

**ANUARIO
DE
DERECHO PENAL
Y
CIENCIAS PENALES**

**TOMO XL
FASCICULO I**



**ENERO-ABRIL
MCMLXXXVII**

ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

Director:

ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad Complutense de Madrid

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

ANTONIO BERISTAIN IPIÑA

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

JAVIER BOLX REIG

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Alicante

JUAN BUSTOS RAMIREZ

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad Autónoma de Barcelona

BERNARDO FR. CASTRO PEREZ

Magistrado Jubilado de la Sala 2.^a del
Tribunal Supremo

JOSE CEREZO MIR

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Zaragoza

MANUEL COBO DEL ROSAL

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad Complutense de Madrid

CANDIDO CONDE-PUMPIDO FERREIRO

Teniente Fiscal del Tribunal Supremo

JUAN CORDOBA RODA

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Barcelona

FERNANDO DIAZ PALOS

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

AGUSTIN FERNANDEZ ALBOR

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Santiago de Compostela

MANUEL GARCIA MIGUEL

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

GERARDO LANDROVE DIAZ

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Murcia

DIEGO-MANUEL LUZON PEÑA

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de León

ADOLFO DE MIGUEL GARCÍ-LOPEZ

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

SANTIAGO MIR PUIG

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Barcelona

FRANCISCO MUÑOZ CONDE

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Sevilla

HORACIO OLIVA GARCIA

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad Complutense de Madrid

GONZALO QUINTERO OLIVARES

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Barcelona

GONZALO RODRIGUEZ MOURULLO

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad Autónoma de Madrid

ENRIQUE RUIZ VADILLO

Presidente de la Sala Segunda
del Tribunal Supremo

JOSE MARIA STAMPA BRAUN

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad Nacional de Educación a Distancia

RODRIGO FABIO SUAREZ MONTES

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Oviedo

ANGEL TORIO LOPEZ

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Valladolid

TOMAS SALVADOR VIVES ANTON

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Valencia

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
Secretaría General Técnica

INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS

ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

Editado por: Centro de Publicaciones
Gran Vía, 76 - 8.º - 28013 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: Septiembre-Diciembre 1986.

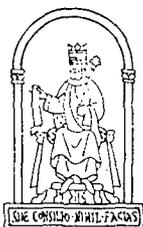
Publica artículos doctrinales de los más destacados Penalistas españoles y extranjeros, comentarios de Legislación y Jurisprudencia y notas bibliográficas sobre libros y revistas de la especialidad.

CORRESPONDENCIA

Sobre distribución, suscripción, venta de fascículos, separatas, etc., dirigirla al Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia. Gran Vía, 76 - 8.º, teléfono 247 54 22. 28013 Madrid.

ANUARIO
DE
DERECHO PENAL
Y
CIENCIAS PENALES

TOMO XL
FASCICULO I



ENERO-ABRIL
MCMLXXXVII

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

N.I.P.O.: 051-87-007-3

I.S.S.N.: 0210-3001

Depósito Legal: M. 126.—1958

Para una teoría general de la acción penal

MANUEL ATIENZA

Universidad Alicante

1. En todas las teorías jurídicas del delito, el concepto de «acción» juega un papel fundamental. Usualmente, el delito se define como una acción típica, antijurídica, culpable y punible, y se dice que se trata de una definición *estructurada*, en el sentido de que cada uno de los elementos de la definición presupone el anterior. Como el de «acción» es el primero de ellos, ha sido frecuente considerar que constituía, en consecuencia, el centro de gravedad de toda la teoría.

Sin embargo, las diversas concepciones de la acción que se han formulado en el campo de la dogmática penal (la concepción causal, la concepción final y la concepción social de la acción) presentan una serie de inconvenientes que no es preciso reproducir aquí (1). Lo que sí me interesa señalar son dos objeciones que parecen afectar a las tres concepciones y que consisten en lo siguiente: 1. Como no parece posible trazar un concepto general de acción dotado de contenido, es decir, que ofrezca un substrato material para los otros elementos del delito, que ponga de manifiesto «la esencia de todas las conductas típicas» (2), hoy parece existir una tendencia a desplazar el centro de gravedad de la teoría del delito del concepto de «acción» al de «tipo» o, quizá mejor, al de «acción típica». 2. La discusión sobre el concepto general de acción no tiene, en realidad, una gran relevancia práctica. Los tribunales —y, en general, los prácticos del Derecho penal— no

(1) Utilizo como referencia esencial el libro de M. COBO DEL ROSAL y T. S. VIVES ANTÓN, *Derecho penal. Parte general*, Universidad de Valencia, 1984, donde hay una buena exposición de las teorías y de sus puntos críticos, y el de G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho penal. Parte general*, Ed. Civitas, Madrid, 1978, que, sin diferir demasiado del anterior, muestra, sin embargo, su adhesión a la llamada concepción social de la acción. He tenido además oportunidad de consultar las siguientes obras, ampliamente coincidentes —en el fondo— con las dos anteriores, salvo cuestiones que pueden considerarse de detalle: S. MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, PPU, Barcelona, 2.ª ed., 1985; G. QUINTERO OLIVARES, *Introducción al Derecho penal*, Barcanova, Barcelona, 1981; F. MUÑOZ CONDE, *Teoría del delito*, Bogotá, 1984; E. GIMBERNAT ORDEIG, *Introducción a la parte general del Derecho penal español*, Madrid, 1979.

(2) Cfr. M. COBO DEL ROSAL-T. S. VIVES ANTÓN, *op. cit.*, p. 320.

tratan con «acciones en sí», sino con «acciones jurídicas», con acciones tipificadas por la ley. Su problema no es, por así decirlo, el de determinar cuándo existe una acción en general, sino el de determinar cuándo una acción es típica (corresponde al modelo descrito en la norma) y puede, en consecuencia, ser constitutiva de delito (3).

Las objeciones son, ciertamente, fundadas, pero no cierran la posibilidad de construir una teoría general de la acción (de la acción penal). Simplemente, muestran (*a sensu contrario*) el camino a seguir, y que debería consistir en: 1. ofrecer un análisis *formal* del concepto de acción (de acción penal) no para tratar de encontrar una esencia común a todos los delitos, sino para esclarecer su estructura; 2. mostrar que dicho análisis, aunque por sí solo —como es lógico— no permite determinar cuando se está en presencia de una acción típica, puede ayudar a plantear con más claridad algunas cuestiones relevantes para la teoría y la práctica del Derecho penal. En mi opinión, la teoría de la acción recientemente formulada por G. H. von Wright (4) ofrece una base adecuada para ello. Pero dicha teoría, dirigida a servir de fundamento para una lógica de las normas, tendría que ser revisada o, mejor, completada, para poder cumplir este otro objetivo. Tal es el propósito de este trabajo.

2. Un esquema que puede ser de utilidad para analizar la estructura de una acción consiste en distinguir en la misma una serie de elementos, algunos de los cuales se dan necesariamente en cualquier acción (que pueda ser constitutiva de delito) mientras que otros (o, mejor, otro) sólo aparecerá en determinados tipos penales. Dichos elementos son los siguientes:

- el *agente*: la persona que realiza (o a quien se imputa) la acción;
- la *ocasión* espacio-temporal: el dónde y cuándo tiene lugar la acción;
- la *oportunidad*: las condiciones que deben cumplirse para que un agente pueda realizar una acción en una ocasión determinada;
- la *forma* de realizar la acción: positiva (acción en sentido estricto) consistente en un hacer (en sentido amplio, incluyendo, por ejemplo, actos verbales, pero no actos sin ninguna manifestación externa); o negativa (omisión) consistente en un dejar de hacer (5);
- el *contenido* de la acción: la actividad realizada o que se ha dejado de realizar;
- el *resultado* de la acción: los cambios o no cambios de estados de cosas (físicos o no) que en determinados tipos de acción tienen que darse para poder decir que se ha realizado u omitido (con éxito) una acción;

(3) Cfr. G. RODRÍGUEZ MOURULLO, op. cit., p. 221.

(4) G. H. VON WRIGHT, *Action theory as a basis for deontic logic*, Libera Università degli Studi di Trento, 1981. Cfr. también G. DI BERNARDO, *La teoria del'azione come base per la logica deontica*, en «Informática e Diritto», 1983, 2.

(5) Aunque quizá no fuera necesario explicitarlo, aclaro que empleo el término «acción» en dos sentidos: 1) en el sentido amplio de comportamiento; 2) en el sentido estricto de comportamiento activo que se opone al comportamiento pasivo u omisión.

— la *consecuencia* (o consecuencias) de la acción: los cambios o no cambios en el mundo causalmente conectados con el contenido (si se trata de lo que luego llamaremos acciones simples) o con el resultado de la acción (en las acciones de resultado) y temporalmente posteriores a aquellos.

Por ejemplo, en el delito de homicidio, la acción prevista por la Ley penal podría describirse así: Un determinado agente X en una ocasión espacio-temporal determinada que ofrecía una oportunidad para la acción (Y estaba vivo en esa concreta ocasión y habría seguido vivo de no haberse producido la acción de X), realiza el acto consistente en disparar contra Y (contenido); como resultado, Y fallece (si no se produjera —o pudiera producirse— el resultado el delito no sería el de homicidio), con la consecuencia de que su familia queda desamparada. Pero en otros supuestos, el análisis puede terminarse antes —con el contenido de la acción— sin que quepa hablar ni de resultado ni de consecuencias (lo que no quiere decir exactamente que no existan, sino que no son relevantes para el Derecho penal). Por ejemplo, el que no presta auxilio a un menor de 7 años (artículo 584,14), en una ocasión que ofrezca una oportunidad para ello, comete (por omisión) una acción delictiva, con independencia de la suerte que posteriormente pueda correr dicho menor. El agente, la ocasión, la oportunidad, la forma y el contenido son elementos presentes en todos los tipos de acción penal. El resultado sólo está presente en algunos. Y la consecuencia es realmente —como en seguida veremos— un elemento externo que no forma propiamente parte de la configuración del concepto de acción. Para cada acción posible, el Derecho penal —o las normas penales— determinan los criterios sobre quienes puedan ser los agentes, la ocasión etc., de manera que el concepto de «acción penal» es, naturalmente, un concepto normativo (6). Sin embargo, hay ciertos aspectos estructurales del mismo que pueden estudiarse desde un pun-

(6) Con ello quiero decir que no solamente el concepto de omisión, sino también el de acción en sentido estricto —en cuanto conceptos jurídicos-penales— tienen carácter normativo. La idea de que mientras la omisión presupone la existencia de normas, cabe hablar de acción en un plano puramente naturalístico, con independencia de toda norma, me parece francamente extraña. COBO-VIVES argumentan la anterior afirmación de la siguiente manera: «En la omisión, la norma aparece como factor constituyente del comportamiento, que solamente puede ser concebido como tal omitir, si se parte de la existencia de una norma en virtud de la cual puede esperarse determinada acción positiva. El hacer, sin embargo, existe o puede existir con independencia de toda norma. Robinson en su isla, no obstante la posible carencia de todo sistema normativo, podía realizar, sin duda, acciones: comer, pasear, etc., pues toda una serie de actos puede describirse recurriendo exclusivamente a referencias ópticas» (p. 328). Y lo que no entiendo del argumento es por qué, a partir de lo anterior, no puede afirmarse también que el buen Robinson omitió muchas veces pasear (por ejemplo, en el tiempo en que dormía, dado que Defoe no indica en ningún momento de su obra que Robinson padeciera de sonambulismo) y siempre (por lo menos mientras estuvo en su isla) hacer el amor. Evidentemente, si se supone que la vida solitaria de Robinson no estaba sometida a ninguna norma, entonces sus omisiones no significaban la realización de algún comportamiento obligatorio, prohibido, permitido o facultativo (es decir, no tenían carácter normativo ni, a *fortiori*, jurídico), pero lo mismo cabría decir de sus acciones.

to de vista formal, lógico; es decir, con independencia de qué sea lo que dispongan en concreto las normas jurídico-penales.

3. Las acciones en las que sólo cabe distinguir (porque sólo son relevantes desde el punto de vista de las normas del Derecho penal) los siguientes elementos: agente, ocasión, oportunidad, forma y contenido, las llamaremos *acciones simples*. Aquellas otras en las que también sea relevante el resultado las llamaremos *acciones de resultado*. Las consecuencias no las consideramos, pues, como elementos definitorios del concepto de acción penal, lo que no implica que sean exactamente irrelevantes: en el supuesto de homicidio antes indicado, las consecuencias son relevantes para determinar la indemnización civil que se deriva del delito; en el supuesto de omisión de auxilio a un menor, la suerte corrida por dicho menor tendrá sin duda un gran valor «argumentativo» de cara al juez o a quien haya de calificar dichos actos.

4. Combinando estos dos tipos de acción, simple y de resultado, con las dos formas de acción, positiva y negativa (omisión), se puede efectuar la siguiente clasificación:

- a) acciones (positivas) simples;
- b) omisiones de acciones simples;
- c) acciones de resultado;
- d) omisiones de acciones de resultado.

Ejemplo de a): dar falso testimonio que no perjudique ni favorezca al reo (artículo 328); de b): omitir prestar auxilio a un menor (artículo 584,14); de c): matar a otro (artículo 407); de d): consentir (en el supuesto de un funcionario) que otro sustraiga caudales públicos (artículo 394).

5. La diferencia entre las acciones simples y las acciones de resultado es normativa. El criterio práctico que debe utilizarse para clasificar una acción como simple o de resultado es el siguiente: si las normas penales permiten efectuar una distinción significativa entre el contenido de una acción y su resultado (es decir, si atribuyen relevancia a dicha distinción) se tratará de una acción de resultado; en otro caso, de una acción simple. Para tomar un ejemplo discutido, el delito de injurias presupondría una acción de resultado si la Ley penal, y su interpretación judicial, permitiera distinguir entre el contenido de la acción (digamos: pronunciar determinadas palabras) y el resultado de la acción (el ofendido ha tenido conocimiento de las mismas, ha sufrido una merma en su honor, etc., es decir, ha *resultado* injuriado). Si para injuriar a una persona bastara con pronunciar ciertas palabras, con independencia de cualquier resultado (en tal caso no cabría hacer una distinción significativa entre decir tales y cuáles palabras —por un agente y en una determinada ocasión— e injuriar) el delito podría realizarse mediante una acción simple (delitos de mera actividad).

6. Si una acción positiva está tipificada como delito, entonces dicha acción se dice que está prohibida por el ordenamiento jurídico, mientras que la correspondiente acción omisiva (para el mismo agente, ocasión y oportunidad) es una acción obligatoria. Si, por ejemplo, está prohibido cometer falso testimonio que no perjudique ni favorezca al reo, entonces omitir efectuar dicha acción (para el mismo agente, ocasión, etc.) tiene carácter obligatorio. Y, viceversa, si una omisión está tipificada como delito (tiene el carácter deóntico prohibido), entonces la acción correspondiente es obligatoria. Por ejemplo, si está prohibido omitir prestar auxilio a un menor, entonces es obligatorio prestárselo (para el mismo agente, ocasión, etc.).

7. En las acciones y omisiones simples, la oportunidad indica las condiciones que deben cumplirse para que un agente pueda efectuar el contenido de una determinada acción u omisión (el contenido de una omisión es lo que se ha dejado de hacer en dicha ocasión y oportunidad) (7). En las acciones y omisiones de resultado, además de estas condiciones referentes al contenido, existen también ciertas condiciones referentes al resultado. Por ejemplo, para cometer la acción de homicidio hay que presuponer lógicamente que la víctima estaba viva en la ocasión de que se tratara y que habría seguido viva de no haberse producido la acción.

Si denominamos «p» a un determinado estado de cosas y «-p» al estado de cosas contrario (por ejemplo, si «p» significara «Fulano está vivo», «-p» significaría «Fulano está muerto»; o, para tomar un supuesto más simple, si «p» indica «la ventana está abierta», «-p» indicará «la ventana está cerrada»), cabría distinguir cuatro diversos tipos de oportunidad, de condiciones que hay que presuponer lógicamente en las acciones de resultado:

1. En la ocasión *o*, el estado de cosas *p* está ausente y va a seguir ausente salvo la intervención de un agente *a*. En símbolos (8), podríamos escribirlo así: -pT-p (es decir, del estado de cosas en que *p* está ausente se va a pasar al estado de cosas en que *p* sigue ausente). Por ejemplo, la ventana está cerrada y va a seguir cerrada.
2. En la ocasión *o*, el estado de cosas *p* está presente pero va a desaparecer salvo la intervención de un agente *a*. En símbolos: pT-p. Por ejemplo, la ventana está abierta pero se va a cerrar.
3. En la ocasión *o*, el estado de cosas *p* está ausente, pero va a aparecer, salvo la intervención de un agente *a*. En símbolos; -pTp. Por ejemplo, la ventana está cerrada, pero se va a abrir.

(7) De esta manera se evita que pueda hablarse de que un agente omitió realizar acciones para las que no existía oportunidad. En general, al definir las omisiones a partir de las acciones se puede precisar lo que debe entenderse en cada caso por omisión. Por ejemplo, en el supuesto de omisión del deber de socorro lo que se *omite*, obviamente, es socorrer, por ejemplo, a la víctima de un accidente, pero no se *omite* salvarla, entregarle un cheque de 100.000 ptas., maltratarla, etc.

4. En la ocasión o , el estado de cosas p está presente y va a seguir estando presente, salvo la intervención de un agente a . En símbolos: pTp . Por ejemplo, la ventana está abierta y va a seguir abierta.

La acción (se trata siempre, claro está, de acciones de resultado) correspondiente a 1. sería la de *producir* p (en símbolos Prp), o sea, abrir la ventana que estaba e iba a permanecer cerrada. Y la correspondiente a 4. la de *producir* $-p$ (en símbolos Pr-p): cerrar la ventana que estaba e iba a seguir abierta. La correspondiente a 2. sería *mantener* p (en símbolos, Mp): mantener abierta la ventana que se va a cerrar. Y la correspondiente a 3. *mantener* $-p$ (en símbolos, M-p): mantener cerrada la ventana que se va a abrir. Por otro lado, a cada una de estas cuatro acciones se le puede hacer corresponder una omisión: *Omitir producir* p (en símbolos, \neg Prp): omitir abrir la ventana que estaba e iba a permanecer cerrada. *Omitir producir* $-p$ (en símbolos \neg Pr-p): omitir cerrar la ventana que estaba e iba a seguir abierta. *Omitir mantener* p (en símbolos, \neg Mp) omitir mantener abierta la ventana que se va a cerrar. *Omitir mantener* $-p$ (en símbolos, \neg M-p): omitir mantener cerrada la ventana que se va a abrir. En total tendremos, pues, ocho tipos de acciones de resultado que podemos representar, para mayor claridad, en el siguiente cuadro en donde aparece, para cada tipo, cual es la oportunidad y el resultado con que se corresponde:

Oportunidad	tipo de acción	resultado
1. $-pT-p$	Prp	p
2. $-pT-p$	\neg Prp	$-p$
3. $pT-p$	Mp	p
4. $pT-p$	\neg Mp	$-p$
5. $-pTp$	M-p	$-p$
6. $-pTp$	\neg M-p	p
7. pTp	Pr-p	$-p$
8. pTp	\neg Pr-p	p

Es frecuente pensar (9) que existe una cierta asimetría entre las acciones y las omisiones que suele explicarse de la siguiente manera: mientras que realizar una acción positiva de cualquiera de los cuatro tipos indicados (1, 3, 5, 7) implica la producción de un resultado, omitir realizar una acción de los otros cuatro tipos (2, 4, 6, 8) no implica necesariamente que se produzca cierto resultado en el mundo, ya que otro agente pudo haberlo evitado. Por ejemplo, en una acción de tipo 1 (Prp) sólo diremos que la misma se ha realizado (con éxito) si efecti-

(8) Utilizo la notación de VON WRIGHT en *Norma y acción. Una investigación lógica*, Tecnos, Madrid, 1970. Pero ahora, las expresiones del tipo $-pT-p$ y las tres restantes ($-pTp$, $pT-p$ y pTp) no describen sucesos, sino tendencias del mundo.

(9) Esta opinión la mantuve en una primera versión de este trabajo, pero la he modificado como consecuencia de las observaciones que me dirigió ERNESTO GARZÓN VALDÉS, a quien le quedo muy reconocido por ello.

vamente se produce el resultado p (que la ventana esté abierta). Pero la omisión de dicha acción ($\neg Prp$) pudo haberse efectuado aunque no se haya producido el resultado $-p$ (la ventana, tras la omisión, no está cerrada pues otro agente efectuó la acción de producir p o, dicho de otra manera, evitó el resultado $-p$). Cabría decir, en consecuencia, que las omisiones no tienen resultados, esto es, que la relación entre el contenido y el resultado no puede verse como una relación de causalidad sino que, simplemente, en las omisiones se imputan ciertos resultados al que omitió una determinada acción (y, por razones parecidas, podría decirse también que solamente las acciones positivas —simples o de resultado— tienen consecuencias).

Sin embargo, lo anterior se basa en un error que consiste en no haber advertido lo siguiente: en el caso de las acciones de resultado —paralelamente a lo que se acaba de decir en relación con las omisiones— el resultado se produce porque otro agente no lo evitó, es decir, porque otro agente no interrumpió el proceso causal. En consecuencia, la *asimetría* de que suele hablarse entre las acciones y las omisiones (10) no sería, en todo caso, de orden lógico, sino normativo: el legislador penal, por razones de tipo ideológico (y quizá también de tipo práctico) estima, en general, como más merecedoras de sanción las acciones positivas que las omisiones; o, dicho de otra manera, pone mayor énfasis en el establecimiento de deberes negativos que en la imposición de deberes positivos (11).

8. Analicemos ahora con más detalle la distinción entre acciones productoras, y sus correspondientes omisiones (1, 2, 7, 8), y acciones mantenedoras, y sus correspondientes omisiones (3, 4, 5, 6). Las primeras, cabe decir, presuponen que el mundo está en reposo ($-pT-p$ o bien pTp), mientras que las segundas presuponen que el mundo está en —o, mejor, tiende al— cambio ($pT-p$ o bien $-pTp$). Ahora bien, el Derecho, y en particular el Derecho penal, tiene una función eminentemente estabilizadora; la función del Derecho penal parece ser la de evitar que se produzcan ciertos cambios en el mundo, para lograr lo cual reprime las conductas que provocan o tienden a provocar dichos cambios. Dicho de otra manera, el Derecho penal prohíbe (tipifica como delitos) las acciones productoras (ciertas acciones productoras) y, en consecuencia, establece como obligatorias las correspondientes omisiones (por ejemplo, si Prp está prohibido, $\neg Prp$ es obligatorio, etc.). Por el contrario, respecto de las acciones mantenedoras, el Derecho penal —en la medida en que se interesa por ellas— las considerará obligatorias y, en consecuencia, lo que se tipificará como delito (como acciones prohibidas) son las correspondientes omisiones. En resumen, los operadores deónticos correspondiente a los ocho ti-

(10) Cfr., por ejemplo, COBO-VIVES, op. cit., pp. 325 y ss.

(11) Sobre el tema de los deberes positivos remito al importante trabajo de E. GARZÓN VALDÉS, *Los deberes positivos generales y su fundamentación* que publicará la revista «Doxa» (Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante) en su número 3 (1986), parcialmente dedicado a dicho tema.

pos de acciones examinados (y siempre en el caso de que sean objeto de regulación por el Derecho penal) serían:

1. PhPrp (prohibido producir p)
2. $O \neg Prp$ (obligatorio omitir producir p)
3. OMp (obligatorio mantener p)
4. $Ph \neg Mp$ (prohibido omitir mantener p)
5. OM-p (obligatorio mantener -p)
6. $Ph \neg M-p$ (prohibido omitir mantener -p)
7. PhPr-p (prohibido producir -p)
8. $O \neg Pr-p$ (obligatorio omitir producir -p)

Si eliminamos ahora los tipos de acción a los que corresponde el operador o (obligatorio), tenemos que los tipos de acciones (de resultado) que pueden ser constitutivos de delito son:

1. Prp
4. $\neg Mp$
6. $\neg M-p$
7. Pr-p

Es decir, las acciones de resultado que pueden ser constitutivas de delito son siempre acciones productoras (1 y 7), mientras que las omisiones que pueden ser constitutivas de delito serán siempre omisiones de acciones mantenedoras (4 y 6).

9. Si volvemos ahora a la clasificación de las acciones efectuada en el apartado 4, podemos completarla así:

- a) acciones (positivas) simples
- b) omisiones de acciones simples
- c) acciones de resultado productoras
- d) omisiones de acciones de resultado mantenedoras.

A estos cuatro tipos, parece que podría añadirse uno nuevo que cubriera los supuestos en que la Ley penal tipifica como delito la producción de un determinado resultado con independencia de que el mismo haya tenido lugar mediante una acción positiva o una omisión (12) (tipos de prohibición de resultado). Por ejemplo, si se estableciera como tipo delictivo las acciones que tengan como resultado causar la muerte de otra persona, con independencia de que se trate de la ac-

(12) Cfr. G. RODRÍGUEZ MOURULLO, op. cit., p. 273. El ejemplo que pone este autor, sin embargo (funcionario que comete falsedad en documento público faltando a la verdad en la narración de los hechos —por haber narrado hechos inveraces u omitir narrar hechos verdaderos), no se referiría —según lo que se ha expuesto— a acciones y omisiones de resultado, pues no parece que pueda distinguirse con sentido entre el contenido de la acción y el resultado (cometer falsedad en documento público equivale a faltar a la verdad en la narración de los hechos). En consecuencia, se trataría de un supuesto en que, de manera abreviada, se configura como delito una acción simple (narrar hechos inveraces) y una omisión simple (omitir narrar hechos verdaderos). Pero, naturalmente, la omisión (la omisión simple) no plantea el tipo de problemas que veremos en el próximo apartado a propósito de la omisión de acciones de resultado.

ción de matar o de dejar morir. Sin embargo, no puede decirse que se trate, en realidad, de un nuevo tipo de acción, sino de una manera de referirse conjuntamente a un par de tipos de acción (una de la clase c) y otra de la clase d). Así, si el resultado prohibido fuera p, las dos acciones que quedarían tipificadas como delitos (prohibidas) serían Prp y \neg M-p. Y si el resultado prohibido fuera -p, las dos acciones constitutivas de delito serían Pr-p y \neg Mp. Naturalmente, no es posible que ambos resultados estén prohibidos al mismo tiempo (si producir el resultado p es delito, entonces producir -p no puede estar prohibido, y viceversa: si producir -p es delito, entonces producir p no lo será). Por otro lado, es preciso también reparar en que en estos supuestos se regulan realmente dos oportunidades, dos situaciones posibles: que el mundo esté en reposo (lo que puede dar lugar a acciones productoras) y que el mundo esté en cambio (lo que puede dar lugar a omisiones de acciones mantenedoras).

10. A la hora de determinar si ha tenido o no lugar una acción u omisión de resultado, las dos cuestiones que es preciso examinar son: 1) si se ha producido o no el resultado; 2) si la causa del mismo ha sido el —o, si se quiere, el resultado puede imputarse al— contenido de la acción —u omisión— de que se trate. Ya hemos visto que tanto en el caso de las acciones como en el de las omisiones es posible que el resultado no se haya producido, en cuyo caso habría que decir que la acción no se ha realizado con éxito o bien que a la omisión no le han sucedido ciertos resultados previsibles. Detengámonos un momento a examinar estos dos supuestos en el caso de *omisiones de acciones de resultado* (mantenedoras), es decir: a) el agente ha omitido actuar (en la ocasión y oportunidad adecuada) y se ha producido el resultado (supuestos de «comisión por omisión»); b) el agente ha omitido actuar, pero no se ha producido el resultado (porque otro agente lo evitó).

Pues bien, si las normas penales tipificaran como delito el tipo de omisión descrito en b), entonces hay que interpretar, lógicamente, que la correspondiente omisión descrita en el supuesto a) también es delictiva; pero del hecho de que esté tipificado como delito el tipo de omisión descrito en a) no se deduce que lo esté también el descrito en b). Por otro lado, este último supuesto se distingue también de la omisión simple, es decir, del tipo de omisión en que el resultado no es que no se haya producido, sino que no es un elemento de la acción. Por ejemplo, si existiera un tipo delictivo consistente en no socorrer a las víctimas de un accidente que fallecieran o sufrieran daños por no haber sido atendidas, estaríamos ante un supuesto de omisión de una acción de resultado. Y pudiera ser el caso de que el delito lo cometiera también el que omitiere el socorro, aunque los resultados previstos no se produjeran por haberlo evitado otro agente (supuesto b). Mientras que un supuesto de omisión simple sería el caso en que el delito consistiera en omitir socorrer a las víctimas de accidentes, haciendo abstracción de cualquier resultado. En el primer caso (supues-

to b) es preciso que exista el peligro de muerte o de daños para las víctimas, aunque no es necesario que se haya materializado (que haya ocurrido el resultado); en el segundo caso, el delito se comete con independencia de que las víctimas estuviesen en una situación de peligro concreto, aunque sí parece necesario presuponer el peligro *in abstracto*, pues en otro caso no se juzgaría adecuado que el Derecho penal tipificara dicha conducta (en este caso, omisiva) como delictiva.

La dimensión jurídica de la pena de prisión (*)

FRANCISCO BUENO ARUS

Profesor Ordinario de Derecho penal de la Universidad de Comillas

I. LA PENA COMO INSTITUCION JURIDICA: CARACTERES Y REQUISITOS. ORGANIZACION Y LEGITIMIDAD. COACTIVIDAD. VALIDEZ Y REFERENCIA A VALORES. EFICACIA. LA PENA Y EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRATICO DE DERECHO

1. Toda comunidad necesita de un sistema de controles de la conducta de sus miembros para la propia conservación y desarrollo (orden). Tales controles pueden ser espontáneos o formalizados. La pena se puede configurar como un control formalizado, característico de las sociedades políticas estructuradas en Estado, regulado por el Derecho. Son propios de las instituciones jurídicas determinados caracteres y requisitos, que los tratadistas no siempre identifican con los mismos términos, ni éstos reciben siempre la misma significación. *Organización o institucionalización* quiere decir la residencia en un conjunto estable de personas del poder de emanar y aplicar las normas jurídicas. Con el término *legitimidad*, en sentido formal, se alude a la procedencia de una norma o acto del órgano que tiene el poder social para producirlo (competencia), y, en sentido material, a la coherencia del contenido de la norma con los valores morales o políticos que el intérprete considera como un ordenamiento preferente sobre el jurídico y que se concretan esencialmente en la libertad y en la justicia, en cuanto que el Derecho se puede concebir como un orden de coordinación de libertades para lograr el mayor nivel posible de justicia en las relaciones sociales. La legitimidad material también se conoce como *validez* (sustancial) o *valor* (intrínseco) de las normas, aunque la expresión validez, desde una perspectiva formal, pueda también coincidir con la conformidad de la norma con las normas de producción del ordenamiento de que forma parte y su vigencia temporal. La

(*) Ponencia desarrollada en las «Jornadas Penitenciarias de Cataluña: Prisión y Comunidad» (Barcelona, 10-13 diciembre 1986)

eficacia o *vigencia social* de las normas jurídicas consiste en la conformidad de la conducta de los destinatarios con aquéllas, la que puede ser espontánea o estar determinada por la *coactividad* garantizada por la organización jurídica para asegurar el respeto de las normas.

La pena como institución jurídica participa de estos mismos caracteres, en cuanto que constituye la utilización de la fuerza para obligar al cumplimiento de las normas, requiere de una organización que la aplique y que la haga cumplir, y supone una ponderación de los valores o bienes jurídicos de la sociedad o de sus miembros, que se protegen mediante una limitación de otros valores o bienes jurídicos pertenecientes al infractor de la norma. Las normas penales, para ser aceptadas por la comunidad, han de ser legítimas y válidas, en cuya consideración entrará, quizá con más intensidad que en otros sectores del ordenamiento, el *principio de necesidad*.

2. Desde la perspectiva del Derecho público, la pena o, más propiamente, el *ius puniendi* representa una potestad cuya titularidad es compartida en diversas fases o momentos por los diferentes poderes del Estado, que contribuyen competencialmente a su existencia. Corresponde al Poder Legislativo la conminación en abstracto con penas a los autores de las conductas infractoras de las normas, descritas en disposiciones generales (leyes). Corresponde al Poder Judicial la aplicación de las penas en los casos concretos, con ocasión del enjuiciamiento del comportamiento de cada infractor de las normas en particular, en el correspondiente proceso. Corresponde al Poder Ejecutivo o Administración pública la ejecución de las sentencias condenatorias y el cumplimiento de las correspondientes penas. Esta delimitación de competencias no es, por supuesto, tan nítida como podría parecer de lo expuesto, toda vez que los diversos Poderes del Estado se solapan en sus funciones, y así tenemos que el Poder Ejecutivo puede dictar normas generales y el Judicial y Legislativo realizar actividades de control de la Administración pública.

3. Si la legitimidad de un acto jurídico consiste en su procedencia del Poder competente según el ordenamiento, será en principio legítima la pena establecida en la Ley, determinada en una sentencia judicial y ejecutada por la Administración pública, aunque la mera legitimidad formal no llenaría todas las exigencias de un Estado de Derecho sin el respeto exquisito del *principio de legalidad*, que sirve así de puente con el requisito de la validez.

