actuar ilícito, en cuyo caso el título de responsabilidad será la imprudencia simple antirreglamentaria, que se fundamenta en el hecho de que todas las disposiciones administrativas violadas han sido dadas «en interés de todos y para evitar perjuicios, regulando el uso prudente de los derechos»; por lo que «el que las viola y quebranta se pone voluntariamente en peligro de producir el daño que se quiere evitar» (19). Con ello basta para estimar imprudencia, pues del acto ilícito se deriva ya, como se vio, la falta de diligencia automáticamente. Pero, con acto ilícito antecedente o no, la imprudencia puede alcanzar un grado superior, de temeridad, que implica la falta de «aquella atención que puede exigirse al menos cuidadoso, atento o diligente» (20). En cambio, como falta, aparece la imprudencia simple u «omisión del cuidado y de la atención que cualquier persona debe poner de ordinario al ejecutar un hecho capaz de perjudicar a otro».

La argumentación de Luis Silvela es *tautológica*, circular: Como ya se vio, el último reducto que le queda a Silvela para fundamentar la imprudencia es la «conciencia moral». La «conciencia moral» permite atribuir la producción de cualquier resultado a su autor. La «conciencia moral» contiene una especie de «super norma» que dice: «¡Debes ser diligente!». Lo que significa que quien infringe esa supernorma ha querido lesionar el Derecho; con lo cual ha actuado ilícitamente.

Precisando el pensamiento del propio Silvela, desde su esquema argumentativo, puede afirmarse lo siguiente: Actúa culpablemente quien no es diligente. Si, además, ha querido producir intencionalmen-

(18) SILVELA, *Principios* II, pág. 129.

(19) SILVELA, *Principios* II, pág. 134.

(20) SILVELA, *Principios* II, pág. 133.

te un determinado resultado y lesionar, también intencionalmente, la norma que prohíbe su producción, esa culpabilidad es *a título* de intencionalidad. En cambio, si no quiso producir el resultado pero sí lesionar una norma concreta (ilícito no delictivo), en cuyo ámbito está la evitación de posibles consecuencias, la responsabilidad será por imprudencia. Finalmente, si se ha limitado a infringir la norma «¡ Sé diligente! » responderá también por imprudencia.

O sea que, según Silvela, el autor de la imprudencia «ha querido» no ser diligente. Ahora bien, para poder afirmar eso, sería preciso constatar que ese mismo autor «pudo» actuar diligentemente; lo que, a su vez requiere la existencia de una norma previa (objetiva) ya infringida, o antijuricidad, cuya lesión pudo evitar (y no quiso) el autor (culpabilidad). Tal *deber* sí lo podrá constituir la «diligencia» exigible a todos, incluido el autor, como quiere Silvela; pero para que aquél lo haya infringido culpablemente hace falta comprobar que *pudo* haberlo cumplido. Silvela, pues, confunde la *antijuricidad* con la *culpabilidad*, incluyendo aquélla en ésta (sin culpabilidad no hay delito, no hay lesión del Derecho); y, a su vez, en consecuencia, entiende que ha habido voluntad de lesionar el Derecho donde no ha habido la más mínima posibilidad de representación de la norma realmente lesionada. De esta forma, tira por la borda su concepción del delito como intencionalidad referida al resultado y a la lesión del Derecho, ya que —según Silvela— el autor pudo no haberse representado ninguno de estos elementos y, no obstante, haber imprudencia, es decir, culpabilidad.

c) *La distinción antijuricidad-culpabilidad*

Uno de los dogmas más difíciles de acuñar en Derecho penal ha sido el de la estricta distinción entre la antijuricidad y la culpabilidad. El problema remite a la cuestión sobre si cabe una lesión del Derecho (antijuricidad) por parte de quien actúa sin culpabilidad: el *injusto no culpable*.

En este punto, como ya se vio, naufraga Silvela; y naufraga porque su punto de partida —la *acción intencional*— le cierra el paso a cualquier consideración sobre el injusto que prescinda de la persona del autor: Si sólo la acción culpable puede lesionar el Derecho, resulta imposible pensar en una lesión del Derecho que no tenga su origen en el acto culpable del infractor. (En el sistema de Silvela los elementos esenciales de la Teoría del delito son la acción, el sujeto de la misma y la víctima del delito, unidos por la relación que establece la acción (21). De esta forma resulta imposible determinar con precisión el límite entre el segundo y el tercer escalón de la Teoría del delito (antijuricidad y culpabilidad); porque, al no ser posible la lesión del Derecho por quien carece de la capacidad de culpabilidad, de la intencionalidad, la conducta de quien no actuó culpablemente no puede ser antijurídica. Lo que significa que la antijuricidad está incluida en la culpabilidad.

(21) SILVELA, *Principios* I, pág. 11.

En realidad falta en Silvela la noción de *infracción objetiva de la norma*. El punto de partida de este autor, como en general de todos los iniciadores de la configuración jurídica del concepto de delito, era deslindar el ilícito penal del ilícito civil (22). El ilícito penal, por la consecuencia jurídica, es un ilícito sacado del civil; sus formas más graves. Unos autores y otros, sin embargo, al añadir la categoría jurídica de la culpabilidad, como elemento esencial de la responsabilidad penal, se olvidan de su procedencia civil y de que, por tanto, el ilícito penal participa, en cierta medida, del objetivismo del civil (23). El propio Ihering, en 1867, sucumbe a la tentación subjetivista, no concibiendo la antijuricidad objetiva — pese a haberla descubierto —, como infracción de la norma, al margen de la culpabilidad. Sólo Thon, en 1878, el mismo año en que Silvela escribe el segundo volumen de sus Principios, es decir, cuatro años después de haber concebido el primero, sostiene por primera vez en la historia del Dogma que el imperativo, la norma, tiene a todos por destinatarios, también a los inimputables; aunque en Derecho penal esa infracción objetiva de la norma sólo origine consecuencias jurídicas (penales) sobre quienes actuaron culpablemente (24).

Pero es que, además, Silvela nunca habría podido llegar a esta conclusión porque su inspiración *krausista* se lo impedía: Silvela, muy influido por la Filosofía jurídica y por la Psicología krausistas, entendía que, efectivamente, la norma jurídica remite a objetos exteriores, y que puede deslindarse aquélla de la norma moral (aunque ambas normas se complementen desde el punto de vista de la motivación humana) (25); por consiguiente, remite a un orden jurídico heterónimo.

(22) La formación del concepto de culpabilidad jurídico-penal es inconcebible sin estudiar la historia de la distinción entre el ilícito civil y el ilícito penal, y, con ello, la distinción antijuricidad-culpabilidad. Vid. Adolf MERKEL, en *Kriminalistische Abhandlungen*, volumen I, 1867 (reed. de 1971), págs. 4 ss.; Johannes NAGLER, *Festschrift für Karl Binding*, dos volúmenes, 1911 (reed. de 1974), págs. 275 ss.; Edmund MEZGER, en *Der Gerichtssaal* 89, 1924, págs. 207 ss.; Ernst-Joachim LAMPE, *Das personale Unrecht*, 1967, págs. 13 ss.; y Hans ACHENBACH, *Historische und dogmatische Grundlagen der Strafrechtssystematischen Schuldlehre*, 1974, págs. 23 ss.

(23) Armin KAUFMANN, *Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert* (ed. por Gerhard DORNSEIFER y otros), 1982, pág. 41 («Con ello está también respondida la pregunta sobre la relación del concepto de injusto del Derecho penal con el del Derecho civil. El objeto de la norma presenta la misma estructura óptica en ambas ramas jurídicas. La congruencia del concepto de injusto del Derecho penal con el del Derecho privado resulta así asegurada. Ello se asienta en las comunes tareas ordenadoras de ambas — como todas — facetas del Derecho: normar y determinar el comportamiento de los miembros de la comunidad jurídica»).

(24) Vid. Hans-Heinrich JESCHECK, *Tratado de Derecho penal*, PG (trad. de Santiago MIR PUIG y Francisco MUÑOZ CONDE), volumen I, 1981, pág. 273.

(25) En efecto, para la Filosofía jurídica krausista, si bien la libertad del individuo es lugar común del Derecho y de la Moral — lo que obliga a hacer compatible el mandato jurídico, dirigido a la utilidad, y el destino moral del hombre —, no es la Moral la fuente del Derecho, pues, según Francisco GINER DE LOS RÍOS, el Derecho es *independiente* de la voluntad; antes bien, «lejos de ser un producto de la actividad humana, es una ley a que esta actividad debe acomodarse» (GINER DE LOS RÍOS/Alfredo CALDERÓN, *Prolegómenos del Derecho. Principios de Derecho natural*, con Introducción de Adolfo POSADA, 1916, pág. 30). Ahora

Sin embargo, al seguir la concepción psicológica gineriana, tenía que reproducir el error de Giner de los Ríos acerca de la forma en que ese orden exterior puede ser asimilado por la psicología humana y acerca de qué principios debe seguir ésta para estimar que el comportamiento ha sido ajustado a Derecho, no resultando reprochable pese a la lesión objetiva de la norma (26).

Y, como quiera que, de ser consecuente con su concepción subjetivista del fenómeno psicológico, se vería obligado Silvela a excluir la culpabilidad, y por tanto la infracción reprochable del Derecho, en todos aquellos 'casos donde la decisión de actuar no ha tenido su origen en una voluntad concreta de lesionarlo, acude a la *ficción* —también tomada de la Psicología de Giner— de la conciencia moral, cuya correcta formación asegura una conducta de vida justa, o puede llevar a comportamientos incorrectos reprochables en caso contrario (aunque no se constate una concreta voluntad de lesión del Derecho) (27).

En suma, es la Psicología de Giner de los Ríos la causante de que la Dogmática de la culpabilidad jurídico-penal en España, durante mucho tiempo, haya entendido que, en última instancia, es la propia *conciencia del individuo* la que le dice a éste que responde de sus actos —así empleada expresamente, como se vio, por Silvela para fundamen-

bien, como quiera que dentro de la Moralidad, lo que el hombre debe hacer como mandato de autolegislación, entran también finalidades sociales, en su favor particular y en el de los demás existe sin duda una *Moralidad para el Derecho*, «en cuanto éste, como un bien que es en sí mismo, debe ser también realizado por el hombre sólo por el puro motivo de ser bien» (GINER DE LOS RÍOS, *Derecho natural*, pág. 24). En suma, ambas esferas están perfectamente deslindadas en el krausismo, con independencia de que el Derecho tenga un sustrato ético (vid. sobre esta temática, en la actualidad, Ralf DREIER, en *Recht-Moral-Ideologie*, 1984, págs. 197 s.: Un sistema jurídico tendrá validez sólo si manifiesta una mínima capacidad de justificación moral); pero en el sentido de obligación moral de acatamiento interno del Derecho justo por parte del individuo. (Sobre la temática Moral y Derecho en la filosofía krausista, vid. Elías DÍAZ, *La Filosofía Social del Krausismo español*, 2.ª ed., 1983, págs. 94 ss., de una parte y Manuel DE RIVACOBA Y RIVACOBA, *Krausismo y Derecho*, 1963, págs. 53 ss., de otra. Cfr. también Nicolás M.ª LÓPEZ CALERA, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 1962, núm. 2, fascículo 2, págs. 353 ss., 368 ss.).

(26) En las *Lecciones sumarias de Psicología*, de GINER DE LOS RÍOS, 1.ª ed., 1874, 2.ª ed., 1878 (volumen IV de las *Obras completas*, de 1920), se desarrolla una concepción sobre la *voluntariedad* del acto humano (2.ª ed., págs. 211 ss.), de gran influencia sobre las primeras exposiciones de la Teoría del delito en la Ciencia penal española, que obliga a atender a la representación subjetiva del autor acerca de lo ilícito (correctamente apreciado en su objetividad valorativa) como criterio de la responsabilidad. De esta forma se va a exigir siempre en la base de la culpabilidad jurídico-penal una decisión voluntaria contra el Derecho. Constatada tal decisión subjetiva habría culpabilidad, aun en el caso de que objetivamente no se haya lesionado la norma que (correctamente apreciada por el sujeto) el autor se representó subjetivamente lesionar; al tiempo que se negará la responsabilidad en el caso donde el autor no actualizó, en el momento de actuar, la norma que lesionaba, aun en el caso de que podría haberla llegado a actualizar. (*Concepción subjetivista de la culpabilidad*.)

(27) Precisamente porque Pedro DORADO MONTERO no aceptó la ficción y pretendió ser consecuente con el principio subjetivista, se vio obligado a destruir el dogma de la culpabilidad y, con ello, el Derecho penal de su época. Vid. DORADO MONTERO, *La Psicología criminal en nuestro Derecho legislado*, 2.ª ed., 1910, págs. 251 ss.

tar la culpabilidad en la imprudencia—; confundiendo lastimosamente el *ser* con el *deber ser*, extrayendo de un *deber ser*: el hombre debe cuidar de las consecuencias de sus actos, un *ser*: este hombre pudo evitar su acto. Cuando, en realidad, dicho poder, característico de la culpabilidad, tiene que constatarse como capacidad existencial; y no es sustituible por deber alguno —si no es, como hace Silvela, mediante una presunción gratuita.

Antijuricidad y culpabilidad son hoy dos juicios perfectamente deslindados en Derecho penal, después de grandes esfuerzos doctrinales frente a posiciones tan subjetivistas como las que aquí han sido criticadas. Hasta el punto de que es éste uno de los pocos puntos en que la doctrina está de acuerdo acerca de la dogmática de la culpabilidad jurídico-penal (28). Y, sin embargo, de la importancia de la distinción puede dar hoy cuenta que profundizando y reflexionando sobre su significación pueden resolverse esos problemas que el dogma todavía tiene pendientes, como, p. ej., el de la posible doble posición sistemática del dolo (como elemento rector de la acción antijurídica y como elemento esencial de la culpabilidad impregnado, ahora, de significado ético) (29), el carácter objetivo o subjetivo del elemento infracción del deber de cuidado en la imprudencia (30) o la naturaleza del conflicto de deberes como causa de exclusión de la antijuricidad o de la culpabilidad (31); por no hablar de la distinción entre elementos de la infracción, cuyo desconocimiento (error) excluye la antijuricidad típica, y elementos de la antijuricidad, cuyo desconocimiento determine, en su caso (inevitabilidad), la exclusión de la culpabilidad (32).

(28) Vid. Claus ROXIN, en *Problemas básicos del Derecho penal* (trad. de Diego-Manuel LUZÓN PEÑA), 1976, pág. 200.

(29) Cfr., en sentido negativo, José CERESO MIR, en *Problemas fundamentales del Derecho penal*, 1982, págs. 199 s.

(30) Vid., p. ej., Armin KAUFMANN, *Strafrechtsdogmatik*, págs. 133 ss., de una parte, y Günther JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1983, pág. 262 (también *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt*, 1972, págs. 65 s.), de otra.

(31) Cfr., sobre esta problemática, recientemente, Enrique GIMBERNAT ORDEIG, en Prólogo a la obra *La colisión de deberes en Derecho penal*, de Antonio CUERDA RIEZU, 1984, págs. 13 ss.

(32) Que sea difícil distinguirlos no exonera del esfuerzo que la Dogmática debe realizar en orden a su delimitación; una delimitación que, más allá de una eventual alusión por parte del Legislador (p. ej., en nuestro nuevo art. 6.º bis a), aparece exigida por una elemental razón de Metodología jurídico-penal, que obliga a precisar, primero, qué está prohibido, y, después, el alcance de la prohibición. Cfr., no obstante, las críticas a este punto de la nueva regulación del error de prohibición de TORIO LÓPEZ, *Reforma penal*, págs. 260 ss., y José M.ª RODRÍGUEZ DEVESA/Alfonso SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español*, PG, 9.ª ed., 1985, págs. 626 s. (RODRÍGUEZ DEVESA reconoce expresamente el significado lógico de la delimitación finalista error sobre el tipo-error de prohibición).

II. VALORACION CRITICA: LA TEORIA DE LA CULPABILIDAD («SCHULDTHEORIE») EN LA DOGMATICA PENAL MODERNA

Para Luis Silvela la culpabilidad es voluntad de lesionar el Derecho, *intencionalidad*. Sin lesión intencional de la norma no hay delito. Constatada tal voluntad de lesión, su autor responde, culpablemente, cualquiera que haya sido el resultado producido. Puesto que «lo prohibido por la ley no se ejecuta jamás con cuidado debido», se presumirá que quien lesionó la norma que prohíbe el resultado producido, la ha lesionado voluntariamente pese a desconocerla, por el simple hecho de que, entre los efectos de la norma que sí quiso lesionar, estaba uno que contemplaba la lesión de esa segunda norma.

Este postulado no carece de lógica. Véase un ejemplo: El automovilista que circula por el centro de la ciudad a más de 100 Kms./h., cuando está prohibido hacerlo a más de 50 Kms./h., lo que él sabe, está lesionando voluntariamente una norma que prohíbe circular a una determinada velocidad. Si, además, atropella a un peatón y le produce la muerte, según Silvela, responderá por un delito de homicidio. La pregunta que hoy haríamos acerca de si realmente pudo prever tal resultado o, mejor dicho, si se representó la norma del homicidio (o pudo representársela), carece de significado para Silvela pues, según él, al fin y al cabo a nadie se le escapa que la normas que limitan la velocidad en el centro de las ciudades persiguen, entre otros objetivos, evitar que se produzcan accidentes mortales (33).

Ahora bien, ¿es esto suficiente para estimar que el autor quiso lesionar la norma del homicidio?; ¿existe aquí un conocimiento suficiente de la antijuricidad para hablar de culpabilidad?

Según Armin Kaufmann (34), la culpabilidad, en Derecho penal, exige el conocimiento de la norma que ha sido lesionada, la subsumción de la acción realizada bajo aquella norma y el conocimiento de la propia capacidad de acción, es decir, de haber sustituido aquella acción que lesionó la norma por otra ajustada a ella o por un simple no actuar. Hasta aquí el elemento *intelectual* de la culpabilidad; al que debe añadirse el elemento *volitivo-existencial*, haber querido la acción que lesionó la norma, que ahora no interesa (35).

Si comparamos esta Teoría de la culpabilidad con la de Silvela, se observarán diferencias sustanciales, en más y en menos:

1) En primer lugar cabe plantear la siguiente cuestión: ¿Cuándo se conoció la norma lesionada? O, dicho de otra forma, se exige un conocimiento fehaciente de la norma lesionada (ahora se alude a la lesión intencional de la primera norma de Silvela) o basta, p. ej., la

(33) El ejemplo está tomado de Eckhard HORN, *Verbotsirrtum und Vorwerfbarkeit*, 1969, pág. 20. Sobre su interpretación, págs. 26 ss.

(34) Armin KAUFMANN, *Teoría de las normas* (trad. de Enrique BACIGALUPO y Ernesto GARZÓN VALDÉS), 1977, pág. 216.

(35) Armin KAUFMANN, *Teoría de las normas*, pág. 216.

mera duda? Piénsese en la siguiente variante del ejemplo anterior: El autor sabe que, dentro de la ciudad, debe circular con cierta lentitud, pero duda acerca de si ese límite está en los 50 o en 60 Kms./h., En la duda, no obstante, conduce a 60 Kms./h. ¿Puede decirse, en terminología de Silvela, que ha lesionado la norma de circulación intencionalmente, con voluntad; y, de esta forma, la norma del homicidio?

La duda, efectivamente, es elemento suficiente para estimar que se conoció la norma lesionada (36). Pues tal duda ya debió motivar al autor a abstenerse de actuar, por el riesgo de lesión del Derecho (37). Tal duda, ciertamente, podrá justificar una atenuación de la penalidad pues, al fin y al cabo, en principio, es más grave la conducta de quien sabe fehacientemente que va a infringir la norma con su conducta que la de quien, al dudar, pudo confiar en que tal lesión no tuviera lugar (38). Pero lo que sí importa retener ahora es que la culpabilidad no exige *voluntad* de lesionar el Derecho, si por tal se entiende algo que vaya más allá del mero conocer como posible. En este sentido, por tanto, debe ser corregido o, en su caso, precisado el pensamiento de Silvela sobre la culpabilidad. Con ello, además, se rompe un viejo dogma de nuestra historia del Derecho penal que se remonta a la Teología penal del XVI y el XVII; ruptura de la que Diego de Covarrubias fue auténtico pionero (39).

Todavía hay otro aspecto relacionado con el conocimiento de la norma jurídica lesionada de especial relevancia: Las formas a través de las cuales el hombre accede al conocimiento del Derecho son varias y pueden sintetizarse de la manera más concisa posible diciendo que son dos los caminos de acceso al Derecho: El Derecho se puede conocer bien directamente, leyendo, p. ej., los textos legales, bien indirectamente, es decir, deduciendo, p. ej., de la propia conciencia la ne-

(36) Armin KAUFMANN, *Teoría de las normas*, pág. 296.

(37) Armin KAUFMANN, *Teoría de las normas*, pág. 216.

(38) Armin KAUFMANN, *Teoría de las normas*, pág. 297.

(39) Sin «mala» voluntad no puede haber responsabilidad moral para la Teología. De aquí se deduce que, al llegar a la culpabilidad jurídica, ésta se «moralice», exigiendo voluntad directa de infringir la ley, no conformándose siquiera el Derecho penal teológico con lo que COVARRUBIAS sustentó: Pues si lo importante no es *querer* violar la ley sino *conocer* la posible violación, se estará ya en condiciones de dar un paso más y afirmar que también el conocimiento, o la mera cognoscibilidad, de la norma jurídica puede justificar un reproche de culpabilidad jurídica; aunque *subjetivamente* no se haya querido violar la ley. Ante esto la conclusión es evidente: No hace falta una infracción moral para que se dé la infracción jurídica. O, lo que es lo mismo: ésta no se sustenta en aquélla. La norma moral o teológica y la norma jurídica pueden no coincidir.

Un ejemplo de lo que ello supone lo proporciona uno de los planteamientos de COVARRUBIAS criticado por el Padre Julián PEREDA: Según COVARRUBIAS, quien se apodera de cosas ajenas sin saber que su dueño había consentido el apoderamiento comete ya delito, al creer que lo hacía contra la voluntad de aquél. Objeción del Padre PEREDA: Aquí hay pecado, pero no delito. Si se observa este pasaje con detenimiento se comprueba cómo lo que el P. PEREDA le reprocha a COVARRUBIAS es que —habiendo captado éste la autonomía del orden jurídico frente al orden teológico— se atreviera a dar relevancia jurídica a un subjetivismo reservado, según el Padre PEREDA, a la Teología (cfr. Julián PEREDA, *Covarrubias penalista*, 1959, pág. 18).

cesidad de la regulación jurídica. La norma que prohíbe matar, p. ej., se puede conocer leyendo el artículo 407.º CP o bien deduciendo del precepto moral o de la norma esencial de convivencia «respecto a la vida ajena» la necesidad de su protección mediante penas, es decir, su desvaloración jurídica (40).

Ante esto la pregunta que cabe hacer es la siguiente: ¿Puede afirmarse el conocimiento de la norma jurídica lesionada cuando el infractor conoció otra norma distinta, que coincide en los resultados con la anterior, pero no aquélla?

Silvela parece conformarse con estimar que, cuando el infractor se ha decidido a lesionar una norma, se ha decidido también por la lesión de cualquier otra. En este punto se refleja la vieja doctrina del «versari in re illicita». En el Derecho penal español de hace algunos años, si el autor sabía que yacer con su hija constituía un delito de incesto pero ignoraba que también era un adulterio, habría lesionado la norma del adulterio, pese a su desconocimiento. Y, aún hoy, si el autor sabía que su trato carnal con la hermana mongólica constituye una violación pero ignora que constituye también un incesto, habrá lesionado la norma del incesto (41); siempre según Silvela. El súbdito americano recién venido a España, sabe que golpear a su mujer para coaccionarla a abortar constituye un delito de coacciones o, incluso, de lesiones, pero ignora que el aborto constituya delito; y, pese a ello, según Silvela, habría lesionado voluntariamente la norma del aborto. El cazador, en fin, que sabe que cazar en período de veda está prohibido, se hace responsable del homicidio consistente en disparar sobre lo que creyó una pieza de caza, tratándose en realidad de otro cazador (42).

En todos estos casos, si seguimos a Silvela, sería difícil negar la culpabilidad, pese a que sus autores ignoraban la norma lesionada; como la ignoran quienes conocen que su comportamiento está prohibido, pero ignoran que sólo muy recientemente aquél ha sido prohibido *penalmente* y nunca pudieron llegar a tal conocimiento (error de prohibición inevitable) (43).

Por último, puede plantearse el siguiente problema: El autor quiere motivarse de conformidad a Derecho, pero ignora el mandato jurídico. Es más, él cree que el Derecho positivo prescribe algo que no coincide con lo que su conciencia le dice que es justo. Por eso, violen-

(40) Armin KAUFMANN, *Teoría de las normas*, pág. 217.

(41) A través de la norma del estupro de prevalimiento del art. 434.º, II, CP.

(42) Este último ejemplo está tomado de HORN, *Verbotsirrtum und Vorwerfbarkeit*, pág. 21.

(43) El siguiente ejemplo de Armin KAUFMANN, *Teoría de las normas*, página 256, nota 119, pensando para otro problema, ilustra muy bien esta conclusión: «A trabaja en una fábrica en un proyecto especialmente importante para la comunidad. La dirección de la empresa, etc., ha puesto en claro y encarecido al personal —entre el cual se halla A— en repetidas ocasiones, la significación de la tarea y que en estas condiciones, trabajar a desgano resultaría dañoso para la sociedad. A está convencido de ello. Sin embargo, un día, cuando el propio A decide trabajar a desgano, procura averiguar con precisión si con ello lesionaría alguna prohibición. Fue informado acertadamente de que en realidad no existía ninguna prohibición legal. No obstante, el día en que él trabaja a desgano, entra en vigencia una nueva ley penal».

tando su conciencia (que era la realmente concordante con el Derecho positivo), realiza algo constitutivo de delito. O, al revés, ha seguido los dictados de su conciencia con la mejor buena fe (él quiso respetar el Derecho), pese a la duda sobre la violación del Derecho positivo y, efectivamente, lo lesiona.

Estos casos, próximos a la figura del delincuente por convicción (la diferencia estriba en que aquí no existe una clara voluntad de lesionar el Derecho, que es la nota más característica de aquella figura) ponen de relieve cuál es el límite del conocimiento de la antijuricidad: No basta el conocimiento de la posible lesión del Derecho para que ya pueda hablarse de conocimiento de la antijuricidad. Hace falta algo más, un *motivo* («Anlass») que lleve al autor a comprobar la antijuricidad o no de su proyecto en su realidad más concreta (44).

La Teoría de la culpabilidad, cuando no ha sido mal interpretada (45), ha sabido captar este elemento. El ejemplo más genuino es Armin Kaufmann (46). Kaufmann nunca se conformaría, en el último ejemplo, con la aceptación por parte del autor de que su conciencia cierre el paso a toda ulterior comprobación. Kaufmann diría que aquí sigue habiendo todavía una capacidad de conocer la antijuricidad, pese a que el autor no dudó de la conformidad a Derecho de su comportamiento.

De aquí cabe extraer una conclusión importante. No basta afirmar que el conocimiento de la antijuricidad, en la Teoría de la culpabilidad, exige conocer que el Derecho desaprueba la conducta, que el conocimiento haya de serlo de la norma como norma jurídica; ni siquiera basta la duda para llegar a estimar la capacidad de conocer la norma.

Pra expresarlo de la mano del ejemplo anterior: De la misma forma que la seguridad de estar actuando correctamente, conforme a Derecho, no cierra la posibilidad de estimar la capacidad de culpabilidad o de conocer el deber (la seguridad, en este caso, no exonera a su autor de la ulterior indagación sobre la conformidad a Derecho de su proyecto); de la misma manera, la duda sobre la antijuricidad no es requisito suficiente para estimar que existió capacidad de conocer el injusto. La duda («leise Zweifel») puede constituir ya el *motivo* de la ulterior comprobación (47); pero cuando esa indagación no puede llevar a resultados concretos seguirá habiendo un error de prohibición inevitable. Quien duda sobre la regulación jurídica de su comportamiento siempre podrá consultar los Textos legales. Pero si tal consulta no habría llevado a resultados tangibles, aquella duda, por sí sola, no podrá justificar el reproche. Su autor sufrirá un error de prohibición inevitable (en el sentido de que, aunque el autor lo hubiese querido, no habría podido resolver su duda) (48).

(44) Vid. Armin KAUFMANN, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, 1959, pág. 146.

(45) Vid. HORN *Verbotsirrtum und Vorwerfbarkeit*, págs. 78 ss.

(46) Vid. *infra* 4.

(47) Armin KAUFMANN, *Unterlassungsdelikte*, pág. 146.

(48) Este es el contenido del exhaustivo capítulo IV de la obra de Hans-Joachim RUDOLPHI, *Unrechtsbewusstsein. Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums*, 1969, págs. 169 ss.

Tampoco aquí llegaría Silvela a la misma conclusión. Para Silvela, el autor que sabía lo prescrito por el Derecho y voluntariamente lo infringe, ha actuado culpablemente, aunque para ello haya tenido que violentar su conciencia del Derecho. Si, para Silvela, no hay más culpabilidad que la que tiene su origen en la voluntaria lesión del Derecho, bastará tal comprobación para estimarla. Y ninguna consideración sobre las posibilidades reales de alcanzar una representación correcta de la antijuricidad del proyecto actuará en su descargo. El autor se ha rebelado contra lo que él cree Derecho positivo, que coincide casualmente con tal Derecho positivo, y eso basta para él.

Resumiendo, puede decirse que el elemento de la culpabilidad *conocimiento de la norma lesionada* exige la representación de que la norma *existe* o *puede existir*. Pero, en ambos casos, ese mismo autor se ha debido representar tal norma no como objeto de su lesión necesariamente, sino que basta la representación de su posible lesión o la posibilidad real de llegar a representársela (aunque el autor no la haya actualizado en el momento del hecho), entendiéndose por *posibilidad* algo menos que intención de lesionarla y algo más que mera representación de la posible lesión o simple posibilidad de representación. Hace falta que tal posibilidad lleve a la comprobación de la lesión. La *posibilidad* o *duda* sobre la lesión, en suma, debe ser *motivo* que pudo llevar a comprobar la efectiva lesión, es decir, al conocimiento fehaciente de la norma realmente lesionada.

2) El autor ha debido representarse correctamente la acción llevada a cabo por él. Esta comprobación, entiéndase bien, remite a un juicio puramente *existencial*, que no introduce elemento valorativo alguno. Prueba de ello es que tal requisito de la culpabilidad no difiere en el delito imprudente del delito doloso. En el delito doloso el autor ha debido representarse, p. ej., la muerte de un hombre; pero como juicio puramente existencial. Lo mismo que el autor del homicidio imprudente se ha debido representar, p. ej., la acción de adelantar a un ciclista embriagado a X metros de distancia: La maniobra de adelantamiento es la acción pensada antes de su realización (preparación), comenzada a realizar en un momento determinado (tentativa) y consumada después (una vez realizado el adelantamiento que ocasiona el atropello del ciclista) (49). Si no ha existido tal correcta representación no puede hablarse de capacidad de acción, ni de acción. Si el automovilista que quiere adelantar no se ha presentado la embriaguez del ciclista que le precede no habrá existido la acción exigida para estimar una responsabilidad por homicidio imprudente, ni culpabilidad por tal delito. La situación es la misma que la del autor de una conducta dolosa que ignora algún elemento del tipo objetivo (50).

(49) Vid. Diethart ZIELINSKI, *Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff*, 1973, pág. 154: «Que en la base del delito imprudente existe una acción (final) es indiscutible (*nota bene*)»; 191. Como dice Eberhard STRUENSEE, *Fahrlässigkeit und Finalität*, Lección inaugural (mecanografiada), 1979, parafraseando a ZIELINSKI, «tampoco el delito de imprudencia inconsciente es otra cosa que un delito doloso no descrito típicamente».

(50) STRUENSEE, *Fahrlässigkeit und Finalität*.

Pero no son éstas las cuestiones que ahora interesan. Ahora interesa revisar los supuestos donde debe ser negada la culpabilidad por ausencia del elemento *capacidad de acción*:

A veces ocurre que quien *actuó* dolosa o imprudentemente no pudo, o sólo pudo con muchas dificultades, hacerlo de otra manera. El automovilista habituado a conducir que ocasiona un accidente, o el que no puede controlar el volante porque le ha saltado una partícula al ojo, que le obliga a cerrarlo instintivamente, o porque inesperadamente se ha roto el cristal delantero del vehículo, son sujetos que, pese a realizar tipos delictivos dolosa o imprudentemente, pueden haber perdido la capacidad de acción. Su comportamiento, entonces, no será culpable (51).

Puede ocurrir también, y esto sí conviene retenerlo, que el autor no se haya representado para nada una acción, por él realizada que, de haber tenido conciencia de ella, podría constituir claramente para él el modo de lesionar la norma del delito imprudente lesionada, ya, objetivamente. El problema se le ha presentado a algunos abiertamente en el ámbito de la imprudencia inconsciente; pero también puede aparecer en el delito doloso y en la imprudencia consciente:

El automovilista que conduce un automóvil por el centro de la ciudad a una velocidad superior a 50 Kms./h., como está prescrito, se ha podido representar que, mediante la acción de conducir a una velocidad excesiva, quizá ocasionará la muerte de algún peatón; pero no se ha representado que, debido al mal estado del coche, también conduciendo por una amplia autopista a esa velocidad ha podido ocasionar la muerte de su acompañante (52). El cazador recibe de su amigo el aviso de que no debe disparar. Su amigo lo hace porque ha visto que va a alcanzar a un hombre; él, en cambio, piensa que va a cobrar una pieza cuya caza está vedada en ese tiempo. Y, pese a ello, dispara, ocasionando una muerte humana (53).

En todos estos casos, según Silvela, habrá delito y culpabilidad. Con anterioridad se vieron estos casos, o semejantes, como supuestos de desconocimiento de la norma lesionada. Ahora conviene detenerse en esta otra cuestión: ¿Basta el conocimiento de la posible lesión de la norma cuando se carece de la capacidad de acción, la capacidad de realizar la acción prohibida en la norma que se «quiere» lesionar? ¿Basta una capacidad *genérica* de acción; o se exige una específica, situada entre aquélla, la que lesiona efectivamente la norma, y la que al menos permite hablar de delito *putativo*?

Armin Kaufmann (54) ha estudiado exhaustivamente el problema

(51) Con ello abandono la posición que sostuve en ADP 1983, pág. 81. La «capacidad de acción», como capacidad de realizar una acción final en dirección distinta, que habría podido evitar el resultado, o su sustitución por un mero no actuar, sólo es relevante en la *culpabilidad*: la «capacidad de acción», en el delito de acción es elemento de la culpabilidad. Sobre la capacidad de acción como elemento general en la estructura de la culpabilidad, vid Armin KAUFMANN, *Teoría de las normas*, pág. 216.

(52) El ejemplo es de HORN, *Verbotsirrtum und Vorwerfbarkeit*, pág. 29.

(53) HORN, *Verbotsirrtum und Vorwerfbarkeit*, pág. 21.

(54) Armin KAUFMANN, *Unterlassungsdelikte*, págs. 96 ss.

de la *capacidad de acción* en el ámbito del delito de *omisión*, de cuyo tipo de injusto constituye elemento esencial: Si el autor no se ha representado, p. ej., que en sus proximidades se encontraba un salvavidas o algún otro objeto flotante que arrojar a quien se está ahogando, y él no sabe nadar, no puede decirse que haya omitido si no hace nada para salvarle. El carecía de la capacidad de acción, es decir, de realizar una concreta acción de salvamento. Y no ha infringido deber alguno.

Tratar de sustituir un concreto deber, que para él no ha surgido nunca, por otro deber que, p. ej., le obligase a examinar con más cuidado para descubrir el salvavidas, lo descarta Kaufmann categóricamente (55), pues implicaría un «regresum ad infinitum».

Pues bien, este «regresum» es el que propicia Silvela, y con él otros muchos autores, en el ámbito de la culpabilidad. Según Silvela, la no representación del resultado muerte del peatón, ni la de la norma de cuidado que obligaría a mirar si alguien ha saltado a la calzada, aparecen sustituidas por la representación de la prohibición de que en el centro de la ciudad no se debe circular a más de 50 Kms./h. Para Silvela, si el omitente se representó un deber genérico de examinar la situación, y lo infringió voluntariamente, responderá por la omisión del salvamento, pese a su incapacidad actual para la acción de salvamento.

Otros autores, más recientemente, se han ido al extremo opuesto, y de la no representación del posible resultado (muerte del peatón) ni de la norma lesionada (que obliga a conducir con cuidado en el centro de la ciudad —p. ej., mirando a derecha e izquierda en los cruces—, y no sólo a una determinada velocidad), excluyen la imprudencia inconsciente del ámbito de la culpabilidad (56).

Ahora bien, si se admite la conclusión excluyente de la culpabilidad para la imprudencia inconsciente, habrá que extenderla también a todo el error de prohibición (desconocimiento de la antijuricidad), pues en toda imprudencia inconsciente (desconocimiento de la norma de cuidado infringida) hay un error de prohibición (lo que aquí se diga, por tanto, alcanza también al delito doloso) (57).

Si se exige *voluntad* en la culpabilidad, se tenderá a verla en la representación *psicológica* del resultado y de la norma lesionada, tal como había dicho Silvela (58); y si, aún así, se pretende incluir la imprudencia inconsciente y el error de prohibición en el concepto de culpabilidad, sólo cabe encontrarla en la voluntad de lesión de una norma genérica en cuyo ámbito entre la evitación de resultados cuya producción, a su vez, esté prohibida por otras normas, pese al desconocimiento de ambas circunstancias (producción del resultado y norma lesionada) por el autor.

La moderna Teoría de la culpabilidad, sin embargo, entiende la culpabilidad como un juicio sobre el autor («Urteil über den Täter»)

(55) Armin KAUFMANN, *Unterlassungsdelikte*, págs. 145 s.

(56) Cfr. Arthur KAUFMANN, *Das Schuldprinzip*, 2.ª ed., 1976, págs. 156 ss., 223 ss.

(57) Vid. HORN, *Verbotsirrtum und Vorwerfbarkeit*, pág. 15.

(58) Vid. *supra*.

(valoración) que no requiere una representación actual ni del resultado ni de la norma lesionada, pero sí la *posibilidad real*, existencial, de ambas representaciones por el autor: El autor ha debido poder llegar a la representación del resultado (capacidad de acción) y a la representación de la norma infringida. Si falta cualquiera de estos elementos, no habrá capacidad de culpabilidad. Dicho de otra forma, y por eso el concepto de culpabilidad de Armin Kaufmann requiere un tercer elemento: El autor se ha debido poder representar la norma que regula su comportamiento, es decir, ha debido poder *subsumir la acción realizada por él bajo la norma lesionada*.

3) Con lo dicho hasta aquí, el planteamiento de Silvela sobre la culpabilidad debe ser corregido en el punto más insostenible de su doctrina. Si, tras lo visto, se amplía la exigencia del requisito del conocimiento de la norma desde la voluntad directa de lesión (intencionalidad) a la representación de la posible lesión (lesión, p. ej., en caso de duda), todavía nos valdrá la teoría de Silvela. Pero, si en la dirección contraria, no se exige que el autor se haya representado la acción (de forma puramente existencia, recuérdese) mediante la cual lesiona o puede lesionar la norma, estamos prescindiendo de la capacidad de culpabilidad, estamos abocados al «*versari in re illicita*».

Si el autor no se ha podido representar en ningún momento que su disparo de caza puede matar a un hombre, no podrá responder por homicidio, aunque haya disparado en la creencia de estar infringiendo una norma que prohíbe cazar en período de veda (59).

Quien se ha representado el exceso de velocidad de su automóvil en el centro de la ciudad, pero no la posibilidad de atropellar a un peatón, ni ha podido hacerlo, no infringe todavía la norma del homicidio. Prueba de ello es que la vulneración de aquella norma puede dejar en suspenso la más mínima conexión con muertes humanas (sí, p. ej., las calles, en ese momento, están vacías). Con mayor razón, si no ha sabido el estado de deterioro del coche, que puede poner en peligro la vida de su acompañante, no ha habido lesión de la norma del homicidio, ni la del homicidio doloso ni la del imprudente.

Ello no quiere decir, porque sería dar un paso atrás, que el autor se haya debido representar la norma que infringe (conocimiento de la antijuricidad en el delito doloso o conocimiento de la norma de cuidado en la imprudencia consciente), pero sí ha debido haber la posibilidad de alcanzar ambas representaciones: En la imprudencia inconsciente, la representación, p. ej., de la embriaguez del ciclista es básica para que el automovilista pueda llegar a la representación de que puede atropellarlo (homicidio) y de que está infringiendo la norma de cuidado (que diría aproximadamente: «¡No debes adelantar, o debes hacerlo a mayor distancia de lo normal, a ciclistas embriagados para no atropellarlos!»). Pero, si no ha habido representación de tal estado, faltará el presupuesto mínimo de la responsabilidad, de la culpabilidad. El autor no puede representarse ni la acción ni la norma lesionada mediante su acción.

(59) Vid., p. ej., JAKOBS, *Strafrecht*, pág. 459.

Con ello se puede afrontar ya el problema más difícil de resolver que tiene planteada hoy la Teoría de la culpabilidad. ¿Cuándo, pese al desconocimiento de la antijuricidad del comportamiento, fue evitable el error?; ¿cuándo se puede llegar a la conclusión de que el autor pudo actuar de otra manera y subsumir su conducta en la norma lesionada, pese a desconocerla? ¿No estamos ya aquí más allá del principio de culpabilidad?

Esta es la objeción fundamental de Eckhard Horn a la Teoría de la culpabilidad en la monografía ya citada. Para Horn (60), la culpabilidad es simplemente *capacidad de motivación*. Dicha «capacidad de motivación» exige el conocimiento de la norma lesionada, o, al menos, la representación de que se está lesionando el Derecho, aunque se desconozca la concreta norma infringida. En este segundo caso, aunque el autor ha desconocido la norma concretamente lesionada, puesto que sí se representó que su proyecto era antijurídico, pudo motivarse a omitirlo; con lo que, indirectamente, pudo evitar la lesión de la concreta norma infringida pese a su desconocimiento (61). Esta construcción presenta un paralelismo sorprendente con la teoría de la culpabilidad de Luis Silveira.

Para Eckhard Horn, el autor que cree estar cazando en período de veda, pero desconoce la norma que hace de su comportamiento un homicidio imprudente, se hace acreedor a un reproche de culpabilidad por dicho homicidio desde el momento en que el conocimiento, la representación, aunque sea puramente subjetiva, de que disparar en el momento que lo hizo está prohibido debió motivarle a omitir el disparo con el que ha lesionado la norma del homicidio imprudente (62). El autor que conoce, o cree conocer, que su comportamiento constituye un incesto (yacer con su propia hija) pero desconoce que se trata de un adulterio (frente a su mujer), ha infringido culpablemente la norma del adulterio o, mejor dicho, ha actuado culpablemente y debe ser hecho responsable en el ámbito penal de la norma del adulterio, pues su representación debió motivarle a desistir de su acción, con la que ha lesionado la norma (objetiva) que prohíbe el adulterio (63).

Horn se ha defendido muy bien de la posible objeción que representaría ver en su teoría de la «motivación para omitir el provento delictivo» una vuelta a la vieja doctrina del «versari in re illicita» diciendo que ésta, en realidad, lo que se planteaba era el problema de la atribución de un *resultado* a quien meramente lo había causado, cuando lo que se cuestiona en Derecho penal con la culpabilidad es si pudo evitar la lesión de un determinado deber a través de una acción: comprobada por el autor la antijuricidad de su acción, va puede hablarse de culpabilidad: Si una determinada acción está prohibida porque el Derecho conecta con ella la probabilidad de que se produzcan determinados resultados, y esto ocurre muy frecuentemente en el ámbito de la imprudencia, la culpabilidad del autor sólo exige el conoci-

(60) HORN, *Verbotssirrtum und Vorwerfbarkeit*, págs. 152 ss.

(61) HORN, *Verbotssirrtum und Vorwerfbarkeit*, pág. 154.

(62) HORN, *Verbotssirrtum und Vorwerfbarkeit*, pág. 155.

(63) HORN, *Verbotssirrtum und Vorwerfbarkeit*, págs. 161 s.

miento de que el Derecho prohíbe esa acción (p. ej., de seguridad). Si el autor realiza, no obstante, la acción puede responder, p. ej., por homicidio imprudente, aunque no se haya representado para nada la muerte (posible de un hombre).

Cuestión distinta, en la que no hace falta entrar ahora, es que la doctrina de Horn es una doctrina sobre el *cuándo* puede haber culpabilidad pese al desconocimiento de la concreta norma lesionada (64); lo que no prejuzga el *cuánto* de la responsabilidad, que plantea una serie de problemas en relación con la penalidad (65). Horn sugiere que en el ejemplo del incesto-adulterio el autor debe responder por un adulterio con la penalidad correspondiente a la gravedad que supone haber querido cometer un incesto, de forma que la penalidad del adulterio actuará como límite superior no rebasable; en tanto que se prescindirá de cualquier límite mínimo: En el ejemplo de la infracción de caza-homicidio imprudente la pena puede ser la correspondiente a la culpabilidad de un homicidio imprudente en la cuantía de una multa de poca monta (correspondiente a la infracción de caza).

Otros supuestos que surgen en relación con esta construcción, como el de la existencia de la norma que el autor creyó infringir, o el de si cabe que un autor no se haya representado la infracción de ninguna norma concreta sino que haya tenido una representación genérica e indiferenciada de la infracción del Derecho, son también contemplados y resueltos por Horn (66).

El mayor valor de la tesis de Horn es haber cuestionado la Teoría de la culpabilidad en el momento actual, que tiene que conformarse con una mera *posibilidad* (capacidad de haber podido actuar conforme a deber) de que el autor hubiese llegado a alcanzar el conocimiento del injusto del que careció (error de prohibición); conformándose, pues, con una *hipótesis*. Cuando, en realidad, la culpabilidad exige una relación psicológica, existencial, entre el autor y el deber infringido (lo que requiere como mínimo de la llamada «leise Zweifel»).

Armin Kaufmann fue un pionero en esta línea, según Horn, al exigir que para hablar de culpabilidad se ha debido producir «algo» en el interior del autor (67); pero, cuando dio un paso más y se conformó con la mera capacidad de haber llegado a conocer el deber, tira por la borda su propio intento de volver a traer a la *mente del infractor* lo que la Teoría normativa de la culpabilidad había trasladado a la *mente del juez* (68).

Si se admite el planteamiento de Horn, al menos como hipótesis de trabajo, y así lo ha querido entender el propio autor (69), para continuar reflexionando sobre la Teoría de la culpabilidad del Derecho penal en los aspectos donde ésta todavía presenta lagunas, debe ser colocado junto a Luis Silvela, pues ambos comparten los mismos pos-

(64) HORN, *Verbotsirrtum und Vorwerfbarkeit*, págs. 159 ss.

(65) HORN, *Verbotsirrtum und Vorwerfbarkeit*, págs. 161 s.

(66) HORN, *Verbotsirrtum und Vorwerfbarkeit*, págs. 162 ss.

(67) HORN, *Verbotsirrtum und Vorwerfbarkeit*, pág. 166.

(68) HORN, *Verbotsirrtum und Vorwerfbarkeit*, pág. 140.

(69) HORN, *Verbotsirrtum und Vorwerfbarkeit*, pág. 166.

tulados, que vienen a rezar así: Quien lesiona una norma conscientemente ha actuado culpablemente aunque la norma objetivamente lesionada haya sido otra, que él desconoció, pues pudo motivarse a omitir el proyecto de actuación a través del cual lesionó la norma. Además: Comprobada de esa forma la lesión, habrá culpabilidad aunque el autor nunca hubiese podido llegar a conocer el injusto realizado aun en el caso de haber respetado el motivo que pudo llevarle a comprobar tal injusto (basta la mera desobediencia a la norma para que el autor responda incluso en el caso de que, de haberla respetado, hubiese infringido también el Derecho) (70). En ambos aspectos es Luis Silvela un precursor de Eckhard Horn.

La Teoría de la culpabilidad es colocada, de esta forma, ante el dilema de elegir entre conformarse con la mera capacidad de conocer el deber o de exigir el conocimiento del deber; entre disculpar cuando la representación subjetiva de la lesión no se correspondió con la lesión objetiva de la norma, o no. Silvela y Horn representan, pues, una posición extrema dentro de la Teoría de la culpabilidad que exige el conocimiento de la lesión del Derecho (frente a quienes se conforman con la mera posibilidad de conocerla), pero estiman que basta con dicha representación subjetiva para que exista ya culpabilidad. Con Luis Silvela y Eckhard Horn alcanza la Teoría de la culpabilidad una cota nueva desde la que plantear el problema de la culpabilidad jurídico-penal (71).

4) Con Horn hay que reconocer que la voluntad de lesionar una norma jurídica que representa la lesión de otra, desconocida por él, puede ser el motivo («Anlass») para omitir el proyecto y, con ello, evitar la lesión de la norma desconocida. En el ejemplo de Horn, y argumentando desde la Teoría de la culpabilidad, al menos en la concepción de Armin Kaufmann, se podría decir que, con él, lo que se demuestra es que el autor se representó su capacidad de acción (referida a la norma realmente lesionada: quien dispara una escopeta sabe que su disparo puede matar a una persona) y pudo llegar a representarse la norma cuya infracción se sanciona como homicidio imprudente si se ha dado, p. ej., la siguiente constelación de *hechos psicológicos*: El autor que se propone realizar un disparo sobre lo que cree una pieza de caza recibe el aviso de su compañero encomiándole a que no lo haga. Aquí va la simple voz de éste es un motivo para que el cazador salga de lo que en ese momento le absorbe (p. ej., concentrar su atención en el objetivo); lo que, unido a la primera representación que él se hace (el aviso ha podido querer significar que la pieza que se quiere cobrar está vedada). Y es esta representación, por él desechada (al actualizar, p. ej., que no puede tratarse de eso), lo que le lleva a

(70) HORN, *Verbotsirrtum und Vorwerfbarkeit*, pág. 167.

(71) Otro intento importante por continuar resolviendo los problemas que el dogma de la culpabilidad jurídico-penal sigue teniendo en casos donde el autor careció, en el momento de actuar, de la capacidad de conocer la norma lesionada es el de RUDOLPHI, *Verbotsirrtum*, págs. 252 ss., para quien el desconocimiento de normas que regulan una actividad específica le puede ser reprochado al autor que las infringe en el marco de esa actividad en base a que no hizo uso, en su día, de la obligación de informarse sobre las reglas que regulan su actividad.

recordar que no ha podido ser ese el motivo del aviso, sino otro. Pero, ¿cuál? Sólo entonces, mediante un esfuerzo intelectual motivado por las representaciones anteriores, *recuerda* lo que esa mañana oyó decir: Que la orografía del terreno es tan irregular como para que, a veces, se crucen los fuegos de los cazadores.

Kaufmann diría que aquí ha habido ya capacidad de culpabilidad, porque esa serie de representaciones y reflexiones puramente psicológicas han podido llevar al autor a deducir la infracción de la norma de cuidado que prohíbe disparar en perpendicular al puesto ocupado por otro cazador. Si Horn exige, además, que, en este caso, para estimar la capacidad de culpabilidad, se ha debido representar psicológicamente que su disparo puede estar en perpendicular a un puesto de caza (cuestión distinta, en la concepción de Horn, es la de que, de no ser así, su responsabilidad penal sólo podrá deducirse de la norma que prohíbe cazar en períodos de veda, y que efectivamente él se representó) está añadiendo un *nuevo requisito* a la Teoría de la culpabilidad tradicional; pero no propugnando una vuelta a la Teoría del dolo (72). No existe, pues, una contradicción entre la doctrina de Kaufmann y la de Horn, sino una restricción de aquélla.

En cambio, cuando Horn sostiene que basta la representación del autor de estar infringiendo el Derecho mediante un proyecto antijurídico, sin necesidad de comprobación ulterior acerca de si dicha representación pudo ser el motivo que le hubiese permitido llegar a la comprobación fehaciente de la infracción de una concreta norma objetiva del ordenamiento (73), ya no puede ser seguido. En este punto puede ser ubicado Horn entre los autores que confunden antijuricidad y culpabilidad.

La estricta separación entre antijuricidad y culpabilidad, ya se ha dicho, es quizá el dogma más importante del Derecho penal moderno, que obliga a entender la culpabilidad como un concepto de referencia. La culpabilidad es la representación (o posible representación) subjetiva de la infracción del ordenamiento jurídico objetivo. De esta forma, así como no basta con la mera representación subjetiva de estar actuando como el Derecho desea para eximir de responsabilidad criminal, tampoco basta la representación subjetiva de estar lesionando el Derecho para que exista responsabilidad penal. Hace falta que dicha representación lo sea del ordenamiento jurídico (objetivo).

A dicha *relación* es a la que sirve, en el Derecho penal moderno, en los casos de error de prohibición, la doctrina generalmente compartida de la evitabilidad del error, en atención a las circunstancias en que el autor actuó (74). Por eso, para afirmar que alguien sufrió un error de prohibición inevitable no hace falta comprobar que el autor hizo todo lo que estuvo en sus manos para evitarlo, sin conseguirlo; sino que la misma inevitabilidad puede afirmarse allí donde aquél no

(72) HORN, *Verbotsirrtum und Vorwerfbarkeit*, pág. 167.

(73) HORN, *Verbotsirrtum und Vorwerfbarkeit*, pág. 167.

(74) Vid., por todos, JAKOBS, *Strafrecht*, pág. 461 («La responsabilidad del autor por el error debe determinarse en la medida en que su comportamiento refleje o no un reconocimiento insuficiente del Derecho positivo de forma clara»).

hizo nada si por mucho que hubiese hecho nunca habría podido deshacer el error sufrido (75).

Por coherente que sea la tesis de Horn sobre la desestimación de la figura del error de prohibición evitable (76), no se oculta que en su misma exposición se encuentran argumentos en contra de su teoría. En efecto, cuando afirma que la representación de estar infringiendo el Derecho siempre se asocia con una norma concreta del ordenamiento jurídico en cuestión, y no con una infracción global más o menos genérica (77) lo que parece correcto, hay que concluir que, a la inversa, no basta la representación genérica de estar lesionando el Derecho mediante un proyecto en sí antijurídico. Horn, que tan bien se defendió de la objeción del «versari», no logra los mismos resultados cuando entiende que su doctrina no desemboca en la figura del «delito putativo», porque, al fin y al cabo, el autor en estos casos se representó una «antijuricidad» (78). Más bien ocurre que, si la culpabilidad en Derecho penal exige el conocimiento de la antijuricidad del comportamiento, tiene que ir referida, aquélla, a la concreta norma efectivamente lesionada que se le quiere reprochar al autor (79).

* * *

Parece que el contenido del artículo 1.º CP, tras la reforma de 1983, puede satisfacer a todas las concepciones que en la actualidad se sustentan acerca del elemento *culpabilidad* en la Teoría del delito (podría hablarse de un contenido *mínimo* de culpabilidad), ya que tiene el mérito de excluir de la responsabilidad penal supuestos que la Doctrina científica descartaba de forma unánime en el Derecho penal de la culpabilidad. De la misma forma que, en íntima correspondencia con las definiciones del artículo 1.º, el nuevo artículo 6.º bis a), al regular el error de prohibición, permite seguir alguna de las teorías que hoy se sustentan para comprobar cuándo y por qué, pese al desconocimiento de la antijuricidad, pudo estimarse la culpabilidad. (Y, para comprobar que todas ellas representan un paso importante en la historia del Dogma basta pensar en la vieja doctrina del «versari in re illicita» que la regulación anterior del CP propiciaba por parte del Tribunal Supremo).

Estas concepciones sustentadas por la Doctrina científica se enfrentan a difíciles problemas interpretativos que el Legislador no está en condiciones de resolver de forma definitiva: Las teorías del *dolo* y de la *culpabilidad* han pugnado durante mucho tiempo en la comprensión del fenómeno de la culpabilidad jurídico-penal. Podría decirse, con K. R. Popper, que las teorías científicas no pierden validez, ni siquiera cuando son refutadas, pues, aún así, pueden haber soportado tests que otras teorías, también refutadas, no soportaron. No hay

(75) JAKOBS, *Strafrecht*, pág. 465.

(76) HORN, *Verbotsirrtum und Vorwerfbarkeit*, pág. 168.

(77) HORN, *Verbotsirrtum und Vorwerfbarkeit*, pág. 165.

(78) HORN, *Verbotsirrtum und Vorwerfbarkeit*, pág. 155.

(79) Vid., por todos, JAKOBS, *Strafrecht*, pág. 456.

teoría que no admita, más tarde o más temprano, una posible refutación. También las teorías del dolo y de la culpabilidad. La Teoría del dolo, p. ej., tiene su caballo de batalla en la denominada «imprudencia de Derecho», que la enfrenta a los mismos problemas que el error de prohibición (evitable) enfrenta a la Teoría de la culpabilidad (80). Los problemas de la Teoría de la culpabilidad, por su parte, ya se han visto, y se circunscriben a la cuestión sobre la evitabilidad del error desde las representaciones psicológicas del autor.

Recientemente Angel Torío López ha criticado muy severamente la Teoría de la culpabilidad, exigiendo la actualización del conocimiento de la antijuricidad, para restringir el ámbito del Derecho penal a límites tolerables basados en la capacidad del infractor de ajustar su comportamiento a los mandatos jurídicos (81). En este punto puede afirmarse una coincidencia con la crítica de Eckhard Horn a la Teoría de la culpabilidad.

El mismo Torío López, sin embargo, se equivoca si supone que la Teoría del dolo resuelve mejor este problema de la culpabilidad que la Teoría de la culpabilidad. Puede ser que, si se aceptan las premisas de Política criminal de que parte (tan válidas como cualesquiera otras), resulten aplicables los postulados de la Teoría del dolo para estimar la culpabilidad del delito doloso (82). Ahora bien, la misma Teoría del dolo sostiene una concepción sobre la culpabilidad en la imprudencia que el mismo Torío se ve obligado a combatir, acudiendo a conceptos tomados de la Teoría de la culpabilidad (83).

En suma, si se llega a la conclusión de que el Legislador de 1983 no se ha pronunciado terminantemente por la *Teoría del dolo* ni por la *Teoría de la culpabilidad*, la pregunta que cabe plantear es la siguiente: ¿Está la Ciencia penal española a la altura de esta estrategia del legislador? Dicho de otra forma: La Ciencia penal española, que hizo un esfuerzo ejemplar en favor del principio de culpabilidad frente a la regulación legal anterior a 1983, ¿será capaz de desarrollar su propia Teoría de la culpabilidad dentro de unos cauces legales amplios que permiten diferentes opciones, para la que sólo se exige su propia coherencia (científica) interna sin utilizar frente a doctrinas rivales la supuesta «letra de la ley» como arma arrojadiza que suplante al poder de convicción de sus argumentos?

Esta es, pues, la situación: La reforma de 1983, que se inspira en un marco de renovación del Derecho penal más amplio, auspiciado en su mayor y mejor parte por la Doctrina científica, ha servido para que, a la luz de normas como las contenidas en el artículo 1.º del Código (y en el correspondiente art. 6.º bis a), vea la necesidad de *revisarse a sí misma*, desde las diferentes concepciones y teorías que se desenvuelven en su seno.

(80) Vid. HORN, *Verbotsirrtum und Vorwerfbarkeit*, pág. 167.

(81) TORÍO LÓPEZ, *Reforma penal*, pág. 258.

(82) Vid. TORÍO LÓPEZ, *Reforma penal*, pág. 266.

(83) TORÍO LÓPEZ, en ADP 1980, pág. 89.

Tipicidad y atipicidad de las conductas omisivas en el delito de estafa

JOSE MANUEL VALLE MUNIZ

Doctor en Derecho
Profesor de Derecho penal
Universidad de Barcelona

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

Como es sabido, por mor de la Reforma Parcial y Urgente del Código Penal de junio de 1983, la tipificación de las estafas sufre una importante metamorfosis. Dejando, ahora, a un lado la tan deseada supresión del sistema de cuantías en la medición de la pena, interesa resaltar la *positivización de un concepto general* del delito de estafa. Superándose, en consecuencia, la excesiva casuística que la anterior regulación provocaba.

Así, reza el vigente artículo 528 del Código Penal: «Cometen estafas los que con ánimo de lucro utilizan engaño bastante para producir error en otro, induciéndole a realizar un acto de disposición en perjuicio de sí mismo o de tercero». De esta forma, sin duda, aparece el engaño o conducta engañosa como elemento nuclear del tipo de injusto.

Ciertamente, no faltaríamos a la verdad si dijésemos que engaño es la falsedad o falta de verdad en lo que se dice o hace, pero tampoco mentiríamos si identificásemos el engaño con la muleta o capa de que se sirve el torero para engañar al toro (1). La multiplicidad de acepciones parece, pues, evidente. Y, sin embargo, debe ser tarea del intérprete buscar el significado preciso de las conductas descritas en los tipos penales, a fin de conseguir, con la mayor concreción posible, el máximo respeto a las exigencias del principio de legalidad y, a la postre, de la seguridad jurídica.

Empresa que no será nada fácil en delitos que, como el de estafa, parece que requieran un cierto grado de indeterminación, por otra parte, político-criminalmente aceptable. Hasta el punto, que algún autor ha resaltado como una de las especificidades características del delito que nos ocupa: «la relativización del principio de legalidad que le es immanente» (2).

Sea como fuere, no será objeto de este pequeño trabajo dar respuesta a la necesaria delimitación típica del engaño jurídico-penalmente relevante. Más modestamente, en las líneas que siguen, intentaremos

(1) Recoge ambas acepciones, entre otras, el *Diccionario ideológico de la lengua española* —Julio Casares, de la Real Academia Española.

(2) GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., *Función y contenido del error en el tipo de estafa*, ADPCP, 1985, p. 336.

aportar algunas reflexiones en torno a la idoneidad de las conductas omisivas para configurar el tipo objetivo del delito de estafa.

La problemática en torno a la capacidad de determinadas omisiones, silencios o reticencias, para engendrar el engaño típico requerido en la estafa, ha sido y es, reiteradamente, planteada por la doctrina (3).

Y ello no debe extrañar, pues, a nuestro juicio, aparecen aquí las inevitables tensiones que emergen cuando se pretenden aplicar las construcciones dogmáticas elaboradas en la Parte General del Derecho penal a las específicas modalidades típicas, olvidando, frecuentemente, que las singulares características que presentan los distintos delitos imponen al jurista la necesidad de elaborar una verdadera dogmática propia de la Parte Especial.

En consecuencia, se trata de averiguar si las conductas omisivas pueden llegar a configurar la conducta típica exigida en el tipo de estafa. Lo que, por mor de la especial naturaleza del engaño, se traduce en dilucidar si el *callarse algo que se sabe* contiene el desvalor

(3) La bibliografía que se ocupa de las conductas omisivas en la estafa es, ciertamente, inabarcable. Permítasenos por ello reseñar, solamente, alguna entre las más relevantes: TOLOMEI, *Della truffa e di altri frodi*, Roma, 1915, pp. 174 y ss.; MANCI, F., *La truffa nel codice penale italiano*, Torino, 1930, pp. 110 y ss.; MANZINI, V., *Trattato di Diritto penale*; Torino, 1963, 4.ª ed., puesta al día por el prof. Pietro Nuvoione, T. IX, pp. 631 y ss.; PEDRAZZI, C., *Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio*, Milano, 1955, pp. 196 y ss.; CORTESE, G., *La struttura della truffa*, Nápoles, 1968, pp. 146 y ss.; MARINI, G., *Profili della truffa nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 1970, pp. 86 y ss.; SAMMARCO, G., *La truffa contrattuale*, Milano, 1970, pp. 164 y ss.; ANTOLISEI, F., *Manuale di diritto penale*, Parte Speciale, I, 8.ª ed., revisada y puesta al día por Luigi Conti, Milano 1981, pp. 289 y ss.; con especial interés por la referencia jurisprudencial D'AMBROSIO, V., *La truffa*, en «Giurisprudenza sistematica di Diritto penale», dirigida por F. Bricola e V. Zagrebelsky, PE. (coordinada por V. Zagrebelsky), Torino, 1984, p. 1310. Entre la doctrina germánica: CRAMER, P., *Strafgesetzbuch Kommentar*, de SCHÖNKE-SCH RÖDER, 22. Aufl, München, 1985, par. 263, pp. 1584 y ss.; LACKNER, *StGB Leipziger Kommentar*, 10 Aufl. Berlín-New York, 1979, par. 263, núm. 52-72; SAMSON, E., *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Band II, Besonderer Teil, von H. J. RUDOLPHI und E. HORN, Frankfurt am Main, 1984, par. 263, núms. 40-47; NAUCKE, *Zur Lehre von strafbarem Betrug. Ein Beitrag zum Verhältnis von Strafrechtsdogmatik und Kriminologie*, Berlín, 1964, pp. 214 y ss.; GRÜNWARD, G., *Der Vorsatz des Unterlassungsdelikt*, en Festschrift für H. Mayer, Berlín, 1966, pp. 281 y ss.; BOCKELMANN, *Betrug verübt durch Schweigen*, en Festschrift für Eberhard Schmidt, Göttingen, 1971, pp. 437 y ss.; TRIFFTERER, *Abgrenzungsprobleme beim Betrug durch Schweigen*, en JUS, 1971, pp. 181 y ss.; HERZBERG, *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantprinzip*, Berlín - New York, 1972, pp. 81 y ss.; KÜHNE, *Geschäftstüchtigkeit oder Betrug?*, Kehl, 1978, MAAS, *Betrug verübt durch Schweigen*, Giessen, 1982. Entre la literatura española cabe destacar a: ANTÓN ONECA, J., *Estafa*, en NEJ, IX 1958, pp. 64 y s.; QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, T. II, 2.ª ed., a cargo de García Valdés, Madrid, 1977, pp. 599 y s.; OLIVA GARCÍA, H., *La estafa procesal*, 2.ª ed., (revisada y renovada), Madrid, 1974, pp. 289 y s.; RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.ª, *Derecho penal español*, P. E., 9.ª ed., Madrid, 1983, p. 480; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal*, P.E., 6.ª ed., Sevilla, 1985, pp. 244 y s.; GÓMEZ BENÍTEZ, *Función...*, cit., pp. 343 y s., MARTÍNEZ PÉREZ, *El delito fiscal*, Madrid, 1982, pp. 262 y ss.; BAJO FERNÁNDEZ, *El delito de estafa*, en «Comentarios a la legislación penales», dirig. por Cobo del Rosal, T. V., Vol 2.º, Madrid, 1985, pp. 1168 y 1184 y s.; y, recientemente, GONZÁLEZ RUS, J. J., *Los intereses económicos de los consumidores. Protección penal*, Madrid, 1986, p. 282 y ss.

suficiente requerido en la estafa. Es decir, ¿cuándo y cómo el silencio puede aparecer como punible a título de estafa?

Desde luego, hemos de dejar de lado el supuesto de estafa por ocultación de gravamen, recogido expresamente en el párrafo 2.º del artículo 531 CP: «el que dispusiera de un bien libre, sabiendo que estaba gravado...». Pues parece obvio que, como indica Muñoz Conde, «... implica la omisión del deber de comunicar el gravamen a la otra parte» (4).

Centrándonos en la problemática general, la afirmación de que una omisión puede constituir el engaño bastante para producir error e inducir a la realización del acto de disposición patrimonial, ha sido sostenida en base a dos tipos de argumentaciones. Así, por un lado estarían los que reconducen el silencio a la teoría de los *actos concluyentes*. Por otro lado, en cambio, se situarían aquellos autores que tratan el silencio como *una particular hipótesis de omisión* (5). Lo que, en el delito que nos ocupa, supone reconducir el tema a la estructura típica de la omisión impropia o comisión por omisión. En este sentido, el propio Antón Oneca (6) ha admitido la posibilidad de reconducir el silencio a la doctrina general sobre las conductas omisivas, haciendo salvedad en aquellos casos en que, por la especial configuración de los hechos, aparecieran en realidad como actos concluyentes. A nuestro entender, es necesario examinar por separado ambos supuestos. Esto es, analizar en primer lugar aquellos silencios susceptibles de constituir una conducta concluyente y, por lo tanto, positiva; para, en segundo término, pronunciarnos sobre la posibilidad de realización típica de la estafa mediante comisión por omisión (7).

II. EL SILENCIO COMO CONDUCTA «CONCLUYENTE»

El tema de la validez del silencio para producir efectos jurídicos no se circunscribe, como es sabido, al campo penal. De este modo, cobra especial relevancia para nuestro estudio el tratamiento del que ha sido objeto en el ámbito civil, concretamente en la posibilidad de valorar el silencio como declaración de voluntad en las relaciones contractuales.

(4) MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal*, P.E., cit., p. 244. Sin embargo, algún autor niega el carácter omisivo del engaño en la estafa del párrf. 2.º del art. 531, defendiendo su contenido activo en base a que «el precio y otras condiciones contractuales dan a entender que la cosa está libre». Vid. BAJO FERNÁNDEZ, *El delito de estafa*, cit., p. 1184.

(5) Esta bipartición metodológica es resaltada por PEDRAZZI, *Inganno ed errore...*, cit., pp. 196 y s.

(6) ANTÓN ONECA, *Estafa*, cit., pp. 64 y s.

(7) No compartimos, por lo tanto, la posición de PEDRAZZI, *Inganno ed errore...*, cit., pp. 197 y ss.; cuando trata unitariamente ambos supuestos, rechazando la posibilidad de que las dos vías apuntadas sean entendidas como alternativas, es decir, recurrir a la construcción omisiva impropia sólo cuando no quepa reconducir el silencio a un acto concluyente: «Cualificación normativa e interpretación de la manifestación engañosa son dos perspectivas íntimamente conexas, dos caras del mismo fenómeno jurídico. No puede pretender relevancia y protección la interpretación que no sitúa la conducta en el seno de una encuadratura jurídica» (p. 198).

Es opinión dominante que la manifestación de voluntad contractual admite tanto la *forma expresa* como la *tácita* (8). Entendiendo por declaraciones de voluntad tácitas, siguiendo a Díez-Picazo, aquéllas en que «una persona realiza un determinado acto o adopta un determinado comportamiento, que sin declarar abiertamente ni manifestar una voluntad, por una parte permite presumir que tal voluntad existe y, por otra parte, permite a los demás inducir objetivamente un consentimiento contractual. La declaración de voluntad tácita es aquella que se realiza por medio de actos concluyentes (per facta concludentia)» (9). Cabe preguntarse, entonces, si el silencio es asimilable a la adopción de ese determinado comportamiento susceptible de ser valorado como declaración tácita. La respuesta no es sencilla. Sin duda, el silencio, considerado aisladamente, nada transmite. Pero, también es cierto que, como afirma Puig-Brutau, «basta que exista en determinadas circunstancias, en lo que lo normal sería no callar, para que se perciba que la solución no puede darse tajantemente en uno u otro sentido» (10).

Así, por ejemplo, continuando con el autor citado, «el silencio tendrá el valor de una declaración, incluso de una declaración expresa, cuando las partes así lo hayan dejado convenido de antemano respecto a una situación perfectamente delimitada» (11).

Especialmente acertada, nos parece la postura de Díez-Picazo cuando sostiene que, «el problema del silencio no puede recibir una respuesta unívoca y general para todos los casos. La solución depende, en cada hipótesis concreta, de la valoración que debe atribuirse en las circunstancias del supuesto, de acuerdo con las exigencias de la buena fe y con el sentido objetivo que razonablemente debe atribuirse a la conducta omisiva» (12).

El silencio, por tanto, bajo determinados condicionamientos puede considerarse como una verdadera manifestación de voluntad. Tarea interpretativa, entonces, en la que pueden resultar de especial ayuda la valoración de algunas circunstancias: a) Si existe o no entre las partes anteriores y continuadas relaciones de negocios; b) los usos generales del tráfico; c) los usos individuales de los contratantes (13).

De este modo, parece perfectamente posible dotar al silencio, en algunos casos, de valor concluyente. Desde luego, la doctrina penal, en mayor o menor medida, así lo viene sosteniendo. Incluso reconduciéndolo, a nuestro entender acertadamente, a verdaderas acciones positivas. Así, en ejemplos de Antón Oneca: «El que en un restaurante come y no paga, engaña, no por haber callado su falta de dinero, sino porque la acción de entrar en el establecimiento y pedir un cubierto

(8) Vid. Díez PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial*, Vol. I, 2.ª ed., Madrid, 1983, pp. 112 y ss. No obstante, algún sector de la doctrina civilista admite junto a las formas expresa y tácita, la denominada presunta. Vid., por todos, PUIG-BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, T. II, Vol. I, 2.ª ed., Barcelona, 1978, pp. 59 y ss.

(9) Ob. cit., p. 112.

(10) PUIG-BRUTAU, *Fundamentos...*, cit., p. 61.

(11) Ob. cit., p. 62.

(12) Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., p. 113.

(13) Reseñados por Díez-PICAZO, Ob. cit., p. 114.

daba a entender su capacidad y disposición al pago; quien, sin la debida autorización, presenta la cartilla de ahorros ajena, estafa, no por callar la sustitución, sino porque hace suponer al empleado que es al titular a quien paga; si, para acreditar solvencia, se induce a errar mediante un balance, no es por la omisión de deudas, sino porque, al consignar sólo los créditos, se dio una idea falsa de la situación económica, etc....» (14).

Pensamos, que para que el silencio sea capaz de producir error e inducir al acto de disposición, debe de manifestarse como concluyente. Ello ocurrirá, desde luego, cuando el silencio aparezca en el seno de un comportamiento complejo positivo, donde cobra relevancia no tanto la mera omisión, cuanto la acción concluyente que toda la conducta supone (15). Del mismo modo, devendrá concluyente aquel silencio que, en virtud de determinados parámetros, como los usos del tráfico, la existencia de un deber jurídico de manifestarse, la costumbre, la cualidad de la persona, etc., adquiere una significación engañosa evidente (16).

Así, por ejemplo en las relaciones contractuales, cuando una de las partes oculta a la otra una información esencial sobre el objeto del negocio, siendo así que de la propia regulación legal del contrato o de los principios jurídicos que lo informan, se derive el imperativo de prestar la información, se deberán observar todas las circunstancias que rodean dicha relación. Desde luego, en estos supuestos, habrá que estar a la existencia de un determinado deber jurídico de informar entendido, no en el sentido de fundamentar una posición de garante, lo que implicaría llevar el supuesto, nada más lejos de nuestra intención, a la construcción omisiva impropia, sino como criterio interpretativo que, unido a todos los demás posibles, permita reconducir la conducta omisiva a una actividad engañosa inequívoca. Como afirma Sammarco, «el problema, entonces, no es tanto reafirmar la irrelevancia para nuestros fines de un silencio que opera en vía puramente omisiva, cuanto establecer en relación a las indicaciones derivadas de los usos sociales y del presupuesto normativo, cuando el silencio se torna concluyente y opera bajo forma de lenguaje convencional» (17).

No obstante, este autor, a pesar de exigir al silencio un significado concluyente, termina por reconducir estos supuestos a la solución dogmática de la comisión por omisión. En su virtud, exigirá para la imputación del resultado a la conducta del agente la obligación de un deber de actuar, tal y como preceptúa el párrafo 2.º del artículo 40 CP italiano («No impedir un resultado, cuando se tenía la obligación jurídica

(14) ANTON ONECA, *Estafa*, cit., pp. 64 y s., vid.: Notas 53 y 54 del texto citado, en p. 64.

(15) Vid. BOCKELMANN P., *Betrug verbüt durch Schweigen*, en *Festschrift für Eberhard Schmidt*, Göttingen, 1971, p. 437, donde viene a manifestar que el silencio un hecho particular en el contexto de una declaración que se presenta como completa constituye un engaño mediante acción concluyente. En general, Vid. CRAMER, P., *Strafgesetzbuch Kommentar*, de SCHÖNKE y SCHRÖDER, cit., par. 263, núms. 16 - 21, y bibliografía allí citada; Cfr. TRIFFTERER, *Abgrenzungsprobleme beim Betrug durch Schweigen*, *JUS*, 1971 pp. 181 y ss.

(16) Vid. SAMMARCO, *La truffa...*, p. 168.

(17) Ob. cit., p. 116.

de impedirlo, equivale a ocasionarlo») (18). Contrariamente, nuestra postura supone reconducir aquellas conductas omisivas que revelen un concreto y evidente significado engañoso, a conductas concluyentes y, en este sentido, positivas. Como afirma Grasso, «en hipótesis de este género sólo aparentemente se da relieve a un comportamiento omisivo, en realidad la conducta tomada en consideración es una conducta activa» (19).

De este modo, determinados supuestos que se ejemplifican como modalidades omisivas, son, en realidad, comportamientos activos (20). Así, suelen citarse las STS de 25-septiembre-1970 (A. 3.568) y 22-enero-1975 (A. 177), donde se estimó delito de estafa en la solicitud de un préstamo bancario, al haber omitido el solicitante deliberadamente la insolvencia que padecía (21); y la STS de 6-diciembre-1974 (A. 5.116), al suscribir un seguro sin declarar el accidente ya habido (22). Sin embargo, podría ser posible mantener aquí la existencia de un engaño activo, si, como apunta Bajo, «... se ha preguntado expresamente si el solicitante es solvente o ya ha sufrido un accidente para denegar la solicitud en dicho caso; mantener la solicitud del préstamo o del seguro implica responder negativamente a la pregunta» (23).

Con todo y con ello, una vez constatada la significación concluyente del silencio y, en consecuencia, afirmada la existencia de una actitud positiva engañosa, no estamos en disposición, todavía, de sostener el carácter típico del mismo.

En efecto, es posible que ese silencio o reticencia, deviniendo concluyente no traspase, empero, los marcos propios de la mera ilicitud civil. Lo que podrá ocurrir frecuentemente, como ya apuntaba Quin-

(18) Ob. cit., pp. 170 y ss.; en el mismo sentido, manifiesta MARINI, *Profilo della truffa...*, cit., p. 87: «Primera condición —cuya falta, a nuestro entender, precluye cualquier otra solución— es, entonces la presencia de una obligación de actuar que, en la especie que nos interesa, puede ser la de decir aquello que se sabe (más correctamente: no ocultar en todo o en parte aquello que se sabe)».

(19) GRASSO, Giovanni, *Il reato omissivo improprio*, Milano, 1983, p. 160.

(20) Recientemente, en un profundo estudio sobre la omisión, SILVA SÁNCHEZ, J. M.^a, *La omisión penal: aspectos conceptuales*, (Tesis doctoral), T. II, Barcelona, 1985, ha reconducido los casos en que el engaño bastante para poder producir error se articula por medio de un silencio, a estructuras comisivas: «El silencio, ciertamente, posee, en determinadas circunstancias, un indudable contenido de significado; de ahí que pueda verse en él un engaño capaz de generar el error en otra persona. Sin embargo, estimo erróneo incluir tales casos en una presunta realización típica omisiva de la estafa» (p. 639). Aunque el autor no fundamenta su postura, directamente, en la existencia de un actuar concluyente, sino en una reelaboración del concepto de omisión. Así, partiendo de que la omisión se conceptualiza como «la falta de realización de una prestación positiva de salvaguarda de un bien jurídico en peligro» (vid. pp. 244 y ss.), niega la misma en base a que «lo que realmente sucede es que la conducta del sujeto (...), realiza directamente el sentido del tipo» (p. 639). (...) «debe, por tanto, advertirse la existencia de una realización típica comisiva (p. 640).

(21) No entramos, ahora, en la dudosa adecuación típica del engaño por medio de ocultar la solvencia a una entidad bancaria. Teniendo en cuenta la inferioridad de condiciones del individuo frente a la concreta entidad crediticia. Vid., en sentido similar, BAJO FERNÁNDEZ, *Estafa de abuso de crédito mediante el descuento bancario de 'letras vacías' o no comerciales*, en ADPCP, 1977, pp. 525 y ss., especialmente 537 y ss.

(22) Citados en QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado...*, cit., p. 600.

(23) BAJO FERNÁNDEZ, *El delito de estafa*, cit..., pp. 1184 y s.

tano: «... las puras conductas omisivas de callar defectos o vicios de las cosas, a no ser que se trate de los concretos gravámenes a que se refiere el párrafo segundo del artículo 531, no parecen susceptibles, por regla general, de encuadrarse en la estafa, dando lugar tan sólo a las responsabilidades civiles de saneamiento previstas en los artículos 1.184 y siguientes del Código civil y 336 y 342 del de comercio» (24).

Del mismo modo, es perfectamente imaginable que, el silencio, conforme las maquinaciones insidiosas requeridas por el artículo 1.269 del CC para la existencia del dolo vicio del consentimiento, anulando, en consecuencia, el contrato, pero, en ningún caso, generando responsabilidad penal a título de estafa.

En definitiva, para sostener el carácter típico del silencio, además de demostrar su carácter concluyente, deberá satisfacer, al igual que cualquier otra conducta engañosa, las exigencias derivadas de la adecuación a la norma del artículo 528 CP.

En este sentido, a nuestro entender, el camino correcto pasa por la afirmación de la *imputación objetiva* del resultado a la conducta del agente (25). Ello, supone rechazar la virtualidad de las distintas teorías

(24) QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado...*, cit., p. 600.

(25) La restricción de la responsabilidad penal en el plano normativo de la imputación objetiva empieza a ser hoy ampliamente reconocido. Desde luego, es la postura dominante en Alemania: Vid. JESCHECK, H. H., *Tratado de Derecho Penal*, P.G., trad. y adiciones de S. Mir y F. Muñoz Conde, Vol. I, Barcelona, 1981, pp. 376 y ss. y abundante bibliografía allí citada; ROXIN, C., *Reflexiones sobre la problemática de la imputación en el Derecho Penal*, en «Problemas básicos del Derecho Penal», trad. de Luzón Peña, Madrid, 1976, pp. 128 y ss. (publicado por primera vez en la Festschrift für R.M. Honig, Göttingen, 1970, pp. 133 y ss.); JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil* Berlín - New York, 1983, pp. 163 y ss.; STRATENWERTH, G., *Derecho Penal. Parte General, I: El hecho punible*, trad. de la 2.ª ed. alemana (1976) de Gladys Romero, Madrid, 1982, pp. 75 y ss.; SCHMIDHAUSER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Studienbuch*, Tübingen, 1982, páginas 91 y ss.; En nuestro país, hemos de destacar como claro precursor de la problemática de la imputación objetiva a GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Madrid, 1966, pp. 99 y ss.; también, RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Derecho Penal. Parte General*, Madrid, 1978, pp. 299 y ss.; en la actualidad, buena parte de la doctrina española acoge la teoría de la imputación objetiva: BACIGALUPO, Enrique, *Principios de Derecho penal español II. El hecho punible*, Madrid, 1985, pp. 48 y ss.; GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., *Teoría jurídica del delito (Derecho Penal. Parte General)*, Madrid, 1984, pp. 172 y ss.; HUERTA TOCILDO, S., *La teoría de la imputación objetiva y su versión jurisprudencial*, en «La Ley», tomo, 1983/3, pp. 277 y ss.; LUZÓN PEÑA, D. M., *Causalidad e imputación objetiva como categorías distintas dentro del tipo de injusto (comentario a la Sentencia T. S. 20-5-1981)*, en «Actualidad Jurídica», VII, 1981, pp. 78 y ss.; IDEM, *Autoría e imputación objetiva en el delito imprudente: Valoración de las aportaciones causales*, en RD Cir., 1984, pp. 275 y ss.; MIR PUIG, *Adiciones al Tratado de Derecho Penal de Jescheck*, cit., p. 394; MUÑOZ CONDE, F., *Teoría General del Delito*, Bogotá, 1984, pp. 22 y ss.; QUINTERO OLIVARES, G., *Introducción al Derecho Penal*, P.G., Barcelona, 1981, pp. 111 y s. y 142 y s.; ROMERO, Gladys, *La conexión entre acción y resultado en los delitos de lesión*, en CPC, núm. 19, 1983, pp. 157 y ss.; SÁINZ CANTERO, *Lecciones de Derecho Penal*, P.G., 2.ª ed., Barcelona, 1985, pp. 255 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, *Límites en la responsabilidad por imprudencia (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2.ª, de 27 de enero de 1984)*, en «La Ley», núm. 1044, octubre de 1984, pp. 1 y ss.; TOLEDO y UBIETO, E., OCTAVIO DE TOLEDO y HUERTA TOCILDO, S., *Derecho Penal. Parte General. Teoría jurídica del delito (I)*, pp. 73 y ss.; también utiliza la

causales para delimitar el engaño típicamente relevante (26) y, en consecuencia, supone también el entendimiento de la causalidad y de la imputación objetiva como categorías distintas dentro del tipo de injusto.

De esta forma, para la afirmación del engaño jurídico-penalmente relevante deberán utilizarse los *criterios normativos* de la moderna teoría de la imputación objetiva (27). Criterios que, por otra parte, atraviesan todavía hoy la fase de elaboración. Su aplicación práctica, por ello, es compleja. Sin embargo, y sin ánimo de afirmar nada definitivo sobre el tema, las especiales dificultades que en sede contractual presentan determinadas modalidades de engaño para sobrepasar la mera ilicitud civil (art. 1.269 CC) y configurar el tipo penal de estafa, hacen especialmente fructífero, en este ámbito, la utilización del «*criterio del fin de protección de la norma*» (28). No compartimos, pues, el criterio de aquellos que reducen su invocación a determinadas constelaciones típicas imprudentes. Esta parece ser la postura de Gómez Benítez, quién, siguiendo a Roxin, afirma: «... en los delitos dolosos no existe un marco autónomo para este criterio, ya que en éstos, todos los casos son reconducibles a los de creación o incremento del riesgo, pudiéndose concluir que, efectivamente, los resultados que no son manifestación del riesgo creado o incrementado no pertenecen a la esfera de protección de la norma y, por tanto, no son objetivamente imputables a la acción del autor» (29). No obstante, este mismo autor re-

teoría de la imputación objetiva, aunque ubicando el problema en sede de antijudicialidad, BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho Penal español*, P.G., Barcelona, 1984, pp. 227 y ss.

(26) Gran parte de la doctrina propone la utilización de la teoría de la causalidad adecuada: ANTÓN ONECA *Estafa*, cit., p. 63; OLIVA GARCÍA, *La estafa procesal*, cit., pp. 283 y ss.; QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de Derecho Penal*, P.E., T. II., cit., pp. 594 y ss.; PEDRAZZI, *Inganno ed errore...*, cit., 1955, pp. 234 y ss.; NAUCKE, *Der kausalzusammenhang Zwischen Täuschung und Irrtum beim Betrug*, en *Festschrift für Karl Peters*, Tübingen, 1974, pp. 109 y ss.; Por lo que respecta a nuestro Tribunal Supremo, también el terreno de la causalidad será el elegido para determinar el engaño típico. Hemos de reconocer, empero, que en el tema que nos ocupa, se inclina a buscar un concepto de causa más limitado que el de la equivalencia de las condiciones. Lo que ya no resulta tan fácil, es saber cual utiliza realmente. Así, es relativamente frecuente encontrarnos con la afirmación de que el engaño ha de ser «idóneo, relevante y adecuado» (STS 5 y 25-III y 24-IX-81, A: 1047, 1215 y 3391), o, también «adecuado, eficaz y suficiente» (STS. 3-XII-82, A: 7375; 12-XII-84, A: 6721; y 24-V-85, A: 2533, etc....). De lo que parece desprenderse la aplicación, indiscriminada y arbitraria, de la teoría generalizadora de la adecuación, la individualizadora de la causalidad suficiente y la normativa de la relevancia.

(27) En nuestra doctrina son escasos los autores que delimitan el engaño típico en sede de imputación objetiva. A favor de este planteamiento se han pronunciado, expresamente, GÓMEZ BENÍTEZ, *Función y contenido del error en el tipo de estafa*, cit., pp. 338 y ss.; TORIO LÓPEZ, A., *Acción y resultado típico en la estafa procesal*, en libro homenaje al Prof. Antón Oneca, Salamanca, 1982, pp. 885 y ss.; VILA MAYO, *Consideraciones acerca del engaño en la estafa*, en «La Ley», núm. 1030, septiembre 1984, pp. 1 y ss.; GONZÁLEZ RUS, *Los intereses...*, cit., pp. 272 y ss.

(28) Además del ámbito contractual, el criterio del fin de protección de la norma ha sido utilizado en la llamada estafa procesal. Vid. TORIO LÓPEZ, *Acción y resultado típico...*, cit., pp. 883 y ss., especialmente p. 889.

(29) GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica...*, cit., p. 191.

conoce que determinados supuestos de estafa (por lo tanto tipos dolosos) «deben ser remitidos directamente a la idea del fin de protección de la norma» (30).

En consecuencia, a nuestro juicio, la aplicación de este criterio es perfectamente posible, pues aún cuando sea utilizado, también, en vía civil (31), su contenido debe ser, razonablemente, distinto en el terreno penal. Como reconoce Roxin: «... sus respectivos contenidos tienen que ser distintos siempre que las divergentes metas de la justa reparación del daño, por un lado y de la reacción adecuada político-criminalmente, por otro, requieran soluciones discrepantes» (32).

Pero, sostener que la delimitación del engaño típico debe hacerse, por lo menos en el ámbito contractual, a partir de la esfera de protección que despliega el delito de estafa es, aunque fundamental, solamente el punto de partida.

El criterio del fin de la norma debe ser dotado de contenido. Para ello no deben olvidarse, en el plano general, los principios político-criminales que deben informar a toda reacción penal, especialmente, ahora, el de intervención mínima. Además, y como punto de partida nuclear, *habrá que orientar la función protectora de la estafa desde el bien jurídico tutelado*. En este sentido, no debemos olvidar la conceptualización económico-jurídica del patrimonio ajeno como objeto de protección (33). Sin duda, bien distinto a la libre formación de la voluntad de las partes y la buena fe en las relaciones contractuales que con la configuración del dolo vicio del consentimiento se pretende preservar.

Todo ello, además, deberá confrontarse a la luz de los principios que iluminan las relaciones contractuales y, especialmente la relación contractual concreta objeto de enjuiciamiento. Sin duda, la numerosa y poliforme tipología contractual (sin olvidar los contratos atípicos) que muestra nuestro Ordenamiento Jurídico así lo exige

Tarea que, obviamente, ni podemos, ni pretendemos realizar en estas pocas páginas. Baste ahora, por ello, dejar señalado el camino dogmático idóneo, a nuestro entender, para realizarla.

III. CRITICA Y RECHAZO DE LA ESTRUCTURA IMPROPIA DE OMISION

Aún cuando las referencias serán obligadas, conviene centrarnos, en este punto, en el derecho positivo español. Pues, contrariamente a los textos penales italiano (art. 40, párrafo 2.º) y alemán (párrafo 13), el nuestro no reconoce positivamente el tipo de omisión impropia (34).

(30) GÓMEZ BENÍTEZ, *Función y contenido...*, cit., p. 341.

(31) Vid. LANGE, H., *Adaquanztheorie, Rechtswidrigkeitszusammenhang, Schutzzwecklehre und selbständige Zurechnungsmomente*, en *Juristenzeitung*, 1976, pp. 198 y ss., especialmente, p. 201; también, STOLL, *Kausalzusammenhang und Normzweck im Deliktsrecht*, Tübingen, 1968, Colección Recht und Staat, 364/365

(32) ROXIN, *Reflexiones...*, cit., p. 141.

(33) Vid. WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht. Ein Systematische Darstellung*, Berlín, 1969, p. 372.

(34) Párrafo 13, 1) del StGB: «Comisión por omisión. El que omitiere evitar

Con todo, es evidente su afirmación a nivel doctrinal y, en consecuencia; la posibilidad de reconducir determinadas conductas omisivas a su construcción dogmática.

En su momento, ya señalamos la aceptación de esta hipótesis por Antón Oneca. En la actualidad, también es mayoritario el sector doctrinal que no rechaza tal posibilidad. Como botón de muestra basten las inequívocas palabras de Rodríguez Devesa: «El engaño puede residir tanto en la afirmación de hechos falsos como en juicios de valor, realizarse con palabras o con actos concluyentes, por un hacer activo o por una omisión (no sacar del error existiendo obligación de hacerlo)» (35).

En efecto, sentado que la tipicidad de los silencios idóneos para producir error debe pasar por la demostración de su valor concluyente, las conductas puramente omisivas quedarían reducidas a lo que, efectivamente, afirma Rodríguez Devesa, esto es, aquellas que consisten en «no sacar del error existiendo obligación de hacerlo».

Con ello, se sitúa la tipicidad de las *conductas estrictamente omisivas* en el terreno dogmático de la *comisión por omisión*.

Como es sabido, la punibilidad de la omisión de impedir un determinado resultado típico, encuentra fundamento en su equivalencia con la realización activa del mismo. En consecuencia, para afirmar que «el no sacar del error preexistente» realiza el tipo de estafa por comisión por omisión, habrá que demostrar que ello *equivale o corresponde* a la utilización de un engaño bastante para producir error e inducir al acto de disposición patrimonial, tal como exige en el art. 528 CP. En otros términos, *no sacar del error a alguien sería igual que engañarlo*. Ni que decir tiene que el peligro de erosión del principio de legalidad y, a la postre, de la seguridad jurídica es evidente (36). Como es sabido, dos son los criterios generalmente utilizados para afirmar la equiparación entre la omisión impropia y su tipo de comisión (37). En primer lugar, la existencia de un deber jurídico de evitar el resultado, esto es, que el omitente se encuentre en una *posición de garantía* con respecto al bien jurídico tutelado (38). En segundo lugar, que la no evitación de

un resultado, perteneciente a un tipo penal, sólo será punible según este tipo si está jurídicamente emplazado a que ese resultado no tenga lugar y siempre que la omisión equivalga a la realización del tipo penal por un hacer». Por lo que respecta al Ordenamiento jurídico español, ni el Código penal vigente, ni la PANCP de 1983 recogen cláusula semejante. Probablemente, las dificultades que la comisión por omisión presenta frente a las garantías derivadas del principio de legalidad, han inducido al legislador al rechazo de un reconocimiento explícito del tipo de comisión por omisión. Vid. BUSTOS RAMÍREZ, *Manual...*, P.G., cit. pp. 282 y ss.; especialmente crítico, QUINTERO OLIVARES, *Introducción...*, P.G., cit. pp. 147 y ss. Cfr. GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría...*, P.G., cit., pp. 583 y ss.

(35) RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal...*, P.E., cit., p. 480. Vid., también, MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal*, P.E., cit., pp. 244 y s.; GÓMEZ BENÍTEZ, *Función...*, cit., pp. 343 y s.; OLIVA GARCÍA, *La estafa...*, cit., p. 290; Cfr. QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado...*, cit., p. 600; BAJO FERNÁNDEZ, *El delito de estafa*, cit., p. 1184.

(36) Vid. nota 34.

(37) Vid. por todos, JESCHECK, *Tratado...*, P.G., cit., pp. 854 y ss.

(38) Vid., con amplias referencias bibliográficas, JESCHECK, ob. cit., pp. 854 y ss. KAUFMANN, Armin, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Gottingen, 1959, pp. 283 y ss.; en nuestro país: MIR PUIG, *Derecho penal*, P.G., cit., pp. 264 y ss.;

ese resultado se corresponda (equivalga) a su realización activa. Ambos criterios presentan serios problemas de comprobación dada su excesiva generalización.

Por lo que respecta al primero de ellos, la determinación de la posición de garante no estará exenta de dificultades. Toda vez que, como afirma el profesor Quintero, «la ley penal no dice quien es garante, y desde luego pueden darse casos en los que concurren distintas posiciones «especiales»; y del mismo modo son diversas las «fuentes de nacimiento de los 'deberes de garante', y no todas serán unánimemente aceptadas como tales en orden a fundamentar la responsabilidad criminal» (39). El resultado será, como subraya Bustos, «la tendencia a ampliar su ámbito, con lo cual se hace casi interminable la posibilidad de delitos de omisión impropia» (40).

En la estafa, por tanto, deberá constar el deber jurídico de informar a la otra parte, o, como afirma Marini «... no ocultar en todo o en parte aquello que se sabe» (41). Deber de informar que debería encontrar sustento en el principio de la buena fe en las relaciones contractuales, en los usos del tráfico y, en fin, en la concreta relación dialéctica entre los sujetos.

Con todo, los principales problemas para afirmar la tipicidad de la estafa por comisión por omisión los encontramos en el segundo criterio de equivalencia. En efecto, el tipo de omisión impropia exige, además de la especial posición del autor, *que la omisión equivalga a la realización del tipo penal por un hacer*. Se trata, a juicio de Stratenschwerth, «de establecer sí, y en qué medida, la omisión presenta las modalidades de comportamiento activo que la ley menciona en el supuesto de hecho de los delitos de comisión, y si éstas pueden realizar el contenido específico de ilicitud» (42). Lo que, cabalmente, sólo podrá determinarse a partir del caso concreto, con la interpretación pormenorizada de las diferentes modalidades típicas de la Parte Especial (43).

Sin embargo, no todos los delitos de resultado (44) admiten la GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría...*, cit., pp. 591 y ss.; críticamente, BUSTOS RAMÍREZ, *Manual...*, cit., pp. 283 y ss.

(39) QUINTERO OLIVARES, *Introducción...*, P.G., cit., p. 149.

(40) BUSTOS RAMÍREZ, *Manual...*, P.G., cit., p. 283. La actitud de extender los supuestos de omisión impropia es rechazada por el autor, por no compadecerse con los principios político-criminales informadores de lo penal: «... no se considera que el injusto de los delitos de omisión no puede ser igual que el de los de acción, en virtud del principio de última ratio del Derecho penal (una profusión de deberes de evitación imposibilita la vida social), por el contrario, se va indiscriminadamente a la creación de tipos de omisión en todos los casos de tipos de acción, lo cual contradice la finalidad del legislador que sólo en pocos casos ha creado delito de omisión (los llamados propios)».

(41) MARINI, *Profili...*, cit., p. 87.; en idéntico sentido, SAMMARCO, *La truffa...*, cit., pp. 166 y ss.

(42) STRATENWERTH, *Derecho penal...*, P.G. cit., p. 306.

(43) En este sentido, STRATENWERTH, ob. cit., p. 306; JESCHECK, *Tratado...*, cit., pp. 863 y s.; BACIGALUPO, E., *Principios...*, cit., pp. 192 y ss.; GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría...*, P.G., cit., pp. 604 y s.

(44) Por supuesto, excluimos de la modalidad impropia de omisión a los delitos de mera actividad. No obstante, siendo mayoritaria, no es postura unánime. Vid., en torno a la polémica, SILVA SÁNCHEZ, *La omisión...*, cit., pp. 630 y ss.

construcción técnico-jurídica de la omisión impropia. Pues, en muchos la descripción típica de la conducta cierra el paso a tal posibilidad (ej., delitos de propia mano, delitos de apropiación, delitos que castigan una determinada conducción de la vida), y en otros, la naturaleza del resultado conduce a la misma situación (ej., mutilar). Por ello, la comisión por omisión encuentra su mejor acogida en los delitos llamados «resultativos», es decir, aquellos en que «... el tipo de delito de resultado gravita esencialmente sobre la dolosa producción de éste, sin precisar como debe acontecer» (45).

Es evidente, que la estafa no es un tipo totalmente abierto, ya que el perjuicio patrimonial debe inflingirse mediante un engaño. Nos encontramos, pues, ante uno de los delitos que la doctrina alemana denomina «*verhaltensgebundene delikte*», es decir, aquellos en que es exigida una determinada forma de acción. Cabe preguntarse entonces, ¿admiten estos delitos la forma omisiva impropia?

Desde luego la doctrina dominante en Alemania así lo entiende, aplicando precisamente a los mismos el segundo criterio de equivalencia recogido en el párrafo 13 del StGB (46).

Sin embargo, el propio Jescheck resalta la dificultad para encontrar los criterios de correspondencia: «En todo caso —señala el autor— habrá que fijarse tanto en el ámbito de lo injusto como en el de la culpabilidad, así cuando el autor mismo ha provocado (involuntariamente) el error o cuando ha abusado de una relación de confianza especialmente estrecha» (47).

Por este camino, entonces, se está afirmando que el no sacar de un error a alguien cuando éste haya sido previa e *involuntariamente provocado*, o bien se haya quebrantado una determinada relación de confianza, *equivale a engañar* y, en consecuencia, deberá estimarse la tipicidad de la conducta a título de estafa.

A nuestro entender, esta postura no merece sino un *absoluto re-*

(45) QUINTERO OLIVARES, *Introducción...*, cit., p. 145. Lo que para el autor ya merece una primera crítica político-criminal: «Resulta entonces que la omisión impropia exige entender que los tipos de delito de resultado en los que cabe su invocación (aquellos que no habiendo prefigurado el modo de acción contengan un resultado alcanzable activa o pasivamente), son tipos totalmente abiertos, lo cual en buena técnica legislativa conviene evitar» (p. 149).

(46) Vid. JESCHECK, *Tratado...*, cit., p. 864 y nota 60. De este modo, con especial referencia a la estafa, CRAMER, *StGB Kommentar*, cit., núm. 45b), parág. 263, basándose en la descripción legal («generación o *mantenimiento* de un error») afirma que: «Es igualmente suficiente una omisión, cuando un error ya existente no se aclara tal como lo prescribe el deber jurídico». Y más adelante sostiene que, «un error existente definitivo, sin embargo, ya no puede reforzarse. Si éste sólo vuelve a confirmarse, queda excluido el parág. 263, a menos que se trate simultáneamente de una omisión que falte al deber». (núm. 46, parág. 263). Se aparta, en cambio, de la doctrina dominante, SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Studienbuch*, Tübingen, 1982, pp. 682 y s.; también, BOCKELMANN, *Betrug...*, cit., pp. 441 y ss., limitando el ámbito de la omisión a la provocación de un error.

(47) JESCHECK, *Tratado...*, cit., pp. 864 y s.; más ampliamente, Vid. MAASS, *Betrug verübt...*, cit., pp. 52 y ss. y 86 y ss.; KÜNE, *Geschäftstüchtigkeit...*, cit., pp. 80 y ss. y 96 y ss.; LACKNER, *Leipziger kommentar*, cit., pp. 45 y ss.

chazo. Pues, como acertadamente subraya Grasso, «se trata de una construcción analógica de tipos penales, cuyos contornos escapan a cualquier predeterminación» (48). Es evidente que ello no se compadece con el correcto entendimiento del principio de legalidad, uno de cuyos fines primordiales reside en el mantenimiento de la seguridad jurídica (49).

Recientemente, el profesor Bajo reclama para los supuestos de omisión su enclave en el ámbito de lo civil, dado el menor desvalor de acción que representan. En cualquier caso, para el autor, «es difícil que una omisión cumpla la exigencia típica de maquinación engañosa (escenificación) idónea y bastante para inducir a error» (50).

La postura de Bajo se apoya, entonces, en una conceptualización del engaño típico como una *mise en scène* o puesta en escena: «... la exigencia por parte del artículo 528 de que el engaño sea bastante para inducir a error (...), y a la vez inductor del acto de disposición patrimonial pone de relieve la necesidad de que la simple mentira vaya acompañada de una *maquinación* o *maniobra fraudulenta* que reúna estas características de susceptibilidad de producir dichos resultados (error y acto de disposición). Se está exigiendo, pues, en la ley algo parecido a lo que se exige en la doctrina y en la legislación francesa cuando se requiere una puesta en escena (*mise en scène*)...» (51).

Sin embargo, pensamos que este no es el camino idóneo para negar la tipicidad de las conductas omisivas en la estafa. Y ello, porque la configuración del engaño como una maquinación o escenificación fraudulenta plantea serios inconvenientes. A nuestro juicio, esta tesis es cuestionable, cuando menos, por tres tipos de consideraciones, a saber:

a) De la exigencia legal de que el engaño sea bastante para producir error (art. 528 CP), no se deriva en absoluto el requisito de que éste se traduzca en —se instrumentalice a través de— maquinaciones o maniobras fraudulentas. Antes bien, el término «*bastante*» debe ir referido a la suficiencia y proporcionalidad del engaño para conseguir sus fines. Lo que deberá determinarse, según apuntamos, en base a los criterios normativos de la moderna teoría de la imputación objetiva.

b) La susceptibilidad del engaño para producir los resultados de error y acto de disposición, no dependerá de su puesta en escena. En determinado contexto y en concretas condiciones, la manifestación falsa o mentirosa puede ser adecuada para alcanzar el injusto provecho económico.

c) Por último, la reducción del engaño típico a las maniobras o maquinaciones fraudulentas, no es válida para conseguir el fin, presumiblemente, perseguido. Esto es, el dejar para el campo de los ilícitos

(48) GRASSO, *Il reato omissivo...*, cit., pp. 162 y s.

(49) En contra, no encuentra ninguna dificultad para admitir la comisión por omisión en la estafa. GÓMEZ BENÍTEZ, *Función...*, cit., pp. 343 y ss.; IDEM, *Teoría...*, cit., pp. 604 y s.; y GONZÁLEZ RUS, *Los intereses...*, cit., pp. 282 y ss.

(50) BAJO FERNÁNDEZ, *El delito de estafa*, cit., p. 1168; véase también pp. 1184 y s.

(51) Ob. cit., p. 1166.

tos civiles aquellos engaños que no presentan dicha caracterización. Y ello sencillamente porque los textos legales no lo permiten. En efecto, cuando el artículo 1.269 del Código civil define el dolo vicio del consentimiento en las relaciones contractuales, hace referencia expresa a las «*maquinaciones insidiosas*» que inducen al otro a celebrar un contrato que sin ellas no hubiera hecho. Maquinaciones insidiosas que, por tanto, también, pueden conformar sólo un ilícito civil y, en consecuencia, insuficientes por sí solas para ser constitutivas del engaño exigido en el tipo de estafa. En otros términos, la pretendida exigencia penal de que el engaño consista en maniobras o maquinaciones («puesta en escena»), plantearía de nuevo el problema de qué maquinaciones serían constitutivas de ilícito civil y cuáles de estafa.

Así pues, semejante construcción típica del engaño no parece que sea fundamento suficiente para negar la admisibilidad de las conductas omisivas en el tipo de estafa.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

En definitiva, la descripción típica de la modalidad de acción en la estafa, esto es *el engaño bastante* para producir error e inducir la disposición patrimonial *cierra el camino a la tipicidad de meras conductas omisivas*, pues, en ningún caso, podrán éstas realizar la conducta prohibida, so pena, claro está, de hacer caso omiso de las garantías que el principio de legalidad proclama en un Estado de Derecho. Con mayor razón, desde luego, en el derecho español donde, como es sabido, no existe regulación positiva alguna de la estructura impropia de omisión. Con lo que parece correcto tender con cautela en la admisión de tales delitos y, en consecuencia, como ha señalado parte de nuestra doctrina «... aplicar los criterios generales restrictivos del Derecho penal a la creación de estos injustos, más aún si sólo surgen en gran medida del intérprete» (52).

En conclusión, sólo las conductas omisivas que posean una valoración concluyente, y por tanto reconducible a un hacer comisivo, podrán ser idóneas para integrar el tipo de estafa, claro está, si además cumplen los requisitos limitadores de la imputación objetiva. Por el contrario, aquellos silencios que se limiten, en vía puramente omisiva, a no sacar de un error a alguien, deberán considerarse atípicos, por lo menos en lo que se refiere al delito de estafa (53).

Si bien, dicha atipicidad deberá basarse, como hemos pretendido demostrar, en el rechazo de la construcción típica de comisión por omisión, y no en la exigencia legal de una especial escenificación (*mise en scène*) de la conducta engañosa, a nuestro juicio, inexistente (54).

(52) BUSTOS RAMÍREZ, *Manual...*, cit., p. 283.

(53) Vid. NAUCKE, *Zur lebre...*, cit., pp. 214 y ss.

(54) Por lo demás, también BAJO FERNÁNDEZ, *El delito de estafa*, cit., parece admitir la posibilidad de la estructura impropia de omisión en algunos supuestos del delito de estafa: «... si el omitente tuviere un deber especial de eliminar el error en que incurre el otro por la inactividad de aquél» (p. 1168).

Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas*

MARCELO A. SANCINETTI
Profesor Asociado de Derecho Penal
Universidad de Buenos Aires

SUMARIO: 1. *Introducción.*—2. *Las cuestiones a resolver:* I. El «interés» como elemento del tipo objetivo o subjetivo. II. La delimitación del «interés»: 1. La «naturaleza» del interés. 2. La «titularidad» del interés: a) El problema. b) Los antecedentes históricos y su comparación. c) La interpretación teleológica. III. La atinencia de la función al cargo (competencia e imputación).—3. *La estructura del tipo:* I. Tipo objetivo. II. Tipo subjetivo.—4. *Autoría y participación.*—5. *Conclusión.*

1. INTRODUCCION

En esta exposición me ocuparé de analizar el contenido de lo injusto del tipo penal del artículo 265 Código penal argentino, es decir, del llamado delito de «negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas».

(*) Este texto constituye la reformulación escrita —con algunas diferencias de detalle— de la exposición pronunciada con motivo de los concursos de noviembre de 1985, para asignar cargos de profesores titulares o asociados del Departamento de Derecho Penal y Criminología de la Universidad de Buenos Aires.

Los puntos de vista que sostengo en este artículo requerirán un debate mucho más amplio del que admitía el brevísimo lapso fijado para las oposiciones (35 minutos). Por otra parte, advierto desde ya que no puedo sostener a ultranza que la propuesta de interpretación que formulo aquí sea irrefutable; por el contrario, existen buenas razones para dudar de su acierto. He querido publicar este trabajo, sin embargo, manteniendo su estructura original, con el propósito de abrir una discusión respecto del artículo 265 CP argentino, que podría ser fructífera para el tratamiento de un problema de incuestionable importancia político-criminal.

También con relación al derecho español la cuestión necesita ser rediscutida sobre nuevas bases. Buena parte de los argumentos que expongo en el texto son enteramente aplicables a la interpretación del artículo 401 del Código penal español vigente, que fue una de las fuentes del artículo 265 del Código penal argentino, sobre la base de la redacción casi idéntica del artículo 324 CP español de 1848, y del artículo 412 CP español de 1870. Otra fuente del texto argentino fue el artículo 176 del CP italiano de 1889 (inspirado a su vez en el Código sardo de 1859 y en el Código toscano de 1853).

La interpretación que voy a proponer enseguida se apartará de modo considerable de la explicación teórica formulada corrientemente por la doctrina nacional.

El motivo de esta propuesta divergente se origina en una profunda preocupación por un problema de indudable trascendencia político-criminal —probablemente el de mayor trascendencia después de las tremendas violaciones a los derechos fundamentales del hombre—, cual es la gravedad que reviste en la Argentina la delincuencia económica cometida por funcionarios, caracterizada por una muy alta cifra negra y una escasísima cuota de esclarecimiento en los pocos casos concretos en que se emprende una investigación.

El problema social base está determinado por factores diferentes que es preciso tener en cuenta a la hora de resolver los problemas interpretativos que presenta este delito. Por un lado, la inexistencia de controles de legalidad durante los regímenes ilegítimos, *de facto*, y el muy escaso ejercicio del control político de los actos de gobierno durante los períodos de administraciones *de jure*. Por otro lado, la limitada idoneidad de los órganos de persecución y de aplicación penal en las instancias administrativas y judiciales. Finalmente, la elevada dificultad probatoria que presentan, en los contados casos que son investigados, los delitos de estafa y defraudaciones, dificultad ante la cual sería aconsejable reaccionar —como se propone en el Derecho penal económico— mediante la creación de adecuadas figuras de peligro abstracto.

De estos factores diversos, el último —la dificultad probatoria en las formas comunes de estafa y defraudaciones quizá pueda ser superado mediante una adecuada interpretación del artículo 265 del Código penal argentino, como la que, según creo, voy a realizar en este lugar.

Y es que la descripción del delito de «negociaciones incompatibles» adolece de una profunda ambigüedad, una textura abierta, en la que se puede advertir muy claramente la diferencia entre lo que se llama modernamente, con denominación de Schmidhäuser, *tipo del texto y tipo de la interpretación*.

En nuestro país (1) se ha sostenido uniformemente, del mismo modo que en España e Italia, que este delito tutela el interés de la colectividad en la imparcialidad de la Administración Pública y el prestigio de los funcionarios; se pretende (para decirlo con palabras de Soler) «el fiel y debido desempeño de las funciones de la administración en sentido amplio, de manera que la actuación de los órganos no sólo sea plenamente imparcial, sino que se encuentre a cubierto de toda sospecha de parcialidad»; es decir, se protege ante todo la transparencia de los actos administrativos. Sólo de modo mediato esta incriminación estaría orientada también a proteger el interés económi-

Todas estas fuentes reconocen como origen común el artículo 175 del Código penal francés de 1810.

Para facilitar el método comparativo, al término de este trabajo publico un apéndice que contiene los textos legales actualmente vigentes en Argentina, España, Italia y Francia (N. del A.).

(1) Me refiero a la Argentina. En adelante, omito la aclaración (N. del A.).

co de la Administración que, desde luego, con frecuencia quedaría afectado si se admitiera de modo general que quienes se hallan al cuidado de los negocios públicos actúen de modo interesado o parcial.

A pesar de partir de esta explicación satisfactoria del bien jurídico protegido, la doctrina nacional ha explicado este delito de modo sumamente restringido, alcanzando prácticamente sólo al caso del funcionario que contrata *para sí* con la Administración en un negocio jurídico en el que él mismo interviene por ella (es decir, un contrato del funcionario consigo mismo). Esta es la interpretación que se ha dado, de manera casi unánime, acerca de lo que significa *interesarse en una negociación en la que se interviene en razón del cargo* (tipo del texto); y en los casos en los que se ha deslizado algún criterio más amplio como ciertas opiniones de Núñez y Creus, por ejemplo, ello ha sido sin hacer explícita ninguna fundamentación, con límites, por otra parte, muy difusos, y sin destacar tampoco las consecuencias prácticas que derivarían desde el punto de vista político-criminal.

El resultado ha sido que este delito careció siempre de toda utilidad práctica, tanto desde el punto de vista de la *prevención general, positiva y negativa*, cuanto desde la *prevención especial*, como lo demuestra el hecho de que nuestra jurisprudencia, exactamente igual en esto que la española y a diferencia de la italiana, no registra absolutamente ningún caso de verdadera trascendencia. Y no lo registra, no porque no hayan existido casos de funcionarios que «se interesaran» —al menos, en algún sentido posible de esta expresión— en las negociaciones a su cargo, sino porque es lo característico de un estilo de pensamiento dogmático que prescinde de las consecuencias; modelo que no se corresponde con la apertura a las ciencias sociales que la dogmática ha registrado a partir de los últimos años de la década pasada, por la fuerte presión ejercida, precisamente, por las ciencias empíricas.

La jurisprudencia italiana, por el contrario, ante un texto legal que presenta sólo ligeras diferencias con el argentino —y que proviene de un tronco común: el art. 175 del Código penal francés de 1810, todavía vigente—, registra innumerables condenas por este delito, gracias a que la Corte de Casación ha hecho una interpretación más dinámica del texto de la ley, en correspondencia, probablemente, con una mayor conciencia del pueblo italiano por el ejercicio responsable del control político.

Permítaseme proponer aquí, entonces, una interpretación alternativa del artículo 265 del Código penal argentino.

Los métodos *comparativo* y *teleológico* serán las pautas de orientación de la propuesta alternativa que presento.

2. LAS PREGUNTAS A RESOLVER

¿Cuáles son, pues, los puntos concretamente problemáticos?

¿Qué posibles *tipos de interpretación* ofrece el *tipo del texto*?

En pocas palabras: ¿qué significa «interesarse en un contrato u operación en que se interviene»?

Dos cuestiones aparecen aquí en un primer plano.

I. EL «INTERÉS» COMO ELEMENTO DEL TIPO OBJETIVO O SUBJETIVO

La primera: ¿es lo constitutivo que el autor *obtenga un «interés»* en una negociación en la que *interviene*, o es determinante más bien que el autor *intervenga* en una negociación *persiguiendo un interés*? ¿El tipo penal se realiza (consume) porque el funcionario *concrete un interés* (beneficio) o porque *actúe interesadamente*?

Ambas interpretaciones son, en principio, compatibles con la expresión «interesarse en un contrato u operación en que se interviene» (tipo del texto), de manera que el método gramatical no ofrece aquí solución alguna.

La primera interpretación, desde el punto de vista dogmático, condicionaría el momento consumativo a *la obtención de aquello en que consista el interés del funcionario* y probablemente retrasaría también al propio comienzo de ejecución hasta el instante en el que el autor estuviera a *punto* de concretar el interés. La segunda alternativa, al no caracterizar la conducta por la obtención de un interés, sino por la mera intervención en el acto *con miras a un interés futuro no administrativo* (desviación de poder, en el lenguaje del Derecho administrativo moderno), adelantaría al comienzo de ejecución y a la consumación misma al momento en que el autor tomare injerencia en las tratativas, condicionando interesadamente la voluntad negocial de la Administración.

Pero las consecuencias prácticas de esta alternativa tendrían acaso mayor repercusión desde el punto de vista político-criminal, por su relación con la dificultad o simplicidad probatoria, porque, según la primera interpretación, la imputación objetiva requeriría demostrar la existencia de un beneficio final (obtener un interés) y la adecuación al tipo exigiría comprobar la identidad entre el *interés «representado»* (dolo) con el obtenido; conforme a la segunda, en cambio, sólo sería preciso demostrar que el funcionario actuó con una *tendencia beneficiante*, con independencia del resultado económico final.

Es posible, a mi juicio, resolver rápidamente esta primera cuestión en favor de la interpretación más amplia del tipo penal, porque es indudable que la actuación parcial de los órganos administrativos, que define el ámbito de lo injusto de este delito, no se incrementa en modo alguno por el grado de beneficio que el funcionario pueda obtener, ni por el eventual perjuicio administrativo, sino que deviene definitivamente configurada en cuanto *el funcionario realiza un acto des-*

viado por la prosecución de un interés espurio, o sea: al tomar, el funcionario, en la actuación administrativa —y para decirlo con palabras de la Corte de Casación italiana— una *ingerenza profittatrice*, es decir: una injerencia orientada al beneficio (injerencia de aprovechamiento), condicionando la voluntad negocial de la Administración, por la *inserción* del interés particular.

La cuestión podría ser acaso más problemática si el Código penal argentino hubiera conservado la pena de multa que contiene aún hoy el texto del Código penal español (art. 401), porque esta fuente española, siguiendo al Código penal francés de 1810 (art. 175) prevé una pena de multa en proporción al «interés que (el funcionario) hubiere tomado en el negocio», dando por supuesto, al parecer, que la comisión del delito implicara la *obtención de un interés económico* (2). Pero, en todo caso, precisamente el hecho de que nuestra ley haya prescindido de esta pena e incluido pena privativa de libertad, como existe en el Código penal italiano, que también fue fuente de nuestro texto, apoya, *históricamente*, la *interpretación teleológica* que propongo, o, cuando meno, nos dice nada en contra de ella.

Por otra parte, la confrontación del problema con el Derecho administrativo, por ejemplo, también muestra a una interpretación amplia como más adecuada, pues es una conquista del derecho moderno que se considere elemento esencial del acto administrativo, el que se obre movido por una finalidad administrativa legítima, y no por un interés particular. El propio vicio de *desviación de poder* en la teoría, práctica y legislación modernas, es una prueba eficiente de ello.

Por consiguiente, el «interés» del que habla el texto es un requisito que se halla exclusivamente en el *tipo subjetivo*, como un «especial» elemento subjetivo del injusto, que acompaña a la actuación administrativa por razón de cargo.

II. LA DELIMITACIÓN DEL «INTERÉS»

La segunda cuestión que quiero considerar ahora consiste en caracterizar el interés.

¿Hacia qué debe orientar su actuación concretamente el funcionario para que «se interese» en el sentido de la ley?

Podemos distinguir aquí dos aspectos: la *naturaleza* o *contenido* del interés, y el *destinatario* o *titular* del interés.

1. La «naturaleza» del interés

El primer aspecto se refiere a si el interés perseguido debe ser necesariamente de naturaleza *económica*, o si es suficiente un interés *particular* cualquiera; por ejemplo, ¿constituye una injerencia de aprovechamiento suficiente para el artículo 265 del Código penal argentino que, al decidir una licitación, el funcionario elimine a la empresa de su enemigo político?

(2) Esta «dificultad» interpretativa no sería, en todo caso, incontestable en el ámbito del Derecho penal español (N. del A.).

La jurisprudencia italiana, por ejemplo, ha admitido siempre que la injerencia de cualquier interés no administrativo realiza el tipo penal.

La doctrina argentina ha dado, sin embargo, también en este punto, una respuesta restrictiva (especialmente, Soler), sobre la base de que nuestra ley se refiere a *contratos u operaciones*, en tanto el Código penal italiano menciona a *cualquier acto*, y, también, en razón de que el segundo párrafo del artículo 265, que extiende la punibilidad a los peritos, contadores, tutores, curadores, albaceas y síndicos, se refiere siempre a operaciones de carácter económico.

En verdad, estos argumentos serían insuficientes, por sí solos, para aceptar esa restricción, porque del hecho de que el *acto administrativo* deba ser un contrato u operación de contenido económico, no se deriva que también el *interés perseguido* deba tener igual naturaleza. También en un contrato se puede actuar en virtud de un interés espurio no administrativo que no sea de contenido económico —como ocurre en el ejemplo anterior del enemigo político—, y quedar la imparcialidad de la Administración tan afectada como si se tratara de un interés económico. En todo caso, son razones históricas las que podrían apoyar la interpretación restrictiva, porque en su raíz hispánica este delito nació confundido entre delitos de *fraude y exacciones ilegales*, como sigue llamándose el capítulo pertinente del Código penal español vigente.

Sin embargo, sea de un modo o de otro, lo cierto es que este aspecto no reviste la trascendencia práctica que se le atribuye; porque el centro del problema social base —como planteé al comienzo— lo constituye, precisamente, el caso de que se inmiscuyan en las contrataciones del Estado, intereses particulares de carácter *económico*, y no de otra naturaleza.

El caso del enemigo político se halla en una zona marginal. Si se demostrare que este caso también corrompe con frecuencia a la actuación imparcial de la Administración pública argentina, entonces sería acaso plausible intentar también en este aspecto una interpretación teleológica orientada *out put*, es decir, por las consecuencias, incluyendo a estos casos también en el *tipo de la interpretación*. Entretanto, la cuestión puede quedar abierta.

2. La «titularidad» del interés

a) El problema

En cambio, sí es decisiva y altamente problemática la cuestión relativa a si el interés ha de ser necesariamente propio, personal del funcionario, o si es suficiente el interés en beneficiar a un tercero.

Desde luego, no pretendo sostener la ingenuidad de que este es el punto decisivo porque los funcionarios argentinos tengan la costumbre de delinquir sólo altruistamente, beneficiando a sus amigos antes que a sí mismos, sino por una dificultad procesal, probatoria, que explicaré en un momento.

También en este sentido la interpretación gramatical admite am-

bas posibilidades; pues si bien el reflexivo «interesarse» alude a que el propio funcionario «se interese», esto, de todos modos, no demuestra que quede afuera del texto el caso del funcionario que «se interesa» por un tercero, porque ésta también es una manera de actuar *interesadamente*.

b) *Los antecedentes históricos y su comparación*

Tradicionalmente, el artículo 265 del Código penal argentino fue explicado, con arreglo a las fuentes españolas, como reprimiendo la actuación en un contrato administrativo en el doble carácter de representante y representado, de modo análogo a cómo el artículo 1.361 del Código civil, por ejemplo, prohíbe la compra a los padres tutores y curadores de los bienes de las personas a su cargo, a los albaceas para con las testamentarias, a los mandatarios con relación a los bienes de su comitente, y a los empleados públicos respecto de los bienes de la administración de cuyo cuidado estuvieran encargados. De análoga inspiración son otros preceptos del derecho privado, de la Ley de Sociedades, por ejemplo, que imponen restricciones a quienes quieran contratar con la sociedad que administren.

Si se vincula el *tipo del texto* sólo con estos casos —lo que parecería corresponderse con la extensión de punibilidad del segundo párrafo del artículo 265 del Código penal a que antes me referí—, entonces el «interés» que debe perseguir el funcionario, en el sentido de la ley, tendría que ser necesariamente *propio*, porque aquellas prohibiciones tienen en cuenta siempre un interés particular del representante, que actúa a la vez como cocontratante de la Administración que representa.

Esta tradición interpretativa más o menos inconsciente encuentra origen histórico en la circunstancia de que el texto del Código penal español de 1848, fuente directa y literal de la expresión «se interesare», de nuestra ley, tuvo por antecedente al Código penal español de 1822, que decía, precisamente, en forma *explícita*, «cualquier funcionario... del gobierno... que tome *para sí* en todo o parte finca o efecto...».

Por otro lado, la expresión «... por persona interpuesta, o por acto simulado», que proviene del Código penal francés, parece sugerir también que si al legislador le preocupa que alguien *se interese por persona interpuesta*, es porque la *interposición*, como tal, estaría siempre para obtener el funcionario, a través de la intermediación, un «interés *propio*».

Este conjunto de circunstancias históricas y textuales parece apoyar entonces, en este punto, la interpretación más restrictiva.

Sin embargo, existen otros argumentos históricos y comparativos que ponen seriamente en duda la seguridad de esta conclusión.

1. Con relación al argumento de la «persona interpuesta», se debe destacar que diversos párrafos de Rodolfo Moreno (h.) muestran muy confuso el alcance consciente que podía tener, en los antecedentes, esta expresión; porque la *interposición* aparece explicada con frecuencia como intermediación *en la actuación*, y no sólo como intermedia-

ción *en el interés*; es decir, algo análogo a lo que identificaríamos hoy como una *autoría mediata* (indirecta) en la intervención.

2. Por otra parte, el propio Pacheco —a quien se atribuye la autoría del Código penal español de 1848— explicó la expresión: «... *directa o indirectamente*», de un modo amplio, como alusivo al caso de que el funcionario beneficiara a su «mujer, sus hijos o hermanos», tesis contra la cual sostuvo una interpretación más restrictiva Groizard, que se impuso en la doctrina española, sin mayor controversia crítica. Por cierto, la tesis más amplia de Pacheco, que algunos autores argentinos recibieron como alcanzando también al caso de la actuación en interés de amigos íntimos o terceros vinculados al funcionario, presenta límites sumamente arbitrarios y de dudosa validez respecto del *principio de legalidad*, porque no es posible que la conducta sea punible o no, de modo totalmente indeterminado, según el mayor o menor grado de amistad o parentesco que el funcionario tenga con el tercero a beneficiar. Pero el hecho de que existiera una tesis como la de Pacheco, aunque fuese equivocada por su *indeterminación*, demuestra que ya en sus orígenes era dudoso hasta dónde podía llegar el ámbito de lo prohibido desde el punto de vista de la *titularidad* o del *destinatario* del interés; y la circunstancia de que Pacheco, como los aludidos autores argentinos, no hayan hallado un buen criterio para determinar el ámbito de lo prohibido sin restringir el tipo penal a la actuación exclusiva en «interés *propio*», no demuestra que la tesis restrictiva —como la de Groizard— fuera necesariamente la correcta.

La cuestión dependería, en todo caso, de hallar el criterio de determinación plausible tanto desde el punto de vista del *tipo del texto*, cuanto del *principio de legalidad*, que no admite dejar absolutamente abierto a cualquier circunstancia el concretar el ámbito de lo prohibido; y lograr, sin embargo, una estructura típica que tenga alguna utilidad desde el punto de vista político-criminal.

3. Por último, de aquella misma época y de raigambre también francesa es el texto del actual artículo 324 del Código penal italiano, en el cual también brevó el legislador argentino, y, sin embargo, a pesar de decir también «por persona interpuesta o por acto simulado, tomare un interés privado», la jurisprudencia italiana afirmó desde antiguo que *interés privado* puede ser tanto un interés del *propio* oficial público cuanto de un *tercero*; y si bien la doctrina italiana mayoritaria ha sostenido la posición contraria, la jurisprudencia de la Corte de Casación se ha mantenido hasta hoy absolutamente firme en el sentido más amplio.

Sería equivocado argumentar, en contra del criterio que estov proponiendo, que aquella interpretación es posible sólo en virtud de que el texto italiano califica al interés de «privado», de modo amplio, careciendo nuestra ley de un adverbio análogo, precisamente porque un adjetivo nunca puede ampliar el marco de referencia conceptual que el sustantivo tendría si el adjetivo no estuviera, del mismo modo que un adverbio no puede hacerlo respecto del verbo. A lo sumo, un adjetivo o un adverbio pueden aclarar que el objeto referido se *man-*

tiene en la mayor amplitud posible. Por consiguiente, la ausencia del adverbio «privadamente», para calificar la forma verbal «interesarse», no puede constituir argumento alguno en contra.

La cuestión es, pues, desde el punto de vista de los antecedentes y del derecho comparado, sumamente oscura como para legitimar una sola interpretación por razones puramente históricas. Cualquiera que sea la jerarquía que pueda haber entre los distintos métodos de interpretación de la ley —punto que está hoy en uno de los primeros planos de la discusión, en la hermenéutica—, no es preciso resolver aquí el problema del método para escoger el método (*meta-método*), porque ni el texto de la ley, ni su historia, analizada comparativamente, ofrecen, en este caso, una solución única.

c) *La interpretación teleológica*

Sólo es posible, entonces, orientar la interpretación *teleológicamente*, en correspondencia con el bien jurídico tutelado y con los resultados de la interpretación desde el punto de vista del problema social que se halla en la base de la discusión.

Parece evidente que, desde el punto de vista de la transparencia e imparcialidad de la actuación de los órganos administrativos, es absolutamente irrelevante que la finalidad espuria consista en beneficiarse a sí mismo o a un tercero. La imparcialidad de la Administración no se halla más afectada por el hecho de que la desviación de poder tienda a beneficiar al autor, que a cualquier otro.

Si partimos de esto, y tenemos en cuenta además qué consecuencias derivarían de una interpretación, y de otra, creo que será sencillo tomar una decisión capaz de obtener el consenso suficiente.

Nos enfrentamos, de hecho, al siguiente problema político-criminal. Es muy extraño que un funcionario aparezca como cocontratante de la Administración en una contratación que él debe decidir como funcionario. Esto sólo ocurre en jerarquías muy inferiores de los cuadros administrativos y en contrataciones de importancia escasa o nula, tal como sucedió, por ejemplo, con unos pobres bomberos voluntarios de la ciudad de Bergamino que compraban y vendían matafuegos en esa localidad, y que fueron condenados por este delito a falta de otro mejor, cuando, además, en ese caso, según mi opinión, el tipo penal no era siquiera aplicable. En las grandes contrataciones, en aquellas en que están claramente en juego «intereses *supraindividuales*», el funcionario adjudica el concurso a la empresa con la que lo unen acuerdos patrimoniales no demostrables; y, entonces, cualesquiera que sean las irregularidades administrativas que cometa para adjudicar el negocio a «su» empresa —lo cual es, con frecuencia, más fácil de comprobar de lo que parece—, nunca se podrá acreditar la real vinculación económica entre el funcionario y el «tercero» (es decir, los acuerdos ocultos).

De manera que una interpretación restrictiva dejaría a la más importante constelación de casos fuera de la adecuación al tipo, y este artículo del Código penal argentino estaría condenado, en su utilidad

social, al más absoluto destierro, como supo hacerlo la práctica argentina.

No sería acertado argumentar que una propuesta de interpretación amplia con la orientación que sugiero contradiría el *principio de inocencia*, por perseguir la finalidad de simplificar la prueba de uno de los elementos de la adecuación al tipo, ampliando la punibilidad con relación a lo que la ley quiere prohibir. Y no sería acertado justamente porque —como he dicho— el bien jurídico protegido se halla idénticamente lesionado, cualquiera que sea el destinatario *final* del interés, en la medida en que este interés no administrativo haya tomado injerencia en la actuación del funcionario. Se trata de una problemática análoga a cuando se critica la introducción de figuras de peligro abstracto, sin advertir que la inclusión de estos tipos penales se justifica precisamente «si ya el mero peligro abstracto es merecedor de sanción» (Tiedemann).

Por consiguiente, desde mi punto de vista, se hace necesario interpretar la expresión «se interesare» del artículo 265 del Código penal argentino, del modo en que lo ha hecho la Corte de Casación italiana respecto de «tomar un interés privado». La acción prohibida se configura, entonces, por una *ingerenza profittatrice*, es decir, por la *manifestación de una injerencia orientada al aprovechamiento de la función pública, sea para beneficio propio o de un tercero*. Lo constitutivo es la inserción del interés privado en el proceso formativo o ejecutivo del acto del cargo, violándose así el deber de actuar en interés exclusivo de la Administración Pública.

Si se acepta la propuesta que presento, entonces, no sólo esta figura podría ser aplicada con buenos resultados preventivo-generales y especiales, sino que dejaría de ser aplicable allí donde no existe ninguna necesidad. Porque si se presta atención a la estructura que sostengo, el mero hecho de cocontratar con la Administración en la que se actúa no es suficiente para fundar la injerencia de aprovechamiento que sostengo como necesaria. Piénsese, por ejemplo, en el caso del funcionario de un banco público que autoriza el otorgamiento de un crédito en favor de una empresa propia, en las mismas condiciones en que lo obtendría cualquier tercero, y cumpliendo todas las reglas que fueran objetivamente requeridas por la línea de crédito pertinente. ¿Por qué razón este comportamiento caería fuera del orden social tan gravemente como para merecer una pena de hasta 6 años de reclusión?

Nótese que la ley 16.648 elevó considerablemente la escala penal de este delito en 1964, sobre la base de un dictamen del profesor Ricardo Núñez que afirmaba que la seguridad del Estado no se asentaba tanto en la «la irrazonable represión de los gobernados, como en la severa custodia de los titulares del ejercicio de la función pública»; parece absolutamente desproporcionado, entonces, que esta pena esté dirigida a un mero acto de *incompatibilidad*, como si se tratara sólo de la infracción a un deber administrativo de *abstención*, y que, en cambio, quien desvíe interesadamente la voluntad negocial de la administración quede indemne mientras no contrate consigo mismo.

En una palabra: lo que constituye lo ilícito no es *cocontratar*, sino el *condicionar la voluntad negocial de las Administración a fines no administrativos* (desviación de poder):

III. LA ATINENCIA DE LA FUNCIÓN AL CARGO (competencia e imputación)

En un plano muy diferente de discusión se halla la cuestión consistente en el grado de *competencia* que debe tener el funcionario para «*intervenir por razón de su cargo*», en el sentido de la ley.

¿Por qué es éste un problema relevante desde el punto de vista político-criminal?

Porque lo que ocurre con frecuencia es que el funcionario, para asegurar los resultados de la negociación, usurpa funciones correspondientes a otro cargo, es decir, que actúa fuera del marco de su competencia administrativa.

Si se restringe el tipo penal a los actos realizados con competencia administrativa suficiente, esto es, sólo a los actos válidos, quedarían fuera de la adecuación al tipo numerosas conductas en las que el funcionario carece de la competencia necesaria desde el punto de vista interno, aunque la Administración quede obligada frente a terceros.

Buena parte de las licitaciones públicas y concursos privados de la Administración son resueltos con vicios de incompetencia cuando el órgano concretamente competente para alguna función técnica no se halla complicado en el entuerto, o resulta muy oneroso obtener el concurso de todos los integrantes, si se trata, por ejemplo, de un órgano colegiado (v. gr., comisiones de preadjudicación).

Estimo que la adecuación al tipo penal queda satisfecha si el acto puede ser *imputado* a la Administración desde el punto de vista externo, con absoluta prescindencia de las reglas internas de *competencia*. En otras palabras, el punto depende del mismo criterio con el que se resuelve, en el contexto del artículo 43 del Código civil, la *atribuibilidad* de un hecho ilícito a toda persona jurídica, por los actos realizados por quienes las dirijan o administren, para lo cual se exige sólo que el acto sea realizado «en ejercicio o con ocasión de las funciones».

La *imputabilidad externa*, pues, y no la *competencia interna*, constituye el criterio de determinación de la tipicidad en orden a que el funcionario «intervenga por razón de su cargo».

3. LA ESTRUCTURA DEL TIPO

Llegado a este punto, puedo describir la estructura total del tipo de este delito.

La división entre *tipo objetivo* y *tipo subjetivo* puede resultar en este caso algo artificial, porque, como dice Stratenwerth, «existen acciones cuyos aspectos exteriores e interiores no pueden separarse en la descripción».

Con esta aclaración provisional, sin embargo, propondré una estructura de la tipicidad, según un *tipo objetivo* y un *tipo subjetivo*, que probablemente suscitará, en un primer momento, alguna resistencia:

I. TIPO OBJETIVO

El tipo objetivo presenta los siguientes elementos:

- a) calidad especial de autor (funcionario público, art. 77, CP arg.);
- b) actuar en actos preparatorios o ejecutivos de un contrato administrativo u otra operación de contenido económico;
- c) que la actuación sea realizada en ejercicio o con ocasión de las funciones asignadas.

II. TIPO SUBJETIVO

Lo constitutivo de lo injusto sólo aparece con claridad en el tipo subjetivo:

- a) el funcionario debe actuar con conocimiento de los elementos del tipo objetivo (dolo); y
- b) con desviación de poder, es decir, persiguiendo una finalidad de beneficio para sí o para otro, condicionando la voluntad negocial de la Administración según este interés no administrativo («especial» elemento subjetivo del tipo).

Sería equivocado criticar la estructura que presento sobre la base de que no es posible que el *tipo objetivo* no describa ya algo del disvalor ético-social de la acción prohibida. Lo que sucede es que la *actuación administrativa* se convierte en *prohibida*, precisamente si está precedida por el interés particular; aunque objetivamente quizá el funcionario podría haber realizado lícitamente el mismo acto si no hubiera sido porque perseguía tal finalidad espuria. En esto, en que la actuación sea «interesada», consiste el disvalor ético-social.

El segundo párrafo del artículo 265 CP argentino —que extiende la punibilidad a los peritos, contadores, tutores, cuaradores, albaceas y síndicos, respecto de los bienes por los cuales intervengan—, también debe ser interpretado con arreglo a esta estructura.

4. AUTORIA Y PARTICIPACION

El criterio del *dominio del hecho* será en este caso poco operativo para identificar a los autores y distinguirlos de los partícipes, pues todos los que actuaran en la negociación en razón del cargo tendrían «dominio del hecho», digamos, de *su propia intervención*. Decisivo será, entonces, perseguir un «interés» (propio o ajeno), además de actuar como funcionario público; quienes lo hagan sabiendo que existe una injerencia de aprovechamiento y aun así presten su concurso, pero con absoluta indiferencia personal respecto del resultado del negocio, es decir, sin el «especial» elemento subjetivo del tipo, serán sólo *cóm-*

vlices, y no *autores*. También serán punibles sólo como *participes*, desde luego, por tratarse de un delito especial propio, aquellos que, aunque actúen persiguiendo un interés definido, no reúnan la calidad especial de la autoría.

Altamente problemática se presenta la cuestión relativa a los límites hasta los cuales sería admisible la invocación de coacción, especialmente por los *participes* de escasa jerarquía, con fundamento, por ejemplo, en el temor a la pérdida del cargo.

5. CONCLUSION

Así como dejo explicado este delito, su utilidad social se halla estrechamente vinculada con la necesidad de mantener incólume la imparcialidad en las contrataciones del Estado.

Tengo la firme convicción de que una interpretación como la que propongo, unida a un control político eficaz y a una mejor actuación de los órganos de persecución y de aplicación penal, puede convertirse en un medio idóneo para la prevención de la delincuencia económica en el ámbito de la Administración. Si esto es cierto, habré colaborado para restablecer la confianza en el funcionamiento imparcial y transparente de los organismos públicos, que debe caracterizar —como ha dicho recientemente Bacigalupo, mi maestro, a propósito de la reforma penal española— a un Estado de Derecho.

La filosofía de la ciencia pone hoy seriamente en duda que exista una verdad objetivamente firme allí ante el científico, así como que se pueda hablar de ella con total seguridad; para decirlo con palabras de Popper: «las teorías científicas no son nunca enteramente justificables o verificables». Se tiende hoy a sostener más bien que todo lo que puede esperarse es un consenso suficiente de quienes integran la «comunidad científica». Carezco de opiniones claras acerca de estas cuestiones; pero sea ello así o de otro modo, yo espero que mis puntos de vista hayan podido lograr entre ustedes el suficiente consenso. Muchas gracias.