4. Desde la perspectiva del particular condenado, la pena se nos muestra como una *obligación*, es decir, como una necesidad jurídica de realizar el contenido de la sentencia condenatoria, que puede traducirse en una obligación de hacer o más frecuentemente en una obligación de padecer o de soportar (la limitación de derechos y libertades en que la pena concretamente impuesta consista). Esta obligación jurídica específica es también imponible coactivamente, mediante el recurso a la fuerza y la exigencia de nueva responsabilidad penal a quien incumpliera tal obligación (delito de quebrantamiento de condena).

5. La validez (formal) de una actuación jurídica se corresponde con su adecuación a las normas (principio de legalidad). Pero, en la medida en que las normas requieran una finalidad concreta, una correspondencia con determinados valores, la validez (sustancial) exige también la adecuación a la finalidad o a los valores reconocidos por la norma. Ello supone tener una conciencia precisa de la *Weltanschauung* a que responde una determinada Constitución u ordenamiento y saber diferenciar lo estable y duradero de lo accesorio y fugaz dentro del cuadro de valores que constituyan aquélla, aun dentro del relativismo histórico y sociológico con que los valores han de ser necesariamente considerados. A este respecto, los fines atribuidos, en su caso, a las penas por las normas constitucionales o básicas del ordenamiento serán decisivos como criterio interpretativo de las normas relativas a la pena y como principio rector de su praxis, habiendo de considerarse anticonstitucionales, y, por tanto viciadas de nulidad absoluta, las normas o prácticas que los contradijeran.

6. En cuanto a la eficacia de la pena, como la de cualquier norma o institución jurídica, la misma significa su aceptación social, que difícilmente se producirá si aquéllas no son coherentes con los valores fundamentales establecidos o aceptados por la opinión pública, que esencialmente son la seguridad y la justicia, y que pueden coincidir o no, en su identidad o importancia, con los valores inspiradores del ordenamiento jurídico. Tal eficacia será inexistente en el caso de que el pueblo destinatario y objeto de protección de las normas penales sienta que no está suficientemente protegido por las mismas y que, por tanto, se impone, o bien una transformación del modelo de política criminal, o bien el recurso a medios de control no institucionalizados y tal vez a la defensa privada.

7. La pena tiene también sus exigencias esenciales en el contexto de un Estado social y democrático de Derecho. El *Estado social*, que propugna su intervención en la vida de los ciudadanos y en la dirección de las actividades sociales, ha de suponer necesariamente una orientación de la pena hacia la reinserción social del delincuente, es decir, a la orientación de su vida conforme al respeto de las normas de convivencia, ofreciéndole los medios adecuados para superar los conflictos que hayan motivado la conducta delincuente. El *Estado democrático* supone la participación de los ciudadanos en la toma y ejecución de decisiones que afectan a la comunidad, lo cual, en el ámbito penal, además de las cuestiones generales de participación del pueblo en los poderes legislativo y judicial, debe comportar una colaboración de las instituciones privadas con las estatales en el tratamiento y la asistencia posterior al condenado para reforzar la indicada reinserción social e incluso una mayor atención a la participación del propio condenado en la adopción y en la ejecución de la pena que parezca más adecuada.

Recientemente, M. DELMAS-MARTY ha presentado como movimiento de Política Criminal más racional y menos autoritario, el que asocia al delincuente, a la víctima y al grupo social, a la respuesta que se dé

a la infracción o la desviación de la norma. Aleja más el Derecho penal de una estrategia de guerra, busca una solución para el futuro y destaca la solidaridad del cuerpo social de cara al fenómeno criminal.

II. LA PENA DE PRISION: CONCEPTO Y CONTENIDO.
ORGANIZACION. COACTIVIDAD. REFERENCIA A VALORES:
SEGURIDAD, JUSTICIA Y LIBERTAD. FINES
CONSTITUCIONALES

1. Es sobradamente conocido que en el catálogo general de penas de los Estados de nuestro tiempo la pena de prisión ocupa el primer término, aunque no pueda ignorarse que desgraciadamente la pena de muerte aún continúa vigente en la mitad de los Estados existentes. La pena de prisión, que ha sido definida por ANTÓN ONECA como una clausura bajo un régimen de disciplina obligatorio, consiste esencialmente en la privación de libertad de movimientos, en cuanto que el penado ya no puede disponer de sí mismo respecto de su lugar material de residencia y respecto de la distribución de su tiempo en distintas actividades si no es dentro del marco constituido por la pena impuesta y por el grado del sistema penitenciario en que aquél se encuentre clasificado.

Sin embargo, no sería realista limitar el contenido de la pena de prisión a la exclusiva privación de la libertad de movimientos. La propia Constitución prevé en su artículo 25.2 que el condenado a la pena de prisión se verá limitado en sus derechos fundamentales «por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la Ley Penitenciaria». Aunque la doctrina no se ha puesto de acuerdo sobre el alcance de estas expresiones, y aunque sea loable que un sector de la misma trate de reducir dicho alcance al mínimo posible (de acuerdo con la teoría de la *prevención general positiva*), lo cierto es que hay otras libertades fundamentales que pueden ser anuladas o limitadas al condenado a la pena de prisión, además de la indicada libertad de movimientos. Y ésta no es una situación exclusiva del interno en un establecimiento penitenciario, sino en cierto modo común a cuantos forman parte de alguna de las llamadas por la doctrina crítica «instituciones totales» (cuarteles, hospitales, escuelas), en las que los integrantes de la colectividad están realmente sometidos a una relación de sujeción especial. Creo que la libertad de expresión, la libertad de reunión y manifestación, la libertad de asociación y sindicación, la libertad sexual, sin contar con el ejercicio de otros derechos civiles, económicos y familiares, están íntimamente afectadas, por la propia naturaleza de las cosas, por la pena de prisión y forman parte de su contenido natural.

2. Decía anteriormente que la pena, como toda institución jurídica, supone organización, coactividad y referencia a valores. En lo que respecta a la pena de prisión, la organización está también caracterizada por una distribución de funciones entre los poderes básicos del

Estado y por mecanismos de equilibrio entre ellos. Al Poder Legislativo le corresponde la conminación con penas de prisión, en su caso, en las concretas normas penales, de las que, como se sabe, el presupuesto es el delito y la consecuencia es la sanción, pero también le corresponde una función de control de las medidas excepcionales adoptadas en los establecimientos penitenciarios, especialmente en los supuestos previstos por la Disposición Final 1.^a de la Ley Orgánica General Penitenciaria de 26 de septiembre de 1979. Al Poder Judicial le corresponde naturalmente la aplicación de las penas concretas en los casos concretos, por medio del correspondiente proceso, pero también el control de su ejecución por la Administración penitenciaria y la tutela de los derechos fundamentales de los internos a través de la institución del Juez de Vigilancia, introducido en nuestro ordenamiento por el artículo 76 de dicha LOGP. A la Administración pública (Administración central o Comunidades Autónomas) le corresponde la ejecución material de las penas y la puesta en práctica del tratamiento penitenciario en cada caso, así como la asistencia social a los penados, liberados y sus familiares, sin perjuicio de que también el Ejecutivo puede dictar normas reglamentarias (Reglamento Penitenciario de 8 de mayo de 1981), si bien, por imperativo del principio de legalidad en materia penal, tales normas no hayan de tener nunca fuerza de ley sino siempre valor subordinado a la misma.

La organización de la pena de prisión en un Estado social y democrático de Derecho exigiría, sin duda, un control democrático y una participación de la Sociedad en el Legislativo, los Tribunales y las instituciones penitenciarias, pero tal participación se limita en nuestro ordenamiento, por lo que respecta a estas últimas, a una vaga colaboración en la recuperación social de los internos y en el tratamiento de los excarcelados (artículos 69.2 y 75.2 de la LOGP).

3. Decía también anteriormente que la coactividad jurídica, en cuanto a la pena, se traduce en la concepción de ésta como una obligación jurídica positiva. Obligación que más propiamente debe ser concebida como una relación jurídica, es decir, un entramado de derechos y deberes recíprocos entre el Estado y el condenado. La concepción de la pena de prisión como una relación jurídica, cuyos efectos incluso se prolongan más allá del estricto cumplimiento de la pena, está claramente presente en la LOGP, que define, de una parte, los derechos y deberes del interno, y de otra las correlativas potestades y las prestaciones que la Administración está obligada a proporcionar a los penados. Es más, por imperativo del citado artículo 25.2 de la Constitución, hay derechos reconocidos expresamente a los internos (trabajos remunerado, Seguridad Social, acceso a la cultura, desarrollo integral de la personalidad) que, por su colocación en el articulado de la normativa fundamental, pueden teóricamente ser objeto de protección más intensa mediante el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, de acuerdo con el artículo 53.2 de aquélla.

4. En cuanto a la referencia a valores, es claro que los valores fundamentales que están en juego en la dinámica de la pena de prisión

son los de seguridad, justicia y libertad. La seguridad aparece como un requerimiento irrenunciable de la Sociedad, que considerará tanto más ineficaz el sistema penitenciario cuanto menos contribuya a la erradicación de la reincidencia y de la delincuencia en general, pero, desde la perspectiva del justiciable, la seguridad lleva consigo un acatamiento estricto del *principio de legalidad*, no sólo en cuanto a la determinación de los delitos a los que es aplicable la pena de prisión y la duración de ésta, sino también en cuanto al establecimiento de las garantías fundamentales del condenado y las líneas básicas del régimen y del tratamiento penitenciarios. El valor de la justicia, esencial siempre por hipótesis en cualquier institución jurídica, supone que la pena de prisión, como cualquier otra pena, debe aplicarse teniendo en cuenta el *principio de proporcionalidad* con la gravedad del delito y la culpabilidad del sujeto, sin perjuicio de que, dentro de los límites que estos criterios permitan establecer, se preste además atención a las exigencias de la prevención. El valor de la libertad, como característica asimismo esencial del Derecho concebido desde una perspectiva dinámica, y en el ámbito de un Estado de Derecho, exige que la misma únicamente sea limitada en la medida de lo necesario y por tanto incluye en el ámbito de los principios fundamentales del Derecho penal contemporáneo el *principio de intervención mínima*, que, por lo que a la pena de prisión respecta, no solamente ha de tener proyección en las fases legislativa y judicial sino también en la fase de su ejecución, en la regulación del régimen, sistema y tratamiento penitenciarios.

5. Todo ello, naturalmente, desde la óptica de la finalidad de la reeducación y reinserción social hacia las cuales han de estar orientadas las penas privativas de libertad por imperativo del artículo 25.2 de la Constitución de 1978. Procede hacer aquí, aunque no pueda desarrollarse por extenso, una referencia a la polémica doctrinal en torno al alcance del artículo 25.2 de la Constitución y de la justificación de las actividades resocializadoras y de tratamiento, que incluso han sido cuestionadas por el sector más crítico como una posible manipulación rechazable de la personalidad humana. El sentido, sin embargo, de la LOGP no es el de la imposición de un tratamiento resocializador que lleve consigo una manipulación física de la persona, ni siquiera la imposición coactiva de los valores asumidos por la clase dominante, sino una oferta de medios de solución de conflictos que se hace al individuo condenado, así como influir en éste para que asuma como propios los criterios de convivencia indispensables en la Sociedad en la que vive, que consisten fundamentalmente en vivir sin cometer delitos. Aunque, como ya he indicado, en nuestros días la doctrina parece decantarse por la primacía de la prevención general (positiva), entiendo que prevención general y prevención especial se hallan indisolublemente unidas, en cuanto que la protección de la sociedad y la afirmación de la conciencia de las normas lleva consigo el respeto de la justicia, la promoción del desarrollo de la personalidad y la disposición de medios para facilitar la integración de la persona en su entorno so-

cial. La pena de prisión no ha de ser vista sino como un factor más, especialmente intenso si se quiere pero no cualitativamente contradictorio, en el proceso general de socialización en que necesariamente todos los miembros de una Sociedad se hallan inmersos. A mi entender, agotadas las posibilidades de sustitución de las penas cortas de privación de libertad por otras penas o medidas, predicar la abolición de la prisión sólo es coherente cuando simultáneamente se solicite la abolición de la Sociedad, o, al menos, de la Sociedad organizada en Estado, y sin la certidumbre de que lo que en tal hipótesis viniera a sustituir a las prisiones sería más humano.

III. CONMINACION CON PENAS: PODER LEGISLATIVO DEMOCRATICO. PRINCIPIO DE LEGALIDAD: DESCRIPCION PRECISA. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y BIENES JURIDICOS. PRINCIPIO DE INTERVENCION MINIMA: DESPENALIZACION

1. La conminación de delitos con penas corresponde al Poder Legislativo, como función esencial a llevar a cabo juntamente y al mismo tiempo que la definición de los tipos penales en las normas positivas, pues, en efecto, no se comprendería la existencia de un delito que no tuviera señalada su correspondiente pena. La existencia de normas imperfectas (presupuesto sin sanción) no tiene sentido en el sector jurídico penal, por su misión de *ultima ratio*, es decir, de garantizar con las sanciones más severas el cumplimiento de las normas jurídicas, una vez fracasados otros niveles de responsabilidad. Por tanto, el caso del artículo 231.1 del Código penal español, que define el delito de atentado impropio para el que posteriormente no aparece prevista pena alguna, constituye una aberración lógica.

2. En un Estado social y democrático de Derecho, el Poder Legislativo tiene que ser *democrático*, principio que se satisface con la elección de los legisladores mediante el sufragio universal. Ahora bien, la representatividad formal de los legisladores no garantiza la representatividad material, es decir, que los miembros del Poder Legislativo hayan sido elegidos por el pueblo no garantiza que las normas que promulguen sean las más adecuadas desde el punto de vista de las necesidades, los sentimientos y las expectativas del pueblo. Lo cual nos llevaría al tema de la correspondencia entre la Ley y la opinión pública y al de la función pedagógica de la Ley, que sin duda exceden del contenido de esta ponencia. Pero no quiero dejar de aludir, como mera hipótesis, a la posible conveniencia de que las normas legales hubieran también de ser sometidas, durante el procedimiento de elaboración de las mismas, a la audiencia de los ciudadanos directamente o a través de asociaciones, de la misma forma que prevé para las disposiciones administrativas el artículo 105 a) de la Constitución.

3. Decía más arriba que los valores fundamentales a cuyas exigencias responde el Derecho penal se traducen en los principios de lega-

lidad, proporcionalidad e intervención mínima. Por lo que respecta al *principio de legalidad*, la previsión en abstracto de las penas requiere una descripción precisa y con la suficiente claridad de las mismas en cada caso, así como de las reglas que han de guiar su determinación en concreto por el Juez penal. Se trata de atribuir a las penas las mismas reglas de precisión y de claridad que la doctrina exige para la descripción de lo tipos penales, rechazando tanto los tipos abiertos como el abuso de las normas en blanco. Quebrantaría, por tanto, el principio de legalidad el establecimiento de penas cuyo contenido fuera confuso, cuyos límites cuantitativos fueran excesivamente amplios o cuya determinación en el caso concreto se hubiera de hacer a través de unas escalas o de unas reglas de difícil comprensión. También es exigencia del principio de legalidad la irretroactividad de las normas penales que perjudiquen al reo.

4. El *principio de proporcionalidad*, en lo que se refiere a la previsión abstracta de las penas, significa que la gravedad de la pena señalada para cada delito ha de estar en relación con la gravedad del ataque y con la importancia del bien jurídico protegido por la norma, de tal manera que atentaría contra la proporcionalidad, y, por tanto, contra la justicia, por ejemplo, la conminación de una pena de arresto menor para un delito de asesinato o la de una pena de reclusión mayor para una falta de daños. Es evidente, sin embargo, que no puede llevarse a cabo una determinación absolutamente precisa y convincente de los bienes jurídicos cuya protección merecería exclusivamente la imposición al infractor de una pena privativa de libertad. El viejo principio del talión exigiría imponer una pena de prisión a los autores de un delito contra la libertad, mas no parece necesario demostrar expresamente que el principio del talión no se corresponde con las exigencias de la justicia en el Derecho penal de nuestro tiempo. Por tanto, tan sólo cabe establecer la regla general de que, al ser la pena de privación de libertad, una vez suprimida la pena capital, aquella que por su duración y su régimen resulta la más grave de las previstas en nuestro ordenamiento, la misma únicamente debe aplicarse a los atentados contra los bienes jurídicos de mayor importancia, al menos en los supuestos de mayor dureza, y no para la sanción de bagatelas. Las tendencias de la política criminal contemporánea van en el sentido de establecer penas privativas de libertad, no sólo para la protección de los intereses individuales más importantes (vida, integridad física, libertad, seguridad), sino también para los bienes colectivos o intereses difusos que, por ejemplo, en el mundo económico, pueden revestir mayor trascendencia social de lo que la política criminal liberal clásica había puesto de relieve.

La misma relatividad cabe señalar respecto de los límites máximos y mínimos de las penas privativas de libertad con que la Ley conmina las infracciones de bienes jurídicos. Ni concibiendo la pena de prisión como una pena que recae sobre tiempo asalariado, en el contexto de una concepción contractual y sinalagmática de las relaciones jurídicas (PAVARINI), podría establecerse con rigor matemático el *quantum* de pena que ha de corresponder a cada delito.

5. Finalmente, el *principio de intervención mínima* requiere sancionar con penas únicamente los hechos intolerables desde el punto de vista de la convivencia social y, por supuesto, aplicar las penas de mayor gravedad a los delitos igualmente de mayor gravedad. Por tanto, de la misma manera que carece de justificación en nuestro tiempo imponer una pena, cualquiera que sea, para hechos cuya represión podría justificarse suficientemente en el nivel de la responsabilidad civil o de la responsabilidad administrativa, tampoco estaría justificado aplicar una pena privativa de libertad en aquellos casos en que sería adecuada, desde la perspectiva de la prevención general, la amenaza de una pena económica, de inhabilitación o de otro tipo. La despenalización constituye cabalmente una de las características más destacadas de la política criminal contemporánea por razones ideológicas (humanitarias) o estratégicas (eliminación del exceso de población penitenciaria).

IV APLICACION DE LAS PENAS: PODER JUDICIAL DEMOCRATICO. PRINCIPIO DE LEGALIDAD: AMBITO PROCESAL Y SUSTANTIVO. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y CULPABILIDAD. PRINCIPIO DE INTERVENCION MINIMA Y DIVERSION PENAL. RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL DELITO

1. La aplicación de las penas corresponde, por supuesto, al Poder Judicial, y ello es todavía más claro respecto de las privativas de libertad, cuya imposición aparece directamente prohibida a la Administración por el artículo 25.3 de la Constitución española. Para responder igualmente a las exigencias de un Estado social y democrático de Derecho, la Constitución ha previsto la intervención de los ciudadanos en la Administración de Justicia, especialmente mediante la institución del Jurado (artículo 125 CE). Es sabido, sin embargo, que la naturaleza, características y ámbito de competencia del Jurado viene siendo objeto de las más diversas interpretaciones por la doctrina, de manera que no sería pacífico tratar de precisar qué tipo de delitos habrían de ser objeto del juicio por Jurados. Entiendo que las exigencias democráticas no se agotan en este tema y que, teniendo en cuenta las características y necesidades de la Sociedad post-industrial contemporánea, los Jueces requieren una formación que vaya más allá de la mera preparación jurídica, habiendo de hacerse extensiva a una serie de disciplinas, empezando por la Criminología y la Sociología, lamentablemente ausentes tanto de las Facultades de Derecho como de los Centros de Estudios Judiciales. La ausencia de este tipo de formación de los Jueces y Magistrados únicamente se podría subsanar con la adscripción a los mismos de asesores o de expertos que, con facultades codecisorias o con facultades de dictamen, habrían de intervenir ne-

cesariamente antes de la producción de la decisión judicial, especialmente la condenatoria.

2. En el campo de aplicación de la pena, el *principio de legalidad* comporta diversas exigencias en el plano sustantivo y en el plano procesal. En este último cabe discutir la conveniencia de que la ley obligue a los Fiscales y a los Jueces a interponer la acción penal y llevar a cabo un procedimiento siempre que se presenten indicios de comisión de un delito, o si puede ser más adecuado a las exigencias político-criminales contemporáneas el *principio de oportunidad*, sin despreciar, sin embargo, el hecho de que con el principio de oportunidad se corre el riesgo inevitable de seleccionar los procesos y las acciones penales, no con criterios de prevención general o de prevención especial, sino con criterios meramente políticos. Claro es que también podría argumentarse que hoy en día, pese a que nuestro ordenamiento establece el principio de legalidad desde la perspectiva procesal, no todos los delitos conocidos constituyen el objeto de una acusación y de un proceso penal, sino solamente aquellos que de hecho selecciona previamente, bien la policía, bien el propio Ministerio Fiscal, siendo obvio que en esta selección de hecho también pueden influir antes que nada criterios meramente políticos. De otra parte, el principio de legalidad, desde la perspectiva procesal, significa que el proceso se concibe, no únicamente como un mecanismo encaminado al esclarecimiento de los hechos y de las responsabilidades, sino además como una garantía fundamental del justiciable, en el marco de los principios recogidos en el artículo 24 de la Constitución española y en los Convenios internacionales sobre derechos humanos.

En el plano sustantivo, el principio de legalidad comporta la exigencia de que el Juez determine la pena con base exclusiva en la ley escrita y no en otras supuestas fuentes de Derecho, y que no amplíe el precepto legal por medio de la analogía en perjuicio del justiciable. Además, la pena legalmente conminada por razones de prevención general ha de constituir necesariamente el techo máximo de la pena determinada en el caso concreto por el órgano judicial, de tal manera que conculcaría el principio de legalidad una pena que excediera del marco legal, pero no lo haría una pena que fuera inferior al mismo, bien por aplicación de los propios mecanismos previstos en el Código penal para la rebaja de las penas por concurrencia de circunstancias atenuantes, bien porque el ordenamiento confiera al juzgador la potestad de perdonar aquéllas en su totalidad o en parte, atendiendo fundamentalmente a las exigencias de la prevención especial, potestad ésta que desde luego no se encuentra reconocida por el Derecho español, pero cuya conveniencia ha sido y continúa siendo apoyada por un sector de la doctrina.

También es consecuencia del principio de legalidad el principio *nom bis in idem*, de manera que la aplicación de una pena como sanción por un hecho determinado debe impedir la aplicación de cualesquiera otros tipos de sanciones de naturaleza penal o administrativa por el mismo hecho, lo cual plantea un problema de compatibilidad o

incompatibilidad entre las sanciones penales de una parte, y las sanciones administrativas o disciplinarias de otra, que ya empieza a contar con una jurisprudencia clarificadora por parte del Tribunal Constitucional.

3. El *principio de proporcionalidad*, en el ámbito de la aplicación de la pena, requiere que la determinación de ésta en cada caso concreto se haga de acuerdo con criterios objetivos y subjetivos, previamente establecidos en la propia Ley, encaminados a obtener la máxima individualización de la sanción, por lo menos en el ámbito de las penas privativas de libertad, por coherencia con los fines preventivos especiales que a dichas penas atribuye el artículo 25.2 de la Constitución, sobre cuyo alcance y consecuencia la doctrina española también se encuentra lejos de mostrarse pacífica. Teniendo en cuenta el Derecho alemán, HASSEMER menciona los siguientes criterios: rango del bien jurídico lesionado, intensidad de la lesión del bien jurídico, medios de comisión del hecho, comportamiento anterior de la víctima, relación entre autor y víctima, grados de participación interna en el autor, efectos que la pena puede tener en la vida futura del condenado.

Respecto del también debatido y nada pacífico tema de la culpabilidad como criterio y límite de la determinación de la pena aplicable al responsable de un delito, no pueden obviarse las dificultades para traducir ese criterio en una equivalencia absolutamente satisfactoria, pues, en efecto, ¿cómo puede traducirse en años, meses y días de privación de libertad la graduación de la culpabilidad, atendiendo a los diversos niveles de imputabilidad, dolo, culpa y exigibilidad de otra conducta en cada caso concreto? Por tanto, el principio de culpabilidad como criterio y límite de la determinación de la pena tan sólo constituye, a mi juicio, un *principio rector*, que puede permitir considerar inadecuada una sanción por un determinado hecho y a un determinado sujeto por comparación con otros supuestos, teniendo en cuenta la convicción generalizada de la opinión pública, pero sin posibilidad de mayores precisiones.

La «vaguedad» en este punto del sistema penal es inevitable y contribuye a la misma el principio de libre apreciación de la prueba, reconocido por las leyes procesales, que permite al Juez «seleccionar» los hechos relevantes para su decisión. De aquí que, como señala HASSEMER, las garantías fundamentales hayan de satisfacerse con la necesidad de que los Jueces motiven su decisión sobre la pena y de que esa motivación pueda ser objeto de control por una instancia jurisdiccional superior.

4. El *principio de intervención mínima* exige que la pena, no obstante haberse desarrollado un proceso en que haya quedado demostrada la comisión de un delito y la culpabilidad de un sujeto, sólo llegue a imponerse cuando sea necesaria desde las perspectivas de los fines de la propia pena, es decir, la prevención general y especial. En consecuencia, tal como se apuntaba hace un momento, el juzgador debe tener la potestad de perdonar total o parcialmente la pena en aquellos casos en que resulte adecuado, o bien de recurrir a la sus-

penalización condicional, bien sea del pronunciamiento o de la ejecución de la pena, con o sin medidas de tratamiento en libertad, punto éste en el que nuestro ordenamiento se muestra decididamente mucho más pobre que los ordenamientos de los demás países de nuestra área cultural. En este mismo orden de consideraciones, quizá procedería aludir aquí a la actualísima cuestión de la *diversión* penal, es decir, a la posibilidad de que el proceso penal pueda ser evitado por la aquiescencia del sospechoso a una sanción más leve impuesta de plano, o incluso a la posibilidad de una transacción entre el Ministerio Fiscal y el acusado, reconociendo que este *paradigma contractualista*, que en principio parece ajeno a nuestros hábitos mentales, tendría las ventajas de una culpabilidad aceptada y de una economía de tiempo verdaderamente indispensable en nuestros órganos jurisdiccionales (además de constituir un punto de coincidencia con los sectores críticos y abolicionistas de nuestra doctrina).

5. Por lo que respecta a la responsabilidad civil derivada del delito, solamente quiero aludir en estas páginas a la necesidad, teniendo en cuenta especialmente el interés de la víctima, de que la misma continúe siendo pronunciada por los órganos judiciales penales, incluso en el supuesto de sentencia absolutoria por causas de exención de responsabilidad criminal (artículo 20 *in fine* del Código penal, modificado por Ley Orgánica de 25 de junio de 1983), y de que el cumplimiento de la misma pueda ser tenido en cuenta en las diversas vicisitudes de la pena, por ejemplo en la condena condicional, la libertad condicional o la rehabilitación. El tema de si el Estado puede desentenderse del cumplimiento de la responsabilidad civil del condenado a una pena de privación de libertad, o si, por el contrario, debe proceder a un embargo periódico del salario del trabajador penitenciario para atender al cumplimiento de dicha responsabilidad civil (artículo 41 del Proyecto de Código penal de 1980), excede naturalmente del ámbito de la aplicación y corresponde ser examinado en el de la ejecución de las penas carcelarias.

V. EJECUCION DE LAS PENAS: PODER EJECUTIVO Y DESCENTRALIZACION. PRINCIPIO DE LEGALIDAD: RELACION JURIDICA PENITENCIARIA Y RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. PRINCIPIO DE INTERVENCION MINIMA. EFICACIA DE LA EJECUCION DE LA PENA DE PRISION. CONTROL DE LA EJECUCION.

1. La ejecución de la pena privativa de libertad corresponde, tradicionalmente, al Poder Ejecutivo, es decir, a la Administración Pública, aunque en un plano teórico cabe discutir si, cuando la Constitución atribuye a los Jueces y Tribunales la potestad de «juzgar y hacer

ejecutar lo juzgado» (artículo 117.3), también habría de corresponder al Poder Judicial la ejecución de las penas. Sin embargo, en la práctica, la doctrina se ha dado por satisfecha con distinguir entre ejecución (procesal) y cumplimiento (material), atribuyendo a los Tribunales la primera y a la Administración la segunda, bajo el control jurisdiccional de los Jueces de Vigilancia.

En principio, la ejecución de las penas de prisión corresponde a la Administración estatal, sin perjuicio de que pueda ser asumida por las Comunidades Autónomas, puesto que la competencia exclusiva que el artículo 149.1.6.^a de la Constitución atribuye al Estado se refiere únicamente a la legislación penitenciaria. De hecho, como es sabido, Cataluña ha asumido la ejecución de la legislación penitenciaria del Estado (artículo 11 del Estatuto de Autonomía de 18 de diciembre de 1979) y también tienen prevista una competencia similar el País Vasco, Andalucía y Navarra, aunque no se haya materializado todavía. La posibilidad de que otras entidades puedan tener, asimismo, un campo de actuación en materia penitenciaria es cuestión no pacífica. En nuestro ordenamiento, los Ayuntamientos tienen atribuida, aunque es una competencia que no les satisface, la gestión de los depósitos municipales, pero, en principio, estos depósitos son para simples detenciones y no para el cumplimiento de condenas. No hay entre nosotros prisiones particulares, aunque ya la prensa ha aireado la oportunidad de que tales prisiones se implantaran siguiendo el modelo estadounidense y los proyectos franceses. Por lo que respecta a actividades exclusivamente de asistencia social, penitenciaria y post-penitenciaria, es claro que las mismas pueden ser desarrolladas por cualesquiera entidades o instituciones, públicas o privadas, y aun por simples particulares (artículos 69.2 y 75.2 de la Ley General Penitenciaria).

2. El *principio de legalidad*, por lo que respecta a la ejecución de la pena de prisión, tiene la misma importancia fundamental que las llamadas garantías criminal, penal y judicial. El artículo 2 de la Ley General Penitenciaria, y también de su Reglamento, preceptúa que «la actividad penitenciaria se desarrollará con las garantías y dentro de los límites establecidos por la Ley, los Reglamentos y las sentencias judiciales». Punto importante es establecer la frontera entre las materias que han de ser reguladas por la Ley y las que puedan ser reguladas por el Reglamento. En principio, es claro que las garantías fundamentales del interno y aquellos aspectos del cumplimiento de la pena que puedan afectar a la duración de la misma son materia propia de la Ley, en tanto que los aspectos administrativos del régimen penitenciario constituyen materia reglamentaria, pero hay muchos temas dudosos, entre ellos la responsabilidad disciplinaria, al no existir unanimidad en la interpretación del artículo 25.2 de la Constitución cuando señala que los derechos fundamentales del interno únicamente pueden estar limitados «por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la Ley penitenciaria». La Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 2/1987, de 21 de enero, afirma que el principio de legalidad no se conculca cuando, en el seno de una relación jurídica de sujeción

especial, la Ley se remite al Reglamento para la especificación de las infracciones disciplinarias.

La configuración de la materia penitenciaria como materia regulada estrictamente por el principio de legalidad tiene la consecuencia de que la Ley no establece únicamente el campo de poder del Estado y el campo de sumisión del condenado, sino también el campo de garantías de este último y las limitaciones consiguientes de la Administración. En suma, se concibe la ejecución de la pena como una *relación jurídica* entre el condenado y el Estado, en que a los derechos y deberes de cada una de las partes corresponden, respectivamente, ciertos deberes y derechos de la otra. De esta manera, los diversos aspectos del régimen penitenciario que vienen detallados en las normas (alimentación, vestido, asistencia médica, educación, trabajo, asistencia social) aparecen estructurados como prestaciones obligatorias por parte de la Administración, cuyo cumplimiento puede ser exigido por el interno, acudiendo a los correspondientes recursos legales, entre ellos el recurso de amparo previsto en el artículo 53 de la Constitución por lo que respecta a la satisfacción de los derechos reconocidos expresamente en el artículo 25.2 de la misma.

Los deberes del interno también se encuentran regulados en la Ley, aunque de manera esquemática. El artículo 4 se refiere al deber de permanecer en el establecimiento, cumplir la condena, acatar las normas de régimen interior, cumplir las sanciones disciplinarias, respetar a los funcionarios y Autoridades judiciales y observar una conducta correcta con sus compañeros de internamiento. Esta enumeración no es exhaustiva, por cuanto, en el capítulo relativo al trabajo, el artículo 33.1 d) prevé la obligación de los internos de «contribuir al sostenimiento de sus cargas familiares y al cumplimiento de sus restantes obligaciones» con la remuneración que reciban por su actividad laboral. Ello es lógico porque la situación penitenciaria no afecta a la existencia de las obligaciones extrapenitenciarias del interesado, aunque sí naturalmente al modo de hacerles frente. Véase también el artículo 19 del Reglamento.

Solamente quiero añadir una observación sobre el deber de cumplir la condena y de permanecer en el establecimiento penitenciario. De antiguo, la doctrina ha considerado perfectamente natural que el interno trate de evadirse e incluso se ha llegado a hablar del «derecho a la evasión», derecho que positivamente no existe desde el momento en que el quebrantamiento de condena o de la prisión supondría una nueva responsabilidad penal (artículo 334 Código penal) y el ordenamiento no puede soportar la contradicción que representa imponer responsabilidad penal por el ejercicio de un derecho. Otra cuestión es que la responsabilidad por la evasión o por el intento de evasión hayan de limitarse a ser de naturaleza meramente disciplinaria y no penal, haciendo aplicación concreta a este caso del conocido principio de intervención mínima.

El incumplimiento de los deberes que comporta la relación jurídica penitenciaria del lugar frecuentemente al nacimiento de, por lo me-

nos, una responsabilidad disciplinaria, al calificarse aquélla de *relación de sujeción especial*. Asistimos actualmente a un descrédito de la responsabilidad disciplinaria, por conceptualarla como un instrumento de control de la persona por el Estado y sus funcionarios carente de garantías y, junto a ello, a un intento de introducir en las situaciones disciplinarias un factor de *negociación* entre las partes implicadas (MAPELLI), que me parece una «privatización» insólita del tema. Lo que sí entiendo pertinente es una reconsideración del Derecho disciplinario y en general del Derecho administrativo sancionador, aproximándolo al sistema de garantías propio del Derecho penal, aunque seguramente tampoco sería oportuno convertir el procedimiento sancionador en un proceso penal.

En el contexto de la relación jurídico-penitenciaria, procede hacer una referencia al consentimiento del condenado como causa de justificación de la actividad de la otra parte de la relación. Por supuesto que el consentimiento ha de tener menos eficacia en una relación de Derecho público que en una jurídico-privada, pero, con todo, el ordenamiento penitenciario alude al consentimiento, colaboración o participación de los internos en materia de tratamiento (artículos 4.2. y 61.2 de la LOGP), actividades educativas y culturales (artículo 24), trabajo de los preventivos (artículo 29.2), destino a prisión abierta (artículo 45.2 del Reglamento) o a instituciones extrapenitenciarias de tratamiento de drogadictos (artículo 57.1), organización y planificación del trabajo (artículo 203), asistencia social penitenciaria (artículo 258), etc. Las exigencias del Estado social y democrático de Derecho llevan al sector crítico de la doctrina a exigir, en general, una mayor *democratización* de los establecimientos penitenciarios y del ámbito de libertad de los condenados a penas de prisión. No puede desconocerse que la antes citada «diversión penal» y la atribución de un ámbito de juego a la transacción en materia de imposición de penas, teóricamente al menos, podría ser igualmente digna de tenerse en cuenta en el campo de la ejecución.

3. El *principio de proporcionalidad*, en materia de ejecución de la pena de prisión, tiene diversas repercusiones, desde la perspectiva, no sólo del valor de la justicia, sino también de la característica esencial de la ejecución de la pena privativa de libertad con una finalidad de prevención especial, que es la individualización. Así, por ejemplo, el principio de proporcionalidad exige que a cada uno se le dé «lo suyo» en el ámbito disciplinario; de esta manera, la responsabilidad del interno por las infracciones cometidas se habrá de graduar atendiendo a la gravedad de la conducta y la culpabilidad del sujeto, y en ese sentido se ha de interpretar la discrecionalidad en cuanto a la graduación de la sanción a que se refiere el artículo 116.1 del Reglamento Penitenciario. En otro orden de cosas, es evidente que la asistencia sanitaria o la instrucción y educación se han de dispensar, teniendo en cuenta las necesidades de cada cual, y que la atribución de un trabajo a los penados ha de hacerse ponderando las aptitudes, cualificación profesional y aspiraciones laborales de los internos (artículo 26

de la LOGP), siendo discutible el carácter vinculante de la prelación para la ocupación de puestos de trabajo que señala el artículo 201 del Reglamento, aunque no deje de ser coherente que dé preferencia a las necesidades derivadas del tratamiento individualizado, en armonía con el artículo 71 de la Ley. Finalmente, por lo que respecta al propio tratamiento, entendido en un sentido estricto, el principio de proporcionalidad se traduce aquí en la programación de aquél, teniendo en cuenta la personalidad del interno y su previsible evolución (artículos 62 y 63 de la LOGP).

4. Finalmente, en cuanto al *principio de intervención mínima*, el mismo aparece expresamente reconocido, por lo que respecta a los presos preventivos, en el artículo 5 de la Ley y 3.3 y 32 del Reglamento, pero por lo que respecta a los penados también se podría deducir de una interpretación teleológica del artículo 3 de la Ley y 4 del Reglamento. El primero establece que la «actividad penitenciaria se ejercerá respetando, en todo caso, la personalidad humana de los reclusos y los derechos e intereses jurídicos de los mismos no afectados por la condena», lo que a su vez ha de ser puesto en relación con el artículo 25.2 de la Constitución, según el cual «el condenado a pena de prisión que estuviera cumpliendo la misma, gozará de los derechos fundamentales de este capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la Ley penitenciaria». Luego, parece que el sentido de nuestro ordenamiento es que en principio el penado goce de los mismos derechos que la persona que se encuentra en libertad, y que los límites han de venir establecidos *expresamente* por las normas positivas (o por el sentido de la pena).

Desde esta óptica hay que enfocar cuanto se refiere a los beneficios penitenciarios y a la comunicación del penado con el exterior (visitas, permisos de salida, prisión abierta), especialmente si se tiene en cuenta, a mayor abundamiento, que «principio inspirador del cumplimiento de las penas y medidas de seguridad de privación de libertad será la consideración de que el interno es sujeto de derecho y no se halla excluido de la sociedad, sino que continúa formando parte de la misma» (artículo 4 del Reglamento penitenciario). Si el principio de intervención mínima se proyecta hacia el exterior en el mayor ámbito posible de comunicaciones a que acabo de referirme, en el interior ha de significar la potenciación máxima del principio de cogestión y participación de los internos en las actividades y responsabilidades del establecimiento que señalan los artículos 24 de la Ley y 135 a 137 del Reglamento. Por otra parte, las exigencias lógicas del Estado social y democrático de Derecho han de tener en este campo la consecuencia de que todo cuanto sea educación, atribución de responsabilidades y preparación para la vida en libertad han de hacerse con criterios democráticos, de manera que el interno nunca pueda ser considerado dentro del establecimiento como un objeto, sino como un *hombre* en la plenitud de sentido de esta expresión.

5. La eficacia de la ejecución de la pena privativa de libertad ha

de valorarse naturalmente desde la perspectiva del fin esencial de la misma, que es la «reeducación y reinserción social» (artículo 25.2 de la Constitución), hacia la cual va encaminado directamente el tratamiento penitenciario (artículo 59 de la Ley). Son evidentes, sin embargo, las dificultades teóricas y prácticas, puestas suficientemente de relieve por la doctrina y por la realidad, de que la estancia en prisión sirva para conseguir o siquiera para mejorar la reinserción social del delincuente. Ni el nivel de conflictividad dentro de los establecimientos penitenciarios (donde parece que lo único que se perfecciona día a día son las mafias) ni los porcentajes de reincidencia permiten hacerse ilusiones sobre este particular. No obstante, dejando a un lado la discusión teórica sobre los fines de la pena y aun sobre la pena misma, que no es de este lugar, entiendo que el principio constitucional obliga a orientar tanto la normativa penitenciaria como la actividad de los operadores de esta normativa en la línea de aquel principio.

En consecuencia, desde una perspectiva jurídica, que es la que aquí me corresponde desarrollar, es misión del ordenamiento tratar de hacer lo posible para conseguir la finalidad prevista por la Constitución. Es decir, el Derecho debe prever, de una parte, la consecución de los medios materiales necesarios para el buen funcionamiento de los establecimientos penitenciarios, y desarrollar este criterio significaría hacer una excursión por el campo del Derecho presupuestario que tampoco considero oportuno desarrollar más extensamente; pero, de otra parte, significa que el Derecho debe, igualmente, prever una continuación de las actividades resocializadoras con posterioridad al cumplimiento de la pena. Quiero decir, por tanto, que forma parte del Derecho penitenciario la regulación de la asistencia post-penitenciaria, encaminada a conseguir que no se desvirtúen los posibles logros del tratamiento penitenciario y a afianzar la reinserción social del liberado en un plano material. En este campo de la asistencia postpenitenciaria tiene que cobrar la máxima importancia, junto a la actividad de la Administración, la colaboración, la participación y la aquiescencia de la Sociedad en general, pues de no ser así la reinserción no podrá nunca materializarse. Corolarios de estos criterios son, para mí, por un lado, la necesidad de establecer la obligación de todas las instituciones públicas, y pienso con mayor intensidad en los Municipios, de prever planes de reinserción en la Sociedad de los liberados de prisión, y, por otro lado, la indispensable necesidad de suprimir, a todos los efectos que no sean judiciales, el Registro de antecedentes penales, haciendo sinceramente realidad lo dispuesto en el artículo 73 de la Ley General Penitenciaria.

6. Desde el momento en que la ejecución de la pena se concibe como una relación jurídica, con derechos y deberes respectivos, el ordenamiento ha de prever un sistema de controles que garantice el respeto de esos derechos. Por lo que se refiere al ordenamiento español, el control se plantea tanto en el ámbito administrativo (formulación de peticiones y quejas: artículo 50 de la Ley), como en el ámbito judicial, por medio de la figura del Juez de Vigilancia, a quien correspon-

de resolver los recursos que los internos interpongan en relación con el régimen y el tratamiento penitenciario (artículo 76 de la Ley). De la amplia problemática que la figura del Juez de Vigilancia puede plantear en un plano doctrinal, solamente quiero hacer referencia aquí a su naturaleza, en el sentido de que el mismo no es un órgano administrativo, como a veces se ha razonado, sino un órgano judicial, del orden jurisdiccional penal, especializado en la función de garantizar el respeto de los derechos de los internos durante el cumplimiento de la condena (artículo 94 de la LOPJ de 1 de julio de 1985). También existe un control parlamentario, previsto en la disposición final 1.ª de la Ley Orgánica General Penitenciaria, aunque con referencia estrictamente a la adopción de medidas de seguridad especial por los Ministerios de Justicia e Interior en los supuestos de graves alteraciones del orden en los Centros, restricción que en ningún caso puede naturalmente limitar las facultades de investigación del Parlamento a través de sus Comisiones, o las facultades del Defensor del Pueblo y los órganos paralelos autonómicos. En el ámbito constitucional, es perfectamente admisible que el interno pueda interponer recursos de amparo, teniendo en cuenta el artículo 53 de la Constitución y que los derechos fundamentales reconocidos a aquél por el artículo 25.2 de la norma fundamental se encuentran recogidos dentro de la Sección 1.ª del Capítulo 2 del Título I de la misma, que son precisamente los derechos para los que el citado artículo 53 prevé un procedimiento de tutela basado en los principios de preferencia y sumariedad (en este caso, representado por el Juez de Vigilancia) y el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. En último término, es claro que el interno podría también acudir ante la Comisión y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, dado que España ha aceptado expresamente la jurisdicción de dichos organismos.

VI. EXTINCION DE LA RELACION JURIDICO-PENITENCIARIA: CAUSAS. REHABILITACION DEL PENADO

1. Como relación jurídica que es, la ejecución de la obligación penal debe tener también previstos por el ordenamiento los modos de extinción de la misma. Nos pueden servir de orientación para la consideración de la pena privativa de libertad los artículos 1156 del Código civil (extinción de las obligaciones) y 112 del Código penal (extinción de la responsabilidad penal).

Por supuesto, la relación jurídico-penitenciaria se extingue por la muerte del reo, sin que esta circunstancia plantee ningún problema especial a considerar

Se extingue también por el cumplimiento de la condena, si bien aquí se hayan de hacer algunas matizaciones. En primer lugar, puede extinguirse la relación jurídico-penitenciaria sin que se extinga todavía la relación jurídico-penal que vincula al Estado con el condenado, como sería el caso de la libertad condicional, causa de extinción de

la relación jurídico-penitenciaria que puede ser provisional, puesto que está sometida a la condición suspensiva de que el liberado no delinca ni observe mala conducta durante el tiempo que falte para cumplir su condena (artículo 99 del Código penal). Sin embargo, el momento de liberación del interno produce efectos automáticos, es decir, que, en el supuesto de que se encontrara cumpliendo una sanción disciplinaria en la fecha en que procediese su liberación, sería jurídicamente imposible retenerle para terminar el cumplimiento de la sanción disciplinaria sin incurrir en un delito de detenciones ilegales (artículo 187.7 del Código penal). Ahora bien, ni la libertad condicional ni la libertad definitiva pueden suponer una interrupción total de las *consecuencias* de la relación jurídico-penitenciaria, en el sentido de que, tal como se indicó antes, el liberado debe necesariamente ser objeto de una asistencia social encaminada a facilitar materialmente su reinserción en la sociedad, asistencia social que no ha de concebirse como beneficencia sino como un auténtico derecho subjetivo del interno que, a mi juicio, habría de ser tutelado por el Juez de Vigilancia.

La responsabilidad penal puede extinguirse por prescripción de la pena (artículos 115 y 116 del Código penal), pero es dudoso que esta circunstancia pueda hacerse extensiva a la relación jurídico-penitenciaria, ya que realmente la misma quedaría en suspenso en el momento en que el interno se evadiera de un establecimiento penitenciario o fuera puesto indebidamente en libertad. Lo que el transcurso del tiempo determina efectivamente es la extinción de la relación jurídico-penal.

La «condonación de la deuda», como causa de extinción de las obligaciones, tiene su paralelo en el ámbito penal en las medidas de gracia y en el perdón del ofendido. La amnistía y el indulto extinguen la responsabilidad penal y paralelamente la relación jurídico-penitenciaria del beneficiado que se encontrara interno en un establecimiento. Las diferencias existentes entre estas dos modalidades del derecho de gracia no afectan a la materia penitenciaria. En cuanto al perdón del ofendido, es sabido que únicamente tiene eficacia en los delitos perseguibles a instancia de parte y que la misma ha disminuido en su intensidad después de la reforma del Código penal por Ley Orgánica de 25 de junio de 1983, que priva de eficacia al perdón del ofendido en el delito de violación y exige que en los delitos de abusos deshonestos, estupro y raptó el perdón sea anterior a la sentencia (artículo 443 del Código penal). No existe tal limitación en los delitos de calumnia, injuria y abandono de familia.

La compensación, como forma de extinción de la responsabilidad penal con referencia a las penas de prisión, puede reconocerse, *mutatis mutandis*, en el abono de prisión preventiva (artículo 33 del CP) y en el abono de redención de penas por el trabajo, que, desde una perspectiva retribucionista, podría interpretarse como «compensación» del dolor de la pena con el dolor del trabajo añadido a la misma (ANTÓN ONECA).

Un problema relacionado con la extinción de la relación jurídico-

penal o penitenciaria, es el de la posible «compensación» cuando se reconozca que el interesado ha sido objeto de un error y, por tanto, de una privación de libertad indebida. La cuestión tiene actualmente regulación expresa a través de los artículos 121 de la Constitución y 292 a 297 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Ahora bien, la «compensación» a que me refiero únicamente puede traducirse en una indemnización de naturaleza económica (aunque probablemente pudiera ser mucho más justa en especie, por ejemplo, proporcionando un puesto de trabajo o prestaciones de la Seguridad Social al perjudicado), pero nunca podría dar lugar a un «ahorro de días de prisión» injustamente sufridos para ser computados en su caso en una condena posterior, aunque confieso que no encuentro argumentos expresos en nuestra legislación positiva que prohíban esta consecuencia y, por tanto, la misma tendría que deducirse del «sentido de la pena». Una «compensación» similar ha sido admitida en la práctica por los Jueces de Vigilancia, en materia de días de aislamiento en celda sufridos por razones regimentales o disciplinarias.

2. Finalmente, procede hacer aquí una alusión a las consecuencias de la extinción de la pena de prisión y de la consiguiente relación jurídica que vincula al condenado con el Estado. A esta cuestión se refiere el artículo 73 de la Ley Orgánica General penitenciaria, al establecer que «el condenado que haya cumplido su pena debe ser plenamente reintegrado en el ejercicio de sus derechos como ciudadano» y que «los antecedentes no podrán ser en ningún caso motivo de discriminación social o jurídica». Entiendo, con otros autores, que este precepto no constituye una simple declaración programática, como ha interpretado el Tribunal Supremo, sino que establece un mandato obligatorio para el Estado y también para la Sociedad, que obliga a aquél a modificar el régimen del Registro de antecedentes penales y de la rehabilitación formal a que se refiere el artículo 118 del Código penal (el cual, por cierto, insiste en que «por la rehabilitación se extinguen de modo definitivo todos los efectos de la pena»), en el sentido de que los antecedentes penales únicamente puedan tener efectos procesales y nunca extraprocesales, y por lo mismo obliga a no librar certificados a los particulares ni siquiera a instancia del interesado, en cuanto que por esta vía cualquiera puede exigir a una persona que presente un certificado de antecedentes penales negativo, antes de darle un puesto de trabajo o reconocerle un derecho. El Real Decreto de 28 de julio de 1983, sobre cancelación de antecedentes penales, se ha quedado a mi juicio corto en el sentido aquí indicado.

BIBLIOGRAFIA

- ALARCÓN BRAVO: *El tratamiento penitenciario: regulación jurídica y práctica actual en España*, en el libro colectivo *Psicología social y sistema penal*, Madrid, 1986, pp. 229 y ss.
- ALONSO DE ESCAMILLA: *El Juez de Vigilancia Penitenciaria*, Madrid, 1986.
- ANTÓN ONECA: *Derecho penal. Parte general*, Madrid, 1949.
- BAEZA AVALLONE: *La rehabilitación*. Madrid, 1983.
- BARATTA: *Criminología crítica y política penal alternativa*. Revue Internationale de Droit Pénal, 1978/1, pp. 43 y ss.
- BOIX REIG: *Significación jurídico-penal del artículo 25.2 de la Constitución*, en el libro colectivo *Escritos penales*, Universidad de Valencia, 1979, pp. 107 y ss.
- BRICOLA: *Il carcere «riformato»*, Bologna, 1977.
- BUENO ARUS: *A propósito de la reinserción social del delincuente*, Cuadernos de Política criminal, 25, 1985, pp. 59 ss.
- BUENO ARUS: *La asistencia social carcelaria y postcarcelaria*, Cuadernos de Política criminal, 21, 1983, pp. 769 y ss.
- BUENO ARUS: *La legitimidad jurídica de los métodos de la Criminología Clínica aplicada al tratamiento penitenciario*, Boletín de Información del Ministerio de Justicia, 1,215, 15 de septiembre de 1980, p. 3 y ss.
- BUENO ARUS: *Transferencias autonómicas en el ámbito penitenciario*, Poder Judicial, 10, marzo 1984, pp. 21 y ss.
- CANO MATA (y otros): *Doctrina penal del Tribunal Constitucional*, Madrid, 1986.
- CASTRO Y BRAVO: *Derecho civil de España. Parte general*, tomo I, Madrid, 1955 (3ª edición).
- CEREZO MIR: *Culpabilidad y pena*, Anuario de Derecho Penal, mayo-agosto 1980, pp. 347 y ss.
- COBO DEL ROSAL Y VIVES ANTÓN: *Derecho penal. Parte general*, Valencia, 1984.
- COING: *Fundamentos de Filosofía del Derecho*, Barcelona, 1961.
- CÓRDOBA RODA: *Culpabilidad y pena*, Barcelona, 1977.
- CUELLO CALÓN: *La moderna Penología*, Barcelona, 1958.
- DELMAS-MARTY: *Modelos actuales de Política criminal*, Madrid, 1986.
- ESCRIVÁ GREGORI: *Algunas consideraciones sobre Derecho penal y Constitución*, Papers, 13, 1980, pp. 141 y ss.
- FORSTHOFF: *Tratado de Derecho administrativo*: Madrid, 1958.
- GALLEGO DÍAZ: *El sistema español de determinación legal de la pena*, Madrid, 1985.
- GARCÍA ARÁN: *Los criterios de determinación de la pena en el Derecho español*, Barcelona, 1982.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA: *Problemas actuales de la Criminología*, Madrid, 1984.
- GARCÍA RAMÍREZ: *La prisión*, México, 1975.
- GARCÍA VALDÉS: *Comentarios a la legislación penitenciaria española*, Madrid, 1982 (2ª edición).
- GARRIDO GUZMÁN: *Manual de Ciencia penitenciaria*, Madrid, 1983.
- GOFFMAN: *Internados*, Buenos Aires, 1972 (2ª edición).
- GROSSO GALVÁN: *Los antecedentes penales: Rehabilitación y control social*, Barcelona, 1983.
- HASSEMER: *Fundamentos del Derecho penal*, Barcelona, 1984.
- LÓPEZ CALERA: *La estructura lógico-real de la norma jurídica*, Madrid-1969.
- LUDER: *El sistema jurídico de la ejecución penal*, Buenos Aires, 1959.
- LUMIA: *Principios de teoría e ideología del Derecho*, Madrid, 1978.
- LUZÓN PEÑA: *Medición de la pena y sustitutivos penales*, Madrid, 1979.
- MAPELLI: *Principios fundamentales del sistema penitenciario español*, Barcelona, 1983.

- MIR PUIG: *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho*, Barcelona, 1979.
- MORENA VICENTE (De la): *Las circunstancias modificativas de la aplicación penitenciaria*, Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios, 98, mayo 1953, pp. 199 y ss., y 99, junio 1953, pp 5 y ss.
- MUÑOZ CONDE: *Introducción al Derecho penal*, Barcelona, 1975.
- OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO: *Sobre el concepto del Derecho penal*, Madrid, 1981.
- PAVARINI: *La pena «utile», la sua crisi e il disincanto: verso una pena senza scopo*, Rassegna penitenziaria e criminologica, enero-abril, 1983, pp. 1 y ss.
- PÉREZ FERRER: *Razón de ser y existir del Derecho penitenciario*, Anuario de Derecho penal, mayo-agosto, 1977, pp. 409 y ss.
- PERIS: *El proceso despenalizador*, Valencia, 1983.
- RADBRUCH: *Filosofía del Derecho*, Madrid, 1959 (4.ª edición).
Rapport sur la décriminalisation, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1980.
- RODRÍGUEZ MOURULLO: *Legalidad (principio de)*: Nueva Enciclopedia Jurídica Seix, XIV, Barcelona, 1971, pp. 882 y ss.
- ROXIN: *Iniciación al Derecho penal de hoy*, Sevilla, 1981.
- SOLA DUEÑAS y otros: *Alternativas a la prisión*, Barcelona, 1986.
- VARIOS AUTORES: *Lecciones de Derecho penitenciario*, Alcalá de Henares, 1985.
- VARIOS AUTORES: *Ley Orgánica General Penitenciaria*, tomo VI de los *Comentarios a la legislación penal*, dirigidos por Cobo del Rosal y coordinados por Bajo Fernández, Madrid, 1986.
- VARIOS AUTORES: *Prevención y teoría de la pena: presente y alternativas*, Poder y Control, número 0, monográfico 1986.

Aspectos esenciales de la acusación y denuncia falsa

M.^a JOSE MAGALDI PATERNOSTRO

Profesora Titular de Derecho Penal de la Universidad de Barcelona

SUMARIO. I. El tipo penal de acusación y denuncia falsa: el bien jurídico protegido. II. El tipo de injusto del artículo 325 del Código penal. A. Parte objetiva del tipo 1. La acción típica: la imputación como atribución. 2. La forma de la imputación. 3. Los sujetos de la acción. 4. El objeto de la imputación: los hechos que si fueran ciertos constituirían delito o falta de los que dan lugar a procedimiento de oficio. 4.1. La falsedad de los hechos. 4.2. Los hechos constitutivos de delito o falta. 4.3. Los hechos constitutivos de infracción penal pública. 5. El destinatario de la imputación. B. Parte subjetiva del tipo. III. La exigencia de que hubiere recaído sentencia o auto de sobreseimiento firmes como condición objetiva de punibilidad. IV. El mandato-excepción de proceder del artículo 325 «in fine».

I. EL TIPO PENAL DE ACUSACION Y DENUNCIA FALSA: EL BIEN JURIDICO PROTEGIDO

La figura de la acusación y denuncia falsa, de honda tradición histórica en nuestro sistema punitivo (1), se regula en el artículo 325 del

(1) La Novísima Recopilación, síntesis de nuestro derecho punitivo histórico, recogía la conducta en el Libro XII, Título VI, Ley VI, «De los falsos delatores y testigos falsos»; el Código penal de 1822 en el Título V, Capítulo II, «De los acusadores, denunciadores y testigos falsos; de los perjuros (y demás que en juicio u oficialmente faltaren a la verdad)», (artículos 429, 430 y 431) distinguiendo, por un lado, entre «acusación falsa y calumniosa» y «acusación no probada», y por otro, «el desamparo o separación de la acusación formalizada» de los simples denunciadores «de mala fe y calumniosamente»; el Código penal de 1848 en el Título IV, Capítulo VI, artículo 248 como «acusación o denuncia que hubiere sido declarada calumniosa en sentencia ejecutoriada»; finalmente, el Código penal de 1870 en el Título IV, Capítulo VI, artículos 340 y 341, adopta una regulación legal coincidente en lo esencial con el vigente artículo 325.

Código penal vigente en el marco del Título IV dedicado a los delitos contra la Administración de Justicia (2) y en los siguientes términos:

«Los que imputaren falsamente a alguna persona, hechos que si fueran ciertos constituirían delito o falta de los que dan lugar a procedimiento de oficio, si esta imputación se hiciera ante funcionario administrativo o judicial que por razón de su cargo debiera proceder a su averiguación y castigo serán sancionados: 1.º Con las penas de prisión menor y multa de 30.000 a 150.000 pesetas si se imputare un delito.

2.º Con la de arresto mayor y la misma multa si la imputación hubiere sido de una falta. No se procederá, sin embargo, contra el denunciador o acusador sino en virtud de sentencia firme o auto, también firme, de sobreseimiento del Tribunal que hubiere conocido del delito imputado.

Este mandará proceder de oficio contra el denunciador o acusador siempre que de la causa principal resultaran méritos bastantes para abrir el nuevo proceso».

A través de dicha figura legal, el legislador prohíbe la realización de conductas de atribución falsaria de hechos constitutivos de infracciones penales públicas a personas determinables o determinadas, ante sujetos idóneos para desencadenar la reacción punitiva estatal; dicho en otros términos, se otorga relevancia penal a la realización de conductas falsarias dirigidas a provocar el ilegítimo nacimiento de un proceso penal contra una persona.

Por lo que concierne a la determinación de cuál es el bien jurídico que se pretende proteger mediante la prohibición bajo pena de la realización de aquellas conductas, la doctrina penal española entiende, de modo prácticamente unánime, que a través de la tipología descrita en el artículo 325 se tutelan tanto intereses relativos a la Administración de Justicia como el honor de la persona, falsa e ilegítimamente, sometida a proceso (3).

Las particularidades surgen en el momento de proporcionar un contenido a este objeto de protección dual; y tanto en lo que atiene

(2) El Código penal de 1928 continuó regulando la figura en el Título IV, Capítulo VI, artículos 404, 405 y 406, siguiendo el tradicional criterio legislativo de ubicarla en el marco de las falsedades «in genere»; fue el Código penal de 1932 que recondujo correctamente la conducta punible al ámbito de su Título V, «Delitos contra la Administración de Justicia», Capítulo I, artículo 332 en términos prácticamente idénticos a los del Código penal de 1870.

En derecho comparado, los Códigos penales que, como el italiano, dedican un Título específico a la protección penal de la actividad jurisdiccional, ubican en la misma la conducta (Título III, Capítulo I, artículos 368, 369 y 370 del CP) mientras que los que, como el alemán, carecen de Título específico dedicado a tal protección lo engloban en el marco de los delitos contra el orden estatal (Capítulo 10, párrafo 164 del StGb). Una excepción la constituye el Código penal francés que la sitúa en el marco de los crímenes y delitos contra los particulares.

(3) Entre otros, QUINTERO OLIVARES, «Notas sobre la acusación falsa», Revista Jurídica de Cataluña 1976, n.º 4, p. 822; FERRER SAMA, «Comentarios al Código penal», Tomo III, 1948, p. 396, aunque alude también al interés Administración de Justicia como prevalente; y CÓRDOBA RODA, «Comentarios al Código penal», Tomo III, 1978, p. 1087. Igualmente la Jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo de la que resulta exponente significativo la sentencia de 22 de octubre de 1974. En contra, excepcionalmente, MILLÁN GARRIDO, «El delito de acusación y denuncia falsas», Información Jurídica, abril-junio 1973, p. 50 y BUSTOS RAMÍREZ, «Manual de Derecho Penal», Parte especial, 1986, p. 426.

a la conceptualización del interés Administración de Justicia, como por lo que se refiere a los argumentos invocados en favor de una correlativa lesión al honor del sometido a juicio derivada, precisamente, de la falsa imputación que dio origen al mismo.

Así, y por lo que respecta al primer punto, un sector doctrinal se limita a señalar que «el bien jurídico tutelado es la Administración de Justicia», sin extenderse en ulteriores consideraciones acerca de cuales son los aspectos de aquélla que se ven afectados por la realización de la conducta típica (4); Quintero Olivares (5), mantiene, coincidiendo con Ferrer Sama (6), que el bien jurídico es «la actividad o realidad dinámica de la Administración de Justicia», esto es, «la aplicación del Derecho por parte de los Tribunales», añadiendo, a continuación, que «este delito, además de un ataque al honor, supone un ataque al Poder Judicial al que desvía de sus fines naturales».

Una posición extrema sustenta Muñoz Conde (7) el cual, tras destacar la vaguedad e imprecisión de todo el Título IV, afirma que alguno de los delitos encuadrados en el mismo afectan más a otros bienes jurídicos, «como el honor en la acusación y denuncia falsa». Quintano Ripollés (8), coherente con su tesis que relaciona Administración de Justicia y proceso, contempla el delito de acusación y denuncia falsa como una conducta atentatoria a la función del proceso penal por producir el nacimiento indebido del mismo; a esta línea de interpretación parece adherirse Luzón Peña (9), si bien no se pronuncia sobre la exclusividad del proceso como bien jurídico tutelado en el precepto.

Respecto de los argumentos justificativos de la pretendida pluralidad de bienes tutelados, el panorama doctrinal es semejante: simple constatación de la pluralidad (10).

Mayor concreción ofrece Córdoba Roda (11) cuando manifiesta que «el que el objeto de protección del artículo 325 no se agota en la Administración de Justicia, lo demuestra el hecho de que si el delito o falta no es atribuido a un sujeto concreto no procede estimar la presente infracción».

El tenor literal del precepto del que parte el citado autor, no parece ofrecer base suficiente para deducir, de la exigencia típica de que la denuncia se dirija contra persona determinada o determinable, la consecuencia de que también el honor se tutela en el tipo objeto de estudio; en efecto, la exigencia legal opera como distintivo entre la denuncia falsa y la figura de simulación de delito en los supuestos en que una persona denunciare la comisión de un hecho delictivo no cier-

(4) Por todos CORDOBA RODA, Comentarios *cit.*, p. 1087.

(5) Vid, *ob. cit.*, p. 821.

(6) En «El delito de acusación y denuncia falsas», Homenaje a PÉREZ SERRANO, 1959, Tomo II, p. 335.

(7) «Derecho Penal». Parte especial, 6. edic. 1985, p. 654.

(8) «Compendio de Derecho Penal», volumen II, 1958, p. 134.

(9) En «Consideraciones sobre la sistemática y alcance de los delitos contra la Administración de Justicia», Homenaje a J. ANTÓN ONECA, 1982. pp. 778 y ss.

(10) Por todos, vid QUINTERO OLIVARES, *ob. cit.*, p. 822.

(11) Comentarios, *cit.*, p. 1088.

to, atribuyéndose la cualidad de víctima, sin imputárselo a persona alguna.

Además, como señala Quintero Olivares (12), el que «una falsa imputación no concretada en persona alguna o lanzada contra persona imaginaria sea impune, aunque motive actuaciones procesales», no supone que el legislador haya querido, al plasmar aquella concreta exigencia de imputación en el artículo 325, dejar constancia de su decisión de proteger el honor, sino simplemente que estamos en presencia de una laguna legal o que no ha considerado político-criminalmente necesaria la intervención del sistema punitivo (13).

De manera genérica se han invocado también otros argumentos favorables al carácter pluriofensivo del delito, entre los que cabe destacar: a) Los antecedentes históricos-legislativos de la figura que articulaban la conducta punible en un sentido semántico de «denuncia calumniosa»; b) La práctica concordancia entre la descripción legal de la calumnia del artículo 453 y la acusación y denuncia falsa del artículo 325; y c) La existencia en el contexto normativo penal de otras figuras legales en las que, junto a un interés prevalente, confluyen otros que resultan marginales desde una estricta perspectiva del objeto de protección típica pero que, por su relevancia, son tenidos en cuenta por el legislador al describir la concreta figura de delito. Tampoco estos argumentos parecen concluyentes.

El primero, porque si bien la influencia de la llamada «delatione», que jugó un nefasto papel en el sistema procesal del Antiguo Régimen, condicionó su conceptualización como denuncia calumniosa, lo cierto es que la figura encontró acomodo sistemático, desde el inicio de nuestro sistema penal codificado hasta la promulgación del Código penal de 1932, en el ámbito del Título dedicado a las falsedades, lo cual no ha conducido, en ningún momento, a afirmar que en el tipo del artículo 325 se esté protegiendo la fe pública o el tráfico jurídico.