SECCION LEGISLATIVA

SUMARIO (*): RD 2.409/1986, de 21 noviembre, sobre centros sanitarios acreditados y dictámenes preceptivos para la práctica legal de la interrupción voluntaria del embarazo. RD 2.715/1986, de 12 de diciembre, de dotación de medios económicos a los municipios para mantenimiento del Servicio de Depósito de Detenidos a Disposición Judicial (**).

REAL DECRETO 2.409/1986, de 21 de noviembre, sobre centros sanitarios acreditados y dictámenes preceptivos para la práctica legal de la interrupción voluntaria del embarazo («BOE», número 281, de 24 de noviembre 1986).

La sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985, de 11 de abril, exige la comprobación del supuesto de hecho en los casos de aborto terapéutico y eugenésico, así como que el aborto se realice en centros sanitarios públicos o privados autorizados al efecto o mediante otra solución similar dentro del marco constitucional. Concretamente, la sentencia recuerda «el deber del Estado de garantizar que la realización del aborto se llevará a cabo dentro de los límites previstos por

(*) Esta Sección ha sido preparada por Francisco Javier Alvarez García, profesor de Derecho penal en la Universidad Complutense de Madrid.

(**) A continuación se referencian otros textos de interés, cuyo contenido no se incluye en esta sección por motivos de espacio: a) *Disposiciones*: Modificación de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 («BOE», núm. 234, de 30 de septiembre de 1986). RD 2.003/1986, de 19 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico de los Cuerpos de Oficiales, Auxiliares y Agentes de la Administración de Justicia («BOE», núm. 234, de 30 de septiembre de 1986). RD 2.029/1986, de 28 de junio, por el que se modifica el artículo 55 del Código de la Circulación y se establecen con carácter opcional, nuevos límites para los pesos y dimensiones de los vehículos («BOE», núm. 236, de 2 de octubre de 1986). Convenio hecho en Munich el 5 de octubre de 1973, sobre concesión de Patentes Europeas, Instrumento de Adhesión de 10 de julio de 1986 («BOE», núm. 234, de 30 de septiembre de 1986). Convenio hecho en Berna el 19 de septiembre de 1979, relativo a la conservación de la vida silvestre y del medio natural en Europa, Instrumento de Ratificación de 13 de mayo de 1986 («BOE», núm. 235, de 1 de octubre de 1986). RD 2.077/1986, de 25 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de Inversiones Extranjeras en España («BOE», núm. 240, de 7 de octubre de 1986; c.d.e. en «BOE», núm. 252, de 21 de octubre de 1986). Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 6 de octubre de 1986, por la que se rectifica el texto de la de 28 de agosto de 1986, sobre modificación de los modelos de Contratos de Ventas a Plazos de Bienes Muebles aprobados por Resolución de 21 de abril de 1986 («BOE», núm. 244, de 11 de octubre de 1986). RD 2.224/1986, de 24 de octubre, por el que se modifica parcialmente el RD 1.732/1986, de 24 de septiembre, por el que se regulan las condiciones de los locales y las características oficiales de los elementos materiales a utilizar en los procesos electorales («BOE», núm. 258, de 28 de octubre de 1986). RD 2.245/1986, de 10 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento para la ejecución de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes

el legislador y en las condiciones médicas adecuadas para la salvaguardia del derecho a la vida y a la salud de la mujer».

El artículo 417 bis del Código Penal declara expresamente no punible la práctica del aborto en los supuestos de «grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la embarazada», «delito de violación» y «presunción de que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas»; determina las comprobaciones previas que han de constar, exige el consentimiento expreso de la mujer embarazada y la realización del aborto por el Médico o bajo su dirección en centros o establecimientos públicos o privados acreditados.

El presente Real Decreto viene a precisar y facilitar el estricto cumplimiento de los requisitos legales y sanitarios exigibles en los casos y circunstancias a que se refiere la citada Ley, así como la correspondiente adecuación de la estructura asistencial y sanitaria, habida cuenta de la experiencia acumulada desde la publicación de la Orden de 31 de julio de 1985, siguiendo las orientaciones de la Organización Mundial de la Salud y organizaciones profesionales de carácter internacional, y la entrada en vigor de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de

(«BOE», núm. 261, de 31 de octubre de 1986). Canje de Notas celebrado en Madrid el día 1 de diciembre de 1984, constitutivo de Acuerdo entre España y los Estados Unidos Mejicanos para desarrollar el Convenio Hispano-Mejicano de Extradición de 1978 («BOE», núm. 267, de 7 de noviembre de 1986). RD 2.374/1986, de 7 de noviembre, sobre inversiones españolas en el exterior («BOE», núm. 271, de 12 de noviembre de 1986). RD 2.424/1986, de 10 de octubre, relativo a la aplicación del Convenio sobre la concesión de Patentes Europeas hecho en Munich el 5 de octubre de 1973 («BOE», núm. 283, de 26 de noviembre de 1986). RD 2.568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales («BOE», núm. 305, de 22 de diciembre de 1986). Convenio hecho en Londres el 19 de noviembre de 1976, sobre limitación de responsabilidad nacida de reclamaciones de Derecho marítimo, Instrumento de Ratificación de 22 de octubre de 1981 («BOE», núm. 310, de 27 de diciembre de 1986). Ley 25/1986, de 24 de diciembre, de Supresión de las Tasas Judiciales («BOE», número 313, de 31 de diciembre de 1986). RD 2.641/1986, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Seguro de Responsabilidad Civil derivada del Uso y Circulación de Vehículos de Motor, de suscripción obligatoria («BOE», núm. 313, de 31 de diciembre de 1986). b) *Proyectos*: De Ley de Propiedad Intelectual («BOC» de 1 febrero 1986, Serie A, núm. 184-I). De Ley por el que se crea la Fiscalía Especial para la Represión del Tráfico Ilegal de Drogas («BOC» de 1 febrero 1986, Serie A, núm. 187-I). De Ley Orgánica de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar («BOC» de 17 octubre 1986, Serie A, núm. 11-I). De Convención sobre la Protección Física de los Materiales Nucleares, hecha en Viena y Nueva York el día 3 de marzo de 1980, y reservá a la misma («BOC» de 13 octubre 1986, Serie C, núm. 16-I). De Canje de Notas Hispano-Alemán ampliando el alcance del Convenio Europeo número 24, de extradición, de 13 de diciembre de 1957, de fechas 11 de marzo de 1986 la Nota alemana y de 14 de marzo de 1986 la Nota española, firmadas en Bonn («BOC» de 21 octubre 1986, Serie C, núm. 34-I). De Ley Orgánica de Conflictos Jurisdiccionales («BOC» de 10 octubre 1986, Serie A, núm. 10-I). Proposición de Ley, presentada por el Grupo Parlamentario de Coalición Popular; por la que se limitan, controlan y unifican las sanciones administrativas («BOC» de 30 septiembre 1986, Serie B, núm. 21-I). Proposición de Ley, presentada por el Grupo Parlamentario de Coalición Popular, modificativa de la legislación penal y penitenciaria, para la introducción de la circunstancia de multirreincidencia («BOC» de 30 septiembre 1986, Serie B, núm. 20-I). Proposición de Ley; presentada por el Grupo Parlamentario de Minoría Catalana, de Reforma parcial del Código penal en relación al delito de incendio («BOC» de 25 octubre 1986, Serie B, núm. 26-I).

Sanidad, de acuerdo con lo previsto en sus artículos 29.2, 40.7 y disposición final cuarta.

Como es lógico, los referidos requisitos o exigencias no son de aplicación en los supuestos de exención de responsabilidad, ni en la legítima atención o intervención médica o quirúrgica.

En su virtud, previo informe favorable del Ministerio de Justicia y a propuesta del Ministro de Sanidad y Consumo, de acuerdo con el Consejo de Estado y previa deliberación del Consejo de Ministros, en su reunión del día 21 de noviembre de 1986.

D I S P O N G O

I. De los centros acreditados para la práctica legal de la interrupción voluntaria del embarazo

Artículo 1.º A los efectos de lo dispuesto en el artículo 417 bis del Código Penal podrán ser acreditados:

1. Para la realización de abortos que no impliquen alto riesgo para la mujer embarazada y no superen doce semanas de gestación, los centros o establecimientos sanitarios privados que cuenten al menos con los siguientes medios personales y materiales:

1.1. Un Médico especialista en Obstetricia y Ginecología y personal de enfermería, Auxiliar sanitario y Asistente social.

1.2. Los locales, instalaciones y material sanitario adecuado.

1.2.1. El lugar donde esté ubicado reunirá las condiciones de habitabilidad e higiene requeridas para cualquier centro sanitario.

1.2.2. El centro o establecimiento sanitario dispondrá como mínimo de un espacio físico que incluya:

- Un espacio de recepción.
- Un despacho para información y asesoramiento.
- Una sala adecuada para la realización de la práctica abortiva.
- Una sala para el descanso y recuperación tras la misma.

1.2.3. Se contará al menos con el siguiente utillaje básico, además del propio de una consulta de medicina de base:

- Material necesario para realizar exploraciones ginecológicas.
- Material necesario para realizar la práctica abortiva.
- Material informativo y didáctico.

1.3. Las prestaciones correspondientes de análisis clínicos, anestesia y reanimación. También contarán con depósitos de plasma o expansores de plasma.

1.4. Un centro hospitalario de referencia para derivación de aquellos casos que lo requieran.

2. Para la realización de abortos en embarazos con alto riesgo para la embarazada o con más de doce semanas de gestación, los centros o establecimientos sanitarios privados que cuenten al menos con los siguientes medios personales y materiales.

2.1. Las unidades de Obstetricia y Ginecología, laboratorio de análisis, anestesia y reanimación y banco o depósito de sangre correspondientes.

2.2. Las unidades o instalaciones de enfermería y hospitalización correspondientes.

Art. 2.º 1. Los centros o establecimientos públicos que cumplan los requisitos contenidos en el artículo anterior quedarán acreditados automáticamente para la práctica del aborto.

Las autoridades sanitarias publicarán periódicamente relaciones de los centros o establecimientos públicos acreditados para la práctica del aborto.

2. De conformidad con las competencias que corresponden a las Comunidades Autónomas, la autoridad sanitaria responsable acreditará cada uno de los centros o establecimientos sanitarios privados que, cumpliendo los requisitos determinados en el artículo 1.º de esta disposición, lo hayan solicitado previamente.

Art. 3.º 1. Todos los centros y servicios acreditados se someterán a la inspección y control de las Administraciones sanitarias competentes, en aplicación de lo dispuesto en los artículos 30 y 31 de la Ley General de Sanidad.

2. La acreditación quedará condicionada al mantenimiento de los requisitos mínimos y al efectivo cumplimiento de las condiciones médicas adecuadas para la salvaguarda de la vida y salud de la mujer.

Art. 4.º 1. Con independencia de las notificaciones que procedan conforme a la Orden de 16 de junio de 1986, en los centros o establecimientos públicos o privados acreditados se conservará la historia clínica y los dictámenes, informes y documentos que hayan sido precisos para la práctica legal del aborto, así como el relativo al consentimiento expreso de la mujer embarazada. En los casos de urgencia por riesgo vital para la gestante podrá prescindirse del dictamen y del consentimiento expreso, conforme a lo previsto en la Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio.

2. Se mantendrá la confidencialidad de esta información conforme al artículo 10.3 de la Ley General de Sanidad.

Art. 5.º En el ámbito de cada Comunidad Autónoma, la autoridad sanitaria velará por la disponibilidad de los servicios necesarios incluyendo las técnicas diagnósticas urgentes para posibilitar la práctica del aborto en los plazos legalmente establecidos.

II. *De la emisión de los dictámenes preceptivos*

Art. 6.º 1. En el supuesto de que el aborto se practique para evitar un grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la embarazada, se consideran acreditados para emitir el dictamen los Médicos de la especialidad correspondiente.

2. En el caso de que el aborto se practique por presumirse que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas, el dictamen habrá de ser emitido por dos Médicos especialistas de un centro o establecimiento sanitario público o privado acreditado al efecto. Esta acreditación por el órgano competente de las Comunidades Autónomas se entiende específica e independiente de la acreditación para la práctica del aborto. Esta acreditación específica se concederá a los centros públicos o privados que cuenten, según las pruebas diagnósticas complementarias que en cada caso se requieran, con los siguientes medios o métodos de diagnóstico:

2.1. Técnicas de ecografía o similares para el diagnóstico de las malformaciones fetales.

2.2. Técnicas bioquímicas apropiadas para el diagnóstico de enfermedades metabólicas.

2.3. Técnicas de citogenética para el diagnóstico de alteraciones cromosómicas.

2.4. Técnicas analíticas precisas para el diagnóstico de malformaciones de origen infeccioso.

3. En todos los casos a que se refieren los apartados 1 y 2 de este artículo, el diagnóstico será de presunción de riesgo y estimado en criterios de probabilidad.

III. De la información

Art. 7.º Las Comunidades Autónomas, en aplicación del artículo 40.9 de la Ley General de Sanidad darán conocimiento a la Administración Sanitaria Central de los centros acreditados conforme a los artículos 2.º y 6.º del presente Real Decreto.

Art. 8.º En el ámbito de cada Comunidad Autónoma, la autoridad sanitaria competente garantizará que en sus dependencias públicas y centros sanitarios esté disponible y actualizada una relación de centros o establecimientos públicos o privados acreditados para la práctica legal del aborto.

Art. 9.º Los profesionales sanitarios habrán de informar a las solicitantes sobre las consecuencias médicas, psicológicas y sociales de la prosecución del embarazo o de la interrupción del mismo, de la existencia de medidas de asistencia social y de orientación familiar que puedan ayudarle. Informarán asimismo de las exigencias o requisitos que, en su caso son exigibles, así como la fecha y el centro o establecimiento en que pueden practicarse.

La no realización de la práctica del aborto habrá de ser comunicada a la interesada con carácter inmediato al objeto de que pueda con el tiempo suficiente acudir a otro Facultativo.

En todo caso se garantizará a la interesada el secreto de la consulta.

DISPOSICION DEROGATORIA

Queda derogada la Orden de 31 de julio de 1985 sobre la práctica del aborto en centros o establecimientos sanitarios y, en lo que se oponga a lo dispuesto en este Real Decreto, la Orden de 16 de junio de 1986 sobre estadística e información epidemiológica de las interrupciones voluntarias del embarazo realizadas conforme a la Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio.

DISPOSICIONES FINALES

Primera.—Se potenciará el funcionamiento de los medios de asistencia social, la orientación familiar y la colaboración con aquellos Médicos especialistas que puedan verificar las orientaciones, informaciones y dictámenes precisos en cada caso.

Segunda.—El presente Real Decreto entrará en vigor al día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

Dado en Madrid a 21 de noviembre de 1986.

REAL DECRETO 2.715/1986, de 12 de diciembre, de dotación de medios económicos a los municipios para mantenimiento del Servicio de Depósito de Detenidos a Disposición Judicial («BOE», núm. 5, de 6 de enero de 1987).

Los municipios españoles cabeza de partido judicial carentes de establecimientos penitenciarios vienen desempeñando una labor de colaboración con la Administración penitenciaria mediante la custodia de detenidos a disposición judicial en los correspondientes depósitos municipales, por la que son económicamente compensados a través de los denominados socorros de estancias.

Salvo lo dispuesto en el artículo 378 del vigente Reglamento Penitenciario, aprobado por Real Decreto 1.201/1981, de 8 de mayo, respecto al sistema de rendición de cuentas por gastos de alimentación originados en los depósitos por detenidos, presos y sentenciados, carece la legislación sectorial correspondiente de una regulación específica sobre dotación de medios económicos a los mismos. A llenar este vacío se dirige la presente norma, con lo que, por otra parte, se da satisfacción a la previsión que al efecto se contiene en la disposición final quinta de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local.

En su virtud, previo informe de la Comisión Nacional de Administración Local, de acuerdo con el Consejo de Estado, a propuesta del Ministro de Justicia, previa deliberación del Consejo de Ministros, en su reunión del día 12 de diciembre de 1986,

DISPONGO

Artículo 1.º Corresponde a todos los municipios españoles cabeza de partido judicial en que no exista establecimiento penitenciario alguno, la ejecución, en régimen de competencia delegada, del Servicio de Depósito de Detenidos a Disposición Judicial, y su custodia, en funciones de Policía Judicial, a la Policía Municipal, de conformidad con lo dispuesto en la disposición final quinta de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local.

Art. 2.º 1. El artículo 378 del Reglamento Penitenciario, aprobado por Real Decreto 1.201/1981, de 8 de mayo, queda redactado así:

«La Administración competente en materia penitenciaria pondrá a disposición de los municipios cabeza de partido judicial en que no exista establecimiento

penitenciario alguno, una cantidad por detenido y día en concepto de gastos de alimentación, de estancia y de mantenimiento del servicio de depósito de detenidos, presos preventivos y penados a disposición judicial.

Los Ayuntamientos rendirán cuenta trimestral al Ministerio de Justicia o, en su caso, al órgano correspondiente de la Comunidad Autónoma a través de los centros penitenciarios ubicados en la capital de la provincia, mediante certificación acreditativa del número de detenidos o presos por día, con expresión de sus circunstancias personales, expedida por el Secretario de la Corporación o por el Encargado del Depósito, con el visto bueno del Alcalde, a la que se acompañará necesariamente copia certificada de las órdenes de detención, prisión, traslado o libertad dictadas por las Autoridades judiciales.»

2. La sección tercera, del capítulo III, del título IX, del Reglamento Penitenciario que, en lo sucesivo, comprenderá únicamente el artículo 378, tendrá como epígrafe «De la alimentación y demás gastos de estancia de detenidos, presos y penados en los depósitos municipales y de su mantenimiento».

3. Se crea, en el mismo capítulo, una sección cuarta que, bajo el epígrafe «De la alimentación y demás gastos de estancia en centros hospitalarios no penitenciarios» comprenderá el artículo 379 con su actual redacción.

Art. 3.º En el ámbito de la Administración del Estado corresponde al Ministro de Justicia la determinación de la cantidad a que se refiere el párrafo primero del artículo 378 del Reglamento Penitenciario.

DISPOSICION FINAL

Se faculta al Ministro de Justicia para adoptar cuantas medidas exija la ejecución de lo dispuesto en el presente Real Decreto que entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado» aunque será aplicable a las detenciones producidas desde 1 de julio de 1986.

Dado en Madrid a 12 de diciembre de 1986.

Circulares, consultas e instrucciones de la Fiscalía General del Estado

RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS Y GARANTIAS PROCESALES DE TODO DETENIDO A LOS RECLUSOS AUTORES DE FALTAS DISCIPLINARIAS QUE PUEDAN CONSTITUIR INFRACCIONES DELICTIVAS

— Circular número 3/1986, de 1 de diciembre

— I —

El objeto de la Consulta formulada se centra en un hecho que con cierta frecuencia tiene lugar en esa provincia, y que se resume así: cuando en el interior de Centros Penitenciarios se realizan por los reclusos actos que pueden ser constitutivos de delito, el Director de aquéllos, fundándose en el artículo 129.2, del Reglamento Penitenciario, ordena para el esclarecimiento de tal conducta la práctica de determinadas diligencias, entre las que se halla siempre el interrogatorio del presunto autor, y una vez concluidas se remiten a la autoridad judicial en cumplimiento del artículo 119 de la norma reglamentaria antes citada. Es de notar que las declaraciones hechas ante los funcionarios de la Administración Penitenciaria, se prestan sin asistencia Letrada y sin que conste el respeto a los demás derechos atribuidos al detenido por los artículos 17,3, de la Constitución y 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Y se procede de ese modo porque se entiende que el interno a quien se interroga con motivo de la comisión de infracciones penales no es realmente un detenido, y que las diligencias que se llevan a cabo no se identifican con las diligencias policiales.

La forma de actuar no la juzga V.E. ajustada al ordenamiento y, en consecuencia, establece estas dos conclusiones:

— Que en los casos a que se refiere la Consulta, el interno a efectos del reconocimiento de los derechos relacionados en el artículo 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, debe ser equiparado al detenido, aunque en realidad no lo sea en sentido técnico; y ello es así, de una parte, por ser la única forma de garantizar que el interrogatorio se ha practicado respetando la libertad y la integridad de quien declara sobre unos hechos presuntamente

constitutivos de delito, y de otra, porque de otro modo se quebrantaría el principio de contradicción que debe presidir todo procedimiento penal y no sólo las actuaciones del órgano jurisdiccional.

— Que las actuaciones llevadas a cabo por funcionarios de la Administración Penitenciaria revisten la misma naturaleza que las propias diligencias policiales, pues ellos también forman parte de la Policía Judicial (art. 283,7, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal); luego tales diligencias al tener el carácter de atestado (artículo 292 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) y la consideración de denuncias (art. 297, párrafo primero, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) han de ponerse en conocimiento de la autoridad judicial o del Ministerio Fiscal (art. 284 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), y sin que, además, por aquellos funcionarios, pueda hacerse uso de medios de averiguación no autorizados (art. 297, párrafo tercero de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

— II —

La compatibilidad de la investigación en los órdenes penal y disciplinario está reconocida en las disposiciones a aplicar al tema de la Consulta. Y ello deriva de que la generalidad de las faltas disciplinarias calificadas de muy graves que puedan cometer los internos hallan una adecuada tipicidad en el Código penal. El tenor literal del artículo 108 del Reglamento Penitenciario nos lo demuestra. Y deriva también de que buena parte de las consideradas como graves en el siguiente artículo 109 no son tampoco ajenas a concretas figuras de delito. Sólo las faltas leves del artículo 110 son difícilmente encajables en infracciones penales. Esta situación legal significa que acreditados aquellos hechos procede incoar dos tipos de procedimientos: el penal y el disciplinario. La simultaneidad procedimental se extrae del artículo 119 del Reglamento, declarativo de que la comisión de falta disciplinaria que presuntamente pueda constituir delito, será puesta en conocimiento de la autoridad judicial competente, sin perjuicio de que por la Junta de Régimen y Administración se incoe el procedimiento sancionador que reglamentariamente corresponda.

Así, el procedimiento sancionador previsto para las faltas muy graves y graves debe proseguirse aún cuando los hechos, al poder calificarse también de delitos, se hayan puesto en conocimiento del Juez competente con remisión de las actuaciones practicadas constitutivas de atestado. Para la imposición de sanciones disciplinarias es competente la Junta de Régimen y Administración (art. 116,1, del Reglamento), siendo para las faltas graves y muy graves preceptiva la observancia del procedimiento sancionador (art. 116,2), regulado en los artículos 129-132, del que es instructor el Director del Centro, pero pudiendo delegar la formulación del pliego de cargos en uno de los miembros de la Junta de Régimen (art. 129,1). El procedimiento tiene diversas formas de iniciarse: de oficio, por orden superior, mediando parte escrito de funcionario informado por el Jefe de servicios y en virtud del resultado de una información previa (arts. 129,1 y 129,2). Este último modo de

proceder es el obligado cuando la denuncia de hechos susceptibles de sanción disciplinaria proceda de un interno (art. 129,2, inciso segundo). La iniciación de la información previa es, por tanto, anterior a la apertura del verdadero procedimiento sancionador, tiene como fin esclarecedor los hechos o responsabilidades disciplinarias y las instruye el Subdirector el cual las elevará a quien las haya acordado, el Director, para la resolución que proceda.

La información previa no es preceptiva o inherente a todo procedimiento sancionador —podrá acordarse, dice el artículo 129,2—, ya que sólo está prevista para cuando los hechos denunciados no estén claros o en el caso de que la denuncia provenga de un interno; al contrario, si los hechos constitutivos de falta disciplinaria grave o muy grave se hallan suficientemente acreditados tendrá lugar necesariamente la apertura directa del procedimiento sancionador (art. 129,1) sin el trámite anterior de la información previa, con la consecuencia inmediata de dar traslado de los mismos al Juez de Instrucción competente si tuvieran apariencia delictiva cumpliéndose de esta manera cuanto dispone el artículo 119 del Reglamento.

— III —

Si las disposiciones antes referidas las ponemos en relación con los hechos fundamentales de la Consulta, se desprende fácilmente que la actividad procesal desarrollada por los funcionarios de aquellos Centros no es ajustada, porque lo que únicamente se conforma con el derecho normal es poner los hechos —la comisión de falta disciplinaria capaz de integrar delito— en conocimiento de la autoridad judicial sin practicar informaciones previas y al mismo tiempo iniciar el procedimiento sancionador; el derecho excepcional está representado por la práctica de la información o diligencias previas, que tienen por finalidad aclarar la realidad de un hecho no suficientemente perfido, lo que conlleva actos de investigación entre los que se hallará la declaración del eventual autor. Pero en este sentido debe especificarse.

1. En el plano del derecho normal, ante una falta disciplinaria que, al mismo tiempo, presente caracteres de delito —faltas muy graves o graves— los funcionarios de la Administración penitenciaria legitimados para iniciar el procedimiento sancionador, deben limitar su actuación a poner los hechos en conocimiento de la autoridad judicial (arts. 284 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 119 del Reglamento Penitenciario) para que ésta, tras la apertura del oportuno proceso ordene la investigación adecuada. En consecuencia, aquéllos no desarrollan más actividad procesal penal que la de transmitir la denuncia al órgano judicial competente, si bien después, y dentro del proceso estrictamente sancionador, practicarán las diligencias necesarias, que pueden desembocar en el sobreseimiento del expediente (art. 130,3 del Reglamento) o en la imposición de sanción disciplinaria; resultado que se nos presenta como compatible e independiente de la sanción que pueda recaer en el proceso penal, pues un mismo hecho puede comportar consecuencias sancionadoras en los ámbitos penal y penitenciario sin infringir el principio *non bis in idem* íntimamente unido al principio de legalidad de las infracciones, como

reiteradamente ha reconocido la jurisprudencia constitucional (Sentencias de 30 de enero de 1981, 3 de octubre de 1983, 27 de noviembre de 1985, 14 de febrero de 1986, 2 de julio de 1986). En la hipótesis a que nos contraemos como no hay subordinación de la actividad sancionadora de la Administración a la actuación de los Tribunales de Justicia, la Administración penitenciaria inicia y continúa el procedimiento sancionador con independencia del resultado del procedimiento penal, razón por la cual los funcionarios que instruyan aquél no obstante la remisión de los hechos denunciados para su enjuiciamiento penal, prosiguen el procedimiento por la falta disciplinaria, cuyo resultado puede ser la imposición de alguna de las sanciones de los artículos 42 de la Ley General Penitenciaria y 111 del Reglamento. Esta compatibilidad entre sanciones disciplinarias y penales se halla reconocida en el artículo 104, párrafo tercero, del Reglamento, a cuyo tenor los reclusos que incurran en responsabilidad disciplinaria serán objeto de la sanción adecuada, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal que en derecho fuera exigible; y, en un sentido general, esa compatibilidad es admitida por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en cuanto ha declarado que no en todas las ocasiones hay quebrantamiento del *principio non bis in idem* al concurrir en el reproche de una sola conducta la imposición de una doble sanción, constituida por la penal privativa de libertad y la disciplinaria. Así la sentencia de 27 de noviembre de 1985 afirma que la regla *non bis in idem* no siempre imposibilita la sanción de unos mismos hechos por autoridades de distinto orden y que los contemplan por ello desde perspectivas diferentes; y la de 8 de julio de 1986, establece que el principio *non bis in idem* impone, por una parte, la prohibición de que por las autoridades de un mismo orden y a través de procedimientos distintos se sancione repetidamente una misma conducta por entrañar esta posibilidad una inadmisibles reiteración en el ejercicio del *ius puniendi* del Estado, y por otro lado, una prohibición de duplicidad de sanciones administrativas y penales respecto de unos mismos hechos, a excepción de aquellos supuestos en los que derivado de una relación de supremacía especial de la Administración esté justificado el «*ius puniendi*» por los Tribunales y a su vez la potestad sancionadora por la Administración.

Es evidente que en los supuestos en que la Administración penitenciaria se limita a conocer del procedimiento sancionador, ordenando el inmediato traslado de la denuncia a la autoridad judicial a fin de depurar las posibles responsabilidades penales, no pueden siquiera plantearse desconocimiento de los derechos del detenido a los internos denunciados, porque toda la investigación se realiza ante el Juzgado Instructor.

2. Mas es posible que por la Administración penitenciaria se practiquen diligencias de investigación del hecho penal, ya sea a prevención, en los términos que establece la Ley de Enjuiciamiento Criminal (arts. 282, 284, 286) o como consecuencia de la información previa a los procedimientos sancionador y penal ordenada reglamentariamente (art. 119,2 del Reglamento penitenciario). Aquí es en donde debe plantearse la cuestión de si lo que disponen los artículos 17,3 de la Constitución y 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para los detenidos deberá observarse o no en las declaraciones de los internos en Centros Penitenciarios prestadas ante los funcionarios de este ca-

rácter. La solución debe condicionarse al hecho de si al interno —ya se halle cumpliendo condena o en prisión preventiva— que cometa un acto delictivo dentro del Establecimiento, le cuadra la cualidad de detenido cuando se proceda contra él en las diligencias de investigación —atestado según el artículo 292 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal— que lleven a cabo los funcionarios de tales Centros integrantes de la Policía Judicial (art. 283,7 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

Si, en un sentido estricto, la detención equivale a privación de libertad o limitación de la facultad ambulatoria que corresponde a toda persona, la detención que vaya referida a quien se halle privado de libertad no será propia detención, porque el bien jurídico libertad no resulta atacado al caer ya de verdadera libertad de acción el sujeto que comete delitos en el espacio geográfico en donde extingue condena o está sujeto a la medida cautelar de prisión provisional. Sin embargo el interno contra quien se proceda por hechos penales, a efectos del reconocimiento de garantías procesales tiene la consideración de detenido; esto es, aunque materialmente ya esté privado de libertad, para la nueva conducta delictiva deben reconocérsele, con motivo de la investigación a realizar, los derechos de defensa y asistencia y las garantías correspondientes que se atribuyen a todo detenido.

En definitiva, al interno que delinque en el Establecimiento Penitenciario debe reputársele como detenido para la fase de investigación que excepcionalmente realicen los funcionarios referidos, por lo que será titular del derecho de defensa (art. 24,2 de la Constitución y 118 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) y también del derecho de asistencia letrada, que despliega sus efectos tanto en las diligencias judiciales como en las meramente policiales (artículo 17,3 de la Constitución), entre las que, de modo explícito, se hallan las y que se extiende tanto a la asistencia al interrogatorio como a la posterior diligencias de declaración (art. 520, 2, c, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), entrevista reservada (art. 520, 6, c, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Señalemos, por último, que no nos hallamos ante un simple derecho del detenido, sino ante un deber inexcusable, que incumbe al órgano administrativo, de informar al interno de sus derechos y de asegurar el pleno ejercicio de los mismos.

En suma, coincidiendo, en líneas generales con su Consulta, de cuanto antecede se desprende que el modo de proceder de los funcionarios de los Centros penitenciarios de ese territorio encargado de la instrucción de diligencias con motivo de la comisión de hechos delictivos, no se ajusta a la estricta interpretación de las normas constitucionales y procesales reguladoras de los derechos y garantías que asisten a todo detenido, por lo que deberá adoptar las medidas necesarias para el cese de las actuaciones irregulares de que da cuenta.

Comentarios a la jurisprudencia penal del Tribunal Supremo *

Sección dirigida por

SANTIAGO MIR PUIG

Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Barcelona

LA FUNCION NEGATIVA DEL CONCEPTO DE ACCION. ALGUNOS SUPUESTOS PROBLEMATICOS (MOVIMIENTOS REFLEJOS, ACTOS EN CORTOCIRCUITO, REACCIONES AUTOMATIZADAS)

(Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo
de 23 de septiembre de 1983)

JESUS-MARIA SILVA SANCHEZ

Universidad de Barcelona

1. El procesado D. José se encontraba, tras haber tomado unas copas en una taberna próxima, en una bodega de su propiedad en compañía de sus convecinos D. Luis y D. Eladio. En un determinado momento, el citado D. José se inclinó hacia adelante para sacar vino de una barrica. Mientras permanecía en esa posición, dándole la espalda a D. Eladio, y con las piernas un poco separadas, «éste le agarró con fuerza los genitales con el propósito de gastarle una broma, y al sentirse dolorido D. José, giró bruscamente su cuerpo empujándole con el codo de tal modo que D. Eladio cayó al suelo golpeándose fuertemente contra el suelo de cemento, con la cabeza, cayendo primeramente de lado y después de espaldas». D. Eladio quedó unos momentos inconsciente, recuperándose aparentemente después. Entonces, *ante su negativa*

(*) Abreviaturas utilizadas: ADPCP: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*; AG: *Amtsgericht* (Juzgado de primera instancia); AT: *Allgemeiner Teil*; CP: *Código Penal español*; DAR: *Deutsches Autorecht*; GA: *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*; JR: *Juristische Rundschau*; JuS: *Juristische Schulung*; JZ: *Juristenzeitung*; LK: *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*; NJW: *Neue Juristische Wochenschrift*; OLG: *Oberlandesgericht* (Tribunal supremo de cada Land federal); SK: *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*; StGB: *Strafgesetzbuch* (Código Penal alemán); STS: *Sentencia del Tribunal Supremo español*; ZStW: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*.

de acudir a un médico, D. José procedió a conducirlo a su casa —en el vehículo de un tercero— pues D. Eladio se encontraba «herido, sangrando algo y bastante bebido». A la 1,30 de la madrugada le dejaron en las inmediaciones de su domicilio. Hora y media después, visto por su esposa, que salió a la calle al oír unos quejidos, se encontraba tendido en el suelo, boca abajo y observándose que sangraba por la nariz. Llevado ante el médico titular del lugar, éste, pese a observar tan sólo una pequeña herida, ordenó en prevención enviarlo a la Residencia Sanitaria de la capital. Allí falleció, estimándose causa de la muerte «una contusión frontoparietal izquierda y hematoma apareinquitomatoso».

2. La Audiencia Provincial de Tenerife condenó a D. José, como responsable de un delito de homicidio con la atenuante de preterintencionalidad (art. 9, 4.º CP), a la pena de un año de prisión menor. El Tribunal Supremo, por contra, casa la anterior y, a su vez dicta sentencia absolutoria. Ello, por estimar que, aun dando por supuesta la relación de causalidad, el movimiento corporal de D. José causante de la caída de D. Eladio «no puede estimarse como constitutivo de una acción penalmente relevante al no concurrir la voluntariedad exigida en el artículo 1 C. P., para reputar punible una acción o una omisión». La reacción de D. José se debería, según esto, «más que a un impulso anímico, a un estímulo fisiológico o corporal sin intervención de la conciencia, por haberse producido la transmisión del estímulo de un centro sensorio a uno motor generador del movimiento corporal o dando lugar a los llamados actos reflejos o acciones en «corto circuito», como acontece, entre otros, en los supuestos de reacciones instintivas ante el terror o el dolor».

3. Las consideraciones del TS se refieren básicamente a problemas vinculados con la usualmente conocida como «función negativa o delimitadora» (Grenzfunktion, Abgrenzungsfunktion) del concepto jurídico-penal de acción (1). Es, en efecto, en esta línea en la que cabe entender orientada su argumentación diri-

(1) Sobre la mencionada función, cfs. básicamente MAYHOFER, *Der Handlungsbegriff im Verbrechenssystem*, Tübingen, 1953, p. 9, 36-37, 60-61 y 71-73; JESCHECK, *Der strafrechtliche Handlungsbegriff in dogmengeschichtlicher Entwicklung*, Festschrift für E. Schmidt zum 70. Geburtstag, Göttingen, 1961, pp. 139-155, pp. 140-141.

Para una sistemática teleológica, en favor de la que me he manifestado ya en alguna ocasión, es evidente que la acción no puede desempeñar —como en una de naturaleza clasificatoria— el papel de concepto fundamental del sistema, de sustantivo al que las demás categorías se añaden como adictivos. Sin embargo, me parece posible seguir entendiendo que a la acción (conducta) le corresponde una posición sistemática independiente y una función propia, separada de la tipicidad. Tal sería, esencialmente, la función negativa. En contra de esta apreciación se manifiesta de modo expreso Armin KAUFMANN, *Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht*, Festschrift für M. Welzel zum 70. Geburtstag, Berlín-New-York, 1974, pp. 393-414, p. 394. A favor, en cambio, JAKOBS, *Strafrecht AT Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, Lehrbuch, Berlín-New-York, p. 121, núm. 34 ss., p. 137, núm. 67, p. 138, núm. 68.

gida a negar la concurrencia de una «voluntariedad» o un «impulso anímico» en el proceso objeto de estudio. Ello, pese a concluir afirmando que el movimiento corporal que examina no constituye una «acción penalmente relevante» (2); tal expresión, manifiestamente impropia, debe interpretarse como alusiva a que el mencionado movimiento no describe, a juicio de la Sala, una «acción en sentido jurídico-penal». Sobre las cuestiones propias de la función negativa del concepto de acción no existen, en el plano teórico, diferencias apreciables entre unos y otros autores. Así, se da una coincidencia esencial en la exclusión del ámbito del concepto penal de «conducta» (o «comportamiento») de los movimientos corporales debidos a *actos reflejos*, provocados por *fuerza irresistible* y realizados en situación de *inconsciencia*. (3). Sin embargo, lo que en el nivel de los principios no ofrece dificultades se complica considerablemente al producirse su aplicación a la pluralidad de situaciones reales. En la realidad se suscitan movimientos de muy diversa naturaleza a propósito de los que se discute si son efectivamente «actos reflejos» o si, pese a no serlo, cabe equipararlos a éstos en el tratamiento jurídico-penal. Ello, por la distancia, aparentemente insalvable, que les separa del modelo ideal de conducta voluntaria y reflexiva. La concurrencia de pronunciamientos de penalistas, psicólogos y psiquiatras, con las consiguientes divergencias terminológicas y materiales, redundan en un notable oscurecimiento de este círculo de problemas y en la proliferación de aspectos conflictivos (4). En este estado, y todavía pendientes de solución definitiva, se hallan, entre otros, los conocidos como «actos en cortocircuito» (*Kurzschlusshandlungen*), movimientos instintivos, reacciones primitivas, reacciones explosivas, reacciones espontáneas, conductas pasionales (*Affekthandlungen*), movimientos automáticos, etc. (5). Enumeración de situaciones «intermedias» que no sólo no es exhaustiva, sino que también revela la ausencia de un mínimo —e imprescindible— criterio de clasificación.

(2) Dado que la categoría sistemática que decide sobre la relevancia penal de la conducta es la tipicidad, la expresión utilizada por el TS, de acogerse en su tenor literal, significaría que lo que falta es una «acción típica» y no ya simplemente la acción.

(3) Por supuesto, el mismo concepto de conducta determina la exclusión de los procesos no humanos, así como de los meros pensamientos o sentimientos no exteriorizados. Cfr., a este respecto, por todos, JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal* (trad. Mir Puig-Muñcz Conde), Barcelona, 1981, tomo I, pp. 297-299. Afirmando la «coincidencia esencial» de la doctrina en este punto, BEHRENDT, *Die Unterlassung im Strafrecht*, Baden-Baden, 1979, p. 166.

(4) Es fundamental la descripción que de este fenómeno efectúa SCHEWE, *Reflexbewegung, Handlung, Vorsatz*, Lübeck, 1972, *passim* y, especialmente, pp. 16 ss.

(5) Aludiendo a estos supuestos como integrantes de la «zona intermedia» conflictiva, BEHRENDT, *Die Unterlassung*, p. 167. Esencialmente, SCHEWE, *Wille und Freiheit - juristische und medizinisch-psychologische Aspekte*, en Gerschow (ed.) *Zur Handlungsanalyse einer Tat*, Berlín, etc., 1983, pp. 1-9, p. 4.

4. La obtención de perspectivas de solución en cuanto al tratamiento jurídico-penal adecuado para los supuestos de la mencionada «zona intermedia» obliga a perfilar los casos que la delimitan, formulando los rasgos definitivos de su naturaleza. Así, en primer lugar, la de los «movimientos reflejos» como procesos en los que, indubitadamente, se halla ausente una «conducta» en sentido jurídico-penal (6). Ello es tanto más necesario porque a ellos se recurre con cierta frecuencia —así, el TS en la sentencia que comentamos— para fundamentar la exclusión de la acción en situaciones en las que en modo alguno cabe advertir sus elementos característicos. Tal proceder implica una ampliación injustificada del concepto de movimiento reflejo, cuya esencia se desdibuja al abarcar casos de la «zona intermedia». La equiparación practicada en la sentencia entre «movimientos reflejos» y «actos en cortocircuito» resulta, en este sentido, paradigmática. Con todo, lo más sorprendente es que esto se produzca a propósito de un concepto como el de movimiento reflejo que, desde hace casi un siglo, se halla absolutamente asentado en la psiquiatría y psicología médica (7).

5. Por *movimiento reflejo* se entiende aquel proceso en el que el impulso externo actúa por vía subcortical, periférica, pasando directamente de un centro sensorio a un centro motor. Todo ello, sin intervención primaria de la conciencia que, a lo sumo, aprehenderá al fenómeno con posterioridad (8). Lo que con esto se pretende afirmar es que el sistema nervioso central no participa en la génesis del correspondiente movimiento. Tal participación, de producirse, irá únicamente dirigida a tratar de contenerlo, pero nunca a controlarlo, pues tal control es imposible. La ausencia de participación del sistema nervioso central determina, por un lado, que se trate de movimientos básicamente primarios, en los que está ausente una mínima elaboración. Por otro lado, que no intervenga en modo alguno lo que psiquiátricamente se conoce como «afectividad» de la persona, con lo que serán independientes de la mayor o menor agresividad de ésta, de su grado

(6) Así, al menos, la doctrina dominante: MAURACH-ZIPF, *Strafrecht AT*, tomo 1, 6.^a edic., Heidelberg, 1983, p. 185, núm. 16; RUDOLPHI, en SK 3-4.^a edic., Frankfurt, 1985 (ed. *Rudolphi-Horn-Samson*), n.º 21 ante § 1; LENCKNER, en *Schönke-Schröder*, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 22.^a edic., München, 1985, n.º 43 ante § 13; JAKOBS, *AT*, p. 122, n.º 36. Pero véase, pese a todo, la referencia de este último (p. 122, n.º 84) a las opiniones contrarias de *Mathofer, v. Weber y Nowakowski*.

(7) Como dice SCHEWE, *Zur Handlungsanalyse*, p. 4, durante decenios no ofreció problemas la distinción entre acción y actos reflejos. Sin embargo, éstos se dan en la actualidad.

(8) Cfr. ya HOCHÉ, *Handbuch der gerichtlichen Psychiatrie*, 2.^a edic., Berlín, 1903, p. 503. En la literatura jurídico-penal, por todos, FINGER, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, I, Berlín, 1904, p. 272; MEZGER, *Tratado de Derecho Penal*, I, 2.^a edición, p. 212. Más recientemente KRÖNIG, *Urteil OLG Hamburg* 13.12.1949, JR 1950, pp. 408-409, p. 408; y, sobre todo, SCHEWE, *Reflexbewegung*, p. 26.

de equilibrio, etc. Desde la perspectiva de la «teoría de la estructura estratificada de la personalidad», los reflejos se integran en la *capa profunda inconsciente* del sujeto y, dentro de ésta, en la *capa vital*. A ella pertenecen también procesos como los de respiración, circulación, movimiento y percepción (9).

6. Ejemplos de movimientos reflejos serían, según lo dicho, los vómitos (10), calambres (10) y espasmos (11), el cierre del ojo ante la aproximación de un objeto (11), la momentánea paralización o movimiento primario producido por la picadura de un insecto o el contacto con una corriente eléctrica (12), etc. A propósito de estos movimientos y otros de similar tenor, pudo decir *M. E. Mayer* (13) que es extraño que hechos de tal naturaleza lleguen a lesionar un bien jurídico. Pero parece difícil poder confirmar tal impresión. A tal efecto, basta pensar en el Derecho penal del tráfico y en los supuestos, no tan infrecuentes, de quien suelta el volante a consecuencia de la dolorosa picadura de una avispa (14), o cierra los ojos momentáneamente deslumbrado por el sol o por los faros de un vehículo que circula en sentido contrario. En tales casos, es posible afirmar la presencia de un movimiento reflejo que, por consiguiente, excluirá la presencia de una conducta en el concreto momento examinado (15) y obligará a recurrir, en todo caso, a la estructura de la *actio libera in causa* (imprudente) para proceder a la imputación del resultado si es que ello es viable por las circunstancias concurrentes en el caso objeto de análisis.

7. El ámbito anteriormente delimitado constituye el de los «movimientos reflejos en sentido estricto». Y, en contra de lo que el TS afirma para el caso que comentamos, difícilmente puede estimarse que el mismo sea incluíble en el mencionado ámbito. El dolor derivado de la agresión que sufre el procesado explicaría, sí, la producción por vía subcortical de una total paralización o de un movimiento dirigido al punto dolorido. Pero el

(9) Cfr. JESCHECK, Tratado, I, p. 570.

(10) MAURACH-ZIPF, AT, 1, 6.ª edic., p. 185, n.º 16; ESER, Urteil OLG Hamburg, 16-7-1974, NJW 1975, pp. 657-658, p. 658.

(11) ESER, NJW 1975, p. 657.

(12) JESCHECK, LK 10.ª edic. (ed. *Jescheck-Ruß-Willms*), Berlín-New-York; 1985, n.º 33 ante § 13; LENCKNER, *Schönke-Schröder*, 22.ª edic., n.º 43 ante § 13.

En cambio, no sería un movimiento reflejo el enjuiciado en la sentencia del OLG Hamburg 16.7-1974 (NJW 1975, p. 657): Al ir a tomar una curva un conductor, una mosca vuela en dirección a sus ojos. Aquél trata de espantarla con una mano mientras conduce con la otra. A consecuencia de ello, pierde el control del vehículo y el coche se sale de la calzada, primero hacia la derecha y luego hacia la izquierda, colisionando con otro que circulaba en sentido opuesto y lesionándose ocupantes de ambos automóviles.

(13) Der Allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts, Heidelberg, 1915, p. 103, nota 4.

(14) Cfr. MAURACH-ZIPF, AT, 1, 6.ª edic., p. 186, n.º 18; LUZÓN PEÑA, Comentario a la STS 5.7-1973, RD Circ. 1973, pp. 453-454, p. 454.

(15) MAURACH-ZIPF, AT, 1, 6.ª edic., p. 185, n.º 16; RUDOLPHI, SK 3-4.ª edic., n.º 21 ante § 1; JAKOBS, AT, p. 122, n.º 36.

carácter subcortical es más que dudoso respecto a un proceso que —según parece desprenderse del, ciertamente no muy claro, resultando de hechos probados— tiene todas las trazas de constituir uno de los llamados «movimientos de defensa». En el supuesto objeto de este comentario no se da, pues, la vinculación inmediata entre centro sensorio y centro motor que caracteriza a los reflejos, con lo que tanto la definición de los mismos, que constituye el centro de la argumentación del TS, como la propia denominación, se muestran fuera de lugar. Tal conclusión se ve reforzada mediante la consideración de diversos rasgos característicos del acto reflejo que muestran bien a las claras su no concurrencia en este caso. En primer lugar, se halla la cuestión de la *reproducibilidad* o *provocabilidad*. Puesto que el reflejo fisiológico constituye una situación de vinculación mecánica de estímulo y reacción, habría de ser posible afirmar que siempre que introduzcamos un estímulo de tales características en un sujeto con unas condiciones fisiológicas dadas, se producirá el mismo resultado, la misma respuesta en forma de reacción, con independencia de las circunstancias concomitantes. Y nada de esto puede afirmarse a propósito del caso que nos ocupa. En segundo lugar, se trata del tema de la *independencia de la afectividad* de la persona, al que ya antes se hizo sucinta referencia. Puesto que el reflejo se realiza en el nivel, puramente fisiológico, del sistema nervioso periférico, su producción es independiente de cuáles sean los factores constitutivos de la personalidad del sujeto determinado (grados de temor, agresividad, etc.). Y tampoco cabe estimar que esto segundo se cumpla a propósito del caso objeto de nuestro comentario. En suma, pues, ni la *reproducibilidad* ni la *independencia de la afectividad* características de los movimientos reflejos se dan en este supuesto que, así, difícilmente puede estimarse incluido entre los mismos.

8. Las afirmaciones del TS no constituyen sino una prueba más de la tendencia extensiva que, en materia de movimientos reflejos, existe en algún sector doctrinal y jurisprudencial (básicamente alemán, puesto que en nuestro país apenas se han discutido tales problemas). Esta tendencia extensiva reviste dos formas fundamentales. La primera, constituida por la aplicación de la denominación «movimientos reflejos» —y la consiguiente exclusión del carácter de acción— en casos en que no se dan los presupuestos materiales de los movimientos reflejos (16).

Muestra característica de esta primera tendencia es la STS 5-7-1973 (17) que, en el caso de un conductor que provoca un accidente al agacharse a recoger una estampa que se le había caído al suelo, se

(16) Por ejemplo, MEZGER, LK 8.^a edic. (ed. *Jagusch-Mezger*), Berlín, 1957, II 6, a3 bb) ante § 51 incluye entre los movimientos reflejos la «instinktive Abwehr in der Schrecksekunde» (defensa instintiva en el segundo de terror). Sobre esta postura cfr. SCHEWE, *Reflexbewegung*, p. 26.

(17) Comentada negativamente por *Luzón* en RDCirc. 1973, p. 354.

ñala que se trata de una «momentánea y fugacísima desatención, producida por causa instintiva, al obrar de manera refleja queriendo coger la estampa que se le cayó» (18). Por su parte, la sentencia del OLG Hamburg de 13-12-1949, pese a plantear la cuestión de la concurrencia de un movimiento reflejo en términos de duda y sólo como uno de los diversos argumentos en favor de la absolución, constituye un ejemplo casi grotesco de la línea argumentativa expuesto. El supuesto de hecho hacía referencia a la conducta de un sastre que, durante la prueba de un vestido, forcejea con la cliente tratando de abrazarla y besarla; a consecuencia del forcejeo queda al descubierto un pecho de aquélla que el sastre, al instante, cubre de besos llegando a lesionarla de un mordisco (19).

La segunda manifestación de la mencionada tendencia extensiva adopta rasgos parcialmente diferentes. Así, fundamentalmente, consiste en equiparar a los movimientos reflejos —en cuanto al tratamiento jurídico— buen número de supuestos pertenecientes a la «zona intermedia», pese a que se reconoce la especificidad de estos últimos. En efecto, no obstante ello, se acaba concluyendo que en los mismos, como en los reflejos, se excluye el carácter de acción del proceso examinado (20).

La sentencia que comentamos puede estimarse ejemplo de ambas tendencias. De la primera, en tanto que afirma la concurrencia de un movimiento en un caso en que no se dan sus presupuestos en sentido estricto. De la segunda, en la medida en que afirma la existencia de un «acto en cortocircuito» (fenómeno que identifica incorrectamente con el acto reflejo) y lo somete al tratamiento jurídicopenal de los reflejos.

9. La doble tendencia extensiva del concepto de *movimiento reflejo* no se halla asentada sobre el vacío. En su favor puede operar la dificultad que a menudo se observa a la hora de determinar donde acaban los reflejos en sentido estricto y comienza lo que Gross llamó «gewöhnheitsmäßige Handlungen», esto es, ac-

(18) A consecuencia de lo que la inicial calificación de *imprudencia temeraria* se rebaja a *imprudencia simple* (se supone que —de ser la sentencia coherente consigo misma— en aplicación tácita de la estructura de «actio libera in causa»).

(19) JR 1950, p. 408. Cfr. la valoración negativa de Krönig (p. 409), para quien, en este caso, se produce por parte del Tribunal del Land una confusión entre lo que son hechos afectivos o pasionales (Affekthandlungen) y los movimientos reflejos.

(20) En una línea parecida BAUMANN-WEBER, *Strafrecht AT*, 9.ª edic., Bielefeld, 1985, p. 189, nota 8, quienes, a propósito del «caso de la mosca» (vid. supra, nota 12) entienden que en los «movimientos bruscos de defensa» ya no hay acción, aunque aparentemente no procedan, como Mezger (supra nota 16), a incluírlos entre los actos reflejos, lo que autoriza a enmarcar su opinión en esta segunda línea extensiva.

Por su parte, MEZGER, LK 8.ª edic., II 6 a) bb) ante § 51, equipara a los movimientos reflejos las reacciones automatizadas, «en las que la repetición de un acto da lugar a que éste se produzca bajo el umbral de la consciencia».

ciones habituales, acostumbradas, rutinarias (21). A este respecto, cabe hacer referencia a la existencia, junto a los *reflejos fisiológicos*, de *reflejos condicionados*, reacciones aprendidas mediante el ejercicio y la práctica (22). Asimismo cabe advertir una cierta *analogía formal* entre los mencionados *reflejos condicionados* y los *automatismos*, en la medida en que tanto en unos como en otros se trata de *reacciones de experiencia* (23).

En esta línea cabe hacer referencia a la resolución² del AG Castrop-Rauxel de 23-7-1965 (24), que sienta la distinción entre unos *reflejos primarios, naturales*, independientes de la voluntad, y otros *secundarios, condicionados*. En el proceso de formación de estos últimos se produciría inicialmente la participación de determinados niveles de la personalidad que, sin embargo, a raíz del continuo ejercicio irían eliminándose progresivamente mediante la automatización, hasta el punto de desaparecer como parte interna del hecho. Tal caracterización dejaría abierta la posibilidad de incluir entre los *reflejos las reacciones primitivas automatizadas* de un conductor en el tráfico, por ejemplo. Unos y otros, en efecto, tendrían en común la imposibilidad de practicar una intervención conductora con la participación de las fases superiores de la personalidad. Ello en la medida en que tal intervención requeriría más tiempo del que permite la reacción inmediata. En una línea similar a la de la Resolución citada se manifiesta *Franzheim* (25), llegado a identificar, en su comentario del «caso de la liebre» (26), los *automatismos* en el tráfico y los *reflejos condicionados* (*bedingte Reflexe*). Ambos, según su opinión, se verían caracterizados por la muy difícil o imposible dominabilidad, debida precisamente a la rapidez de la reacción, que impide que exista el tiempo preciso para contenerla o controlarla.

(21) *Criminalpsychologie*, Graz, 1898, pp. 97-98. Aunque el ejemplo que cita (p. 98) muestra tener muy poco que ver con los reflejos en sentido estricto: Al pasar por delante de una taberna, un borracho al que echan del local se le viene encima y él reacciona propinándole una bofetada. La proximidad con los reflejos vendría dada, según él, por el hecho de que sólo supo lo que hacía con posterioridad. Antes, simplemente sintió que se le aproximaba algo desagradable, y realizó un movimiento defensivo.

MEZGER, LK 8.ª edic., II, 6 a) bb) ante § 51, equipara, como ya se ha señalado, a los reflejos los automatismos, que resultan de una asociación, bien *innata* (y éste es el caso de los movimientos instintivos), bien alcanzada por *costumbre* o *práctica* (y éste sería el caso de las reacciones automáticas en sentido estricto).

(22) Lo señala LUFF, *Die biologische Betrachtung von Verkehrsunfällen und ihre Bedeutung für die Verkehrsrechtsprechung*, DAR 1959, pp. 89-94, p. 91.

(23) Como pone de manifiesto SPIEGEL, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Kraftfahrers für Fehlreaktionen*, DAR 1968, pp. 283-293, p. 285.

(24) Cfr. DAR 1965, pp. 330-331.

(25) FRANZHEIM, *Sind falsche Reflexe des Kraftfahrers strafbar?*, NJW 1965, pp. 2000-2001.

(26) También conocido como «Kleintier-Fall»: Un pequeño animal del tamaño de una liebre se cruza al paso de un vehículo por la carretera, realizando el conductor una maniobra para esquivarlo que produce un accidente y, en él, la muerte del acompañante.

10. Con todo, la mencionada analogía formal no puede hacer olvidar las múltiples diferencias sustanciales que permiten distinguir a unos y otros. Sin recurrir a un análisis exhaustivo puede, en este sentido, hacerse referencia de modo especial al distinto proceso de surgimiento. En los automatismos, como ya *Hoche* pusiera de manifiesto, se trata de movimientos inicialmente conscientes en los que, por el influjo de la repetición, el impulso externo que al principio actuaba como representación a modo de motivo, desencadenada la acción antes de que pueda ser aprehendido como tal representación (27). Ello, sin embargo, no impide que se trate de procesos potencialmente conducibles (28), esto es, que se hallen, en buen número de casos (29), abiertos a la intervención reguladora de la conciencia (30), lo que no ocurre en absoluto en los reflejos condicionados. Por lo demás, incluso respecto a aquellos automatismos en que, con la rapidez de la reacción, se imposibilita la intervención en sentido contrario, parece evidente que la estructura de su formación y, por consiguiente, sus componentes esenciales, son diferentes a los de los reflejos condicionados: conscientes (en la base) en los automatismos frente a la naturaleza sustancialmente fisiológica de aquellos reflejos (31). En términos tradicionales, sobre los que luego habrá ocasión de volver, la diferencia radicaría en que en los automatismos hay *voluntad*, son las reacciones voluntarias más rápidas.

11. Como balance provisional de lo anterior, es posible concluir que ninguna de las concepciones extensivas de la noción de movimiento reflejo se revela satisfactoria. No es, pues, correcto señalar que los mencionados supuestos de la «zona intermedia» son *reflejos*, pues carecen de los rasgos biológicos definitorios de éstos, ni tampoco resolver el problema apuntado que son similares a ellos y equiparándolos en el tratamiento jurídico. Tal analogía carece de base en el plano biológico-empírico. Y, en cuanto al plano normativo, el tema debe examinarse de modo detallado y escapa a explicaciones simplistas. Se trata ahí de determinar cuál es el fundamento normativo de la exclusión del carácter de acción en los casos de actos reflejos y dilucidar si el mismo fundamento concurre también en los supuestos que desde

(27) HOCHÉ, Handbuch, 2.^a edic., p. 503. Cfr. las más recientes afirmaciones, muy similares a las de *Hoche*, de LANGELÜNDEKE/BRESSER, *Gerichtliche Psychiatrie*, 4.^a edic., Berlín-New-York, 1976, p. 270, para distinguir entre «Reflexbewegungen», movimientos reflejos como procesos de naturaleza reflectoria en sentido biológico y «Reflexhandlungen», acciones reflejas, como procesos de acción mediados, aprendidos, automatizados.

(28) LANGELÜNDEKE/BRESSER, *Gerichtliche Psychiatrie*, 4.^a edic., p. 270.

(29) Las excepciones vienen dadas por los supuestos, a los que alude insistentemente la tesis contraria, en que la propia rapidez impediría la intervención reguladora. Cfr. SPIEGEL, DAR 1968, p. 286.

(30) SPIEGEL, DAR 1968, p. 285.

(31) Aunque los efectos sean similares. En todo caso, sobre todos estos temas habrá ocasión de insistir a propósito de los problemas específicos de las reacciones automatizadas.

el principio hemos situado en una zona intermedia entre el acto reflejo como proceso puramente biológico y el modelo ideal de acción consciente y reflexiva. Por recurrir de nuevo al esquema de la *teoría de la estructura estratificada de la personalidad*, la mencionada zona intermedia vendría constituida, por un lado, por una parte de la llamada «capa profunda inconsciente»: la «*capa psicólogo-profunda*» (32). Por el otro, por una parte de la llamada «capa de la personalidad» (consciente): «*la capa personal*» (33). Lo que hay que decidir es, pues, en definitiva, cuál es el régimen jurídico que debe conformarlos y, concretamente, si constituyen o no conductas humanas los movimientos corporales cuya procedencia se sitúa en la *capa psicólogo-profunda* y en la *capa personal*.

12. Para ello conviene examinar con cierto detalle una figura de gran significación: la de los *actos en cortocircuito*. Su análisis reviste aquí especial importancia por cuanto en la sentencia que comentamos se hace alusión a ellos para fundamentar la exclusión de la responsabilidad por falta de acción. Además, a diferencia de lo que pueda ocurrir con los automatismos (34), su especificidad y su pertenencia a la *zona intermedia* aparecen claras a los ojos de toda la doctrina (35). En lo que alcanzo a ver, sólo la sentencia que ahora nos ocupa practica, erróneamente, una equiparación sin precedente doctrinal ni jurisprudencial alguno, al identificar actos reflejos y actos en cortocircuito. Las diferencias entre unos y otros son, como se verá, sustanciales. Según la opinión más generalizada en la psicología y psiquiatría forense, los actos en cortocircuito se enmarcarían en un grupo de situaciones caracterizadas por su excepcionalidad afectiva o pasional (*affektiver Ausnahmezustand*) y que se conocen como *reacciones primitivas* (*Primitivreaktionen*) (36). Las reacciones primitivas, en la clásica formulación de *Kretschmer*, muestran, por oposición a las llamadas *reacciones de personalidad* (37), una situación en la que el

(32) La otra parte de la *capa profunda inconsciente* es la *capa vital*, en la que se sitúan los reflejos. Vid. JESCHECK, Tratado, I, p. 570.

(33) La otra parte de la *capa consciente de la personalidad* es el *centro del yo*, en el que, según entiendo, se situaría la acción reflexiva modélica. Vid. JESCHECK, Tratado, I, p. 571.

(34) Vid. infra.

(35) Cfr. por todos MEZGER, Tratado, p. 213; el mismo, LK 8.^a edic., II 7. a ante § 51.

(36) LANGELÜDDEKE/BRESSER, *Gerichtliche Psychiatrie*, 4.^a edic., p. 261.

(37) Una buena exposición de la distinción desde la perspectiva, nuevamente, de la teoría de la estructura estratificada de la personalidad se halla en LUKOWICZ, *Der Schuldaußschließungsgrund des hochradigen, unverschuldeten Affekts*, Tesis, München, 1968, p. 14: De la *superestructura de la personalidad* (Lersch) o *nivel superior de la personalidad* (Kretschmer) surgiría el prototipo de *acción voluntaria*, la *Persönlichkeitsreaktion*, caracterizada porque entre el impulso (Antrieb) y la reacción se produce lo que se denomina «Hiatus der Bewußtheit» (hiato, cesura debida a la propiedad del proceso de «ser conocido»). En cambio, de la *base endotímica* (Lersch) o *nivel profundo filogenético* (Kretschmer) surge la *acción impulsiva inmediata* o *reacción primitiva*, que se

impulso recibido no sufre la interpolación de una personalidad global desarrollada. Al contrario, dicho impulso da lugar a una reacción en acciones momentáneas impulsivas o en mecanismos psíquicos profundos. Dicho de otro modo, las capas inferiores de la personalidad son las rectoras (38), faltando una modulación por las capas superiores. Ello, bien porque la esfera del yo no llega siquiera a intervenir con su función conductora, bien porque llega tarde o de forma débil, no consiguiendo, en cualquier caso, tener éxito dada su naturaleza incompleta. Reacciones características que responden a la descripción efectuada serían, siempre según *Kretschmer*, las generadas en el marco general de situaciones de pánico o terror (39):

13. Las *reacciones primitivas*, pese a revestir en su totalidad las características señaladas, no constituyen un todo unitario. Al contrario, en su seno hay que distinguir, por lo menos, entre *reacciones explosivas y actos en cortocircuito* (40). La diferencia básica entre unas y otros puede exponerse de modo muy simple. En lo fundamental hay que señalar que las reacciones explosivas se materializan en una descarga motriz elemental, mientras que las acciones en cortocircuito muestran una naturaleza más complicada (41). Algún autor alude a que las reacciones explosivas o impulsivas aparecen desencadenadas momentáneamente por una determinada situación; en cambio, en los actos en cortocircuito se trata de una tensión larga que acaba desencadenando la producción de la descarga afectiva (42). En definitiva, pues, los actos en cortocircuito suelen ser acciones complicadas en el sentido de que la acción, junto con el impulso pasional, constituye un todo ordenado y con sentido. Tales actos, si bien no pueden ser conducidos, frenados o controlados por las capas altas de la personalidad, ni por consideraciones racionales o representaciones emocio-

caracteriza porque el supuesto discurre de la capa profunda a la realización, sin intervención de la superestructura personal. Lo que diferencia a uno y otro tipo de reacciones (p. 14-15) no es la presencia o ausencia de procesos de conciencia, sino la más o menos detenida consideración del hecho. Los impulsos llegan, también en el segundo caso, al nivel de la conciencia, pero *no son procesados suficientemente por la personalidad global*.

(38) En tales capas inferiores en las que se aposentan los «*Triebe und elementare Bedürfnisse*» (impulsos y necesidades elementales): SPIEGEL, *DAR* 1968, p. 290.

(39) KRETSCHMER, *Medizinische Psychologie*, 3.ª edic., Leipzig, 1926, p. 182; el mismo, *Medizinische Psychologie*, 11.ª edic., Stuttgart, 1956, p. 233. Siguiéndole, en la doctrina penal, fundamentalmente MEZGER, *Tratado*, p. 213 y nota 5.

(40) KRETSCHMER, *Medizinische Psychologie*, 3.ª edic., pp. 183-184; EL MISMO, *Medizinische Psychologie*, 11.ª edic., p. 235; MEZGER, *Tratado*, p. 213 nota 5.

(41) KRETSCHMER, *Medizinische Psychologie*, 11.ª edic., p. 235; WITTER, *Grundriß der gerichtlichen Psychologie und Psychiatrie*, Berlin, etc., 1970, p. 117: no se trata de «una descarga motriz elemental inmediata», sino que tiene lugar «en una construcción con sentido de impulso-reacción, una acción ya relativamente ordenada y dirigida a fin», aunque aparezca como no crítica y no esté en relación con las restantes formas de comportamiento del autor.

(42) LANGELÜDDEKE/BRESSER, *Gerichtliche Psychiatrie*, 4.ª edic., p. 261.

nales contrarias, se hallan en un marco general de personalidad (43). En el caso que nos ocupa, y descartado ya que se trate de un movimiento reflejo, podría en efecto concurrir un *acto en cortocircuito*. En favor de esta opinión juega, ante todo, el hecho de que el movimiento examinado no revista la naturaleza de una descarga motriz elemental, sino, más bien, la ordenación y dirección a fin (deshacerse del agresor) que caracteriza a aquellos procesos. Un factor en contra vendría, en cambio, dado por el segundo elemento diferenciador respecto a las reacciones explosivas, que un sector doctrinal sitúa en la existencia de una larga tensión. Pero parece superable en la medida en que ello, más que característico del acto en cortocircuito, lo es probablemente del *Affekttat* (hecho pasional) (44). En esta figura suelen incluirse muchas reacciones similares a la que estudiamos para resolverlas en el ámbito de la imputabilidad. De modo que un acto en cortocircuito sin historial previo de tensiones será más difícilmente encuadrable entre los «*Affekttaten*» en orden a examinar la presencia o ausencia de imputabilidad en el mismo. Pero no por ello dejará de ser un acto en cortocircuito, distinguido claramente, por su mayor complejidad y adecuación a fin, de las reacciones explosivas.

14. En el ámbito de las reacciones primitivas y concretamente, en algunos casos, en el de los actos en cortocircuito se sitúan reacciones de terror (*Schreckreaktionen*) (45), de dolor (46) y otras similares (47). Especial interés tiene, en lo que aquí concierne, la inclusión en este mismo ámbito, como fenómenos próximos a los actos en cortocircuito, de los movimientos instintivos o impulsivos de defensa (48), pues, con toda probabilidad, en el supuesto de estudio nos hallamos ante uno de ellos. Tal extremo hace cobrar especial relevancia práctica a la decisión sobre la cuestión de si todas estas reacciones constituyen acciones en sentido

(43) Así UNDEUTSCH, *Schuldfähigkeit unter psychologischem Aspekt*, en *Handwörterbuch der Rechtsmedizin* (ed. G. Eisen) II, Stuttgart, 1974, pp. 91-115, pp. 105-106; también DE BOOR, *Bewußtsein und Bewußtseinsstörungen*, Berlín, etc., 1966, p. 268. Se acoge tal opinión en OLG Hamburg 16.7.1974, NJW 1975, p. 658.

(44) Vid. *infra*.

(45) Cfr. NJW 1975, p. 658, donde la *Schreckreaktion* aparece caracterizada como una reacción primitiva de las capas inferiores de la personalidad, sin que la *instancia del yo* pueda cumplir su papel de control. SPIEGEL, DAR 1968, p. 290, alude a ella como motivada por la sorpresa.

(46) Algunas reacciones de dolor pueden, sin embargo, constituir movimientos reflejos en sentido estricto, como es natural.

(47) Alude a una «*Schockreaktion*» (reacción de «*schock*») SPIEGEL, DAR 1968, pp. 289-290.

(48) MEZGER, LK 8.ª edic., II.6. a) bb) ante § 51, había incluido entre los actos reflejos la «*instinktive Abwehr in der Schrecksekunde*» (defensa instintiva en el instante de terror). Pero en la actualidad es clara su inclusión junto a los actos en cortocircuito: cfr., por todos, LENCKNER, *Schönke-Schröder*, 22.ª edic., n.º 43 ante § 13. Pese a alguna ambigüedad terminológica, se hallan en la misma línea MAURACH-ZIPP, AT I, 6.ª edic., p. 186, n.º 18.

jurídico-penal o no es así. Y, a este respecto, hay que decir que sobre el tema no parecen reinar en la doctrina penal excesivas discrepancias. Según entiendo, es tesis absolutamente unánime la de que en todos estos supuestos hay *acción* (49). Con ello, la discusión se desplaza al ámbito del dolo o, más aún, de la imputabilidad. Allí, en virtud de la posible concurrencia de un «hecho pasional» o «afectivo» (*Affekttat*) y de la consiguiente perturbación de la conciencia (*Bewußtseinsstörung*), se trata de examinar la posibilidad de excluir o, por lo menos, atenuar la responsabilidad (50). Pero de ello corespenderá ocuparse más adelante, aunque ya aquí adelantemos que es muy generalizada la opinión de los autores favorable a la exclusión de la imputabilidad en buen número de estos casos.