Lo que sucede es que este delito resulta, en su ubicación actual, un crisol en el que junto al preponderante interés de los fines del proceso penal, confluyen elementos falsarios e incidencias personales, directas e indirectas, sobre el sujeto sometido a una causa penal sobre la base de unos hechos falsos; me parece obvio, por tanto, que la interpretación del mismo debe partir de la realidad final de su periplo legislativo y estar en consonancia con las directrices normativas del vigente texto constitucional que eleva determinadas garantías procesales a la categoría de derechos fundamentales de la persona, y, especialmente, con el único fin posible del proceso penal en el marco de un Estado de Derecho: la solución jurídica de conflictos sociales.

Ello implica, también, que el planteamiento doctrinal acerca de la

(12) *ob. cit.*, p. 822.

(13) Laguna legal que se colma en la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código penal de 1983, en su artículo 428.

(14) En este sentido MAGALDI-GARCÍA ARÁN, «Los delitos contra la Administración de Justicia ante la Reforma Penal», Documentación Jurídica 2, 1983, pp. 1119 a 1128; extensamente en MAGALDI, «El falso testimonio en el sistema penal español», PPU, Barcelona, 1987.

dualidad de bienes jurídicos objeto de protección pierda virtualidad porque si el sistema penal articula una serie de figuras delictivas dirigidas a proteger el proceso judicial bajo una rúbrica común, necesariamente debe erigir a dicho proceso como interés único a tutelar en el Título. Otra cosa es, y resulta perfectamente defendible, configurar dichas conductas como modalidades agravadas de delito contra el honor al igual que otros sistemas penales, pero entonces no cabrá hablar de delito contra la Administración de Justicia (15).

En segundo lugar, no parece satisfactorio basar una pretendida protección al honor del falsamente imputado en la identidad objetiva entre las descripciones lingüísticas de los artículos 453 y 325 del Código penal, puesto que tal identidad quiebra absolutamente en la parte subjetiva del tipo; tal quiebra representa, a mi entender, el elemento diferenciador esencial entre una y otra figura y no el distinto destinatario de la imputación (16) o el hecho, ajeno a la estructura típica, que el delito previsto en el artículo 325 tenga la consideración de delito público mientras que la calumnia constituye un delito privado.

Efectivamente, la calumnia además del dolo, que debe abarcar el conocimiento de la falsedad del hecho imputado y la resolución de efectuar aquella imputación, requiere la concurrencia de un elemento subjetivo del injusto: el ánimo de desacreditar socialmente con la imputación falsa de un delito al sujeto pasivo. Esta posición, compartida por un nutrido sector doctrinal, resulta hoy insoslayable desde una perspectiva que mantenga a ultranza el respeto del principio de intervención mínima del sistema penal; a su ámbito deben quedar restringidas las agresiones al honor en que concurra aquel específico motivo de la acción porque ello armoniza, no sólo con aquel respeto al principio de intervención mínima, sino con la total protección jurídica a dicho derecho fundamental de la persona, cristalizada para los supuestos en que tal motivo no concurra, en la Ley Orgánica de Protección Civil del derecho al honor, a la intimidad familiar y personal y a la propia imagen, de 5 de mayo de 1982.

Por el contrario, en el delito de acusación y denuncia falsa, el dolo exige el conocimiento de todos los elementos de la parte objetiva del tipo y especialmente el de la falsedad de la imputación delictiva y la voluntad de realizar aquélla; basta pues que el sujeto conozca y quiera realizar una falsa imputación de hechos constitutivos de una infracción penal pública a persona determinada o determinable ante un funcionario competente para activar la función jurisdiccional, para que

(15) Siendo así que tal consideración parece hoy indiscutida a nivel doctrinal incluso en sistemas penales que desconocen una separada protección penal a la Administración de Justicia; dicha doctrina admite de manera unánime que el bien jurídico protegido a través de la figura de acusación falsa es la Jurisdicción. En esta línea, STRATENWERT, «Schweizerisches Strafrecht», B.T., II, 1974, p. 601; WESSELS, «Strafrecht», B.T., 1983, p. 123; SCHÖNKE (Lenckner), «Kommentar», 21, p. 1067. También SCHROEDER, «Zur Rechtsnatur der falschen anschuldigung», N.J.W., 1965, pp. 1965 y ss.; HIRSCH, «Zur Rechtsnatur der falschen Verdächtigung», SCHROEDER FESTSCHR., 1978, pp. 307 y ss.; SCHILLING, «Die falsche Verdächtigungen nach 164 StGB», G.A., 1984, august.

(16) Como afirma QUINTERO OLIVARES, *ob. cit.*, p. 831.

se cumpla el tipo sin necesidad de que concurra motivo alguno de la acción.

No se me oculta que en la realidad resulta difícil concebir una conducta cumplidora del injusto típico del artículo 325, totalmente despojada de motivos personales y destinada sólo a pervertir los fines del proceso penal; al contrario, la acción peligrosa para aquél, hallará su específica motivación en la venganza, la búsqueda del desdoro social del falsamente inculpad o incluso la pérdida de la libertad o el menoscabo patrimonial del mismo. Pero, todas las finalidades imaginables que el sujeto persiga son móviles ajenos a la estructura típica y, en todo caso, si efectivamente concurrieren, la solución dogmáticamente correcta no puede ser otra que el concurso de infracciones. Tesis que se afianza con una estricta interpretación del último párrafo del artículo 325 de naturaleza procesal; en relación con los artículos 638 y 640 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, lo cual es objeto de análisis en páginas posteriores.

Finalmente, por lo que se refiere al tercer argumento justificativo de la pluriofensividad de la acción típica, es preciso poner de relieve que, si bien es real la existencia en el texto punitivo de normas penales así estructuradas, cierto es, también, que es el interés prevalente lo que condiciona su ubicación sistemática en el articulado del Código penal; o por lo menos así debe ser aceptado, de lege lata, para poder operar dogmáticamente sobre un conjunto normativo que es axioma para el intérprete.

Y es precisamente este interés prevalente el que el legislador, desde 1932, ha querido proteger bajo pena aún cuando la vulneración de la norma arrastre ulteriores menoscabos los cuales, en algunos casos, habrán sido tenidos en cuenta en el momento valorativo de la conminación típica para configurar un injusto agravado o determinar la imposición de una pena de notable gravedad (piénsese que se asocia a la conducta típica la misma pena privativa de libertad —prisión menor— que la prevista en el artículo 326 para el supuesto de falso testimonio en causa criminal que hubiere dado lugar a la condena del reo, en el que es evidente que los posibles perjuicios para el injustamente condenado son en extremo más graves). Otros menoscabos o perjuicios materiales escapan, en cambio, del marco de la protección penal y sólo serán relevantes a efectos de cuantificar la exigencia de la responsabilidad civil por el delito.

En este sentido deberemos concluir que si bien de la realización de la conducta típica descrita en el artículo cuyo análisis nos ocupa, puede derivar un perjuicio para la persona sometida a proceso que puede ver afectada su imagen en esferas acotadas del contexto social en que se desenvuelve, ello no es motivo bastante para desprender del mismo un ataque al honor penalmente relevante y mucho menos derivado de la realización de la conducta descrita en el artículo 325.

Cuestionados los argumentos aportados por la doctrina penal española en este punto, se trata ahora de definir mi posición al respecto lo cual requiere dilucidar, previamente, cuáles han podido ser los mo-

tivos del mantenimiento de la dualidad de bienes jurídicos protegidos en la figura (17).

Se ha partido siempre de una interpretación monolítica, abundada por la Jurisprudencia (18), de los dos últimos párrafos del artículo 325 que han sido considerados en su unidad como un conjunto constitutivo de una cuestión de procedibilidad (19). Dicha interpretación unitaria, que no considero correcta, supone la aceptación de que sigue vigente en el sistema procesal español, la reminiscencia inquisitorial de la iniciación de oficio del proceso penal (20), cristalizada aquí en la ex-

(17) Al margen de un evidenciable escaso interés doctrinal por el tratamiento unitario del Título IV de nuestro Código penal, así como de la no consideración, a efectos de análisis de las diversas figuras contenidas en el mismo, del contexto normado que es el proceso judicial en el marco del cual se llevan a cabo los delitos esencialmente procesales. Sobre ello vid. MAGALDI, «El falso testimonio...», cit.

(18) En línea reiterada, vid entre otras: Sentencias de 6 de abril de 1889; 5 de marzo de 1928; 3 de junio de 1944; 27 de mayo de 1961; 28 de junio de 1969; 24 de julio de 1970; 20 de octubre de 1971, y 1 de febrero de 1975. Sobre una sintética exposición de la configuración jurisprudencial de dicha figura, vid MUERZA ESPARZA, «El delito de acusación y denuncia falsa (artículo 325 del CP) en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo», La Ley, n.º 1574, octubre 1986.

(19) Sobre este punto la doctrina penal española se muestra coincidente: los últimos apartados del artículo 325 constituyen una cuestión de procedibilidad. Así, por todos, QUINTERO OLIVARES, *ob. cit.*, p. 840; FERRER SAMA, *Comentarios cit.*, pp. 348 y 405; CÓRDOBA RODA, *Comentarios cit.*, p. 1100; MUÑOZ CONDE, *ob. cit.*, p. 658. La confusión entre condición objetiva de punibilidad y cuestión de procedibilidad se explica históricamente, según señala GÓMEZ ORBANEJA en «Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal», Tomo I, 1947, p. 40, «por la unidad del ordenamiento penal en el pasado».

(20) Hasta la promulgación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, el proceso penal español se regía por el denominado principio inquisitivo caracterizado por ser escrito, secreto e incoado de oficio por el Juez; dicho proceso giraba, además, alrededor del sistema de prueba legal y tasada en consonancia con los demás países del continente europeo que sólo fueron sustituyendo sus sistema procesal propio del Antiguo Régimen a lo largo del siglo XIX.

La Ley procesal penal española de 1882 terminó con la vigencia del sistema inquisitivo según señalan AGUILERA DE PAZ (Comentarios a la LECRI, Tomo III, 2.ª edic., 1924, pp. 31 y ss.) y RAFAEL DE PINA (Manual de Derecho Procesal Penal, 1.ª edic., 1924, pp. 122 y ss.); ello se deduce no sólo de los principios que la informaron (vid. ALONSO MARTÍNEZ, Exposición de Motivos de dicha Ley procesal), sino especialmente de su propio articulado ya que al regular en el Libro II el sumario sólo se refiere a la denuncia (Título I) y a la querrela (Título II) como formas de iniciación del mismo al que, en el artículo 300, equipara legalmente a «proceso».

No obstante, y fundamentalmente por una práctica judicial viciada, la doctrina procesal española ha defendido mayoritariamente la pervivencia de la iniciación de oficio, en base, esencialmente, a lo dispuesto en los artículos 303 y 116 de la citada Ley procesal penal, confundiendo, a mi juicio, iniciación de oficio del proceso por parte del Juez aún sin «notitiae criminis», con impulso procedimental de mismo que sí es ejercido por el Juez al margen del impulso que al proceso pueden conferir también las partes.

En efecto, el artículo 303 se ubica sistemáticamente en el Título IV del Libro II, Título dedicado estrictamente a «la instrucción» de un proceso ya iniciado mediante denuncia o querrela por parte del órgano jurisdiccional; dicho Título, en una interpretación sistemática del mismo y de la ordenación legal del Libro II, no puede referirse más que a la reglamentación del impulso procedimental; las expresiones contrapuestas «de oficio» e «a instancia de parte» contenidas en el mismo (y en las que la doctrina se apoya para mantener la vigencia de la iniciación de oficio) sólo pueden ser entendidas como modo de diferenciar las actuaciones promovidas por el órgano jurisdiccional de las promovidas por las partes, tanto más cuanto que estas expresiones se repiten en otros artículos de la Ley en el sentido propuesto.

presión legal «mandará proceder de oficio..., contra el denunciador o acusador siempre que de la causa resultaren méritos bastantes para abrir un nuevo proceso...».

En virtud de ello, no se podría proceder contra el que ha imputado falsamente un hecho delictivo a una persona, poniendo así en peligro grave los fines legítimos del proceso, mientras no hubiere recaído sentencia o auto de sobreseimiento firmes dictados por el Tribunal que conociere la causa y éste de oficio hubiere mandado proceder contra aquél.

Lo expuesto equivalía o sostener que si el Tribunal no deducía tanto de culpa, el sujeto sometido ilegítimamente a proceso y al que se habían irrogado perjuicios materiales y morales quedaba totalmente desprovisto de protección jurídica sin que le cupiera siquiera el remedio de acudir a la vía civil (21). Tal afirmación olvidaba que la propia Ley de Enjuiciamiento Criminal en sus artículos 638 y 640 prevé la posibilidad siguiente: la declaración del Tribunal que sobreesee conforme a la cual «la formación de la causa no perjudica a la reputación de los procesados», o la posibilidad de que éstos «se reserven la acción por calumnia», lo cual no significa formalmente más que una posible acción penal por calumnia y, en ningún modo, que siempre estaremos en presencia de una lesión al honor penalmente relevante.

La interpretación tradicional de aquellos párrafos finales de la figura y el olvido de lo dispuesto en los antecitados artículos de la Ley procesal penal, abocaban al sujeto falsamente imputado a una situación de indefensión ante la que, en aras de criterios de justicia material, la solución más sencilla era posibilitarle una acción por calumnia en los casos de imposible perseguibilidad de la conducta típica del artículo 325 por no mandar proceder el Tribunal.

La reserva al órgano jurisdiccional del impulso procedimental responde al innegable interés público concurrente en el proceso penal que impone la necesidad de hallar la verdad objetiva o histórica de los hechos al margen del deseo de las partes.

A este mismo interés público, y no a una pervivencia de la iniciación de oficio, obedece que en el artículo 116 se excluya de la disponibilidad de la parte la extinción de la acción penal por renuncia de la misma; y ello al igual que se halla excluido de nuestro sistema procesal penal el principio de oportunidad en la persecución de delitos, articulándose la denuncia como un deber de todos los ciudadanos y no como una facultad y configurándose la misión del Ministerio Fiscal en un sentido preceptivo de defensa de la legalidad que les impone el denunciar todos los hechos delictivos «in rem» y querrellarse por todos aquellos «in persona», lo cual no tendría sentido en un sistema basado en la iniciación de oficio.

La tesis mantenida resulta plausible especialmente tras las nuevas directrices impuestas en materia procesal penal por la Constitución de 1978 y a ella aboca también la redacción del artículo 118, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, reformulado conforme a la Ley 53/78 de 4 de diciembre, en la que al referirse al momento de la actuación del derecho de defensa, se alude expresamente a «la admisión de la denuncia o la querrela...» como actos de iniciación del proceso penal. En la misma línea se expresa el artículo 237 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985 y, en la misma línea de argumentación se ha pronunciado el Tribunal Constitucional, siempre con posibles o reales vulneraciones del artículo 24 de la Constitución siendo a tales efectos significativa la reciente sentencia de 17 de julio de 1986.

(21) Así, QUINTERO OLIVARES, *ob. cit.*, pp. 841-843.

Dicha propuesta no hubiera significado una solución inaceptable sino se hubiera mantenido, a la vez, que la lesión al honor derivaba de la infracción de la norma del artículo 325 y no de la prevista en el artículo 453, es decir, si no se hubiera obviado el concurso de infracciones; la inaceptabilidad de la misma deriva:

a) De la incongruencia interpretativa que supone el admitir que estamos frente a un delito pluriofensivo y preconizar la aplicación del tipo del artículo 325 bis en todos los supuestos en los que el Tribunal mandare proceder contra el denunciador o acusador y, en cambio, acudir al delito de calumnia para los supuestos en los que, a juicio del Tribunal, no procediere abrir un nuevo proceso; repugna a las reglas del concurso de infracciones entender que *un mismo hecho* (la falsa imputación) da lugar en unos casos a un solo delito (si el Tribunal manda proceder) de acusación y denuncia falsa, y en otros casos da lugar a dos delitos (el de calumnia si no ordena proceder en cuanto que, además, el injusto típico del artículo 325 se cumple evidentemente).

b) De que olvida que la propia Ley procesal remite al artículo 453 cuando determina: «Podrá también a instancias del procesado reservarse éste su derecho a perseguir al querellante como *calumniador*», sin perjuicio, naturalmente, de que el mismo Tribunal «podrá proceder contra el querellante con arreglo a lo dispuesto en el Código penal», es decir, por el delito de acusación y denuncia falsa, al ser el primero un delito privado para el que se requiere querrela de la parte ofendida, y el segundo un delito público (22).

Pues bien, entiendo posible una solución jurídica diferente que se apoya, en primer término, en considerar la exigencia legal de que «no se procederá..., sin embargo, contra el denunciador o acusador sino en virtud de sentencia firme o auto de sobreseimiento también firme, del Tribunal...» como una *condición objetiva de punibilidad* (23); se rompe así aquella vinculación con el último párrafo del citado artículo 325 («éste mandará proceder de oficio...») al que, como segundo e independiente problema de naturaleza procesal, reformulo a partir de una interpretación integradora de las normas jurídico-procesales y cuyo alcance expondré en líneas posteriores para no quebrar la sistemática del trabajo; sin embargo, por la conexión con lo anteriormente expuesto, se hace preciso alcanzar en parte dicha reformulación ya que en base a la misma sostengo:

1. Que *los fines legítimos del proceso penal*, diversificados en un fin inmediato de hallazgo de la verdad objetiva de los hechos enjuiciados y en un fin último de resolución jurídica de conflictos sociales, *es el único bien jurídico protegido en el precepto*.

2. Que estos fines legítimos pueden ser distorsionados si aquél es falazmente activado por una conducta peligrosa ex ante para los mis-

(22) Tal y como se establece en el artículo 638 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

(23) En el sentido otorgado a las mismas por JESCHECK, en «Tratado de D.º Penal», traducción y notas de MIR PUIG Y MUÑOZ CONDE, 1981, p. 763: «circunstancias que se encuentran en relación inmediata con el hecho pero que no pertenecen ni al injusto ni a la culpabilidad».

mos (24), lo cual permite, ya desde el bien jurídico, excluir del ámbito típico, conductas que, si bien implican una disfunción procesal, carecen de aquella suficiente peligrosidad; con ello se dota al bien jurídico de un contenido material (ilegítima puesta en marcha del proceso penal con peligro para sus fines) y no meramente formal (indebida puesta en marcha del mismo sin peligro para sus fines).

3. Que el tipo previsto en el artículo 325 aparece configurado como un *tipo de peligro de mera actividad*; el legislador, por un lado adelanta las barreras de la protección penal a la simple puesta en peligro del bien jurídico cuya lesión desea evitar a través de la prohibición, y por otro, considera cumplido el injusto típico con la mera realización de la conducta prohibida.

4. Que en virtud de entender que *la condición objetiva de punibilidad*, cuyo fundamento hay que hallarlo en evidentes motivos de seguridad jurídica y de operabilidad y autoprotección del sistema penal, *se circunscribe y agota en la exigencia de una resolución judicial definitiva de fondo*, esto es, sentencia o auto de sobreseimiento firmes, *el sujeto perjudicado por el delito* (el falsamente imputado y sometido a proceso), *puede querellarse*, en base a lo establecido en el artículo 110 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (25), *desde el preciso momento en que aquellas resoluciones devengan firmes*.

5. Que el sujeto pasivo del delito de acusación y denuncia falsa, es el Estado concretado en los órganos a los que constitucionalmente se asigna el ejercicio de la función jurisdiccional en el marco reglado que es el proceso. Los perjuicios materiales o morales de carácter marginal consecuencia del sometimiento a proceso de la persona falsamente inculpada (daños morales, desprestigio, etc.) le sitúan jurídicamente, junto al Estado, en la posición de perjudicado por el delito y, por tanto, con derecho a exigir el resarcimiento civil.

6. Que, en todo caso, cualquier posible lesión al honor penalmente relevante irrogada a la persona del falsamente acusado, debe ser resuelta conforme a las reglas del concurso de infracciones.

II. EL TIPO DE INJUSTO DEL ARTICULO 325 DEL CODIGO PENAL

A. PARTE OBJETIVA DEL TIPO

La parte objetiva del tipo de injusto del artículo 325 se estructura alrededor de los siguientes elementos típicos: a) la conducta penalmente relevante traducible en la atribución de hechos delictivos falsos a persona determinada o determinable; b) el destinatario de di-

(24) En este sentido, y en general como límite para los delitos de peligro, MIR PUIG, «Derecho Penal. Parte General», 2. edic., 1985, p. 170.

(25) «Los perjudicados por un delito o falta... podrán mostrarse parte en la causa..., y ejercitar las acciones civiles o penales que procedan o solamente unas u otras, según les convinieren...».

cha imputación concretado en sujetos legalmente obligados a la averiguación y castigo de los delitos; y c) los sujetos de la acción.

1. La acción típica: la imputación como atribución

El término imputación constituye un signo lingüístico de sentido gramatical preciso y unívoco según se desprende del Diccionario de la Real Academia de la Lengua que lo define como «acción de imputar», o «cosa imputada», en estrecha relación con el verbo «imputar» cuyo significado es el de «atribuir a otro una culpa, delito o acción». Por imputación hay que entender, pues, en un primer estadio conceptual, una actividad dinámica, concreta y directa, que enlaza lógicamente con el resto del enunciado típico.

Supone, efectivamente, la atribución de un hecho constitutivo de una infracción penal que se presenta como realizado por una persona determinada o determinable y que resulta falso.

A ello hay que añadir algunas consideraciones conectadas tanto con el bien jurídico afectado por la realización de la conducta, como a la consideración de la figura como representativa de un tipo de peligro; estas consideraciones permitirán proporcionar un alcance y un contenido definido al término imputación y, a la vez, ofrecerán criterios relevantes a efectos de delimitar el ámbito de protección típica de aquella figura.

El bien jurídico protegido, partiendo de la rúbrica que da especificidad al Título IV en el que se inserta la figura, no es otro que la actividad jurisdiccional cristalizada en el proceso dirigido a sus fines legítimos, los cuales pueden verse afectados si el proceso penal es activado en su mecánica procedimental sin objeto real de litigio (hechos materialmente falsos) o si, aún existiendo un hecho posible objeto de aquél, se atribuye falsamente a una persona que no lo ha llevado a cabo puesto que, aun centrándose la investigación penal en el hecho (*in rem*), el proceso se dirige siempre contra una persona determinada.

Ahora bien, a efectos de determinación de la conducta típica descrita en el artículo 325, lo dicho debe ser matizado. Si aceptamos que estamos frente a un tipo de peligro, la conducta (la imputación) debe revestir la suficiente peligrosidad *ex ante* para ser capaz de distorsionar gravemente aquellos fines legítimos (condena de un inocente) y, consecuentemente, las conductas que si bien formalmente pueden originar una indebida apertura de una investigación judicial, no revisten la peligrosidad suficiente para la posible pervisión de aquellos fines, deben quedar al margen del ámbito típico por constituir una simple disfunción procesal sin riesgo alguno para el bien jurídico.

No se trata de una mera capacidad de provocación, de manera indebida, de actuaciones iniciatorias de un proceso, como parece entender la doctrina mayoritaria (26), lo que constituye el núcleo configu-

(26) Por todos, CÓRDOBA RODA, *Comentarios cit.*, p. 1090, que incluye, además, las actuaciones procesales no iniciatorias.

rador de la imputación como acción típica, sino aquella susceptible de iniciar, formal y materialmente, de manera ilegítima el proceso dado que reviste los caracteres objetivos de peligrosidad bastante para incidir negativamente en los fines anteriormente mencionados.

Imputación es, por tanto, una *conducta positiva de atribución de un hecho concreto, que se presenta como llevado a cabo por una persona determinada o determinable y que, siendo ello falso, aparece revestido de una apariencia de verdad suficiente para generar un peligro para el bien jurídico*. De ahí que sea posible marginar del ámbito de protección típica:

a) La atribución de conductas genéricas, social o éticamente reprochables, y las meras manifestaciones de creencia, más o menos fundada, acerca de la realidad efectiva de un hecho delictivo o de su autor.

b) La atribución anónima (denuncia anónima) de hechos delictivos falsos a una persona al no poseer en nuestro sistema procesal la entidad suficiente para poner en peligro los fines del proceso (27), así como la atribución de hechos difusos o indiciarios (simulación de indicios inculpatorios) respecto de la persona a la que se pretende someter ilegítimamente a proceso (28).

2. La forma de la imputación

La imputación debe reunir además determinados requisitos formales para ser adecuada para provocar el ilegítimo desencadenamiento de los mecanismos de la Justicia penal; requisitos que, naturalmente, dada la descripción típica serán los jurídico-procesalmente necesarios para activar la función jurisdiccional.

Sobre este punto, Córdoba Roda mantiene que «la acción de imputar debe ser estimada en cuanto se haya producido la imputación de hechos, cualesquiera sea la forma de ésta, sin que quepa condicionar la existencia de dicha acción a la circunstancia de que se haya llevado a cabo a través de una denuncia o querrela» (29), apoyando su tesis en los siguientes argumentos:

a) El primero, estrictamente formal y basado en el tenor literal del precepto, alude a que la ley «no impone observancia de forma alguna, sino simplemente un acto de imputación» que no tiene porque concretarse en una denuncia o una querrela, término éste que dicho autor

(27) Se manifiestan expresamente en favor de que la acción típica sea susceptible de integrarse por una denuncia anónima: FERRER SAMA, *Comentarios cit.*, p. 399; MILLÁN GARRIDO, *ob. cit.*, p. 25; y CUELLO CALÓN, «D.º Penal. Parte Especial», 1980, pp. 309 y ss., entre otros.

(28) No halla expresa acogida en nuestro sistema punitivo la llamada denuncia material o indirecta, es decir, la simulación de indicios inculpatorios que, sin embargo, halla cabida en ordenamiento jurídico-penales como el italiano y el alemán. Vid para los mismos: ANTOLISEI, «Manuale di Diritto Penale. Parte speciale.» II, 7.^a edic., pp. 839 y ss.; y BLEI, «Falsche Verdachtigungen durch Beweismittelfinktion», G.A., 1957, pp. 139 y ss.

(29) Vid. *Comentarios cit.*, p. 1088; en idéntico sentido QUINTERO OLIVARES, *ob. cit.*, p. 827 y FERRER SAMA, en «Acusación y denuncia falsa», *cit.*, pp. 345-346. En contra MUÑOZ CONDE, *ob. cit.*, p. 656.

no considera equivalente al término legal «acusación» utilizado por el legislador, de forma tradicional, en la rúbrica que preside el Capítulo I, a la que, a efectos de exégesis, considera irrelevante. A esta posición caben objeciones tanto desde la esfera del objeto de protección como de la estructura típica de la figura.

Si la imputación es atribución concreta y directa de hechos falsos, y si a través del precepto el legislador quiere evitar la posible perversión del proceso penal con su ilegítima puesta en marcha, parece obvio que únicamente podrá prohibir bajo pena, conductas o actividades formalmente idóneas para desencadenar la reacción punitiva. Y las únicas formas procesalmente aptas en el sistema español para que un ciudadano pueda activar la iniciación del proceso penal, son indiscutiblemente la denuncia y la querrela.

En efecto, la Ley de Enjuiciamiento Criminal acoge el llamado sistema acusatorio mixto y, en consecuencia, sólo admite dos formas de iniciación del proceso: las señaladas de la denuncia y la querrela; no admite la reminiscencia inquisitorial de la iniciación de oficio por el Juez al cual reserva, sin embargo, el impulso (el proceder de oficio una vez recibido la «notitiae criminis») y la dirección del proceso.

Desde un prisma de la estructura típica de la figura, si bien es cierto que en ella no se exige explícitamente que se lleve a cabo la actuación procesal idónea de iniciación del proceso, tal exigencia deriva de manera implícita de la condición objetiva de punibilidad recogida en el precepto; ello nos retorna al argumento antes aludido: el proceso debe haber concluido mediante sentencia o mediante sobreseimiento y para concluir así debe haberse iniciado por una denuncia o una querrela en las que se integra formalmente la dinámica de la acción típica en nuestro texto punitivo.

Sorprende, por otro lado, que se declare la irrelevancia, a efectos de interpretación, de la rúbrica que preside el Capítulo I del Título IV, en el cual la acusación y denuncia falsa ha sido figura única hasta la desafortunada ubicación sistemática en el mismo del artículo 325 bis en la Reforma del Código penal de 1983 (29 bis); y sorprende, tanto más cuanto que el término acusación posee un indubitado sentido normativo en el ámbito procesal. ¿Si no equivale a querrela, como forma jurídico procesal de actuar en un proceso como parte acusadora, qué significa entonces «acusación»? ¿Qué sentido tiene que el legislador la haya expresamente asociado al término denuncia, representativo de la otra forma de iniciación del proceso penal? (30).

b) En segundo lugar, alude Córdoba Roda a razones de naturaleza material cuando manifiesta que «una conducta puede cumplir los requisitos integrantes del artículo 325 sin a la vez revestir la forma de

(29 bis) Sobre el mismo vid. MAGALDI. El delito contra la libertad de las partes: aspectos críticos; en prensa.

(30) Resultan esclarecedoras al respecto las palabras de PACHECO en «El Código penal, concordado y comentado», I, 5.ª edic., 1881, p. 348, referidas al artículo objeto de análisis: «compete a la ley de actuación... distinguir los casos de acusaciones de los de denuncia».

denuncia o querrela y, ello no obstante, revestir una gravedad no inferior a la de las acciones llevadas a cabo bajo una de las referidas formas procesales», ejemplificando tal posibilidad con los siguientes supuestos fácticos:

1. El funcionario de Policía que coloca falso material de prueba en el equipaje de una persona a la que desea someter a juicio penal.
2. La persona que entrega al Ministerio Fiscal un falso escrito de confesión del individuo cuya condena asimismo pretende.

No le falta razón al Profesor CÓRDOBA al resaltar la peligrosidad que tales actuaciones pueden entrañar para el bien jurídico tutelado a través de la figura, pero la solución a las mismas no pasa necesariamente por una extensión, sin apoyo legal en nuestro ordenamiento penal, de la forma que deben revestir las actuaciones susceptibles de activar la función jurisdiccional (31).

Respecto del primer ejemplo propuesto, me parecen posibles dos soluciones que permiten mantener la coherencia interpretativa de la denuncia y la querrela como formas exclusivas de iniciación del proceso penal y, a la vez, solventar la injusticia material que comportaría el afirmar simplemente que tales actuaciones (colocación de indicios inculpatorios falsos) escapan al marco de protección típica y son, por tanto, impunes.

La primera, en el caso de que el propio policía que ha colocado el falso material inculpatorio denuncie a aquella persona a la que ilegítimamente desea someter a proceso, realiza el mismo el tipo de injusto del artículo 325; y si habiendo colocado los indicios inculpatorios falsos, es otro policía u otra persona quien cumple el deber jurídico de denunciar el hecho al órgano jurisdiccional competente, cabe hablar de un supuesto de autoría mediata con instrumento que actúa justificadamente a lo que no se opone la estructura típica al no tratarse, como por el contrario sucede con el delito de falso testimonio, de un delito de propia mano.

Por lo que se refiere al segundo supuesto fáctico, y obviando las cuestiones de carácter procesal que tal acto de confesión implica y la imprecisión del ejemplo (¿Autodenuncia escrita obtenida coactivamente? ¿Narración de hechos falsos con firma también falsa? ¿Firma auténtica sobre hechos falsos?), la solución posible de conformidad con el ordenamiento jurídico vigente, es la que sigue:

El Ministerio Fiscal está facultado para recibir denuncias en virtud de lo establecido en el correspondiente artículo de su Estatuto orgánico y, en consecuencia, la presentación ante el mismo del falso escrito de confesión es requisito bastante para entender cumplida la conducta típica; pero incluso con anterioridad a la entrada en vigor del

(31) Suscribo en este punto las manifestaciones de DINACCI, en «Prospettive sistematiche del proceso penale», 1975, p. 6: «la única interpretación posible no es la buena o conveniente, sino la verdadera y efectiva aunque sean criticables las consecuencias que de ella se derivan».

citado Estatuto orgánico, entiendo que si el Fiscal cumplía con su específico deber de denunciar, nos hallábamos en un supuesto de realización del tipo en virtud de autoría mediata.

3. *Los sujetos de la acción*

En el tipo que nos ocupa, la condición de posible sujeto de la acción se otorga «ex lege» a una categoría indeterminada de personas: cualquiera puede, en principio, realizar la acción descrita en el artículo 325.

Sin embargo, esta afirmación, directamente derivada de la letra de la Ley, debe ser delimitada a partir de los requisitos de forma que debe revestir el acto de imputación, lo cual nos conduce a un acotamiento del círculo de posibles sujetos de la acción a aquellos a los que el sistema procesal faculta para provocar la iniciación del proceso penal: los sujetos facultados para denunciar y aquellos a los que la ley otorga el derecho al ejercicio de la acción penal.

Ello se reafirma, por lo que a la denuncia se refiere, en la amplitud de formas que nuestra Ley procesal penal proporciona a este medio de activación del ejercicio de la función jurisdiccional: por escrito, de palabra, personalmente o por medio de mandatario con poder especial, y en la generalidad de las personas que pueden, de este modo, provocar la iniciación de la causa penal; cualquier persona, sea o no ofendida o víctima del delito.