15. Se ha hecho alusión a la total unanimidad existente en la doctrina en cuanto a la afirmación del carácter de acción de estas reacciones de la *zona intermedia*. Cuestión, en cambio, muy diferente es la de la argumentación de la concurrencia de dicho carácter de acción y su coherencia con la negación del mismo a los reflejos *stricto sensu*. Tal argumentación ha discurrido, en general, por cauces psicológico-empíricos. De algún modo, pues, en la línea de lo apuntado en este caso por el TS. Si éste alude a que lo característico de la acción en sentido jurídico-penal es la presencia en el movimiento corporal del sujeto de «voluntariedad» o de un «impulso anímico», se trataría de hallar tales elementos en los supuestos objeto de examen (51), mostrándolos en toda su magnitud diferenciadora con respecto a los puros reflejos de naturaleza fisiológica o cuasifisiológica (52). Sin embargo, la argumentación puramente psicológica tropieza con dificultades. Estas derivan, en lo esencial, de la ambigüedad ínsita en el concepto de *voluntariedad*, absolutamente evidente cuando nos movemos en el terreno psicológico-psiquiátrico. Tal ambigüedad suscita un sinnúmero de

(49) MAURACH-ZIPP, AT 6.^a edic., p. 185, n.º 16; RUDOLPHI, SK, 3-4.^a edic., n.º 20 ante § 1; OLG Hamburg 13-12-1949, JR 1950, p. 409; BEHRENDT, Die Unterlassung, p. 167: Rudimentos de una conducción voluntaria; OLG Hamburg 16-7-1974, NJW, p. 658; LUKOWICZ, Der Schuldaußschließungsgrund, pp. 14-15; SCHMIDHAUSER, Strafrecht AT, Lehrbuch, 2.^a edic., Tübingen, 1975, p. 210, nota 10; JAKOBS, AT, p. 122, n.º 36; JESCHECK, Tratado, I, p. 571; SPIEGEL, DAR 1968, p. 290.

(50) De conformidad con el § 20 del StGB. En nuestro país ello debería examinarse a partir del artículo 8, 1.º CP y la eximente, completa o incompleta (art. 9, 1.º CP), de trastorno mental transitorio.

(51) SCHEWE, Reflexbewegung, p. 24, alude a esta idea —dominante— de la conducción del movimiento por la voluntad como rasgo distinto, dado que en los demás casos el organismo actúa como mero eslabón de una cadena causal.

(52) Sobre el carácter puramente neurológico o fisiológico de los movimientos reflejos, cfr. SCHEWE, Reflexbewegung, p. 32. Sin embargo, vid. también pp. 54-55, donde pone de relieve divergencias entre el concepto de reflejo de la *fisiología* (más similar al jurídico-penal) y el de la psiquiatría y psicología, cuyos límites parecen variables y dependientes de la ausencia de una voluntad en sentido estricto, con lo que en su determinación se reproduce el debate sobre la voluntad.

problemas en el diálogo entre juristas y psicólogos-psiquiatras. Ello, junto con las implicaciones filosóficas del concepto, determina que la de la distinción entre procesos penalmente relevantes y no-relevantes sea tarea prácticamente imposible si se pretende practicarla con el instrumento de la «voluntariedad» (53).

En todo esto hay que tener en cuenta que la finalidad de los penalistas cuando acuden al empleo del adjetivo «voluntario» aplicado a un fenómeno no es la de compararlo con la imagen del *proceso psíquico humano ideal*. Más bien, se pretende la exclusión *ab initio* de la consideración penal de aquellos supuestos que no son más que procesos causales extrahumanos. Pero parece claro que, de este modo, no se está asignando al concepto de «voluntad el mismo contenido que le atribuyen psiquiatras y psicólogos (54).

De todas estas cuestiones se ocupa con detalle Schewe, en su obra, repetidamente citada, *Reflexbewegung, Handlung, Vorsatz* (Lübeck 1972). Ello evidencia que las mismas desbordan con mucho lo que es posible examinar en el reducido espacio de que aquí disponemos. En cualquier caso, y simplificando hasta la esquematización, cabe poner de relieve algunos factores básicos determinantes de la crisis del concepto de voluntariedad. Esta, en efecto, debe estimarse absolutamente inadecuada para diferenciar entre *acción y no-acción*, y, en concreto, reacciones primitivas, como pertenecientes al primer grupo y movimientos reflejos, como pertenecientes al segundo.

16. El primero de los factores de crisis surge a propósito de la usual identificación de la *voluntariedad* con la «finalidad», como elemento definidor de lo específico de la *acción* en Derecho penal (55). Contra tal virtualidad diferenciadora cabe alegar, con Schewe, la existencia, empíricamente contrastada, de procesos de *adaptación regulativa* (regulative Anpassung) incluso en movimientos que claramente pueden calificarse de reflejos (56). Ello implica afirmar la presencia en éstos de una *finalidad incipiente*. A la vez, que la diferenciación entre *acción y no-acción* no puede

(53) Cfr. SCHEWE, *Reflexbewegung*, pp. 47, 48, 49 y 50.

(54) SCHEWE, *Reflexbewegung*, p. 52.

(55) Cfr. SCHEWE, *Reflexbewegung*, p. 25: Para *Welzel*, es la actividad *final* la que distingue la acción de los procesos naturales que, o bien son ciegamente causales o bien son adecuados a un fin (*zweckmäßig*) pero no conscientes del mismo (*zweckunbewußt, instinkthaft*), como en el mundo animal (pero adviértase que, según este punto de vista, lo decisivo no sería la finalidad sino la conciencia de esa finalidad, lo que nos lleva al segundo punto).

(56) SCHEWE, *Reflexbewegung*, pp. 56-57 y 58: la teoría de la *adaptación regulativa* implica introducir en la causalidad una consideración de finalidad e impide fijar de modo categórico una frontera entre procesos superiores (finales) e inferiores (bajo el umbral de la consciencia, causales); SCHEWE, *Zur Handlungsanalyse*, p. 6: Además, la «adaptación regulativa» determina la aparición de un factor de consciencia.

traducirse, para estos casos límite, en términos de *finalidad/no-finalidad*, sino de cuantificación o cualificación en el marco de una finalidad básica. El segundo de los factores de crisis se produce a raíz de la identificación de *voluntariedad* y «*finalidad consciente*». son significativas, al respecto, las observaciones de psicólogos y psiquiatras en el sentido de que el autor —en estos supuestos de reacciones primitivas, generalmente amparados luego por situaciones afectivas— «no quería» hacer lo que hizo, no sabía lo que hacía, con lo que en las mismas faltaría el carácter de acción (57). Frente a tal postura, es lo usual entre los penalistas renunciar a la «voluntad consciente» como criterio decisivo de aquel carácter. Al contrario, se suele señalar que el *actuar consciente* (58) constituye el tipo ideal de actuación del hombre, pero en absoluto agota la realidad de la conducta humana en sentido jurídico-penal, en la que es posible incluir algunos procesos suscitados bajo el umbral de la conciencia (59). Según esto, pues, tampoco el par de conceptos *consciencia - inconsciencia* se revela válido para distinguir entre acción y no-acción. Al contrario, dicha diferenciación se producirá en algún lugar dentro de los niveles inferiores a la plena conciencia.

17. La observación de que ni la idea de *finalidad* ni la de *consciencia* constituyen la barrera que separa la acción de lo que no lo es se muestra conforme con una idea de gran importancia, claramente expuesta por Schewe. Esta es la de que «acción» y «no-acción» no son *conceptos alternativos*, esto es, claramente diferenciados el uno del otro, sino *conceptos tipológicos*, sin fronteras claras, es decir, unidos entre sí por una línea continua (60). Con ello, en propiedad, no podría hablarse simplemente de «acción» y «no-acción», sino que habría que aludir a «*más o menos carácter de acción*» a propósito de los procesos situados entre los tipos ideales de *acción* y *no-acción*. En algún punto de esa *zona*

(57) Cfr. SCHEWE, *Reflexbewegung*, pp. 29-30 y 33, aunque apunta, de un modo muy significativo, que la «involuntariedad» con que los psicólogos y psiquiatras hacen referencia a estos casos de actuar impulsivo es radicalmente diferente a aquella en que la doctrina penal caracteriza la «no-acción» como proceso equiparable a los de mera naturaleza causal.

A tal literatura alude también LENCKNER, *Schönke-Schröder*, 22.ª edic., n.º 43 ante § 13, señalando que, pese a que la bibliografía psiquiátrica y psicológica habla aquí de actos involuntarios o de naturaleza «*reflexartig*», en todos estos estados es posible afirmar el carácter de acción. Pues, aunque en ellos la conducción sea en cierta medida inconsciente, tampoco es posible seguir al pie de la letra a la doctrina dominante, que entiende la *voluntariedad* como *voluntad consciente*, en el sentido de requisito mínimo del concepto de acción.

(58) Proponerse conscientemente fines y elegir conscientemente medios dirigidos a su consecución, etc.

(59) Por todos, LENCKNER, *Schönke-Schröder*, 22.ª edic., n.º 44 ante § 13: Buena parte de la actividad humana discurre «bajo el umbral de la conciencia» y no por ello es menos expresión de la psique humana: son reacciones, respuestas personales a una determinada situación.

(60) SCHEWE, *Reflexbewegung*, p. 59.

intermedia de «más o menos acción» habría que fijar la frontera, parcialmente fluctuante y, por lo general, definida en forma no muy clara. Para proceder a la delimitación existe la posibilidad de adoptar dos perspectivas diferentes. La primera, seguida, según parece, en la psicología y psiquiatría forenses, consiste en partir del *supuesto ideal de acción* y negar la existencia de una acción allí donde comienzan a darse divergencias de cierta relevancia con aquel *modelo ideal*. Tal planteamiento conduce a un concepto relativamente *estrecho* de acción y *amplio* de no-acción (61). La segunda perspectiva, más comúnmente seguida por los penalistas, opera de modo contrario. Así, pues, consiste en partir del supuesto típico de no-acción (p. ej. el movimiento reflejo «puro»), y conduce a la afirmación de la concurrencia de acción desde el momento en que se advierte la presencia de factores que muestran una superación de aquel esquema elemental (62). Tal punto de vista conduce a construir un *concepto amplio de acción* y limitado en lo que se refiere a la *no-acción* (63). Expresando el balance de lo anterior en otros términos, resultaría que los penalistas se conforman con menos «propiedades de acción» para afirmar la existencia de una acción y los psicólogos y psiquiatras exigen más «propiedades de acción» para estimar su concurrencia.

18. La consideración, en la línea referida, de acción y no-acción como *conceptos tipológicos* me parece satisfactoria desde una doble perspectiva. Por un lado, desde la óptica *empírica*, pues se muestra en amplia medida coincidente con lo que se desprende de la teoría de la estructura estratificada de la personalidad, a la que ya se han hecho algunas referencias. Por otro lado, desde la perspectiva *normativa*. Pues, en efecto, la comprensión de *acción* y *no-acción* como conceptos tipológicos revela de modo definitivo la práctica imposibilidad y, en todo caso, la inidoneidad de proceder a su diferenciación desde un punto de vista puramente fáctico (64). Al contrario, es preciso atender a la finalidad de la respectiva disciplina: en nuestro caso, obviamente, los fines del Derecho penal. La concepción de la distinción entre acción y no-acción como un juicio de naturaleza jurídica, teleológico-valora-

(61) SCHEWE, Reflexbewegung, p. 60, donde alude a una elaboración *descriptiva* de los conceptos por parte de los psicólogos/psiquiatras, y pp. 69 y 70-71: donde pone de relieve la existencia de mayor «generosidad en el psicólogo/psiquiatra en la fijación del ámbito de la «ausencia de acción».

(62) SCHEWE, Reflexbewegung, p. 69 y pp. 70-71.

(63) SCHEWE, Reflexbewegung, pp. 52 y 53 y p. 75.

(64) SCHEWE, Reflexbewegung, pp. 71-72. De ahí que no sirva de nada el intento de distinción de *Kretschmer* —*Medizinische Psychologie*, 11.ª edic., p. 83—, sobre la base del criterio de que el hecho cometido bajo un impulso pasional es «adecuado a la situación» (también LUKOWICZ, *Der Schuldausschließungsgrund*, p. 16). En efecto, la presencia de la aludida «adaptación regulativa» en los movimientos reflejos desvirtúa completamente la fuerza diferenciadora de tal tesis.

tiva (65), tiene significativas consecuencias. Por una parte, permite despreciar el fenómeno de la *adaptación regulativa*, al entenderse que el proceso se desarrolló a un nivel de integración tan bajo que, desde la perspectiva valorativa, puede equipararse a uno puramente causal (66). A la inversa, conduce a afirmar la existencia de *acción* en supuestos con niveles no muy elevados de conciencia o de participación de la personalidad. Así se evita que temas que pueden y deben ser objeto de análisis según otras perspectivas se prejuzguen erróneamente ya en el marco de la teoría de acción (67). Toda esta concepción no es sustancialmente novedosa. En efecto, algunos autores vienen pronunciándose en este sentido desde hace ya cierto tiempo (68). Lo que ocurre es que no siempre se ha puesto claramente de relieve el real significado de este enfoque y las consecuencias del mismo.

19. Este cobra toda su relevancia en el marco de una concepción general sobre el fin del Derecho penal. Es el fin del Derecho penal, según la tesis que aquí se estima preferible, la prevención de delitos (69). En orden a la consecución de este fin, las normas jurídico-penales (primarias) se configuran como normas de determinación, esto es, como imperativos (70) que tratan de motivar a los ciudadanos en contra de la realización de las conductas en ellos circunscritas. La infracción de aquellas normas constituye un hecho antijurídico (injusto) (71). Pues bien, en el marco de la teoría del injusto el concepto de acción cumple una función específica y muy significativa. Es ésta la de excluir de antemano de la consideración penal aquellos procesos que, si bien puedan ser *explicados* desde la perspectiva científico-natural, no pueden ser *entendidos o interpretados* (71 bis). Esto es, no son susceptibles

(65) SCHEWE, *Reflexbewegung*, pp. 58-59; el mismo, *Zur Handlungsanalyse*, pp. 5 y 7.

(66) SCHEWE, *Reflexbewegung*, p. 68. Ello, a partir de la consideración de que, para el Derecho penal, se trata de excluir como no-acciones aquellos supuestos en los que de antemano carece de sentido cualquier otra constatación que no sea la de su eficacia causal (pp. 71-72).

(67) SCHEWE, *Reflexbewegung*, p. 72.

(68) Por todos, RUDOLPHI, *SK 3-4.ª edic.*, n.º 19 a ante § 1: La barrera entre formas de comportamiento dominables y no dominables (personalmente imputables o no) es fluctuante. La dominabilidad, en todo caso, no es una cuestión empírica, a resolver por los peritos psicólogos, sino un problema normativo, de valoración, con importancia de los aspectos políticocriminales (p. ej., la carencia de sentido o finalidad *ab initio* de la reacción penal); KRAUß, *Der Psychologische Gehalt subjektiver Elemente im Strafrecht*, Festschrift für H. J. Bruns zum 70. Geburtstag, Köln, etc., 1978, pp. 11-30, pp. 16, 17 y 18, propone una despsicologización de las teorías de la acción, afrontando la real problemática político-jurídica que en ellas se suscita.

(69) Cfr. MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, 2.ª edic., pp. 42 ss.

(70) Cfr. MIR PUIG, *Función*, 2.ª edic., p. 42 ss.

(71) MIR PUIG, *Función*, 2.ª edic., pp. 58 ss.; MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*. Barcelona, 1985, pp. 101 ss.

(71 bis) Sobre la distinción entre *entender* y *explicar* cfr., por ejemplo, SCHEWE, *Zur Handlungsanalyse*, p. 13.

de serles atribuido un sentido, el de una realización típica determinada potencialmente —si no concurren causas de justificación— infractora de la norma penal. Y ¿qué procesos son éstos que no pueden ser *interpretados*, a los que no puede atribuirse sentido típico alguno potencialmente infractor de la norma? Pues son aquéllos que escapan a la influencia del enunciado prescriptivo, en los que la capacidad de control del sujeto está tan limitada que desde el principio se excluye toda posibilidad de éxito del mensaje motivador. Como es absurdo que la norma se dirija a quien, en la concreta situación dada, es absolutamente imposible que la siga, tales procesos no estarán prohibidos. Y no lo estarán por *falta de acción*, esto es, en definitiva, por la inmotivabilidad del sujeto en el momento concreto y respecto al concreto proceso en cuestión. La cosa aparece de modo sustancialmente diferente, en cambio, cuando, por las circunstancias que sean, no está completamente excluida la posibilidad de influjo motivador. Cuando, por mínima que sea, existe la expectativa de que el mensaje motivador llegue al sujeto —en condiciones normales o anormales— y sea recibido. En tal caso, puesto que la posibilidad motivadora no se halla completamente excluida, habrá que afirmar la presencia de un proceso con carácter de acción y dejar que la especialidad de las circunstancias concurrentes se examine en otros niveles sistemáticos. No hay que olvidar, a este respecto, que la apreciación del carácter de acción no implica más que la superación de un primer filtro, y además bastante amplio. Ello en absoluto prejuzga la atribución de responsabilidad en virtud de la concurrencia de las restantes categorías del delito. Simplemente, pretende indicar que, a propósito del proceso en cuestión —que aparece definido como proceso de lesión de un determinado bien jurídico— existe un *principio de motivabilidad*. Esto es, no está excluida de modo absoluto y a priori la posibilidad de influencia de la norma jurídico-penal.

20. De conformidad con lo anterior, la afirmación de que un proceso reviste el carácter de acción requeriría la concurrencia en el mismo de un *grado de consciencia mínimo* acerca de lo que se está haciendo. Ello impedirá excluir totalmente la posibilidad de influencia motivadora de la norma en los mismos, a diferencia de lo que ocurre con los reflejos. A este respecto, debe ponerse de relieve que, al aludir a un grado de consciencia mínimo, nos referimos a una consciencia *real y no potencial, actual y no actualizable*. Además, se trata de que concurra en el momento en que se desarrolla el proceso y no en otro anterior, en la línea de lo considerado en los esquemas de *actio libera in causa* (72). La cuestión,

(72) Según el esquema de «actio libera in causa» aplicado en el plano sistemático de la acción, a la ausencia de acción en el proceso concreto (*in se*), se une la presencia de la misma y de los demás presupuestos de la responsabilidad en una fase previa (*in causa*). Así, incluso un reflejo puede dar lugar a responsabilidad, en la medida en que en un momento previo fuera ya pre-

una vez apuntado que basta con un grado de conciencia mínimo que no excluya de modo total y absoluto la motivabilidad, es señalar en qué se traduce esto en la perspectiva psicológica de la teoría de la estructura estratificada de la personalidad. En otras palabras, cuándo es posible decir que el hecho ha descendido tanto en los niveles de conciencia que sobre el mismo no cabe influencia motivatoria de ningún tipo. Naturalmente, ello será así en los casos de actos completamente inconscientes (*unbewußte*). No en vano la doctrina tradicional en Derecho penal recoge la *inconsciencia* como supuesto específico de exclusión de la acción. Pero entre tales situaciones de inconsciencia de la acción y las que se podrían conocer como «*wachbewusste*» (73), esto es, procedentes del centro del yo, existen escalones intermedios. Así se alude a actos «*unterbewusste*» (subconscientes), surgidos fuera del *centro del yo* pero procedentes de la *capa de la personalidad* o incluso de la *capa instintiva*, en los que podría afirmarse la existencia de un principio de motivabilidad (74). Pero ¿es ello siempre así? Supuestos absolutamente próximos a la inconsciencia parece claro que deben equipararse a ésta. Sin ir más lejos, es esto lo que ocurre con los actos reflejos. En ellos, si bien la adaptación regulativa introduce —según cierta doctrina— un factor de conciencia, éste es tan elemental o primitivo que puede ser despreciado. En cambio, en cuanto nos salimos del puro ámbito de los reflejos, parece posible entender que existe *accesibilidad motivatoria* y, en definitiva, concurre un proceso con carácter de acción.

21. En suma, y compatibilizando el *principio motivatorio* con la estructura estratificada de la personalidad, no parece razonable excluir la posibilidad «*ab initio*» de una influencia de las directrices normativas en el momento de la realización de tres clases de procesos: las reacciones suscitadas en el *centro del yo*; las propias de la *capa personal*; y, al menos, algunas de las que surgen en la

bisible que se iba a producir y pese a todo se actuara facilitando su producción (comisión) o no se realizara la conducta típicamente indicada en orden a evitarlo (omisión). HERZBERG, *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantienprinzip*, Berlín, 1972, p. 188, alude a un supuesto en parte diferente, que llevaría a modificar la función negativa del concepto de acción. Se trata del caso de un «tic» de risa durante un servicio religioso (Gottesdienststörungfall), que podría contenerse pensando en una cosa seria. Pero no me parece que ello cambio sustancialmente las cosas. Pues si el *pensar* debe producirse ya desde antes de la producción del «tic», estamos de nuevo ante el esquema de *actio libera in causa*. Y si el *pensar* habría de ser simultáneo y no se controla (por vía motivatoria: pensar) el «tic», entonces la responsabilidad recae sobre este concreto punto y no puede negarse que concurre el *carácter de acción*.

(73) «Con conciencia despierta».

(74) Adoptar tal perspectiva amplia en la afirmación del carácter de acción (en el *plano material*), no implica en absoluto infringir —en el *plano procesal*— el principio «*in dubio pro reo*». Pues en todo caso será preciso que se pruebe el mínimo de accesibilidad a la motivación normativa que es condición indispensable de la afirmación de que un proceso tiene «carácter de acción».

capa psicológico-profunda. No parece razonable, pues, negar para ellos el carácter de acción (75). Ahora bien, adoptar esta postura implica desvirtuar por vía normativa uno de los fundamentos teóricos básicos de la dogmática tradicional. Según ésta, la acción en sentido jurídico-penal se caracteriza por ser expresión de una finalidad perfectamente consciente, lo que concordaría plenamente con la introducción de la *inconsciencia* como causa de exclusión de la acción. Ya antes nos manifestamos, sin embargo, en sentido contrario al mantenimiento del par de conceptos *consciencia-inconsciencia*, como uno que cierra la posibilidad de terceras vías. Más bien ocurre que hay grados diversos de consciencia. Y, sentado esto, salvo que nos hallemos ante una *plena inconsciencia* o ante algo similar a ella —así, la consciencia elemental implicada por la «adaptación regulativa» de los movimientos reflejos— habrá que afirmar una posibilidad, por muy remota que sea, de influencia motivatoria en el sujeto y, a consecuencia de ello, el *carácter de acción*.

Importa señalar, frente a lo apuntado por Arthur Kaufmann, que la afirmación de la concurrencia de la cualidad de acción requiere, según entiendo, un mínimo de *consciencia actual* y no simplemente una *consciencia potencial vinculada* a una finalidad actual (76). Pues la *posibilidad* de consciencia no deja de ser una manifestación más de la *ausencia* de consciencia: *posibilidad es irrealidad* y, no dándose un mínimo de *consciencia actual*, parece natural la exclusión de toda vía de influencia motivatoria.

(75) No es incompatible con lo expuesto la opinión de JESCHECK, Tratado, I, p. 572, al señalar que en los «hechos pasionales», que se cometen eludiendo el centro del yo a través de una descarga inmediata en medio de una fuerte disminución de la consciencia, el reproche de culpabilidad se dirige contra el control defectuoso de los impulsos psicológico-profundos por las fuerzas de la capa personal en la fase previa a la de excitación de la pasión: Esto es, recurriendo a un esquema de *actio libera in causa*. Pues ello implica negar la culpabilidad en el «*Affektat*» en sí, pero no el carácter de acción del mismo.

(76) Cfr. ARTHUR KAUFMANN, Die finale Handlungslehre und die Fahrlässigkeit, Jus 1967, pp. 145-152, p. 151: El planteamiento de Kaufmann parte de la distinción psicoanalítica entre el yo, como capa de lo consciente, y el ello, como capa de los impulsos. En su opinión, las acciones que parten de este último ámbito son *inales*: aunque no plenamente conscientes (*wachbewußt*), expresan reacciones personales, humanas. Las citadas reacciones discurren no en el ámbito de lo inconsciente (*unbewußt*), sino de lo subconsciente (*unterbewußt*). Lo que, a su juicio, indica que están tan cerca del umbral de lo «*wachbewußt*» que cabe reconducirlos a él: son «*bewußtseinsfähig*». La conclusión es que en estos actos, básicamente surgidos de la *capa de la personalidad* (*Persönlichkeitsschicht*) y, por tanto, excluidos del *centro del yo*, que expresan tanto la realización de una reserva de decisiones previas ya practicadas como reacciones a situaciones de nueva aparición (p. 152), existe finalidad actual, pero una consciencia sólo potencial.

Discrepando de Kaufmann y próximo a la línea del texto, JAKOBS, Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, Berlín, 1972, p. 76, nota 136, admite la posibilidad de reacciones impulsivas conscientes en las que sin embargo la rapidez impide la participación del centro del yo.

22. El problema de la presencia o no de un mínimo de conciencia que permita afirmar la concurrencia de una acción en sentido jurídico-penal se ha planteado con más virulencia en un ámbito diferente al de las examinadas *reacciones primitivas*. Se trata de un sector en cierto modo más próximo a los *actos reflejos*: el de los «automatismos» o «reacciones automatizadas en el tráfico». Sobre esta cuestión existe una producción bibliográfica que, comparativamente, es bastante más intensa que la que ha tenido por objeto los hechos hasta ahora estudiados. De ahí que pueda ser interesante hacer alguna alusión a la misma, con el fin de aclarar algo más la relación *consciencia-acción*. La peculiaridad de estas situaciones radica en que, mientras que para las reacciones primitivas es, hasta cierto punto, natural la admisión de, al menos, un principio (mínimo) de conciencia, con respecto a los automatismos se señala —por un grupo de autores— la posibilidad de que discurren en forma *completamente inconsciente* (77). Esto último dista mucho, en mi opinión, de ser indiscutible. A propósito de las *reacciones automáticas* lo único claro es que, sobre la base de una disposición de acción ejercitada a partir de una muestra de comportamiento, la conducta, dado un determinado impulso, discurre en forma más o menos automatizada (78). En otras palabras, que procesos inicialmente realizados con la más despierta conciencia, van pasando progresivamente a la esfera de lo inconsciente o, mejor, a ámbitos «por debajo del umbral de la conciencia».

Los automatismos proceden todos de la *capa personal*, nivel inferior al *centro del yo*, en el que se acumulan las reglas de la vida de las que luego surgirán nuevas decisiones de actuar en forma espontánea, irreflexionada y, a la vez, sin esfuerzo, pero con una nota personal. La capa personal conduce el comportamiento inconsciente y, a juicio de *Jescheck*, también es posible dirigir contra ella el reproche de culpabilidad (79).

(77) BEHRENDT, Die Unterlassung, p. 167: En los automatismos, una práctica continuada lleva el proceso al ámbito de lo inconsciente. LENCKNER, *Schönke-Schröder*, 22.^a edic., n.º 44 ante § 33: son situaciones en las que la voluntad se hace, por la repetición, inconsciente; STRATENWERTH, *Unbewußte Finalität?*, en *Welzel-F.*, pp. 289-305, p. 290. De hecho, el examen de algún ejemplo muestra hasta qué punto puede carecer de sentido una distinción entre el tratamiento jurídico de los *automatismos* (reacciones impulsivas *aprendidas*) y el de las *reacciones impulsivas innatas*. En el primer caso, se trata de conductas progresivamente desplazadas del centro del yo a niveles inferiores de conciencia, con el fin de facilitar la actuación del sujeto. En el segundo, nos hallamos ante reacciones que *ab initio*, de modo innato, están ya «programadas» (sin necesidad de aprendizaje) en los mencionados niveles inferiores de conciencia. La diferencia, al final, puede ser prácticamente nula: Piénsese en el caso del luchador de kárate que va automatizando sus reacciones defensivas con el fin de hacerlas más rápidas llevándolas a niveles inferiores de conciencia (respuesta automática al estímulo,) y compárese esto con el movimiento impulsivo innato de defensa. Cfr., a este respecto, JAKOBS, *Stu-dien*, p. 29.

(78) Así, OLG Hamburg en NJW 1975, p. 657.

(79) JESCHECK, *Tratado*, I, p. 571.

Todo ello, naturalmente, sólo deja vía a dos alternativas. La primera, prescindir de la doctrina dominante que ha hecho de la *voluntad consciente* presupuesto del concepto de acción (80). La segunda, mantenerse fiel a tal perspectiva y negar la *naturaleza de acción* de tales procesos.

Sentado esto, la atribución de responsabilidad penal en los casos de reacciones automatizadas no podría producirse por la vía de la *imputación ordinaria*, sino de la *extraordinaria*, esto es, la estructura de *actio libera in causa*. En otras palabras, fijando la atención en la situación previa a la producción del automatismo y en la previsibilidad o no del resultado producido por el mismo, en dicho momento anterior. Dado que esta segunda posibilidad de imputación subsiste prácticamente siempre (81), lo decisivo aquí es distinguir si en los automatismos (82) cabe dirigir la imputación a la reacción automatizada en sí o sólo al hecho previo: por ejemplo, seguir conduciendo, pese a advertir la posibilidad de una reacción automática defectuosa como la que efectivamente luego se produce.

23. Sobre la naturaleza —carácter de acción o no— de los automatismos existe una amplia discusión. Así, la literatura psicológica y psiquiátrica, del mismo modo que la jurídica que recurre a aquéllas para la determinación de si hay o no voluntariedad, niegan la concurrencia de una acción (83). Manifestaciones ejemplares de este punto de vista son las de *Franzheim* (84) o *Un-deutsch* (85), cuya postura negativa se fundamenta en la falta de tiempo para una intervención correctora del movimiento (conductor). Frente a esta postura, otra, que puede estimarse mayoritaria en la doctrina jurídica, afirma sin reparos el carácter de

(80) Cfr. STRATENWERTH, *Literaturbericht*, ZStW 85 (1973), pp. 468-496, p. 470; el mismo, *Welzel-F.*, p. 289; expresamente refiriéndolo a la doctrina final de la acción, en versión tradicional.

(81) STRATENWERTH, *Welzel-F.*, p. 289, alude a la tendencia de la jurisprudencia a recurrir al citado momento anterior, camino que, como él pone de relieve, debe estimarse cerrado en los casos en que el automatismo o su resultado son imprevisibles en la fase anterior.

(82) Ejemplos de «automatismos» o «reacciones automáticas defectuosas en el tráfico» (principal ámbito de relevancia penal de estos procesos) cita SCHEWE, *Reflexbewegung*, pp. 34-35 y *Zur Handlungsanalyse*, p. 4. Entre ellos, el «caso de la liebre» (supra nota 26) y el «caso del R-4». Este último alude a una anécdota sucedida al propio *Schewe*: hallándose éste detenido ante un semáforo al volante de un R-4, el automóvil de su mujer que no conducía habitualmente, él, al ponerse verde, realiza el movimiento (automatizado) que en casi todos los coches introduce la primera velocidad. Pero resulta que tal movimiento, en el R-4, introduce la marcha atrás, con lo que colisiona con el vehículo de detrás. Este detalle ya lo conocía el propio *Schewe*, pero actuó de forma automatizada por la costumbre adquirida en su propio vehículo.

(83) Cfr., al respecto, SCHEWE, *Reflexbewegung*, pp. 34-35, 36-37, 38 y 38-39, pronunciándose al respecto de modo crítico.

(84) NJW 1965, pp. 2000-2001.

(85) DAR 1965, p. 331.

acción de estos supuestos (86). Por fin, se dan posiciones matizadas. Así la de *Rudolphi* (87), para quien la naturaleza de los automatismos depende de si la voluntad conductora puede intervenir todavía en ellos o no es así. O la de *Jakobs*, que, partiendo de su concepto fundamental, la evitabilidad (88), establece una triple solución: *ausencia de acción*, si la reacción era inevitable; *acción* si el proceso de los impulsos se controlaría internamente dada una motivación dominante; y *omisión*, si sería precisa para el control una reacción contraria por la vía de una acción externa (posición de garante por el propio cuerpo) (89).

24. La polémica sobre el fundamento del carácter de acción de los automatismos en general o de aquéllos a los que se atribuye tal propiedad dista bastante de estar esuelta. Así, no convence, por un lado, la solución que proporciona *Stratenwerth*. Para este autor, en los automatismos no hay una conducción consciente del proceso, sino una de naturaleza *inconsciente* (90). Pero ésta sigue siendo suficiente para estimar la concurrencia de una acción. Ello, en la medida en que, pese a ser inconsciente, sigue siendo *conducción final*, lo que implica una respuesta «personal» y no una mera relación de impulso-reacción en el sistema nervioso (91). Además, a la conducción inconsciente hay que añadir la efectiva posibilidad de una contraconducción consciente (92) y de una reconducción del proceso al plano de la conciencia (93). Todo lo cual bastaría, a su juicio, para mantener el carácter de acción de las reacciones automáticas; incluso en el marco del concepto final de acción. Sin embargo, a la tesis de *Stratenwerth* cabe oponer diversas objeciones. Por un lado, y en la línea de lo anteriormente expuesto, hay que reiterar que la presencia de finalidad no es garantía de la concurrencia de acción. Ello parece claro desde el momento en que se han advertido manifestaciones de finalidad incipiente o elemental incluso en los reflejos. Lo importante no es, pues, si hay finalidad, sino de qué finalidad se trata. Y, a este

(86) SCHEWE, *Reflexbewegung*, p. 70; JESCHECK, *LK* 10.^a edic., n.º 37 ante § 13; MAURACH-ZIPF, *AT*, 1, 6.^a edic., pp. 185-186, núm. 17; LENCKNER, *Schönke-Schröder*, 22.^a edic., n.º 44 ante § 13.

Welzel también las considera acciones (vid. la referencia en SCHEWE, *Reflexbewegung*, p. 35). Su alusión a que el autor ha de tener en cuenta los límites de las «disposiciones de acción» (*Handlungsbereitschaften*) en él existentes tiene que ver con los contados casos en que no es así y se aplica la estructura de la *actio libera*.

(87) RUDOLPHI, *SK* 3-4.^a edic., n.º 20 ante § 1.

(88) A juicio de JAKOBS, *AT*, p. 121, n.º 34, falta la acción cuando el proceso de causación del resultado es inevitable, esto es, ni siquiera imprudente. Sobre la *evitabilidad* como criterio de la acción, vid. también pp. 112, n.º 16 y 113, n.º 18-19.

(89) JAKOBS, *AT*, p. 122, núm. 37 y 122-123, núm. 38.

(90) STRATENWERTH, *Welzel-F.*, p. 300.

(91) STRATENWERTH, *AT*, 3.^a edic., Köln, 1981, p. 62, n.º 148.

(92) STRATENWERTH, *Welzel-F.*, p. 299.

(93) STRATENWERTH, *Welzel-F.*, p. 299.

respecto, parece que lo que se da es una finalidad inconsciente, en la que la conciencia es, en todo caso, potencial. Lo decisivo acaba siendo, pues, no lo real, sino lo potencial, la conducción posible (94). Con esto, a mi entender, y de conformidad con la crítica efectuada por *Behrendt* (95), se desbordan los límites de la conducción final que caracteriza al concepto de acción de este nombre. Pero no es sólo que los automatismos, así concebidos, no puedan ser acción conforme al concepto finalista. Si las reacciones automáticas fueran realmente lo que *Stratenwerth* cree, esto es, si se mantuvieran plenamente ancladas en el ámbito de lo inconsciente, no podrían ser acción desde ninguna óptica. Lo que contradice el propio planteamiento de tal autor, cuya tesis central es estimarlas acciones en sentido jurídico-penal.

25. Si la solución de *Stratenwerth* no convence en su fundamentación del carácter de acción de los automatismos, otro tanto sucede con las de *Jakobs* o *Behrendt*. Ambas pueden examinarse, hasta cierto punto, de modo paralelo, dado que la postura de *Behrendt* consiste en aplicar a todos los automatismos una de las soluciones de la tripartición, ya expuesta, de *Jakobs*: la de la omisión. Así, *Behrendt* estima que lo esencial en los automatismos es la ausencia de una contraconducción posible, y no la reacción defectuosa en sí, ni su finalidad (96). Lo que, a su juicio, determina que los comportamientos automáticos deban verse como omisión (97), omisiones de evitación, supuestos de «evitable no evitar». Tal solución, sin embargo —y esto vale tanto para *Behrendt* como para la parte del planteamiento de *Jakobs* en que éste la comparte al tratar algunos automatismos— me parece incorrecta. Ello, en la medida en que es un rodeo de la reacción automática, como puede serlo el recurso a la «actio libera». Pues el juicio de omisión, la imputación de la naturaleza omisiva, no se produce respecto al automatismo en sí, sino respecto a un hecho posterior: una acción a la que se imputa el no haber evitado los efectos lesivos del mencionado automatismo. Así pues, por un lado, el problema del automatismo en sí no se resuelve sino que se elude.

(94) Y aquí no vale lo que dice STRATENWERTH, *Welzel-F.*, p. 300, de que la *conducción inconsciente* es lo fundamental. Pues él mismo argumenta esencialmente con la *posibilidad de reconducción a lo consciente* (vid., p. ej., 299 y 303): lo decisivo sigue siendo, así algo *potencial*, con lo que *Stratenwerth* se hace víctima de su propia crítica contra la finalidad potencial, dominabilidad o inevitabilidad (por ej., en *Jakobs*), lo que advierte acertadamente *Behrendt*.

(95) BEHRENDT, *Die Unterlassung*, p. 169.

(96) BEHRENDT, *Die Unterlassung*, p. 172.

(97) BEHRENDT, *Die Unterlassung*, p. 171.

La omisión se sigue viendo aquí como una *forma de comportamiento* —paralela a la acción o única— en lugar de entenderse como una *forma de realización típica que se imputa* —de modo paralelo a la *comisión*— a una *acción* (conducta positiva). Esta última tesis es la que, con profusión de argumentos, defiendo en mi libro «El delito de omisión. Concepto y sistema». Barcelona, 1986. Cfr. Parte primera, *Passim*.

Y, por el otro, al referir la evitabilidad no a un proceso, a un movimiento, sino a un resultado lesivo, nos hallamos de lleno en el ámbito de la tipicidad y fuera, por tanto, del contexto de la acción. Crítica ésta que cabe hacer extensiva a *Jakobs* cuando afirma que no hay acción cuando el proceso de causación del resultado es inevitable, esto es, ni siquiera imprudente (98). Pues identificar la ausencia de acción con la de dolo e imprudencia es confundir los niveles de la acción y la tipicidad y estimar, por ejemplo, el caso fortuito como causa de ausencia de acción, lo que no parece admisible.

26. Si la solución «omisiva» para los automatismos no convence, tampoco lo hace la argumentación de *Jakobs* para delimitar los casos en los que los automatismos son acción: aquéllos en que la reacción automática es *evitable* por vía *interna, motivatoria*. Aquí parece que el objeto de la evitabilidad no es, como en el párrafo anterior, el resultado, sino el propio proceso de la reacción, con lo que las objeciones antes apuntadas no valdrían. Pero sí son válidas, en cambio, otras relativas, sobre todo, a la ambigüedad insita en la noción de «evitabilidad» (99). En efecto, ¿cuándo puede decirse que un proceso es evitable? A este respecto, algo me parece claro: que aquel proceso de cuya producción no se es consciente —por lo menos, en una mínima medida— no se puede modificar por vía *motivatoria*. Dicho de otro modo: un grado mínimo de consciencia es *condición necesaria* de la evitabilidad. La cuestión radica, entonces, en si es *condición suficiente*. Y, en relación con ello, es inevitable pensar en la argumentación de los psiquiatras forenses (*Undeutsch, Franzheim*) acerca de que cabe la posibilidad de que el movimiento sea tan rápido —el proceso cognoscitivo tan elemental— que no haya tiempo para modificarlo. Con lo que no podría hablarse de «acción» a propósito de tales supuestos. Pero que las cosas hayan de ser así no es tan evidente. En este punto no cabe ignorar un aspecto de esencial trascendencia. La función preventiva de la pena y la concepción imperativa de la norma —que defiende— obligan a que la antijuricidad, la infracción normativa, se determine «*ex ante*» (100). Sólo *ex ante*, y en virtud de criterios de apariencia a los ojos del espectador objetivo con los conocimientos del autor, puede la norma dirigirse al sujeto prohibiéndole o no la realización de un hecho. La concurrencia o no del *carácter de acción* en un proceso —por los mismos motivos— se decide también *ex ante*. Ya se sabe que la acción es el primer elemento de la antijuricidad (101) y que sólo pueden prohibirse

(98) Vid. supra nota 88.

(99) Aparte se halla la crítica de STRATENWERTH, Welzel-F., p. 291, de que la evitabilidad alude a una finalidad potencial y no a la real, equiparándolas incorrectamente, pues sólo la segunda indica la existencia de acción.

(100) MIR PUIG, *Función*, 2.ª edic., p. 60; el mismo, *La perspectiva ex ante en Derecho penal*, ADPCP 1983, pp. 5 ss, *passim*.

(101) MIR PUIG, *Función*, 2.ª edic., pp. 57-58; el mismo, *PG*, p. 126.

hechos que revistan naturaleza de acción, esto es, sean en principio accesibles a la motivación normativa. Si el juicio acerca del carácter de acción es un juicio *ex ante*, habrá acción siempre que, desde tal perspectiva, no pueda excluirse la posibilidad de influencia de la norma sobre el proceso que el sujeto se dispone a poner en movimiento. Tal influencia no podrá excluirse si ya *ex ante* se advierte en el sujeto *un mínimo* —por mínimo que sea— de conciencia acerca de lo que se dispone a hacer o está haciendo. Al efecto de la calificación es irrelevante que *ex post* se muestre que dicho proceso ha transcurrido en forma tan rápida que el sujeto no podría haberlo evitado. Sólo obstará a la caracterización como acción el que ya *ex ante*, y pese a la concurrencia del mínimo de conciencia que venimos requiriendo, se advierta ya que el proceso va a ser tan rápido que no existirá la posibilidad de una contraducción interna. Si *ex ante* el mínimo de conciencia deja entrever una posibilidad de influencia motivatoria sobre el sujeto y su proceso, habrá que afirmar la existencia en éste de una acción en sentido jurídico-penal. Resumiendo: un mínimo de conciencia *más* una mínima posibilidad *ex ante* de influencia sobre el proceso implican la *motivabilidad* en relación a éste y, en definitiva, la atribución al mismo del carácter de acción.

27. El sumario examen de los automatismos, sus problemas y algunas de las soluciones propuestas para resolverlos, han permitido, según creo, esclarecer el carácter de los mismos. Además, ha contribuido a la obtención de un criterio general válido tanto para ellos como para las reacciones impulsivas. Tal criterio, compatible con las observaciones realizadas en el plano empírico por Schewe (102), tiene, a mi juicio, dos ventajas fundamentales: ser de *carácter normativo y unitario* para todas las situaciones integradas en la que hemos venido denominando «zona intermedia» (103). Según el criterio delimitado, y dado que *ex ante* no cabe excluir ni un grado mínimo de conciencia, ni una mínima posibilidad de influencia motivatoria de la norma sobre el acontecer que el sujeto ha puesto en marcha, en el caso que nos ocupa —y que hemos calificado de «*acto en cortocircuito*»— nos hallamos ante un supuesto que reviste «carácter de acción».

28. Ahora bien, como Schewe se ha cuidado de poner de relieve, que se adopte un criterio más bien amplio de acción y que se afirme el carácter de acción del supuesto en cuestión, no

(102) Cuya base es el carácter tipológico de los conceptos de acción y no-acción, finalidad y no-finalidad, conciencia e inconsciencia. Crítico respecto a todo ello, sin embargo, a STRATENWERTH, Welzel-F., p. 302 y ZStW 85 (1973), p. 473.

(103) Este carácter unitario es una garantía de la pureza del criterio, que así, no se ve influido por elementos externos. Uno de ellos podría ser el apuntado por STRATENWERTH, ZStW 85 (1973), p. 471, al señalar que en los automatismos se suele estar más dispuesto a negar el carácter de acción porque la imputabilidad está fuera de toda duda.

implica una atribución de responsabilidad (104). Para tal atribución sería precisa la superación de una serie de filtros representados por las diversas categorías sistemáticas de la teoría del delito. La doctrina alemana, única que, según alcanzo a ver, ha examinado con cierta profundidad casos como el que ahora nos ocupa, busca, en principio, resolverlos en el ámbito de la culpabilidad. Concretamente, por la vía de estimarlos «hechos pasionales» o «afectivos» (Affekttaten), que se integrarían en la «tiefgreifende Bewußtseinsstörung» (perturbación profunda de la conciencia) (105), a que alude el § 20 StGB (106). En nuestro Derecho, su lugar sistemático sería el *transtorno mental transitorio* del artículo 8, 1.º C. p. (107). Sólo ello bastaría para excluir la responsabilidad del agente en el caso que comentamos. Pero existe una objeción. Esta es que la doctrina alemana, y la psiquiatría en general, suele exigir una «Vorgeschichte» (historial previo), para apreciar en un caso la concurrencia de un «hecho pasional» (108). Lo que, sin embargo, no puede afirmarse que ocurra en el caso que nos ocupa; al menos, no existen datos al respecto. Por otro lado, desplazar la solución del problema a la culpabilidad tiene el inconveniente de que representa estimar que el hecho es anti-jurídico, con todas las repercusiones de tal afirmación (109). Es, pues, decisivo, examinar si, habiendo acción, se da acaso también un hecho anti-jurídico, un tipo de injusto. Ello es sumamente discutible, como a continuación advertiremos, para todos y cada uno de los niveles de la anti-juricidad: tipicidad objetiva, tipicidad subjetiva y ausencia de causas de justificación.

29. Ya la tipicidad objetiva ofrece elementos de discusión. Fundamentalmente, por la dificultad de afirmar una relación de imputación objetiva entre la conducta del sujeto y el resultado de muerte efectivamente producido. A este respecto, hay que aludir a lo dudoso de la *previsibilidad objetiva* de éste, esto es, de la

(104) SCHEWE, Reflexbewegung, p. 76: contra la crítica relativa a los peligros generados por una supuesta «extensión» del concepto de acción, señala que ya existen otras instancias en las que es posible hacer frente satisfactoriamente a tales «peligros».

(105) Dada la intensidad de los impulsos que han dado lugar a la acción: OLG Hamburg JR 1950, p. 409.

(106) Cfr. GROSSBÜSCH, Die Affekttat, Stuttgart, 1981, p. 84, analizando este extremo; también DE BOOR, Bewußtsein, p. 141; HÜLLE, Die Beurteilung der Zurechnungsfähigkeit durch den Trichter, JZ 1952, pp. 296-297; p. 297; RUDOLPHI, Affekt und Schuld, Festschrift für H. Henkel zum 70. Geburtstag, Berlín-New York, 1974, pp. 199-214, pp. 199, 202, 205 y 207 y 214, con especial alusión en p. 202 a las *reacciones primitivas*; KRÜPELMANN, Motivation und Handlung im Affekt, Welzel-F., pp. 327-341, passim, y especialmente pp. 328, 339 y 341. Proponiendo la creación de un precepto específico, WELZEL, Das Deutsche Strafrecht, 11.ª edic., Berlín, 1969, p. 155.

(107) Cfr. por todos, JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado de Derecho penal, III, Buenos Aires, 1951, p. 634, con especial alusión a casos de «dolor» en p. 635.

(108) GROSSBÜSCH, Die Affekttat, p. 84 y 85; KRÜPELMANN, Neugestaltung der Vorschriften über die Schuldfähigkeit, ZStW 88 (1976), pp. 6-39, p. 24; RUDOLPHI, Henkel-F., p. 211; KRÜPELMANN, Welzel-F., p. 334.

adecuación ex ante del movimiento realizado para producir tal efecto. Desde la perspectiva restrictiva que *Wolter* introduce en el examen de la adecuación, abandonando la *óptica estadística* y sustituyéndola por una normativa, es bastante razonable sostener tal ausencia de adecuación (110). A todo ello hay que añadir que la negativa del sujeto pasivo a ser examinado por un médico podría estimarse como factor de ruptura de la relación de imputación. Sin embargo, incluso la afirmación de la concurrencia del tipo objetivo del homicidio consumado se quedaría en eso, dada la falta del tipo subjetivo. A este respecto, parece clara la ausencia de *dolo de homicidio*: a lo sumo, puede hablarse de dolo en relación a una *falta de malos tratos*. Pero lo mismo ocurre a propósito de la imprudencia. Pues lo que resulta bastante evidente es la ausencia de previsibilidad subjetiva del resultado de muerte. En definitiva, no podría hablarse de homicidio doloso ni imprudente. Imaginemos, sin embargo, que fuera posible advertir una imprudencia respecto a la muerte, hipótesis que debe descartarse en principio. Además, lo que no parece factible negar es la existencia de *malos tratos dolosos*.

30. La concurrencia de dolo en estas situaciones de «actos en cortocircuito» o «hechos pasionales» ha sido también objeto de encendida polémica. Esta se ha centrado fundamentalmente en la determinación de qué grado de participación del sujeto en el hecho es precisa para afirmar la naturaleza dolosa del mismo. *Schewe* ha sostenido, a este respecto, la suficiencia de una *finalidad externa* (*äußere Finalität*), sin necesidad de una vivencia interna del hecho (*inneres subjektives Erleben*), con lo que no habría duda de la existencia de dolo en tales hechos pasionales (111). *Stratenwerth*, en cambio, parece optar por un rechazo del dolo en estos casos, dado que el dolo requiere, a su juicio, conducción final consciente, una clara conciencia de la realización típica. Lo que, en su misma opinión, faltaría por definición en los actos en cortocircuito, que, según él, son de conducción inconsciente (112). Desde nuestro punto de vista no habría, sin embargo, obstáculos excesivos para afirmar el dolo en estos casos, dado que los mismos, según hemos defendido, no son de inconsciencia, sino de un mínimo de cons-

(109) Fundamentalmente aquí, pues, la posibilidad de legítima defensa.

(110) Cfr. *WOLTER*, *Adäquanz- und Relevanztheorie*, GA 1977, pp. 257-274, *passim*.

(111) *SCHWE*, *Reflexbewegung*, pp. 89, 91, 97, 98, 107, 108, 116; *Zur Handlungssanalyse*, pp. 8 y 9. Por mucho que los psicólogos o psiquiatras interesados en la correspondencia interna, en la vivencia subjetiva, puedan negar el dolo, ello no es traspasable al nivel jurídico-penal. Similar *LUKOWICZ*, *Der Schuldausschliessungsgrund*, p. 17; pese a la ausencia de reflexión y de valoración de contramotivos, hay elección de medios y conducción final.

(112) *STRATENWERTH*, AT, 3.ª edic., pp. 66-67, n.º 159; *Welzel-F.*, pp. 304 y 305. En algo similar *CRAMER*, *Schönke-Schröder*, 22.ª edic., § 15, n.º 60 y 62, donde se exige el conocimiento de a qué resultado típico conduce el comportamiento.

ciencia que puede ser suficiente para la consideración de una realización típica dolosa. De modo que podría hablarse realmente de la presencia de dolo respecto al empujón (malos tratos) producido.

31. Pues bien, aun admitiendo esto, todavía cabe negar la existencia de un injusto típico. Y ello, por una razón obvia. La conducta de agarrar al procesado por los genitales es, sin duda, una *agresión ilegítima*: claramente, como mínimo, una falta de «maltrato de obra» del artículo 585, 1.º C. p., si no una causación de lesión del artículo 583, 1.º C. p. Y tal agresión es *actual* en el momento en que se produce la reacción del procesado. Reacción que, por otra parte, puede estimarse un «medio racional», con todas las matizaciones que se quiera, de repeler o impedir la agresión (art. 8, 4.º, requisito 2.º C. p.). En el peor de los casos, pues, la conducta del procesado se vería amparada por la causa de justificación de legítima defensa, fundamento de su impunidad.

32. Con ello finaliza nuestro comentario. En él se ha tratado fundamentalmente de poner de relieve cómo la STS 23-9-1983 es muestra de la tendencia, expuesta y criticada, a resolver en el plano de la acción problemas que sólo en un nivel sistemático posterior hallan verdadera solución. Nuestra conclusión coincide con el fallo del TS en el resultado de negar no sólo la responsabilidad penal del sujeto sino ya incluso la concurrencia de un injusto típico. Pero discrepa en cuanto al nivel concreto de la antijuricidad que se excluye. A diferencia del TS, aquí se ha sostenido, argumentándolo con cierto detenimiento, que en éste supuesto se da un proceso con carácter de acción en sentido jurídico-penal. Lo que ocurrirá, en todo caso, será que faltará el tipo objetivo o el subjetivo del homicidio consumado. O, en última instancia, que la realización típica se verá amparada por la eximente de legítima defensa.

Jurisprudencia Constitucional

PUBLICADA EN MARZO-SEPTIEMBRE DE 1986 Y CON
APLICACION EN MATERIA PENAL

ANTONIO GONZALEZ-CUELLAR GARCIA
Universidad Autónoma. Madrid

I) CONSTITUCION

ARTÍCULO 3

Empleo lengua vasca

«Los recurrentes, en el fundamento VIII de la demanda, entienden que se han vulnerado derechos reconocidos en los artículos 14, 20 y 24.2 de la Constitución, así como el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al no permitírseles expresarse en lengua vasca, ni en el juicio ni al declarar ante el Juzgado Central número 1 exhortante, aunque sí se hiciera en lengua vasca las declaraciones efectuadas en Juzgados de las provincias vascas. Mas de tal alegación no se desprende la lesión de ningún derecho constitucional, porque, aun admitiendo a efectos dialécticos que tal podría ser el caso si la negativa se hubiera producido en las declaraciones efectuadas en dichas provincias, donde la lengua vasca es oficial, lo cierto es que, efectuadas fuera de las mismas, los demandantes no tienen derecho a exigir que sus manifestaciones ante los órganos del poder se hagan en una lengua que no sea castellana que por mandato de la misma Constitución (art. 3.1) tienen el deber de conocer. Así pues, procede concluir que ni hay infracción del artículo 14, porque no cabe comparar a quienes declararon en el País Vasco con quienes lo hicieron ante el Juzgado Central o ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo; ni de la libertad de expresión, como es obvio, porque la expresión en un proceso está sometida a los requisitos de éste; ni tampoco del artículo 24.1, porque los demandantes tienen la obligación de conocer el idioma en el que se les exigió que declarasen, lo que significa que, si efectivamente se hubiera producido una merma en su defensa al desconocer el idioma, se habría debido a una ignorancia indebida.

Tampoco queda infringido derecho alguno contenido en el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado por España, que como tal es parte integrante del ordenamiento jurídico español a tenor del artículo 96 de la Constitución Española, a la vez que, en virtud del artículo 10.2 de la misma, pauta de interpretación de los derechos fundamentales y las libertades que la Constitución reconoce. Dicho artículo establece que en los Estados en que existen minorías lingüísticas no se negará a las personas que a ellas pertenezcan el derecho que les corresponde, «en común con los demás miembros de su grupo», «a emplear su propio idioma». La fórmula empleada señala el ámbito de aplicación del derecho así reconocido, y con él los límites a su aplicación que con respecto a las distintas lenguas españolas ha sido plenamente reconocido, más allá de la exigencia del artículo 27 del Pacto, en el artículo 3.2 de la Constitución, que las erige en oficiales en las respectivas Comunidades Autónomas, de acuerdo con sus Estatutos.»

(Sentencia de 20 de febrero de 1986. R. A. 854 y 873/83.—«B. O. E.» de 21 de marzo de 1986.—Ponente: Antonio Truyol Serra.)

ARTÍCULO 14

Principio de igualdad

«El recurrente compara las penas que, después de la reforma de 1983, impone el Código Penal a los delitos no violentos contra la propiedad privada (hurto, estafa y apropiación indebida), con los que sigue manteniendo para el de malversación de caudales públicos. Mientras a los primeros se les aplica la pena de arresto mayor (de un mes y un día a seis meses) y en casos especialmente señalados, la de prisión menor (seis meses y un día y uno a seis años) (arts. 515, 516, 528, 529 y 533 del Código Penal), la malversación de caudales públicos se castiga con la reclusión menor (doce años y un día a veinte años) cuando la sustracción excede de 2.500.000 pesetas (art. 394.4 del citado Código), como ocurre en este caso. Pero para que pueda apreciarse una vulneración del principio de igualdad es preciso que los supuestos de hechos que se comparen sean iguales. Ahora bien, no cabe afirmar que el delito de malversación suponga una infracción de igual contenido que los delitos contra la propiedad, más concretamente que el de apropiación indebida (art. 394 CP). La comparación relevante a los efectos del artículo 14 de la Constitución española debe tener en cuenta también las características típicas del autor y objeto de protección de cada uno de los tipos penales que se comparan, pues éstos son determinantes de la gravedad de las sanciones previstas en cada caso. Por lo tanto, aunque ambos delitos se estructuren sobre una apropiación de bienes ajenos, hay también circunstancias en el de malversación que lo diferencian claramente del otro. El autor de la malversación, por un lado, además de apropiarse de bienes ajenos, viola un deber personal de fidelidad respecto del Estado; por otro lado, la apropiación con la que se consuma el delito de malversación, recae sobre bienes públicos a los que el legislador puede dispensar una mayor protección que a los privados en razón de los in-

tereses generales afectados. De todo ello se deduce que el legislador no ha vulnerado el artículo 14 de la Constitución al prever sanciones penales distintas para los delitos de apropiación indebida y malversación de fondos, sin que corresponda al Tribunal Constitucional en este caso enjuiciar la política jurídica del legislador.»

(Sentencia de 22 de mayo de 1986. R. A. 858/83.—«B. O. E.» de 17 de junio de 1986.—Ponente: Angel Latorre Segura.)

«Este Tribunal ha declarado en muy repetidas ocasiones que el principio de igualdad contenido en el artículo 14 de la Constitución impide que el legislador establezca entre situaciones semejantes o similares diferencias de trato que no se funden en la consecución de un fin constitucionalmente lícito, y que no tengan una justificación razonable a la luz del fin que se persigue. Ahora bien, si se dan estas dos condiciones —legitimidad del fin, y adecuación razonable de los medios— no cabe apreciar que se produzca una vulneración del principio de igualdad, y en tal caso, tampoco corresponde al Tribunal Constitucional entrar a juzgar sobre la oportunidad de la norma respecto a los efectos o fines que persigue, cuestión ésta que queda dentro de las competencias del legislador.

Por lo que se refiere a la diferencia de tratamiento penal de unos mismos hechos, basada en la pertenencia o no a unos determinados colectivos, el legislador podrá, en principio, anudar sanciones distintas a actuaciones similares, teniendo en cuenta la diversa naturaleza y funciones de las distintas categorías u órdenes de funcionarios públicos, siempre que tal diversidad sancionadora tenga su fundamento en la voluntad de proteger la peculiaridad de esa naturaleza y funciones, y dentro de los límites de razonabilidad ya señalados.»

(Sentencia de 24 de julio de 1986. R. A. 514/85.—«B. O. E.» de 13 de agosto de 1986.—Ponente: Luis López Guerra.)

ARTÍCULO 15

Penas inhumanas o degradantes

«Respecto a la supuesta infracción del artículo 15 de la Constitución, en cuanto prohíbe la tortura y las penas o tratos inhumanos o degradantes, basta señalar que la calificación de una pena como inhumana o degradante depende de la ejecución de la pena y de las modalidades que ésta reviste, de forma que por su propia naturaleza la pena no acarree sufrimientos de una especial intensidad (penas inhumanas) o provoquen una humillación o sensación de envilecimiento que alcance un nivel determinado, distinto y superior al que suele llevar aparejada la simple imposición de la condena. Tales consideraciones fueron claramente expresadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su sentencia de 25 de abril de 1978 (caso Tyrer), al inter-

pretar el artículo 3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, y son plenamente aplicables a la interpretación del artículo 15 de la Constitución, que coincide literalmente con aquél, de acuerdo con lo establecido en el artículo 10-2 de la Constitución, según el cual («las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y Acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España», entre los que se cuenta el mencionado Convenio Europeo. Ahora bien, en el caso que nos ocupa, se impuso al recurrente un pena de privación de libertad y otra de inhabilitación absoluta, penas que, independientemente de su mayor o menor extensión, no pueden ser calificadas de inhumanas o degradantes en el sentido antes indicado. Desde este punto de vista no puede inferirse tampoco que el citado artículo 15 contenga en modo alguno un principio de proporcionalidad de las penas aplicables al caso presente.»

(Sentencia de 22 de mayo de 1986. R. A. 858/83.—«B. O. E.» de 17 de junio de 1986.—Ponente: Angel Latorre Segura.)

ARTÍCULO 17.1

Privación de libertad. Detención

«Una recta identificación del concepto de "privación de libertad", que figura en el artículo 17.1 de la Constitución, es condición necesaria para la exigencia y aplicación del íntegro sistema de garantías que dispone el referido artículo de la norma fundamental, y en este sentido hay que subrayar que no es constitucionalmente tolerable que situaciones efectivas de privación de libertad —en las que, de cualquier modo, se impida u obstaculice la autodeterminación de la conducta lícita— queden sustraídas a la protección que a la libertad dispensa la Constitución por medio de una indebida restricción del ámbito de las categorías que en ella se emplean. ... Debe considerarse como detención cualquier situación en que la persona se vea impedida u obstaculizada para autodeterminar, por otra de su voluntad, una conducta lícita, de suerte que la detención no es una decisión que se adopte en el curso de un procedimiento, sino una pura situación fáctica, sin que puedan encontrarse zonas intermedias entre detención y libertad y que siendo admisible teóricamente la detención pueda producirse en el curso de una situación voluntariamente iniciada por la persona.»

(Sentencia de 10 de julio de 1986. R. A. 344/86.—«B. O. E.» de 23 de julio de 1986.—Ponente: Luis Díez-Picazo y Ponce de León.)

ARTÍCULO 17.4

«Habeas Corpus». Jurisdicción competente

«Resulta competente tal jurisdicción (la ordinaria) para conocer del procedimiento de *habeas corpus* (dirigido a obtener la inmediata puesta a disposición de la autoridad judicial competente de cualquier persona detenida

ilegalmente) para revisar la legalidad de una privación de libertad en virtud de una sanción disciplinaria impuesta en aplicación del régimen disciplinario policial. En consecuencia, es el Juez de Instrucción señalado en el artículo 2 de la Ley reguladora del Procedimiento de *Habeas Corpus* el competente para incoar el procedimiento en estos casos.»

(Sentencia de 7 de julio de 1986. R. A. 478/85.—«B. O. E.» de 22 de julio de 1986.—Ponente: Luis López Guerra.)

ARTÍCULO 18.1

Derecho al honor: Conducta informada

«Es un hecho que en el encabezamiento de la Sentencia impugnada, al mencionarse a los acusados, entre los datos personales de cada uno de ellos figura la expresión «de mala conducta informada». Lo es también que la mención en cuestión no era preceptiva, pues el artículo 377 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal faculta al Juez Instructor para pedir informes sobre la conducta del procesado «a los Alcaldes de barrio o a los correspondientes funcionarios de policía del pueblo o pueblos en que hubiesen residido», si «lo conceptuase conveniente». De todos modos, la inclusión del juicio de «mala conducta informada» en un documento judicial como la Sentencia impugnada, y en el lugar en que se hace no pasa de ser una información de la que el Tribunal toma nota, sin emitir ningún juicio al respecto, ni sacar de ella, como decimos a continuación, consecuencia alguna.

Otra circunstancia a tener en cuenta en el presente caso es que, en efecto, el juicio policial sobre la conducta de los recurrentes es irrelevante para la decisión a que llegó la resolución judicial impugnada, con respecto a la cual aparece como elemento marginal, sin conexión con ella. La Sala no extrajo consecuencia jurídica alguna de la calificación policial de la conducta de los demandantes. Lo cual, por otra parte, hace que la presencia siquiera meramente formal de aquélla, por así decirlo, en la Sentencia, le confiera un carácter de gratuita peyoratividad. Y precisamente por ello la referencia a los informes en cuestión no debió figurar en parte alguna de la Sentencia impugnada. Ahora bien, de dicha referencia, sin duda desafortunada, no cabe concluir que la Sentencia haya incurrido en una violación del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen de los recurrentes, garantizado en el artículo 18 de la Constitución. De existir una lesión de tal derecho, ésta no se habría producido en todo caso en la Sentencia impugnada, que en cuanto acto de un poder público no implica afirmación alguna acerca de la conducta de los recurrentes.»

(Sentencia de 20 de febrero de 1986. R. A. 854 y 873/83.—«B. O. E.» de 21 de marzo de 1986.—Ponente: Antonio Truyol Serra.)

«El derecho al honor no es sólo un límite a las libertades del artículo 20.1.a) y d), aquí en juego, citado como tal de modo expreso en el párrafo 4 del mismo artículo de la Constitución, sino que según el 18.1 de la Constitución es

en sí mismo un derecho fundamental. Por consiguiente, cuando del ejercicio de la libertad de opinión (art. 20.1.a) y/o del de la libertad de comunicar información por cualquier medio de difusión (art. 20.1.d) resulte afectado el derecho al honor de alguien, nos encontraremos ante un conflicto de derechos ambos de rango fundamental, lo que significa que no necesariamente y en todo caso tal afectación del derecho al honor haya de prevalecer respecto al ejercicio que se haya hecho de aquellas libertades, ni tampoco siempre hayan de ser éstas consideradas como prevalentes, sino que se impone una necesaria y casuística ponderación entre uno y otras. Es cierto que el derecho al honor es considerado en el artículo 20.4 (reproduciendo casi literalmente el inciso final del artículo 5.2 de la Ley Fundamental alemana) como límite expreso de las libertades del 20.1 de la Constitución, y no a la inversa, lo que podría interpretarse como argumento en favor de aquél. Pero también lo es que las libertades del artículo 20, como ha dicho este Tribunal, no sólo son derechos fundamentales de cada ciudadano, sino que significan «el reconocimiento y la garantía de una institución política fundamental, que es la opinión pública libre, indisolublemente ligada con el pluralismo político que es un valor fundamental y un requisito del funcionamiento del Estado democrático» (Sentencia del Tribunal Constitucional 12/1982, de 31 de marzo).

Esta dimensión de garantía de una institución pública fundamental, la opinión pública libre, no se da en el derecho al honor, o dicho con otras palabras, el hecho de que el artículo 20 de la Constitución «garantiza el mantenimiento de una comunicación pública libre sin la cual quedarían vaciados de contenido real otros derechos que la Constitución consagra, reducidas a formas huérfanas las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática» (Sentencia del Tribunal Constitucional 6/1981, de 16 de marzo), otorga a las libertades del artículo 20 una valoración que trasciende a la que es común y propia de todos los derechos fundamentales.»

(Sentencia de 17 de julio de 1986. R. A. 909/85.—«B. O. E.» de 13 de agosto de 1986.—Ponente: Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo.)

ARTÍCULO 24.1

Derecho a la tutela judicial efectiva

«El derecho a la defensa que contiene el artículo 24 de la C.E. con expresión de una serie de garantías pormenorizadas, supone la obtención de una resolución fundada en derecho que, normalmente, como es en este caso, habrá de ser de fondo, pero ello no implica de modo alguno que tal resolución sea favorable a las pretensiones de los demandantes. La sentencia recurrida no ha satisfecho las pretensiones indemnizatorias de los interesados, pero ello no supone indefensión ni quebranto alguno desde la perspectiva constitucional, pues como es bien sabido la jurisdicción constitucional no puede entrar a enmendar pronunciamientos que pertenecen en exclusiva al orden jurisdiccional constitucionalmente garantizado por el artículo 117, núm. 3 de la C.E.»

(Sentencia de 7 de febrero de 1986. R. A. 714/84.—«B. O. E.» de 5 de marzo de 1986.—Ponente: Manuel Díez de Velasco.)

«En la demanda se efectúa alguna alegación que no afecta propiamente a la Sentencia, sino a su ejecución, como es la relativa a que la medida de internamiento en un centro de trabajo se lleva a cabo en la provincia de Baleares mediante el ingreso en prisión del expedientado.

En relación con este punto, debe señalarse que si la ejecución de la Sentencia no se llevara a cabo de acuerdo con sus pronunciamientos, el actor siempre podría acudir en amparo contra los actos de ejecución, una vez cumplidos los requisitos establecidos en la LOTC, pues el derecho a la tutela judicial efectiva comprende, con carácter general, el derecho a la ejecución de Sentencia en sus propios términos, según ha señalado el Tribunal reiteradamente.»

(Sentencia de 21 de febrero de 1986. R. A. 846/84.—«B. O. E.» de 21 de marzo de 1986.—Ponente: Rafael Gómez-Ferrer Morant.)

«La jurisprudencia de este Tribunal ha reconocido al recurso de casación penal una posición esencial en el sistema de garantías jurisdiccionales consagradas en el artículo 24 de la Constitución, ya que éste se vincula con la posibilidad de someter el fallo a un Tribunal Superior en el sentido del artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aplicable en virtud de lo dispuesto por el artículo 10.2 de la Constitución. Asimismo se ha sostenido reiteradamente por este Tribunal que las disposiciones que regulan el recurso de casación requieren del intérprete el entendimiento más favorable a la vigencia de los derechos fundamentales afectados. De acuerdo con estas premisas, corresponde al Tribunal Constitucional, en el marco del recurso de amparo, juzgar si, en el caso concreto de la inadmisión de un recurso judicial, se ha satisfecho por el Tribunal ordinario competente el derecho del recurrente a la tutela judicial efectiva.»

(Sentencia de 14 de mayo de 1986. R. A. 10/85.—«B. O. E.» de 13 de junio de 1986.—Ponente: Jesús Leguina Villa.)

«No obstante, aquí no se trata de determinar la legitimación para el recurso de amparo, para lo que, en principio y según se ha matizado, basta un interés legítimo. Lo que exige el planteamiento del recurso, ya en esta fase, es precisar se se ha vulnerado el artículo 24.1 de la C.E. y si se ha violado o desconocido por el Auto judicial el derecho a la tutela efectiva de la persona acreedora a la misma, por hallarse en una relación con el objeto del proceso, es decir, como titular del derecho al proceso y a sus garantías. En definitiva, determinar si la aquí recurrente sufrió indefensión al negarse a ésta el derecho de entablar recurso de apelación y posterior súplica en aquél para obtener la revocación del Auto de sobreseimiento provisional que, al tiempo, archivó las diligencias penales que se siguieron por presuntos delitos en los que aparecía como víctima y ofendido su hijo.

En el Auto impugnado de la Audiencia se razona, desde el plano de la legalidad ordinaria en vigor, que las diligencias tendían a comprobar una serie de hechos tipificados en los artículos 204 bis y 187, 5.º, del Código Penal, inferi-

dos a persona mayor de edad no incura en incapacidad alguna que le impidiera el ejercicio de acción penal en la forma fijada en el artículo 783 de la L.E.Cr., tal el hijo, que no compareció ni denunció los hechos. Pero, como ya se ha indicado, dicha resolución no se pronunció sobre el sobreseimiento provisional contra el que se recurría, en razón a que la recurrente no era parte legítima. Pero ya se ha visto que actuó como tal en las actuaciones penales, sin que hasta entonces se le hubiera indicado nada en contra. Y esto es fundamental a los efectos de la protección constitucional que impera, pues es claro que si se le hubiera negado en principio, o en el curso del procedimiento, la condición de parte, conforme a la estricta legalidad vigente, hubiera podido tomar las determinaciones precisas para comparecer como querrelante, ejercitando la acción popular. Si no lo hizo así fue porque durante toda la fase sumarial se le tuvo por parte, con Abogado y Procurador, desde la primera providencia tras su denuncia, incluso proponiendo pruebas y practicándolas a su instancia. Esa situación creó en la recurrente una apariencia jurídica sustantiva y procesal digna de protección, que no debió ser desconocida en términos tan drásticos como los que fundan el Auto impugnado ahora y denunciado como lesivo, y al menos, en virtud de esa situación jurídico procesal creada por la propia jurisdicción, debió ser merecedora de una respuesta judicial en cuanto al fondo de su pretensión en la alzada, es decir, al pronunciamiento por parte de la Audiencia respecto de su recurso sobre el sobreseimiento provisional de las actuaciones penales, tema que dejó imprejuizado dicho Tribunal.

La situación creada, pues, traspassa o trasciende el ámbito de la mera legalidad al afectar al derecho constitucional de la tutela judicial efectiva (art 24.1 C.E.), en el que se comprende el derecho al recurso, según reiterada doctrina de este Tribunal, para obtener con él una resolución fundada, coincida o no con la pretensión de la parte. La indefensión se ha producido en el sentido de no favorecerse, más bien impedirse, con el Auto judicial, la posibilidad de pronunciamiento sobre el fondo respecto de la persona que podía solicitarlo, ejerciendo un derecho hasta entonces reconocido (parte formal), obstaculizado mediante esa severa y excepcional medida de acordar la nulidad de la apelación, limitándose a declarar firme el Auto de sobreseimiento de Juez; es decir, desconociéndose el derecho que, al menos, hasta aquel mismo momento en el que se pronunció la Audiencia, ostentaba y poseía la madre recurrente, abstracción hecha de la cuestión sobre la legalidad aplicable al concepto de parte procesal penal, en la que este Tribunal no debe entrar a decidir.»

(Sentencia de 27 de mayo de 1986. R. A. 152/85.—«B. O. E.» de 17 de junio de 1986.—Ponente: Carlos de la Vega Benayas.)

«No alega, para dar cuenta de la indefensión que dice haber sufrido, que las resoluciones que combate se hayan dictado sin la debida fundamentación en Derecho, o al término de un procedimiento en el que no hubiera podido defender plenamente su posición de acusador por haberse quebrantado alguna de las reglas esenciales de aquél. Nada de esto se arguye en la demanda ni nada tampoco respecto de tales hipotéticas infracciones procesales se deja ver en las actuaciones remitidas que muestran, al contrario, cómo el recu-

rrente pudo defender su pretensión sin restricciones y proponer la probanza que estimó le convenía a la defensa de aquélla. Lo que en el proceso constitucional se pide es, estrictamente, que enjuiciemos de nuevo la cuestión debatida ante el Tribunal competente, entrando a valorar los hechos que hasta él se llevaron y rectificando su decisión en orden a los indicios de criminalidad que, según el demandante, mostraría la conducta de quienes fueron por él acusados. Si tal hiciéramos, sin embargo, desconoceríamos la exclusiva jurisdicción de los Juzgados y Tribunales del orden penal (art. 117.3 de la C.E.) para apreciar razonadamente si de lo actuado resultan suficientes indicios de criminalidad como para dictar Auto de procesamiento del imputado (artículo 384 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). El demandante, pues, plantea una cuestión que contraría abiertamente los límites propios del recurso de amparo (apartado 1.b del art. 44 de nuestra Ley orgánica) y que ignora también la propia doctrina de este Tribunal en orden a cómo la denegación de un procesamiento por el Juzgado penal no constituye, en sí misma, afectación del derecho declarado en el artículo 24.1 de la norma fundamental, ni causa indefensión al acusador particular (por todas las resoluciones en este sentido, Auto 47/1984, de 25 de enero, Fundamento Jurídico, Segundo), pues aquel derecho existe para alcanzar un acceso a la jurisdicción en protección de las propias situaciones subjetivas y para obtener de aquélla un pronunciamiento suficientemente fundado en Derecho, lo que se ha logrado aquí cumplidamente.»

(Sentencia de 31 de mayo de 1986. R. A. 968/85.—«B. O. E.» de 17 de junio de 1986.—Ponente: Francisco Rubio Llorente.)

«La tutela judicial efectiva supone que los recurrentes han de obtener una decisión fundada en derecho, ya sea favorable o adversa. Tal decisión fundada en derecho requiere ante todo, que la resolución judicial se infiera de la Ley y explique adecuadamente de qué manera esta inferencia es aplicable al caso concreto respecto del cual se juzga. En este sentido, no es suficiente con que el Juez afirme en términos generales que el responsable de un delito también lo es civilmente, invocando para ello el texto del artículo 19 del Código Penal. Por el contrario, es preciso que la Sentencia judicial contenga una determinación del daño causado por el delito, de la misma manera que si la acción civil hubiera sido ejercida en forma independiente de la penal, siendo necesaria además una estimación razonada de la cuantía alcanzada por dichos daños. Es obvio que el criterio del Juez no tiene porqué coincidir con la pretensión del dañado, pero sí es necesario que la eventual discrepancia sea razonada en la Sentencia. Por otra parte, es requisito impuesto por el derecho a la tutela judicial efectiva que la Sentencia determine singularmente los sujetos que resulten civilmente responsable, según la reclamación efectuada por la víctima del daño, decidiendo al tiempo sobre la extensión efectiva de la respectiva responsabilidad, o los motivos para no hacerlo.»

(Sentencia de 13 de junio de 1986. R. A. 78/86.—«B. O. E.» de 4 de julio de 1986.—Ponente: Jesús Leguina Villa.)

«En reiteradas Sentencias de este Tribunal se ha declarado que el derecho a la tutela efectiva de Jueces y Tribunales comprende el de obtener una resolución fundada en derecho, que podrá ser de inadmisión cuando concurra alguna causa legal para ello y así lo acuerde el Tribunal o Juez en aplicación razonada de la misma, así como de la inadmisión de un recurso sobre la base de una causa inexistente afecta al derecho de tutela judicial, pero dado que el recurso de amparo no es una tercera instancia que permita revisar la legalidad aplicada con carácter general, sustituyendo la valoración de la jurisdicción ordinaria, el Tribunal ha entendido que debe circunscribir su enjuiciamiento de la legalidad a los supuestos en que se niega por la resolución judicial impugnada, de forma arbitraria o irrazonable, la concurrencia de un presupuesto procesal necesario para conocer del fondo del asunto, o bien tratarse de un manifiesto y patente error.

El recurrente alega que se le ha producido indefensión por el Tribunal Supremo, Sala Segunda, al inadmitirse los dos motivos de su recurso de casación por no tratarse de documento auténtico y ser cuestión nueva la planteada en el mismo. Prescindiendo, como antes se ha dicho, de que la regulación procesal al respecto suponga la concurrencia de dificultades para el acceso al recurso, es lo cierto, sin embargo, que este Tribunal no puede entrar en la valoración o crítica de la exigencia legal de los mismos, siempre, naturalmente, que su aplicación no traspase los límites constitucionales o se atente contra ellos, pues compete a los tribunales ordinarios la interpretación y aplicación de las normas procesales, que no son normas de desarrollo del derecho a la tutela, sino preceptos que los Tribunales han de cumplir dentro de su competencia, con los límites expuestos.

La aplicación de esta doctrina impide estimar que en el caso del presente recurso se haya producido indefensión. De un lado, porque, como ha dicho este Tribunal, no puede negarse la libertad del Legislador para ordenar el proceso y el sistema de recursos en incluso para exigir, dentro del mismo, el cumplimiento por el recurrente de determinados requisitos o formalidades, ya que éstos cumplen un papel de capital importancia para la ordenación del proceso, y, en principio, las formas procesales que estructuran un proceso o un recurso no constituyen una cuestión de alcance constitucional.»

(Sentencia de 16 de junio de 1986. R. A. 693/85.—«B. O. E.» de 4 de julio de 1986.—Ponente: Carlos de la Vega Benayas.)

«Por haberse formulado el recurso al amparo del párrafo 1.º del artículo 24 de la Constitución, el Ministerio Fiscal ha aducido la inadecuada formulación del mismo, por entender que la denegación de unos concretos medios de prueba, debería haberse formulado expresamente, al amparo del párrafo segundo del artículo 24 de la Constitución. Ciertamente ese segundo párrafo reconoce el derecho «a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa»; además este Tribunal ha interpretado que el artículo 24.2 de la Constitución, pese a su tenor literal, no protege sólo a quienes son objeto de una acción penal en su contra, sino también «a todos cuantos acuden ante los jueces y tribunales en defensa de lo que creen sus derechos e intereses

legítimos y, en consecuencia, también a quienes mediante la querrela intentan la acción penal frente a los que reputan responsables de actos delictivos en su perjuicio». De estas consideraciones no se deriva necesariamente, sin embargo, que la temática probatoria no pueda estar afectada ni protegida, dentro del derecho a la tutela judicial efectiva, por el párrafo primero del artículo 24 de la Constitución.

La indefensión consiste en un impedimento del derecho a alegar y de demostrar en el proceso los propios derechos y, en su manifestación más trascendente, es la situación en la que se impide a una parte, por el órgano judicial, en el curso del proceso, el ejercicio del derecho de defensa, privándola de ejercitar su potestad de alegar y, en su caso, justificar sus derechos e intereses para que le sean reconocidos, o para replicar dialécticamente las posiciones contrarias en el ejercicio del indispensable principio de contradicción. En diversas ocasiones este Tribunal ha reconocido las interrelaciones existentes entre la indefensión contemplada en el artículo 24.1 de la Constitución y el derecho a los medios de prueba, y ha entendido como incluida dentro de los medios de defensa, cuya privación o desconocimiento puede constituir indefensión, también la posibilidad de aportación de medios de prueba, habiendo afirmado que «la relación entre el derecho a las pruebas e indefensión, marca el momento de máxima tensión de la eventual lesión del derecho» (Sentencia 51/1985, de 10 de abril). De este modo la denegación de pruebas en determinadas circunstancias, pudiera haber «provocado indefensión» (Sentencia de 7 de diciembre de 1983). De acuerdo con esta doctrina la denegación de prueba puede ser protegida constitucionalmente también al amparo del artículo 24.1 de la Constitución, aunque en tal caso su examen ha de realizarse desde la sola perspectiva de la indefensión, y por ello desde una visión global de la posibilidad que la parte, hoy recurrente en amparo, ha tenido de ejercer sus derechos de defensa.

El derecho a las pruebas no es, en ningún caso, un derecho a llevar a cabo una actividad probatoria ilimitada y, como reiteradamente ha afirmado este Tribunal, las pruebas que la parte puede tener derecho a practicar son las que guardan relación con el objeto del litigio (Sentencia de 25 de abril de 1984). En el caso del proceso penal ha de tenerse en cuenta la peculiar situación del posible implicado, en función de su derecho a la presunción de inocencia, y de sus derechos de defensa, lo que presupone también el no alargamiento del sumario, una vez constatada suficientemente la inexistencia de indicios racionales de criminalidad. La denegación de pruebas que el juzgador estima inútiles no supone necesariamente indefensión, como ha recordado la sentencia de este Tribunal de 15 de febrero de 1984, puesto que esta facultad denegatoria viene impuesta por evidentes razones prácticas como la de evitar dilaciones injustificadas del proceso. De esta forma el órgano judicial cuando se considere «suficientemente informado con las pruebas practicadas para formar juicio concreto sobre los hechos» (Sentencia de 7 de diciembre de 1983) ha de proceder a la conclusión del sumario, sin que quepa admitir un alargamiento artificial del mismo, por la sucesiva y continua petición adicional de pruebas

por la parte acusadora, lo que significaría desconocer los derechos del propio imputado. Corresponde así al órgano judicial el evitar un alargamiento innecesario de la fase sumarial cuando existan elementos suficientes de convicción.»

(Sentencia de 1 de julio de 1986. R. A. 731/85.—«B. O. E.» de 22 de julio de 1985.—Ponente: Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer.)

ARTÍCULO 24.2

Juez ordinario predeterminado por la ley

«Ahora bien, en principio las infracciones que se produzcan en el curso de un procedimiento han de ser denunciadas en el momento en que tengan lugar, y el recurso de amparo ha de interponerse contra la resolución que decida sobre la infracción denunciada, si no ha sido previamente corregida por la vía ordinaria. De este principio deben exceptuarse, y así lo ha hecho este Tribunal, aquellos casos en los que, como ocurren con la denegación de prueba, la presunta lesión no produce un efecto inmediato, sino que el que pueda acer de ellas sólo se pondrá de manifiesto en la Sentencia. Si no es así, si la lesión se agota en sí misma, el recurso de amparo contra ella habrá de interponerse en el momento en que la lesión se produzca. Así ocurre con el derecho al Juez predeterminado por la Ley, pues la infracción de este derecho hace sentir sus efectos de inmediato —en todos y cada uno de los actos que lleve a cabo el Juez— y por ello ha de ser denunciada cuando se produce y no cuando recae la resolución que pone fin al proceso, sea cual sea ésta. Se trata, en definitiva, de distinguir entre supuestas infracciones que atentan por sí mismas contra principios constitucionales del proceso y aquellas otras cuyo efecto sobre el círculo jurídicamente protegido de intereses de la parte sólo se pondrá plenamente de manifiesto con la Sentencia, porque en el momento en que se producen no alteran por sí mismas las posiciones jurídicas de las parte.»

(Sentencia de 20 de febrero de 1986. R. A. 854 y 873/83.—«B. O. E.» de 21 de marzo de 1986.—Ponente: Antonio Truyol Serra.)

«Entrando ya en el objeto principal del recurso, consiste éste, como se ha dicho en la alegada vulneración del derecho fundamental al Juez ordinario predeterminado por la Ley (art. 24-2 de la Constitución) provocada por conocer la jurisdicción militar de una causa cuyo conocimiento corresponde, según el recurrente, a la jurisdicción ordinaria. Este Tribunal ha reconocido, en efecto, que «el derecho al juez ordinario predeterminado por la Ley resultaría vulnerado si se atribuye un asunto determinado a una jurisdicción especial y no a la ordinaria (S. T. C. núm. 75/1982, de 13 de diciembre; en el mismo sentido Sentencia núm. 111/1984, de 28 de noviembre). Sin embargo, y a diferencia del supuesto planteado en la primera de esas Sentencias en que el amparo se promovió a consecuencia del conflicto que enfrentó a un Juez ordinario, que conoció primero de la causa, con la autoridad militar que re-

quirió a aquél de inhibición por entender que ella era la competente, conflicto que fue resuelto por la Sala Especial de Competencias a favor de la jurisdicción militar, siendo la resolución de dicha Sala la recurrida, en el presente caso no se ha formalizado el conflicto ni existe por tanto resolución judicial que declare cuál es la jurisdicción competente. Tal formalización del conflicto sólo hubiese podido producirse si el recurrente, en lugar de utilizar la vía de la declinatoria ante el Juez militar, hubiese acudido a la inhibitoria ante el Juez ordinario, y éste hubiera decidido mantener su jurisdicción frente a la militar.

Pero el recurrente no estaba obligado a seguir esta última vía, pues estaba en su derecho al preferir interponer la declinatoria, ya que ambos medios son posibles para defender la jurisdicción que se estima competente, como ya ha declarado la citada S. T. C. 111/1984.»

(Sentencia de 23 de mayo de 1986. R. A. 860/84.—«B. O. E.» de 17 de junio de 1986.—Ponente: Angel Latorre Segura.)

Derecho a la defensa

«Por indefensión hemos de entender una limitación de los medios de defensa producida por una indebida actuación de los órganos jurisdiccionales, cosa que en el caso presente no ha ocurrido. El solicitante de amparo puede decir sin duda, como con énfasis señala, en su demanda de amparo, que no tenía necesidad alguna de llevar su defensa más allá de la estricta negación de los hechos que se le imputaban y de la impugnación de la validez de las pruebas que los acusadores proponían, sin utilizar pruebas de descargo. Esta afirmación, en el terreno de la presunción de inocencia es rigurosamente indiscutible. Sin embargo, el modo de organizar la defensa y las omisiones que en ella se hubieran podido cometer adquieren indudable trascendencia cuando el agravio es de indefensión. Por eso, en el terreno de la defensa o indefensión puede reprochársele al acusado la actitud que adoptara en el sumario y la que adoptara en el juicio oral, y en el caso presente debe señalarse que si alguna limitación de los medios de defensa se ha producido, a él le sería imputable.»

(Sentencia de 21 de mayo de 1986. R. A. 452/85.—«B. O. E.» de 17 de junio de 1986.—Ponente: Luis Díez-Picazo y Ponce de León.)

«Llegados a este punto, la cuestión a dilucidar no es ya, desde la perspectiva de este Tribunal, la corrección procesal en un juicio de faltas, de tal petición de revocación parcial de la Sentencia por parte del apelado, que en cuanto cuestión de legalidad carente de relevancia constitucional corresponde a la jurisdicción ordinaria, sino el alcance que pudo tener en orden a producir indefensión a la parte apelante, al introducir en el proceso un elemento nuevo, eventualmente sustraído a la contradicción y potencialmente vulnerador de un derecho fundamental constitucionalmente protegido. Pues bien, del acta de la vista no resulta que la petición del apelado provocara la indefensión alegada por el demandante. Cualquiera que haya sido la posición procesal ante-

rior del perjudicado, pudo el apelante haber manifestado su oposición a su adhesión a la apelación y a la petición de revocación parcial de la sentencia apelada, pero no consta que lo hiciera. El acta del juicio oral no recoge ninguna protesta al respecto, y no puede alegarse ahora indefensión cuando se pudo replicar y alegar en el juicio en defensa del interés propio. Ello convierte en este caso la cuestión aquí planteada en una cuestión procesal, sin trascendencia constitucional.»

(Sentencia de 4 de junio de 1986. R. A. 743/85.—«B. O. E.» de 4 de julio de 1986.—Ponente: Antonio Truyol Serra.)

«La posibilidad de que quien ha sido acusado en un proceso penal por un determinado delito o falta sea luego condenado por otro, tanto si se produce el cambio de calificación jurídica en casación o, como aquí sucede, en apelación, plantea problemas constitucionales que deben situarse en relación con el derecho del acusado a saber de que se le acusa y, sobre todo, con su derecho fundamental, ligado con el anterior, a poder defenderse de todo lo que se le acuse. En dos Sentencias ya citadas (Sentencia del Tribunal Constitucional 12/1981, de 10 de abril. Sala Primera y Sentencia del Tribunal Constitucional 105/1983, de 23 de noviembre, Sala Segunda), este Tribunal ha considerado que tales derechos no se ven lesionados si se da «la identidad del hecho punible» entre el señalado por la acusación y el objeto de nueva calificación jurídica y, por otro lado, si ambos delitos o faltas (aquel por el que se acusó y aquél por el que finalmente se condena) sean generalmente homogéneos» como dijo la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 1972, de modo que todos los elementos del segundo tipo estén contenidos en el tipo delictivo objeto de la acusación, porque siendo así no hay ningún elemento nuevo en la condena del que no haya podido defenderse respecto a la acusación.»

(Sentencia de 17 de julio de 1986. R. A. 909/85.—«B. O. E.» de 13 de agosto de 1986.—Ponente: Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo.)

Garantías: principio de publicidad

«En cuanto a las medidas policiales adoptadas fuera y dentro de la Sala en que se celebró la vista (fundamento IX de la demanda), que para los recurrentes en amparo supone la violación de los artículos 24.2 y 14 de la Constitución Española, hay que decir que, aun dando por cierto que dentro de «todas las garantías» del artículo 24.2 haya que incluir el principio de publicidad del artículo 120.1, también de la Constitución, tal inclusión habría de hacerse teniendo en cuenta que en dicho precepto se permite que las leyes de procedimiento establezcan excepciones a la publicidad de las actuaciones judiciales, y que ésta es perfectamente compatible con medidas parciales de seguridad que pueden conducir a limitar el acceso a los juicios, debidas a la capacidad de la Sala —hipótesis que implícitamente se contempla en la Sentencia de este Tribunal 30/1982, de 1 de junio—, o a exigencias de orden en la misma. Pero

lo más importante aquí es que no ha habido vista a puerta cerrada, sino tan sólo medidas de seguridad que, aun aceptando que trajeron consigo la prohibición del acceso a la Sala de determinadas personas, no desvirtúan el carácter público del acto del juicio.»

(Sentencia de 20 de febrero de 1986. R. A. 854 y 873/83.—«B. O. E.» de 21 de marzo de 1986.—Ponente: Antonio Truyol Serra.)

Derecho a una doble instancia

«Es cierta la afirmación de que, por mor de lo dispuesto en el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el derecho a que el fallo condenatorio y la pena sean sometidos a un Tribunal superior en materia penal es una de las garantías a que la Constitución se refiere en su artículo 24.2, y así lo reconoció este Tribunal en su Sentencia de Pleno núm. 76/1982, de 14 de diciembre (FJ5). No es menos cierto, sin embargo, que tal afirmación genérica ha sido matizada por el Tribunal en esta misma Sentencia y, con anterioridad, en el FJ3 de la de la Sala Segunda núm. 42/1982, de 5 de julio, con la puntualización de que el artículo 14.5 del mencionado Pacto, aunque incorporado a nuestro derecho interno, «no es bastante para crear por sí mismo recursos inexistentes». En el caso presente, como en el que dio lugar a la Sentencia de esta Sala núm. 51/1985, de 10 de abril, sucede que contra la Sentencia dada por el Tribunal Supremo, y aquí impugnada, no cabe recurso de casación, por prohibirlo explícitamente el artículo 847 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Y hay que añadir, como en dicha Sentencia hicimos, que si ha ocurrido así es porque los solicitantes del amparo han tenido acceso al fuero privilegiado y han sido juzgados por el más alto Tribunal de la Nación, que es el hecho que impide la revisión de su Sentencia.»

(Sentencia de 20 de febrero de 1986. R. A. 854 y 873/83.—«B. O. E.» de 21 de marzo de 1986.—Ponente: Antonio Truyol Serra.)

Derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa

«Sobre el contenido del derecho declarado en el artículo 24.2 de la norma fundamental en orden a utilizar los medios de prueba pertinentes para la propia defensa existe una amplia jurisprudencia de este Tribunal, últimamente recordada en la Sentencia 51/1985, de 10 de abril.

Con respecto a ella cabe destacar que el artículo 24.2 de la Constitución ha convertido en un derecho fundamental el de «utilizar los medios de prueba pertinentes» en cualquier tipo de proceso en que el ciudadano se vea involucrado. Este derecho fundamental, inseparable del derecho mismo a la defensa, consiste en que las pruebas pertinentes propuestas sean admitidas y practicadas por el Juez o Tribunal y, al haber sido constitucionalizado, impone una nueva perspectiva y una sensibilidad mayor en relación con las normas procesales atinentes a ello, de suerte que deben los Tribunales de Justicia proveer a la satisfacción de tal derecho, sin desconocerlo ni obstaculizarlo, siendo preferible en tal materia incurrir en un posible exceso en la admisión de pruebas que en su denegación.

Ello no implica, de conformidad con la doctrina constitucional que se cita, desapoderar al juzgador *a quo* de su potestad para pronunciarse, competencia ésta que, por lo que aquí importa, le confiere el artículo 659 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; sino acoger, con el espíritu que informa el artículo 24.2 de la Constitución en su virtualidad antes descrita, las peticiones de admisión a prueba en cuanto no sea manifiesta la ausencia de adecuación entre la que se propone y la cuestión debatida. Para prestar consistencia a una queja motivada en el indebido rechazo de un medio de prueba será, pues necesario que se argumente por el demandante de amparo la trascendencia que dicha inadmisión, por relevancia misma de los hechos que así se quisieron probar, pudo tener en la Sentencia condenatoria, ya que sólo en tal caso —comprobado que el fallo pudo, acaso, haber sido otro si la prueba se hubiera admitido— podrá apreciarse también el menoscabo efectivo del derecho de quien por este motivo busca amparo (al respecto, Sentencia 116/1983, de 7 de diciembre, FJ3).

Esta última condición para la viabilidad preliminar de la queja se da aquí, pues es patente que mediante las pruebas cuya práctica interesaron los demandantes del Tribunal *a quo*, y que fueron por éste inadmitidas, se buscó la demostración procesal del carácter parlamentario del acto en el que aquéllos tomaron parte, prueba ésta que habría de servir como presupuesto para la eventual apreciación ulterior por el juzgador penal, estando a lo que en la demanda se dice, de la prerrogativa que, amparando como parlamentarios inviolables a algunos de los entonces acusados, permitiría concluir en la no punibilidad de su actuar. En estos términos, pues, y a los solos efectos de hacer posible el examen de esta queja, ha de reconocerse que los hechos cuya probanza los recurrentes intentaron, de haber sido efectivamente acreditados, habrían resultado relevantes para la resolución del proceso que está a la base de este recurso, pues es del todo cierto, y no resulta ahora ocioso el señalarlo aquí, que la inviolabilidad parlamentaria, de apreciarse por el juzgador ante quien se invoque, impedirá la punición a la sanción de quien se hallare protegido por esta prerrogativa (art. 71.1 de la Constitución), y sin que, como es claro, proceda ahora anticipar si, dadas las circunstancias del acto y la condición con que en el mismo participaron los hoy demandantes, la prerrogativa que éstos invocaron protegió y —lo que también tiene aquí relevancia— para quienes de entre ellos, la conducta que fuera objeto de persecución penal. Que lo que así se quiso probar no era ajeno al objeto del proceso lo constató, por lo demás, la misma Sala juzgadora al llevar al considerando número 5 de su Sentencia las razones —acerca de las que nada hemos de decir ahora— que creyó determinantes para la no caracterización, como sesión parlamentaria, del acto en que se produjeron los hechos de los que juzgo.»

(Sentencia de 20 de febrero de 1986. R. A. 854 y 873/83.—«B. O. E.» de 21 de marzo de 1986.—Ponente: Antonio Truyol Serra.)

«El derecho a servirse de las pruebas pertinentes para la defensa no faculta para exigir la admisión judicial de cualquiera pruebas que puedan las partes proponer, sino para la recepción y práctica de las que sean pertinentes, correspondiendo el juicio sobre la pertinencia de las pruebas al juzgador ordi-

nario (art. 659) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), el cual, como es obvio, habrá de llevarlo a cabo de acuerdo con el carácter fundamental que a este derecho otorga la Constitución y explicitarlo por exigencia no sólo de las leyes procesales, sino por exigencia de la norma constitucional, pues de otro modo, se haría imposible la protección del derecho fundamental en sucesivas instancias y, en último término, en esta jurisdicción constitucional. Ello no significa, sin duda, que este Tribunal no pueda conocer —reparándolas, en su caso— de posibles violaciones del derecho fundamental de referencia, pero si limita nuestro enjuiciamiento en este cauce a la sola determinación de si la decisión judicial impugnada se adoptó en los términos antes señalados en cuanto a su razonamiento y fundamentación, no incurriendo tampoco la misma, al inadmitir determinada diligencia probatoria, en predeterminación del «*thema decidendi*», a cuya definición y demostración se orientaba, justamente, la probanza pedida (Sentencia 51/1985, de 10 de abril, fundamento jurídico 9.º).»

(Sentencia de 1 de abril de 1986. R. A. 441/85.—«B. O. E.» de 9 de abril de 1986.—Ponente: Francisco Rubio Llorente.)

V. Sentencia de 1 de julio de 1986 sobre *derecho a la tutela judicial efectiva*.—Artículo 24.1. de la C.E.

Presunción de inocencia.

«Como las medidas de seguridad le han sido impuestas con anterioridad a la decisión sobre el juicio penal y por tanto cuando el juicio penal sobre los «hechos» tipificados también como supuestos subsumibles en el artículo 344 del C.P. no se había producido, está abierta la posibilidad contraria al derecho a la presunción de inocencia de que los hechos de que se partió para imponer la medida de seguridad no se estiman probados por el órgano jurisdiccional al que corresponde enjuiciar penalmente al recurrente. Semejante posibilidad entraría, junto a una reiteración del *ius puniendi* del Estado respecto de unos mismos hechos una abierta contradicción con el derecho a la presunción de inocencia por cuanto se le estaría presumiendo culpable antes de que en proceso penal por delito se dilucidará su culpabilidad.»

(Sentencia de 14 de febrero de 1986. R. A. 746/84.—«B. O. E.» de 5 de marzo de 1986.—Ponente: Jerónimo Arozamena Sierra.)

«En cuanto al derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 de la CE) ha sostenido que si el único sustento de la condena es la confesión del acusado ante la Policía, no debe estimarse desvirtuada esta presunción de inocencia. La jurisprudencia de este Tribunal ha precisado en repetidas oportunidades, que, en principio, la presunción de inocencia se desvirtúa por la prueba practicada en el juicio oral ante el Tribunal penal. En el presente caso las declaraciones contenidas en el atestado policial, aun realizadas con las debidas garantías de asistencia de Letrado, y aun siendo por su minuciosidad muy verosímiles no bastarían como tales a efectos de la destrucción de la presun-

ción de inocencia, sobre todo si se tiene en cuenta que tales declaraciones no han sido objeto de discusión en el juicio oral, ni han tenido la posibilidad de ser interrogados en el mismo quienes intervinieron en esa diligencia, lo que hubiera podido producir una actividad probatoria destinada a destruir esa presunción y cuyo resultado hubiera podido ser valorado a tal efecto por el juzgador.

Sin embargo, en este proceso ha existido una actividad probatoria incluida la propia confesión del procesado, su propiedad de un arma como la empleada en el hecho y de la que el procesado se desprende tras el hecho, el cambio de indumentaria realizado a altas horas de la madrugada y el grupo sanguíneo relativo a las manchas encontradas en el lugar del hecho. En base a este material probatorio y contrastando con la versión de los hechos que el propio acusado formula en su confesión en el juicio oral ante el Tribunal penal ha llegado a la convicción de la culpabilidad del procesado. Como reiteradamente ha dicho este Tribunal no le corresponde al mismo entrar en la valoración de los hechos realizada por los Tribunales penales, pues ello no entra en el ámbito del recurso de amparo, salvo que esa valoración viole un derecho constitucional. Tal violación podría haber sido aceptada en relación con la presunción de inocencia si hubiese sido condenado el recurrente sin actividad probatoria alguna realizada en el juicio.

Consecuencia de todo ello, como se ha dicho en la Sentencia de 17 de diciembre de 1985, es que la función del Tribunal Constitucional, cuando se alegue ante él la presunción de inocencia, es verificar si ha existido esa prueba que puede estimarse racionalmente de cargo. Caso afirmativo no le compete realizar la valoración que de tal prueba haya realizado en conciencia, pues su jurisdicción respecto a la actuación de los Tribunales ordinarios se reduce a determinar si se han vulnerado o no las garantías constitucionales sin que pueda ni deba actuar como una tercera instancia. Verificado que en el presente proceso se ha practicado con suficiente amplitud prueba que pueda racionalmente considerarse de cargo ha de denegar la violación del derecho de presunción de inocencia.»

(Sentencia de 21 de abril de 1986. R. A. 340/85.—«B. O. E.» de 29 de abril de 1986.—Ponente: Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer.)

«Reiteradas resoluciones de este Tribunal, entre las cuales pueden citarse a título de ejemplo las SS. 31/1981, de 28 de julio y 173/1985, de 16 de diciembre, declaran que sólo se desvirtúa la presunción de inocencia cuando el juicio de culpabilidad se apoya en pruebas legalmente practicadas dentro del juicio oral, no siendo incluíble entre ellas el atestado policial que no se ratifica en el juicio con la presencia de sus instructores para dar posibilidad a la defensa de someterlo al correspondiente interrogatorio.»

(Sentencia de 23 de abril de 1986. R. A. 205/85.—«B. O. E.» de 20 de mayo de 1986.—Ponente: Eugenio Díaz Eimil.)

«Como es lógico, tal presunción significa que la carga de la actividad probatoria pesa exclusivamente sobre quien acusa, de manera que es el acusador quien tiene que probar los hechos y la culpabilidad del acusado y no es éste

quien tenga que probar su inocencia. Mas la presunción, en el campo del proceso, es una presunción *iuris tantum*, que se destruye mediante prueba en contrario.

En rigor, el ámbito de actuación de la presunción de inocencia concluye en este punto. No obstante, no puede olvidarse la relación que el derecho a la presunción de inocencia tiene con el sistema probatorio, por lo cual ha de entenderse —y la doctrina de este Tribunal lo ha entendido siempre así— que el derecho a la presunción de inocencia se viola cuando se utilizan como pruebas mecanismos o actuaciones, que no merecen jurídicamente esa calificación. La relación entre presunción de inocencia y ordenación de las pruebas termina sin embargo aquí. El Derecho probatorio es de configuración legal, como hemos señalado cuando ha sido necesario puntualizar el derecho que también reconoce el artículo 24 a las pruebas pertinentes. A su legalidad habrá pues que atenerse para enjuiciar la corrección de la acción de los tribunales, si la legitimidad constitucional del ordenamiento legal no está puesta en duda. Se deduce de todo ello que la presunción de inocencia queda destruida desde el momento en que se realizan pruebas de cargo legalmente válidas, sin que a este Tribunal le sea posible en principio entrar a examinar y decidir el mayor o menor acierto en la apreciación de tales pruebas de cargo, puesta en materia de la competencia de los jueces y tribunales.»

(Sentencia de 21 de mayo de 1986. R. A. 452/85.—«B. O. E.» de 17 de junio de 1986.—Ponente: Luis Díez-Picazo y Ponce de León.)

«El derecho a la presunción de inocencia protegido por el artículo 24.2 de la Constitución ha dado lugar a una constante jurisprudencia constitucional que se asienta sobre dos ideas esenciales: 1.ª, las pruebas en el proceso penal están sometidas a la libre apreciación del Tribunal de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, siendo el resultado de esta apreciación irrevisable en la vía constitucional de amparo al ser obtenido en ejercicio de una facultad perteneciente a la potestad jurisdiccional que el artículo 117.3 de la Constitución atribuye en exclusiva a los Jueces y Tribunales; 2.ª, los únicos medios de prueba válidos para desvirtuar la presunción de inocencia son los utilizados en el juicio oral y los preconstituídos que sean de imposible o muy difícil reproducción, siempre que en todo caso se hayan observado las garantías necesarias para la defensa.

Esta segunda idea no debe entenderse en un sentido tan radical que conduzca a negar toda eficacia probatoria a las diligencias policiales y sumariales practicadas con las formalidades que la Constitución y el ordenamiento procesal establecen en garantía de la libre declaración y defensa de los ciudadanos, sino que requieren para reconocerlos esa eficacia que sean reproducidas en el acto de la vista en condiciones que permitan a la defensa del acusado someterlas a contradicción.»

(Sentencia de 17 de junio de 1986. R. A. 679/85.—«B. O. E.» de 4 de julio de 1986.—Ponente: Eugenio Díez Eimil.)

Según reiterada jurisprudencia de este Tribunal Constitucional, la presunción de inocencia, una vez reconocida por el artículo 24.2 C. E., ha pasado de ser un principio general del Derecho a convertirse en un derecho fundamental que vincula a todos los poderes públicos y exige, para ser desvirtuado, una mínima actividad probatoria, producida con las debidas garantías procesales, que de alguna manera pueda entenderse de cargo y de la que pueda deducirse, por lo tanto, la culpabilidad del procesado.

La relación, pues, entre el derecho a dicha presunción y el sistema probatorio es evidente, así como con la apreciación judicial de las pruebas en nuestro ordenamiento y en concreto con el principio de libre valoración de las mismas que consagra el artículo 741 de la L.E.Cr., norma a la que habrá que atenerse, en tanto en cuanto dicha libre valoración no conculque el derecho fundamental superior en juego.

Se quiere decir con lo antes expuesto que el citado principio de libre valoración de la prueba en el proceso penal es plenamente válido y correcto, siempre que se parta del presupuesto objetivo de la existencia n el mismo proceso de diligencias o actuaciones probatorias practicadas con las básicas garantías procesales; es decir, válidas también. Las pruebas así obtenidas en el ámbito procesal correcto, serán la base o supuesto de la apreciación y valoración judicial. Estas pruebas, aún mínimas, pero suficientes, pueden lícitamente eliminar o destruir la presunción *turis tantum* de inocencia constitucionalmente reconocida, pero siempre que constituyan legalmente pruebas y que contengan elementos incriminatorios respecto de la participación del acusado en el hecho, también objetivamente acreditado. La valoración judicial subsiguiente, en la que este Tribunal Constitucional no debe ni puede entrar (salvo ausencia de esa misma prueba), será la que determine la condena o la absolución, si la convicción o convencimiento del Juez no llega a su plenitud, por obra del principio «pro reo».

(Sentencia de 21 de julio de 1986. R. A. 1106/85.—«B. O. E.» de 13 de agosto de 1986.—Ponente: Carlos de la Vega Benayas.)

ARTÍCULO 25.1

Principio de legalidad penal. Medidas de seguridad predelictuales

«Se entronca la cuestión con el principio de legalidad penal consagrado en el artículo 25.1 de la C.E., a cuyo tenor ha de entenderse que no caben medidas de seguridad sobre quien no haya sido declarado culpable de la comisión de un ilícito penal, y, en el caso, dada la identidad de los tipos definidos en el artículo 2.º8 (Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social) y 344 (Código Penal), con el principio *ne bis in idem*, principio que aunque no aparezca constitucionalmente consagrado de manera expresa, nada impide reconocer su vigencia en nuestro ordenamiento (V. S. 27 de noviembre de 1985), porque el principio en cuestión está íntimamente unido a los de legalidad y tipicidad de las infracciones recogidas en el artículo 25.1 de la C.E. La imposición de medidas de seguridad con anticipación a la punición de la conducta penal y

la concurrencia sobre un mismo hecho de pena y medida de seguridad son, pues, contrarias al principio de legalidad penal, ya que por un lado no cabe otra condena —y la medida de seguridad lo es— que la que recaiga sobre quien haya sido declarado culpable de la comisión de un ilícito penal, y por otro lado, no es posible sin quebrantar el principio *ne bis in idem*, íntimamente unido al de legalidad, hacer concurrir penas y medidas de seguridad sobre tipos de hecho igualmente definidos, y ello aunque se pretenda salvar la validez de la concurrencia de penas y medidas de seguridad diciendo que en un caso se sanciona la «culpabilidad y en el otro la peligrosidad».

(Sentencia de 14 de febrero de 1986. R. A. 764-84.—«B. O. E.» de 5 de marzo de 1986.—Ponente: Jerónimo Arozamena Sierra.)

Principio de legalidad. Principio de culpabilidad

«La supuesta vulneración del artículo 25.1, que reconoce el principio de legalidad penal, se habría producido, según la representación del recurrente, porque dentro del principio de legalidad hay que entender comprendido el de culpabilidad y éste conduciría a exigir que no pudieran existir penas manifiestamente desproporcionadas con la reprochabilidad del autor. Pero aun prescindiendo del problema de si la culpabilidad debe considerarse comprendida en el principio de legalidad, es lo cierto que la cuestión planteada no se refiere en absoluto a la concreta culpabilidad del condenado. Ni el recurrente afirma en ningún momento que no concurrieran en él las condiciones necesarias para fundamentar la reprochabilidad jurídica de su conducta, ni puede decirse que las sentencias recurridas lesionen de alguna manera el principio de culpabilidad. Antes bien, la sentencia finalmente impuesta tras la rectificación derivada de la reforma de 1983 condenó al recurrente al mínimo legalmente posible, y ello significa que el Tribunal consideró que, en el momento de la individualización de la pena, el grado de culpabilidad era el menor posible. Las cuestiones relacionadas con la medida de la pena y la culpabilidad sólo se podría plantear, en la hipótesis de que a ellas les fuera de aplicación el artículo 25.1 de la Constitución, cuando la gravedad de la pena atribuida al condenado fuese superior a la legalmente imponible en relación a la gravedad de su culpabilidad, lo que con toda evidencia no ocurre en este caso. En realidad, aquí no se suscita la cuestión de la desproporción de la pena en el momento de su individualización llevada a cabo por los Tribunales por razón de la culpabilidad, ni la de en qué medida pueda existir una responsabilidad penal sin culpa, sino, como señala el Abogado del Estado, una cuestión distinta: Los criterios del legislador al establecer en abstracto y con carácter general las penas correspondientes a diversas conductas tipificadas como delitos, lo que nada tiene que ver con la culpabilidad del autor concreto. En principio, el juicio sobre proporcionalidad de la pena, prevista por la Ley con carácter general, con relación a un hecho punible que es presupuesto de la misma, es de competencia del legislador. A los Tribunales de justicia sólo les corresponde, según la Constitución, la aplicación de las Leyes y no verificar si los medios adoptados por el legislador para la protección de los bienes

jurídicos son o no adecuados a dicha finalidad, o si son o no proporcionados en abstracto. Ello se deduce, como es claro, del artículo 117 de la Constitución. Consecuentemente, no cabe deducir del artículo 25.1 de la Constitución española un derecho fundamental a la proporcionalidad abstracta de la pena con la gravedad del delito.»

(Sentencia de 22 de mayo de 1986. R. A. 858/83.—«B. O. E.» de 17 de junio de 1986.—Ponente: Angel Latorre Segura.)

Principio «Non bis in idem»

«El principio «non bis in idem» no aparece constitucionalmente consagrado de manera expresa, pero esta omisión no impide reconocer su vigencia en nuestro ordenamiento, porque, como ha declarado este Tribunal, desde su Sentencia 2/1981, de 30 de enero, dicho principio está íntimamente unido a los de legalidad y tipicidad de las infracciones recogidas en el artículo 25 de la C.E.

Dicho principio del «non bis in idem», tal y como lo ha venido interpretando este Tribunal (Sentencias 2/1981, de 30 de enero; 159/1985, de 27 de noviembre, y 23/1986, de 14 de febrero), impone por una parte la prohibición de que, por autoridades de un mismo orden y a través de procedimientos distintos, se sancione repetidamente una misma conducta, por entrañar esta posibilidad una inadmisibles reiteración en el ejercicio del «ius puniendi» del Estado y, por otro lado, una prohibición de duplicidad de sanciones administrativas y penales respecto de unos mismos hechos, a excepción de aquellos supuestos en los que, derivado de una relación de supremacía especial de la Administración, esté justificado el ejercicio del «ius puniendi» por los Tribunales y a su vez la potestad sancionadora por la Administración.»

(Sentencia de 8 de julio de 1986. Cuestión de inconstitucionalidad 845/83.—«B. O. E.» de 22 de julio de 1986.—Ponente: Carlos de la Vega Benayas.)

«La jurisprudencia de este Tribunal Constitucional ha reconocido que el principio *non bis in idem*, aunque no figure expresamente en el texto de los artículos que consagran derechos fundamentales, ha de entenderse integrado en el principio de legalidad que recoge el artículo 25.1 de la Constitución (S. T. C. 2/1981, de 30 de enero, 77/1983, de 3 de octubre). Y aunque tal principio se ha aplicado sobre todo al caso de una duplicidad de sanciones penales y administrativas, es evidente que sería también invocable en el supuesto de una duplicidad de acciones penales, es decir, cuando un mismo delito fuera objeto de Sentencias condenatorias distintas. En este sentido, la no estimación de la excepción de cosa juzgada, cuando concurren los requisitos necesarios para que opere, podría conducir a la vulneración del citado principio.»

(Sentencia de 23 de mayo de 1986. R. A. 860/84.—«B. O. E.» de 17 de junio de 1986.—Ponente: Angel Latorre Segura.)

ARTÍCULO 120.3

Sentencia motivada

V. Sentencia de 13 de junio de 1986 sobre *derecho a la tutela judicial efectiva*.—Artículo 24.1 de la C.E.

ARTÍCULO 162 1.b)

Recurso de Amparo: interés legítimo

«Dados los términos y circunstancias del recurso, ciertamente que cabría cuestionarse si la recurrente, aun no habiendo sido parte material en el proceso penal, pudiera ser considerada legitimada para interponer este recurso a la vista de lo autorizado por el artículo 161.1.b) de la C.E., por alcanzarle el concepto de «interés legítimo» que, dada su amplitud y generalidad, podría estar constituido por la repercusión que en su persona o patrimonio pudiera tener las decisiones o actos impugnados como lesivos. Este requisito ha sido interpretado por la doctrina de este Tribunal, siempre orientada a la mayor protección de los derechos y libertades ciudadanas, enfocando los presupuestos y requisitos procesales siempre *cum grano salis*, reconduciéndolos a su propia finalidad, simple camino para la protección del derecho sustantivo. Y así, en los casos en los que se planteó el concepto de parte se extendió su realidad y acogida no sólo a quien lo fue en efecto, sino a quien pudo serlo o tenía derecho a serlo, o, como dice la Sentencia 4/1982, de 8 de febrero, a los que debiendo legalmente ser partes en un proceso no lo fueron por causa no imputable a ellos mismos y resultaron condenados, a lo que añade la Sentencia 46/1982, de 12 de julio, que el artículo 46.1.b) LOTC debe aplicarse extensivamente a quienes, sin obtenerlo del órgano judicial, han pretendido razonablemente ser parte; consideración que llevó a admitir la demanda de amparo en su momento procesal.»

(Sentencia de 27 de mayo de 1986. R. A. 152/85.—«B. O. E.» de 17 de junio de 1986.—Ponente: Carlos de la Vega Benayas.

ARTÍCULO 163

Cuestión de inconstitucionalidad

«La doctrina aludida (Sentencias 17/1981, de 1 de junio y 26/1984, de 24 de febrero) expresa que si bien la finalidad primordial de este proceso, al igual que el recurso de inconstitucionalidad, es la de asegurar que el legislador se mantenga dentro de los límites constitucionales, mediante la anulación de las normas legales que violen esos límites, la cuestión de inconstitucionalidad no es una acción concedida a los órganos judiciales para impugnar con carác-

ter abstracto la validez de la ley, sino un instrumento puesto a disposición de aquéllos para conciliar la doble obligación de sometimiento a la ley y a la Constitución. Estas razones explican el carácter de control concreto de la constitucionalidad de las leyes que la cuestión promovida por Jueces y Tribunales tienen en nuestro ordenamiento, y justifican, tanto los requisitos que la Constitución (art. 163), y la Ley Orgánica de este Tribunal imponen para la admisión de las cuestiones de inconstitucionalidad, como la indispensable y rigurosa verificación aún exenta de formalismos, que el Tribunal Constitucional debe realizar respecto del adecuado cumplimiento de tales requisitos.

Figura entre tales exigencias la de que de la validez de la norma cuestionada dependa el fallo del proceso en que la cuestión se suscita, ya que, en otro caso, faltarían las graves razones que permitirían acometer el juicio de constitucionalidad de la ley. Tal dependencia implica que debe existir una correlación lógica y directa entre la eventual anulación de la norma legal, cuya constitucionalidad se cuestiona y la satisfacción de las pretensiones objeto del «petitum» de las partes en el proceso «a quo», correlación que el órgano judicial llamado a resolver debe poner de relieve de manera razonada ante este Tribunal, pues en caso contrario sería imposible determinar si la cuestión planteada se ajusta a sus límites constitucionales. En otro caso, el planteamiento de la cuestión no estaría condicionada por la norma, y de ahí que el artículo 35.2 de la LOTC exija del órgano que formula la duda que especifique y justifique «en qué medida la decisión del proceso depende de la validez de la norma en cuestión», requisito éste que condiciona la admisión a trámite del proceso de inconstitucionalidad, como el artículo 37.1 de la LOTC dispone.»

(Sentencia de 8 de julio de 1986. Cuestión de inconstitucionalidad 845/83.—«B. O. E.» de 22 de julio de 1985.—Ponente: Carlos de la Vega Benayas.)

II) LEY ORGANICA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

ARTÍCULO 44 1 c)

«En relación con el cumplimiento del mencionado requisito, el Tribunal Constitucional ha declarado que esta exigencia legal tiene por objeto permitir que los órganos jurisdiccionales puedan examinar y, en su caso, corregir la lesión del derecho fundamental, pues aunque es un principio de derecho el cristalizado en la máxima *iura novit curia*, lo es también que el titular del derecho debe facilitar su protección. Sin embargo, el hecho de que el artículo 44.1, c), hable de una invocación formal del derecho no se desprende que para entender cumplido el requisito legal haya de llenarse un determinado formalismo, pues el recurso de amparo no puede estar rodeado de más exigencias formales que aquéllas que requiera su recto funcionamiento y, como ha dicho este Tribunal, el precepto mencionado ha de interpretarse con criterio finalista de manera que no debe tratarse de la invocación numérica de un artículo del texto fundamental, sino del derecho cuya violación se pre-

tende cometida (Sentencia 47/1982, de 12 de julio, «Boletín Oficial del Estado» de 4 de agosto, FJ. 1).

En la misma línea de razonamiento, como ha señalado el Auto 146/1983, de 13 de abril, J.C.T.V., páginas 865 y siguientes, FJ. 1, el Tribunal, entendiendo que los derechos fundamentales constituyen la esencia misma del régimen constitucional, y que, en consecuencia, no cabe someter su protección en vía de amparo a formalismos desprovistos de significado material, ha rechazado toda interpretación literal o excesivamente rigurosa del requisito en cuestión; mas tal rechazo del tenedimiento puramente formalista no ha llegado, ni podía llegar, a un vaciamiento absoluto del contenido de un precepto de su propia Ley Orgánica, a la que, de acuerdo con la Constitución, se halla sometido y que responde a la naturaleza subsidiaria del recurso de amparo, que se desprende claramente del artículo 53.2 de la Constitución. Por ello, en diversas declaraciones, cual las contenidas en las Sentencias de 26 de enero de 1981 y 30 de marzo del mismo año, ha ido concretando que, si bien la invocación formal exigida por el artículo 41.1, c), de la LOTC no requiere la mención del artículo concreto de la Constitución en que se proclama el derecho ni siquiera la de su *nomen iuris*, sí ha de ofrecer base suficiente para que, en la vía judicial, pueda entrarse a conocer de las concretas vulneraciones aducidas, lo que requiere al menos, una delimitación del contenido del derecho que se dice violado.»

(Sentencia de 21 de febrero de 1986. R. A. 846/84.—«B. O. E.» de 21 de marzo de 1986.—Ponente: Rafael Gómez-Ferrer Morant.)

III) LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

ARTÍCULOS 101, 110 y 783

Parte procesal. Ofendido o perjudicado. Acción popular

V. Sentencia de 27 de mayo de 1986 sobre *derecho a la tutela judicial efectiva*.—Artículo 24.1 de la C.E.

ARTÍCULO 118

Derecho a la asistencia de Letrado

«El artículo 118 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (L. E. Cr.) al establecer el derecho a la asistencia de Letrado, plasma una exigencia constitucional. Sin embargo, el derecho de defensa que consagra la Constitución no resulta violado simplemente porque se haya recibido una declaración en sede policial sin la presencia de Abogado, pues, como lo expresa, el texto constitucional, la asistencia de Abogado se garantiza «en los términos que la ley establezca» (Sentencia 175/1985, de 17 de diciembre) y de la ley procesal se deduce claramente que los actos realizados sin la asistencia de Abogado pueden tener validez hasta que «la causa llegue al estado en que se necesite el consejo

de aquéllos o se haya de intentar algún recurso que hiciese indispensable su actuación». En este mismo sentido debe entenderse la jurisprudencia de este Tribunal Constitucional que precisando el texto constitucional, entiende que, si la irregularidad no se ha invocado en su momento, «la falta de asistencia letrada en la declaración policial sólo podría ser relevante en la medida en que hubiese determinado la indefensión posterior» (Sentencia 94/1983, de 14 de noviembre).»

(Sentencia de 21 de abril de 1986. R. A. 340/85.—«B. O. E.» de 29 de abril de 1986.—Ponente: Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer.)

ARTÍCULO 142

Sentencia: responsabilidad civil.

V. Sentencia de 13 de junio de 1986 —*derecho a la tutela judicial efectiva*.—Artículo 24.1 de la C.E.

ARTÍCULO 292

Atestado Policial

V. Sentencia de 23 de abril sobre *presunción de inocencia*.—Artículo 24.2 de la C.E.

ARTÍCULO 369

Reconocimiento en rueda

«Esta prueba fue realizada por la policía al margen de lo establecido en el artículo 369 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que estaba obligada a observar conforme a lo dispuesto en el artículo 297 de la misma Ley, y ello constituye incumplimiento de garantías legales que privan a esa prueba de valor frente a la presunción de inocencia.»

(Sentencia de 17 de junio de 1986. R. A. 679/85.—«B. O. E.» de 4 de julio de 1986.—Ponente: Eugenio Díez Eimil.)

ARTÍCULO 377

Informes de conducta

V. Sentencia de 20 de febrero de 1986 sobre *derecho al honor*.—Artículo 18.1 de la C.E.

ARTÍCULO 384

Auto de procesamiento

V. Sentencia de 31 de mayo de 1986 sobre *derecho a la tutela judicial efectiva*.—Artículo 24.1 de la C.E.

ARTÍCULO 659

Pruebas pertinentes

V. Sentencias de 20 de febrero y 1 de abril de 1986 sobre *derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa*.—Artículo 24.2 de la C.E.

ARTÍCULO 741

Libre apreciación de la prueba

«Dicha presunción no atribuye a los recurrentes la facultad de pedir del Tribunal Constitucional que revise la valoración de las pruebas efectivamente practicadas, hasta concluir un pronunciamiento concordante o dispar del aceptado por el Tribunal de lo Penal, ya que ello es atribución privativa de éste según el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (L. E. Cr.) y la vía constitucional ha de mantenerse distante de una nueva instancia o revisión de lo tratado y resuelto por la jurisdicción ordinaria. La prueba en contrario es condición necesaria, pero también condición suficiente de la desvirtuación de esta presunción de inocencia que salvo esa exigencia de actividad probatoria no altera el principio de libre valoración de prueba por los Tribunales ordinarios.»

(Sentencia de 21 de abril de 1986. R. A. 340/85.—«B. O. E.» de 29 de abril de 1986—Ponente: Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer.)

V. Sentencia de 17 de junio de 1986 sobre *presunción de inocencia*.—Artículo 24.2 de la C.E.

ARTÍCULOS 792, REGLA SÉPTIMA y 902

Sentencia: Condena por delito distinto del que fue objeto de acusación

V. Sentencia de 17 de julio de 1986 sobre *derecho a la defensa*.—Artículo 24.2 de la C.E.

ARTÍCULO 801.3

Procedimiento de urgencia. Incomparecencia de testigos

«Entre los referidos preceptos se encuentra el párrafo 3.º del artículo 801 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Según este precepto en los procedimientos de urgencia, no se suspende el juicio por la incomparecencia de alguno de los procesados si el Tribunal estima que existen elementos para juzgar a unos con independencia de otros (tema éste que no está aquí debatido) y tampoco se suspende por la incomparecencia de testigos, si éstos han declarado en el sumario y el tribunal se considera suficientemente informado con la prueba practicada para formar un juicio completo sobre los hechos. La

legitimidad constitucional de este precepto no ha sido en momento alguno por nadie cuestionada, la Audiencia de La Coruña hizo uso de él, el Fiscal se conformó con tal decisión y solicitó que se tuvieran por reproducidas las declaraciones que con todas las garantías los testigos incomparecidos habían hecho ante el Juzgado de Instrucción y la defensa del acusado aceptó asimismo este planteamiento, según es de ver por la lectura del acto del juicio. Desde este ángulo, adquiere pleno significado la afirmación de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en el sentido de que la defensa del procesado no formuló protesta, ni pidió la suspensión del juicio. La defensa del acusado aceptó, pues, pasando a elevar a definitivas sus conclusiones provisionales y a llevar a cabo el preceptivo informe, que las declaraciones sumariales se convirtieran en pruebas del juicio, por lo cual no le es lícito ahora pretender que al actuar de ese modo los tribunales vulneraran su derecho a la presunción de inocencia.»

(Sentencia de 21 de mayo de 1986. R. A. 452/85.—«B. O. E.» de 17 de junio de 1986.—Ponente: Luis Díez-Picazo y Ponce de León.)

ARTÍCULO 849-2

Recurso de casación: Error de hecho en la apreciación de la prueba. Documento auténtico

«El recurso de casación es un recurso extraordinario, del cual su finalidad principal —aunque no única— es la unificación interpretativa de las normas jurídicas ordinarias, contribuyendo así a la fijeza del ordenamiento con vistas a la seguridad jurídica. De acuerdo con ese objetivo, el legislador ha limitado su interposición y lo ha rodeado de requisitos y presupuestos especiales para que el órgano de la casación, es decir, el Tribunal Supremo, limite a su vez su tarea al fin previsto, sin traspasarla a funciones de Juez de instancia, siquiera fuera última. Sólo en casos especiales la ley permite al Tribunal de casación convertirse en Juez y realizar un control concreto entrando en el tema de la cuestión suscitada en el proceso. Son los supuestos en los que se permite a la parte alegar como motivo de casación el error en la apreciación de la prueba reprochable al Juez o Tribunal de Instancia, e intentar acreditarlo ante el Tribunal Supremo con la alegación y cita de documentos que patenten el error. Pero, aun así, restringiendo —por las mismas razones de política judicial y finalidad de la casación— esa posibilidad al añadir una nota calificativa —la de documento auténtico— justamente para evitar convertir la casación en otra instancia al conceder sólo fuerza probatoria (justificativa del error) a ciertos y determinados documentos, que son los llamados auténticos y que tanta literatura jurídica y doctrina legal ha provocado.

Nunca, sin embargo, se dejó de percibir, de acuerdo con la mejor doctrina y jurisprudencia, que la intrínseca razón de esa exigencia residía en la eficacia probatoria del documento en sí, en su fuerza para demostrar, con el hecho que acredita, el error judicial en la apreciación de ese hecho, quizá con prueba más endeble, contradicha frontalmente por la del documento no tenido en cuenta o no valorado debidamente según las reglas de la prueba.

Cierto que la entrada en juego de los conceptos de autenticidad «extrínseca» e «intrínseca» provocó excesos de autolimitación y de restricción interpretativa judicial y de ahí la supresión legal reciente, en el orden penal, siguiendo al civil, del requisito de la «autenticidad», dejándose, sin embargo, como presupuesto para fundar el motivo de casación la cita del documento o «documentos que demuestren la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios» (art. 849 L. E. Cr., reformado por la Ley de 27 de marzo de 1985).

Es esa fuerza probatoria la que define la autenticidad y es esa intrínseca cualidad la que compete determinar al órgano de casación, conforme a la función que le asignan tanto las leyes ordinarias como el texto constitucional (arts. 117.3 y 123), es decir, la de juzgar (aquí revisar en casación) «según las normas de competencia y procedimiento que las leyes establezcan».

(Sentencia de 16 de junio de 1986. R. A. 693/85.—«B. O. E.» de 4 de julio de 1986.—Ponente: Carlos de la Vega Benegas.)

«En el Auto que ahora se impugna, el Tribunal Supremo manifiesta que de conformidad con la doctrina jurisprudencial constante de la Sala, ni las declaraciones de los procesados, ni las de los testigos, ni los partes facultativos, ni los informes o dictámenes periciales médicos ni los informes de funcionarios o de autoridades, tienen el rango de documento auténtico a efectos del núm. 489 de la L. E. Cr., por lo que, a tenor de lo dispuesto en el número 6.º del artículo 884 de la misma, procede la inadmisión del motivo.

Este Tribunal ya ha señalado (así, Sentencia de 16 de junio de 1986, en el recurso de amparo núm. 693/1985) que, de acuerdo con los objetivos que persigue el recurso de casación, el legislador puede limitar su interposición y rodearlo de requisitos y presupuestos especiales, de forma que el órgano encargado de resolver tal recurso —el Tribunal Supremo— limite sus tareas a los fines legalmente previstos. Así, en los supuestos en que se permite a la parte alegar como motivo de casación el error en la apreciación de la prueba, el legislador puede restringir, dentro de los límites que resultan de la finalidad de la casación, esa posibilidad, y tal era el caso antes de la Ley 6/1985, de 27 de marzo, ya que el artículo 849.2 de la L.E.Cr. (aplicable a la tramitación del caso que tratamos, en virtud de la disposición transitoria de la Ley 6/1985) añadía una nota calificativa, la exigencia de documento auténtico, que suponía otorgar fuerza probatoria únicamente a ciertos y determinados documentos. Como ya se señaló por este Tribunal en la Sentencia arriba mencionada, la intrínseca razón justificativa de esa exigencia radicaba en la eficacia probatoria del documento en sí, y en su fuerza para demostrar, con el hecho que acreditaba, el error judicial en la apreciación de ese hecho. Es esa fuerza probatoria la que define la autenticidad, y es esa intrínseca cualidad la que compete determinar al órgano de casación, conforme a la función que le asigna el texto constitucional en sus artículos 117.3 y 123, sin que pueda este Tribunal sustituirle en esta tarea que específicamente se le encomienda.

La interpretación, pues, de acuerdo con los preceptos entonces vigentes, de la naturaleza auténtica de los documentos señalados en el recurso de casa-

ción, y la apreciación, a tal efecto, de su fuerza probatoria correspondía, en el caso que tratamos, a la Sala del Tribunal Supremo, que no estimó la presencia de esa característica de autenticidad y, en consecuencia, inadmitió el motivo quinto de la casación interpuesta. No cabe, por lo dicho anteriormente, apreciar que ello constituya falta de tutela judicial, al haber decidido el Tribunal razonadamente con arreglo a Derecho, a la vista de las alegaciones formuladas por la parte, sin que ésta se haya visto privada de garantía procesal alguna.»

(Sentencia de 16 de julio de 1986. R. A. 575/85.—«B. O. E.» de 23 de julio de 1986.—Ponente: Luis López Guerra.)

ARTÍCULO 850.1

Recurso de casación: Falta de citación de testigos. Protesta necesaria

«El Auto recurrido sostiene además que estos motivos de casación serían improcedentes porque los recurrentes no habrían denunciado la falta de citación de los testigos en el tiempo transcurrido entre la práctica de las citaciones y la celebración del juicio oral. Del texto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no se desprende, sin embargo, que la protesta por la falta de citación de los testigos deba realizarse antes de la celebración del juicio oral. Más aún, tanto el artículo 746, 3.º, como el artículo 801 de la L.E.Cr. establecen que el Tribunal no suspenderá el juicio oral si no considera necesaria la prueba cuando pueda considerarse suficientemente informado. Esta valoración sólo puede llevarse a cabo, como es lógico, con el respeto de los principios de oralidad, inmediación y contradicción impuestos por el artículo 24.2 de la Constitución, y en consecuencia, únicamente cuando haya sido practicada en el juicio oral prueba suficiente para formar la convicción del Tribunal. Ello permite afirmar que hasta ese momento cabe la realización de la protesta necesaria para fundar el recurso de casación en el artículo 850, 1.º de la L.E.Cr. Por esta razón cabe concluir que la interpretación del Auto recurrido no es ciertamente la más favorable al pleno ejercicio del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.»

(Sentencia de 14 de mayo de 1986. R. A. 10/85.—«B. O. E.» de 13 de junio de 1986.—Ponente: Jesús Leguina Villa.)

ARTÍCULO 855 y 884

Recurso de casación: Preparación e inadmisión

«Tal interpretación no ha tenido en cuenta que el artículo 884, 4.º de la L.E.Cr., como hemos afirmado en ocasiones anteriores, debe ser interpretado de modo que no todo defecto ni carencia formal en el escrito de interposición del recurso haya de llevar a la admisión del mismo. En el presente caso, la *ratio legis* del párrafo tercero, del artículo 855 no es otra que la de facilitar al Tribunal de casación la comprobación del defecto procesal que es objeto

del presente recurso y de la existencia de la reclamación practicada para subsanarlo. Las actuaciones procesales ponen de manifiesto que el supuesto defecto ha quedado subsanado en el escrito de formalización del recurso. Por esta razón, la pérdida del derecho a recurrir aparece como una sanción procesal notoriamente desproporcionada con el carácter puramente formal de la infracción y, consecuentemente, incompatible con el derecho a la tutela judicial efectiva.»

(Sentencia de 14 de mayo de 1986. R. A. 10/85.—«B. O. E.» de 13 de junio de 1986.—Ponente: Jesús Leguina Villa.)

ARTÍCULOS 874 y 884

Recurso de casación: causas de inadmisión

«Para decidir sobre la existencia de la vulneración alegada es preciso recordar que este Tribunal ya ha señalado (así STC 57/1984, de 8 de marzo; 17/1985, de 9 de febrero; 60/1985, de 6 de mayo y 110/1985, de 8 de octubre), que la interpretación realizada por los Tribunales de los motivos de inadmisión del recurso de casación pueden ser objeto de revisión por la vía de recurso de amparo, toda vez que esos motivos deben ser cuidadosamente interpretados y aplicados, porque el derecho a la tutela efectiva no puede ser comprometido u obstaculizado mediante la imposición de formalismos enervantes contrarios al espíritu y a la finalidad de las normas que reglamentan el recurso de casación. Consecuentemente, ha sostenido este Tribunal que la obligación que le impone la L.E.Cr. al recurrente en el último inciso del párrafo primero del artículo 874 —la de exponer los fundamentos del recurso en párrafos numerados— se halla inequívocamente al servicio de alcanzar la mayor concisión y claridad en el planteamiento de la pretensión, razón por la cual, como indica la citada Sentencia 60/1985, «cuando esta precisión en su exposición en su exposición sí se alcanza, el interés procesal a cuyo servicio está la regla examinada se habrá preservado también, y será sólo un estrecho rigorismo formal el que siga sancionando con la drástica medida de la inadmisión una carencia que no menoscaba ya la claridad cuya exigencia da sentido a la previsión normativa.»

(Sentencia de 16 de julio de 1986. R. A. 575/85.—«B. O. E.» de 23 de julio de 1986.—Ponente: Luis López Guerra.)

ARTÍCULO 969 y 7 DEL DECRETO DE 21 DE NOVIEMBRE DE 1952

Juicio de faltas: Principio acusatorio

«Este Tribunal ha dicho en varias ocasiones, y de modo muy destacado en su Sentencia 54, 1985, de 18 de abril, y en su Sentencia 104/1985, de 4 de octubre, que el sistema acusatorio rige también para los juicios de faltas. No es necesario examinar aquí las normas penales y procesales pre-constitucionales para averiguar por virtud de cuál de ellas y desde cuando varió en nuestro

ordenamiento la concepción «del juicio de faltas como dominado por el sistema inquisitivo», análisis por lo demás, que se contiene en la Sentencia del Tribunal Constitucional 54/1985, fundamento quinto. Lo que importa reiterar aquí es que el derecho recogió en el artículo 24.2 de la Constitución según el cual todos lo tienen «a ser informados de la acusación formulada contra ellos», se extiende también al juicio de faltas, implica la prohibición de que el juez actúe sucesivamente como acusador y como juzgador, esto es, como parte y como Juez reserva la acusación a las partes del proceso y, en consecuencia, impide que nadie pueda ser condenado sin haber sido acusado.»

(Sentencia de 17 de julio de 1986. R. A. 909/85.—«B. O. E.» de 13 de agosto de 1986.—Ponente: Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo.)

ARTÍCULO 977 y DECRETO DE 21 DE NOVIEMBRE DE 1952

Juicio de falta: Apelación

V. Sentencia de 4 de junio de 1986 sobre *derecho a la defensa*.—Artículo 24.2 de la C.E.

IV) CODIGO PENAL

Principio de culpabilidad

V. Sentencia de 22 de mayo de 1986 sobre *principio de legalidad*.—Artículo 25.1 de la C.E.

Principio de proporcionalidad

V. Sentencia de 22 de mayo de 1986 sobre *principio de legalidad y penas inhumanas y degradantes*.—Artículos 25.1 y 15 de la C.E.

ARTÍCULO 93

Remisión condicional

«Como es evidente, sin embargo, ni entre ambos preceptos (93 y 111 del Código Penal) media una necesaria conexión de sentido, ni, sobre todo, garantiza el artículo 17.1 de la Constitución en cuanto a la privación de libertad, otro derecho que el de que tal privación no se produzca sino «con observancia de lo establecido en los restantes apartados del mismo artículo (acerca de lo cual no hay en el presente caso problema alguno) y en los casos y en la forma previstos en la Ley». Este derecho, cuya garantía última está confiada a este Tribunal como supremo intérprete de la Constitución, no impone a los Jueces y Tribunales que integran el Poder Judicial una especial obligación de benevolencia, ni les otorga facultades para resolver con equidad,

al margen de la Ley ni, en particular, les obliga a conceder la remisión condicional de la condena cuando se dan los requisitos del artículo 93 del Código Penal. No nos corresponde, en consecuencia, porque está al margen del derecho constitucionalmente garantizado, juzgar acerca del rigor o la benignidad de las decisiones judiciales que ni aplican normas contrarias a la Constitución si las interpretan de modo incompatible con ésta.»

(Sentencia de 7 de marzo de 1986. R. A. 620/85. «B. O. E.» de 20 de mayo de 1985. Ponente: Francisco Rubio Llorente.)

ARTÍCULO 100, PÁRRAFO 1

Redención de penas por el trabajo. Principio «non bis in idem»

«Dentro del sistema penitenciario progresivo que para el cumplimiento de tales penas establece el artículo 84 del Código Penal se desarrolla en dicha Ley General y en el Reglamento para su aplicación, aprobado por el Real Decreto 1.021/1981, de 8 de marzo, el «status» del interno con la determinación de sus derechos y deberes, sometiénolo al cumplimiento de las normas que marcan el régimen interior, artículo 3 y 4.1, b), de la Ley, y al desarrollo del trabajo, que se regula como un derecho y a la vez como un deber, artículos 26 y 29 del propio texto legal.