Concuera precisamente tal amplitud, con la finalidad asignada legalmente a la denuncia en nuestro sistema procesal de servir de «notitiae criminis» suficiente para poner en funcionamiento el mecanismo jurisdiccional a efectos de iniciar la investigación judicial de los presuntos hechos delictivos; investigación que, como señalé, es impulsada y dirigida de oficio por el Juez una vez recibida la «notitiae criminis» por concurrir en el proceso penal un evidente interés público, siendo a estos efectos indiferente que el impulso se reserve al Ministerio Fiscal (como en otros sistemas penales) o a un órgano jurisdiccional instructor de la causa (como en el sistema español). Por esto, el sistema español en el que no rige legalmente el principio de oportunidad, no articula la denuncia como un derecho de todos o determinados ciudadanos, sino como un deber de todos ellos con la finalidad de que, al no existir la iniciación de oficio, evitar la impunidad de hechos delictivos.

Y a lo dicho no obsta que en el artículo 261 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se establezcan una serie de excepciones al principio general de denuncia-deber, porque lo único que tal artículo determina son dispensas de aquel deber (32) pero, en modo alguno, implica la

(32) «Tampoco estarán obligados a denunciar:

1. El cónyuge del delincuente.
2. Los ascendientes y descendientes consanguíneos o afines del delincuente y sus colaterales consanguíneo o uterinos y afines hasta el segundo grado inclusive.

prohibición de denunciar sino sólo la no obligación de hacerlo; de manera que, al ser tal dispensa renunciable, no existe obstáculo alguno a que también aquellos sujetos sean susceptibles de ostentar la categoría de posibles sujetos activos del delito.

El único sujeto no susceptible de llevar a cabo la acción típica es el Juez cuando actúa en el ejercicio de su función jurisdiccional (33), y ello en razón de la propia estructura funcional del proceso penal en el que el órgano jurisdiccional, llamado a proporcionar las bases sobre las que deberá producirse el debate (Juez Instructor) o a la solución jurídica del conflicto (Tribunal), escenifica y representa un rol absolutamente ajeno al litigio (principio formal de imparcialidad) en el que jamás denuncia o acusa.

Así analizado el tema, carece de base la tesis de QUINTERO Olivares (34) de que las limitaciones que el derecho vigente establece para denunciar ante funcionario administrativo o judicial «suponen una cortapisa funcional». No hay limitación; salvo la expuesta y circunscrita al Juez que conoce la causa: cualquier persona puede denunciar y en cualquiera de las formas previstas para llevar a efecto dicho acto, incluido el Ministerio Fiscal.

De igual manera, la Ley procesal penal, que admite la acción popular, posibilita que el delito de acusación falsa pueda ser llevado a cabo, mediante querrela, por la generalidad de los ciudadanos. En efecto, tal posibilidad de interponer querrela, entendida como derecho al ejercicio de la acción penal (35), y que se establece en los artículos 101 y 270 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, únicamente se ve restringido en los artículos 102, 103 y 104 de la misma Ley los cuales operan como limitaciones (garantistas unas y vinculadas a razones de política criminal otras) al ejercicio de la facultad.

Dichas limitaciones al derecho de constituirse en parte acusadora en un proceso penal, operan, a mi juicio, como cuestiones de procedibilidad general; de manera que, así como la falta de presupuestos procesales (lo que no sucede en los supuestos antes citados) determina la inexistencia de la relación procesal, la falta de condiciones de procedibilidad no impide el nacimiento de la relación procesal, pero ésta nace sin contenido: el Juez no puede examinar la imputación pero debe emitir una decisión de carácter procesal motivada, declarando la no promovibilidad de la acción penal. Esta decisión judicial revestirá la forma de auto desestimatorio de la querrela.

No se trata, entonces, de afirmar que absolutamente las personas sujetas a aquellas limitaciones no puedan materialmente llevar a cabo

3. Los hijos naturales respecto de la madre en todo caso y respecto del padre cuando estuvieren reconocidos, así como la madre y el padre en iguales casos.»

(33) A favor de que el Juez pueda ser sujeto activo del delito de acusación y denuncia falsa, MUÑOZ CONDE, *ob. cit.*, p. 655.

(34) Vid. *ob. cit.*, p. 823.

(35) Sobre la naturaleza y fundamento de la querrela, vid GIMENO SENDRA, «La querrela», 1977, pp. 38 y ss.

la acción prohibida, sino que la imposibilidad de punición de dichas conductas se deriva de la articulación en el tipo penal de una condición objetiva de punibilidad; efectivamente, al no poderse proceder y al existir un auto que motiva tal imposibilidad, este auto no revestirá la forma de auto de sobreseimiento con lo que, aún cumplido el injusto típico, la conducta no será punible por no cumplirse la condición objetiva de punibilidad.

El fundamento de la ausencia de punición se halla en el propio contexto procesal en que la conducta incide en cuanto que, aunque el tipo de injusto se cumpla formalmente, el legislador considera que, al ser el proceso totalmente inviable, jamás podrá incidir negativamente en sus fines y, por tanto, no la considera merecedora de pena relegándola a una simple disfunción procesal penalmente no relevante (36).

Por lo que concierne a la condición de sujeto pasivo del delito de acusación y denuncia falsa, y en conformidad con el contenido proporcionado al bien jurídico tutelado, el único sujeto pasivo posible de esta infracción es el Estado como detentador exclusivo de la potestad jurisdiccional cuyo ejercicio se asigna constitucionalmente a los miembros que integran el Poder Judicial (37).

A su vez, el sujeto ilegítimamente sometido a proceso penal ostentará, junto al Estado, la condición de perjudicado por el delito.

4. *El objeto de la imputación: los hechos que si fueran ciertos constituirían delito o falta de los que dan lugar a procedimiento de oficio*

La atribución concreta en que cristaliza la dinámica de la acción, debe serlo de hechos, de realización de conductas y no de cualidades abstractas ética o socialmente desaprobadas tal y como señalábamos al definir el contenido de la imputación. Estos hechos deben ser, además considerados penalmente relevantes, es decir, subsumibles en una

(36) En contra, y a favor del cumplimiento del tipo del artículo 325, QUINTERO OLIVARES, *ob. cit.*, p. 824.

(37) En el mismo sentido MILLÁN GARRIDO, *ob. cit.*, p. 18. No puede ser compartida la propuesta de BUSTOS RAMÍREZ, en *ob. cit.*, p. 424, conforme a la cual el sujeto pasivo es la colectividad lo que hace derivar del artículo 117 de la Constitución —«la Justicia emana del pueblo...»— en relación con el bien jurídico que considera protegido en el precepto: «la función jurisdiccional» que califica de «bien institucional». Y ello porque si bien todos los poderes emanan del pueblo en una sociedad democrática (y, por tanto, también el Judicial al que se asigna la función *estatal* de administrar la Justicia) si esta sociedad se halla políticamente estructurada en un Estado, sea cual sea su clase, éste se reserva el monopolio de la Jurisdicción en aras de superar la venganza privada y la autodefensa y proporcionar una solución jurídica a los conflictos sociales. Negar al Estado el carácter de sujeto pasivo del delito que nos ocupa y otorgárselo a esa poco precisa colectividad a la que se refiere el Profesor BUSTOS conllevaría una consecuencia lógica: otorgar el mismo tratamiento a todos los delitos contra el Estado articulados en nuestro texto punitivo y en último extremo a todas las infracciones penales puesto que, de un modo u otro, todas atentan contra la colectividad.

figura legal prevista en los Libros II y III del Código penal o en las correspondientes leyes penales especiales; hechos, por tanto, formalmente cumplidores de la parte objetiva del tipo positivo, de manera que la atribución de actos de imposible subsunción en aquella parte objetiva, se hallan al margen del ámbito de lo punible (38).

La exigencia legal de que los hechos imputados sean falsos y de que, de ser ciertos, posean la naturaleza de infracción penal pública, obliga a plantear, a nivel interpretativo, las siguientes cuestiones:

- a) La falsedad de los hechos.
- b) El requisito de que la imputación lo sea de hechos constitutivos de delito o falta.
- c) La limitación típica a las infracciones penales públicas.

4.1. La falsedad de los hechos

El objeto de la imputación se concreta, como he puesto de relieve, en hechos que si fueran ciertos constituirían delito o falta públicos. Una correcta delimitación de dicho objeto conlleva el análisis de dos cuestiones en extremo significativas: una, la naturaleza objetiva o subjetiva de la falsedad así como su esencialidad o accidentalidad, y otra, la idoneidad de la misma a efectos de la peligrosidad que aquellos hechos deben entrañar para los fines del proceso.

Respecto de la primera cuestión varios son los argumentos que abonan a una decisión favorable a un criterio objetivo de la falsedad.

En primer término, el propio tenor literal del precepto: «hechos que si fueran ciertos», es decir, conductas opuestas a la realidad por inexistentes (realidad fenoménicamente distinta) o por plasmar una realidad alterada o enmascarada (realidad distorsionada). No creo posible otra interpretación que la que parte de este criterio objetivo, común, por lo demás, a la teoría general del «falsum» de cuya naturaleza participan los delitos específicamente procesales: la acusación y denuncia falsa, el falso testimonio y la simulación de delito.

En segundo lugar, no hay que olvidar que el tipo penal se integra por la presencia de una condición objetiva de punibilidad traducible en la imposición legal de que haya recaído sentencia o auto de sobreseimiento firmes, en la causa que se siguió debido a la imputación presuntamente falsa; estas resoluciones judiciales implican una decisión jurídica definitiva sobre el fondo de la misma con valor de cosa juzgada material, y suponen, en definitiva, el pronunciamiento irrevocable de la verdad material la cual, al ser la única humanamente asequible, se identifica con «la verdad histórica» o «verdad objetiva» de los hechos (39).

(38) Sobre la función del tipo como selector y fundamentador de hechos penalmente relevantes, vid, MIR PUIG, *ob. cit.*, p. 121.

(39) Así MITTERMAIER C.J.A., «Tratado de la prueba en materia criminal», 8.ª edic., 1929, p. 54. Igualmente, DETLEF, K., «Das Prinzip der materiellen Wahrheit im Strafprozess», en *Festschr. f. Schafstein*, 1975, p. 411.

Tal consideración, innegable desde una perspectiva de la función y los fines del proceso en un Estado de Derecho, conduce también a sostener obligadamente un criterio objetivo de la falsedad; en efecto, esta verdad, solemne y firmemente pronunciada, si es contraria a los hechos que se imputaban, los hace aparecer como formalmente no ciertos sin que ello presuponga una expresa declaración de la falsedad de los mismos por parte del Tribunal que conoció la causa y sí constituya, en cambio, el presupuesto garantista necesario no sólo para el ejercicio de la acción penal sino para que la necesidad de pena opere virtualmente.

A su vez, la falsedad debe ser esencial, en el sentido de recaer sobre conductas relevantes penalmente aunque no sea preciso una correcta calificación legal de las mismas por parte del falso denunciador o acusador; de modo que, la imputación de hechos constitutivos de una infracción penal cierta, a la que falsamente se añade la concurrencia de elementos configurativos de un injusto agravado, de hechos constitutivos de falta presentándolos como delito, o la presencia de circunstancias agravatorias de la responsabilidad criminal, no constituye la conducta descrita en el artículo 325 del Código penal.

De la adopción del criterio de falsedad objetiva surge la cuestión sobre la viabilidad de realización imprudente del tipo en nuestro sistema penal. Las razones favorables a tal posibilidad son, a mi juicio, diversas.

En primer término, no se opone a ello la fórmula de «*numerus apertus*» con que se articula en nuestro derecho penal vigente la incriminación de la imprudencia y asimismo desde un estricto análisis dogmático de la estructura típica nada obsta a tal posibilidad; en efecto, deducir, como hace Quintero Olivares (40), del adverbio «falsamente» (que gramaticalmente va unido en el precepto a la expresión «los que imputaren...»,) y precede inmediatamente a la también expresión legal «a alguna persona») la exigencia de un elemento subjetivo del injusto, que de concurrir imposibilitaría la comisión imprudente, no resulta correcto. Como no es concluyente entender que la estructura del tipo, eminentemente dolosa, impide la causación imprudente del mismo (41).

Meras hipótesis resultan de «*lege lata*», las opiniones basadas en razones político criminales conforme a las cuales la incriminación por imprudencia podría operar como factor de inhibición respecto del deber de denunciar (42) y ello por dos motivos:

(40) Vid, *ob. cit.*, p. 837.

(41) La generalidad de la doctrina española niega la posibilidad de realización imprudente del tipo aún reconociendo la no existencia de obstáculo dogmático alguno; por todos, CÓRDOBA RODA, *Comentarios cit.*, p. 1103., «por razones de necesidad social». Igualmente la jurisprudencia que lo considera un delito «netamente intencional» (sentencias de 22 de octubre de 1974, 1 de febrero de 1975 y 24 de abril de 1984).

(42) En este sentido MUÑOZ CONDE, *ob. cit.*, p. 657, que, sin embargo, considera dogmáticamente factible la realización imprudente del tipo.

a) El primero porque nuestro sistema jurídico articula la denuncia como un deber y no como una facultad; la vulneración de dicho deber comporta sanciones procesales y en determinados supuestos sanciones penales.

b) El segundo porque una acción de denuncia absolutamente despreciativa de la diligencia debida que todo ciudadano, vinculado constitucionalmente a colaborar con la Justicia (43), debe guardar, puede poner en peligro grave los fines del proceso penal los cuales no están desconectados en un Estado de Derecho de la persona contra la que se dirige el procedimiento y que puede resultar injustamente condenada (condena sin causa, incompatible con un Estado de Derecho) por la inobservancia de aquella norma de cuidado.

Y aquí cabe replantear el significado a proporcionar al término legal «falsamente» en la ubicación sintáctica a la que antes hice referencia.

El término «falsamente» no puede ser entendido como un exponente de un especial motivo de la acción (44), sino como un término que enlaza la acción de imputar con el sujeto contra quien se dirige la imputación, poniendo así de manifiesto que no sólo cumple el tipo del artículo 325 quien imputa a otro hechos delictivos no ciertos, sino también quien atribuye la comisión de hechos delictivos ciertos a persona distinta a la que efectivamente los llevó a cabo.

Sólo de este modo cobra sentido realmente la protección penal al proceso criminal el cual lo es siempre contra alguien aún cuando la fase inicial pueda concretarse en una investigación sobre los hechos; dicha investigación tiene por objeto la constatación de los mismos y su atribución a una persona (el autor) y no a otra. El contentarse con afirmar la veracidad de los hechos, sin preocuparse de delimitar si aquéllos pertenecen al autor de los mismos, supondría una formalización intolerable del proceso penal y el desconocimiento de que, incluso desde el ámbito de la normativa penal material, un hecho delictivo es siempre un injusto típico atribuido y atribuible a un sujeto determinado.

De todo lo expuesto se derivan las siguientes conclusiones:

a) Constituye imprudencia punible denunciar como ciertos hechos delictivos que después resultan falsos sin guardar la mínima diligencia exigible al hombre medio cerciorándose, en el ámbito de sus posibilidades de la certeza de los mismos e imputarlos a persona determinada o determinable. No así si los hechos se presentan como dudosos.

b) Constituye también imprudencia punible la imputación de hechos delictivos ciertos a persona distinta a la que resulte haberlos cometido, si dicha imputación se realiza no cerciorándose el sujeto, en

(43) Expresamente en el artículo 118 de la Constitución.

(44) En la misma línea, y críticamente respecto de la tesis de QUINTERO OLIVARES, MUÑOZ CONDE, *ob. cit.*, p. 657.

el ámbito de sus posibilidades de que pudo haber sido ella y no otra. No así si la atribución se presenta como dudosa.

Todas estas conductas hallan cabida en el seno del sistema jurídico-penal vigente y representan elementos generadores de riesgo grave para el bien jurídico protegido. De «lege ferenda» la decisión sobre la conveniencia de su incriminación debe fundamentarse, en todo caso, en criterios político-legislativos en materia penal que tengan en cuenta el principio de intervención mínima y se asienten sobre un sistema de punición de la imprudencia articulado alrededor del «*numerus clausus*» (45).

El segundo punto al que otorgaba relevancia en el marco del apartado dedicado al análisis de la falsedad de los hechos, se concreta en la necesidad de que los hechos imputados revistan una apariencia de verdad suficiente, no sólo para activar la función jurisdiccional con riesgo para sus fines legítimos, lo que implica la exigencia de la idoneidad de la falsedad para producir *ex ante* aquel peligro de distorsión de los fines del proceso penal.

Ningún problema supone la imputación de hechos cuya falsedad es evidente, manifiesta y, por tanto, burda (A imputa a B ante el órgano jurisdiccional competente que B acaba de matar a Dato). La imputación constituye una tentativa irreal no punible en cuanto que carece *ex ante*, y de manera absoluta, a los ojos de espectador objetivo de la peligrosidad bastante exigible para poner en peligro el bien jurídico; ello se ve ratificado por lo dispuesto en el artículo 269 de la Ley procesal penal cuando determina que «el Juez o funcionario se abstendrá de todo procedimiento cuando la denuncia fuere manifiestamente falsa».

Mayor complejidad presenta la imputación de un hecho cuya falsedad resulta sólo relativamente burda, y lo supone ya desde una estricta perspectiva típica. En efecto, el simple acto de imputación del hecho ante el funcionario competente para proceder a su averiguación y castigo, implica la realización de todos los actos ejecutivos típicos lo cual nos conduce a excluir la posibilidad de la tentativa; dado que estamos ante un delito de peligro de mera actividad en los que, como señala Mir Puig (46), la Ley adelanta la frontera de la represión penal a un momento anterior a la efectiva producción de lo que quiere evitar, deberemos concluir que, cumplida la realización de la conducta, se ha consumado ya el delito.

Pero si la Autoridad judicial se percató de aquella falsedad en el momento de la interposición de la denuncia o de la querrela, deberá también por imperativo legal abstenerse de todo procedimiento y dic-

(45) Esta es la decisión legislativa adoptada en el reciente Código Penal Militar que entró en vigor el 1 de julio de 1986: «Las acciones y omisiones culposas sólo se castigarán cuando expresamente así se disponga» (artículo 20). En el Título VIII dedicado a los «Delitos contra la Administración de Justicia militar», no se incrimina la acusación y denuncia falsa ni siquiera la llevada a cabo dolosamente, lo cual resulta incomprensible.

(46) Vid. *ob. cit.*, pp. 170-171.

tar un auto desestimatorio con lo que al no ostentar la resolución judicial la categoría de auto de sobreseimiento, imposibilita la punición de la conducta por no cumplirse la condición objetiva de punibilidad.

Si, en otro caso, a pesar de ser la falsedad relativamente burda posee una entidad suficiente para activar e impulsar el desarrollo del proceso penal, la conducta resultará punible tanto porque efectivamente el bien jurídico ha sido puesto en peligro, como porque una causa penal iniciada, debe necesariamente concluir mediante un auto de sobreseimiento o una sentencia cumpliéndose, de este modo, no sólo el injusto típico sino la condición objetiva de punibilidad.

Por todo lo dicho no me parece aventurado calificar de precipitada la tesis de Quintero Olivares conforme a la cual en estos supuestos no cabe hablar siquiera de tentativa por no haber habido «inicio de ejecución típica» (47).

4.2. Los hechos constitutivos de delito o falta

La imputación de hechos falsos se circunscribe legalmente a la atribución de hechos «constitutivos de delito o falta», es decir, hechos integrantes de un infracción penal. Se plantea, entonces, una significativa cuestión traducible en el sentido a proporcionar a dicha expresión legal.

La posición extrema de entender que la imputación falsa de hechos debe serlo de un hecho delictivo comprensivo de la categoría de la culpabilidad (y aun de la punibilidad) puede considerarse abandonada no sólo por la adopción de posiciones dogmáticas distintas sobre el injusto sino, especialmente en sede del delito de acusación y denuncia falsa, porque conducía a la virtual inoperancia del precepto.

En la actualidad, la postura dominante en la doctrina española se muestra favorable a proporcionar a aquella expresión un significado equivalente a «imputación de un acto típico», esto es, un hecho integrante de «un tipo abstracto de injusto» (48), en consonancia con la también postura mayoritaria de considerar la tipicidad como una *ratio cognoscendi* de la antijuricidad y, en definitiva, como un valor indiciario de la misma confirmable o destruible por la ausencia o la presencia de las causas de justificación concebidas como normas de autorización.

Entiendo que es posible otra interpretación apoyada en postulados dogmáticos diferentes; en este sentido, parto de la base que si bien el ordenamiento jurídico opera como un axioma para el intérprete, dicha vinculación no excluye, sino al contrario, la posibilidad de soluciones dogmáticas nuevas siempre que estas no afecten a su coherencia interna. Y sobre el tema concreto que nos ocupa, otorgo un sentido amplio al término legal «delito» al que considero equivalente a injusto to-

(47) Textualmente en *ob. cit.*, p. 845.

(48) Según expresión de QUINTERO OLIVARES, en *ob. cit.*, p. 847.

tal, es decir, cumplidor del tipo positivo y del tipo negativo caracterizado por la ausencia de causas de justificación; significación que resulta coherente desde una perspectiva de interpretación sistemática del texto punitivo (49) y que ofrece, además, en el tema objeto de análisis la posibilidad de matizar en profundidad las conductas que el legislador ha querido prohibir bajo pena.

Esta posición, aceptada también, de modo general, por un importante sector de la doctrina penal española, armoniza con la normativa procesal penal y, concretamente, halla apoyo en una precisa interpretación de las causas que motivan el sobreseimiento libre de la causa que, junto a la sentencia, constituye el presupuesto garantista de la punición de la conducta prohibida en el artículo 325 del Código penal.

El sobreseimiento libre procederá, según determina el párrafo 1.º del artículo 637 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, «cuando no existan indicios racionales de haberse perpetrado el *hecho* que hubiere dado lugar a la formación de la causa». Ello sucederá:

a) Cuando los hechos aparentemente subsumibles en una figura de delito no han existido en la realidad, esto es, *el hecho*, que de ser cierto sería penalmente relevante al cumplir el tipo positivo, *no ha tenido lugar* fenoménicamente.

b) Cuando los hechos que se hacen aparecer como penalmente relevantes son ciertos pero constitutivos de un ilícito de naturaleza no penal; esto es, *el hecho es cierto pero es penalmente irrelevante*.

En ambos casos el hecho penalmente relevante no se ha perpetrado, bien porque ni siquiera ha tenido lugar en la esfera de lo fáctico (A no ha causado la muerte de B que le era imputada por C ya que en el curso del procedimiento se demuestra que B vive), o bien porque el hecho que se imputa, presentado de forma falsaria como relevante para la normativa penal, *no ha tenido lugar, sino «otro hecho»* que si bien es jurídicamente relevante, no lo es penalmente (A denuncia que B le ha sustraído un valioso tapiz de su tienda de antigüedades, siendo así que B le había comprado dicho tapiz negándose después a satisfacer su importe por deficiencias en el objeto).

En los dos supuestos es posible hablar de delito de acusación y denuncia falsa tanto desde la perspectiva de afectación al bien jurídico, como desde la posición dogmática asumida. Por lo que respecta al bien jurídico protegido, parece evidente que se ve afectado por la conducta de imputación realizada ya que ésta se caracteriza por rodear de una apariencia de infracción penal (hecho típicamente antijurídico) a un hecho que estaba, *desde siempre*, al margen de dicha normativa; también es acorde con los postulados dogmáticos adoptados ya que, en conformidad con ellos, el tipo describe los elementos que fundamentan positivamente el injusto (además de los que condicionan su

(49) Me adscribo, de este modo, a la sistemática propuesta por MIR PUIG, en *ob. cit.*, pp. 87 y ss.

punibilidad) porque posee un significado valorativo propio de la selección de hechos penalmente relevantes.

También procederá el sobreseimiento libre, en virtud de lo dispuesto en el número 2.º del artículo 637 de la citada Ley procesal penal, «cuando el *hecho no sea constitutivo de delito*», es decir, cuando la conducta a pesar de cumplir el tipo positivo, no constituye un delito por ausencia del tipo negativo al concurrir una causa de justificación.

Ello resulta lógico si partimos de que, en el apartado 1.º del mismo artículo en líneas anteriores analizado, la ley procesal se refiere a la *inexistencia del hecho* como causa de sobreseimiento *distinta a que el hecho, existiendo, no constituya delito*, supuesto regulado a efectos de procedencia del sobreseimiento en el apartado 2.º del mismo artículo. Esta interpretación se reafirma en el apartado 3.º del citado artículo 637 en el cual el legislador determina que procederá también el sobreseimiento libre «cuando aparezcan exentos de responsabilidad los procesados como autores, cómplices o encubridores»; ello implica que la Ley procesal distingue como causas que dan lugar al sobreseimiento libre las siguientes:

a) La inexistencia del hecho que, aparentemente dotado de relevancia penal, no ha tenido lugar en la realidad o que, habiendo tenido lugar, no es subsumible en la esfera de protección típica de una figura de delito.

b) La existencia de un hecho penalmente relevante en cuanto cumplidor del tipo positivo de una figura penal, pero no constitutivo de delito al no cumplirse el tipo negativo por concurrencia de una causa de justificación.

c) La existencia de un injusto típico (delito en cuanto cumplidor del tipo positivo y del tipo negativo) respecto del cual no puede afirmarse la categoría de la culpabilidad o en el que su autor se halla amparado por una causa de exclusión de la pena.

En consecuencia, la causa de sobreseimiento libre prevista en el apartado 2.º del artículo 637 sólo puede entenderse como procedente ante un hecho que es penalmente relevante porque se cumple el tipo positivo (A ha privado de libertad a B) pero no constituye delito (A ha privado de la libertad a B en cumplimiento de una sentencia condenatoria firme). Desde esta perspectiva son posibles, en sede de acusación y denuncia falsa, notorias puntualizaciones a cuestiones que desde una posición dogmática diferente se entremezclan complejamente en diversos lugares sistemáticos o pura y simplemente se ignoran. Estas puntualizaciones deben partir del siguiente supuesto: atribución de hechos ciertos pero amparados en una causa de justificación.

1. *Denuncia de hechos amparados en una causa de justificación evidente e indiscutible*: A denuncia que B ha causado la muerte de C, siendo así que B era el verdugo y C había sido condenado ejecutoriamente a la pena de muerte; A denuncia que B ha privado de libertad a C, omitiendo que B es la Autoridad judicial competente para dar cumplimiento a la ejecución de la sentencia firme que condenaba a C a dos años y tres meses de privación de libertad.

Esta conducta de imputación a persona determinada de hechos delictivos falsos por ausencia indiscutible de tipo negativo, en supuestos como los ejemplificados, difícilmente aparecerá a los ojos del espectador objetivo como suficiente peligrosa ex ante para el bien jurídico, mostrándosele, en todo caso, como idónea para provocar una disfunción procesal prontamente subsanable.

Sin embargo, dogmáticamente es sostenible la calificación de la conducta como tentativa inidónea punible a través de lo dispuesto en el artículo 52 del Código penal, aunque tal solución es difícilmente compatible con el sentir del legislador al incriminar la conducta regulada en el artículo 325. En efecto, es innegable la decisión legislativa de condicionar la punición del delito consumado a la concurrencia de una resolución judicial firme de conclusión del proceso iniciado en base a la realización de la conducta típica; ello comporta que el legislador no considera político-criminalmente necesario la imposición de una pena, aún cumplido el injusto típico y, por tanto, infringida la prohibición, si aquella conducta iniciatoria del proceso no ha sido capaz de producir el desarrollo del mismo hasta su finalización mediante sentencia o, de forma anómala, mediante auto de sobreseimiento.

Si es así (y así parece de lege lata), tanto menos será necesaria la imposición de una pena a una conducta incapaz de provocar un desarrollo mínimo del proceso aún cuando pueda dar lugar a unas estériles e indebidas actuaciones judiciales, tempranamente abocadas al archivo de la causa. Tal vez, pues, afirmar la posibilidad de la tentativa inidónea resultaría contradictorio con el principio de intervención mínima expresamente determinado por el legislador en la descripción del delito de acusación y denuncia falsa.

2. *Denuncia de hechos ciertos amparados en una causa de justificación no evidente ni discutible omitiendo toda referencia circunstancial a la posible concurrencia de una situación fáctica presumiblemente subsumible en aquella causa de justificación:* A contempla como B y C disputan verbalmente de modo acalorado y, en un momento determinado, percibe que B esgrime una navaja haciendo ademán de lanzarse contra C, el cual, al verlo avanzar, le propina un puñetazo fracturándole la mandíbula, tras lo cual A denuncia que C ha lesionado a B.

En supuestos como el expuesto no cabe, a mi juicio, hablar de delito de acusación y denuncia falsa pues la certeza jurídico penal del hecho (la «verdad material» o «verdad histórica» que lo que es o no en su globalidad) debe ser investigada o contrastada al cumplir formalmente la conducta el tipo de lesiones, radicando precisamente en aquella investigación jurisdiccional, que culminará con el pronunciamiento jurídico definitivo de la no existencia de delito por ausencia del tipo negativo, el cumplimiento formal y material de los fines del proceso penal.

Distinta calificación merecerá la conducta del denunciante A si, llamado a ratificar la denuncia y ostentado la condición procesal de testigo, omite narrar todo lo que sabe sobre el desarrollo de los hechos

y altera la verdad de los mismos con manifestaciones contrarias a ésta, en cuyo caso cometerá un delito de falso testimonio en causa criminal.

3. *Denuncia de hechos ciertos amparados en una causa de justificación, no sólo omitiendo toda referencia a la posible concurrencia de aquella causa, sino tergiversando la relación fáctica del suceso a efectos de hacer difícilmente verificable la misma:* A y B asaltan a C en un paraje solitario amenazándole con sendas navajas; ante ello C hace uso de un arma de fuego produciendo lesiones a B; D, único testigo del hecho, denuncia que C disparó contra B sin mediar motivo extremo que confirman A y B.

En este supuesto la existencia del delito de acusación y denuncia falsa parece fuera de duda, pues aparte de concurrir los elementos típicos necesarios («imputación de hechos que si fueran ciertos constituirían delito») la falsedad de aquellos ostenta una entidad suficiente para la perversión de los fines del proceso penal; en efecto, se trata de hacer aparecer de forma distorsionada una situación fáctica fácilmente encuadrable en una causa de justificación a efectos de dirigir la causa contra una persona a la que «falsamente» se imputa la realización de unos hechos penalmente no exactos.

Expuesta ya mi posición sobre el significado a proporcionar a la expresión «constituirían delito o falta», me ocuparé ahora de tres cuestiones en las que incide directamente aquella posición. Me refiero a la problemática suscitada por el tratamiento a otorgar: a) A la imputación de hechos delictivos indultados o prescritos; b) A la imputación falsaria de hechos delictivos a sujetos incurso en una causa de inculpabilidad; y c) A la imputación de hechos delictivos exentos de pena por concurrencia de una excusa absolutoria.

a) Respecto del primer punto resulta cierto que la atribución de tales hechos es capaz de provocar una actuación procesal del órgano jurisdiccional; éste, según determina el artículo 657 de la Ley procesal penal, decretará el sobreseimiento libre como punto final de la cuestión de previo pronunciamiento alegada. Sin embargo, entiendo que no cabe hablar de delito de acusación y denuncia falsa en cuanto que los hechos imputados son ciertos; el sujeto ha efectivamente realizado un delito aún cuando la responsabilidad penal derivada de aquella realización le haya sido condonada o el hecho no sea ya susceptible de perseguibilidad penal.

Dicha conducta implica simplemente una disfunción procesal no punible. No es aceptable la tesis propuesta por Quintero Olivares (50) conforme a la cual la conducta no es punible por no poderse cumplir la exigencia legal de sobreseimiento (?) ya que entiendo que el órgano jurisdiccional está obligado en estos casos a abstenerse.

b) En cuanto a la falsa imputación de hechos a personas que se hallen incurso en una causa de exclusión de la culpabilidad, ningún problema plantea el supuesto de atribución de hechos que no han existido en la realidad o que, habiendo acaecido, son penalmente irrele-

(50) Vid, *ob. cit.*, p. 844.

vantes: tal conducta constituye indefectiblemente el delito previsto en el artículo 325 del texto legal.

Mayores problemas genera la atribución de hechos delictivos ciertos pero realizados por persona distinta a aquella a la que se atribuyen y en la cual concurre la condición de menor de edad penal o la presencia de una enajenación mental, así como la atribución a los mismos sujetos de un hecho cierto pero amparado por una causa de justificación.

En efecto, el menor de edad penal se halla al margen de la normativa penal en el sentido de que ni siquiera puede ser encausado por la presunta comisión de un delito; de manera que, ante la falsa denuncia de realización de un hecho penalmente relevante, los Tribunales ordinarios están obligados *ex lege* a inhibirse en favor de la llamada Jurisdicción de Menores cuyos Tribunales, tras la incoación del oportuno expediente, decretarán la aplicación o no aplicación de medidas al menor.

Es evidente, pues, que ante el supuesto de atribución falsa de un hecho delictivo a un menor, el órgano jurisdiccional competente para instruir y activar la causa por aquellos hechos se inhibirá en favor de la jurisdicción de menores y el menor falsamente denunciado quedará indefenso tanto si se demuestra la falsedad de la imputación (porque el acto que ponga punto final al expediente no constituirá una sentencia o un auto de sobreseimiento), como si se comprueba que efectivamente causó la lesión pero amparado por una causa de justificación al no poderse querellar como perjudicado por el delito de denuncia falsa al faltar también aquella condición legal.

Por lo que concierne al enajenado es posible distinguir diversos supuestos:

1. Imputación a un enajenado de hechos falsos por inexistentes o por no integrar un ilícito penalmente relevante. Constituye acusación y denuncia falsa.

2. Imputación de hechos delictivos ciertos a una persona omitiendo su condición de enajenado. Constituye un acto atípico ya que el sujeto ha efectivamente realizado el tipo de injusto. Igualmente si la imputación de hechos ciertos se lleva a cabo omitiendo la posible concurrencia de un trastorno mental transitorio o de miedo insuperable.

3. Imputación de hechos ciertos pero llevada a cabo por persona distinta al enajenado al cual se atribuyen falsamente. Constituye acusación y denuncia falsa.

4. Imputación de hechos ciertos pero amparados en una causa de justificación. Recibe el mismo tratamiento que propugnaba en páginas anteriores para la atribución de hechos de tal naturaleza a persona no incurso en causa de inimputabilidad.

La viabilidad en el conjunto del sistema penal español de la interpretación que se propone viene ratificada por el idéntico tratamiento procesal que reciben las personas incurso en una causa de exclusión de la culpabilidad en los artículos 637, número 3.º, y 638 y 640 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

c) La imputación de un hecho delictivo cierto a una persona determinada en la que concurre una causa personal de exclusión de la pena no constituye el delito previsto en el artículo 325 porque el hecho delictivo es cierto (y como tal debe ser objeto de enjuiciamiento) al no excluir aquella causa la presencia del delito sino sólo, excepcionalmente, el castigo del mismo (51).

4.3. *Los hechos constitutivos de infracción penal pública*

La exigencia típica de que la imputación de hechos lo sea de un delito o falta se extiende a un determinado sector de infracciones penales: aquellas erróneamente denominadas perseguibles de oficio y que prefiero denominar públicas.

Verdad es que la propia letra de la ley utiliza en el artículo 325 la expresión delito o falta «de los que dan lugar a procedimiento de oficio» pero ello no es más que otro exponente de la irreflexión legislativa que caracteriza todo nuestro proceso codificador penal; efectivamente, la expresión proviene del Código penal de 1870, momento histórico en el que estaba realmente vigente la iniciación de oficio del proceso penal que era de carácter inquisitivo, secreto y regido por el sistema de prueba legal y tasada (52).

Esta expresión legal, como la totalidad de la expresión típica, ha pasado a los sucesivos Códigos penales que no se han hecho eco de la abolición del sistema inquisitivo y su sustitución por un sistema procesal penal de índole acusatoria ya desde la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882. Y tal irreflexión no es un hecho aislado sino que se repite, y con consecuencias de mayor gravedad, en la configuración legal de los tipos de falso testimonio en juicio criminal, por lo que resulta necesario ponerla de manifiesto tanto más cuanto que, en cierta medida, persiste por lo que a la acusación y denuncia falsa se refiere en la Propuesta de Anteproyecto de Código penal de 1983 (53).

La extensión a la infracciones públicas implica la exclusión del ámbito típico de los delitos estrictamente privados, esto es, la injuria y la calumnia sujetos a la condición de procedibilidad de previa quere-

(51) Así MIR PUIG, *ob. cit.*, pp. 98-99.

(52) Se hallaba efectivamente vigente en materia procesal penal el Reglamento Provisional de 1835 que, con expresas remisiones a la Novísima Recopilación, mantenía aquel sistema en el que los intentos flexibilizadores de la Ley 45 de aplicación del Código penal de 1848 se habían limitado a disminuir el rígido principio de prueba tasada, pero no habían derogado, sino al contrario, la iniciación de oficio.

(53) El artículo 427 de la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código penal describe la conducta prohibida en los siguientes términos:

«Los que imputaren falsamente a alguna persona hechos que si fueran ciertos constituirían infracción penal, si esta imputación se hiciera ante funcionario judicial o administrativo que tenga el deber de proceder a su averiguación, serán sancionados... No podrá procederse contra el denunciante o acusador sino en virtud de sentencia firme o auto de sobreseimiento o archivo del Tribunal o Juez que hubiere conocido la infracción imputada. Estos mandarán proceder de oficio...»

lla del ofendido, y de aquellos delitos, correctamente denominados semipúblicos, en los que se establece una excepción al deber genérico de denunciar que se articula en ellos como facultad de los sujetos estrictamente delimitados *ex lege*, como acontece con los delitos de violación, abusos deshonestos, estupro, raptó y abandono de familia (54).

Dos cuestiones pueden plantearse alrededor de la marginación de aquellas infracciones delictivas del ámbito de la figura prevista en el artículo 325.

La primera hace referencia al supuesto de que el sujeto legitimado para denunciar atribuya la realización de un hecho delictivo no cierto a persona determinada o determinable. (A denuncia que B la ha violado, siendo así que no es cierto que haya tenido lugar tal atentado a la libre determinación sexual de A).

En este caso, la denunciante se presenta como víctima de un delito inexistente, pero su conducta no puede cumplir por mandato legal el tipo del artículo 325; tampoco es constitutivo de la figura de simulación de delito prevista en el artículo 338 del Código penal en cuanto que, según reiterada doctrina y jurisprudencia, éste sanciona la indebida puesta en marcha del proceso penal atribuyéndose falsamente la condición de responsable o de víctima de un delito que no se atribuye a persona alguna. La conducta, gravemente peligrosa para los fines del proceso, resulta impune salvo el recurso a una compleja construcción de una falsedad ideológica en documento oficial ya que la denuncia, aun la verbal, se documenta. Al falsamente imputado le resta únicamente, si concurren los requisitos típicos, una acción por injurias graves del apartado 1.º del artículo 458 en relación con el artículo 457 del Código penal (55).

La segunda cuestión es similar a la enunciada en las líneas precedentes pero reviste, a mi juicio, mayor gravedad desde una perspectiva material: A, miembro del Ministerio Fiscal, movido por un profundo resentimiento contra B, denuncia al amparo de lo dispuesto en el artículo 443 del Código penal, que éste ha violado a C menor de edad; tal hecho no es cierto.

Evidentemente la conducta del Ministerio Fiscal no podrá integrarse en el ámbito de la figura regulada en el artículo 325; tampoco en la simulación de delito del artículo 338 en cuanto que no se presenta como víctima del delito y no constituirá un delito de prevaricación por inexistencia de un tipo penal en el cual tal conducta sea subsumible; ni tampoco es posible el remedio de la incriminación por falso testimonio en cuanto que difícilmente el Fiscal será llamado a declarar. La conducta absolutamente reñida con los fines que se asignan a nivel constitucional al Ministerio Fiscal y con la función que está llamado a cumplir estatutaria y procesalmente, y a la vez gravemente peligrosa

(54) El Código penal de 1928 preveía en cambio, y de modo excepcional en nuestro sistema punitivo, tales supuestos en su artículo 406.

(55) Salvo si la persona que denuncia es llamada a declarar como testigo y se ratifica en cuyo caso la conducta será punible como falso testimonio.

para los fines del proceso dada la excepcional posición que ocupa en el mismo, es, como tal, impune.

5. *El destinatario de la imputación*

Sobre esta cuestión la letra de la ley es taxativa: la atribución de hechos delictivos falsos a persona determinada o determinable, debe llevarse a cabo ante funcionario administrativo o judicial que, por razón de su cargo, debiera proceder a su averiguación y castigo.

Este requisito no se inserta arbitrariamente en la ley ni responde, como parece apuntar un sector doctrinal, a un afán diferenciador por parte del legislador entre la figura del artículo 325 y la calumnia que se distinguen, como vimos, por razones distintas; por el contrario, la exigencia posee un motivo específico y definido: el destinatario de la imputación debe ser necesariamente (porque lo que se pretende proteger es el proceso penal) el sujeto o sujetos idóneos para perseguir o investigar los hechos y para imponer, en su caso, la pena al que, en sentencia firme, es declarado responsable de tales hechos delictivos.

Dicho en otros términos, bien los sujetos aptos para recibir la notitiae criminis que después, por imperativo legal, deben poner en conocimiento de la autoridad judicial competente para impulsar la investigación sobre los hechos, o bien aquéllos a los que, también por ministerio de la ley, se les confiere la recepción del acto procesal formal llamado querrela en virtud del cual una persona determinada imputa a otra la realización de un hecho penalmente relevante constituyéndose, a la vez, en parte acusadora en el proceso penal a cuyo nacimiento da lugar con su acción.

Ello supone que, en definitiva, la imputación en forma de denuncia podrá realizarse ante cualquier funcionario (56) en el que concurra la condición de Policía Judicial (57) cuya misión es la evitación y persecución de los delitos bajo la dirección de la Autoridad Judicial o del Ministerio Fiscal; ante el Ministerio Fiscal o ante el órgano jurisdiccional. La imputación formal mediante querrela tendrá como destinatario único a la Autoridad Judicial competente para incoar la causa penal por aquellos hechos.

B) PARTE SUBJETIVA DEL TIPO

La parte subjetiva del tipo positivo se integra exclusivamente por el dolo, no pareciendo viable la tesis favorable a la apreciación en la

(56) Exigiendo la presencia física en virtud de una interpretación literal del término legal «ante», CÓRDOBA RODA, Comentarios cit., p. 1095. En el sentido propuesto en el texto, las sentencias de 24 de octubre de 1974 y 1 de febrero de 1975.

(57) Vid, la amplia configuración de la denominada Policía Judicial en nuestro sistema penal en el artículo 283 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y en la Ley Orgánica de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado de junio de 1986. Concretamente, también, las sentencias de 20 de diciembre de 1948; 24 de abril de 1951; 6 de diciembre de 1957, y 7 de octubre de 1968, entre otras.

misma de un elemento subjetivo del injusto derivado de la interpretación en tal sentido de la expresión legal «imputar falsamente» a la que otorgo en páginas anteriores un contenido y función distintos.

El dolo en el delito de acusación y denuncia falsa debe abarcar la resolución de llevar a cabo la acción de atribución de hechos falsos ante funcionario idóneo para proceder a su persecución y castigo conociendo que en ella concurren los elementos necesarios para la realización del tipo de injusto. No me parece correcta la opinión jurisprudencial (58) que exige la presencia de dolo directo de primer grado, siendo así que no repugna a la estructura típica la posibilidad de un dolo eventual.

La falsedad de la imputación, el carácter de infracción pública de los hechos, así como las específicas condiciones de los destinatarios de la imputación constituyen elementos esenciales del tipo y, en consecuencia, el error sobre los mismos se regirá por las reglas establecidas para el error sobre un elemento esencial de la infracción penal en el artículo 6, bis del Código penal.

III. LA EXIGENCIA DE QUE HUBIERE RECAIDO SENTENCIA O AUTO DE SOBRESEIMIENTO FIRMES COMO CONDICION OBJETIVA DE PUNIBILIDAD

Una de las últimas cuestiones a tratar en el marco de la figura hace referencia a los problemas derivados de lo dispuesto en los párrafos finales del artículo 325 en los cuales se determina:

«No se procederá, sin embargo, contra el denunciador o acusador sino en virtud de sentencia firme o auto también firme del Tribunal que hubiere conocido del delito imputado. Este mandará proceder de oficio contra el denunciador o acusador siempre que de la causa resultaren méritos bastantes para abrir el nuevo proceso».

La doctrina mayoritaria, como indiqué en el epígrafe dedicado a delimitar el bien jurídico protegido en el precepto, coincide en considerar dichos párrafos indisolublemente unidos, por un lado, a efectos interpretativos y, por otro, en otorgarles una unitaria naturaleza de cuestión de procedibilidad; existe, además, práctica unanimidad en el significado proporcionado a las expresiones legales «sentencia firme» en el sentido de admitir tanto la sentencia condenatoria como la absoluta firme (59) y a la de «auto de sobreseimiento, también firme» en la que se integran, según la doctrina, tanto el sobreseimiento libre como el provisional. Me limitaré, por tanto, en los siguientes párrafos a destacar las posiciones doctrinales divergentes respecto de aquel sentir mayoritario y la mía propia en cada uno de los puntos a los que he hecho referencia.

(58) Significativas en este sentido, las sentencias de 28 de abril de 1897; 5 de octubre de 1914; 20 de diciembre de 1948, y 20 de octubre de 1971.

(59) Así CÓRDOBA RODA, *Comentarios cit.*, p. 1098.

En primer lugar, no parece correcto calificar de cuestión de credibilidad a la exigencia legal de condicionar la punición de la conducta a que haya recaído una resolución judicial definitiva de fondo sobre la causa que se inició a consecuencia de la presuntamente falsa imputación de hechos.

Y ello porque no se trata tanto de una imposibilidad de proceder procesalmente contra el falso denunciador o acusador, como de una decisión legislativa fundamentada en el contexto jurídico procesal en que tal conducta va a desplegar sus efectos, de condicionar la concreta punición de la conducta al pronunciamiento definitivo de la verdad material de los hechos únicamente posibles a través de las resoluciones judiciales citadas en la Ley penal. Nos hallamos, pues, ante una condición objetiva de punibilidad, esto es, ante una traba penal y no procesal a la concreta punición del hecho la cual, como pone de manifiesto Mir Puig (60), no afecta al injusto del hecho porque no condiciona la prohibición del mismo ni en su existencia ni en su gravedad, incidiendo únicamente en la oportunidad político criminal de su punibilidad.

En el mismo sentido Córdoba Roda (61), señalando el distinto significado de la expresión «conducta combinada con una pena» respecto de la expresión «conducta penada por la Ley», pone de relieve que «la primera sólo expresa el requisito de la tipicidad de la conducta, pero que la tipicidad no significa aún penalidad de la misma», y propone, como ejemplo de sus manifestaciones, lo siguiente: «El imputar falsamente a una persona hechos que si fueran ciertos constituirían delito o falta de los que dan lugar a procedimiento de oficio..., constituye una acción conminada con una penal», esto es, una conducta prohibida bajo pena, pero «para que concurra la penalidad, conforme al párrafo 4.º de este artículo, debe dictarse sentencia o auto de sobreseimiento del Tribunal que hubiera conocido la causa».

En segundo lugar, dicha condición objetiva de punibilidad se agota en la exigencia legal de la existencia de una resolución judicial de fondo sobre el asunto litigioso; y, si tal exigencia se agota en la existencia de dicha resolución del órgano jurisdiccional que pone término al proceso, la consecuencia lógica es que la condición objetiva de punibilidad se cumple en el momento mismo en que aquellas resoluciones adquieren firmeza. Lo expuesto implica pronunciarme en favor de un obligado tratamiento diferenciado de los dos párrafos finales del artículo 325 a los que considero ligados sólo por una sucesión temporal, necesaria y coherente desde un prisma de la dinámica procedimental.

Dentro del marco de la descripción legal de la condición objetiva de punibilidad se plantea una cuestión interpretativa de notoria relevancia; me refiero a la consideración de si la resolución judicial (sen-

(60) Vid, *ob. cit.*, p. 122.

(61) En estos términos se manifestaba CÓRDOBA RODA, en Notas al «Tratado de D.º Penal» de R. MAURACH, 1962, p. 176; como se ha señalado en sus posteriores Comentarios al Código penal, III, sostiene que nos hallamos en presencia de una cuestión de procedibilidad.

tencia o auto de sobreseimiento) debe ostentar o no la categoría procesal de resolución judicial definitiva sobre el fondo del asunto.

En todo caso parece que la sentencia a que se refiere el artículo 325 ha de ser absolutoria para la persona a la que se imputaban los hechos falsos por lo menos para aquellos hechos enjuiciados que resulten no ciertos; puede, sin embargo, ser condenatoria por otros hechos conjuntamente juzgados o para otros sujetos, autores o partícipes de los mismos hechos imputados falsamente a aquella persona, o de otros también conjuntamente juzgados.

Y ello debe ser así entendido porque si la sentencia que recae en el enjuiciamiento de los hechos atribuidos a una persona es condenatoria para aquella persona, los hechos deben considerarse jurídicamente ciertos cumpliéndose, de este modo, la declaración de la verdad material de los mismos. Naturalmente si los hechos imputados son declarados verdaderos no hay delito de acusación y denuncia falsa.

El Código penal alude a resolución firme refiriéndose indistintamente a sentencia y a auto de sobreseimiento lo que permite a Córdoba Roda (62) afirmar que éste puede ser libre o provisional. Más esta interpretación es estrictamente literal y ajena no sólo a la diferente función procesal de una u otra clase de resolución judicial, sino también a una interpretación teleológica del término «firme» así como a una acotación garantista de la totalidad del precepto en el que no se tutelan los intereses del falsamente sometido a juicio, sino un bien de carácter estatal como es el ejercicio de la Jurisdicción a través del proceso dirigido a sus fines.

Efectivamente, por sentencia firme debe entenderse aquella resolución judicial que pone fin a un proceso y contra la que no cabe recurso alguno; es decir, una resolución judicial definitiva en cuanto zanja la cuestión debatida, siendo, además, inmodificable e invariable. En términos sintéticos: cosa juzgada material.

Y ciertamente que el Código penal habla de sobreseimiento sin explicitar de qué clase debe ser esta resolución judicial con la que se pone término, de forma anómala, al proceso penal, pero lo hace en conexión directa con la exigencia de una «sentencia firme» y añadiendo la expresión «también firme»; el contenido y la naturaleza procesal de la sentencia unido a la utilización del adverbio «también», indica que el sobreseimiento debe ser de igual naturaleza y de iguales efectos que la sentencia firme. O lo que es lo mismo, el sobreseimiento debe igualmente zanjar de manera definitiva la cuestión debatida y ser inmodificable e invariable.

De las dos clases de sobreseimiento previstos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sólo el libre reúne tales condiciones, puesto que el sobreseimiento provisional suspende solamente de modo temporal

(62) Vid. *ob. cit.*, p. 1099. La línea jurisprudencial tradicional requiere la concurrencia de un auto de sobreseimiento libre (sentencias de 1 de febrero de 1975 y de 9 de febrero de 1979, entre otras), si bien en alguna ocasión el Tribunal Supremo ha admitido la suficiencia de un sobreseimiento provisional (sentencia de 27 de abril de 1970).

el proceso penal por faltar en él la averiguación de algún elemento fáctico, sin el cual no puede dictarse sentencia sobre el fondo.

IV. EL MANDATO-EXCEPCION DE PROCEDER DEL ARTICULO 325 IN FINE

En lo relativo a la cuestión del contenido y significado a proporcionar a los dos últimos párrafos del artículo 325, enunciada mi posición de considerar cumplida la condición objetiva de punibilidad en el momento en que devienen firmes las resoluciones judiciales, se impone la consideración separada del párrafo último del mismo artículo y la exposición de la línea de pensamiento que ha motivado tal posición.

Córdoba Roda (63) trata este último apartado desglosando correctamente el enunciado en sus dos aspectos diferenciales: «el proceder de oficio» y «la concurrencia de méritos bastantes». Con ello inicia una postura de distanciamiento respecto de la generalidad de la doctrina alejándose, a la vez, de la posición mayoritaria de los procesalistas españoles actuales conforme a la cual existen tres formas de iniciación de un proceso penal: la denuncia, la querrela y de oficio por el Juez.

El Profesor Córdoba Roda interpreta el apartado objeto de análisis, no como un exponente de un acto de iniciación de oficio por parte del Tribunal, sino como un mandato legal dirigido al mismo a fin de que, si de la causa seguida se derivan indicios racionales de la comisión del delito de acusación y denuncia falsa, ponga en conocimiento tal hecho al órgano jurisdiccional competente para proceder a su averiguación y castigo.

Siendo válida la postura del citado autor y partiendo en lo fundamental de la tesis por el mismo sustentada, el párrafo último del artículo 325 puede ser interpretado, de manera distinta a la tradicional, retomando la posición respecto de las formas de iniciación del proceso penal de procesalistas españoles próximos en el tiempo a la promulgación de la Ley procesal penal y desarrollándola en relación con los principios informadores del proceso penal y con el inalienable derecho al proceso debido («due process in law»). Tal interpretación sería la siguiente:

La Ley de Enjuiciamiento Criminal acoge el sistema acusatorio si bien sustrae el impulso (que no la iniciación) del proceso de la esfera de las partes por existir en el proceso penal un indudable interés público; el impulso se reserva al órgano jurisdiccional que aparece configurado como el único garante de la imparcialidad que debe presidir todo el proceso penal.

Si acoge este sistema sólo admite, en consecuencia, dos formas de

(63) Vid, Comentarios cit., p. 1100; y también FERRER SAMA, en «Acusación y denuncia falsa», cit., pp. 372-373.

iniciación del mismo: la denuncia y la querrela, rechazando la reminiscencia inquisitorial del oficio aunque la instrucción sumarial del proceso la regula con carácter predominantemente inquisitivo con la finalidad de «restablecer la igualdad de condiciones de lucha entre el Estado y el delincuente noblemente sostenida» de forma que «aquél tenga alguna ventaja sobre este en los primeros momentos...» (64).

Tampoco, y precisamente por ello, deja la Ley procesal al arbitrio de los ciudadanos la facultad de denunciar ni admite el principio de oportunidad en la persecución de los delitos; al contrario, impone a todos los ciudadanos el deber de denunciar lo cual no tendría sentido si aceptara la incoación de oficio. Al mismo tiempo regula la actuación de la Policía Judicial y del Ministerio Fiscal bajo el principio de legalidad y a éste le impone (al igual que su Estatuto Orgánico) el deber de denunciar todos los hechos delictivos «in rem» y de querrellarse por todos los hechos delictivos «in persona».

A pesar de ello, determinados delitos y concretamente los que se realizan a través del proceso como la acusación y denuncia falsa, (que se nutren por su propia naturaleza y estructura típica de elementos valorativos del Tribunal que incoa la causa por aquellos hechos que juzga) podrían quedar sin persecución si no se facultare al Tribunal para denunciar el presunto hecho delictivo acaecido o constatado durante el proceso.

Y digo facultare al Tribunal porque el Juez en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales no puede denunciar ni acusar como tampoco le es permitido proceder de oficio. Y así lo hace la Ley procesal cuando en el artículo 638, párrafo último, establece que «el Tribunal..., podrá... mandar proceder..., contra el querellante con arreglo a lo dispuesto en el Código Penal», configurando, de esta manera, un mandato expreso al Tribunal que conoció del presunto delito de denunciar si considerase que hay indicios racionales de delito en la imputación realizada.

Pues bien, este mandato se repite en el propio Código penal en la figura del artículo 325 y en términos prácticamente idénticos. El último párrafo del citado artículo contiene, en consecuencia, una norma de naturaleza procesal; esta técnica se repite en nuestro texto punitivo de igual manera que es posible hallar en la Ley procesal penal preceptos de naturaleza penal (65).

(64) Así se expresaba ALONSO MARTÍNEZ, en la Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882. El carácter inquisitivo que se conservaba en parte en la Ley de 1882 respecto de la instrucción del sumario, se ha visto notablemente desvirtuado a raíz de la consagración constitucional del derecho de defensa (artículos 24 y 17,3.º) y de las modificaciones en este sentido a la Ley procesal penal.

(65) De lo que resulta exponente el último párrafo de la disposición legal tercera del artículo 20 del Código penal que, procedente de la Reforma de 1983, es una norma de carácter netamente procesal, y la excusa absolutoria prevista en el artículo 715 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el testigo en causa criminal que, habiendo declarado falsamente en el sumario, dijere verdad en el Juicio oral. Sobre la naturaleza penal de dicho precepto, considerado unánimemente por la doctrina como una cuestión de procedibilidad, vid., MAGALDI, «El falso testimonio...», cit., pp. 56 y ss.

En concordancia con lo anteriormente expuesto parece perfectamente viable interpretar aquel último párrafo del artículo 325 en el sentido exclusivo de un *mandato-excepción* al Tribunal que conoció la causa incoada en base a unos hechos presuntamente falsos; a través del mismo se le faculta a hacer, *excepcionalmente*, lo que de manera general le está prohibido: poner en conocimiento del órgano jurisdiccional competente unos hechos, acaecidos en el proceso, que revisten indicios racionales de una determinada infracción penal, sin que ello presuponga prejuzgar la decisión del instructor y del juzgador de los mismos en su día.

Tal mandato-excepción no constituye, por tanto, requisito de procedibilidad alguno lo cual permite (como se dijo) que el perjudicado por el delito (el falsamente imputado y/o el Ministerio Fiscal) pueda querellarse contra el denunciador o acusador desde el mismo momento en que la resolución judicial definitiva adquiera firmeza al tratarse de un delito público la figura descrita en el artículo 325 de nuestro texto punitivo vigente (66).

(66) En contra reiterada jurisprudencia; resultan en extremo significativas las sentencias de 4 de julio de 1958 y de 27 de mayo de 1966.

La participación y el auxilio ejecutivo en el suicidio: un intento de reinterpretación constitucional del artículo 409 del Código penal

BERNARDO DEL ROSAL BLASCO

Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad Complutense de Madrid

I. INTRODUCCION

El artículo 409 del Código penal vigente es, probablemente, uno de los preceptos más atractivos y sugerentes —a la vez que más complejos técnicamente— de los que dicho texto legal ofrece al penalista para su estudio. Porque nos remite, inmediatamente, a un problema —el del alcance y límites de la disponibilidad de la propia vida— que, por afectar a la misma raíz existencial del hombre, ha sido, y será, siempre objeto de controversia.

No es ahora el momento ni el lugar —ni, seguramente, lo permitirían las limitaciones del autor— para intentar un ensayo filosófico sobre asunto tan conflictivo. Pero sí hay que significar que la doctrina penal española, que ha estudiado con interés y acierto la difícil problemática técnico-jurídica que plantea el artículo 409, ha descuidado la exposición y la discusión de los presupuestos filosóficos y constitucionales de tal configuración legal, con lo que ha desatendido aspectos esenciales de la interpretación del precepto.

Los primeros —los presupuestos filosóficos—, no se han tomado en consideración, o, cuando menos, no se han expuesto y justificado suficientemente, quizá por un exceso de conformismo acrítico con la moral (católica) dominante, que ha impregnado, y aún impregna, de forma más que deseable, nuestro viejo texto punitivo. Ello ha restado mucha de la vitalidad y riqueza con la que se debería haber afrontado la discusión de la problemática jurídica del artículo 409. Porque no se debe de perder de vista que, en el fondo, la hermenéutica jurídica encuentra sus razones y justificaciones más íntimas en una determinada concepción (política, filosófica, antropológica, etc.) del hombre y del cosmos (1).

(1) VIVES ANTÓN, T. S.: «Dos problemas del positivismo jurídico», en *Escritos Penales*, Universidad de Valencia, 1979, pp. 349-350; BACIGULPO, E.: *Delito y Punibilidad*, Madrid, 1983, p. 25.

Los segundos —los presupuestos constitucionales—, por obvias razones, no han merecido que se les tuviera seriamente en cuenta hasta la entrada en vigor de la Constitución de 1978. A pesar de ello, en las obras posteriores a ésta que se han ocupado del tema —y a diferencia de lo que ha sido, por ejemplo, el debate sobre el aborto—, su consideración ha sido escasa, por no decir nula. Sin embargo, desde nuestro punto de vista, tal posición, que menosprecia o no valora debidamente las referencias constitucionales, no es deseable. Porque, en una situación jurídica tan peculiar como la nuestra, en la que se mantiene vigente un Código penal cuya amplia mayoría de preceptos han nacido con anterioridad al texto constitucional, «una “interpretación según la Constitución” puede llevar a cabo una incalculable tarea de adecuación del sistema penal a los imperativos constitucionales, eliminando parte de las consecuencias del autoritarismo en el ámbito de la legislación penal y excluyendo, en consecuencia, del ámbito de lo punible, conductas que no debieran haber ingresado en él» (2).

Nuestra intención, por tanto, es la de abordar la temática jurídica del artículo 409 desde una perspectiva algo diferente a la escogida tradicionalmente para ello: precisamente, la de los presupuestos filosóficos o ideológicos y constitucionales. Ello nos va a permitir, además, adoptar una perspectiva interpretativa también diferente en algunos de los más interesantes y conflictivos problemas que ha planteado, y plantea, el precepto objeto de nuestra atención.

II. LOS LIMITES CONSTITUCIONALES DE LA PUNICION DE LA PARTICIPACION Y EL AUXILIO EJECUTIVO EN EL SUICIDIO

1. PLANTEAMIENTO

El artículo 409 de nuestro Código penal vigente castiga, con la pena de prisión mayor, al «que prestare auxilio o induzca a otro para que se suicide» y, con la de reclusión menor, al que «se lo prestare hasta el punto de ejecutar él mismo la muerte».

De él se ha dicho muy recientemente que «constituye la prueba de la escasa relevancia del consentimiento en los delitos contra la vida humana independiente» (3). Al margen de lo matizable o discutible que pudiera resultar esta afirmación (4), lo que, en cualquier caso, no re-

(2) VIVES ANTÓN, T. S.: «Reforma política y Derecho penal», en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 1, 1977, p. 110. La importancia del *principio jerárquico* en la interpretación jurídico-penal ha sido destacada con acierto por SOLER, S.: *Interpretación de la Ley*, Barcelona, 1962, p. 169.

(3) BAJO FERNÁNDEZ, M.: *Manual de Derecho Penal (Parte Especial)*. Delitos contra las personas, Madrid, 1986, p. 87.

(4) Porque, desde otra perspectiva, se ha podido, sin embargo, afirmar que, en estos

sulta tan evidente es si, a la vista de lo dispuesto en la Constitución de 1978, ello —esto es: la escasa o nula relevancia del consentimiento en tales delitos— debe de ser así. Y, sobre todo, lo que la doctrina no ha definido claramente ha sido el fundamento del *por qué* el consentimiento no debe ser eficaz o debe de ser escasamente eficaz, así como los límites —si es que los hay— a tal ineficacia o escasa eficacia.

Como se puede observar, el artículo 409 tiene mucho que ver con el problema de la disponibilidad jurídica de la propia vida y con la posición que, a la vista de lo dispuesto en nuestro texto constitucional, se adopte frente al mismo. Y, por supuesto, la solución a cualquiera de los problemas que plantea el citado precepto habrá de pasar, necesariamente, por una reinterpretación constitucional del mismo.

En este sentido, la postura tradicionalmente adoptada por la doctrina española ha sido la de partir del carácter «absoluto e intangible» del derecho a la vida, así como de la ausencia de toda posibilidad de disposición sobre la misma por parte de su titular (5). En consonancia con tales premisas, se ha sustentado que «el derecho a la vida que tutela el artículo 15 de la Constitución tiene... el sentido primordial... de una garantía frente al Estado, que obliga a éste a respetar y proteger la vida de todos», pero «no tiene, en cambio... el sentido de engendrar a favor del individuo la facultad de libre disposición de su propia vida, de tal manera que pueda consentir válidamente su muerte» (6). Igualmente, se ha llegado a decir que, si bien el suicidio es una conducta atípica, «parece evidente que el derecho positivo parte de la antijuridicidad de la conducta suicida, pues en otro caso no se explicaría cómo puede gravarse con el tipo la acción de quien participa en un acto no injusto» (7). De hecho —se matiza—; si el suicidio no se castiga no es sino por razones empíricas (8), por obvias razones de practicidad (9) o por razones de política criminal (10).

delitos, el consentimiento «juega un papel sobresaliente de atenuación de la penalidad» (DEL ROSAL/COBO/RODRIGUEZ MOURULLO: *Derecho Penal Español (Parte Especial)*: «Delitos contra las personas», Madrid, 1962, p. 120) o que «el consentimiento del sujeto pasivo opera, de modo indirecto y sutil, pero más eficiente de lo que a primera vista pudiera suponerse» (QUINTANO RIPOLLES, A.: *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, tomo I, vol. I, 2.ª ed. puesta al día por E. GIMBERNAT ORDEIG, Madrid, 1972, p. 327).

(5) En tal sentido, v., por todos, COBO DEL ROSAL, M.: «Protección jurídico-penal del derecho a la vida y su negación», en *Estudios de Filosofía del Derecho y Ciencia Jurídica en Memoria y Homenaje al Catedrático Don LUIS LEGAZ y LACAMBRA (1906-1980)*, vol. I, Madrid, 1983, pp. 259 y ss.

(6) RODRIGUEZ MOURULLO, G.: «Derecho a la vida y a la integridad personal y abolición de la pena de muerte», en *Comentarios a la Legislación Penal*, tomo I: Derecho Penal y Constitución, Madrid, 1982, p. 79.

(7) TORIO, A.: «La noción jurídica de suicidio», en *Estudios de Derecho Público y Privado, ofrecidos al Prof. Dr. D. IGNACIO SERRANO y SERRANO*, tomo II, Valladolid, 1965, nota 5, p. 656.

(8) *Ibidem*.

(9) DEL ROSAL/COBO/RODRIGUEZ MOURULLO: *PE* (cit. nota 4), p. 256; GIMBERNAT ORDEIG, E.: «Inducción y auxilio al suicidio», en *Estudios de Derecho Penal*, Madrid, 1976, p. 164.