Entre los beneficios penales que tienden a la rebaja o aminoración de las penas privativas de libertad, mitigando el rigor de su extensión material, se encuentra el de redención de penas por el trabajo, que se regula esencialmente por el artículo 100 del Código Penal, en favor de los reclusos que hayan estado privados provisionalmente de libertad y para los condenados a penas privativas de libertad a partir de la de arresto mayor, otorgándose un día de beneficio por cada dos de trabajo. Pero la concesión de esta ventaja no es en todo caso automática, sino que se establece en dicha norma a través del sistema regla-excepción, otorgándose con carácter general al trabajador recluso, salvo que concurren las excepciones que lo impidan («no podrán redimir pena por el trabajo»), tal la del número primero, referida a «quienes quebrantaren la condena o intentaren quebrantarla aunque no lograren su propósito». O dicho de otro modo: El otorgamiento de la aminoración penal por el trabajo se encuentra sometido a la condición, «conditio legis», de que el posible beneficiario no intente quebrantar la situación penal de prisión o de condena penal, pues, de cometerse el delito del artículo 334 del Código Penal, este comportamiento delictivo opera como presupuesto negativo del beneficio, negativa que halla su fundamento en la objetiva estimación de no concurrir en el sujeto las condiciones de reeducación y resocialización a las que va inseparablemente unida la finalidad esencial de la pena y justificando así con su conducta no ser acreedor de tal beneficio.

La conclusión que se desprende de lo expuesto es que no puede admitirse que se produzca una doble sanción penal con la imposición de la pena señalada para el delito de quebrantamiento de condena del artículo 334, en unión del efecto determinado en el artículo 100, 1.º, del Código Penal, ya que ambas consecuencias operan en planos sustancialmente diferentes: La pena,

en el castigo del delito de quebrantamiento cometido, y la privación del beneficio (en la ejecución de la pena impuesta por otro delito), en el de consecuencia del incumplimiento de una condición. Y es este último efecto, evidentemente, el que no puede estimarse en correcta técnica equiparable a una sanción penal sobreañadida o suplementaria, sino exclusivamente como la denegación de un beneficio al lesionar las reglas del sistema penitenciario y los fines que éste pretende conseguir. Es indudable que el legislador, atendiendo a poderosas razones de política criminal, puede establecer ese doble juego de efectos sin vulnerar el artículo 25.1 de la C. E., ni el principio implícito del «non bis in idem», permitiendo actuar a Jueces distintos: De un lado, el que enjuició y reprochó el delito indicado, y, de otro, al Juez de Vigilancia Penitenciaria, encargado del control y efectividad del cumplimiento de otras penas impuestas por distintos delitos y de la debida aplicación del beneficio de redención de penas por el trabajo sometida a condición. Consecuentemente, no cabe hablar de violación del principio «non bis in idem», recogido implícitamente en el artículo 25 de la C. E., por lo que procede desestimar la presente cuestión de inconstitucionalidad.»

(Sentencia de 8 de julio de 1986. Cuestión de inconstitucionalidad 845/83. «B. O. E.» de 22 de julio de 1986. Ponente: Carlos de la Vega Benayas.)

ARTÍCULO 111

Prelación entre responsabilidades pecuniarias

«El mencionado precepto no establece, en efecto, trato discriminatorio y ni siquiera diferencial entre distintos supuestos de hecho. Se limita a establecer un orden de prelación entre las distintas responsabilidades pecuniarias que pesan sobre el responsable de un delito o falta y que no es disponible ni para el obligado al pago, ni para quienes han de recibirlo. El entendimiento común, aunque no sea el único posible a partir del tenor literal de los correspondientes preceptos, de que el condenado a una pena pecuniaria puede optar libremente entre el pago de ésta o el cumplimiento del arresto sustitutorio, no puede extenderse hasta el extremo de considerar que es también asunto de libre opción el de destinar los recursos de que se dispone a asegurar la propia libertad en lugar de ponerlos a disposición de quien, en su persona o sus bienes, ha sufrido las consecuencias dañosas del delito o de la falta. Es sólo este entendimiento errado de las normas penales al que ha podido llevar a la recurrente a la también errada conclusión de que el arresto que se le imponía se originaba en el impago de la indemnización debida al perjudicado por su falta y, a partir de ahí, a la también errónea afirmación de que este encadenamiento de consecuencias vulnera el principio de igualdad.»

(Sentencia de 7 de marzo de 1986, R. A. 620/85. «B. O. E.» de 20 de mayo de 1986. Ponente: Francisco Rubio Llorente.)

ARTÍCULO 394

Malversación de caudales públicos

V. Sentencia de 22 de mayo de 1986 sobre *principio de legalidad, penas inhumanas o degradantes y principio de igualdad* —artículos 25.1, 15 y 14 de la C. E.

ARTÍCULO 570.5 Y 586.1

Falta de respeto a la autoridad y de injuria leve

«En esa obligada ponderación, el Juez penal debió valorar, desde luego, el contenido mismo del artículo periodístico, la mayor o menor intensidad de sus frases, su tono humorístico, el hecho de afectar al honor del denunciante no en su faceta íntima o privada sino en cuanto derivara sólo de su gestión pública como titular de un cargo representativo, y la intención de la crítica política en cuanto formadora de la opinión pública, así como también la inexistencia o la existencia de *animus injuriandi*. Una vez realizada por los jueces del orden penal esta ponderación, esto es, introduciendo por fuerza en el enjuiciamiento del *factum* penal la perspectiva constitucional en torno a los derechos fundamentales en juego, este Tribunal Constitucional poco tendría que decir, habida cuenta del artículo 117.3 de la Constitución y del 44.1.b) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, a no ser en el supuesto de que tal apreciación de legalidad (no desprovista de su dimensión constitucional) hubiese sido claramente irrazonada (Sentencia del Tribunal Constitucional 120/1983, de 15 de diciembre, fundamento jurídico tercero).»

(Sentencia de 17 de julio de 1986. R. A. 909/85. «B. O. E.» de 13 de agosto de 1986. Ponente: Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo).

V) LEYES ESPECIALES

CODIGO DE JUSTICIA MILITAR

ARTÍCULO 221

Estafo. Pena accesoria militar de separación del servicio

«Estas consideraciones resultan eminentemente aplicables a los miembros de la Institución militar, a la que la Constitución, en su artículo 8, asigna un conjunto de funciones que sin duda exigen, para su cumplimiento, una específica forma de organización, y un régimen jurídico singular del personal integrado en la Institución. Como consecuencia de ello, el legislador puede introducir determinadas peculiaridades en el Derecho Penal militar que supongan una diferenciación del régimen penal común, peculiaridades que hallan su justificación en las exigencias de la organización militar en los

términos señalados, como ya declaró este Tribunal en su Sentencia 180/1985, de 19 de diciembre F. J. 2.

A la luz de lo anteriormente expuesto debe examinarse el presente recurso a efectos de determinar si la imposición de la pena accesoria de separación del servicio, en virtud de la aplicación del entonces vigente artículo 221 del Código de Justicia Militar, supuso un tratamiento desigual no justificado por las exigencias derivadas de las peculiaridades de la Institución militar, o no proporcionado a tales exigencias, de forma que resultase vulnerado el derecho a no ser discriminado; caso éste en que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 55.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, si se estimara producida esa vulneración, procedería elevar al Pleno de este Tribunal la cuestión relativa a la inconstitucionalidad de la Ley aplicada.

Pues bien, del examen de las actuaciones no se deduce en forma alguna que la imposición del recurrente de la pena prevista en el artículo mencionado del Código de Justicia Militar, y que supone un plus de punibilidad respecto a la aplicable, en caso de delito de estafa, a aquellos ciudadanos no integrados en las Fuerzas Armadas, resultara discriminatoria o desproporcionada por no guardar relación con la protección de servicio de la Institución militar, y con la salvaguardia del cumplimiento de las funciones encomendadas a ésta.»

(Sentencia de 24 de julio de 1986. R. A. 514/85. «B. O. E.» de 13 de agosto de 1986. Ponente: Luis López Guerra).

ARTÍCULO 739

Declinatoria. Recurso de casación

«La dificultad que ofrece el optar por el cauce de la declinatoria ante la jurisdicción militar es que en ésta, por disposición expresa del artículo 739 del Código de Justicia Militar no cabe interponer contra la resolución que decida sobre la admisibilidad recurso alguno. La resolución, en efecto, tiene según dicho artículo «carácter inapelable». Ello lleva como consecuencia, como señaló en caso análogo la referida S. T. C. núm. 111/1984, que se pide a este Tribunal Constitucional que decida si es competente la jurisdicción militar o la ordinaria, cuando sólo se ha pronunciado sobre la cuestión una de ellas (la militar) y no ha tenido ocasión de hacerlo la otra (la ordinaria). Para obviar esa dificultad, la tantas veces aludida S. T. C. núm. 111/1984 entendió que el inciso con «carácter inapelable» del artículo 739 del Código de Justicia Militar interpretando como excluyente de todo recurso, no es compatible con el mencionado artículo 24-2 de la Constitución y por ello ha quedado invalidado en virtud de directa aplicación de la norma constitucional. Esa invalidez acarrea la extensión a la jurisdicción militar de la norma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, según la cual «contra el Auto resolutorio de la declinatoria... procede el recurso de casación» (art. 673 de la L. E. Cr.) con lo que se da ocasión a la jurisdicción ordinaria de pronunciarse sobre la jurisdicción controvertida.»

(Sentencia de 23 de mayo de 1986. R. A. 860/84. «B. O. E.» de 17 de junio de 1986. Ponente: Angel Latorre Segura.)

HABEAS CORPUS

Ley Orgánica 6/84, de 24 de mayo

«El órgano judicial que conoce de la petición de «habeas corpus» juzga de la legitimidad de una situación de privación de libertad, a la que puede poner fin o modificar en atención a las circunstancias en las que la detención se produjo o se está realizando, pero sin extraer de éstas —de lo que las mismas tuvieron de posibles infracciones del ordenamiento— más consecuencias que la de la necesaria finalización de dicha situación de privación de libertad (art. 8.2 de la Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo), y adoptando, en su caso, alguna o algunas de las decisiones a las que se refiere el artículo 9.º del mismo texto legal. No puede ser de otro modo si se repara en que el procedimiento previsto en el artículo 17.4 de la Constitución tiene un carácter especial, de cognición limitada, pues a través de él se busca sólo «la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente». Mediante este procedimiento la norma fundamental ha abierto un medio de defensa de los derechos substantivos establecidos en el resto de los apartados de su artículo 17, que permite hacer cesar de modo inmediato las situaciones irregulares de privación de libertad, mas no es un proceso al término del cual puedan obtenerse declaraciones sobre los agravios que, a causa de la ilegalidad de la detención, se hayan infligido a los que la hayan padecido, quienes —resulta en cualquier sentido su petición de «habeas corpus»— podrán buscar, por las vías jurisdiccionales adecuadas, la reparación en Derecho de aquellas lesiones.

Una recta identificación del concepto de «privación de libertad», que figura en el artículo 17.1 de la Constitución, es condición necesaria para la exigencia y aplicación del íntegro sistema de garantías que dispone el referido artículo de la norma fundamental, y en este sentido hay que subrayar que no es constitucionalmente tolerable que situaciones efectivas de privación de libertad —en las que, de cualquier modo, se impida u obstaculice la autodeterminación de la conducta lícita— queden sustraídas a la protección que a la libertad dispensa la Constitución por medio de una indebida restricción del ámbito de las categorías que en ella se emplean. Este Tribunal, por ello, podrá revisar la calificación constitucional dada a los hechos que consideró probados el juzgador «a quo» cuando en la demanda de amparo se alegue que dicha calificación fue incorrecta y que, por serlo, se procedió por el Juez a una equivocada subsunción de los hechos.

En el caso actual, sin embargo, una equivocada calificación por el Juez de la situación en la que los actores se hallaron sólo sería relevante si por su causa, al desestimarse la pretensión de «habeas corpus», se hubiera confirmado una situación de privación de libertad, efectiva al tiempo de dictarse la resolución judicial y en ella mantenida por haberla hallado, como se dice en el artículo 8.1 de la Ley Orgánica 6/1984, «conforme a derecho». Nada de esto ha ocurrido en el presente caso. El órgano judicial denegó la solicitud de «habeas corpus», no porque, constada la situación de privación de libertad, la considerase jurídicamente correcta, disponiendo su mantenimiento, sino

porque entendió con alguna inconsistencia entre lo expuesto en el fallo y en el fundamento jurídico de su resolución —que los demandantes o estuvieron, ni estaban en el momento de resolver, privados de libertad—. Esta afirmación es, en sí misma considerada, discutible, pues como acabamos de decir, debe considerarse como detención cualquier situación en que la persona se vea impedida u obstaculizada para autodeterminar, por obra de su voluntad, una conducta lícita, de suerte que la detención no es una decisión que se adopte en el curso de un procedimiento, sino una pura situación fáctica, sin que puedan encontrarse zonas intermedias entre detención y libertad y que siendo admisible teóricamente la detención pueda producirse en el curso de una situación voluntariamente iniciada por la persona. Mas aunque admitiéramos, en función de las anteriores premisas, la existencia de una equivocación del Juez «a quo», ella no nos puede llevar a la estimación de este amparo, pues lo cierto es que el Juez «a quo», al denegar el «habeas corpus», no mantuvo ninguna situación de sujeción de los demandantes y éstos tampoco han aducido que, tras la resolución judicial, su anterior situación se hubiera prolongado, de modo que hay que de todo ello extraer la conclusión de que, en el caso que nos ocupa, no se produjo ninguna lesión del derecho constitucional que en este recurso de amparo se ha invocado.

No hubo siquiera afectación, por obra de la resolución judicial impugnada, de la libertad personal de los recurrentes, libertad que no puede decirse menoscabada sólo porque no hubiera acogido el Juez de Instrucción los reproches de antijuridicidad ante él formulados cuando al no hacerlo, como en este caso, no se confirmó una privación de libertad actual. Detenidos o no en algún momento anterior a la resolución del «habeas corpus», los demandantes no vieron su libertad personal constreñida como resultado de la decisión judicial, que es lo que aquí ellos han impugnado.»

(Sentencia de 10 de julio de 1986. R. A. 344/86. «B. O. E.» de 23 de julio de 1986. Ponente: Luis Díez-Picazo y Ponce de León.)

V. Sentencia de 7 de julio de 1986 sobre *Habeas corpus* —artículo 17.4 de la C. E.

LEY DE PELIGROSIDAD Y REHABILITACION SOCIAL

ARTÍCULO 2.8

Toxicómanos

V. Sentencia de 14 de febrero de 1986 sobre *principio de legalidad penal, presunción de inocencia y juez ordinario predeterminado por la ley.*—Artículo 24 y 25 de la C. E.

Jurisprudencia Penal

LUIS FELIPE RUIZ ANTON
Universidad Complutense. Madrid

Artículo 8, 4.º. Legítima defensa. La actualidad de la agresión cesa si el atacante ha sido despojado del instrumento que esgrime.

«1. El primer motivo articulado, acogido a efectos procesales al artículo 849, número 1.º, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, descansa en la supuesta infracción, que el recurrente atribuye a la Sala de instancia, por no haber apreciado en su conducta la circunstancia eximente de legítima defensa que describe el artículo 8, número 4.º, del Código Penal, alegación carente de toda base en el relato histórico de la sentencia impugnada y, en consecuencia, condenada a su desestimación. Porque, constituyendo la agresión ilegítima el primer y más decisivo requisito de los que la norma legal exige para que alcance realidad en el orden jurídico la circunstancia de legítima defensa —hasta el punto de que si el mismo no concurre no puede apreciarse la mentada eximente ni aún como incompleta— y debiendo revestir la agresión, si se pretende que tenga virtualidad justificadora, no solamente la condición de ilegítima sino, al mismo tiempo, la de actual o inminente, es claro y patente que no puede ampararse en la eximente de referencia quien, como el recurrente en la ocasión de autos, tras haber arrebatado el martillo a la persona que acababa de golpear con él el vehículo en que el mismo viajaba y, teniéndola ya desarmada y a su merced, la asestó con dicha herramienta un golpe en la cara con las graves e indelebles consecuencias que en el «factum» de la sentencia recurrida se especifica, pues en tal caso, como quiera que la inicial agresión, dirigida —no es ocioso recordarlo— contra el vehículo que ocupaba el recurrente y no contra su persona, había concluido y no podía reanudarse, por haber sido despojada la agresora del instrumento que esgrimía, la reacción violenta de aquél no estaba ya legitimada por la necesidad de la defensa —que convierte en conforme a Derecho la lesión de los bienes jurídicos del agresor en función del principio del interés preponderante—, sino rotundamente desvalorada como acción puramente vindicativa, inspirada por el exclusivo propósito de castigar el comportamiento de la lesionada, ciertamente vituperable, pero no acreedor, por ello, de la arbitraria y violenta sanción del recurrente. En virtud de cuyas consideraciones, que se inscriben en una reite-

rada y pacífica doctrina emanada de esta Sala, de la que son recientes ejemplos las sentencias de 30 de enero, 26 de febrero y 19 de mayo de este año, mantenedoras todas ellas de la agresión actual o inminente como presupuesto indispensable de la legítima defensa, ha de llegarse a la conclusión de que la única respuesta que merece este primer motivo analizado no es otra que su desestimación.» S. T. S. de 11 de octubre de 1986.)

Artículo 11. Circunstancia mixta de parentesco: diferentes modos de operar.

«PRIMERO. Como es sabido, las circunstancias **mixtas** o ambivalentes, son aquéllas que según los casos, y atendiendo principalmente a la naturaleza, motivos y consecuencias de la infracción, pueden operar como agravantes o como atenuantes e, incluso, a veces y como ha resaltado la jurisprudencia moderna de esta Sala, así como la doctrina científica, son prooperantes dada su inocuidad e irrelevancia en orden a las peculiaridades del supuesto de que se trate. El Código Penal les dedica el Capítulo V del Título I del Libro también primero, cuyo epígrafe, «De las circunstancias que agravan o atenúan la responsabilidad criminal según los casos», en lo que tiene de expresión plural, queda inmediatamente desmentido, puesto que en el artículo 11, único que integra el meritado Capítulo, no se regula más que la circunstancia de parentesco. De conformidad con las sentencias de este Tribunal de 6 de junio de 1928, 16 de junio de 1944, 21 de abril de 1949, 8 de noviembre de 1961, 23 de abril de 1970 y 31 de enero de 1981, entre otras muchas, para la estimación de la circunstancia estudiada, es preciso no solo que, entre ofensor y ofendido, se den los vínculos de parentesco a que se refiere el precepto, sino también la **afectividad** propia de la relación familiar, aunque dicha afectividad se presume como declaró la sentencia de 2 de febrero de 1954. Por otra parte, las sentencias de 15 de enero de 1886, y 11 de febrero de 1984, resaltan la necesidad de que confluyan dos elementos, o requisitos, el **objetivo**, esto es, el parentesco, en el grado y con los límites establecidos en el artículo 11, y, el **subjetivo**, el cual radica en el conocimiento que, el agente, ha de tener de los lazos parentales que le ligan con la víctima, añadiendo que, la circunstancia, es irrelevante cuando, el ofendido, hubiere provocado el suceso, hubieren precedido, a éste, ofensas, procedentes de aquél o, en el caso de los cónyuges, cuando la infidelidad de uno de ellos, real o presunta, hubiera sido la determinante del hecho punible. Para lo que aquí interesa, es conveniente recordar que, el parentesco por afinidad, no es definido por el Código Civil, aunque lo mencione en diferentes preceptos, pero, partiendo del contenido del antiguo artículo 84 del mencionado cuerpo legal y de las sentencias de este Tribunal de 21 de enero de 1924 y 6 de junio de 1928, las cuales se inspiraron en Las Partidas, son **afines** los cónyuges entre sí y cualquiera de ellos respecto a los parientes por consanguinidad del otro, no siéndolo, de ningún modo, los parientes por naturaleza de cada uno de ellos respecto a los parientes consanguíneos del otro, ni un cónyuge respecto a los parientes por afinidad de su consorte. La circunstancia, para operar como agravante o como atenuante ha de generar

un incremento o una disminución del desvalor de la conducta, es decir, que, con palabras de esta Sala, se habrá de atender a la mayor o menor **malicia** del ofensor o a su superior o inferior **perversidad**, y como, el artículo 11, se refiere, como línea de separación, a la **naturaleza**, a los motivos y a los efectos del delito, es preciso destacar que, por **naturaleza**, se ha de entender la índole de la infracción perpetrada o, especialmente, la clase de bien jurídico violado o contra el cual se atenta, los **motivos**, equivalen a los móviles que impulsaron al agente a actuar de modo antijurídico, y finalmente, **efectos**, no son tanto el resultado del hecho punible, como las consecuencias de toda especie producidas o desencadenadas por la infracción. Por regla general, este Tribunal, ha entendido que, la circunstancia analizada, opera, como agravante, en los delitos contra las personas o contra la honestidad, y, como atenuante, en las infracciones contra la propiedad; y así, v. g., las sentencias de 22 de octubre de 1923; 10 de febrero de 1925, 15 de abril de 1942 y 2 de febrero de 1954, declararon que es en los delitos contra las personas donde se despliega la eficacia agravatoria del parentesco, si bien cuando estímulos más moderados que el respeto familiar impulsaron al reo a delinquir, operará el parentesco como atenuante, lo cual, como subrayaron las sentencias de 8 de febrero de 1900, 10 de febrero de 1925, 12 de febrero de 1919, 27 de septiembre de 1944 y 2 de febrero de 1954, significa que si, la motivación del hecho punible, fue ajena a los lazos familiares u obedeció el delito a razones extrañas al orden parental, la circunstancia mixta estudiada, no operará como agravante, ocurriendo de idéntico modo cuando se ha roto el vínculo familiar por distanciamiento, por enemistad, por intereses contrapuestos o por cualquier otra razón, así como en los casos de provocación por parte de la víctima, de ofensas precedentes del mismo origen, o de infidelidad real o presunta. (S. T. S. de 15 de septiembre de 1986.)

Artículo 254. Tenencia ilícita de armas. Autoría aunque no exista una posesión material.

«4. El segundo motivo del recurso anterior se refiere a la aplicación indebida del artículo 254 del Código Penal argumentando que al haber sido halladas dos armas de fuego real, solamente dos de los asaltantes podían ser sujetos del delito de tenencia ilícita, pero esta alegación no advierte que en la relación de hechos probados la sentencia expresa que los acusados se pusieron de acuerdo para el asalto a una entidad bancaria trasladándose desde Madrid al pueblo de Guijuelo con dos pistolas en perfecto estado de funcionamiento «de las que se habían proveído para su uso conjunto», es decir que las armas estaban a disposición indistinta de todos y cada uno de los miembros del grupo, que las destinaban a la común empresa delictiva, y esta posesión indistinta o compartida, como han dicho reiteradas resoluciones de este Tribunal (sentencias de 1 de junio de 1984, 8 de noviembre de 1985, y 25 de marzo y 12 de mayo de 1986, entre otras muchas) no exceptúan de responsabilidad a quienes en el momento de la ejecución, por el convenido reparto de cometidos o por cualquier otra causa, no ostentan arma alguna, que es el caso, reiteradamente contemplado en las resoluciones

de este Tribunal, del coautor que espera vigilante con el motor en marcha. No ha existido, por tanto, infracción del expresado artículo 254, ni —subsidiariamente— la aplicación errónea de los artículos 516 bis, párrafo cuarto, y párrafo final del artículo 501, que también denuncia este motivo del recurso, cuya desestimación procede.» (S. T. S. de 12 de noviembre de 1986.)

Artículo 254. Tenencia ilícita de armas. Es suficiente la mera intención de poseer el arma.

«Porque si bien es cierto, por una parte, que para la perfección del tipo penal descrito en el artículo 254 del Código sancionador no basta el fugaz contacto físico del agente con el arma, no lo es que, como se dice en el recurso, sea necesaria una posesión permanente y sostenida a lo largo de cierto período de tiempo, siendo suficiente con que, como se recuerda en la sentencia de 21-4-86, la relación entre la persona y el arma le permita a la primera la disponibilidad de la segunda y haga factible su utilización, lo que sin duda aconteció en el caso de autos en que el recurrente, tras ser expulsado de un bar, fue a su casa, se apoderó de la pistola que legítimamente poseía su padre, se presentó de nuevo ante el establecimiento ya cerrado y, amenazando de muerte a su propietario, hizo dos disparos contra la puerta. Y aunque sea innegable, por otra parte, que la tenencia del arma ha de ir acompañada de un específico "animus" no se trata, como pretende el recurrente, del "animus rem sibi habendi" o voluntad de tener el arma como propia, sino el mero "animus possidendi" o simplemente "detinendi", intencionalidad que no puede ponerse en duda respecto de quien, como el recurrente, sustrajo y retuvo el arma precisamente para darle el uso que le es inherente, es decir, para hacer fuego con ella contra determinada persona o cosa.» (S. T. S. de 25 de noviembre de 1986.)

Artículo 257. Depósito de armas. También es autor el que sin constituir el depósito, tiene las armas a su disposición.

«2. La normal plurisubjetividad con que viene concebida la infracción resalta de la enumeración de protagonistas contenida en el precepto, **promotores** u **organizadores**, a quienes se les castiga con la pena de reclusión menor dada la significación de sus conductas encaminadas directamente a dar vida al depósito o a estructurarlo u ordenarlo, y **cooperadores**, asistentes o ayudantes necesarios o no, en la formación de aquél, a quienes se les reserva la pena de prisión mayor. Si bien, y pese a esa generalizada pluralidad de intervinientes, no puede conceptuarse el delito que nos ocupa como de participación necesaria, de indefectible intervención de varios sujetos en la ejecución de la acción de establecimiento; pudiendo ser un solo individuo el que lleve a término la acumulación de armas, cual ha reconocido la sentencia de esta Sala de 10 de marzo de 1979, sosteniendo que, aunque efectivamente en el artículo 257 del Código punitivo se distingue a efectos de graduación de penas entre promotores u organizadores y cooperadores, según los distin-

tos grados de actuación de cada uno de los partícipes en la creación del depósito, ello no resulta necesario cuando las tenencias hayan sido individualizadas, respondiendo cada procesado singularmente de su ilícita posesión. Siendo igualmente parecer jurisprudencial afianzado el de que, tratándose el depósito de armas y municiones de un delito de tracto continuo, permanece mientras el depósito subsista y las armas se encuentren en poder de quienes las almacenaron y ocultaron, perpetrándose el delito no sólo mediante la acumulación en determinado lugar del número y clase de armas que la Ley establece, sino de igual modo mediante el conocimiento de su existencia en esa forma, mantenida durante un período más o menos dilatado, y con posibilidad de utilización por el sujeto en la comisión de hechos delictivos en apoyo de los cuales fue establecido precisamente el depósito, es decir, que quien no interviene en la formación inicial del depósito pero lo tiene después a su disposición para los fines ilícitos a que propendía, se reputa también autor de la referida infracción; criterio alentado en sentencias de 13 de marzo de 1968, 3 de julio de 1973, 16 de abril de 1974 y 15 de noviembre de 1975.» (S. T. S. de 9 de octubre de 1986.)

Artículo 302, 4. Falsedad documental. Se consuma cuando, constando la falsedad, se entrega el documento a otro para que lo use.

«**Sexto.** Para negar la existencia de los delitos (mejor hubiera sido en todo caso referirse a la autoría, pues el dato objetivo de la falsificación lo proclama su «factum»), la sentencia sometida a recurso parte de que (segundo Considerando) es «insuficiente el dictamen pericial obrante en el sumario para imputarle la comisión de un delito de falsedad en documento mercantil, pues dicho informe ni se reprodujo en el acto del juicio oral ni se dio ocasión a la defensa para impugnarlo»; pero esta loable —y no siempre practicada— asepsia ritualia del Tribunal «a quo» en uso de sus privativas facultades conferidas por el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento criminal y por ende no revisable por este Tribunal de casación, en nada empece a la estimación positiva de la autoría del procesado en el delito de falsedad imputado a partir de la relación fáctica de la sentencia recurrida, ya que el Tribunal provincial, para negar la acción comisiva de la falsedad parte de que el procesado no está demostrado que fuese el autor material de la falsedad de tal carácter que prevé el número 1.º del precepto matriz (artículo 302 del Código penal): «contrahaciendo o fingiendo letra, firma o rúbrica»; más en forma inexplicable silencio que al lado de esta forma comisiva existe la prevista por el número 2.º de dicha norma («suponiendo en un acto la intervención de personas que no la han tenido»), que una reiteradísima doctrina de esta Sala configura como falsedad ideológica, intelectual o histórica; que no depende de la autoría del primer supuesto, pues se consuma **cuando a quien le conste la falsedad de un documento lo entrega a otra persona para que lo use en su provecho** (Sentencias de 2 de octubre de 1969, 15 de octubre y 27 de diciembre de 1979, 28 de abril y 11 de julio de 1983 y 6 de diciembre de 1985); y ninguna duda puede haber que si el procesado, conforme a lo

figurado por la narración histórica de la sentencia recurrida, tenía que ser plenamente consciente al suscribir y firmar la declaración cambiaria no sólo de la falsedad de la firma de quien figuraba como coaceptante, sino también de la del domicilio de la sociedad librada a la que representaba, es claro que el supuesto se residencia o incardina no sólo en el tipo matriz del citado número 2.º, sino también en el del número 4.º del mismo artículo 302 del Código penal.» (S. T. S. de 28 de octubre de 1986.)

Artículo 339. Inhumación ilegal precedida por un delito contra la vida.

«B) En lo que respecta al problema del ocultamiento o destrucción del cadáver o inhumación ilegal del mismo, cuando el infractor es la misma persona que cometió el aborto, infanticidio, homicidio, asesinato o cualquier otro delito contra la vida, precedente y que privó, de dicha vida, al luego interfecto, la doctrina científica se halla dividida, pues, unos sectores entienden que se trata de un acto de autoencubrimiento impune —ocultación del "corpus delicti"—, que el delito contra la vida absorbe o consume a la infracción sanitaria —"lex consumens derogat consumptas"—, que el desvalor de la inhumación ilegal está ya incluido en la penalidad del delito contra la vida, y que, finalmente, es inexigible que la abortista, la infanticida, el homicida, el asesino o el autor de cualquier delito contra la vida se autodenuncien, presentándose en el Registro Civil para promover la legal inhumación del cadáver resultante gracias a sus antijurídicos actos; mientras que, otros sectores, atendiendo a la heterogeneidad del bien jurídico violado, sostienen la punición de ambas figuras, sin que, ninguna de ellas, absorba a la otra. Por su parte, la jurisprudencia, en sentencias de 5 de diciembre de 1956 —asesinato—, 14 de mayo de 1960 —aborto—, y 19 de diciembre de 1977 —accidente de circulación en el que el reo se limitó a no dejar el cadáver "in situ" sino que lo llevó a un lugar próximo al del atropello arrojándolo a la acera que discurría paralelamente a la carretera—, adoptó la solución negativa, que reputó más técnica, realista y científica, proclamando la impunidad del autoencubrimiento y añadiendo no ser exigible, al homicida, que se autodenuncie y no oculte el "corpus delicti" para evitar la consecutiva sanción penal; pero, en las sentencias de 9 de junio y 22 de noviembre de 1943, 8 de octubre y 22 de diciembre de 1947, 27 de enero de 1951, 27 de septiembre de 1952, 4 de marzo de 1965 y 15 de noviembre de 1977, esta Sala, sostiene lo contrario, basándose en que, las conductas atacan bienes jurídicos distintos —vida y salud pública—, en que, el autoencubrimiento, es acto impune pero que ello solamente sucede cuando, los actos que lo integran, no constituyen, por sí solos, otro delito, lo que se demuestra consultando el artículo 17, número 4.º, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuyo precepto considera conexos a los delitos cometidos para procurar la impunidad de otros, y en que, no siendo consustancial o inherente al delito contra la vida, la infracción de riesgo o peligro abstracto, no tiene por qué absorber aquélla a éste último, tal como ocurre, v. g., con el homicidio o las lesiones en las figuras del artículo 501 del Código Penal, o con los daños causados

en los supuestos contemplados en los números 2 y 3 del artículo 504 del mismo; inclinándose, en este caso y atendidas las circunstancias del mismo, esta Sala, a la última solución citada, no solamente por las razones expuestas sino porque el párrafo segundo del artículo 322 del mismo punen conductas delictivas efectuadas para procurarse la impunidad de otros delitos y porque la punición de la inhumación ilegal consecutiva a la perpetración de un delito contra la vida, no supone forzar al delincuente a dejar el cadáver "in situ", a una autodenuncia o a su comparecencia en el Registro Civil para promover el legal enterramiento de el mismo, sino que simplemente se le exige que no incurra en un "plus" de antijuridicidad; sumando al delito cometido, el ocultamiento o destrucción del cadáver, impidiendo, con ello, tanto que éste sea tempestivamente, y sin peligro para la salud pública, conducido al recinto señalado al efecto y confinado en él, como que, sus familiares o deudos, se hagan cargo de dicho cadáver y pueden dedicarle los habituales funerales y exequias.

En el caso de autos, la acusada, después de matar a su infeliz asalariado, metió el cadáver en una caja de cartón ondulado, introduciéndola, con su contenido, en el maletero o cofre de su automóvil, trasladándolo, desde el término municipal de Cardona donde se halla su empresa hasta una casilla de peones camineros abandonada, sita en el kilómetro 31,300 de la carretera Vich-Olot, donde descargó el cadáver con su embalaje, lo introdujo en dicha casilla, lo roció de gasolina que había llevado al efecto y le prendió fuego, permaneciendo el citado cadáver, oculto e ignorado en la casilla dicha desde el 22 de septiembre de 1979 hasta el 30 del mismo mes y año, fecha, esta última, en la que fue hallado casualmente, y parcialmente calcinado, siendo identificado por sus padres gracias a los objetos personales que respetó el fuego así como por los restos de su indumentaria. Y ante estos hechos, y a la luz de los razonamientos antes expuestos, **es preciso estimar que, la acusada, cometió el delito de inhumación ilegal**, comprendido en el artículo 339 del Código Penal, procediendo, en armonía con lo expuesto, el acogimiento del único motivo del recurso interpuesto por la acusación particular al amparo del número primero del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por inaplicación del citado artículo 339 del Código Penal.» (S. T. S. 14 de octubre de 1986.)

Artículo 344. Tenencia de drogas destinadas al tráfico: consumación anticipada.

«2. El procesado A. A., súbdito pakistaní, fue detenido en el aeropuerto de Son San Juan (Palma de Mallorca), llevando escondido en su equipaje 494,140 gramos de heroína valorada en 6.266.756 pesetas que, tras introducirla en la isla desde Turquía, vía Zurich, había de ser entregada a un tercero con la finalidad de su distribución en España, tal como reza el **factum** y sin que tales aseveraciones fácticas se intenten destruir o rectificar por la vía procesal adecuada. En base de ello y como autor de un delito contra la salud pública del artículo 344 del Código Penal, se le condena a la pena de ocho

años de prisión mayor y multa de cien mil pesetas. Infracción existente al tratarse de un típico delito de los que vienen definidos como de consumación anticipada, tan pronto concurren los requisitos a que antes se hizo referenda, con completa independencia de cualquier resultado ulterior, el que sólo afectaría a la fase de agotamiento; consumándose, pues, el hecho delictual una vez realizada por el agente alguna de las acciones enunciadas en el precepto, tal como sucede en el caso enjuiciado, la posesión o tenencia con intención de tráfico, determinándolo así los verbos nucleares de la citada norma, sin que sea precisa la transmisión del producto tóxico para que se produzca la consumación. Doctrina mantenida en múltiples sentencias de esta Sala, tales las de 16 de enero y 30 de mayo de 1981, 24 de febrero y 16 de julio de 1982, 14 de febrero y 3 de mayo de 1983, 20 de junio y 9 de julio de 1984, 7 y 12 de marzo y 10 de mayo de 1985, 15 de enero y 11 de abril de 1986.» (S. T. S. de 11 de julio de 1986.)

Artículo 344. Tráfico de drogas. No desaparece el fundamento del castigo aunque el donatario sea un sujeto drogadicto.

«Único.—Procede estimar los dos motivos impugnativos del recurso del Ministerio Fiscal, ambos amparados en el número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ya que efectivamente la sentencia recurrida al absolver al procesado del delito contra la salud pública objeto de acusación infringió por inaplicación el artículo 344 del Código Penal, pues es reiteradísima la doctrina de esta Sala posterior a la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, en orden a que tras ella la donación de sustancias estupefacientes se integran en los actos de tráfico contemplados por dicho precepto (Sentencias, entre otras, de 8 de febrero de 1984, 15 de marzo, 15 de mayo, 26 de junio y 15 de noviembre de 1985 y 16 de febrero de 1986); sin que sea tendible el razonamiento del tribunal provincial en orden a que si el donatario es sujeto drogadicto desaparece el fundamento de la punición, ya que los verbos básicos del tipo no se ciñen a "promover", sino, con la misma significación, también "fomentar" y "facilitar"; lo que determina la vulneración del precepto y derivada estimación del recurso.» (S. T. S. de 24 de noviembre de 1986.)

Artículo 406, 3.º. Asesinato. Muerte del cónyuge mediante veneno.

La Audiencia condena por asesinato al haberse servido de veneno (el fallo no valora la existencia de parentesco, a efectos de la posible aplicación del artículo 11), y el recurrente, acusador particular, estima que se ha aplicado indebidamente el artículo 406, siendo lo adecuado la apreciación del artículo 405 (parricidio) del Código penal. El Tribunal Supremo, aun cuando parece darle la razón, no casa la Sentencia, pero argumenta en los siguientes términos:

«Quinto.—El recurrente acusador particular articula, en ambos supuestos con invocación formal del artículo 849-1.º de la tantas veces citada Ley de Enjuiciamiento Criminal, dos primeros motivos de impugnación por infrac-

ción de ley: los derivados de una supuesta aplicación indebida del artículo 406 del Código Penal (motivo primero) y una pretendida inaplicación del artículo 405 del mismo cuerpo legal (motivo segundo), que al ser como el envés y el revés de un argumento único pueden y aún deben ser analizados conjuntamente, al incidir ambos sobre la aplicabilidad o inaplicabilidad, por alteratividad normativa, del artículo 68 del Código Penal como hizo la sentencia sometida a recurso; cuestión que si de siempre había sido resuelta por esta Sala en el sentido de, por aplicación de la especialidad del tipo, estimar existente la figura delictiva o tipo de parricidio, aplicando, caso de existir, las circunstancias agravatorias cualificadoras del delito de asesinato como agravantes genéricas, ahora podría suscitar unas dudas iniciales derivadas de la nueva redacción que la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, dio en forma absolutamente injustificada y opuesta a toda la evolución legislativa española—) al artículo 406 citado al conminar el delito de asesinato con la pena de reclusión mayor no en toda su extensión (como hace el artículo 405 respecto del parricidio), sino, y con abstracción de otras circunstancias, en el grado máximo de la referida pena; con lo que **es llano**, por el distinto campo de los numerales 1.º y 2.º del artículo 56 del Código Penal, en relación con los artículos 27, 61 y 78 y su tabla demostrativa en dicho cuerpo legal sustantivo, de un lado, **que el asesinato es siempre y en todo caso delito más gravemente penado que el parricidio** y, de otro, que los supuestos de degradación punitiva podrían funcionar con intensidad distinta en cada caso de seguirse la tesis de alternatividad o la de la especialidad.

Sexto.—El tema ha sido ya resuelto, en el mismo sentido postulado en dichos dos primeros motivos impugnativos formulados por la parte acusadora en su recurso, por la reciente Sentencia de esta Sala de 4 de marzo de 1986, la que, en doctrina que ahora se ratifica, y tras una extensa referencia a la evolución legislativa española sobre el tema, se pronunció por la aplicabilidad en estos supuestos del principio de especialidad (lo que determina la improcedencia del citado artículo 68) y existencia de «tipo privilegiado» (también excluyente), al expresar que debe ser así «por la razón simplísima de que **ello** (lo contrario) **supondría desmembrar los elementos integrantes de una infracción delictiva autónoma, específica y hoy día privilegiada como es el parricidio**, extrayendo de su tipo la circunstancia de ser el agredido una de las personas ligadas con el agresor por cualquiera de los vínculos señalados en el primero de los preceptos citados»; doctrina que por su claridad releva de insistencias fundamentadoras que serían meras reiteraciones y que conduce a la inicial desestimación de estos dos primeros motivos del recurso que se examina.» (S. T. S. de 29 de septiembre de 1980.)

Artículo 420, 4.º Lesiones. La deformidad se ha de valorar con independencia de la posible corrección por efecto de la cirugía.

«UNICO. Es de frecuente aceptación por las sentencias de esta Sala el concepto de deformidad —a los efectos del artículo 420, 3.º, del Código Penal— como irregularidad física, visible y permanente, y sobre esta última nota una antigua sentencia datada el 5 de mayo de 1884 parificaba lo per-

manente con lo irreparable por la acción constitutiva de la naturaleza, a destrucciones orgánicas no regenerables se refería la sentencia de 20 de marzo de 1957, y recientes declaraciones —sentencias de 30 de mayo de 1983 y 23 de abril de 1986— aluden a defectos duraderos o imperfecciones insubsanales por la acción del tiempo. Las sentencias de 28 de junio y 17 de julio de 1983 completaban este cuerpo de doctrina sobre deformidad al añadir que las secuelas de las lesiones deben ser las apreciadas en el momento de juzgar o los resultados de las mismas después de un proceso normal de sanidad, sin que puedan ser consideradas las mejoras conseguidas mediante posibles intervenciones posteriores porque el resultado de la cirugía reparadora puede ser incierto y no es susceptible de ser impuesto a la víctima, dado que el remedio quirúrgico de las alteraciones de fisonomía nunca ofrece todas las garantías de éxito, siempre envuelve un riesgo personal y puede producir o dejar otras secuelas de índole somática o psíquicas. Este criterio jurisprudencial arranca de lejanas resoluciones de este Tribunal (vid. sentencias de 16 de mayo de 1908, 17 de junio de 1915, 3 de diciembre de 1927, 22 de octubre de 1952), y se ha aplicado a la cirugía plástica en las sentencias de 5 de mayo de 1980, 30 de mayo de 1983 y 21 de enero de 1985 por hacer cita de las más recientes, y con referencia a la pérdida de dientes se ha negado eficacia subsanadora a los medios que ofrecen las modernas técnicas de ortodoncia y odontología (sentencias de 28 de noviembre de 1981 y 20 de octubre de 1983).

En atención a lo anteriormente expuesto, procede desestimar el primer motivo del recurso de invoca la aplicación indebida del artículo 420, 3.º, del Código Penal, basado en que la posibilidad de corrección de las cicatrices del rostro mediante una operación de cirugía estética se opone a la permanencia que es inherente al concepto penal de deformidad. Y la desestimación de este motivo lleva tras de sí al segundo y último de los formulados que, excluía la deformidad, valora únicamente a los efectos tipificadores la duración de las lesiones propiciando la subsunción en el número 5.º del susodicho artículo 420 del Código.» (S. T. S. de 18 de noviembre de 1986.)

Artículo 429. Violación. Sujeto pasivo: prostituta.

«UNICO. 1. La fuerza o intimidación necesarias para lograr el yacimiento y consumir una violación es la necesaria y adecuada en cada caso y producirse en tanto en cuanto se da comienzo a la realización del acto carnal y se termina por la consumación. Conforme a reiterada doctrina, nada obsta a la consumación el que la mujer siga de grado al varón, que haya previamente estipulado un precio o promesa por el yacimiento, cuando llegados el momento de la consumación se olvidan unos y otros y se recurre a las formas comisivas que integran el delito de violación conforme al número 1.º del artículo 429 del Código Penal.

2. Así, comete violación quien, como el procesado, tras haber concertado por precio aplazado la realización del acto carnal con una prostituta, llegados al lugar convenido y reclamar la mujer el precio pactado, se niega a entre-

garlo y bajo amenazas anula la voluntad de la mujer y consigue realizar el acto carnal.

Lo comete, asimismo, el mismo procesado que, tiempos después recoge a una prostituta y la traslada a un camino próximo a determinada población y a la que, mediante golpes y amenazas, consigue vencer su voluntad contraria y consigue realizar el acto carnal.

En consecuencia, procede la desestimación del único de los motivos alegados en que, por fondo, se postula la inexistencia de violación.» (S. T. S. de 26 de septiembre de 1986.)

Artículo 429. Violación. Frustración: desproporción de los órganos sexuales.

«1. El único motivo del recurso formalizado por la representación del procesado, atento al cauce del número 1.º del artículo 849 de la Ley Procesal Penal, gira en torno al grado en que se dice cometido el delito de violación por el que se le condena, mostrándose disconforme con la calificación de la sentencia en cuanto conceptúa los hechos como constitutivos de aludida infracción en grado de frustración, creyendo que sólo alcanzan la categoría de mera tentativa. Existe un amplio espectro jurisprudencial sumamente ilustrativo y aleccionador al respecto, al objeto de diferenciar los varios estadios que pueden haberse alcanzado por el agente, constante su ánimo de conseguir el yacimiento carnal con la mujer, sujeto pasivo de su dinámica pasional e irrefrenada, concurrente alguno de los supuestos a que se refiere el artículo 429 del Código Penal; comprendiendo desde los actos preparatorios, pasando por la ejecución incompleta que la tentativa o frustración representan, hasta llegar a la perfección consumativa definida en el tipo. La **consumación** se entiende producida tan pronto se consigue el ayuntamiento carnal o conjunción de órganos genitales de varón y hembra, «coniunctio membrorum», siempre que conlleve penetración del pene, más o menos perfecta, en la cavidad genital femenina, en los órganos sexuales de la mujer, sin exigirse la perfección fisiológica del coito, la cópula normal y completa en su alcance y consecuencias. En orden a aclarar supuestos en los que latía la duda y contradicción, ha tiempo que esta Sala declaró que para estimar la consumación del delito de violación no se requiere que la penetración del miembro viril sea completa, bastando la introducción más o menos profunda (sentencias de 8 de octubre de 1969, 12 de junio de 1979, 11 de marzo de 1980, 28 de octubre de 1982, 23 de junio y 19 de noviembre de 1983, 27 de diciembre de 1984 y 5 de marzo de 1985); sin que se precise la originación de la eyaculación sexual (sentencias de 8 de octubre de 1969, 12 de junio de 1979, 11 de marzo de 1980, 28 de octubre de 1982, 23 de junio y 19 de noviembre de 1983 y 30 de mayo de 1984), ni siquiera la rotura más o menos completa del himen, con desfloración de la mujer doncella (sentencias de 8 de octubre de 1969 y 26 de junio de 1983). En la **frustración** el culpable practica toda la serie de actos que, según común experiencia, son los adecuados para dar cima al resultado propuesto, no alcanzándose, no obstante, indicado fin,

hipótesis frecuente —y que suele citarse como la más caracterizada— ante la desproporción de los órganos sexuales del varón y los de la mujer ofendida (sentencias de 14 de diciembre de 1961, 21 de octubre de 1967, 13 de mayo de 1974, 20 de mayo de 1977, 23 de septiembre de 1981 y 22 de octubre de 1984); o en los supuestos del llamado coito vestibular o de introducción imperfecta, afectante tan sólo a los órganos genitales externos de la mujer, a la región vulvar u orificio externo de la vagina, pero no a la vagina propiamente dicha (sentencias de 20 de mayo de 1977 y 23 de septiembre de 1981), si bien esta última modalidad de frustración —cual reconoce citada sentencia de 1981—, por constituir verdadero caso límite, es de problemática apreciación; no se llega al estadio de la consumación en la progresión delictiva, normalmente, ante la tenaz resistencia de la mujer, mas puede decirse que se realizaron todos los actos precisos y adecuados para ello, cual expresa la sentencia de 3 de diciembre de 1985. Cuando de *tentativa* se trata sólo hallamos actos itinerantes conducentes hacia la meta propuesta, pero que, en su ensamblaje aditivo, no ofrecen aún la idoneidad e integridad precisas para su logro; tales el penetrar ilegalmente en el domicilio ajeno saltando por una ventana desprovisto de ropa con la intencionalidad de saciar sus lúbricos deseos en la víctima (sentencia de 28 de septiembre de 1981), derribo de la víctima, bajándole la parte inferior del biquini (sentencia de 26 de junio de 1982), enfermedad del procesado impositiva de la realización del acto sexual (sentencia de 11 de junio de 1983), arrojar al suelo a la mujer, tratando de cohabitar y no consiguiéndolo ante su tenaz resistencia (sentencia de 31 de marzo de 1984), actos conducentes a desnudar a la joven, sin lograrlo ante el serio forcejeo y rotunda resistencia de la misma (sentencia de 27 de junio de 1986).» (S. T. S. de 24 de noviembre de 1986.)

Artículo 481, 1.º Detenciones ilegales consecutivas a un delito contra la propiedad.

«A. Todo delito de robo violento o intimidatorio lleva consigo una cierta y poco duradera privación o limitación de la libertad del ofendido u ofendidos, el tiempo imprescindible para inmovilizarlos y consumir el despojo con el sucesivo apoderamiento, y en estos casos es inane plantearse el concurso delictivo porque queda absorbida la detención por el delito contra la propiedad; ahora bien, cuando la duración excede del tiempo normalmente exigido por la acción de robo o concurren circunstancias cualificadas en la detención o encierro, y éstos se realizan «in situ», pueden producirse dos situaciones con trascendencia en la calificación delictiva: que la detención o encierro se mantenga mientras el apoderamiento y la huida que permite la disponibilidad de los efectos robados, que es tanto como decir mientras el delito se consuma, en cuyo caso concurre con el robo violento el tipo básico de detención ilegal del párrafo primero del artículo 480; o cabe la posibilidad de que la detención nazca después o subsiga a la consumación del robo, «consecutivamente al delito contra la propiedad», que es uno de los comportamientos cualificados previstos en el artículo 481, 1.º, del Código.

Junto a estos supuestos de detenciones en concurso con el robo violento, forzados por las tipificaciones vigentes, figura el robo con cuyo motivo u ocasión se «tomaren rehenes» con el fin de facilitar la ejecución del delito o la fuga del culpable introducido por el texto reformado del artículo 501, 4.º, del Código, que supone también una privación de libertad ambulatoria o locomotriz, pero acompañada siempre de una aprehensión de la víctima del robo o de personas a ella unidas por relaciones parentales, afectivas, económicas o de cualquier otra índole, aprehensión que comporta sujeción directa o dependencia a la voluntad de los delincuentes como prenda o garantía del éxito de la acción criminal o de la impunidad, ya se realice el apresamiento o encierro en el lugar del robo o en otro distinto, ya se traslade a los detenidos a otro lugar, ya sea antes o después de la depredación, ya para facilitar el delito o la fuga, pero siempre «con motivo u ocasión del robo» como factor común determinante.

Dentro de este catálogo de supuestos la versión que ofrece el primer Resultando de la sentencia inclina a situar los hechos en el marco del concurso del robo violento del artículo 501, 5.º, y del delito básico de detención ilegal del artículo 480 —que fue la tesis del Ministerio Fiscal y la que siguió la Audiencia al imponer la pena— porque después del encierro de los dos sujetos robados, de la empleada y del contable en los servicios del entre-suelo —sellada la boca con esparadrapo y las manos atadas «introdujeron las joyas en un baúl de cuero, se apoderaron también de dos maletas que contenían cien relojes y se dieron a la fuga» y «poco después» las cuatro personas consiguieron soltarse y avisaron a la Policía.» (S. T. S. de 9 de julio de 1986.)

Artículo 487. Abandono de familia. Delito de omisión de índole permanente. Malicia.

«3. Este delito omisivo, con abstención o inacción entroncada con alguna de antedichas conductas, de índole permanente al cometerse en tanto el culpable persiste en el abandono del cumplimiento de los deberes mencionados, no puede entenderse existente, sin más, por el hecho de la ausencia o abandono del domicilio familiar, aun con carácter continuista o persistente; ya que tal marcha o deserción ha de aparecer inmotivada, sin razón explicativa o justificativa razonable, siendo pródiga la jurisprudencia en el reconocimiento de falta del elemento subjetivo —dolo específico de abandono—, si se llega a la convicción de existencia de causas graves que puedan impulsar a la ruptura convivencial. Y ello porque no puede exigirse la prolongación de una situación marcada por la violencia y el riesgo, en plena y grave crisis conyugal, cuya solución legal puede hacerse esperar en el tiempo, y porque la solución criminalizadora de las conductas incidentes en la vida familiar, en razón a los sentimientos sobre que debe asentarse la misma, debe estar presidida por el principio de intervención mínima del Derecho penal. Derivando de ello que la doctrina legal aluda a la exigencia de la ausencia o desaparición de modo intencional o volitivo que tanto vale

como injustificado o sin motivo conocido que pudiera servir de excusa, explicación o paliativo (sentencia de 9 de mayo de 1975 y 23 de febrero de 1981 y 2 de junio de 1982); abandono malicioso que se identifica con voluntario o inmotivado, sin explicación plausible, sin causa o motivo legitimador, o sin la previa ocurrencia de altercados, incidentes, reyertas o brotes demostrativos de incompatibilidad de caracteres o de imposible convivencia que pudieran justificar la marcha del hogar (sentencia de 19 de febrero de 1974); todo abandono permanente y duradero del domicilio familiar se reputa malicioso, a menos que pudiera justificarse y motivarse de modo plausible y convincente aportando una explicación legitimadora o exonerativa (sentencia de 9 de mayo de 1975); el calificativo de malicioso queda eliminado cuando se justifica el abandono por causas o motivos legitimados por normas jurídicas extrapenales o por la normativa socio-cultural que acepta como satisfactorio el abandono, al realizarse no para liberarse del cumplimiento de los deberes conyugales y filiales, sino para la cesación de situaciones insostenibles para la normal convivencia (sentencia de 12 de mayo de 1979); al deberse el abandono del hogar conyugal a notoria desarmonía familiar, la ruptura de la convivencia matrimonial no debe ser tratada de caprichosa o arbitraria (sentencias de 15 de febrero y 11 de noviembre de 1985).» (S. T. S. de 6 de octubre de 1986.)

Artículo 489. Detenciones ilegales. Por la comisión de una falta no puede detenerse a una persona si tiene domicilio conocido.

«1. De la declaración de hechos probados de la sentencia recurrida aparece delineada la figura delictiva tipificada en el artículo 184 del Código Penal, pues la infracción que la constituye tiene, como elemento generador, el propósito de atentar contra el derecho individual y fundamental de la libertad ambulatoria, consagrado en el artículo 489 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y en el artículo 17 de la Constitución, pues las detenciones practicadas por el procesado, Subcomisario del Cuerpo General de Policía, fueron rigurosamente arbitrarias y sin fundamento legal alguno, pues los obreros de la Empresa Constructora que le había vendido el piso, y que no se lo habían todavía entregado por desavenencias del recurrente con ella y la Promotora, no estaban cometiendo delito alguno, al cumplir las órdenes de sus principales de entrar en el piso, no entregado, como queda dicho, todavía al comprador, aunque tuvieran que forzar la cerradura, acción que lo más que podría constituir sería una falta de daños, nunca un allanamiento de morada por no estar el piso habitado por persona alguna, y sabido es que por simple falta no puede detenerse a persona alguna cuando se tiene domicilio conocido (artículo 495 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), por ello al no estar comprendidos los citados obreros en ninguno de los supuestos del artículo 492 de la tan citada Ley de Enjuiciamiento Criminal, la detención practicada lo fue con extralimitación y abuso de su función y cargo, pues sabía, cuando actuaron los obreros, de lo que se trataba y quienes eran, siendo el motivo determinante de la detención de carácter personal y

propio por las desavenencias antes dichas, todo lo cual pone de manifiesto la arbitrariedad e imprudencia de tal medida, por lo que procede desestimar el motivo primero del recurso.» (S.T.S. de 12 de noviembre de 1986.)

Artículo 501, último párrafo. Uso de medio peligroso para cometer el delito de robo violento o intimidatorio. Un atomizador de gases irritantes —spray— es instrumento peligroso.

«2. En este caso, habiendo aplicado, la Audiencia de origen, el subtipo agravado o agravante específica descrita en el último párrafo del artículo 501 del Código Penal —uso de armas u otros medios peligrosos—, el acusado T., pretende que, el uso del spray de gas, sin duda irritante, que constituyó el medio peligroso, no le afecte a él puesto que no tuvo conocimiento, del mentado uso, en el momento de la acción o de su cooperación para el delito; pretensión, en este caso, totalmente inviable y descabellada, puesto que, tal como se consigna en el «factum» de la resolución recurrida, fue precisamente él quien portó el spray, conminando, con el mismo, a los empleados de la entidad bancaria, compeliéndoles a que entraren en el despacho del director, momento en el que, para asustarles y para evitar ser perseguido, les disparó el spray a la cara, produciéndoles heridas oculares y epidérmicas. Así pues, el problema pudo presentarse respecto a los demás partícipes, pero nunca respecto al recurrente, el cual, de modo personal y directo, utilizó un medio indudablemente peligroso para atemorizar a los empleados de la entidad bancaria atracada e incluso para lesionarles. Procede, por consiguiente, la desestimación del primer motivo del recurso interpuesto por el acusado T., basado en el núm. 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida del párrafo segundo del artículo 60 del Código Penal.» (S. T. S. de 3 de noviembre de 1986.)

Artículo 503. Extorsión. Distinción entre consumación y agotamiento.

«1. El delito denominado «extorsión», definido en el artículo 503 del Código Penal, es una figura un tanto anómala, híbrida de robo con violencia o intimidación en las personas y defraudación, conjugando la «vis», sea «absoluta», sea «compulsiva», con la insidia y la maquinación propias de la estafa. Su **objeto material** lo es una escritura o documento, y su **objeto jurídico**, tratándose de una infracción patrimonial, lo integra la lesión o atentado contra los bienes ajenos, mientras que la acción o **dinámica comisiva**, consiste en, mediante violencia o intimidación, obligar a otro a suscribir, entregar u otorgar alguna representación gráfica del pensamiento o vestigio del pasado ya citados, debiendo, el sujeto activo, proceder, de ese modo, con finalidad defraudatoria y ánimo de lucro, produciéndose, la **consumación** de esta figura delictiva, tan pronto se obtiene la entrega, la suscripción o el otorgamiento, con los citados ánimo de lucro y propósito defraudatorio, por lo cual cualquier episodio posterior, incluso los tendentes a ase-

gurar u obtener el lucro pretendido o a neutralizar al ofendido para que no obste o estorbe las intenciones depredatorias del infractor o infractores, pertenece, no al tracto comisivo de la infracción estudiada, sino a su fase de agotamiento, excéntrica respecto a la extorsión, disociada de ella y que si, «per se», constituye uno o más hechos punibles, no quedarán absorbidos o englobados por o en el seno de la referida extorsión, sino que constituirán delito o delitos autónomos e independientes. Finalmente, se ha de destacar, en primer término, que, esta figura, ha sido analizada por esta Sala, entre otras, por las sentencias de 25 de octubre y 11 de noviembre de 1982, y, en segundo lugar, que se trata de un precepto penal incompleto, pues, a diferencia de otras infracciones cuya estructura responde al clásico binomio delito-pena, el artículo 503 del Código Penal, se limita a describir el comportamiento típicamente antijurídico, confiando la determinación de la condigna sanción punitiva, es decir, de las penas correspondientes, a las señaladas en el Capítulo I del Título VIII del Libro II del meritado Código, y más concretamente, y aunque no lo diga el legislador, a las citadas en las diferentes hipótesis enumeradas en el artículo 501 del mismo.» (S. T. S. de 16 de octubre de 1986.)

Artículo 510. Llaves falsas. Interpretación estricta.

«2. Tiene declarado esta Sala que el concepto legal de llaves falsas del núm. 2.º del artículo 510 del Código Penal, referida a las «llaves legítimas sustraídas a su propietario», requiere como todos los elementos típicos, una interpretación estricta y no extensiva, máxime en perjuicio del reo, que vulneraría el principio de legalidad básico de nuestro ordenamiento jurídico, al ampliar indebidamente los confines del robo a costa del hurto; siguiendo esa interpretación estricta y del principio de que la ilicitud de tenencia de las llaves ha de derivar del título originario, no de conducta concreta en el momento de la sustracción, que naturalmente es siempre ilícita, trátese de robo o hurto; los hechos declarados probados de la sentencia recurrida, en su parquedad, tan sólo nos dicen que «aprovechando que L. P. G., estaba en posesión de las llaves de la puerta de acceso a la casa...», afirmación que completa el Considerando primero de la sentencia impugnada al manifestar que «los procesados quebrantaron la confianza puesta en ellos, al entregarles el propietario las llaves de acceso a su casa», lo cual ya nos da a conocer que el título originario de adquisición de la posesión de las llaves no fue ilícito, sino entregadas voluntariamente por el dueño de la casa por la confianza que tenía en ellos, y al no contar en el relato de hecho la extensión y uso que se había de hacer de las llaves, si para entrar en la casa, cuidársela y vigilarla o meramente para tenerlas a disposición de su dueño, y no poderse establecer presunciones en contra del reo, procede estimar el motivo segundo del recurso y considerar que los hechos son constitutivos de un delito de hurto al no constar la ilicitud en la entrada a la casa y sí en el apoderamiento de las botellas de licor que se dicen en el «factum», lo que obliga a dictar segunda sentencia más ajustada y conforme a derecho.» (S. T. S. de 7 de noviembre de 1986.)

Artículo 513. Asociación para cometer el delito de robo.

«TERCERO. El artículo 513 del referido cuerpo legal, se ocupa del delito de asociación siquiera fuere transitoria para cometer el delito de robo, infracción que fue introducida en el Texto refundido de 1944, pero que procedía de la Ley de Seguridad del Estado de 9 de marzo de 1941. Como, en el mismo Código, en sus antiguos artículos 172 y 173, se definían y castigaban los delitos de asociaciones ilegales, ciertos sectores doctrinales, estiman que, el artículo 513, es precepto absolutamente superfluo, mientras que, otras opiniones, niegan la superfluidad reparando en que, las asociaciones castigadas en el Título II del libro II del Código Penal, han de revestir los caracteres de permanentes y duraderas, mientras que, las contempladas por el citado artículo 513, pueden ser meramente transitorias, esto es, de vida y duración breves y efímeras, y finalmente, un tercer sector doctrinal, entiende superfluo el precepto cuando la asociación para cometer delito de robo es permanente, y operante y nada ociosa, la figura, cuando, la asociación constituida lo es solamente con carácter transitorio. En definitiva, se trata no de un precepto de los denominados vacíos o en blanco, sino de una figura delictiva **incompleta**, pues, frente al clásico binomio delito-pena, el artículo 513 describe o define la conducta que criminaliza, pero, para determinar la sanción, se remite al número 2.º del artículo 172, hoy día 173, número 1.º y 174, núm. 2.º, del mencionado cuerpo legal. La jurisprudencia inmediatamente posterior a la vigencia del Código de 1944, sostuvo que, la asociación, no debía referirse a delito o delitos de robo concretos y determinados, sino a delitos de robo en abstracto y sin gestación o planeamiento previos, pero sentencias posteriores de las que es paradigma la de 30 de abril de 1983, admitieron que podía tratarse de gestación de delito o delitos de robo concretos y específicos, constituyendo, de este modo, una modalidad de conspiración, por lo que, como en todas las hipótesis de actos preparatorios o de resoluciones manifestadas si posteriormente se avanza en el «iter criminis» pasando a fase o etapa de delito intentado o de delito consumado, la asociación transitoria, perderá todo relieve o sustantividad, castigándose la fase de mayor madurez delictiva y no la simple asociación transitoria.» (S. T. S. de 25 de septiembre de 1986.)

Artículo 528. Estafa. Cabe el engaño mediante formas omisivas impropias o de acción concluyente.

«A. El quinto, orientado a una inexistencia de engaño genérico, porque en su inteligente articulación silencia interesadamente que el engaño no se ciñe o centra su exclusividad en conducta, más que activas o de acción, de iniciativa, sino que a su lado «pari passu» tanto la doctrina científica más autorizada como la jurisprudencia de esta Sala vienen situando unas formas comisivas de la conducta engañosa determinante o causante en el error: las denominadas **formas omisivas impropias o de acción concluyente**, en las que si bien no existe una omisión en el propio sentido del término, sí existe una acción anterior determinantes del error que causaliza el desplazamiento patrimonial, entendiéndose por tal acción concluyente la que,

no de un modo expreso, pero sí implícito, lleva consigo la falsa afirmación de un hecho. Y en este mismo sentido doctrinal la jurisprudencia de esta Sala ha declarado en la S. de 10 de noviembre de 1978 que «la llamada estafa por omisión no es muchas veces tal, sino una verdadera estafa activa, en la que el silencio o encubrimiento de la verdad se conecta a una acción anterior llamada concluyente, por la que el sujeto activo simula una prestación contractual que radical e inicialmente no puede llevar a cabo» y en la S. de 15 de junio de 1981 que el delito de estafa se caracteriza entre otros por la existencia de una maquinación insidiosa constitutiva del engaño operativo del traspaso patrimonial, susceptible de realizarse no solamente por acción, sino también **mediante omisión de la que se deduzca cierta nota de positividad, en cuanto que al mismo tiempo que se ocultan ciertos condicionamientos por parte del sujeto activo de la infracción delictiva, existe el aprovechamiento de determinadas circunstancias que las exigencias del tráfico jurídico dan por supuestas**»; doctrina científica y jurisprudencial que, en concreta aplicación a los datos fácticos consignados en el relato y anteriormente transcritos en forma literal, llevan a la necesaria desestimación del quinto motivo impugnativo.» (S. T. S. de 22 de noviembre de 1986.)

Artículo 529, 7.ª Módulos para determinar la especial gravedad o la gravedad muy cualificada.

«1. El segundo motivo del recurso, único subsistente de los interpuestos, se formula por infracción de ley del artículo 849, 1.º, por aplicación indebida del artículo 529, agravación 7.ª. Se trata de una apropiación indebida de un agente de ventas de una conocida empresa levantina, por importe de 4.304.968 pesetas. El motivo argumenta «entendemos que resulta evidente que no puede establecerse criterio que delimite exactamente dónde comienza 'la especial gravedad' de la cuantía defraudada». Tal expresión núcleo del subtipo agravado, constituye uno de tantos conceptos jurídicos indeterminados tan frecuentes en los textos legales, que no son vacíos o lagunas del ordenamiento, sino uno de los elementos normativos del tipo representado por conceptos o criterios de experiencia, a llenar por el juzgador y fundamentalmente por la Jurisprudencia de casación. Por eso ésta Sala en esa misión de completar el ordenamiento jurídico, tiene declarado que sin volver al sistema derogado de la punición por cuantías, cuando no concurren circunstancias determinantes sobre la mayor o menor gravedad atendido el valor de la defraudación —impregnando toda esta materia de un gran relativismo, dominada por la contemplación de cada caso concreto— ha estimado que cuando la defraudación no excede de 500.000 pesetas la agravación no se produce y el delito se castigará con la pena de arresto mayor (artículo 528, párrafo 1.º), pero si excede de esa cantidad hasta un millón, sí se aprecia la «especial gravedad» y el arresto mayor se impondrá en su grado máximo; si el valor de lo defraudado llega al millón o lo excede, la agravación se estima como muy cualificada (sentencia de 14 de mayo de 1983: 6 millones de pesetas; sentencia de 28 de diciembre de 1983: 2.300.000; sentencia de 22 de noviembre de 1984: 2.500.000; sentencia de 7 de diciembre de 1982: 3.800.000;

sentencia de 3 de mayo de 1985: 1.600.000; sentencia de 18 de junio de 1985: 4 millones; sentencia de 3 de octubre de 1985: dos millones). Con éstos antecedentes jurisprudenciales la Audiencia sentenciadora actuó con toda corrección al apreciar la especial gravedad como muy cualificada, ya que como se ha dicho la cantidad apropiada excedió de los cuatro millones de pesetas.» (S. T. S. de 6 de octubre de 1986.)

Artículo 565. Imprudencia temeraria. Actio libera in causa.

«2.—De la declaración de hechos declarados probados se desprende con toda evidencia la existencia del delito de imprudencia temeraria, tipificado en el número 1.º del artículo 565 del Código penal, rectamente aplicado por la Sala sentenciadora, contra lo que se sostiene en el motivo único de fondo del recurso, que procede desestimar en consecuencia, pues es doctrina reiteradísima de esta Sala que si a consecuencia de la ingestión de bebidas alcohólicas, el conductor de un vehículo de motor causa un resultado dañoso, su conducta ha de estimarse necesariamente constitutiva de imprudencia temeraria siquiera, para ello, sea necesario proyectar al campo culposo la doctrina de las «actio libera in causa», pues el sólo hecho de conducir en estado de embriaguez entraña una conducta temeraria, ya que una hemoconcentración de alcohol etílico en sangre de 2,40 gramos por mil, produce inevitablemente retardo en las reacciones, dispersa la atención, produce incordinación e incapacita para conducir automóviles, siendo ello, indudablemente, la causa de que el procesado chocara contra el lateral izquierdo del automóvil, marca Simca que se hallaba aparcado junto a la acera de la derecha en la dirección que llevaba dicho procesado por la calle Camarena de esta Capital, tramo de amplia curva de diez metros de anchura con automóviles aparcados en las aceras pero que dejaban libres más de tres metros de calzada en cada dirección, con lo que tenía paso más que suficiente, no obstante, como queda dicho, chocó con el citado turismo correctamente aparcado causándole desperfectos y arrastrando a su propietario, que se encontraba examinando el motor del vehículo con el capot levantado, unos seis o siete metros, causándole lesiones en la parte derecha de su cuerpo a consecuencia de las cuales falleció días después». (S. T. S. de 11 de julio de 1986.)

¿PARRICIDIO ALEVOSO O ASESINATO DE PARIENTES?

(Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo
de 4 de marzo de 1986)

JUAN CARLOS CARBONELL MATEU

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Extremadura

ANTECEDENTES DE HECHO

«1. El Juzgado de Instrucción número 5 de Las Palmas instruyó sumario con el número 19 de 1983, contra D. M. C., y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de dicha capital que, con fecha de 8 de noviembre de 1984, dictó sentencia que contiene el siguiente hecho probado: «1.º RESULTANDO probado, y así se declara: Que sobre las dos de la madrugada del día 7 de diciembre de 1983 el procesado D. M. C., mayor de edad y sin antecedentes penales, cuya personalidad estaba afectada de alcoholismo crónico que le había producido deterioro orgánico y alteraciones psicológicas que, incidiendo en una situación de déficit intelectual, limitaba de modo importante sus facultades cognoscitivas y volitivas, sin anularlas, mantuvo una discusión con su esposa C. Y. J., de 34 años entonces, en el domicilio de ambos en el G. de A., cuando ésta acudió a la cocina donde aquél se hallaba bebiendo ron para quitarle la botella de la que bebía, y en el curso de tal discusión, de modo inopinado y con un cuchillo canario de 16 centímetros de longitud de hoja, el procesado asestó a su mujer, que no pudo apercibirse del ataque, hasta diez puñaladas en diversas zonas de su cuerpo, de las que algunas se dirigieron sobre órganos vitales y una penetró en epigastrio a nivel de apéndice xifoides que perforó diafragma y estómago, y, que, en conjunto, ocasionaron una anemia aguda por hemorragia abdominal, que determinó su fallecimiento cuando era trasladada a un Centro hospitalario de Las Palmas por la Guardia Civil y por parientes de ella y del procesado advertidos por una hipa de éste.»

2. La Audiencia de instancia estimó que los indicados hechos probados constituían un delito de asesinato previsto y penado en el artículo 406-1.º del Código Penal, del que es responsable criminalmente en concepto de autor el procesado D. M. C., concurriendo la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal mixta de parentesco, apreciada como agravante, del artículo 11 del Código Penal y la eximente incompleta de enajenación mental del artículo 9.º, 1.ª, en relación con el artículo 8-1.ª del Código Penal, y pronunció el siguiente fallo: Que debemos condenar y condenamos al procesado D. M. C. como autor responsable de un delito de asesinato, ya definido, con la concurrencia de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal mixta de parentesco, como agravante, y la eximente

incompleta de enajenación mental, también definidas, a la pena de veinte años de reclusión menor, a las accesorias de inhabilitación absoluta para cargos públicos y derecho de sufragio y al pago de las costas procesales. Declaramos la insolvencia de dicho procesado, aprobando a tal efecto, por sus propios fundamentos, el auto dictado por el Instructor, y para el cumplimiento de la pena de privación de libertad, que le imponemos, le abonamos todo el tiempo que ha estado en prisión preventiva por esta causa»*.

B. COMENTARIO

1. La Ley de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal de 25 de junio de 1983 cuenta con numerosos defectos, tanto técnicos cuanto político-criminales, derivados unos de sus limitadas pretensiones de no ser sino un «parche» más del vigente Código Penal de 1944, cuya inadecuación al sistema constitucional resulta más que evidente; consecuencias otras de unos avatares parlamentarios que no por anecdóticos han resultado menos trágicos. Probablemente, la discordancia penológica entre parricidio y asesinato pertenecza a esta segunda categoría, por más que pretenda presentarse como un cambio valorativo meditado y obediente a consideraciones antropológicas. La verdad resulta bastante más simple. Lo cierto es que se han creado no pocos problemas concursales que una más ambiciosa reforma de los hoy llamados «delitos contra las personas» podía haber evitado de la manera más drástica. Pero no culpemos al legislador urgente y parcial de lo que tampoco se atrevieron a acometer los autores del Proyecto de Código Penal de 1980 ni los de la Propuesta de Anteproyecto de 1983.

Lo que ahora va a ocuparnos es la relación existente entre parricidio y asesinato, y concretamente la calificación correspondiente a la muerte alevosa de un pariente, una vez que la pena de aquél es más grave —reclusión mayor en su grado máximo— que la de éste —reclusión mayor en toda su extensión—. La cuestión se suscita ante el Tribunal Supremo; que se pronuncia a través de la Sentencia de 4 de marzo de 1986, objeto del presente Comentario.

2. El primer problema que se plantea en la aludida Sentencia es el de la consideración de la alevosía y la consiguiente calificación por la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria de los hechos como asesinato: recordamos que el autor, según el primer antecedente de hecho, «cuya personalidad estaba afectada de alcoholismo crónico que le había producido deterioro orgánico y alteraciones psicológicas que, incidiendo en una situación de déficit intelectual, limitaba de modo importante sus facultades cognoscitivas y volitivas, sin anularlas, mantuvo una discusión con su esposa», en cuyo curso, «de modo inopinado y con un cuchillo canario de 16 centímetros de longitud de hoja, asestó a su mujer, que no pudo percibirse del ataque, hasta diez puñaladas en diversas zonas de su cuerpo (.),

* Los Fundamentos de Derecho están recogidos en ADPCP, II, 1986, páginas 696 y siguiente.

que, en conjunto, ocasionaron una anemia aguda por hemorragia abdominal que determinó su fallecimiento».

Será necesario establecer la compatibilidad entre las condiciones personales del sujeto descritas y la presencia del requisito, en palabras de Córdoba Roda, de que «la realización externa de la referida conducta responda a la voluntad, por supuesto consciente, del sujeto». (Córdoba Roda, J.: en Comentarios al Código Penal, tomo I —junto a Rodríguez Mourullo, G.— Barcelona, 1972, pág. 551).

En principio, ha sido constante la Jurisprudencia en mantener la compatibilidad entre la eximente incompleta de enajenación mental (apreciada en la Sentencia, objeto del presente comentario) y la alevosía, so pretexto de que, como afirmaba la Sentencia de 24 de febrero de 1972, «los elementos objetivo y subjetivo requeridos por la alevosía demandan en el culpable unas previsiones en manera alguna incompatibles con estados mentales deficientes» (Vid. ampliamente, Altés Martí, M. A.: La alevosía, Valencia, 1982, págs. 292 y sigs.).

Idéntica compatibilidad es inveteradamente admitida con la embriaguez (a la que, pese a la descripción de los hechos probados, no se refiere ni el fallo de la Audiencia ni el recurso de casación). También la doctrina científica parece mostrarse unánime respecto de las aludidas compatibilidades.

Y, sin embargo, la cuestión no parece tan sencilla, toda vez que la alevosía se fundamenta por el mayor reproche que supone la elección de un medio, modo o forma que tienda a asegurar el resultado y producir la indefensión de la víctima; elección que parece requerir una mínima reflexión en el autor, que le permita planificar su modo de actuación. Y esto, a su vez, parece requerir una plena imputabilidad; esto es, una completa «capacidad de autoregular la conducta, adecuándola a la norma». Si es discutible que pueda, en general, proclamarse la compatibilidad; aún lo es más si consideramos la afirmación de que el autor tenía limitadas de modo importante sus facultades *cognoscitivas e intelectivas*, como consecuencia de un alcoholismo crónico, incidente en una situación de déficit intelectual, que se hallaba bebiendo ron —y para nada se alude, aunque cabe imaginarlo, al grado de necesidad alcohólica en que se encontraba—, en el momento en que la víctima pretendió arrebatarse la botella. Ciertamente, no parecen compatibles estas circunstancias con la «frialdad de ánimo» a la que también inveterada Jurisprudencia se ha referido como característica de la alevosía.

3. Pero, admitida la agravante, se nos plantea la cuestión central de la calificación que corresponde a «matar al cónyuge con alevosía». Para resolverla parecen, si no necesarias sí convenientes, algunas consideraciones en torno al fundamento de la agravación de la pena en parricidio y asesinato.

No es posible, en el marco de un Comentario jurisprudencial, extenderse en analizar las diferentes posiciones doctrinales que han querido ver un contenido de injusto diferente entre homicidio, parricidio y asesinato, ni detenerse en el análisis en torno al papel otorgado al desvalor de la acción y al desvalor del resultado en cada una de tales figuras. Baste con afirmar que el bien jurídico protegido en todas ellas es idéntico: la vida humana. Y, por consiguiente, el desvalor del resultado —y, a mi entender, el contenido

de injusto—, también lo es: su lesión. Y, pese a que podría entrarse en discusiones en torno a si la agravación de la pena en el parricidio tiene un fundamento distinto a la del asesinato —por tratarse, en un caso, de la infracción de especiales deberes derivados del vínculo parental, y, en el otro, de modos de comisión—, la verdad es que a lo que en ningún caso eso nos conduciría es a la consideración del parricidio como figura privilegiada. Muy al contrario, parece lógica la consideración del homicidio como figura básica, y las de parricidio y asesinato como figuras agravadas, bien en base a un mayor reproche, bien a un mayor contenido de injusto basado en el desvalor de la acción, según la posición dogmática que se sustente.

De modo que parricidio y asesinato son especies de un mismo género: homicidio, lo que nos conduce a tener que establecer una relación trilateral a la hora de resolver los posibles concursos y, de manera concreta, a la de calificar la muerte alevosa de un pariente. Pues bien, la Sala olvida por completo esta situación, cuando se limita a establecer las relaciones parricidio-asesinato, desconectándolas del homicidio.

Posiblemente por eso quepan en su argumentación expresiones tan discutibles como la de que el parricidio constituye una «infracción delictiva autónoma, específica y hoy en día privilegiada». Qué sea autónoma y específica, pese a ser opinión mayoritaria, no es indubitado. Que sea privilegiada es, sencillamente, inadmisibile, pues el establecimiento de tal naturaleza habría de hacerse respecto del tipo básico; esto es, del homicidio; y, de momento matar a un pariente sigue siendo más grave que matar a un extraño. Matar a la madre sigue suponiendo mayor pena que matar a la suegra. Y matarlas con alevosía sigue siendo más grave que matarlas sin ella.

4. Sentado lo anterior, y establecidas, al menos aparentemente, las relaciones entre las tres figuras delictivas, es momento de analizar el grado de corrección de la argumentación lógica del Tribunal, cuando afirma que el asesinato tan sólo es aplicable «a individuos que atenten contra la vida o integridad física de personas que no tengan con ellos la relación parental consignada en el artículo 405, ya que de estimarse lo contrario, o sea, si se acepta la tesis mantenida en la Sentencia impugnada, se rompería el principio de especialidad, constantemente proclamado por esta Sala».

En mi opinión, el Tribunal no utiliza argumentos que le conduzcan a una conclusión, por demás y como veremos, errónea, sino que utiliza su conclusión, por demás y como veremos, errónea, como argumento. Porque, precisamente, lo que se trata de resolver es si existe o no una relación de especialidad entre parricidio y asesinato. Y, en caso afirmativo, cuál es la ley general y cuál la especial. La argumentación, por consiguiente, no está ajustada a las pautas del razonamiento jurídico.

Analicemos, pues, las reglas de resolución del conflicto aparente de leyes penales; pues, decididamente, en el caso que nos ocupa es lo que corresponde, toda vez que el supuesto de hecho es lógicamente subsumible en varios preceptos, uno de los cuales desplaza a los restantes; consideración que se hace sobre la base de la identidad de bien jurídico protegido por las figuras en aparente colisión.

5. La especialidad lógica —que es la que la Sala da por supuesta— re-

quiere que entre las leyes en conflicto exista una relación de género a especie. O, expresado en términos matemáticos, que una sea un subconjunto de la otra. Si, para el Tribunal Supremo, el parricidio es una especie del asesinato —que sería ley general—, todo parricidio deberá ser, a su vez, asesinato. Pues bien, esa relación no existe entre las figuras en conflicto. El criterio de la especialidad lógica sólo nos dice que parricidio y asesinato son leyes especiales, subconjuntos, respecto del homicidio —que es el género, el conjunto—. Pero nada afirma respecto de la relación entre ambas.

6. Y es que lo que el Tribunal Supremo ha llamado relación de especialidad, parece más encuadrable en la denominada «subsidiariedad tácita», en virtud de la cual una norma —subsidiaria— sólo es aplicable en defecto de la principal: el asesinato, según la Sala, sólo será aplicable allí donde no exista parricidio. Y, en efecto, parece más ajustada, desde el punto de vista lógico, tal solución, toda vez que, como se ha señalado, parricidio y asesinato son especies de un mismo género.

Sin embargo, desde el punto de vista valorativo, tampoco esta solución es del todo satisfactoria. La subsidiariedad, esto es, la aplicación preferente de una especie sobre la otra, tan sólo se da cuando existe una incompatibilidad valorativa entre ambas, porque expresan criterios valorativos contrarios —que es lo que sucede cuando un sujeto mata a su cónyuge, a petición de éste, y a consecuencia de los grandes dolores producidos por una enfermedad incurable—. Así, mientras el parricidio expresa una mayor reprochabilidad —o, si se prefiere, un mayor desvalor de la acción—, el homicidio-suicidio la expresa menor; siendo de aplicación preferente éste, pues, en el supuesto referido, debe primar el decremento de reproche. Y el que exista una relación parenteral todavía lo fundamenta más. Por otra parte, el homicidio-suicidio carecería, al tener prevista igual pena que el homicidio simple, de efecto alguno, si no fuera de aplicación preferente a parricidio y asesinato.

Si los criterios axiológicos de ambas figuras fueran cualitativamente idénticos; si expresaran, pues, lo mismo, y la pena fuese también igual, estaríamos ante la solución de la alternatividad: sería indiferente la aplicación de uno u otro supuesto. Y, por fin, si uno de ellos contuviera la totalidad del desvalor del otro, que sólo la contemplara de manera parcial, habría que acudir a la consunción. Pues bien, ninguna de estas relaciones es la que se da entre parricidio y asesinato.

7. La conducta de matar alevosamente a un pariente; en este caso, al cónyuge —y mientras no prospere la proposición de suprimir tal relación parental del ámbito del parricidio, recogida en el artículo 141 de la Propuesta de Anteproyecto de un Nuevo Código Penal de 1983—, está contemplada, pues, en el artículo 406, 1.º; más la agravante de parentesco (art. 11), y, por otra parte, en el artículo 405, con la agravante de alevosía (artículo 10, 1.º). Y, desde luego, ambas figuras contemplan la totalidad de injusto y reproche. Si, por tanto, la pena resultante fuera, como parece haber creído la Sala, idéntica, estaríamos ante un supuesto de alternatividad: sería indiferente calificar de un modo u otro. Pero en nuestro caso, y en contra de la afirmación contenida en el Fundamento de Derecho de la

Sentencia objeto del presente comentario, ello no es así. Porque a un asesinato con la agravante de parentesco y la atenuación de enajenación mental incompleta corresponde, de acuerdo con el artículo 65, en relación con el 406, 1.º y el 11 del Código penal, la pena de reclusión mayor, en sus grados mínimo y medio; esto es, de 20 años y un día a 26 años y 8 meses, mientras que si calificáramos de parricidio alevoso, con la citada eximente incompleta, de acuerdo con el artículo 66, en relación con el 405, la pena es, nada menos —o, nada más— que de prisión menor a prisión mayor; esto es, de 6 meses y un día a 12 años, la que, por la concurrencia de la alevosía, se aplicaría en sus grados medio o máximo; pues según la Jurisprudencia —así, Sentencia de 2 de marzo de 1985— corresponde, para determinar la pena, aplicar en primer lugar el artículo 66, y posteriormente acudir a las reglas del 61. Si, de modo más general, prescindieramos de la enajenación incompleta, nos encontraríamos con que a un asesinato con la agravante de parentesco corresponde la pena de reclusión mayor en su grado máximo, y dentro de él, subgrados medio o máximo (art. 61,2, en relación con los 406,1.º y 11 del Código Penal); esto es, de 28 años, 10 meses y 21 días a 30 años de privación de libertad, mientras que a un parricidio alevoso (arts. 61,2.º, en relación con los 405 y 10,1.º) corresponde la pena de reclusión mayor en sus grados medio a máximo; esto es, de 23 años, 4 meses y un día a 30 años. Por consiguiente, las penas no son idénticas; y no es indiferente la calificación. Que la pena impuesta por la Audiencia esté comprendida en la extensión posible, de haber sido calificada diferentemente la conducta, no es motivo bastante para confirmar el fallo, pues deberían haberse analizado todas y cada una de las circunstancias concurrentes.

8. En resumidas cuentas, la relación entre parricidio alevoso y asesinato con parentesco es la existente entre dos tipos que contemplen igualmente la totalidad del desvalor y el reproche de la conducta; pero que prevén consecuencias distintas. «Y entonces», en palabras de Cobo del Rosal y Vives Antón, «hay que entender expresada sólo en el tipo más gravemente penado la reprobación atribuida al hecho por el Ordenamiento jurídico. La pena más benigna expresaría esa reprobación sólo de manera parcial» (Cobo del Rosal, M. y Vives Antón, T. S.: *Derecho Penal. Parte General*. Valencia, 1984, página 161).

Por tanto, es de aplicación el artículo 68 del Código Penal: la conducta en cuestión debe ser calificada de asesinato con la agravante de parentesco; justamente lo que hizo la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, y negó aún cuando por otro defecto técnico no casara la Sentencia de instancia, la Sala II del Tribunal Supremo.

Por todo lo cual, debe manifestarse la *disconformidad con el modo de argumentar, fallar y concluir* de la Sentencia de la Sala II del Tribunal Supremo, de 4 de marzo de 1986.

9. El presente Comentario se ha hecho, como es lógico, en base a las valoraciones contenidas en el vigente Código Penal, y en las relaciones existentes entre sus diversos preceptos. Resulta obvio decir que éstas distan mucho de lo que, desde una óptica político-criminal tendente exclusivamente a la protección de bienes jurídicos, resulta deseable. El incremento de la

pena correspondiente a la lesión de la vida, en atención a los vínculos parentales existentes entre sujeto activo y pasivo carece de justificación. Y lo mismo cabe decir del que se prevé para los diferentes modos de comisión recogidos en el asesinato. Es hora de plantear una regulación de los delitos contra la vida, purificada de residuos éticos y atendida tan sólo a la protección del bien jurídico. Es hora, en fin, de plantear la desaparición de los diferentes tipos cualificados —y la de alguno privilegiado— que componen el actual Título VIII del Libro II del Código Penal.

LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL SOBRE LA PRUEBA DE ALCOHOLEMIA

PILAR GOMEZ PAVON

Profesora Titular Interina de Derecho Penal

Desde hace unos años se ha venido planteando reiteradamente la cuestión sobre la constitucionalidad de la llamada prueba de alcoholemia, por lo que puede suponer de vulneración tanto del derecho a no ser detenido como del derecho a no confesarse culpable y a la presunción de inocencia, consagrados en los artículos 17 y 24 C.E., llegándose en algunos casos a soluciones contradictorias, quizá porque por algunos sectores se considera que el resultado de esta prueba constituye el dato más objetivo y fiable de la existencia del delito descrito en el artículo 340 bis a) 1.º del Código Penal, respondiéndose de esta manera a la tendencia objetivadora de esta figura que prescinde de la valoración de la influencia que sobre la conducción puedan causar las bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes, problema además agravado por la especial naturaleza del test de alcoholemia que, objetivamente, no puede repetirse e incluso una tardanza en su realización pueden tornarlo inútil.

1. *La detención*

Se han suscitado problemas en relación con la detención, aun por un corto período de tiempo, tanto para proceder al control preventivo preceptuado por la Orden Ministerial de 29 de julio de 1981 como para conducir al juzgado correspondiente al conductor que se niegue a la realización de éste. Mientras las restantes cuestiones enunciadas han sido objeto de un mayor desarrollo por las sentencias del Tribunal Constitucional, el último de ellos no ha tenido igual tratamiento, pues, al no haberse alegado, sólo ha sido contemplado de forma superficial. La sentencia de 4 de octubre de 1985 de este Tribunal no entra a examinar esta cuestión, limitándose a señalar que la ejecución de la prueba de alcoholemia se realizó con el consentimiento del afectado y, por tanto, no se vulneró el artículo 17, 1.º C.E. Creemos que el problema contiene dos aspectos claramente diferenciables: por un lado los supuestos en que existe la evidencia de comisión de un delito, y por otro aquellos en que se parte de un control preventivo de alcoholemia o por estar el conductor involucrado en un accidente.

El primero de ellos (evidencia de la comisión de un delito) no creemos que deba circunscribirse exclusivamente al previsto en el artículo 340 bis a) 1.º, sino que podría extenderse a cualquiera de los supuestos del artículo 565 del Código Penal. En estos casos sería necesario que existiese, como ya hemos dicho líneas más arriba, la evidencia de que se ha cometido un delito

(arts. 490, 2.º y 779, 1.º L.E. Crim.), lo que sólo puede obtenerse por la previa comprobación de una conducción «anormal» en relación con lo que se considera como «normal y adecuada» a las exigencias de la seguridad del tráfico. Aun a pesar de existir esta evidencia podría resultar problemática la viabilidad de esta prueba, y no sólo de ella sino de la detención en caso de negativa a someterse a la misma, teniendo en cuenta la penalidad prevista en el artículo 340 bis a) 1.º y en el párrafo 2.º del 565, ya que en el primero de los artículos citados no se prevé la pena privativa de libertad. En el segundo de los supuestos, cuando la prueba se pretende realizar en virtud de un control preventivo o por estar involucrado en un accidente, pero sin evidente alcoholemia, la negativa a someterse a ella puede generar, según el artículo 8.º de la Orden de 29 de julio de 1981, la detención del conductor para ser conducido al juzgado correspondiente si se sospecha que pueda existir un delito. La discordancia entre la Orden de 1981 y la Ley de Enjuiciamiento Criminal resalta con la simple lectura de ambos textos, mientras la segunda exige la certeza de la comisión de un delito «in fraganti», en la primera basta con la sospecha de que pueda haberse cometido para proceder a la detención; si además como resulta obligado, acudimos al artículo 17, 1 de la Constitución, según el cual «nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley», la discordancia resulta aún más clara, ya que la detención permitida por la Orden comentada resulta en clara contradicción con la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Constitución. La solución, a nuestra forma de ver, no puede ser otra que negar la viabilidad de lo previsto en el artículo 8.º de la Orden de 29 de julio de 1981, aun en el supuesto en que esta conducción al «juzgado correspondiente» pueda alegarse que sirve para que el juez tenga la posibilidad de formar un juicio personal sobre la alcoholemia del sospechoso, ya que de admitir esto estaríamos en el fondo asistiendo a la detención en estos casos, aun cuando de una manera solapada, puesto que por una cuestión de lógica cabe pensar que la previsión de la Orden de 1981 tiene precisamente esa finalidad: ya que el sujeto se niega a someterse a la prueba de detección alcohólica, se le conduce ante el juez para que éste compruebe o pueda «formar un juicio personal sobre la alcoholemia del sospechoso», por lo que resulta difícil pensar que lo que se pretende es que el juez obligue a la realización de la mencionada prueba. En consecuencia, y aun no resultando una solución satisfactoria desde un punto de vista estrictamente preventivo, en los casos ahora expuestos no quedaría más solución que concluir que resulta inconstitucional lo previsto en la Orden comentada y que, en *ningún supuesto*, si no existe la evidencia de comisión de un delito, puede procederse a la detención ante la negativa a realizar la prueba de alcoholemia, y aun existiendo esta evidencia sería muy cuestionable esta posibilidad cuando el delito fuera el del artículo 340 bis a) 1.º del Código Penal por las razones antes expuestas.

2. Derecho a no declararse culpable

El segundo de los problemas que este artículo 8.º de la orden de 26 de julio de 1981 plantea surge en relación al derecho a no confesarse culpable reconocido en el artículo 24, 2 de la C.E. La cuestión podría plantearse en los siguientes términos: si el sujeto no accede a realizar la prueba de alcoholemia será conducido ante el juzgado correspondiente, por el contrario, si accede y el resultado es positivo, puede servir de base para una ulterior condena. Dejando aparte el problema de si esta única prueba, aun revisitando todas las garantías, pueda servir por sí sola para fundamentar la condena, existe ese otro aspecto señalado líneas más arriba de la posible vulneración del derecho reconocido en el artículo 24, 2. de la C.E. El Tribunal Constitucional en sentencias de 4 y 7 de octubre de 1985 mantiene que en estos casos no se infringe el derecho a no declarar; según el primero de los fallos citados no existe tal infracción si el sujeto se sometió libremente a la prueba, bastando el hecho de no haber ejecución forzosa —la voluntad no fue constreñida— para desechar cualquier duda de posible inconstitucionalidad, postura también sustentada por la sentencia de 7 de octubre de 1985, puesto que la verificación de la prueba de alcoholemia no supone una autoincriminación, sino la realización de una pericia técnica de resultado incierto, que ni exorbita las funciones de los encargados de velar por la seguridad del tráfico, ni supone vulneración de lo dispuesto en el artículo 492, 1 de la L.E. Crim. Para el Tribunal Constitucional la verificación de prueba de alcoholemia no es en modo alguno un sometimiento constitucionalmente ilegítimo a las normas de policía, por el contrario, el conductor puede venir obligado a su realización en virtud de lo dispuesto en la Orden de 29 de julio de 1981, artículo 1.º, aun cuando no exista certeza de la comisión de un delito, no pudiéndosele considerar como «detenido» en el sentido indicado en la Constitución, por tanto la realización de esta prueba por parte de los agentes encargados de esta práctica no requiere de las garantías previstas en el artículo 17, 3 de la C.E. En instancias inferiores se ha mantenido esta misma postura, así para la sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete, de 14 de marzo de 1983 «el deber del administrado de someterse a los controles de alcoholemia... no puede reputarse contrario al derecho... a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, puesto que no se obliga al conductor a emitir una declaración que exteriorice un contenido de voluntad o de conocimiento del sujeto, admitiendo su culpabilidad, sino a tolerar que se le haga objeto de una peculiar modalidad de pericia..., exigiéndole al efecto una colaboración que, en buena técnica, nunca podrá equipararse a la declaración a que alude la C.E....». Por el contrario, la sentencia de la Audiencia Provincial de Vitoria de 31 de enero de 1984 reconoce que «el inculcado, en su derecho constitucional a no inculparse (art. 24, 2 C.E.), ni estaba obligado a prestarse a prueba de precisión sobre su grado de impregnación alcohólica, ni análisis de sangre alguno, independientemente de la infracción administrativa en que hubiere podido incurrir con su negativa (art. 53 C. Cir.)».

La interpretación de las normas constitucionales en virtud de lo dispuesto en el artículo 10, 2 de la C.E. en lo relativo a los derechos fundamentales y libertades reconocidas se realizará «de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España». El Tribunal Europeo de Derechos Humanos en sentencia 8278/78, de 13 de diciembre de 1979, dictada contra el Estado Austriaco consideró que un examen de sangre no constituye una ingerencia contra el derecho a la integridad física, aunque su ejecución forzosa constituye una privación de libertad, aun cuando sea de corta duración y siempre que este tipo de detenciones no lo sean para asegurar el cumplimiento de una obligación establecida por la Ley. Trasladado a nuestro ordenamiento habría que concluir que en caso de no existir la certeza de un delito, es decir la detención se produce en el curso de un control preventivo, no existe ese aseguramiento del cumplimiento de una obligación legal, sino administrativa, ya que a tenor del artículo 81, 1.º, de la C.E. «son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución», y téngase en cuenta que la presente orden ministerial es de 1981 y, por ende, posterior a la entrada en vigor de la Constitución.

Tanto el derecho a no declarar como a no ser detenido fuera de los casos previstos en la ley están aquí íntimamente unidos, ya que de no acceder a la verificación de la prueba el sujeto podrá ser conducido ante el juzgado correspondiente, mientras si se somete voluntariamente el resultado del test puede constituir la base de la ulterior condena. Como ya hemos dicho antes en ningún caso podrá procederse a la detención cuando no exista certeza de la comisión de un delito, y aun en el otro supuesto resultaría dudoso, ya que sólo puede hacerse para asegurar el cumplimiento de una obligación legal, y ésta no existe en nuestro ordenamiento, ya que la norma que posibilita tal detención nace de la legislación reglamentaria. Así se produce la paradoja de que si el conductor accede se puede ver lesionado su derecho a la defensa y a no declarar, y si por el contrario se niega podrá ser detenido, detención que por otra parte puede resultar inútil si se mantiene en su negativa.

El problema relativo al derecho a no declarar ha sido solucionado por el Tribunal Constitucional negando el carácter de declaración a la prueba de detección alcohólica. En el mismo sentido Gimeno Sendra, refiriéndose al análisis de sangre, considera que no constituye declaración alguna, sino un acto de investigación pericial, tendente a la determinación de un hecho punible y a la posible participación del sujeto en ellos; para este autor desde un punto de vista material podría encuadrarse dentro de las «operaciones de análisis químico» de los artículos 356-362 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuya naturaleza es de prueba pericial, a pesar de su colocación sistemática dentro del texto legal, tendentes a facilitar al juzgador el conocimiento de los elementos del hecho «determinantes de su tipicidad y de la participación del autor». Así para este autor tales métodos no constituyen nunca una declaración, manteniéndose incólume el derecho del conductor «al silencio y a no confesarse culpable», cuando al realizarse en el curso de

una detención, por breve que esta sea, se deberá informar al sujeto de sus derechos, y de las consecuencias de no someterse voluntariamente a la prueba. No parece, sin embargo, conveniente esta argumentación, primero porque puede ser una prueba mixta de confesión y pericial, y en segundo término, porque la «expresión» no sólo tiene la palabra como instrumento, sino que una persona puede comunicar su culpabilidad o declarar contra sí mismo por gestos o, cual es el caso, sometiéndose pasivamente a una prueba pericial de esta índole, y al igual que un acusado puede negarse a firmar en un papel cara a una pericial caligráfica, puede también negarse a espirar en un aparato o a que se le extraiga sangre.

3. *La presunción de inocencia*

Otra de las cuestiones planteadas al principio de este trabajo es la relativa a la posible infracción de la presunción de inocencia cuando el fallo condenatorio ha sido dictado única y exclusivamente en base al resultado del test de alcoholemia. Mientras los anteriormente analizados sólo han sido contemplados tangencialmente por el Tribunal Constitucional, el problema que ahora nos ocupa ha sido objeto de un desarrollo más minucioso, quizá porque sentando las premisas antes expuestas no queda prácticamente otro camino que éste para intentar no caer en el objetivismo a la hora de enjuiciar el tipo descrito en el artículo 340 bis a) 1.º del Código Penal, y quizá también por las razones apuntadas al principio: el conceder una absoluta primacía al resultado de las pruebas de detección alcohólica manifestado por algunas decisiones del Tribunal Supremo, pero sobre esto volveremos después.

Las sentencias del Tribunal Constitucional de 3, 4, 28 y 30 de octubre de 1985 responden a la cuestión sobre la posible infracción de la presunción de inocencia cuando el fallo condenatorio se basa sólo en el test de alcoholemia. Según la sentencia de 30 de octubre de este mismo tribunal la presunción de inocencia contenida en el artículo 24, 2 de la C.E. sólo puede ser destruida en virtud de sentencia condenatoria que sólo podrá dictarse ante la «evidencia de los hechos constitutivos de la pretensión penal». Esta evidencia se logra exclusivamente por la práctica de los medios de prueba previstos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por lo que el debate se centra en dos cuestiones: alcance y valor probatorio de los datos contenidos en el atestado policial que reflejan el resultado de la prueba de detección alcohólica, y la utilización de éste como prueba exclusiva en la fundamentación del fallo condenatorio.

La naturaleza de estos métodos alcoholométricos ha sido analizada tanto por la doctrina como por la jurisprudencia; así el Tribunal Constitucional en la sentencia de 28 de octubre de 1985, siguiendo la línea marcada por la de 28 de julio de 1981, estableció que prueba sólo es aquella que se practica en el juicio oral de acuerdo con lo previsto en el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y que reúne las garantías procesales debidas: inmediación, oralidad y contradicción, y que normalmente deberá ser realizada en el acto del juicio oral. El test de alcoholemia tiene así el valor de una denuncia como cualquier atestado policial (art. 297 L.E. Crim.), pu-

diendo constituirse en declaración testifical si las declaraciones que se realicen se refieren a hechos de conocimiento propio. Pero no puede desconocerse, según el Tribunal Constitucional, la peculiar naturaleza de estos test que pueden considerarse prueba pericial «lato sensu», ya que contienen los resultados obtenidos con un instrumento técnico especializado. La especialidad otorgada a estas pruebas se basa en dos razones fundamentales: su naturaleza objetiva derivada de los instrumentos empleados en su obtención, y la imposibilidad de reproducirlos en el juicio oral, ya que únicamente podrán conseguirse los resultados deseados si se realiza con inmediatez a la realización de los hechos.

Precisamente estas especiales características de las pruebas de detección alcohólica llevan al Tribunal Constitucional a recalcar la necesidad de respeto a los principios de inmediación, oralidad y contradicción, garantizándose así el derecho a la defensa y a un proceso público con todas las garantías. La sentencia de 3 octubre de 1985 de este mismo Tribunal recordó la exigencia de que fuese ofrecida al interesado, o por lo menos se le informase, de las posibilidades que la legislación vigente le ofrece en relación con la prueba de detección alcohólica; la Orden de 29 de julio de 1981 sobre investigación del grado de impregnación alcohólica de los usuarios de vías públicas, estableció que en los casos señalados por el Real Decreto 1.467/81, de 8 de mayo que reformó los artículos 52 y 292, I, i) del Código de la Circulación, las pruebas de detección alcohólica serían realizadas mediante el aire espirado, excepto según el artículo 2.º en casos de heridas graves que hicieran preciso su traslado a un centro hospitalario, en cuyo caso el personal facultativo determinará las pruebas pertinentes. El artículo 3.º señala que para su validez deberán realizarse mediante un aparato de precisión oficialmente autorizado. Por último, el artículo 4.º 2 prevé la posibilidad de realizar una nueva prueba a petición del interesado, así como proceder a la realización de análisis clínicos para contrastar los resultados.

En consecuencia, y de acuerdo con la postura mantenida tanto por el Tribunal Constitucional como por la doctrina, la prueba de detección alcohólica realizada por la Guardia Civil de Tráfico no tiene más valor que el de mera denuncia, que como tal tiene que ser reiterada y ratificada en el acto del juicio oral, no teniendo en caso contrario el carácter de prueba, y mucho menos podrá destruir la presunción de inocencia cuando el contenido del atestado ha sido cuestionado, no sirviendo entonces la mera lectura o reproducción en el juicio oral. Creemos que esta postura debe ser mantenida tanto cuando el test de alcoholemia se realiza porque se observe una conducción anormal indicativa de la comisión del delito previsto en el artículo 340 bis a) 1.º del Código Penal, como en mayor medida cuando se realice por resultar el conductor involucrado en un accidente, o en uno de los controles preventivos de tráfico, ya que sobre todo en este último caso el resultado de la prueba no podrá destruir nunca la presunción de inocencia, pues no se ha observado ningún otro indicio que denote la comisión del delito

Así, y de acuerdo con lo expuesto en líneas anteriores no puede decirse que haya habido una actividad probatoria mínima. Quizá resulte interesante

en este punto recordar la sentencia del Tribunal Constitucional de 31 de enero de 1985, que marcó las diferencias entre la presunción de inocencia y el principio «*indubio pro reo*»; el artículo 24, 2 de la Constitución proclama el derecho de los ciudadanos a ser considerados inocentes mientras no se presente una prueba bastante para destruir dicha presunción «*iuris tantum*», por el contrario el principio «*in dubio pro reo*» va dirigido al juzgador como norma interpretativa que obliga a la absolución por razones humanitarias y de justicia, si una vez realizada una actividad probatoria mínima quedase dudas sobre la culpabilidad del acusado. Partiendo del principio consagrado en el artículo 24, 2 de la C.E., la presunción de inocencia en un caso particular y concreto sólo puede verse destruida cuando se ha probado la culpabilidad, lo que significa, según Vázquez Sotelo, que «su inocencia se impone y mantiene sólo porque no se ha probado lo contrario, es decir, porque no se ha probado la culpabilidad; la prueba de la inocencia sería la falta de prueba de la culpa, por tanto caso de no poderse probar deberá mantenerse la inocencia». Así, si en el acto del juicio oral no puede probarse la conducta delictiva, es decir que la conducción se realizó bajo la influencia de bebidas alcohólicas, no podrá considerarse que la presunción de inocencia ha sido desvirtuada, y esto no se entenderá conseguido por el atestado de la Guardia Civil conteniendo el resultado de la prueba de detección alcohólica, aun cuando se admitiese que el delito se consuma por el hecho de realizar la conducción con una determinada tasa de alcoholemia si esta prueba no reviste las garantías antes indicadas para ser considerada así. Como conclusión podríamos decir que siempre que no haya existido una mínima actividad probatoria no podrá destruirse la presunción de inocencia.

Pero como se ha señalado por algún sector doctrinal esta mínima actividad probatoria y su control por el Tribunal Constitucional no debe confundirse con la libre valoración de la prueba por parte del juzgador según doctrina de este Tribunal, prueba sólo será la realizada en el juicio oral, y, como tal, no pueden considerarse el atestado ni la propia declaración del inculcado (S.T.C. de 28 de julio de 1981), ya que al estar contenida en el propio atestado forma parte de él y basta con que se de por reproducida en este acto, sino que es necesario que sea «reiterada y ratificada ante el órgano judicial». Se ponen de relieve de esta manera la importancia que las formalidades procesales tienen en la defensa y garantía de los derechos, delimitando la naturaleza a estos efectos de atestado, y alcanzando así la presunción de inocencia su auténtico sentido: el procedimiento sería la vía para llegar a la igualdad de trato, garantizando el conocimiento y posibilidad de defensa. Lo contrario no sería garantizar la libre apreciación de la prueba, sino dar entrada a un «*subjetivismo indiscriminado*» sin más límites que lo preceptuado en los artículos 315 y ss. del Código Penal. No puede, pues, mantenerse tal y como hace el Ministerio Fiscal en el recurso de amparo presentado contra la sentencia 13 de diciembre de 1983 de la Audiencia Provincial de Santander, que dio origen a la sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de octubre de 1985, que al no poder ser repetida la prueba de alcoholemia, aun teniendo el carácter de denuncia, quedaría sujeta a la

valoración del Juez. Admitir esto sería confundir, en cierta medida, lo que objetivamente es el resultado con el efecto íntimo que puede producir en el tribunal, tal y como señalaba Maqueda Abreu; para poder hablar de prueba es necesario que exista por lo menos un mínimo de indicio racional de ella, que se pruebe algo, que pueda entenderse de cargo y que de ella pueda deducirse la culpabilidad del procesado. Por tanto difícilmente puede decirse que el atestado pueda tratarse de algo susceptible de valoración a efectos de prueba por el juzgador, ya que no tiene más valor que el de mera denuncia si no se ratifica y reitera ante el juzgado y, aún más, si ha sido discutido su contenido.

Las críticas a la doctrina sobre esta materia del Tribunal Constitucional se basan en que garantiza la presunción de inocencia en un aspecto puramente formal, ya que al establecer que una «mínima actividad probatoria» sirve para desplazarla, y concebir esa actividad como la practicada en un juicio con las garantías procesales, en los casos en que esto ocurra el Tribunal Constitucional no podrá entrar a conocer, puesto que supondría una ingerencia en la libre valoración de la prueba por parte del Tribunal, Vázquez Sotelo considera que la sentencia de 28 de julio de 1981, primera en la que se planteó la cuestión, debió hablarse de prueba adecuada en vez de mínima actividad probatoria: de esta manera la presunción de inocencia sólo podría ser desvirtuada por una prueba adecuada, el oponer que de esta forma se estaría entrando a valorar la prueba no resulta justificado para este autor a tenor del artículo 54 de la L.O.T.C. Tampoco habría obstáculo para Maqueda Abreu en sujetar al control del Tribunal Constitucional los casos en que aun habiendo una actividad probatoria esta resulta negativa, ya que sería equivalente a la inexistencia material de la misma.

Como conclusión, y refiriéndonos al tema que nos ocupa, el valor de las pruebas de detección alcohólica, habría que decir que resulta imposible fundamentar la condena exclusivamente en el resultado de éstas, ya que al tener, como todo atestado, el valor de mera denuncia no se entiende realizada esa mínima actividad probatoria, siendo preciso para que así sea que se hayan salvaguardado los principios de oralidad, intermediación y contradicción, así como haber informado al conductor de las posibilidades que la legislación ofrece.

4. Cuestión previa sustantiva

Las cuestiones relativas a las pruebas de detección alcohólica, tanto su valor como medio idóneo para desplazar la presunción de inocencia, como los problemas que conlleva dentro del ámbito de la detención que puede originar la negativa a su realización y la posible infracción del derecho a no declarar, tienen importancia dentro del ámbito del derecho sustantivo, tal y como dijimos al principio. Algunas sentencias del Tribunal Supremo, como la de 2 de mayo de 1974, han establecido el carácter objetivo del delito del artículo 340 bis a) 1.º, lo que indudablemente «alzaprime el valor probatorio de la llamada hemoconcentración o impregnación del alcohol en sangre, según determinados módulos o test». La misma tendencia parece

observarse en algunas sentencias de Audiencias Provinciales, de las que ya hemos citado alguna. Creemos que esto sólo responde a un mal entendimiento del mencionado precepto del Código Penal, y que origina la corriente mantenida por el Tribunal Constitucional, aun cuando éste manifieste que el delito no se comete por el simple hecho de conducir con una determinada tasa de alcohol en sangre, pero sin que la presunción de inocencia pueda destruirse en este caso si se realiza con los requisitos y garantías ya expuestos; demostrativa de esto puede ser la sentencia de 28 de octubre de 1985 cuando dice que si es cuestionada la influencia del alcohol la lectura del test alcoholométrico no puede servir como fundamento del fallo condenatorio, debiendo acudirse a otros medios tendentes a demostrarla, como por ejemplo la repetición ante la autoridad judicial, declaración de los funcionarios que levantaron el atestado, e incluso cualquier otra medida señalada en otros ordenamientos jurídicos tal y como puede ser el análisis de sangre, examinada a demostrar dicha influencia, y en esa línea cabe considerar la práctica de análisis clínicos prevista en nuestro ordenamiento; a pesar de esto la mencionada sentencia mantiene que el delito del artículo 340 bis a) 1.º, «no consiste en la presencia de un determinado grado de impregnación alcohólica, sino en la conducción de un vehículo de motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas».

Si se considera que sólo demostrando la influencia del alcohol sobre las facultades del conductor se comete el delito la prueba de detección alcohólica perderá en parte su importancia, sobre todo la del alcotest o aire espirado, ya que además su fiabilidad no es total, puesto que sólo proporciona, hasta donde se nos alcanza, unos valores aproximados de la tasa de alcoholemia, y si se sobrepasa los 0,8 gr. por 1.000 cc., máximo permitido en el Código de la Circulación. Por otra parte, el establecer la influencia de las bebidas alcohólicas a través de estas pruebas, incluido el análisis de sangre, resulta poco exacto sobre todo en el caso de pequeñas dosis en que habrá de tener en cuenta otra serie de factores.

Indudablemente estas pruebas ofrecen un cierto grado de fiabilidad, que creemos que será mayor cuando además se puedan complementar con otras referentes al modo anormal de conducir, o a la conducta del sujeto, y aunque esto último ofrezca una menor importancia no puede olvidarse que el delito del artículo 340 bis a) 1.º, está tipificado como de peligro abstracto, y por tanto no es necesario que haya supuesto un riesgo concreto para el bien jurídico protegido en el precepto; a pesar de esto sólo podrá condenarse cuando se probase suficientemente que debido a la influencia de las bebidas alcohólicas el conductor representa un riesgo para la seguridad del tráfico, aunque no haya llegado a crearlo.

El evitar la continuación el tráfico rodado del sujeto con tasas superiores a las indicadas en el artículo 52 del Código de la Circulación no se nos oculta que resulta fundamental como prevención de otra serie de daños posibles. Pero esto no debe realizarse a través del precepto penal, ya que como hemos dicho no lo permite. Por otra parte, para lograr una mayor eficacia quizá resulte más conveniente el sancionarlo mediante los preceptos del Código de la Circulación, no exigiendo la demostración de la influencia alcohólica,

imponiendo la sanción por el simple hecho de conducir con determinada tasa de alcoholemia.

Esta solución deja en parte intactos los problemas que pueden surgir sobre la detención fundamentalmente, ya que el sujeto puede negarse a realizar la prueba de detección alcohólica, incluso el problema, creemos, se agravaría, ya que no se trataría de un posible delito que facilitaría la conducción ante el juzgado correspondiente. En este punto se hace necesaria una reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pero además el establecimiento de una serie de previsiones tendentes a paliar el problema, aún sin llegar a constituir una solución totalmente satisfactoria, como podría ser la imposición de una multa en caso de negativa que tendría que ser lo más inmediata posible al hecho, tal y como ocurre en infracciones de tráfico en otros países, en los que se parte de la renuncia del conductor a demostrar su inocencia, y que ésta se dará en la mayoría de los casos.

Por otra parte, una reforma del precepto penal, en el sentido de exigir un riesgo concreto como ocurre en otros artículos, eliminaría en parte el problema planteado con estos métodos, ya que entonces perdería importancia la prueba de detección alcohólica, al ser precisa la creación de un riesgo concreto con independencia de la tasa de alcoholemia. Realmente la conducción bajo la influencia de estas sustancias no es más que una forma de realizarla peligrosa para el tráfico, que se destaca en la mayoría de los ordenamientos tanto por su alto riesgo de ocasionar un resultado lesivo como por la frecuencia con que acaece. A pesar de esto, y sobre todo por ello, quizá fuera conveniente el sancionar la conducta que en abstracto se considera peligrosa dentro del ámbito reglamentario, reservando el Derecho Penal para aquellos casos en que se ocasiona el peligro temido; de esta manera creemos que se lograría una mayor eficacia en la prevención de este tipo de conductas, siempre y cuando fuera acompañado del reforzamiento de los medios adecuados para conseguirlo, y por otra parte, la prueba de alcoholemia alcanzaría una mayor eficacia, puesto que sus resultados no tendrían posibilidad de ser contradichos, una vez realizada con las debidas garantías, al no poderse alegar como fundamento de una sentencia condenatoria penal, sino que se trataría de la infracción de un precepto administrativo en el que, al igual que en otros se prohíbe conducir a más de determinada velocidad, se establece un límite considerado como máximo admisible para conducir. La negativa a realizar la prueba por parte del conductor podría llevar a la imposición de una multa, tal y como dijimos antes, lo que también puede ayudar a lograr el descenso de esta forma de conducir.

5. *Reflexión final*

Para finalizar, unas breves observaciones referentes a lo que podríamos llamar orden de prioridades. En todo lo relativo a las cuestiones expuestas a lo largo de estas páginas puede observarse que quizá en el fondo exista una confrontación entre el mantenimiento de unos principios inspirados en la observancia de derechos y libertades reconocidos constitucionalmente, y de otra parte la protección de unos bienes jurídicos considerados como necesarios para el orden social, en este caso concreto la seguridad del trá-

fico, como una parcela de la seguridad colectiva que garantiza las condiciones mínimas para la normal circulación de vehículos de motor. Pero aun cuando aparezca como necesaria la protección de este bien jurídico, ello no puede llevar a la violación de esos otros derechos y libertades que consideramos en cualquier caso como más importantes: la protección de bienes jurídicos de naturaleza colectiva se justifica, entre otras razones, por su necesidad para conseguir el orden social, pero debe ceder siempre ante el respecto a los derechos y libertades reconocidas en las leyes a las personas concretas, que son el centro del orden político (art. 10, 1. C.E.) y la razón de ser última de la protección de esos bienes colectivos y de la sociedad como conjunto.

B I B L I O G R A F I A

- ASENSIO MELLADO, J. M.^a: Los métodos alcoholométricos en la Jurisprudencia Constitucional. Comentario a las sentencias de 3, 4, 28 y 30 de octubre de 1985, en *La Ley*, 18 abril 1986, núm. 1434.
- GARCÍA CARRERO: La apreciación de la prueba en conciencia. La protección constitucional de la presunción de inocencia, en *Revista Poder Judicial*, número 5, septiembre 1982.
- MAQUEDA ABREU, M.^a L.: Problemas constitucionales de la prueba. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de 28-VII-1981, *Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 65, 1982, Madrid.
- RODRÍGUEZ RAMOS, L.: Presunción de inocencia no minimizada, en *La Ley* número 818, 29 noviembre 1983; *La Detención*, Editorial Akal, Madrid, 1986.
- SACRISTÁN REPRESA, G.: Notas sobre la presunción de inocencia. La Ley Orgánica 10/1980 y la sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de julio de 1981, en *Revista Poder Judicial*, núm. 5, septiembre 1982.
- VÁZQUEZ SOTELO, J. L.: Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del Tribunal, Bosch, Barcelona, 1984.

DE SOLA DUEÑAS, Angel; GARCIA ARAN, Mercedes; HORMAZABAL MALAREE, Hernán: «Alternativas a la prisión». E. Promociones Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1986, 267 págs.

Hoy en día, la penología es objeto de un revivido interés. Dentro del resurgir de esta materia, en concreto de las alternativas a la pena clásica de prisión, se encuadra este trabajo que se centra, según sus autores, en el marco del «análisis y valoración de la probation y otras medidas alternativas a la prisión».

De Sola señala en la introducción cómo «resulta ya un tópico abordar el tema de las medidas alternativas a la prisión a partir de la crisis de esta última. No obstante, conviene no detenerse en los aspectos más llamativos de dicha crisis, centrados en un problema de adecuación de fines y medios, para profundizar en las mutaciones que la estrategia del control social viene experimentando en las sociedades modernas» (págs. 7 y 8).

El trabajo parte, pues, de reconocer que la solución habrá de ser necesariamente ideológica, no universal.

La obra comienza propiamente estableciendo dos «condiciones previas», para evitar que aquéllas «no se queden en un puro cambio de formas, de aplicación selectiva y condicionada»: la revisión profunda del sistema de «prisión preventiva», y por otra parte que «las medidas alternativas no se conviertan en una forma de control análogo, aunque suavizado, al que comporta la institución carcelaria» (pág. 14).

Señala después la necesidad de crear un sistema sancionador que salve, por una parte, «el principio de prevención general por el carácter "aflictivo" que inevitablemente posee cualquier sanción penal», y por otra, atienda al «principio de la prevención especial mediante la pluralidad y flexibilidad de los instrumentos sancionatorios» (pág. 16).

Más adelante, se realiza una exposición de cómo se ha articulado este sistema sancionatorio en los diversos países, sin contemplar los sustitutivos tipo probation.

Así, en España se diferencia entre los tradicionales recursos, de carácter condicional, que se contemplan en la legislación actual, y los que se vislumbran en el Proyecto de Código Penal de 1980 y en la Propuesta de Anteproyecto de 1983, y que serían el arresto de fin de semana, la multa, y la «sustitución de la pena».

Por otra parte, en lo que se refiere a Francia, se estudian «tres tipos de alternativa a la prisión o sustitutivos de la misma sin sometimiento a prueba» (pág. 30): las medidas sustitutivas de los artículos 43,2 y 43,3 del C.P., el trabajo de interés general y la multa.

En Italia nos encontramos entre las sanciones sustitutorias de las penas cortas de privación de libertad, modificadas por Ley de 24 de noviembre de 1981, nuevas modalidades de sustitución frente a la suspensión condicional: la semidetención, la libertad controlada y la pena pecuniaria.

En Alemania Federal se pone de manifiesto la importancia del carácter sustitutorio de la multa, señalándose como otras instituciones interesantes de su sistema la dispensa de la pena y el llamado «principio de oportunidad».

Por lo que respecta al Reino Unido, tras hacer una serie de reflexiones acerca de las líneas generales de las tendencias político-criminales y legales imperantes en Inglaterra, se pasan a estudiar ampliamente las instituciones del servicio en provecho de la comunidad y el aplazamiento del fallo.

Tras señalar la propuesta del trabajo de utilidad social como de posible incorporación al sistema sancionador español, este trabajo estudia los «problemas específicos en la concreción legal de las medidas alternativas a la prisión» (págs. 57 y ss.), en lo que se refiere al control del cumplimiento, donde adquiere singular importancia la figura del «Juez de aplicación de penas», y el quebrantamiento de la pena sustitutoria.

Finalmente, y para cerrar el primer gran bloque en que se divide esta obra, García Arán realiza una valoración sobre las distintas opciones: relativiza en primer lugar la consideración de la multa como la «gran panacea sustitutoria de la privación de libertad», en tanto que se trata de «un sustitutivo fundamentalmente destinado al porcentaje de delincuentes que cuentan con ciertos medios económicos»; respecto del trabajo en servicio de la comunidad, señala tanto la necesidad de la audiencia y consentimiento del interesado, para eludir «la prohibición constitucional de la imposición de trabajos forzados», como la dificultad de «organización de la prestación» y de «selección de las entidades que proporcionan trabajo» (págs. 63 y 64).

En último término, detalla las condiciones con arreglo a las cuales deben adoptarse las instituciones de multa y de trabajo en servicio de la comunidad, condiciones que requieren, en consecuencia, la toma en consideración de diferentes criterios, fáciles de reconducir «a lo que conocemos como prevención general y prevención especial» (pág. 65).

En relación con ellos, habría pues que establecer, en primer lugar, un «límite en las penas privativas de libertad que pueden ser sustituidas», que podría fijarse «en torno de los dos años, como hace, por ejemplo, la propuesta de Código Penal española de 1983» (pág. 65), aceptando la discutibilidad de la elección de una cantidad fija de pena, pero resaltando también los problemas que acarrearía el «establecimiento de una pena de referencia más elevada» (pág. 66). En segundo término, se pone de manifiesto la necesidad de «individualización de la sanción referida al caso concreto», señalándose al efecto dos posibles opciones: la formulación expresa de un «juicio de prognosis favorable acerca de que el reo no volverá a delinquir aunque no se le envíe a la cárcel», lo cual nos aproxima a algunos de los sistemas de probation, «o bien utilizar una fórmula genérica que indique al Tribunal la necesidad de tomar en cuenta las características del caso concreto», opción ésta que realiza el C.P. en la sustitución de la prisión por

multa (pág. 66). En este punto, García Arán se manifiesta en favor de una necesaria «ponderación de las circunstancias del hecho y de su autor, realizada en orden a considerar la adecuación del sustitutivo a su caso» (páginas 66 y 67), con las salvedades de que la existencia de antecedentes penales no suponga un obstáculo formal para la concesión del sustitutivo y la necesidad de que los Tribunales «motiven» sus sentencias para evitar cierto mecanicismo en la decisión acerca de la pena elegida.

El segundo gran bloque en que se divide esta obra contempla «los sistemas de probation», estableciéndose en primer lugar las peculiaridades propias de esta institución en relación con las «medidas alternativas sin sometimiento a condición». Cabe resaltar, llegados a este punto, que a lo largo de este capítulo se incluye entre las «modalidades» de probation la suspensión condicional de la pena, que es estudiada por la generalidad de la doctrina como contrapuesta a aquélla, en razón de diferenciar el «sistema anglosajón» del «sistema continental». Se observa además, en el bloque dedicado al derecho comparado, la inclusión de instituciones respecto de España que «se encuentran conceptualmente alejadas de lo que se entiende como "probation"» —los beneficios penitenciarios en general, y la libertad condicional—, pero que «están dirigidas a evitar o mitigar la privación de libertad, conteniendo en una u otra forma el sometimiento a una condición» (pág. 80).

Y suceden a esta visión de la situación española las modalidades que se presentan en Francia, Italia, República Federal Alemana, Reino Unido y otros sistemas que presentan peculiaridades respecto de las «condiciones que acompañan al beneficio» (pág. 145), parte fundamentalmente estudiada por el profesor Hormazábal, para finalizar con la reseña de otras propuestas realizadas en España y referidas fundamentalmente a la PANCP de 1983.

Termina este segundo gran bloque con el establecimiento de unas conclusiones y una toma de postura respecto del sistema de sometimiento a prueba, al tiempo que se realizan una serie de propuestas concretas sobre la forma de llevarlo a cabo, señalando que, para ello, habrá de estructurarse la probation orientándola hacia la «meta preferente» que ésta marcaría: «evitar en lo posible la reincidencia en el delito sin que para ello sea necesario ejecutar una pena de prisión...», para lo cual la ley habrá de arbitrar los recursos necesarios «sin que se pretenda añadir ningún plus de afflictividad innecesario y dejando unos márgenes de arbitrio razonables para la decisión judicial» (pág. 188). Y es en este momento cuando se dedica con especial interés un amplio estudio a la figura del Juez de Vigilancia como control judicial de la institución, tanto en lo que respecta a sus atribuciones en derecho comparado como en su configuración en Derecho español.

Concluye esta obra con un último apartado dedicado «a la concreción legislativa de las distintas medidas que se han propuesto» (pág. 237), concreción que pretende estructurar las conclusiones establecidas en los apartados anteriores, dotándolas de la «unidad y conexión interna» que exige el Ordenamiento Jurídico y que «impide la modificación aislada de las leyes vigen-

tes y requiere, por el contrario, la previsión de reforma para todas aquellas que se conectan en su aplicación» (pág. 237). Para ello, las propuestas se realizan barajando las posibilidades que se ofrecen tanto sin que se introduzca un cambio de la legislación vigente (págs. 238 y ss.), como mediante propuestas legislativas concretas (págs. 240 y ss.).

Para finalizar, sólo cabe decir que se trata de una obra valiente, en la que sus autores, De Sola-García Arán-Hormazábal, profesores titulares de la Universidad de Barcelona, no vacilan al proponer soluciones al problema que la «crisis de la prisión» plantea en nuestros días y que ofrece a los estudiosos de la materia importante información de derecho comparado al respecto. Será sin duda un trabajo a tener en cuenta para futuras investigaciones sobre el tema.

Silvia VALMAÑA OCHAITA

Universidad de Alcalá de Henares

DE VICENTE REMESAL, Francisco Javier: «El comportamiento postdelictivo». Prólogo de Diego-Manuel Luzón Peña. Secretariado de publicaciones de la Universidad de León, 1985, 403 págs.

La monografía que comentamos constituye sin duda el estudio más completo y profundo existente sobre la rectificación postdelictiva, en especial en lo referente al fundamento de sus efectos (eximentes o atenuantes) y la ubicación sistemática de la misma. La obra recoge la tesis doctoral de De Vicente Remesal, elaborada en el Departamento de Derecho penal de la Universidad de León, que dirige el profesor Dr. Luzón Peña, y en el Institut für die gesamten Strafrechtswissenschaften de la Universidad de Munich, que dirige el profesor Dr. h. c. Roxin, y que obtuvo la máxima calificación y fue la primera de las leídas en la Facultad de Derecho de la Universidad de León.

Agradece el lector nada más abrir el libro el completísimo índice, que tantas veces se echa de menos en las monografías de nuestra disciplina y que da una clara visión del contenido de la obra y una fácil localización de los problemas.

El carácter exhaustivo del análisis de la literatura científica española y alemana, de carácter general y específica sobre el tema, y de la jurisprudencia de nuestro país garantiza una información absolutamente completa sobre el tema para cualquiera que desee acercarse al estudio del mismo. También expone el autor, cuando lo considera de interés, la regulación positiva de Ordenamientos extranjeros y jurisprudencia de estos países.

Pero De Vicente Remesal no se conforma con recoger esa información de cualquier forma, sino que la agrupa y ordena con evidente conocimiento del método investigador, extrae consecuencias de ella, la somete a continua crítica, matizando las soluciones a los problemas y realizando aportaciones originales cuando ello es necesario.

Aunque el núcleo del trabajo está referido al comportamiento postdelictivo positivo (CPP) (lo que antes hemos llamado rectificación postdelictiva), De Vicente Remesal hace también frecuentes referencias al comportamiento pos-

terior indiferente y negativo, con lo cual son escasas las cuestiones que el autor deja sin resolver y prácticamente ninguna sin plantear.

El libro comienza con una introducción en la que De Vicente Remesal fija el tema, señala sus similitudes con el del desistimiento voluntario en la tentativa y da unas explicaciones sobre la terminología y metodología utilizadas. Posteriormente analiza lo que debe entenderse por comportamiento postdelictivo (CPD) en sentido amplio y sus consecuencias y jurídicopenales (figuras de CPD recogidas en los tipos de la Parte especial) en el Derecho penal español histórico, vigente y en la Propuesta de Anteproyecto de Código penal de 1983, así como en el Derecho comparado, muy especialmente en el Derecho penal de la República Federal de Alemania.

A continuación estudia De Vicente Remesal el CPP dentro del marco de la circunstancia atenuante genérica del artículo 9,9 CP y las limitaciones impuestas por este artículo, proponiendo por diversas razones el abandono del término «arrepentimiento» o la expresión «atenuante de arrepentimiento espontáneo» y su sustitución por «atenuante de comportamiento posterior positivo» (págs. 120). El tema del fundamento de los efectos y situación sistemática del CPP constituye como hemos señalado el núcleo del trabajo de De Vicente Remesal, que expone esquemáticamente en un capítulo las posiciones doctrinales y jurisprudenciales al respecto en España y en Alemania, en perspectiva histórica y en su planteamiento actual. Los capítulos posteriores se dedican a exponer en profundidad cada una de las teorías anunciadas en el resumen inicial. Así, se ocupa en primer lugar de las teorías que relacionan el CPD con el injusto y la culpabilidad, para estudiar en extenso la relación entre CPD y antijuridicidad y entre CPD y culpabilidad (en este caso examinando las diversas formas en que se ha entendido y entiende la culpabilidad), llegando a la conclusión de que no es satisfactoria ninguna de las teorías defendidas hasta ahora y que intentan ubicar el CPD en la antijuridicidad o la culpabilidad, como tampoco es aceptable la ampliación del concepto «hecho» realizada por algunas teorías para dar cabida en él al CPD. Por fin, tampoco en la punibilidad (entendida como categoría de la teoría del delito) puede ubicarse el CPP. Para la comprobación de lo correcto de cada teoría maneja el autor el banco de pruebas de los diversos supuestos en que el Ordenamiento penal da relevancia al CPD y al supuesto análogo del desistimiento en la tentativa. La conclusión es que, en los supuestos especiales de CPP, el fundamento de su relevancia será diverso, coincidente unas veces con el de la atenuante genérica o basado en razones pragmáticas, utilitarias, de conveniencia pública o de prevención general en sentido amplio, y en el caso de la atenuante de CPP el fundamento de su relevancia reside en consideraciones de prevención general y especial, por lo que hay que buscar su ubicación sistemática fuera del delito. En palabras del autor: «Los casos de CPP encuentran, por tanto, su situación sistemática entre los «(otros) presupuestos de la pena» distintos del delito, del hecho» (pág. 386). En cuanto al fundamento, más en concreto: la mayoría de los casos especiales de CPP se basan en primer lugar (y sin descartar la reconducción a una «prevención general de segunda instancia») en razones políticas, pragmáticas, económicas, de utilidad pública, etc. Así, las razones de índole política primarían para la libera-

ción total o parcial de pena en el caso de rebeldes y sediciosos (art. 226 CP), para la atenuación o remisión de la pena por colaborar con la autoridad en el artículo 6 de la Ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre. Las consideraciones económicas (normalmente la satisfacción de derechos de crédito, aunque no siempre) serían fundamentales en los casos de los artículos 395, 396 y 563 bis b) CP o en los de los artículos 291, 298 ss. y 303 en relación con el 304,II de la Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código penal (PANCP) de 1983, u 87 ss. de la Ley General Tributaria. Por fin, otras razones utilitarias distintas pesarían en la exención de pena por retractación del falso testimonio en causa criminal, que recoge el artículo 434 PANCP. Por su parte, en la atenuante genérica prevalecen las consideraciones de prevención general y especial, lo que no quiere decir que por ello deba incluirse en el delito, ya que los fines de la pena desempeñan su papel en todas las categorías del delito, pero también fuera de él. Demuestra el autor que el CPP afecta a la gravedad de las consecuencias del hecho, lo cual juega un papel en las necesidades preventivo-generales, como también lo juega, en opinión de De Vicente Remesal, la personalidad del delincuente, cuya consideración no queda excluida en el artículo 9,9 CP, el cual antes bien constituye una de las fuentes autónomas de conocimiento de la personalidad del autor, desde la perspectiva de la prevención especial. Estas consideraciones se extienden también a otros casos de CPP que, sin constituir supuestos concretos de la Parte especial, no encajan en el artículo 9,9, pero sí en el 9,10 CP, o incluso a otros que no encajan tampoco en éste, pero podrían ser valorados por el juez como positivos desde el punto de vista de la personalidad del delincuente o la disminución real de los daños (ejemplos: buen comportamiento en libertad, conducta del sujeto en el juicio, etc.). E incluso se plantean de modo similar consideraciones de prevención general y especial en casos de comportamiento postdelictivo negativo, si bien aquí el cuidado ha de ser mayor, dadas las consecuencias perjudiciales para el sujeto (ejemplos: ocultamiento del botín, negativa a declarar en juicio, ingestión posterior de bebidas alcohólicas, comportamiento rudo con la víctima, falta de disposición a la reparación, etc.). De gran interés es también sin duda el extenso prólogo del profesor Dr. Luzón Peña en que, además de palabras elogiosas del trabajo de su discípulo, se encuentra una exposición de los problemas e implicaciones del tema del CPD, la conformidad con la mayoría de las soluciones aportadas por De Vicente Remesal y un intento de explicación del porqué la mayoría de la doctrina no ha comprendido bien el significado de la rectificación voluntaria: «un entendimiento excluyente y exagerado del principio del «Derecho penal del hecho» y el horror al nefando «Derecho penal de autor», lo que llega a ser una auténtica obsesión» (pág. 26). Para el Catedrático de León, sin embargo, el Derecho penal del hecho no prohíbe tener en cuenta otras actuaciones o circunstancias del autor distintas al hecho, para determinar su responsabilidad penal; y esto es claro cuando tales actuaciones y circunstancias se toman en consideración para favorecer al reo. Pero incluso podrían aumentar su responsabilidad penal, siempre que se haya partido (esto sí es fundamental) del hecho para fijarla: los ejemplos son la (discutida) reincidencia, como agravante de la pena, y la habitualidad o la profesionalidad que puedan dar lugar a una medida de

seguridad que prolongue la pena que le correspondía al sujeto por el hecho. Es decir, podrían resultar admisibles ciertas manifestaciones del Derecho penal de autor que no prescindan, sino que partan del principio de responsabilidad por el hecho. Si se prescinde de éste, entonces ya sí estaríamos en el campo de lo inaceptable: el ejemplo claro lo constituyen las medidas de seguridad predelictivas. De ahí que la ubicación que De Vicente Remesal propone para el CPD sea intachable.

Sin duda ninguna, el prólogo del profesor Dr. Luzón Peña constituye la mejor recensión que pueda hacerse a la obra de su discípulo, el Dr. De Vicente Remesal.

Miguel DÍAZ Y GARCÍA
Encargado de Curso de Derecho penal
Universidad de León

ESER, Albin/HUBER, Bárbara (editores): «Strafrechtentwicklung in Europa». Landesberichte 1982-84 über Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur, serie «Beiträge und Materialien aus dem Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht Freiburg», Tomo 2, Max-Planck-Institut für Ausländ. u. Internat. Strafrecht, Freiburg i. Br., 1985, 917 págs.

El libro que comentamos es el primero de una serie que sus editores pretenden completar con futuras publicaciones sobre el desarrollo del Derecho penal en Europa. Se compone de 15 informes nacionales y una síntesis final sobre el estado actual de la legislación, doctrina y jurisprudencia en el ámbito del Derecho penal material, formal e internacional. Los países comprendidos son Dinamarca, República Federal de Alemania, Francia, Grecia, Gran Bretaña, Irlanda, Italia, Holanda, Austria, Polonia, Portugal, Suecia, Suiza, España y Turquía. La obra se propone ofrecer a un amplio espectro de destinatarios —legisladores jueces, fiscales, abogados e investigaciones—, una acabada información sobre las reformas legislativas, nuevas tendencias jurisprudenciales y temas que han acaparado la atención de los científicos de aquellos países durante el período de 1982-84.

Todos los informes responden a un mismo esquema básico que unifica la línea expositiva y facilita su consulta. Los trabajos se dividen en cuatro partes fundamentales: legislación, proyectos de reforma, jurisprudencia y literatura. Los tres primeros están estructurados de idéntica forma, componiéndose de los seis apartados que a continuación indicamos. El primero se refiere a los temas básicos del Derecho penal, subdividiéndose a su vez en Parte general, especial y sistema de sanciones. El segundo apartado, siempre dentro del Derecho material, se ocupa del Derecho penal especial (Nebenstrafrecht), contravencional y administrativo. Aquí se analizan temas tales como el Derecho penal de jóvenes, de tráfico, de drogas, protección del medio ambiente y Derecho penal económico.

El tercer capítulo está destinado al Derecho procesal penal, organización de tribunales penales y derecho procesal especial aplicable a los jóvenes.

Los últimos tres apartados se refieren al Derecho de ejecución de la pena, Derecho penal internacional y Derechos humanos respectivamente.

La parte dedicada a la doctrina se divide en literatura general, monografías, artículos y comentarios de jurisprudencia, conteniendo cada uno de ellos los mismos temas arriba indicados.

Dado que aquí resulta imposible realizar una reseña de cada uno de los informes, sólo nos detendremos brevemente en los principales temas abordados por Huber en sus observaciones finales. En primer lugar, cabe destacar que durante el período 1982-84, sólo dos países introdujeron *reformas globales* en su legislación penal común. Se trata del Código penal portugués de 23-9-1982 y de la «Ley de Reforma urgente y parcial del Código penal español» de 25-6-1983. En relación a esta última, Huber rescata la incorporación expresa del principio de culpabilidad y su incidencia sobre los delitos cualificados por el resultado (pág. 858).

Dentro de la *Parte General del Derecho penal*, la problemática de las causas de justificación y exculpación parece ocupar la atención preferente de los juristas. Las posibles diferencias dogmáticas entre las distintas causas exculpantes de la pena es un tema novedoso en Gran Bretaña, donde hasta ahora no se realizaba distinción alguna entre las «defences» (pág. 859). En la Rep. Fed. de Alemania, en cambio, sólo se trata del replanteamiento de un tema ya antiguo, aunque actualmente la discusión se centra más bien en el concepto y función de la antijuricidad como elemento del delito (pág. 860).

En la *Parte Especial* destacan algunas reformas legislativas y nuevas corrientes jurisprudenciales en materia de homicidio, eutanasia, aborto, derecho penal sexual, delitos contra la propiedad y el patrimonio y delitos contra la seguridad interior del Estado. Resulta interesante la reforma de los delitos sexuales en Suecia y Dinamarca, encaminadas a eliminar cualquier diferencia fundada en el sexo del autor o de la víctima (pág. 864). Por otra parte, entre los nuevos problemas que afronta la jurisprudencia de los países europeos, destaca el relativo a los límites entre los tipos de hurto, estafa y defraudación, límite que se desdibuja frente a ciertas técnicas modernas de comisión de estos delitos (especialmente a través de tarjetas de crédito y cajeros automáticos). Huber observa que tanto la jurisprudencia francesa como la alemana se han inclinado, aunque no sin altibajos, por aplicar los tipos de estafa en estos casos (pág. 866).

En el ámbito del *Derecho penal especial*, se advierte un proceso de reestructuración del Derecho penal de jóvenes, originado tanto en las exigencias propias del Estado de derecho, como en la necesidad de llevar a la práctica los fines educativos y resocializadores (pág. 867). Francia, Gran Bretaña, Polonia, Portugal, Turquía, Holanda y Austria presentan novedades al respecto. Una especial atención de los legisladores europeos ha merecido, por otra parte, el problema del consumo y tráfico de drogas. Ocho de los quince países estudiados han reformado sus leyes en este aspecto y en otros se esperan próximas modificaciones. Si bien, en general, se advierte una tendencia a la ampliación del ámbito de punibilidad ya la agravación de las penas, en algunos países se observa también cierta preocupación por el tratamiento del drogadicto y la utilización de vías no penales para combatir este tipo de delincuencia (especialmente Austria, pág. 871). Similar atención

del legislador ha merecido el problema de la protección del medio ambiente (pág. 872).