(10) OLESA MUÑO, F. F.: *Inducción y Auxilio al Suicidio*, Barcelona, 1958, p. 15.

2. LA DISCUSION EN EL SENO DE LA DOCTRINA ALEMANA

El problema —como tantos otros— ha sido objeto de un amplio e intenso debate en el seno de la doctrina alemana que, además, en este caso concreto, ofrece para nosotros un particular interés por ser el primer inciso del artículo 15 de la Constitución española de 1978 («Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física») traducción literal del primer inciso del párrafo segundo del artículo 2 de la Ley Fundamental de Bonn (en adelante *GG*). Puntualizaremos, no obstante, que muchas de las opiniones recogidas en esta doctrina no son, en absoluto, novedosas y han sido objeto de consideración y discusión desde tiempos remotos y en foros doctrinales de la importancia, por ejemplo, de la Escuela Positiva italiana.

A) La tesis del deber jurídico de seguir viviendo

La doctrina germana ha ofrecido una gran disparidad de opiniones. Así, en un extremo se sitúa la posición de Schmidhäuser (11), quien entiende que el suicidio debe ser comprendido por el tipo del párrafo 212 del Código penal alemán (en adelante *StGB*) (12), pues de la «muerte de un hombre» se trata.

En efecto, para el autor, tanto en un caso (homicidio) como en el otro (suicidio), el desvalor en las circunstancias es exactamente el mismo, pues, en ambos, se trata de poner fin a la vida de un hombre antes de su término natural (13). Así las cosas, esa muerte típica que supone el suicidio será también antijurídica, porque las personas tienen, frente a la comunidad, el deber jurídico de seguir viviendo (14). Lo que sucede es que el suicidio, en la persona del suicida, presenta una especial causa de exculpación, ya que nos encontramos —siempre según Schmidhäuser— ante una situación paralela a la del estado de necesidad exculpante, en la que el sujeto se ve impulsado a la realización del injusto por unas condiciones vitales que él sufre sin otra solución. «Existe una imposibilidad de hallar otra solución cuando la vida ha perdido tan completamente su sentido para el que la vive que sólo se ve, como camino posible, la conclusión violenta de la misma» (15).

(11) SCHMIDHÄUSER, E.: «Selbstmord und Beteiligung am Selbstmord in strafrechtlicher sichts», en *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag*, Berlín, New York, 1974, pp. 801 y ss.

(12) Hay que tener presente que dicho precepto establece que «quien mata a un hombre sin ser asesino será castigado como homicida con pena privativa de libertad no inferior a cinco años».

(13) SCHMIDHÄUSER, E.: *FS für Welzel* (cit. nota 11), p. 812.

(14) *Ibidem*, p. 817. La existencia de dicho deber jurídico la justifica el autor de la siguiente forma: «Una comunidad que se tome a sí misma en serio, no podrá hacer depender su existencia del arbitrio de cada uno de los individuos, sino que debe estimular el respeto por la vida de sus miembros, también, ante los intentos de suicidio» (*Ibidem*, p. 817).

(15) *Ibidem*, p. 815.

A través de esta construcción jurídica, y afirmando la vigencia del principio de accesoriedad, el autor al que nos venimos refiriendo llega a la conclusión —aún no existiendo en el *StGB* un precepto similar al del primer inciso del artículo 409 de nuestro Código penal— de que son punibles los comportamientos de participación (instigación y complicidad) en el suicidio.

La posición de Schmidhäser no ha encontrado eco en la doctrina alemana posterior y, por el contrario, ha sido objeto de numerosas críticas. Así, por ejemplo, ya antes de la propia formulación de este autor, había advertido Gallas que ideas como las defendidas por Schmidhäuser suponían una desafortunada reminiscencia evocadora de un total deber de sumisión del individuo a la comunidad, incompatible con la actual concepción liberal del orden social (16). Por otra parte, son muchos los autores que, a la hora de criticar la construcción de un deber de seguir viviendo (*Weiterlebenspflicht*), recuerdan las palabras de Berner: «El individuo está obligado frente al Estado y frente a los demás mientras está vivo; pero no está obligado a vivir» (17).

Fuera de la doctrina alemana, ya se expresó en términos similarmente críticos, en contra de lo que él llamó «socialismo metafísico», Enrique Ferri, autor para quien la sociedad tiene el derecho de exigirle al hombre el respeto de los derechos sociales mientras éste vive y permanece en ella, y bajo su protección, pero «no tiene el derecho de imponer al hombre la obligación jurídica de existir o de permanecer en ella». Porque, desde el momento en que el hombre renuncia a la vida de un modo absoluto, o cuando renuncia solamente a la vida en el seno de una determinada sociedad, «él mismo se sustrae a toda relación jurídica con la propia sociedad» (18).

B) La tesis de la cualidad de no prohibido del suicidio

Una posición de signo y características muy diferentes a la anterior, ha sido la mantenida por la doctrina mayoritaria alemana desde hace ya muchos años, y que es la tesis de la cualidad de no prohibido (*unverbotenheit*) del suicidio.

El suicidio, según tal criterio, es un acto no prohibido, porque, además —se ha dicho (19)—, el que el ordenamiento jurídico regulara los supuestos de auto-causación de daño repugnaría a una concepción del Derecho que entienda éste como un orden regulador de la vida comu-

(16) GALLAS, W.: «Strafbares Unterlassen im Fall einer Selbsttötung», en *Beiträge zur Verbrechenslehre*, Berlín, 1968, p. 179.

(17) BERNER, A.: *Lehrbuch des Deutschen Strafrecht*, 17.ª ed., p. 91, cit. por GALLAS, W.: *Beiträge* (cit. nota 16), p. 179; ROXIN, C.: «Die Mitwirkung beim Suizid: ein Tötungsdelikt?», en *Festschrift für Eduard Dreher zum 70. Geburtstag*, Berlín, New York, 1977, p. 339.

(18) FERRI, E.: *Homicidio-suicidio*, traducido por CONCHA PEÑA, Madrid 1934, p. 34.

(19) BINDING, K.: *Handbuch des Strafrechts*, I. Band, 1885, p. 699, cit. por SCHMITT, R.: «Strafrechtlicher Schutz des Opfers vor sich Selbst?», en *Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag*, Karlsruhe, 1972, p. 113.

nitaria de los hombres y haría ceder la distinción del individuo como sujeto y como objeto del Derecho. En una palabra: si se pretendieran castigar los comportamientos de auto-causación de daño se estaría contradiciendo la esencia del Estado liberal.

Por otra parte, para determinados autores —como, por ejemplo, Gallas (20)—, la teoría de la cualidad de no prohibido del suicidio tiene la virtualidad de satisfacer, igualmente, necesidades político-jurídicas: el ordenamiento jurídico se abstiene, tanto en sentido positivo como en sentido negativo, de dictar una normativa en torno al suicidio y se evita, por una parte, tener que declarar que algo que prohíbe la moral supone la realización de una autorización jurídica y, por otra, tener que erigir, mediante la prohibición de los comportamientos suicidas, una regla de comportamiento jurídica para situaciones de obligación moral o existencial altamente personal.

De todas formas, el concepto de «no prohibido» es algo impreciso y algunos autores, entre ellos el propio Gallas (21), han intentado matizarlo identificándolo con el concepto de *espacio libre de regulación jurídica* (22). Así, ha dicho Gallas, tal concepto —el de espacio libre de regulación jurídica— «resulta indispensable para la caracterización de una libertad de obrar que (como la libertad de producirse la propia muerte) no es, al mismo tiempo, la realización de una acción justificada; es decir, que no puede referirse al otorgamiento de un derecho subjetivo o a la concesión de una autorización jurídica o a la de un permiso» (23).

Es decir, utilizando la explicación de este concepto dada por Arthur Kaufmann (24), existen toda una serie de comportamientos, entre los que se podría encontrar el suicidio, que no constituyen acciones legítimas ni ilegítimas; lo que sucede es que, ante ellas, todo el ordenamiento jurídico retira, ya sea por razones jurídico-políticas, ya lo sea por otro tipo de razones, sus normas, renunciando, de esta forma, a toda valoración. En casos como los del suicidio, pues, el orden jurídico «debe abstenerse de cualquier valoración; no debe ni prohibir ni

(20) GALLAS, W.: *Beiträge* (cit. nota 16), p. 181.

(21) *Ibidem*, nota 43, p. 180.

(22) Como relata K. LARENZ: *Metodología de la Ciencia del Derecho*, traducción de M. RODRÍGUEZ MOLINERO, 2.ª ed., Barcelona, 1980, p. 364, ya la doctrina jurídica del siglo XIX conoció un denominado «espacio libre de regulación jurídica»; es decir, «un sector que el orden jurídico deja sin regular». Así, los fenómenos y modos de comportamiento anímicos puramente internos, los pensamientos, sentimientos, opiniones, creencias, simpatías y antipatías, no son susceptibles, por su naturaleza, de una regulación jurídica». Sobre la problemática general de los llamados «espacios libres de regulación jurídica», v. ENGISCH, K.: «Der rechtsfreie Raum», en *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, 108, 1952, pp. 385 y ss.; del mismo *Introducción al Pensamiento Jurídico*, traducción de E. GARZÓN VALDÉS y presentación de L. GARCÍA SAN MIGUEL, Madrid, 1967, pp. 174 y ss.

(23) GALLAS, W.: *Beiträge* (cit. nota 16), nota 43, p. 180.

(24) KAUFMANN, ARTHUR: «Rechtsfreier Raum und eigenverantwortliche Entscheidung», en *Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag*, Karlsruhe, 1972, pp. 327 y ss.

autorizar, sino dejar un espacio libre de regulación jurídica, dentro del cual el individuo, por ser éticamente libre, es llamado a responder, por sus decisiones responsables que el Derecho debe respetar como si nunca hubiera entrado a considerarlas, sólo ante su conciencia» (25).

Una línea de pensamiento similar a la de la doctrina mayoritaria germana la mantuvo, a comienzos del presente siglo, Ravá, quien entendió que no existen derechos sobre la propia persona, sino *facultas agendi* o *facultad natural*; en tal concepción, el suicidio pertenece, al igual que el resto de los actos que implican disposición de la propia persona, a una esfera extrajurídica, en la cual existirían únicamente facultades o derechos puramente «naturales» (26).

A esta última doctrina se opuso rotundamente Ferri. «La conclusión de Ravá —sostuvo el ilustre representante de la Escuela Positiva italiana— es una simple diversión estratégica; porque, mientras se trata de saber si algunas acciones son o no lícitas y el modo como la ordenación jurídica deba regularlas, en el fondo lo que hace ese autor es afirmar que el derecho no debe ocuparse de esas acciones» (27). Porque, además —continuaba Ferri—, ¿acaso se puede concebir una acción del hombre viviente en estado de sociedad con los otros hombres como algo ajeno o extraño al Derecho? «El derecho objetivo, frente a todo posible acto humano, lo prohíbe, lo ordena o lo permite regulándolo, o no lo prohíbe» y fuera de tales relaciones jurídicas «no es posible concebir la actividad del individuo en la sociedad humana». Por ello, los actos de disposición sobre el propio cuerpo o están mandados o permitidos o prohibidos o no prohibidos (28). «Y como el suicidio no es castigado —concluye Ferri—... evidentemente ello tiene el valor *jurídico* de un acto lícito y corresponde, por consiguiente, al derecho subjetivo que tiene todo hombre sobre su propia persona» (29).

Dentro de la propia doctrina alemana actual, la tesis de la doctrina mayoritaria no ha quedado exenta de críticas.

Así, de la tesis de la cualidad de no prohibido del suicidio, ha di-

(25) *Ibidem*, p. 341. De todas formas, hay que indicar que ARTHUR KAUFMANN amplía, respecto de lo que suele ser tradicional, el concepto de espacio libre de regulación jurídica, pues, desde su punto de vista, dicho concepto se puede emplear para designar diversos grupos de casos. Así, junto a un primer grupo en el que se incluyen aquellos comportamientos —como lo son las diversas actividades de la vida cotidiana: comer, beber, dormir, etc.— en los que el Derecho no está interesado y a un segundo en el que se incluyen los supuestos denominados como *libres de resultado jurídico* (*rechtsfolgefrei*), existe un tercer grupo constituido por todas aquellas hipótesis en las que, si bien sobre ellas es susceptible una valoración jurídica (y, por tanto, ni son neutrales ni irrelevantes ni indiferentes), el orden jurídico renuncia a ella para dejarlas a la libre determinación del sujeto. Es dentro de este tercer grupo de acciones —que, como explica KAUFMANN, se han venido denominando como «no prohibidas» desde los tiempos de BINDING— donde se podría situar el suicidio, a pesar de que KAUFMANN no se refiere a él expresamente (*Ibidem*, p. 336).

(26) RAVÁ, A.: *Los Derechos sobre la Propia Persona*, Turin, 1901, p. 219, cit. en FERRI, E.: *op. cit.* (nota 18), pp. 3 y 15.

(27) FERRI, E.: *Homicidio-suicidio* (cit. nota 18), p. 16.

(28) *Ibidem*.

(29) *Ibidem*.

cho el monografista Bottke (30), que proscribe a éste, no obstante su gran significado social, a un lugar que, a pesar de los esfuerzos jurídico-teóricos orientadores de su búsqueda, debe permanecer oculto a los no juristas. Estos —sigue diciendo—, lo que necesitan saber del ordenamiento jurídico es si lo que hacen está o no permitido, por lo que la afirmación de que la muerte voluntaria está «no prohibida» no parece sino una huida, por miedo a la responsabilidad, a un contradictorio caos de *topoi* (31).

Este mismo autor, ha criticado el mantenimiento del propio concepto de espacio libre de regulación jurídica, que si bien nace con la loable intención de asegurarle al ciudadano una esfera de libertad personal, y proteger esta frente a las sanciones y las prohibiciones jurídicas, sin embargo, es una forma trasnochada de comprender las relaciones entre el Estado y el ciudadano (32).

Por otra parte, ha sido Hirsch el que ha recordado que los límites a la normación no pueden derivarse de un concepto prejurídico como el de espacio libre de regulación jurídica, sino que provienen de la Constitución (32 bis). Y, en esta misma línea, ha insistido Bottke en que, a la vista de lo dispuesto en la *GG*, la tesis del espacio libre de regulación jurídica no es aceptable, pues, ésta, en sus artículos 1 y siguientes, no se limita a consagrar unos especiales derechos a la libertad, delimitados estrechamente, que se completarían mediante la figura de un *ámbito libre jurídicamente de intromisiones*, en interés de una, lo más grande posible, libertad de obrar del individuo (33). El que es, entonces —según Bottke—, lo que la *GG* consagra en tales preceptos es lo que el autor nos expone en su particular concepción que veremos más adelante.

C) La tesis del derecho a la muerte

Otro nada despreciable sector de la doctrina alemana, entiende que existe un derecho a la autodeterminación o a la libre disposición de la propia vida y, por tanto, que existe un derecho a decidir el momento de la propia muerte. Este es el caso de Arthur Kaufmann, quien, en una ponencia presentada al *Seminario hispano-alemán sobre avances de la Medicina y Derecho Penal*, celebrado recientemente en Barcelona (34), ha señalado que el párrafo segundo del artículo 2 de la *GG* concibe el derecho a la vida como un derecho eminentemente personal,

(30) BOTTKE, W.: *Suizid und Strafrecht*, Berlín, 1982, p. 42.

(31) Sobre el concepto de *topoi*, v. GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: «Prólogo» a VIEHWEG, T.: *Tópica y Jurisprudencia*, traducción de L. DIEZ PICAZO, Madrid, 1964, p. 15.

(32) BOTTKE, W.: *Suizid* (cit. nota 30), p. 43.

(32 bis) HIRSCH, H. J.: «Strafrecht und rechtsfreier Raum», en *Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag*, München, 1979, p. 93.

(33) BOTTKE, W.: *Suizid* (cit. nota 30), p. 43.

(34) KAUFMANN, ARTHUR: «Relativierung des rechtlichen Lebensschutzes?», ponencia inédita presentada al *Seminario Hispano-alemán sobre Avances de la Medicina y Derecho Penal*, Barcelona, 1986, p. 15.

no comprendiéndose muy bien por qué, desde un punto de vista jurídico, debe tal derecho ser irrenunciable.

Con esta afirmación, se acerca Arthur Kaufmann, no sólo a la opinión de penalistas como Rudolf Schmitt (35), sino a la de comentaristas constitucionales como Hamann y Lenz (36), para quienes el derecho fundamental a la plena disposición de la vida se deduce, sin ninguna duda, del derecho a la vida establecido en el párrafo segundo del artículo 2 de la GG, en análogo sentido a como de él se deduce el derecho fundamental a la plena disposición de la propia integridad personal, en donde tal interpretación —la de la plena disponibilidad— está, según estos autores, fuera de toda discusión (37). Igualmente, se aproxima el profesor de Múnich a la tesis que ya mantuvo en su momento Ferri, quien, sin ningún tipo de duda, afirmó: «el derecho a la vida puede ser renunciable o susceptible de abdicación por parte de quien es su sujeto, y así también el hombre, como tiene derecho a vivir, debe tener el derecho de morir» (38).

De todas formas, la teoría del derecho a la muerte ha sido, también, objeto de encendidas críticas.

Es inadmisibles, se ha dicho, esta vez por Roellecke (39), tratar análogamente el problema de la plena disposición de la integridad corporal y el de la plena disposición de la vida. La integridad física, cuando es perjudicada, puede restituirse o, por lo menos, hasta un cierto grado, puede encontrar una compensación económica; pero la disposición de la vida es irreversible.

Además, ha seguido diciendo este autor (40), la interpretación del «derecho a la integridad física» como «derecho sobre la integridad física» sólo resulta necesaria para los fundamentos de la dogmática del Derecho penal. Puesto que el Tribunal Supremo Federal considera típica, conforme al parágrafo 223 del StGB, la intervención curativa del médico, para hacer posible, desde el punto de vista del Derecho penal, tal intervención aparece, entonces, necesario conceder al paciente el poder de disponer sobre su propia integridad. Pero —sigue diciendo Roellecke—, el Derecho penal, como Derecho de rango inferior, no puede determinar la interpretación de la Constitución. Ade-

(35) SCHMITT, R.: *FS für Maurach* (cit. nota 19), p. 117.

(36) HAMANN/LENZ: *Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, 3.ª ed., 1970, artículo 2 II, Comentario B 8.

(37) La doctrina del derecho a la muerte es, también, la que ha inspirado en Alemania occidental la realización de un *Alternativentwurf eines Gesetzes über Sterbehilfe* (Proyecto alternativo de una Ley sobre la Ayuda a Morir), del que da cuenta el propio KAUFMANN (*Seminario Hispano-alemán*, cit. nota 34, pp. 6 y ss.).

(38) FERRI, E.: *Homicidio-suicidio* (cit. nota 18), p. 25. No obstante, ese «derecho a morir» del que habla FERRI tiene, a los efectos de poder ejercitarse con eficacia justificante por terceros, determinadas limitaciones. Así, afirma este autor, «dado que el suicidio es un acto jurídicamente lícito, la participación en él es también jurídicamente lícita, siempre que no sea determinada por motivos antijurídicos, ilegítimos, antisociales» (*Ibidem*, p. 70).

(39) ROELLECKE, G.: «Gibt es ein "Recht auf den Tod"?, en ESER, A. (Hrsg.): *Suizid und Euthanasie*, Stuttgart, 1976, p. 337.

(40) *Ibidem*, p. 338.

más, la doctrina penal mayoritaria ha contradicho las decisiones jurisprudenciales: la intervención curativa del médico no cumple el tipo de lesiones, por tanto, se quiebra el fundamento por el que se otorga al «derecho a la integridad física» el sentido de «derecho sobre la integridad física».

Utilizando otro tipo de argumentos, insiste Roellecke en que la sistemática de la GG excluye la posibilidad de interpretar el derecho que se otorga en el párrafo segundo del artículo 2 como un derecho a la disposición de la propia vida. Pues, aún cuando la Constitución no establezca deberes fundamentales, sí impone determinados deberes: así, por ejemplo, conforme al artículo 6, párrafo segundo, los padres tienen el deber de educar y cuidar a los hijos. Esta imposición de deberes se vería contradicha por un derecho de los ciudadanos a negarla por sí mismos (41).

En resumen, el fin del artículo 2, párrafo segundo de la GG no es el de establecer un «derecho a la muerte», sino el de proteger la existencia individual contra las posibles agresiones estatales (42).

En términos parecidos se ha expresado Eser (43), para quien el antes citado precepto de la GG tiene un claro carácter de fórmula de compromiso entre la «sacralización de la vida» y el «derecho a la muerte». De modo que la Constitución protege la vida, sin establecer un «derecho a la muerte»; pero no la protege de forma absoluta —«a cualquier precio»—, sino teniendo en cuenta unos mínimos cualitativos.

D) La tesis de Bottke

Un planteamiento algo diferente a los expuestos hasta ahora, ha sido el realizado, en fechas relativamente recientes, por el monografista Wilfried Bottke (44). Entiende el autor, que la posible solución al problema «constitucional» del suicidio —y, por tanto, de la disonancia jurídica de la propia vida— no puede venir dada por la interpretación del párrafo segundo del artículo 2 de la GG; pues, este precepto lo único que establece es un «derecho a la vida», silenciando con sibilina elocuencia toda posible referencia a un «deber de seguir viviendo» o a un «poder de disposición sobre la propia vida». Sin embargo, sí puede venir resuelto dicho problema por lo dispuesto en el párrafo primero de ese mismo precepto: «Todos tienen derecho al li-

(41) *Ibidem*.

(42) *Ibidem*.

(43) ESER, A.: «Neues Recht des Sterbens? Einige grundsätzliche Betrachtungen», en ESER, A. (Hrsg.): *Suizid und Euthanasie*, Stuttgart, 1976, p. 394. De este mismo autor, v., también: «Entre la "santidad" y la "calidad" de la vida. Sobre las transformaciones en la protección jurídico-penal de la vida», traducción de PATRICIA R. LAURENZO, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, III, 1984, pp. 774 y ss.

(44) BOTTKE, W.: *Suizid* (cit. nota 30).

bre desarrollo de su personalidad siempre que no vulneren los derechos de otro ni atenten al orden constitucional o a la ley moral» (45).

En dicho precepto, se garantiza la genérica libertad de obrar de los individuos y, por tanto, también se garantiza —según Bottke (46)— la libertad del individuo de tomar la responsable decisión, ante su conciencia, de suicidarse. Por otra parte, *el núcleo esencial* de dicha libertad queda preservado de los posibles ataques externos en virtud de lo dispuesto en el artículo 19, párrafo segundo, del propio texto constitucional, que establece que «en ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su esencia».

Ahora bien, a la vez que se garantiza dicha libertad, en el mismo precepto, y con la triple alusión en él contenida —*derechos de otro, orden constitucional y ley moral*—, se establecen los límites a esa genérica libertad de obrar y, por tanto, a la libertad de suicidarse (47). En concreto, y para el problema que ahora abordamos, ¿cuáles son los límites a los que el autor se refiere? Aparte de la referencia a la ley moral, que no es sino una cláusula general cuya interpretación ha de hacerse poniéndola en relación con las otras referencias del propio artículo 2, párrafo primero y con el orden de valores establecidos en la GG (48), el primero de tales límites —*los derechos de otro*— plantea —siempre según este autor— la siguiente cuestión: existen *unas muy determinadas personas* que, como consecuencia de una especial relación jurídico-privada —como puede ser la de características jurídico-familiares—, se encuentran sometidas a determinados deberes. La muerte libre —entiende Bottke— no puede hacer perder, frente a terceros, esa especial relación ni puede frustrar el cumplimiento de deberes de fidelidad, tutela o asistencia altamente personales. Ello, no obstante, podría tener sus excepciones en los casos de enfermos terminales que se encuentran sometidos a terribles dolores, etc. (49).

El segundo de tales límites —*el orden constitucional*—, plantea el interrogante de si, dentro de él, tiene cabida *el derecho a impedir el suicidio*; es decir, ¿la libertad de suicidarse se vacía de contenido ante un supuesto deber de soportar la acción salvadora de un tercero? (50). En estos casos —siempre según Bottke—, hay que llevar a cabo una ponderación de los intereses en conflicto y comprobar si los intereses que han llevado al tercero a evitar el suicidio deben prevalecer sobre los intereses del suicida a suicidarse. Y parece, según él, que deben prevalecer los intereses del que impide el suicidio —que, al fin y al cabo, son la protección de la vida, el cumplimiento del deber de solidaridad, etc.—, porque, además, la libertad de suicidarse no se perjudica *en su esencia* (artículo 19, párrafo segundo de la GG), puesto que el sujeto podrá realizar su acción suicida más adelante (51).

(45) *Ibidem*, p. 30.

(46) *Ibidem*, p. 43.

(47) *Ibidem*.

(48) *Ibidem*, p. 52.

(49) *Ibidem*, pp. 45-46.

(50) *Ibidem*, p. 46.

(51) *Ibidem*, p. 47.

De acuerdo con esta forma de pensar, ha podido, en conclusión, afirmar Bottke, que, tanto la teoría de la «antijuridicidad del suicidio», como la del «espacio libre de regulación jurídica», tienen, parcialmente, razón. En efecto, aquélla no tiene razón en la medida en que establece un general deber de seguir viviendo, pero sí la tiene cuando, para algunos supuestos en particular, mantiene la infracción del deber al producirse una muerte voluntaria. En idénticos términos, la teoría del «espacio libre de regulación jurídica» no tiene razón cuando mantiene una libertad jurídico-constitucional para el suicidio, pero sí la tiene en la medida en que, para la esencia de la libertad de suicidarse, postula un derecho libre de intromisiones (52).

E) Toma de posición

Tras esta exposición del debate que ha tenido lugar en la doctrina alemana, vamos a tratar de exponer nuestra posición personal.

Empezaremos por decir que coincidimos con la gran mayoría de la doctrina alemana en que la teoría del «deber de seguir viviendo» es insostenible. Y ya no sólo por los argumentos ofrecidos por aquélla, sino porque, si convenimos con Díez Picazo (53), en que «el concepto primario en el terreno jurídico no es el concepto de deber sino el concepto de poder o de tener derecho», el mantenimiento de una tesis como la que ahora criticamos nos conduciría, sin grandes dificultades, a tener que admitir la existencia de un derecho del Estado —o, por lo menos, de la comunidad— a decidir sobre el mantenimiento o —¿por qué no?— la cesación de nuestra existencia.

Por otra parte, es evidente que nuestro ordenamiento jurídico no se ha abstenido de realizar valoraciones sobre el comportamiento suicida. De hecho, aunque, desde nuestra perspectiva, no se puede predicar del suicidio su antijuridicidad (54), es innegable que el Código penal adopta, frente a él, una determinada posición valorativa, no castigando el acto suicida y sí castigando, sin embargo, los comportamientos de participación en dicho acto suicida. Con ello, lo único que pretendemos es rechazar —desde la perspectiva de nuestro ordenamiento jurídico— la tesis del «espacio libre de regulación jurídica», sin entrar, no obstante, en el arduo problema de la aceptabilidad o inaceptabilidad de un concepto de semejantes características.

Ahora bien, lo que, por otra parte, es, a nuestro entender, indiscutible —en contra de lo que ha afirmado algún sector de nuestra doc-

(52) *Ibidem*, pp. 55-56.

(53) Díez-Picazo, L.: *Experiencias Jurídicas y Teoría del Derecho*, Barcelona-Caracas-México, 1982, p. 83.

(54) Y no se puede por la interpretación constitucional que intentamos desarrollar en estas líneas.

trina—, es que de la Constitución española de 1978 no se puede deducir ni el carácter absoluto de la protección a la vida ni el de su indisponibilidad. Es cierto, y nada hay que objetar a ello, que el derecho a la vida del artículo 15 tiene el sentido de una garantía frente al Estado, que debe respetar y proteger ésta. Pero lo que ya no podemos compartir es que de dicho precepto se pueda deducir, de una parte, que el carácter de dicha protección sea absoluto y, de otra, que el sujeto no tenga la libre disposición de su propia vida. Aquéllo —esto es: el carácter absoluto de la protección de la vida—, viene desmentido por la propia realidad de los tiempos en que nos hallamos. Como elocuentemente ha señalado Arthur Kaufmann (55), la protección absoluta de la vida ha sido una cuestión relativamente no problemática hasta que la Biología y la Medicina no han estado en condiciones de manipular, a través de medios artificiales, el comienzo y el final natural de la vida humana. Pero la posibilidad de alargar artificialmente la vida sitúa al médico ante la cuestión de si, en todo caso, debe proceder a tal prolongación cuando ello conduciría, únicamente, a un alargamiento del suplicio del enfermo. Por otra parte —continúa Kaufmann—, los adelantos de la Medicina han conducido al médico a la necesidad de que, en determinadas ocasiones, éste proceda a una selección, dado que los medios de reanimación o trasplante son escasos.

Piénsese, además, que el Estado puede disponer de la vida imponiendo, en tiempos de guerra, la pena de muerte o declarando la guerra a otros estados. Sería, pues, una ironía, anté todo este tipo de situaciones, seguir insistiendo en el carácter absoluto de la protección de la vida.

Por otra parte, del artículo 15 de la Constitución española de 1978 no puede deducirse el carácter de indisponible de la propia vida o, si se prefiere, el carácter de irrenunciable de tal derecho; por el contrario, nos atreveríamos a afirmar que, más bien, lo que parece poder deducirse del texto constitucional es, precisamente, la tesis opuesta. Vamos a intentar explicar por qué.

El derecho a la vida reconocido en el artículo 15 de la Constitución se encuentra indisolublemente ligado con el valor jurídico fundamental de la dignidad de la persona, reconocido en el artículo 10 del mismo texto consitucional (56). Es más, como ha señalado la doctrina constitucional (57), la *dignidad de la persona* es «el núcleo desde el que irradian su proyección los valores constitucionalizados». Y tal concepto —el de dignidad de la persona— «entraña el reconocimiento de una esfera de la vida de los individuos que debe ser regulada y protegida para que el hombre pueda realizarse». Ese reconocimiento, que también recoge el artículo 10 al referirse al «libre desarrollo de la per-

(55). KAUFMANN, ARTHUR: *Seminario Hispano-alemán* (cit. nota 34), p. 1.

(56) STC 53/1985, de 11 de abril, «B.O.E.» del 18 de mayo; referencia extraída de *Cuadernos de Política Criminal*, número 28, 1986, p. 230.

(57) SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S.: «Derechos y deberes fundamentales», en *Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución Española de 1978*, tomo II, Madrid, 1984, p. 33.

sonalidad», «es la fuente de la que fluyen los derechos y libertades fundamentales» (58).

Dentro, pues, de esa esfera de libertad debe entrar, sin ninguna duda, el derecho a disponer del propio cuerpo. Porque, como ha señalado entre nosotros Berdugo (59), la vida no es objeto de tutela a causa de su valor social, sino como presupuesto de la participación del individuo en el sistema social. Lo que se están tutelando son «las condiciones mínimas de la propia libertad, las cuales posibilitan al individuo participar o no en el sistema social» (60).

Y no creemos que sea válido objetar que el suicidio no desarrolla la personalidad (61) o que impide la participación en el sistema social. Primero, porque, desde un punto de vista filosófico, también es posible afirmar que qué mayor grado de desarrollo personal cabe que la elección del momento y del modo de la propia muerte. Segundo, porque —como ha indicado Botke (62)— los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución tienen, frente al aspecto de realización «positiva», una faceta «negativa», de renuncia libre a su ejercicio, que debe ser objeto, también, de tutela y protección de la misma manera que lo es su utilización efectiva.

El suicidio, por tanto en términos generales, es un acto, desde el punto de vista jurídico, libre. Y, como han señalado los más diversos autores, la irrenunciabilidad del derecho a la vida sólo se puede justificar desde concepciones utilitarias o colectivistas o desde posiciones morales muy determinadas, que, normalmente, a su vez, se apoyan en principios utilitarios o colectivistas (63).

(58) *Ibidem*.

(59) BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.: *El Delito de Lesiones*, Universidad de Salamanca, 1982, p. 71.

(60) *Ibidem*. Obviamente, el planteamiento que aquí proponemos presupone la aceptación —en contra de lo que, probablemente, sería la opinión de un buen número de representantes de nuestra doctrina más reciente— del carácter esencialmente antropocéntrico de nuestra Constitución. Pero es que —con BERDUGO— nosotros también entendemos que, en la disyuntiva individuo-comunidad, como centro del sistema constitucional de valores, nuestra ley fundamental ha optado por el primero y no por la segunda (*Ibidem*, p. 66).

(61) En tal sentido, por ejemplo, LUZÓN PEÑA, D. M.: «La intervención médica y funcional en casos de huelgas de hambre, intentos de suicidio y autolesión», ponencia inédita presentada al *Seminario Hispano-alemán sobre Avances de la Medicina y Derecho Penal*, Barcelona, 1986, p. 4.

(62) BOTKE, W.: *Suizid* (cit. nota 30), p. 44.