En cuanto al *sistema de sanciones*, las principales reformas tienden a solucionar el problema de la superpoblación carcelaria a través del acortamiento del período de cumplimiento de la condena. Con este fin, varios países han reducido las condiciones para la obtención de la libertad condicional (pág. 877).

El *Derecho procesal penal* no ha sido objeto de modificaciones globales en ninguno de los países analizados, aunque existen varios proyectos en estudio (pág. 886). Sin embargo, sí se observan modificaciones en temas puntuales de esta rama del derecho, entre los que destacan aquellas reformas orientadas a dar mayor celeridad al proceso (pág. 887). Por lo demás, tres temas básicos concentran la atención de legisladores, jueces y científicos en orden a la *ejecución de la pena*: las condiciones de cumplimiento de la condena y el status jurídico del preso, la ejecución de la pena en los jóvenes y el acortamiento del período de la condena (págs. 895 y s.).

El último aspecto analizado por Huber se refiere al *Derecho penal internacional*. Destaca, en este sentido, el problema de la validez espacial de la ley penal, problema que ha adquirido importancia con relación al tráfico de drogas. Aunque los tribunales han rechazado, en general, la aplicación de la ley del territorio a los actos preparatorios realizados en el exterior, ya existen propuestas de reforma legislativa que pretenden la solución contraria (página 898). Por último, cabe mencionar que en el período 1982-84, tanto la República Federal de Alemania como Suiza han modificado íntegramente sus legislaciones en materia de cooperación internacional en asuntos penales (página 899).

Sin duda la obra que comentamos proporciona una herramienta utilísima para teóricos y prácticos del Derecho penal. El amplísimo espectro de temas que abarca y la cuidada selección de países europeos comprendidos, permite obtener una visión general del estado actual del Derecho penal europeo. Por lo demás, su clara sistematización hace posible una consulta rápida y precisa, ventaja nada desdeñable en un campo del derecho que cada vez se hace más complejo e inabarcable. Es de esperar que la continuación de la obra, tal como se lo proponen sus editores, permita completar este aporte ya importante para todos los juristas europeos.

Patricia LAURENZO

MIR PUIG, Carlos: «El Sistema de Penas y su medición en la Reforma Penal».

Ed. Librería Bosch, Barcelona, 1986, 375 págs.

«Hacer "dogmática" —si es que se puede hablar de ella cuando lo que se analizan son textos sólo proyectados— de un eventual Derecho futuro, es una tarea tan ingrata como necesaria...», dice Enrique Gimbernat (pág. 7) cuando analiza en el prólogo de esta obra la parte central del libro de Carlos Mir, que constituye la Tesina por la que obtuvo el grado de Licenciado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá de Henares. Ninguna

otra expresión puede darnos una idea más precisa de lo que el autor aporta en su trabajo.

Y «hace dogmática» con todo rigor científico ya desde el mismo planteamiento de la obra. Comienza el estudio del Sistema de Penas con una amplia y bien sistematizada exposición de las tendencias actuales existentes en el campo de la pena, señalando como más relevantes la dialéctica entre dogmática y política criminal, versus síntesis de una y otra, la repercusión que en el Derecho tuvo el Movimiento Internacional de Reforma del Derecho Penal, del que fue principalísimo impulsor von Liszt, y las corrientes de Defensa Social y de la Nueva Defensa Social; concluyendo esta primera parte al entresacar el autor los «rasgos comunes del Sistema de sanciones del movimiento de Reforma mundial» (págs. 52 y ss.), que sistematiza de manera acertada en trece tendencias principales, analizadas después brevemente y con absoluta precisión. Estas serían:

1. «Eliminación de la pena de muerte.
2. Tendencia a suprimir la pena perpetua de privación de libertad.
3. La pena privativa de libertad unitaria.
4. Reducción del límite temporal máximo de las penas de privación de libertad.
5. Mantenimiento de la pena de privación de libertad respecto de la gran y mediana criminalidad.
6. La supresión de las penas cortas de privación de libertad.
7. La sustitución de la pena de privación de libertad por otras penas, sanciones y medios en la pequeña criminalidad.
8. Potenciación de la pena pecuniaria.
9. Tendencia al monismo y al sistema vicarial.
10. Descriminalización y despenalización.
11. Reconocimiento del principio de Estado de Derecho.
12. Reconocimiento del principio de humanidad, como base de la política criminal.
13. Tendencia a la resocialización.»

Tras esta amplia introducción, comienza propiamente el estudio del sistema sancionatorio, estableciendo para ello una serie de consideraciones sobre la «Reforma del Derecho penal alemán»; realiza su acercamiento al tema a través del análisis de tres momentos importantes para la reciente historia de este Derecho que tanta influencia ha manifestado en las Propuestas realizadas para la Reforma de nuestro Derecho positivo. Estos momentos se abordan en los capítulos dedicados al estudio del Proyecto oficial de Código penal de 1962 (págs. 65 y ss.) en tres aspectos fundamentales: penas, medidas de seguridad y sustitutivos penales; del Proyecto Alternativo alemán de 1966 (págs. 70 y ss.), destacando especialmente las tendencias innovadoras que surgen de él, el sistema de sustitutivos, y una consideración especial de la pena de multa; y finalmente, y a modo de síntesis de las tendencias señaladas en uno y en otro Proyecto, el estudio del vigente sistema de sanciones en el Código penal alemán (págs. 91 y ss.). Es en este último capítulo donde aparecen desarrollados los sustitutivos penales en la moda-

lidad más cercana a lo que puede llegar a ser nuestro Derecho, si bien con la seguridad de que la llamada por Carlos Mir «suspensión condicional de la ejecución de la condena» (págs. 95 y 96) se aproxima más en este sistema alemán a la figura anglosajona de la «probation» que al sistema continental de la «sursis» franco-belga, que continúa arraigada en nuestro Ordenamiento sin aparente posibilidad de modificación en una próxima Reforma. También merece especial consideración, dentro del apartado dedicado a las medidas de seguridad y corrección, el estudio de los establecimientos de terapia social, instrumentos esencialmente alemanes en su origen, que no han sido, sin embargo, experimentados en profundidad como «"último intento de curación" del delincuente incorregible» debido, sin duda, a que «requiere grandes inversiones de dinero» (pág. 100).

Las partes segunda y tercera de este trabajo se circunscriben ya a nuestro Ordenamiento Jurídico, a nuestro posible futuro Ordenamiento Jurídico.

La primera de ellas se refiere al sistema penal del Proyecto de Ley orgánica de Código penal de 1980, al que se dedica un estudio más extenso, dividido en siete capítulos, que abordan desde las «Directrices político-criminales del Proyecto de 1980» (págs. 113 y ss.) hasta la determinación de la pena (págs. 257 y ss.), pasando necesariamente por el estudio de las penas que se consagran en dicho Proyecto: las privativas de libertad (págs. 126 y ss.), las privativas de derechos (págs. 143 y ss.), las pecuniarias (páginas 174 y ss.) y las penas accesorias (págs. 189 y ss.).

Consideración aparte merece, dentro de este bloque, el tratamiento que Carlos Mir realiza de los sustitutivos penales, estudio que se basa en la observación separada de las diversas modalidades que se ofrecen en el Proyecto, y que además de un acercamiento riguroso y comparativo con la legislación vigente, Derecho alemán y Proyecto Alternativo del Partido Comunista, posibilita el juicio crítico del autor en algunos de los aspectos que estas instituciones recogen.

Respecto de la suspensión del fallo, considera, con López Rey, que esta institución se recoge en el Proyecto basada en criterios político-criminalmente ya superados, al tomar como elemento esencial para su aplicación el concepto de delincuente primario, con lo cual aparecen, en primer lugar, dificultades prácticas para determinar si un delincuente, no condenado previamente, ha delinquido, sin embargo, con anterioridad o no.

Señala más adelante, como aspecto fundamental de la condena condicional, que si en el Proyecto de 1980 «deja de ser un acto de gracia para convertirse en una verdadera forma sustitutiva de la pena privativa de libertad, los Jueces y Tribunales deberían, con mayor razón, efectuar un juicio valorativo de todos los factores legales de edad, antecedentes del reo, naturaleza jurídica del hecho punible y circunstancias de toda clase que concurren en su ejecución, impidiendo el automatismo que se da en la práctica» (pág. 224).

Tras analizar, asimismo, el arresto de fin de semana, la multa y el internamiento en un centro de rehabilitación social para jóvenes, prosigue Carlos Mir con una tendencia que ya se había observado en partes anteriores del libro, pero que ahora cobra una singular relevancia en cuanto a su posición

sistemática; nos referimos al hecho de enmarcar dentro de los sustitutivos penales tanto la libertad condicional como los beneficios penitenciarios. En este punto considero incorrecta la incardinación del estudio de dichas instituciones dentro de este bloque, puesto que no se trata propiamente de sustitutivos penales, sino de aspectos de la ejecución de la pena privativa de libertad. El autor, no obstante se anticipa a esta posible crítica, considera la conveniencia de llevar a cabo su estudio en este momento por cuanto, en el caso concreto de la libertad condicional, se «impide el cumplimiento del resto de una pena de prisión» (pág. 244), recogiendo el criterio que se deriva de la denominación que da a esta institución tanto el Proyecto Alternativo alemán como el propio Código penal de este país. Subsiste sin embargo la crítica si se considera como esencia del sustitutivo el hecho de evitar la pena de prisión «ab initio», tomando por tanto los beneficios penitenciarios y la libertad condicional como instrumentos de régimen penitenciario, o de tratamiento, si se quiere, y no como sustitutivos penales «stricto sensu».

Para finalizar, estudia el autor en la tercera parte de su obra la Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código Penal de 1983, dividiendo su trabajo al respecto en tres grandes áreas: el estudio del sistema penal de la Reforma, siguiendo la clasificación ya utilizada de penas privativas de libertad, penas privativas de derechos, multa, penas accesorias y sustitutivos penales; una valoración del sistema de penas en el Anteproyecto; y una consideración especial acerca de la determinación de la pena en esta Propuesta.

Cabe resaltar, llegados a este punto, el enorme mérito que tiene su estudio partiendo de los escasísimos trabajos publicados sobre la Propuesta de 1983 en el momento en que se elaboró esta obra.

Pero además de la ardua labor de exégesis que realiza Mir, sobresale, si cabe, la valoración que hace del sistema de penas. Señala, en primer lugar, la reducción del sistema de penas, con la desaparición de las penas de suspensión, interdicción civil y la de comiso, reducción, a juicio del autor, «totalmente plausible y propia de la moderna Política Criminal» (pág. 332). Y también manifiesta que el ámbito donde se aprecia con mayor amplitud la influencia del Proyecto Alternativo alemán en la Propuesta de Anteproyecto de 1983, que supera en muchos aspectos a aquél, es el de los sustitutivos penales, y en concreto, en el campo de aplicación de la remisión condicional.

Finalmente, el autor considera razonable, acertadamente sin duda, el hecho de que «ni en el Preámbulo del Anteproyecto de Código Penal de 1979, ni en su articulado, ni en la Exposición de Motivos, ni en la Memoria Explicativa del Proyecto de 1980, ni en su articulado, ni en la Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código Penal de 1983, ni en su articulado, se hace referencia alguna al fundamento de la pena» (pág. 334), señalando, no obstante, respecto de la Propuesta de 1983, que de su «Introducción puede desprenderse la exclusión de la función retributiva de la pena. En todo caso, en el Derecho español, la finalidad preventivo-especial de la pena tiene carácter Constitucional.

Como punto final, sólo queda por decir que se trata sin duda de una obra rigurosa, con una profundidad inusual en una Tesina de Licenciatura.

Y respecto a Carlos Mir Puig, Gimbernat encuentra una vez más la expresión acertada: «el autor hace honor a sus apellidos».

Silvia VALMAÑA OCHAITA
Universidad de Alcalá de Henares

PEÑA CABRERA, R.: «Tratado de Derecho penal», vol. III. Parte especial. Edit. Debate Jurídico. Lima, 1986.

El presente volumen constituye el III de los aparecidos en la importante obra del profesor Peña Cabrera. De ellos el I (1983) está dedicado a la Parte General y el II (1982) y III (1986) a la Parte Especial. Si bien, el autor ha reiterado la orientación docente de la obra, sin embargo, su contenido resulta mucho más rico y ambicioso adecuándose mejor al título de tratado de Derecho penal, denominación general de aquélla.

El Tratado de Peña Cabrera constituye, sin duda, un trabajo excepcional dentro de la dogmática peruana y continental, de ello dan buena cuenta las firmas que lo han prologado. Autores del reconocimiento de Zaffaroni, Soler o Muñoz Conde coinciden en considerar este amplio estudio de la dogmática y del Derecho positivo del Perú como una prueba de solidez en la elaboración jurídica, comenzando en el análisis pormenorizado del Código penal, para luego sustentar determinadas posiciones dogmáticas. Esta adecuación adquiere un especial relieve en Perú, que hubo de sufrir las consecuencias negativas de recepcionar en 1924 uno de los Proyectos del Código penal entonces más avanzados, el de Suiza de 1916. El distinto ámbito cultural de Perú con el país helvético, la falta de una elaboración dogmática capaz de entender en su profundidad las disposiciones de aquél, así como, la carencia casi absoluta de una infraestructura judicial y técnica para responder a sus necesidades, hicieron del Código penal de 1924 algo bien diferente al espíritu preventivista que lo inspiraban. Al poco tiempo las disposiciones netamente preventivas y garantistas dejaron de aplicarse y otras sufrieron una interpretación forzada y con una orientación represiva. Esta situación, como señala Hurtado Pozo, en una interesante monografía (*La ley importada*, Lima, 1979) es sino contraprocendente para el país importador, sí al menos la somete a una tensión socio-cultural.

La propia Comisión legislativa encargada de redactar el Proyecto de Código penal de 1972 —en la que participa entre otros, Peña Cabrera— tuvo muy en cuenta estas circunstancias históricas y aconsejó no modificar en su totalidad el Código de 1924 por considerar que la ley penal «no había sido objeto de una reconstrucción dogmática científica, ni tampoco estudiada por la jurisprudencia. Mal podría entonces preconizarse la reforma sustancial de lo desconocido» (*Motivación del Proyecto*, Tratado, vol. I, pág. 91). Gracias a un coherente conocimiento de la realidad socio-cultural del país, el Código penal de 1972— hoy vigente, aunque con numerosas modificaciones posteriores— resulta más operativo.

El Tratado de Peña Cabrera es precisamente una prueba fuera de dudas de esa operatividad y asimilación dogmática.

El vol. III (P. especial) se abre con los delitos contra la familia (adulterio, matrimonios ilegales, legales, supresión y alteración del estado civil y sustracción de menores). Destaca aquí la posición del autor comprometida con la problemática social a la que recurre una y otra vez para analizar el derecho positivo a través de las exigencias político criminales. «El abandono de familia solamente debería reprimirse cuando el agente, teniendo los medios para cumplir sus obligaciones ha dejado de hacerlo. Pero si el hambre, la miseria, la desocupación, lo acosan es una injusticia castigarlo penalmente» (14).

El capítulo siguiente abarca los delitos contra la libertad (sección V del C.P.). En términos parecidos a nuestro Código, señala el autor que los delitos agrupados bajo este epígrafe son aquellos que garantizan la participación con dignidad de todo hombre en la organización social y económica, no frente al ataque burdo y violento, sino frente a la sutil coacción o intimidación de quienes por esta vía logran hacer inaccesibles aquellos derechos.

Las modalidades contempladas son: coacción, secuestro, amenaza, plagio, raptó, violación y allanamiento ilegal de domicilio, violación del secreto de correspondencia y delitos contra la libertad de reunión. De este conjunto de delitos destaca por su amplitud el referido a la violación de correspondencia, en él se castiga además del supuesto de apertura y apoderamiento indebido, la supresión y extravío y la publicación abusiva (art. 234). Esta última modalidad delictiva que no existe entre nosotros y consiste en publicar una correspondencia epistolar o telegráfica no destinada a la publicidad, aunque le haya sido designada al propio sujeto activo. Disposición atinada, señala el autor, pues evita un temor a escribir, ya que esta manifestación de la libertad de pensamiento no se encuentra garantizada de otra forma, ello prolonga además mediante la protección jurídico penal de la propiedad intelectual de la carta a favor del autor. El tipo penal contempla como condición objetiva de punibilidad y no como resultado del delito (que sería la propia publicación abusiva) el perjuicio a otro, pudiendo éste ser o no el autor de la correspondencia.

El capítulo de delitos contra el patrimonio recoge las siguientes modalidades delictivas: hurto, robo, apropiaciones ilícitas (hurto impropio, apropiación de cosa perdida, de tesoro, de cosa adquirida por error o caso fortuito, de prenda), encubrimiento, estafa, de pago con cheque sin provisión de fondos, defraudación (en la sustancia, calidad o cantidad, por suscripción de documento, por abuso de firma en blanco, mediante contrato simulado o falsos recibos, por engaño en las cuentas o gastos por supresión de documentos, estelionato, de defraudación con pretexto de remuneraciones ilegales, estafa de seguro o préstamo a la gruesa, explotación de incapaces, uso de pesas o medidas falsas, fraude en la ejecución de obras o suministros de materiales de construcción, defraudación en perjuicio de una administración pública, falsos informes sobre sociedades anónimas y cooperativas), extorsión, chantaje, delitos en la quiebra y en las deudas (quiebra fraudulenta, culposa, fraudulenta de una sociedad anónima o cooperativa o persona jurídica, concurso civil fraudulento, connivencia maliciosa), usurpación (de inmuebles, de aguas), daños.

No existe patrimonio, señala Peña Cabrera, sino media la vinculación entre la persona y la cosa o entre la persona y derecho. Se refiere a la relación jurídica cuyo fundamento se encuentra en la aprovechabilidad y utilidad (en términos económicos) del bien. Como sucede en Derecho comparado la utilización de conceptos de Derecho privado no siempre se hace manteniendo a su vez el contenido. Unas veces por defecto, excluyéndose de este grupo de delitos —v. gr., incendios o estragos—, lesiones al patrimonio y otras por exceso, incluyéndose supuestos en los que el patrimonio no es lesionado por la conducta delictiva al haberlo sido en una fase anterior —encubrimiento— o la lesión no es necesaria para consumar el delito —chantaje—.

No ha lugar en el marco de la recensión en considerar las particularidades de la tipología patrimonial, pero sí a poner de relieve cómo la parte especial del profesor Cabrera tiene la «extraña» cualidad de la proporcionalidad. El acceso a los problemas de cada uno de los tipos se logra con facilidad y entre ellos se mantiene una extensión regular tocándose los elementos básicos. Así, por ejemplo, los problemas del tipo subjetivo o de la modalidad comisiva —violencia o amenazas— se resuelve en las figuras básicas y posteriormente se utiliza una fórmula flexible de remisión para evitar reiterar ideas ya expuestas que hacen engorrosa la lectura o el estudio.

El último grupo de delitos se recoge bajo la denominación de delitos contra el orden económico, incluyendo: acaparamiento, especulación y adulteración. Ya destaca el profesor Muñoz Conde en el prólogo la importancia de estos delitos y especialmente en los países latinoamericanos en los que sus autores gozan de un especial privilegio. Algo que no pasa de largo para Peña Cabrera, quien en una breve introducción pone de relieve la significación criminológica de la delincuencia de «cuello blanco», apuntando también como bien jurídico la «libre competencia», carta magna de la economía de mercado, cuya defensa se logra paradójicamente en ocasiones mediante la intervención estatal.

Se lamenta el autor del desfase de la legislación peruana al no recoger más que las tres modalidades delictivas mencionadas, quedando impunes los abusos financieros que producen la llamada «reacción en cadena» particularmente nociva para los intereses económicos de los países con economías débiles. Con todo la existencia de estos delitos y el tratamiento específico de la criminalidad económica es considerada favorablemente por el profesor Peña Cabrera.

Con el estudio de estos delitos termina este volumen, que se dedica, pues, en su mayor parte, al orden patrimonial y económico. El lector tendrá en sus manos una visión detallada de la problemática de la parte especial del Código Penal de Perú, una obra en la que sin escatimar análisis críticos y profundos sobre la materia, que denota la sensibilidad jurídica del autor, se han evitado magistralmente innecesarias referencias históricas e interminables indicaciones de derecho comparado, haciéndola accesible y racional.

Borja MAPELLI CAFFARENA

Profesor titular de Derecho Penal

Facultad de Derecho de Jerez de la Frontera

REVISTA DE REVISTAS

ALEMANIA (República Federal)

NEUE JURISTISCHE WOCHENSCHRIFT

Revista semanal. Año 39, primer tomo (fascículos 1 a 26, páginas 1 a 1634). C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung. Munich y Frankfurt, 1986

A partir de ahora tras la revista de los artículos y colaboraciones, mencionaré, sin comentarla, la jurisprudencia penal recogida en la NJW, bajo el mismo título con que aparece en ella, aun siendo consciente de que ese título no es a veces suficientemente indicativo del contenido de la resolución judicial.

FABRY, Josef: «Der besonders schwere Fall der versuchten Tat» (El caso especialmente grave del hecho intentado). Págs. 15-20.

En el StGB se describen algunos casos especialmente graves de delito (por ejemplo, en el § 243 el caso especialmente grave de hurto) a través de ejemplos típicos (Regelbeispiele). Esta forma de los casos especialmente graves ha planteado problemas en cuanto a su ordenación sistemática y dogmática. En concreto se discute si se trata de elementos típicos o de reglas de medición de la pena. El tema no se plantea en supuestos claros de delito consumado por un sólo interviniente (autor), que coinciden punto por punto con la descripción realizada por el precepto legal. Sin embargo, el problema se da, por ejemplo, en el delito en grado de tentativa o en el caso de inducción, coautoría o complicidad. La jurisprudencia no da respuesta a la necesidad de una ordenación dogmática clara y fácilmente manejable, sino que adopta una postura intermedia, que coloca los casos analizados en el campo de la pena, pero sin excluir que los ejemplos típicos (Regelbeispiele) tengan importancia para cuestiones relativas al injusto y la culpabilidad. Con ello se apoyarían posturas como la de Maurach y sobre todo la de Eser, que indica que formalmente o desde un punto de vista de la sistemática del delito se trata de circunstancias fácticas de la medición de la pena (Strafzumessungstatsachen), que al menos se asemejan a los elementos típicos precisamente por su función indiciaria. El autor del presente artículo ensaya una solución que él mismo califica de tópica u orientada a los problemas; el encaje en una categoría dogmática que resuelva las necesidades sistemáticas conduciría a problemas en la práctica y la resolución de las necesidades prácticas, llevaría a fricciones sistemáticas,

por lo que nunca será posible una adscripción clara de los casos en estudio al tipo o a la medición de la pena. La solución tónica nos lleva a la contemplación del caso concreto: allí donde el problema a resolver se encuadre en el ámbito de determinación de la pena, los casos que analizamos serán tratados como criterios de determinación de la pena. Cuando en la cuestión de que se trate predominen los aspectos de determinación del injusto, se tendrá en cuenta el carácter similar a lo típico de los ejemplos típicos (Regelbeispiele). Así se daría a estos casos el carácter que el legislador verdaderamente quiso darles: el de un apoyo dirigido a conseguir la justicia en el caso concreto y no el de una aportación destinada a la satisfacción de necesidades sistémico-legales y dogmáticas. A continuación Fabry intenta aplicar ese método típico para la solución de las cuestiones que plantean los ejemplos típicos (Regelbeispiele) en relación con la problemática de la tentativa, mostrando, según él, que en este contexto pierde importancia el problema de si los ejemplos típicos (Regelbeispiele) deben ordenarse sistemáticamente como elementos de cualificación y por tanto como elementos típicos o si sólo tienen la significación de una regla de determinación de la pena, frente a la problemática de la tentativa, que se rige por otros planteamientos. En concreto, cinco son los puntos que estudia posteriormente el autor y que aquí nos limitaremos a citar: 1) ¿El disponerse a la realización de un ejemplo típico (Regelbeispiel) fundamenta ya la tentativa de un hecho delictivo? 2) ¿Se fundamenta ya el efecto indiciario para la aceptación de la concurrencia de un caso especialmente grave por el solo hecho de que el elemento agravante esté consumado, pero sin embargo el tipo básico sólo intentado? 3) ¿Se produce el efecto indiciario cuanto tanto el elemento agravante como el tipo básico están sólo intentados? 4) ¿Se fundamenta este efecto indiciario también cuando el elemento agravante está sólo intentado, pero el tipo básico consumado? 5) ¿Cuándo y qué marco penal puede ser rebajado según los §§ 23 II y 49 I StGB? Para tratar todos estos problemas el autor toma las reglas del hurto de los §§ 242 y 243 I StGB, pues es donde con más frecuencia se plantean en la práctica.

LABSCH, Karl Heinz: «Der Kreditkartenmissbrauch und das Untreuestrafrecht» (El uso indebido de tarjetas de crédito y el Derecho penal de la gestión desleal). Págs. 104-110.

El autor comenta una importante sentencia del BGH de 13 de junio de 1985 (NJW 1985, pág. 2280, BGHSt 33, 244), que llega a la conclusión, no satisfactoria en opinión de Labsch, de que un caso de utilización indebida de tarjeta de crédito (en que el poseedor no tenía fondos y actuaba consciente de la ilegalidad de su conducta) no es punible por falta de tipo penal aplicable. Esta conclusión se debe, en opinión del autor, a la aplicación estricta de la interpretación de la gestión desleal desarrollada, en contra de la tradición jurisprudencial, por el BGH en el llamado juicio de los cheques de 26 de julio de 1972 (BGHSt 24, 386, NJW 1972, pág. 1.904, comentada por Zahmt, NJW 1973, 63). Para superar el problema de la punibilidad, Labsch propone la vuelta a la doctrina tradicional de la gestión desleal. La tarea

del legislador debe ser la de una reforma clarificadora del precepto de la gestión desleal y no la creación de un tipo especial para el tráfico de pagos sin metálico.

HORN, Eckhard: «*Strafrechtliche Haftung für die Produktion von und den Handel mit vergifteten Gegenständen. Zur Auslegung des § 319 StGB*» (Responsabilidad penal por la producción y comercio de objetos envenenados. Acerca de la interpretación del § 319 StGB). Págs. 153-157.

El catedrático de Kiel se ocupa aquí del § 319 StGB (antiguo § 324 hasta 1980) e intenta descubrir las razones de su poca aplicación en la práctica y del escaso interés despertado por el mismo entre los comentaristas al StGB.

El § 319 StGB puede traducirse del siguiente modo: «Envenenamiento peligroso para la colectividad. Será castigado con pena privativa de libertad de uno a diez años quien envenene fuentes u otros receptáculos de agua que sirvan al uso de los demás, u objetos destinados a la venta o consumo públicos, o quien mezcle con los mismos sustancias, que sepa que son capaces de dañar la salud humana, así como quien venda, ofrezca en venta o introduzca de otro modo en el tráfico tales cosas envenenadas o mezcladas con sustancias peligrosas silenciando esta circunstancia; será castigado con pena privativa de libertad perpetua o con pena privativa de libertad no inferior a diez años, cuando con la conducta se haya causado la muerte de una persona».

Horn analiza posteriormente algunos problemas relativos a la producción de los objetos envenenados (significado de «objeto envenenado», dolo, omisión) y del comercio con los mismos (acciones típicas concretas, justificación, dolo), así como la relación del § 319 StGB con el «Derecho penal especial».

BERGMANN, Alfred: «*Zeitliche Geltung und Anwendbarkeit von Strafverordnungen. Ein Beitrag zur Parteispendenproblematik*» (Validez temporal y aplicabilidad de preceptos de Derecho penal fiscal. Una colaboración relativa a la problemática de los donativos a los partidos). Págs. 233-235.

DEUTSCH, Erwin: «*Die Infektion als Zurechnungsgrund*» (La infección como motivo de imputación). Págs. 757-759.

Se tratan en este artículo diversas cuestiones, algunas de ellas de interés penal, relativas a la infección con microorganismos y que hoy están de actualidad por la aparición de enfermedades como el SIDA.

GROTH, Klaus-Ulrich: «*Vorsätzliche Ordnungswidrigkeiten als Indizien für die Alkoholbedingte Fahruntüchtigkeit?*» (¿Contravenciones dolosas como indicios de la incapacidad para conducir derivada de la ingestión de alcohol?). Páginas 759-761.

TEICHNER, Matthias: «Nochmals: AIDS und Blutspende» (De nuevo: SIDA y donación de sangre). Págs. 761-762.

El autor de este trabajo contesta alguna de las afirmaciones que Deutsch vierte en el artículo arriba citado.

KÜHL, Kristian: «Landfriedensbruch durch Vermummung und Schutzbewaffnung?» (¿Perturbación del orden público por medio de disfraz o armamento defensivo?). Págs. 874-881.

El artículo es un análisis de los problemas que plantea el § 125 II StGB, especialmente en lo que se refiere a su posible inconstitucionalidad. El § 125 StGB fue modificado por la Ley de reforma del StGB de 18 de julio de 1985, que reforma también paralelos de la Ley de reunión (Versammlungsgesetz).

BRUGGER LL. M., Winfried: «Abtreibung -ein Grundrecht oder ein Verbrechen? Ein Vergleich der Urteile des United States Supreme Court und des BVerfG» (Aborto —¿un derecho fundamental o un delito?—. Comparación de las sentencias del United States Supreme Court —Corte Suprema de los Estados Unidos— y del BVerfG —Tribunal Constitucional alemán—). Páginas 896-901.

El trabajo constituye la versión alemana abreviada de una conferencia pronunciada por el autor el 19 de noviembre de 1985 en la Facultad de Derecho de la Universidad de California. Tras comparar distintas sentencias de ambos tribunales el autor niega que la elección de interrumpir el embarazo tenga siempre el rango de derecho fundamental originario, como parece deducirse de la decisión del tribunal americano en el caso *Roe v. Wade*. Más bien se trataría de una decisión justificable o disculpable, mientras haya buenas razones para ello. Lo fundamental sería la ponderación de intereses en juego y aquí ni el tribunal americano ni el alemán han realizado una labor correcta y suficiente, en opinión de Brugger.

HUFF, Martin W.: «Strafbarkeit der missbräuchlichen Geldautomatenbenutzung durch den Kontoinhaber» (Punibilidad de la utilización abusiva de cajeros automáticos por el titular de la cuenta). Págs. 902-903.

El autor de esta colaboración trata el aspecto señalado en el título, dentro de la temática de las nuevas formas de criminalidad económica producidas por los avances técnicos en el tráfico crediticio, que tanto ocupa últimamente a la dogmática penal alemana. La conclusión de Huff es que tanto el uso indebido de los cajeros por el titular de la cuenta, como el realizado por un tercero no son hoy punibles y el legislador debe crear tipos nuevos, como ha puesto de manifiesto recientemente el BGH (sobre todo en la sentencia del 13 de junio de 1985, BGHSt33, 244; NJW 1985, 2282) y el propio Bundestag en sus deliberaciones sobre la 2.ª Ley para la lucha contra la criminalidad económica.

ROSSLER, Gerhard: «*Nochmals: Der bestandskräftige Steuerbescheid im Steuerverfahren und Strafverfahren*» (De nuevo: la liquidación tributaria firme en el proceso fiscal y en el proceso penal fiscal). Páginas 972-973.

Contestación al trabajo de Kirchhof en NJW 1985, págs. 2977-2985, que ya recogimos en esta sección (ADPCP 1986, pág. 353), advirtiendo del interés eminentemente procesal del mismo.

DÖLLING, Dieter: «*Suizid und unterlassene Hilfeleistung*» (Suicidio y omisión de socorro). Págs. 1011-1017.

El BGH castiga como autor de homicidio en comisión por omisión (Tötung durch Unterlassen) al garante que no impide que otro se suicide. Dölling, en contra del BGH, pone de manifiesto lo incorrecto de esta posición, basándose sobre todo en que la inducción y el auxilio al suicidio (de una persona libre y responsable, claro) son impunes en Alemania y en que el castigo del homicidio a petición de la víctima (Tötung auf Verlangen) en el § 216 StGB tiene un fundamento distinto. Por ello, para el autor de este artículo resulta de gran importancia saber si el que no impide el suicidio de otro puede ser castigado como autor de una omisión de socorro del § 323 c StGB o debe quedar impune. Aun siguiendo la tesis del BGH, la cuestión sería importante para el caso en el que quien no evita el peligro es un no garante. Dölling estudia en diferentes apartados la relación entre la omisión de socorro y los delitos contra la vida (Tötungsdelikte), el tenor literal del § 323 c StGB (que habla entre otras cosas de «accidentes»), el desarrollo histórico del delito de omisión de socorro, la contemplación del intento de suicidio como «situación de necesidad» (Notlage), la ponderación de riesgos en los intentos de suicidio con motivación poco clara, el concepto de «accidente» y la exigibilidad de la prestación de socorro en los intentos de suicidio. Además de señalar que el papel del Derecho penal en la prevención de suicidios sólo puede ser secundario, la conclusión fundamental que obtiene de todo lo anterior es que, si bien, como dijimos, la no evitación de un suicidio libre y responsable no puede ser castigada como homicidio en comisión por omisión, el intento de suicidio es un «accidente» en el sentido del § 323 c StGB y fundamenta el deber de tomar las medidas precisas de auxilio para salvar la vida del suicida. Sin embargo y como excepción, no existe este deber cuando no pueden ser exigibles las medidas de salvación, o cual ocurre siempre que, según el juicio humano, estamos ante un «suicidio ponderado» (Abwägungssuizid), es decir un suicidio que es la consecuencia reconocible de una decisión seria y definitiva.

FÜHRICH, Ernst: «*Zur Auslegung des Begriffs «Ladengeschäft» in Jugendschutzrecht*» (Acerca de la interpretación del concepto «local comercial» en el Derecho protector de la juventud). Pág. 1156.

EMMERICH, Peter/WURKNER, Joachim: «Kunstfreiheit oder Antisemitismus?» (Libertad artística o antisemitismo?). Págs. 1195-1205.

Sobre la obra teatral finalmente no estrenada públicamente de R. W. Fassbinder «Der Müll, die Stadt und der Tod» («La basura, la ciudad y la muerte») se creó en su día una fuerte controversia, planteándose un conflicto entre derechos fundamentales. Los autores del artículo buscan la solución a este conflicto, que evidentemente toca el campo de lo penal, aunque éste no sea su centro de gravedad.

OTTO, Harro: «Strafrechtlicher Ehrenschatz und Kunstfreiheit der Literatur» (Protección jurídicopenal del honor y libertad artística de la literatura). Páginas 1206-1212.

El catedrático de Bayreuth estudia el problema indicado en el título de la mano de un proceso histórico contra Ludwig Thoma y otras decisiones del Reichsgericht (Tribunal Supremo del Reich) y el BVerfG (Tribunal Constitucional Federal).

SELLERT, Wolfgang: «Friedrich Spee von Langenfeld —ein Streiter wider Hexenprozess und Folter» «Friedrich Spee von Langenfeld —un luchador contra el proceso por brujería y la tortura—). Págs. 1222-1229.

MÜLLER-DIETZ, Heinz: «Recht und Staat bei Gottfried Benn» (Derecho y Estado en Gottfried Benn). Págs. 1229-1233.

WULFF, Claus-Peter: «Nochmals: Internationaler Musikdiebstahl und deutsches Strafanwendungsrecht» (De nuevo: hurto internacional de música y Derecho alemán de aplicación de la pena). Pág. 1236.

El autor critica algunas de las opiniones defendidas por Sternberg-Lieben en su artículo publicado en NJW 1985, págs. 2121-2126, del que ya dimos noticia (ADPCP 1986, pág. 349).

HENTSCHEL, Peter: «Die Entwicklung des Strassenverkehrsrechts Im Jahre 1985» (El desarrollo del Derecho de la circulación en el año 1985). Págs. 1307-1314.

Hentschel expone el desarrollo del Derecho de la circulación en el año 1985, de modo similar a como lo hizo con el año 1984 en NJW 1985, págs. 1313-1321 (de lo que dimos noticia en ADPCP 1985, pág. 1036).

KIRCHHOF, Paul: «Strafwürdigkeit einer den Steuerbescheid erfüllenden Steuerzahlung?» (¿Merecimiento de pena del pago de impuestos que se corresponde con la liquidación tributaria?). Págs. 1315-1316.

El autor contesta a la crítica que Rössler hace en NJW 1986, págs. 972-973 (vid. supra) a su artículo publicado en NJW 1985, págs. 2977-2985 (recogido por mí en ADPCP 1986, pág. 353).

BARTSCH, Hans-Jürgen: «Die Entwicklung des internationalen Menschenrechtsschutzes im Jahre 1985» (El desarrollo de la protección internacional de los derechos humanos en el año 1985). Págs. 1379-1388.

Trabajo similar al ya publicado en NJW 1985, págs. 1751-1761 (referido al período 1983-84 y recogido por mí en ADPCP 1986, pág. 347) por el autor y que mencionaremos a pesar de su carácter no penal, por las obvias conexiones del tema con distintos campos del Derecho penal.

KÜHNER, Rolf: «Das Recht auf Zugang zu Gaststätten und das Verbot der Rassendiskriminierung» (El derecho a la entrada en establecimiento de hostelería y la prohibición de la discriminación racial). Págs. 1397-1402.

Se contempla el problema de la prohibición de entrada a individuos de ciertas razas en bares, cafeterías, hoteles, etc., desde una perspectiva de Derecho internacional y constitucional (como posible violación de la prohibición de discriminación por razón de raza), no ajena en absoluto al Derecho penal en Alemania, donde se invoca contra esa prohibición de entrada el § 130 StGB, ya traducido por nosotros anteriormente en estas páginas (ADPCP 1986, pág. 346). En cualquier caso, el autor de este artículo considera insuficiente la protección contra la prohibición de entrada en el Derecho de la R.F.A. y aconseja la creación de un tipo penal claramente prohibitivo de la conducta discriminatoria, siguiendo otros ejemplos del Derecho comparado.

NESTLER-TREMEL, Cornelius: «Auch für Ausländer gilt allein das deutsche Strafrecht» (También para los extranjeros rige sólo el Derecho penal alemán). Págs. 1408-1409.

Réplica al artículo de Grundmann (que seguía la teoría de Schroeder) publicado en NJW 1985, págs. 1251-1252 (recogido por mí en ADPCP 1985, página 1036), relativo a la aplicación a extranjeros de su Derecho nacional o del Derecho alemán, en concreto en el ámbito de la determinación de la pena.

GANTER, Alexander: «Strafrechtliche Probleme im Urheberrecht» (Problemas jurídicopenales en el Derecho de autor). Págs. 1479-1480.

Con el auge del video en los últimos años, los órganos encargados de la persecución de los hechos penales contrarios a los derechos de autor se han enfrentado a una problemática nueva para ellos y que supone millones de pérdidas anuales, debido al «pirateo» de cintas de video y juegos de ordenador. El autor estudia brevemente los preceptos de la Ley reguladora de los derechos de autor (Urhebergesetz) y el StGB que pueden servir para castigar algunas de las conductas que se producen en esta nueva forma de criminalidad.

LAUFS, Adolf: «Die Entwicklung des Arztrechts 1985/86» (El desarrollo del Derecho médico en 1985-86). Págs. 1515-1521.

Continuación para este período del artículo que el autor publicó en NJW 1985, págs. 1361-1367 (reseñado por mí en ADPCP 1985, pág. 1036) y en el que se recoge el estado de diversas cuestiones relativas al Derecho médico, en su

mayoría estrechamente relacionadas con el Derecho penal, como por ejemplo la protección de la «vida no nacida» o el derecho a la propia muerte, los fallos en el tratamiento, la obligación de informar al paciente o el secreto profesional.

JURISPRUDENCIA

A) TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS:

- «Rechtmässigkeit der Anstaltsunterbringung bei Geisteskrankheit» (Licitud del internamiento en un establecimiento en caso de enfermedad mental). S. 23-2-1984 (caso Luberti). Págs. 765-767.
- «Disziplinarverfahren in englischem Gefängnis» (Proceso disciplinario en prisión inglesa). S. 28-6-1984 (caso Campbell y Fell contra el Reino Unido). Página 1414.

B) BUNDESVERFASSUNGSGERICHT (Tribunal Constitucional Federal):

- «Unterbringung von Straftätern in einem psychiatrischen Krankenhaus» (Internamiento de delincuentes en un hospital psiquiátrico). Resolución 8-10-1985. Págs. 767-771.
- «Zuständigkeit für die Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus» (Competencia para ordenar el internamiento en un hospital psiquiátrico). Resolución 11-10-1985. Págs. 771-772.
- «Strafbarkeit der wörtlichen Veröffentlichung aus Anklageschriften» (Punibilidad de la publicación textual de escritos de acusación). Resolución 3-12-1985. Págs. 1239-1241.

C) BUNDESGERICHTSHOF (Tribunal Supremo Federal):

- «Beendigung des versuchten Totschlags» (Carácter de acabada de la tentativa de homicidio). S. 22-8-1985. Págs. 73-74.
- «Rechtsfolgen der Tätigkeit eines Agent provocateur» (Consecuencias jurídicas de la actividad de un agente provocador). Resolución 4-6-1985. Páginas 77-78.
- «Reihenfolge der Vollstreckung von Strafe und Massregel» (Orden cronológico de ejecución de pena y medida). S. 25-7-1985. Págs. 141-142.
- «Reihenfolge der Vollstreckung von Straf- und Massregel» (Orden cronológico de ejecución y medida). S. 25-7-1985. Págs. 142-143.
- «Unzulässige Gesamtstrafenbildung» (Formación no permitida de una pena global). Resolución 10-6-1985. Págs. 200-201.
- «Grausame Körperverletzung bei nicht grausamer Tötungshandlung» (Lesión cruel en un caso de acción homicida no cruel). Resolución 4-9-1985. Páginas 265-266.

- «Verjährungsbeginn bei Verbreitung von Druckwerken» (Comienzo de la prescripción en la difusión de obras impresas). S. 26-6-1985. Págs. 331-332.
- «Tatbestand der Geiselnahme mit Todesfolge» (Tipo de la toma de rehenes con consecuencia de muerte). S. 18-9-1985. Págs. 438-439.
- «Zäsurwirkung bei Gesamtstrafenbildung» (Efecto de cesura en la formación de pena global). S. 13-11-195. Págs. 440-441.
- «Förderung der Prostitution durch Schaffung günstiger Arbeitsbedingungen» (Fomento de la prostitución a través de la creación de condiciones de trabajo ventajosas). S. 17-9-1985. Págs. 596-597.
- «Einflussnahme auf die weitere Tätigkeit der Prostituierten» (Influencia en la actividad ulterior de la prostituida). S. 6-11-1985. Págs. 597-598.
- «Entfallen der Strafaussetzung zur Bewährung» (Improcedencia de la remisión condicional de la pena). S. 10-10-1985. Págs. 732-733.
- «Berücksichtigung alkoholbedingter verminderter Steuerungsfähigkeit (Toma en consideración de la disminución en la capacidad de control a causa del alcohol). Resolución 2-7-1985. Págs. 793-794.
- «Begriff des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln» (Concepto de la práctica del comercio de estupefacientes). Resolución 25-9-1985. Pág. 794.
- «Begriff der Wählerbestechung» (Concepto del soborno de electores). S. 21-10-1985. Págs. 859-860.
- «Versuchsstadium beim 'Einbrechen'» (Estadio de tentativa en caso de penetración mediante «fractura»). Resolución 18-11-1985. Págs. 940-942.
- «Rücktritt vom beendeten Tötungsversuch» (Desistimiento de la tentativa acabada de homicidio). S. 5-12-1985. Págs. 1001-1002.
- «Voraussetzung des 'Anvertrautseins' in § 174 II Nrn. 1, 2 StGB» (Requisito del «estar confiado a» en el § 174 I núms. 1, 2 StGB). S. 5-11-1985. Páginas 1053-1055.
- «Ausschreitungen innerhalb einer Menschenmenge» (Disturbios dentro de una masa de personas). S. 29-8-1985. Pág. 1116.
- «Begriff der «höchsten Strafe» (Concepto de la «pena máxima»). Resolución 10-9-1965. Pág. 1117.
- «Schaden bei Kreditbetrug» (Perjuicio en la estafa de crédito). S. 7-1-1986. Página 1183.

- «Unzulässige Fernsprechüberwachung eines Strafverteidigers» (Vigilancia telefónica no permitida de un abogado defensor). S. 5-11-1985. Págs. 1183-1185.
- «Unzulässige Verfallerkklärung» (Declaración no permitida de comiso). Resolución 19-11-1985. Pág. 1186.
- «Verunglimpfung der Bundesflagge» (Ultraje a la bandera federal). Resolución 24-7-1985. Págs. 1271-1272.
- «Erwerb von Heroin im Ausland» (Adquisición de heroína en el extranjero). S. 5-11-1985. Pág. 1444.
- «Begriff der Heimtücke» (El concepto de alevosía). S. 13-11-1985. Págs. 1502-1503.
- «Begriff des Mordmerkmals "gemeingefährliche Mittel"» (Concepto de elemento del asesinato «medio que constituya un peligro público»). S. 4-2-1986. Página 1503.
- «Unzulässige Anordnung der Sicherungsverwahrung» (Imposición no permitida de la custodia de seguridad). Resolución 17-2-1985. Págs. 1503-1504.
- «Mehrere Straftaten in verschiedenen Alterstufen» (Varios hechos criminales en distintas edades). S. 8-1-1986. Pág. 1504.
- «Absicht der unrechtmässigen Bereicherung beim Erpressungstatbestand» (El ánimo de enriquecimiento injusto en el tipo de chantaje). Resolución 3-5-1985. Pág. 1623.
- «Ausnutzung der besonderen Verhältnisse des Strassenverkehrs» (Aprovechamiento de las circunstancias especiales del tráfico rodado). S. 19-11-1985. Páginas 1623-1624.
- «Höhe des Vermögensvorteils» (Magnitud de la ventaja patrimonial). Resolución 17-1-1986. Págs. 1624-1625.

D) OTROS TRIBUNALES PENALES:

- «Versuch des Betäubungsmittelerwerbs» (Tentativa de adquisición de estupefacientes). OLG Celle, S. 13-8-1985. Págs. 78-79.
- «Zugriff der StA auf Personal- und Dienstakten» (Acceso de la Fiscalía a actas de personal y servicio). OLG Karlsruhe. Resolución 27-9-1985. Páginas 145-146.
- «Freiheitsberaubung und Nötigung durch Blockadeaktion» (Detención ilegal y coacciones a través de acción de bloqueo). OLG Köln. S. 13-8-1985. Páginas 333-336.

- «Verletzung der Unterhaltspflicht gegenüber Kindern in der DDR» (Incumplimiento del deber de alimentos respecto a niños en la RDA). OLG Hamburg. S. 19-9-1985. Pág. 336.
- «Vollendung der Wegnahme» (Consumación de la sustracción). OLG Köln, S. 21-5-1985. Pág. 392.
- «Vorwurf der Falschaussage durch Angeklagten» (Reproche del falso testimonio por el acusado). Bay-ObLG. Resolución 21-5-1985. Págs. 441-443.
- «Eintragungen in Führungszeugnis» (Anotaciones en certificado de [buena] conducta). OLG Hamm. Resolución 9-8-1985. Pág. 443.
- «Bemessung der Geldbusse» (Determinación de la cuantía de la multa). OLG Düsseldorf. Resolución 12-3-1985. Pág. 443.
- «Besonder Schwere der Schuld» (Especial gravedad de la culpabilidad). OLG Frankfurt. Resolución 5-6-1985. Págs. 598-599.
- «Fortbestand des Antragserfordernisses nach Aufhebung des häuslichen Gemeinschaft» (Subsistencia de la exigencia de querrela tras la disolución de la comunidad doméstica). OLG Celle. S. 9-7-1985. Págs. 733-734.
- «Strafantragserfordernis bei Beendigung der Wohngemeinschaft» (Exigencia de querrela en caso de terminación de la comunidad de domicilio). OLG Hamm. Resolución 12-8-1985. Págs. 734-735.
- «Fahrverhalten vor Kreuzungen» (Comportamiento en la conducción ante los cruces). Bay-ObLG. Resolución 18-10-1985.
- «Begriff des 'Unfalls'» (Concepto del «accidente»). OLG Celle. Resolución 4-6-1985. Pág. 861.
- «Nötigung durch Sitzdemonstration» (Coacciones a través de sentada). OLG Düsseldorf. S. 10-12-1985. Págs. 942-945.
- «Missbräuchliche Benutzung einer Coderkarte» (Utilización abusiva de una tarjeta codificada). AG Hamburg. S. 22-1-1986. Págs. 945-948.
- «Missbräuchliche Benutzung einer Coderkarte» (Utilización abusiva de una tarjeta codificada). LG Karlsruhe. S. 18-3-1985.
- «Kein Parteiverrat bei Sozietätsverhältnis» (No hay traición a la parte defendida [prevaricación de abogado] en caso de relación societaria). OLG Stuttgart. S. 14-11-1985. Págs. 948-949.
- «Unbefugtes Parken in Fussgängerzonen» (Estacionamiento no autorizado en zonas peatonales). Bay-OLG. Resolución 9-10-1985. Págs. 1002-1003.

- «Beteiligung des Pkw-Halters an einer Ordnungswidrigkeit des Fahrers» (Participación del tenedor de un turismo en una contravención del conductor). OLG Koblenz. Resolución 9-7-1985. Pág. 1003.
- «'Wildes Plakatieren' einer politischen Partei» «Pegada salvaje de carteles» de un partido político). OLG Düsseldorf. Resolución 14-11-1985. Pág. 1055.
- «Verkehrsumleitung wegen Sitzblockade» (Desviación del tráfico a causa de bloqueo por sentada). OLG Zweibrücken. Resolución 4-11-1985. Páginas 1055-1056.
- «Subjektiver Abfallbegriff -Begriff des Beseitigens» (Concepto subjetivo de desechos —Concepto de «deshacerse de»). OLG Köln. S. 21-5-1985. Páginas 1117-1119.
- «Fahrlässige unbefugte Gewässernutzung» (Aprovechamiento indebido imprudente de aguas). OLG Hamm. Resolución 13-5-1985. Pág. 1119.
- «Tatbestandsausschluss bei pflichtgemäßem Handeln eines Polizeibeamten» (Exclusión del tipo en caso de actuación conforme a deber de un funcionario de policía). OLG München. Resolución 3-4-1985. Pág. 1119.
- «Verunglimpfung der Bundesflagge» (Ultraje a la bandera federal). OLG Frankfurt. S. 17-1-1986.
- «Ironische Verwendung des 'Hitlergrusses'» (Utilización irónica del «saludo hitleriano»). OLG Oldenburg. Resolución 28-11-1985. Pág. 1275.
- «Beschimpfung des christlichen Glaubensbekenntnisses» (Injuria al credo cristiano). OLG Celle. S. 8-10-1985. Págs. 1275-1276.
- «Begriff 'Zigeuner'» (El concepto «gitano»). OLG Karlsruhe. Resolución 10-2-1986. Págs. 1276-1277.
- «Blockierung eines Kraftfahrzeugs» (Bloqueo de un automóvil). OLG Karlsruhe. S. 4-7-1985. Págs. 1358-1360.
- «Strafbarkeit einer Fernbeglaubigung» (Punibilidad de una «certificación a distancia»). OLG Frankfurt. S. 19-4-1985. Pág. 1360.
- («Fahren ohne Mitführung der Tageskarte» (El hecho de viajar sin llevar encima el bono diario). Bay ObLG. S. 18-7-1985. Págs. 1504-1505.
- «Anrechnung der Therapiezeit» (Abono del tiempo de terapia). OLG Düsseldorf. Resolución 3-1-1986. Págs. 1557-1558.

NOTICARIO

ACTIVIDADES DEL INSTITUTO VASCO DE CRIMINOLOGIA

PRIMER CURSO DIPLOMA SUPERIOR DE CRIMINOLOGIA, EN SAN SEBASTIAN, DE ENERO A JUNIO 1986

Con la finalidad de formar futuros especialistas en Criminología y siguiendo la pauta de otros Institutos (Madrid, Valencia, Santiago de Compostela...), comenzó a impartirse, en el mes de enero de 1986, las clases del Primer Curso, para la obtención del Diploma Superior de Criminología. El Curso, que tiene una duración de 100 horas lectivas, se inauguró con una conferencia, a cargo del Director del Instituto de Criminología de Madrid. Manuel Cobo del Rosal, sobre la «*Situación actual de los estudios de Criminología*», que fue introducida por el Excmo. Sr. Consejero de Presidencia y Justicia del Gobierno Vasco, D. Juan Ramón Guevara.

En los tres Cursos de los que consta el Diploma, y que se irán desarrollando en años sucesivos, se imparten las disciplinas que figuran en el siguiente plan de estudios:

PRIMER CURSO	SEGUNDO CURSO	TERCER CURSO
Criminología I	Criminología II	Sociología Criminal
Derecho Penal I	Derecho Penal II	Derecho Procesal
Psicología	Penología y Derecho	Penal
Sociología	Penitenciario	Técnicas de Investigación
Sociología Jurídica	Psiquiatría	Psicología Criminal
Pedagogía	Medicina Legal	Cursos Monográficos
Curso Monográfico	Estadística	
	Curso Monográfico	

En este primer Curso se matricularon más de 350 alumnos, de los cuales no fue posible admitir a todos, por falta de capacidad de aulas e infraestructura, quedando matriculados definitivamente 244, entre alumnos libres y oficiales, de Bilbao, Pamplona, Vitoria, Aranjuez, San Sebastián, etc., entre los que destacan colectivos de Trabajadores Sociales, personal de Instituciones Penitenciarias y Policiales, Médicos Forenses, Policía Autónoma, Licenciados en Derechos, Estudiantes Universitarios, etc.

Los profesores que han impartido la docencia en este Curso han sido: Elena Alberich, Joxe M. Apalategui, Sabino Ayestarán, Antonio Beristain, José L. de la Cuesta, Francisco J. Caballero, Enrique Echeburúa, Francisco Etxeberria, Antonio Lozano, Germán Tamayo, Hilario Urbieta y Amando Vega.

**CURSO MULTIDISCIPLINAR SOBRE TOXICOMANIA Y NARCO-TRAFICO,
EN SAN SEBASTIAN, DEL 24 FEBRERO AL 6 MARZO 1986**

Como actividad complementaria al Diploma Superior de Criminología, y tal como figura en el Plan de Estudios, se organizan cada año diversos Cursos Monográficos sobre temas criminológicos de interés. Así, del 24 febrero al 6 marzo, se celebró un Curso sobre Toxicomanía y Narcotráfico que tuvo una duración de 16 clases, en las que se impartieron las siguientes disciplinas: Antropología, Criminología, Derecho Penal, Medicina Legal, Pedagogía, Psicología, Psiquiatría y Sociología Jurídica.

La apertura solemne estuvo a cargo del Asesor del Lehendakari en la lucha contra la droga, Iltmo. Sr. D. Jesús Laguardia, quien disertó sobre: *La droga, la Universidad y la Administración*.

El Curso tuvo, entre otros objetivos, el de lograr una profundización en los aspectos sociales y legislativos de las toxicomanías, así como en la prevención y reinserción del drogodependiente, contando para ello con la participación de prestigiosos especialistas en la materia.

Como clausura del Curso, el Iltmo. Sr. D. Joaquín Giménez, Presidente de la Audiencia de San Sebastián, trató sobre: *Los aspectos sociales y jurídicos de la drogadicción*.

**CURSO EXTENSION UNIVERSITARIA, EN BILBAO,
ABRIL-MAYO 1986**

Del 8 de abril al 28 de mayo de 1986 se ha desarrollado en el Barrio de Recaldeberri, de Bilbao, e impartido por profesores del Instituto Vasco de Criminología, el Curso de Extensión Universitaria sobre el tema: *Las drogas: reflexión multidisciplinar*.

En el mismo se estudiaron los problemas de las toxicomanías, de la delincuencia, de la marginación, relacionadas con las drogas en los distintos planos, sin olvidar los económicos, laborales y penitenciarios.

Impartieron las clases los profesores: Jokin Apalategui, Joxe Martin Apalategui, Luis Blánquez, Antonio Beristain, Francisco Javier Caballero, José Luis de la Cuesta, Enrique Echeburúa, Francisco Etxeberria, José M.^a Lidón, Germán Tamayo, Hilario Urbieta, Amando Vega, que desde las diversas disciplinas jurídicas, médicas, antropológicas, sociológicas, procesales, filosóficas, pero con una finalidad común; evitar el exagerado sufrimiento que padece nuestra sociedad por el uso abusivo de ciertas drogas y aprovechar los elementos positivos que pueden subyacer en este campo.

La metodología pedagógica estuvo enriquecida con técnicas modernas, acompañando a la exposición proyecciones de transparencias, diapositivas, películas de video, etc.

Actualmente, se halla en prensa la publicación de las conferencias.

**CURSO DE ESPECIALIZACION JURIDICO-CRIMINOLOGICA,
EN VITORIA, ABRIL-NOVIEMBRE 1986**

Del 7 de abril al 4 de julio (y en un 2.º ciclo del 24 septiembre al 28 de noviembre), se ha programado en Vitoria, organizado por el Excmo. Ayuntamiento-Protección Ciudadana, y en colaboración con el Instituto Vasco de Criminología, un Curso de Especialización Jurídico-Criminológica, especialmente dirigido a Policías Municipales de la Capital Alavesa, así como otros colectivos de importancia en el campo social.

En el Acto solemne de apertura, presidido por el Alcalde de la Ciudad de Vitoria, D. Angel Cuerda, y el Director del Instituto Vasco de Criminología, D. Antonio Beristain, pronunció una conferencia magistral el Vocal del Consejo General del Poder Judicial, y profesor de Derecho Civil en la Universidad de Deusto, D. Adrián Celaya, sobre: *Los Derechos Humanos y la Comunidad Autónoma*.

El Curso completo consta de 132 horas lectivas, en las que se imparten las siguientes disciplinas: Criminología, Derecho Penal (Parte General y Parte Especial), Penología, Derecho Procesal Penal. Así como dos Cursos monográficos sobre Droga y Delincuencia Juvenil.

A este Curso se han matriculado 77 alumnos de Alava, Logroño, Navarra y Vizcaya.

La primera parte concluyó el día 4 de julio, y la segunda concluirá el día 28 de noviembre 1986.

**«EL DELITO DESDE LA ANTROPOLOGIA CULTURAL-CUESTIONES
FUNDAMENTALES» (V CURSOS DE VERANO),
28, 29 y 30 JULIO 1986**

Los días 28, 29 y 30 de julio de 1986 tuvo lugar en San Sebastián el Curso sobre «El delito desde la Antropología Cultural-Cuestiones fundamentales», enmarcado en los V Cursos de Verano de la Universidad del País Vasco, y dirigido por el Instituto Vasco de Criminología.

Como preludio al Curso se celebró el día 27 una conferencia, organizada por el Ilmo. Sr. Presidente de la Audiencia Provincial de San Sebastián, a cargo del profesor Cherif Bassiouni, catedrático de la Universidad de Chicago, sobre el tema *La justicia como factor de consolidación del Estado democrático*. Con asistencia de un nutrido grupo de profesionales de la Justicia y del Derecho, el ponente analizó la justicia formal y sustancial en su evolución histórica, y las principales líneas de tendencias del futuro sistema jurídico. A continuación hubo un amplio coloquio dirigido por el Presidente de la Audiencia, D. Joaquín Giménez.

El lunes, día 28 de julio, dio comienzo el Curso con la intervención de Vicente Verdú, Jefe de Opinión del periódico «El País», acerca de las «Cues-

tiones fundamentales de la Antropología cultural y el delito *desde los medios de comunicación*». El conferenciante destacó la necesidad de evitar el sensacionalismo en el tratamiento de los hechos delictivos, y al hilo de su intervención el profesor Angel Torío resaltó la insuficiencia de preparación jurídica en los profesionales del periodismo y la aconsejable colaboración popular en el control de sus posible responsabilidades.

Como actividad complementaria, a las 11,30, se proyectó la película «Cárcel de Mujeres», realizada por Annie Cario, psicóloga del servicio de prisiones francés, en la que se mostraba cómo la realidad penitenciaria va influyendo en la personalidad humana. Esta proyección fue posible gracias a la amabilidad del profesor Robert Cario, de la Universidad de Pau.

A continuación, el profesor J. L. López Aranguren, catedrático de Ética de la Universidad Complutense de Madrid, centró el tema de su conferencia en las «Cuestiones fundamentales del delito *desde la Ética*». Considerando a las democracias occidentales actuales como sociedades abiertas (en contraposición a las sociedades primitivas entendidas como sociedades cerradas), estudió los conceptos de delito y delincuente en cada una de ellas, a la luz de la Antropología Cultural. Asimismo, destacó la necesidad de que existan *desobedientes civiles* para que la evolución de los principios estructurales de la sociedad pueda continuar y evitar así situaciones estáticas.

En la sesión de la tarde se celebró una Mesa Redonda en la que intervinieron los profesores: J. L. López Aranguren, de la Universidad Complutense de Madrid; Cherif Bassiouni, de la Universidad de Chicago; Antonio Beristain, de la Universidad del País Vasco; Reynald Ottenhof, de la Universidad de Pau; Angel Torío, de la Universidad de Valladolid, y Raúl Zaffaroni, de la Universidad de Buenos Aires, que, desde diferentes y enriquecedores puntos de vista mantuvieron un debate acerca del delito y el delincuente desde la Antropología Cultural, incidiendo en la interrelación existente entre los valores éticos y los valores jurídicos a la hora de la formulación de los conceptos básicos del sistema penal.

El martes, día 29, comenzó la segunda jornada con la intervención del catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Chicago, Cherif Bassiouni, que abordó el tema del delito *en relación con los sistemas económicos y sociales actuales*. Analizó alguno de los aspectos del sistema jurídico, como el judicial, el criminológico y el administrativo, destacando que la resolución de los problemas que se plantean en el mundo del Derecho deberán tender más a solucionar conflictos sociales que a la satisfacción de necesidades políticas.

Julio Caro Baroja, Miembro de Número de la Real Academia de la Historia, examinó la evolución de las concepciones filosóficas *dogmática y relativista* a lo largo de los últimos siglos y su influencia en el concepto de delito y delincuente, haciendo especial hincapié en la incidencia que estos temas han tenido en el pueblo vasco.

A las 13,30 tuvo lugar la presentación del libro *Los Derechos Humanos ante la Criminología y el Derecho Penal*, que recoge las ponencias presentadas en el Curso de Verano del año académico 1984-85. El acto, que se celebró en el Salón del Trono de la Excma. Diputación Foral de Guipúzcoa, fue pre-

sidido por el Diputado de Cultura Xabier Lete, y en él intervinieron los profesores Cherif Bassiouni, Antonio Beristain y Angel Torío.

En la sesión vespertina se celebró una Mesa Redonda sobre «El delito, la enfermedad y el pecado desde la Antropología Cultural», en la que intervinieron los profesores: Antonio Beristain, Joaquín Giménez, Presidente de la Audiencia Provincial de San Sebastián, Angel Torío y Raúl Zaffaroni. El tema, que se enfocó desde una perspectiva teórico-práctica, derivó en la consideración de que *también el delincuente es un ser humano*, y fue opinión común la idea de que debía evitarse la confusión, producida en algunos momentos de la Historia, entre los conceptos de delito, pecado y enfermedad.

La última jornada del Curso, el día 30, comenzó con la intervención del profesor Antonio Beristain, catedrático de Derecho Penal de la Universidad del País Vasco, sobre la *conciliación frente a la sanción en la criminología contemporánea*. Estableció las que considera las diez tesis básicas que deben presidir la Nueva Criminología, haciendo especial mención de la necesidad de una filosofía en la aplicación del perdón a los infractores. En este sentido formuló posibles enmiendas a la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y a la Constitución Española vigente.

Con posterioridad pronunció su conferencia el profesor Raúl Zaffaroni, catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Buenos Aires, que se centró sobre las Derechos Humanos y *su desarrollo en los sistemas Hispano-americanos*. Partiendo de un examen de la situación penal y penitenciaria actual en estos países, expuso una serie de objetivos que debían perseguir una política criminal renovadora, sin dejar de destacar las dificultades que hoy se plantean para la consecución de tales objetivos.

Como clausura del Curso se celebró una Mesa Redonda en la que intervinieron los profesores Antonio Beristain y José Luis de la Cuesta, acerca de «*El delito y el perdón desde la Antropología Cultural*». El primero de ellos se centró en el desarrollo de los apuntes más importantes en la Criminología comparada, respondiendo a las cuestiones que se plantearon desde el auditorio. El segundo ponente expuso la situación de las instituciones de gracia en el ordenamiento penal español, especialmente en sus dos manifestaciones: el indulto y la amnistía, así como la necesidad de la *introducción del perdón judicial* en los futuros textos positivos.

Aunque habían prometido su asistencia, para dictar las correspondientes conferencias, los señores D. Joaquín Ruiz-Giménez, Defensor del Pueblo, D. Andrés Márquez Aranda, Director General de Instituciones Penitenciarias, y D. Enrique Miret Magdalena, Director General de Protección Jurídica del Menor, no pudieron desplazarse a San Sebastián por motivos ajenos a su voluntad.

INDICE GENERAL DEL TOMO XXXIX

AÑO 1986

TOMO XXXIX - FASCICULO III - SEPTIEMBRE-DICIEMBRE

Páginas

SECCION DOCTRINAL

<i>Derechos humanos de las víctimas del delito. Especial consideración de los torturados y aterrorizados, por Antonio Beristain ...</i>	731
<i>Derecho penitenciario militar: una aproximación histórica, por Carlos García Valdés ...</i>	771
<i>El significado de la moderna teoría de la culpabilidad frente al concepto de delito en la tradición jurídico-penal española, por Joaquín Cuello Contreras ...</i>	837
<i>Tipicidad y atipicidad de las conductas omisivas en el delito de estafa, por José Manuel Valle Muñiz ...</i>	863

CRONICAS EXTRANJERAS

<i>Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas, por Marcelo A. Sancinetti ...</i>	877
--	-----

SECCION LEGISLATIVA

<i>Disposiciones, por Francisco Javier Alvarez García ...</i>	892
---	-----

CIRCULARES Y CONSULTAS

<i>Reconocimiento de los derechos y garantías procesales de todo detenido a los reclusos autores de faltas disciplinarias que puedan constituir infracciones delictivas ...</i>	899
---	-----

SECCION DE JURISPRUDENCIA

<i>La función negativa del concepto de acción. Algunos supuestos problemáticos (movimientos, reflejos, actos en cortocircuito, reacciones automatizadas), por Jesús María Silva Sánchez ...</i>	905
<i>Jurisprudencia Constitucional, por Antonio González-Cuéllar García.</i>	935
<i>Jurisprudencia Penal, por Luis Felipe Ruiz Antón ...</i>	973
<i>¿Parricidio alevoso o asesinato de parientes? (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 1986), por Juan Carlos Carbonell Mateu ...</i>	993
<i>La Jurisprudencia Constitucional sobre la prueba de alcoholemia, por Pilar Gómez Pavón ...</i>	1000

SECCION DE BIBLIOGRAFIA

<i>Revista de libros ...</i>	1011
<i>Revista de revistas ...</i>	1026

NOTICIARIO

<i>Actividades del Instituto Vasco de Criminología ..</i>	1038
---	------

INDICE

	<u>Páginas</u>
SECCION DOCTRINAL	
<i>Derechos humanos de las víctimas del delito. Especial consideración de los torturados y aterrorizados</i> , por Antonio Beristain	731
<i>Derecho penitenciario militar: una aproximación histórica</i> , por Carlos García Valdés	771
<i>El significado de la moderna teoría de la culpabilidad frente al concepto de delito en la tradición jurídico-penal española</i> , por Joaquín Cuello Contreras	837
<i>Tipicidad y atipicidad de las conductas omisivas en el delito de estafa</i> , por José Manuel Valle Muñiz	863
CRONICAS EXTRANJERAS	
<i>Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas</i> , por Marcelo A. Sancinetti	877
SECCION LEGISLATIVA	
<i>Disposiciones</i> , por Francisco Javier Alvarez García	892
CIRCULARES Y CONSULTAS	
Reconocimiento de los derechos y garantías procesales de todo detenido a los reclusos autores de faltas disciplinarias que puedan constituir infracciones delictivas	899
SECCION DE JURISPRUDENCIA	
<i>La función negativa del concepto de acción. Algunos supuestos problemáticos (movimientos, reflejos, actos en cortocircuito, reacciones automatizadas)</i> , por Jesús María Silva Sánchez	905
<i>Jurisprudencia Constitucional</i> , por Antonio González-Cuéllar García	935
<i>Jurisprudencia Penal</i> , por Luis Felipe Ruiz Antón	973
<i>¿Parricidio alevoso o asesinato de parientes? (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 1986)</i> , por Juan Carlos Carbonell Mateu	993
<i>La Jurisprudencia Constitucional sobre la prueba de alcoholemia</i> , por Pilar Gómez Pavón	1000
SECCION DE BIBLIOGRAFIA	
Revista de libros	1011
Revista de revistas	1026
NOTICIARIO	
Actividades del Instituto Vasco de Criminología	1038

AVISO IMPORTANTE

Hay existencias limitadas de números sueltos de años anteriores, con excepción de los fascículos I y II del año 1948, fascículos I y III del año 1953, fascículos I, II y III del año 1954, fascículos I, II y III del año 1955, fascículos I y II del año 1956, fascículo II del año 1958, fascículo I del año 1957, fascículo III del año 1961, fascículos I y II del año 1964, fascículo III del año 1965 y fascículo II del año 1966.

Formulen sus pedidos a través de su librería habitual o directamente al Servicio de Publicaciones del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Duque de Medinaceli, núms. 6 y 8, teléfono 429 25 51, Madrid-28014.

**NUEVO TELEFONO DEL INSTITUTO NACIONAL DE
ESTUDIOS JURIDICOS**

TEL. 429 25 51

Suscripción anual: España, 4.300 pesetas

Extranjero, 4.900 pesetas

Número suelto: España, 1.700 pesetas

Extranjero, 2.200 pesetas