(63) Decía FERRI, al referirse a cuáles serían las razones que podrían impedir el libre ejercicio del «derecho a disponer de la vida», que él, en toda la filosofía jurídica, no había encontrado más que dos: «1.ª, que el hombre, teniendo un fin supremo que alcanzar, y que le ha sido impuesto por la suprema ley moral, tiene el deber de conservar la propia existencia, que es el medio para la consecución de tal fin; 2.ª, que tienen derecho a la vida del hombre, no éste solamente, sino que también los miembros de su familia, y el Príncipe, como decían los juristas medievales, o la sociedad o el Estado, como dicen los juristas modernos» (*Homicidio-suicidio*, cit. nota 18, pp. 32-33). Por otra parte, resulta enormemente significativo el relato del gran jurista inglés, GLANVILLE WILLIAMS (*Textbook of Criminal Law*, 2.ª ed., London, 1983, p. 578), en el que nos describe cómo el propio repudio cristiano al suicidio encuentra su origen en un motivo abiertamente utilitario. En efecto, el sentido pecaminoso del suicidio lo inventó AGUSTIN DE HI-

Ahora bien, inmediatamente cabe formularse un interrogante: ¿tiene algunos límites este acto libre?

Desde luego, no podemos aceptar la limitación que indicaba BOTTKE en el sentido de que el suicidio será antijurídico cuando, mediante él, se frustran determinados deberes estrictamente personales. Si así fuera —y por lo antes dicho de que no concebimos la existencia de un deber sin un derecho que exista previamente a él— estaríamos dando a los terceros frente a los que el suicida se encuentra obligado el *derecho* a decidir sobre el momento de la muerte del suicida.

Por lo que se refiere a la ponderación de intereses que hay que realizar ante un supuesto conflicto entre el derecho a suicidarse y el derecho a impedir el suicidio, hay que tener presente, como lo ha hecho entre nosotros Cerezo Mir (64), que la *dignidad de la persona humana* es un principio material de justicia, un límite inmanente del Derecho positivo, que no permite ser incluido como un interés más en el marco de la ponderación de intereses. Es más, con Díez Ripollés (65) habría que llegar aún más lejos y decir que, si la dignidad de la persona humana ha de ser el principio inspirador de todos los valores constitucionales y del ordenamiento jurídico de ellos derivado, el respeto a la dignidad de la persona habrá de ser *el marco* en el que se producirá la ponderación de intereses. Por tanto, desde nuestro punto de vista, debe prevalecer el derecho a suicidarse sobre el derecho a impedir el suicidio (66).

No obstante, dada la inmensa importancia del bien jurídico al que ahora nos estamos refiriendo —la vida—, así como la gravedad que implica el acto de disposición del mismo, y dada la ineludible obligación que tiene el Estado de proteger la vida, lo que sí podría —o, incluso, debería— hacer éste es establecer una regulación de la prestación del consentimiento y unos límites a la eficacia del mismo (67). De tal forma que, el Estado, por una parte, podría exigir que el sujeto, para disponer libremente de su vida, fuera plenamente consciente de la trascendencia y gravedad del acto que realiza y, por otra, podría limitar la eficacia justificante del consentimiento hasta el punto de no

PONA para evitar que muchos cristianos pusieran fin a su vida nada más ser bautizados, ya que, entendían, ésa era la única forma certera de evitar el pecado y asegurarse la Gloria. Ante el gran número de fieles que seguían esta práctica, con la consiguiente diezma de la población creyente, AGUSTÍN DE HIPONA estigmatizó el suicidio considerándolo un pecado aún más grave que cualquiera de los que se pudieran cometer en vida, evitando, de esta forma, los constantes suicidios.

(64) CEREZO MIR, J.: *Curso de Derecho Penal Español. Parte General, I*, 3.ª ed., Madrid, 1985, p. 407.

(65) DIEZ RIPOLLÉS, J. L.: «La huelga de hambre en el ámbito penitenciario», en *Cuadernos de Política Criminal*, número 30, 1986, p. 635.

(66) Sobre los problemas específicos que pudiera plantear, en este sentido, el artículo 10 de la Ley General de Sanidad de 1986 e, igualmente, sobre los problemas que plantean las intervenciones de terceros en las huelgas de hambre penitenciarias, v. DIEZ RIPOLLÉS, J. L.: «La huelga de hambre» (cit. nota 65); en particular, para la primera de las cuestiones referidas, v. la nota 72, p. 662.

(67) En tal sentido, para la problemática del consentimiento en las lesiones, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.: *El Delito de Lesiones* (cit. nota 59), pp. 71, *in fine*, y 72, p. 662.

ofrecer cobertura a determinadas intervenciones de terceros en el libre acto del suicidio (68).

Lo primero, excluiría la posibilidad de considerar como libre el acto suicida de un menor o de un incapaz (69), pudiendo, en estos casos, el Estado proteger la vida, incluso, en contra de la voluntad de su titular o en contra de la voluntad de los padres o tutores de dicho menor o de dicho incapaz.

Lo segundo, nos podría llevar a la conclusión de que, aunque el Estado no puede ni debe imponer el respeto a la propia vida, manteniéndola indemne aún en contra de la voluntad de su titular, sí que podría —o debería— obligar a respetar la vida *ajena*, prohibiendo determinados comportamientos que, por parte del tercero no titular de la vida, suponen una efectiva lesión o una efectiva puesta en peligro —que termina en lesión— de la vida ajena, aunque se cuente con el expreso deseo del titular.

Sí podrían —o deberían—, pues, ser punibles, por el evidente salto cualitativo que ello supone y porque, efectivamente, no se respeta la vida *ajena*, los supuestos en los que, aún con la expresa solicitud de un sujeto capaz y libre al otorgar su consentimiento, la muerte es ejecutada por un tercero. Se podrá, no obstante, hablar de inexigibilidad o de exculpación ante el comportamiento de, por ejemplo, el hijo que, no pudiendo soportar más el sufrimiento del padre, enfermo incurable, pone fin a su vida cuando éste se lo pide; aunque no se pudiera hablar de que tal comportamiento estuviera justificado.

Ahora bien, considerar estos comportamientos como punibles no implica —o no debe implicar—, necesariamente, anular completamente la eficacia del consentimiento. El consentimiento aquí, entendemos que debe servir para reducir, respecto del homicidio, la conminación penal abstracta, porque es evidente que el desvalor no puede ser idéntico en un caso que en el otro.

Por otra parte, ya hemos dicho que el Estado podría castigar, no

(68) Estos constituirían, desde nuestro punto de vista, el máximo de limitación aceptable dentro de un estado de Derecho, lo cual tampoco implica que tales límites se deban, necesariamente, establecer.

(69) Al llegar a este punto, deseáramos hacer una importante observación. Se ha señalado, en nuestra doctrina, que, desde el punto de vista jurídico, suicidio es la muerte querida por una persona *imputable*; por tanto, tal concepto hay que descartarlo (entrando en juego, por ejemplo, la figura de la autoría mediata en un homicidio o en un asesinato y no la de la inducción al suicidio) cuando de menores o incapaces se trata (artículo 8, circunstancias 1.ª, 2.ª y 3.ª) (v., por todos, TORIO, A.: «La noción», cit. nota 7, pp. 663 y ss.). Si nos ciñéramos a este criterio, ahora deberíamos decir —coherentemente con él— que el suicidio de cualquiera de los sujetos incluíbles en alguno de los tres primeros números del artículo 8 de nuestro Código penal podría no ser considerado como un acto libre. Sin embargo, entendemos que aquí, al igual que cuando de distinguir la autoría mediata de la inducción se trata, hay que matizar que el acto suicida será libre siempre que el inimputable esté «capacitado excepcionalmente para adoptar una resolución propia» (JESCHECK, H. H.: *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, traducción y adiciones de Derecho español por S. MIR PUIG y F. MUÑOZ CONDE, vol. II, Barcelona, 1981, p. 925; al respecto, permítaseme recomiendo que se vea mi libro *La Provocación para Cometer Delito en el Derecho Español*, Madrid, 1986, pp. 283-284).

sólo aquellas conductas que supongan una ejecución de la muerte por parte de un sujeto distinto del suicida, sino también determinadas intervenciones, no ejecutivas, sino participativas, en el propio acto suicida. ¿Cuáles serían estas intervenciones participativas que podrían resultar punibles como consecuencia de la imposición de respetar la vida ajena? Desde nuestro punto de vista, sólo lo podrían ser aquellas que, o bien hagan nacer una voluntad suicida allí donde esta no existía (70), o bien determinen o impulsen *definitivamente* una voluntad suicida preexistente. Y esto es así porque son éstos los únicos supuestos en los que se puede decir que, de alguna manera, la libertad interna del acto suicida no es absoluta o total, ya que, la decisión suicida, viene determinada o motivada «desde fuera», contribuyendo, por tanto, el tercero, de forma efectiva y directa, a la lesión del bien jurídico. Sólo en estos supuestos es, desde nuestra perspectiva, posible encontrar un mínimo fundamento constitucional para el castigo de la participación en un acto no injusto, porque sólo en tales casos el partícipe interviene en el proceso de formación de la voluntad suicida de forma decisiva, no respetándose, de ese modo, la vida *ajena*; o, si se prefiere, contribuyendo efectiva y decisivamente a la lesión del bien jurídico.

Si se acepta el argumento, los únicos comportamientos de participación en el acto suicida que se podrían incluir dentro del párrafo primero del artículo 409 serían los de inducción (artículo 14, número 2) y *determinadas* formas de cooperación necesaria del artículo 14, número 3; en concreto, aquellas consistentes en *determinar o impulsar definitivamente una voluntad suicida preexistente* (71). Quedarían fuera, pues, no sólo los comportamientos de complicidad o cooperación no necesaria del artículo 16 (72), sino también aquellos, que, suponiendo

(70) No es infrecuente poder leer la opinión de quien entiende impensable la inducción en el suicidio; el suicida —se suele decir—, puede necesitar ayuda de un tercero, pero, normalmente, toma la decisión de suicidarse sin la concurrencia de extraños. Sin embargo, entre nosotros, ha sido TORIO LÓPEZ («Instigación y auxilio al suicidio, homicidio consentido y eutanasia como problemas legislativos», en *Estudios Penales y Criminológicos*, IV, Universidad de Santiago de Compostela, 1981, pp. 177 y ss.) el que convincentemente ha expuesto cómo sí que son imaginables supuestos de inducción al suicidio en determinados estados psicológicos denominados de «síndrome presuicidal».

(71) Desde la perspectiva expuesta por COBO DEL ROSAL / VIVES ANTÓN: *Derecho Penal. Parte General*, Universidad de Valencia, 1984, pp. 637-638, éstas parecen ser las únicas conductas incluíbles en el número 3, del artículo 14. Pues, la distinción —según ellos— entre cooperador necesario y cómplice se debe hacer sobre la base de un juicio acerca del proceso motivacional del autor, debiéndose indagar, no si el autor hubiera *podido efectuar*, aún de otro modo, sin la colaboración del partícipe, el hecho, si no como exige la Ley, *si lo hubiera efectuado*.

(72) La posición tradicional de la doctrina española ha sido, por el contrario, la de incluir tales supuestos dentro del «auxilio» al que se refiere el artículo 409, párrafo primero; así: DEL ROSAL / COBO / RODRÍGUEZ MOURULLO: *PE* (cit. nota 4), p. 266; RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.: *Derecho Penal Español. Parte Especial*, 9.ª edición, Madrid, 1983, p. 67; MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*, 6.ª edición, Universidad de Sevilla, 1985, p. 55; BAJO FERNÁNDEZ, F.: *PE* (cit. nota 3), p. 91; BUSTOS RAMÍREZ, J.: *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, Barcelona, 1986, p. 47, entre otros. Muy recientemente, QUERALT, J. J.: *Derecho Penal Español. Parte Especial*, vol. I, Barcelona, 1986, pp. 18-19, ha excluído —aunque con fundamentos distintos a los aquí expuestos— la punibilidad de la complicidad (artículo 16), dentro del precepto al que nos referimos.

do una cooperación a la ejecución del suicidio sin la cual éste no se hubiere efectuado (artículo 14, número 3), no consisten, sin embargo, es un impulso o en una determinación definitiva de la preexistente voluntad suicida.

De lege data, por tanto, si se aceptan las limitaciones constitucionales que hemos propuesto, las únicas conductas que, junto a las de auxilio ejecutivo al suicidio, podrían castigarse conforme al artículo 409 del Código penal serían las de inducción, del artículo 14, número 2, y algunas —sólo algunas— de las formas de cooperación necesaria incluibles en el número 3 del mismo artículo 14 (73). *De lege ferenda*, sin embargo, me inclinaría por la impunidad de todos los comportamientos de participación en el suicidio (74). Porque, de hecho, el posible fundamento de su punición no queda, en absoluto, libre de objeciones. Y, así, no deja de resultar extraño que si, en último término, la decisión *final* está en manos del titular de la vida —aunque el partícipe interfiera en ella de forma más o menos relevante—, y es él el que ejecuta *personalmente* el acto de disposición, castigemos al que no se limita más que a colaborar en dicho acto libre. ¿Está realmente el Estado legitimado a obligar a respetar la vida ajena hasta el punto de castigar todos los comportamientos consistentes en una intromisión en el proceso de formación de la voluntad de disposición de la misma? La respuesta a esta cuestión es enormemente difícil y, en cualquier caso, dependerá de valoraciones muy personales. Pero su mera formulación sirve, cuando menos, para cuestionarse el hipotético fundamento de la punición de la participación en el suicidio (75).

Esta «reinterpretación» constitucional que hemos llevado a cabo en las páginas precedentes nos va a permitir —tal y como ya anunciamos al comienzo— enfocar de una manera diferente alguno de los problemas más interesantes de la interpretación jurídica del artícu-

(73) Esto, por otra parte, resuelve satisfactoriamente la injusta equiparación de penas que se operaría entre el cooperador necesario y el cómplice si entendiéramos que, dentro del de auxilio del párrafo primero del artículo 409, cupieran ambos tipos de conductas.

(74) Aunque no por la de los de auxilio ejecutivo al suicidio, si bien, en este caso, manteniendo un marco penal, abstracto notablemente más reducido que para el homicidio. Por supuesto, ni que decir tiene que con el planteamiento político-criminal que ahora propugnamos no podemos estar de acuerdo con la regulación que de esta cuestión se hace en los números 1 y 2 del artículo 144 de la Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código penal de 1983; ni siquiera lo estamos para el marco penal abstracto fijado en el inciso primero del número 2.

(75) Nuestra posición, no obstante, debe ser matizada en algunos extremos. Ha de quedar muy claro que no es nuestra intención ni realizar una apología de la muerte libre ni siquiera resaltar sus posibles aspectos positivos. La destrucción de la vida no es, por regla general, algo deseable y el Estado debe protegerla y respetarla, removiendo todos los obstáculos que impidan su libre y completo desarrollo. El suicidio, por tanto, es algo a evitar, como lo es, igualmente, el aborto. Por ello, el Estado debe desplegar todos los medios a su alcance para evitar que se produzcan los conflictos vitales o existenciales que desembocan en suicidios o en abortos. Ahora bien, esto no implica el que debamos perder de vista cuáles han de ser los límites a la actuación estatal en estos terrenos; y, concretamente, los límites en el terreno de la disponibilidad jurídica de la propia vida, que, a nuestro entender, deben venir señalados por los criterios aquí expuestos.

lo 409; en concreto, abordaremos a continuación la cuestión de la naturaleza jurídica de la muerte del suicida y la de la participación por omisión en el suicidio.

III. LA NATURALEZA JURIDICA DE LA MUERTE DEL SUICIDA

1. POSICIONES DOCTRINALES

Se ha discutido mucho —y aún se sigue discutiendo— en el seno de la doctrina española, cuál es la naturaleza jurídica de la muerte del suicida en las diversas modalidades típicas del artículo 409. Más concretamente, en las dos modalidades típicas del primer inciso del precepto, porque respecto del carácter de sultado típico de la muerte del sujeto en el auxilio ejecutivo al suicidio pocos discrepan (76), (76 bis).

Un sector doctrinal, encabezado fundamentalmente por Muñoz Conde (77) y Bajo Fernández (78), ha entendido que la muerte, en el párrafo primero del artículo 409, es, al igual que en el segundo, el *resultado típico* del delito de inducción y auxilio al suicidio.

Frente a esta opinión, otros autores han defendido, por el contrario, que la muerte no es sino una *condición objetiva de punibilidad*. Así lo ha hecho Rodríguez Devesa, quien no ha dudado en afirmar que la muerte «no puede ser un resultado que cualifique, porque la inducción no seguida de resultado alguno no puede considerarse como «delito básico», sino que es irrelevante con arreglo a los principios que informan la materia en el derecho común español». Tampoco —concluye— podría «formar parte del tipo, porque el suicidio *per se* es impune» (79). Torío, por su parte, comparte la calificación jurídica de Rodríguez Devesa, ya que —dice— «el suicidio no es el resultado del delito» porque «no constituye la materia prohibida» (80).

(76) Recientemente, BUSTOS RAMÍREZ, J.: *PE* (cit. nota 72), p. 46, ha defendido, en contra de lo que suele ser el criterio habitual en nuestra doctrina, que la muerte en el segundo inciso del artículo 409 es una condición objetiva de punibilidad. Entendemos que tal solución no es sostenible porque el Código no está configurando, en dicho inciso, una «forma de participación» en un injusto ajeno, sino un comportamiento consistente, precisamente, en causar la muerte de una persona, aunque con su consentimiento; elemento éste que, no obstante, no modifica la estructura de la conducta típica que, en este caso, no se satisface con la mera manifestación de voluntad, sino que requiere, además, la producción de un resultado material, cual es la muerte del sujeto pasivo.

(76 bis) El mero hecho de plantear este problema supone que estamos tomando postura respecto a otra cuestión, también debatida, que hace referencia a si el delito de inducción y auxilio al suicidio exige o no la efectiva muerte del suicida. La doctrina dominante ha dado, desde nuestro punto de vista, argumentos más que suficientes para que se pueda afirmar que, en efecto, la muerte es una exigencia típica del párrafo primero del artículo 409; v., por todos, BAJO FERNÁNDEZ, M.: *PE* (cit. nota 3), p. 88.

(77) MUÑOZ CONDE, F.: *PE* (cit. Nota 72), p. 52.

(78) BAJO FERNÁNDEZ, M.: *PE* (cit. nota 3), p. 89.

(79) RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.: *PE* (cit. nota 72), p. 65.

(80) TORÍO LÓPEZ, A.: «La noción» (cit. nota 7), nota 1, p. 653. También es partidario de esta tesis BUSTOS RAMÍREZ, J.: *PE* (cit. nota 72), p. 46.

Finalmente, una tercera tesis se ha mantenido por Del Rosal-Cobo-Rodríguez Mourullo. Según éstos, la tesis del resultado típico no se puede mantener «porque, ya al margen del problema de la inducción, en el *auxilio* a que alude el artículo 409 se incluye cualquier clase de éste y, por consiguiente, también aquellos actos que técnicamente merecerían la consideración de simple complicidad. En consecuencia —continúan—, el *auxilio* puede estar integrado por actos que si bien favorecieron la ejecución de la resolución suicida no constituyen, ni mucho menos, ninguna *conditio sine qua non* del resultado muerte». En tales circunstancias, no es posible hablar de resultado cuando los actos de *auxilio* no son la *causa* del mismo (81).

Tampoco aceptan Del Rosal-Cobo-Rodríguez Mourullo la tesis de la condición objetiva de punibilidad, pues, a su juicio, presupuesto del concepto de condición objetiva de punibilidad es que la condición futura sea ajena —y, por ello, es objetiva— a la culpabilidad del agente. La ley, sin embargo, en el artículo 409, no ha desvinculado subjetivamente, ni en los supuestos de inducción ni en los de *auxilio*, la muerte del suicida de la conducta del inductor o del auxiliador, porque dicha inducción o dicho *auxilio* han de serlo para que el sujeto se suicide. Por tanto, la muerte no puede ser ajena a la voluntad de los partícipes (82).

Para Del Rosal-Cobo-Rodríguez Mourullo, la muerte es, más bien, una *condición de la relevancia jurídica* de la conducta de inducción y *auxilio* al suicidio. La explicación de esta particular tesis se concreta de la forma siguiente: «tanto en la inducción como en la prestación de *auxilio* para que otro se suicide se repite, lisa y llanamente, aquel fenómeno de *accesoriedad* que es inherente a toda forma de participación. En general —siguen diciendo—, la *relevancia* jurídicopenal de la inducción y de los actos que técnicamente se califican de complicidad depende de que haya habido actos ejecutivos por parte del autor principal»; con lo cual, lo que se quiere afirmar con el dogma de la *accesoriedad* es únicamente «que el acto de participación carece de una relevancia penal autónoma y que su significación penal deriva del hecho realizado por el autor, al menos en la forma de tentativa». La exigencia, pues, de la muerte del suicida tiene, precisamente, el sentido de «privar de relevancia jurídicopenal a la inducción o *auxilio* al suicidio no seguidos de la muerte del suicida» (83).

2. POSICION PERSONAL

Para la solución del dilema que nos plantea la calificación jurídica de la muerte del suicida, ha de tenerse en cuenta la premisa de la que partimos: en el párrafo primero del artículo 409 sólo tienen cabida los

(81) DEL ROSAL/COBO/RODRÍGUEZ MOURULLO: *PE* (cit. nota 4), p. 260.

(82) *Ibidem*, pp. 261-262.

(83) *Ibidem*, pp. 263-264.

supuestos de inducción y aquellos que determinan o impulsen definitivamente (cooperación necesaria) el suicidio. Con ello se solventa una de las objeciones más importantes que se han planteado en contra de la tesis del *resultado típico* —por la que nos decantamos—, porque en el caso de la inducción y la cooperación necesaria, no hay inconveniente alguno en afirmar la conexión causal entre la acción del partícipe y el resultado de muerte. Bien es cierto que, tanto en la inducción como en la cooperación necesaria, no se puede decir que el inductor o el cooperador causen *materialmente* la muerte, pero sí que la *motivan, impulsan o determinan decisivamente* (84); por tanto, sí se puede afirmar que la inducción o el auxilio son causales respecto de la muerte del suicida.

Por otra parte, las dos opciones que la doctrina ha planteado como alternativas —la tesis de la *condición objetiva de punibilidad* y la de la *condición de la relevancia jurídica*— no creemos que resulten convincentes.

Por lo que se refiere a la teoría de la condición objetiva de punibilidad, son más que suficientes las observaciones que, para rechazarla, plantearon, en su momento, Del Rosal-Cobo-Rodríguez Mourullo.

La otra tesis —la de la condición de la relevancia jurídica—, tampoco es convincente porque afirmar que la muerte es una condición de la relevancia jurídica de la conducta es, más bien, la constatación de una evidencia que una definición sobre la naturaleza jurídica de tal elemento. El legislador, lo mismo que, por razones diversas, adelanta en ocasiones las barreras defensivas del Derecho penal, en otras —y, también, por razones diversas—, las atrasa. Y este último es el caso del párrafo primero del artículo 409, en el que el legislador ha elevado a la categoría de delito lo que no son sino formas de participación, que no ha querido castigar más que cuando se produjera la consumación del hecho principal. Pero ello no nos solventa el problema de la naturaleza jurídica de la muerte del suicida, aunque sí nos ofrece un argumento más para poder excluir, en estos casos, las formas imperfectas.

En efecto, uno de los inconvenientes —o quizá mejor: el inconveniente— que plantea la tesis del resultado típico es, precisamente, que nos obliga, *formalmente*, a aceptar la posibilidad de que sean punibles, en referencia al párrafo primero del artículo 409, las formas imperfectas de ejecución y los actos preparatorios. Al margen, sin embargo, de los argumentos estrictamente formales, hay argumentos materiales y políticos-criminales para excluir tal posibilidad, y entiendo que son éstos (los argumentos materiales y político-criminales) y no aquéllos (los argumentos formales) los que deben prevalecer.

Desde nuestro punto de vista, nos encontramos ante un supuesto peculiar en el que el legislador —como ya hemos dicho— ha elevado a la categoría de punibles unos actos de participación en una conducta principal impune. Semejante particularidad le ha conducido, por lo

(84) V., COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN: *PG* (cit. nota 71), p. 363.

que de excepcional tiene esa situación, a exigir, para la punición de dichos comportamientos, *algo más* que lo que se deduciría de aplicar, sin límites excepcionales, los principios generales de la participación. Al legislador no le ha bastado con exigir un comienzo de ejecución del acto principal impune para castigar al partícipe, sino que ha querido *algo más*: que el acto principal se consumara. En este caso, como ya hemos dicho, el legislador ha retrasado las barreras defensivas del Derecho penal hasta el momento de la consumación del acto principal impune.

Y si esto así, sería enormemente inadecuado romper la excepcionalidad en la punición; quebrar, en definitiva, ese atrasamiento de los límites defensivos, por la vía indirecta de considerar punibles la tentativa, la frustración o los actos preparatorios.

Por otra parte, desde el punto de vista político-criminal, es ampliar excesivamente el ámbito de punición de unas conductas que, en el fondo, no son sino de participación en un ámbito de libre desarrollo del actor principal. Prueba, además, de su inconveniencia político-criminal es el pronunciamiento ampliamente mayoritario de la doctrina en ese sentido.

IV. LA ADMISIBILIDAD O INADMISIBILIDAD DE LA PARTICIPACION POR OMISION

Finalmente, vamos a aludir, lo más concisamente posible, a otro problema que ha suscitado, desde antiguo, la atención de la doctrina española, cual es el de la admisibilidad o inadmisibilidad de las formas omisivas en el artículo 409.

El problema fue magistralmente abordado, hace ya unos años, por Gimbernat (85), quien, además, sintetizó las diversas opiniones posibles, por lo que para hacer menos tedioso al lector la exposición del tema, nos referiremos básicamente a las conclusiones del autor y sobre ellas extraeremos las nuestras propias.

Gimbernat distinguió, en su exposición, las dos posibles situaciones que, desde el punto de vista de la omisión, caben ante un comportamiento suicida: la situación del que, simplemente se limita a no impedir un suicidio y la de quien no impide un suicidio, siendo garante, frente a la comunidad jurídica, de la vida del suicida. Para el autor, en el primer caso, si al que no corta la cuerda de la que pende el suicida o no impide que éste se beba el veneno mortal, le consideramos reo de un delito del artículo 409, párrafo primero por entender que ha auxiliado, omisivamente, al suicida, también deberíamos considerar cómplice, por omisión, en un asesinato al que no impide al asesino llevar a cabo su acción o al que no avisa a la Policía, pudiéndolo hacer con tiempo de que ésta impidiera el hecho. Estos últimos supuestos,

(85) GIMBERNAT OORDEIG, E.: *Estudios* (cit. nota 9), pp. 165 y ss.

sin embargo, no se castigan por lo dispuesto en el artículo 406, en relación con el artículo 14, número 3 ó 16, sino por lo dispuesto en el artículo 338 bis, ya que si no este precepto no tendría razón de ser (86). Y si ello es así, ¿cómo es posible que al que no impide un asesinato se le castigue con la pena de arresto mayor o multa o con ambas (artículo 338 bis) y al que no impide un suicidio con la pena de prisión mayor (artículo 409, párrafo primero)? Obviamente, esto es lo que nos lleva a rechazar —siempre según Gimbernat— la posibilidad de castigar como auxilio al suicidio del artículo 409, párrafo primero, el comportamiento del que, simplemente, no ha impedido el suicidio (87).

Pero, ¿podría este mismo comportamiento ser punible por algún otro precepto del Código penal? Para Gimbernat sí, porque el que no impide el suicidio ajeno comete un delito de omisión del deber de socorro del artículo 489 bis, ya que el bien jurídico protegido por dicho precepto (la solidaridad humana) «se lesiona también aunque el sujeto en peligro trate de poner fin voluntariamente a su vida» (88).

Por lo que se refiere a los supuestos en los que el omitente es garante, frente a la comunidad, de la vida del suicida, la opinión de Gimbernat es, en contra de lo que fue la tendencia dominante, aplicar el párrafo primero del artículo 409 en comisión por omisión (89).

En efecto, para este autor, en el caso de que un marido permita o no impida el suicidio de la esposa, no habrá que recurrir a la figura del parricidio en comisión por omisión, sino a la del auxilio al suicidio en comisión por omisión. Porque, lo importante, en estos supuestos, no es el constatar la existencia de la posición de garante del omitente, sino, además, comprobar si, en referencia al concreto tipo, los elementos de reproche que concurren en el comportamiento activo pueden reproducirse en el omisivo. Y esto no se da en el suicidio de las víctimas. Téngase presente —indica Gimbernat— que una de las características del parricidio, asesinato u homicidio por acción, la es el que se priva de la vida a quien no quiere morir, lo que no sucede en el suicidio (90).

Por tanto, al marido que no impide el suicidio de la esposa se le deberá castigar por un auxilio al suicidio del artículo 409 en comisión por omisión. Y, más concretamente, por un auxilio al suicidio del párrafo primero del artículo 409, pues, en estos casos, el párrafo segundo no es posible aplicarlo, ya que la figura del auxilio ejecutivo al suicidio es un delito de propia mano que no admite las formas omisivas (91).

La posición de Gimbernat, por tanto, se resume de la siguiente forma: a) el que, sin más, no impide el suicidio comete un delito de omisión del deber de socorro del artículo 489 bis; b) el que, siendo garan-

(86) *Ibidem*, pp. 167-168.

(87) *Ibidem*, p. 168.

(88) *Ibidem*, p. 168.

(89) *Ibidem*, pp. 168 y ss.

(90) *Ibidem*, pp. 170-171.

(91) *Ibidem*, pp. 171-172.

te, no impide el suicidio del garantizado, comete un delito del párrafo primero del artículo 409 en comisión por omisión.

Nuestra posición, sin embargo, se resume en considerar, *con carácter general*, impunes *todos* los comportamientos consistentes en no impedir el suicidio —haya o no posición de garante por parte del omitente—, y sólo *excepcionalmente* admitir *determinadas* formas omisivas. Vamos a tratar de explicar por qué.

Siendo consecuentes con toda la línea expositiva anterior, diremos, en primer lugar, que, *con carácter general*, entendemos que en los supuestos de participación omisiva al suicidio falta una suficiente fundamentación constitucional para su punición. El acto suicida —tal y como hemos sostenido—, es un acto libre, y lo único que podría llegar a fundamentar el castigo de los comportamientos de participación en él sería el que el tercero interviniente, de alguna manera, hubiera contribuido decisiva o definitivamente en la formación de la voluntad suicida. Excepcionalmente, pues, sólo podríamos encontrar un mínimo fundamento para la punición allí donde pudiéramos demostrar que el tercero omitente ha contribuido, con su omisión, decisiva o definitivamente a la formación de la voluntad suicida. Pero, fuera de esta excepción, no podemos fundamentar un castigo para un comportamiento que no consiste sino en no impedir un acto totalmente libre; es decir, que no consiste sino en no impedir una lesión de un bien jurídico causada por quien tiene todo el derecho a causarla. Incluso, aunque respecto de ese sujeto el omitente tenga, frente al suicida, una posición de garante. El garante no puede estar obligado, frente a la comunidad jurídica, a garantizar el bien jurídico contra los actos de plena y libre disposición del mismo por parte de su titular.

Por otra parte, la redacción del tipo del artículo 409 no parece que facilite la inclusión en él de los comportamientos omisivos. Que no caben en el segundo párrafo, al ser éste un delito de los llamados de propia mano, que no admiten las formas omisivas, ya lo puso de manifiesto Gimbernat. Por lo que respecta al párrafo primero, en éste se castigan la inducción y la prestación de auxilio: conceptualmente, no cabe la inducción por omisión (92); y, por lo que se refiere al auxilio, el Código —como ha indicado Díez Ripollés (93)— utiliza una expresión claramente activa: «prestar auxilio», que es tanto como «dar auxilio». Y «dar auxilio» —añadimos nosotros— se puede, perfectamente interpretar como «poner la actividad de uno al servicio del suicida». Significado que viene, desde nuestro punto de vista, ratificado por el párrafo segundo al decirse: «Si se lo prestare hasta el punto de ejecutar él mismo la muerte.»

Con todos estos presupuestos ¿existe alguna forma omisiva de participación en el suicidio que, *de lege data*, quepa considerar punible? Desde luego, no el simple hecho de no impedir el suicidio. Porque, si bien coincidimos con Gimbernat en que quien no evita el suicidio no

(92) V. las consideraciones hechas en mi libro: *La Provocación* (cit. nota 69), pp. 313 y ss.

(93) Díez RIPOLLÉS, J. L.: «La huelga de hambre» (cit. nota 65), p. 668.

debe responder por el artículo 409, no estamos de acuerdo, sin embargo, en que, en tal caso, se haya de responder por un delito de omisión del deber de socorro del artículo 489 bis. Y ello porque el tipo de este último precepto, exige *expresamente* que el sujeto (en este caso sería el suicida) se halle desamparado; y si por persona *desamparada* hay que entender aquella «que no puede prestarse ayuda a sí misma ni cuenta con quien le prestè la ayuda necesaria» (94), no creemos que tales características se puedan predicar de los suicidas (95), o, al menos, no de *todos*.

Por lo que se refiere a los supuestos en los que el omitente se halla en una situación de garante, en los únicos en los que éste habría de responder sería —al margen de los posibles casos en los que el suicida sea, por ejemplo, un incapaz o un menor y que nos remitirían a la figura de la autoría mediata— aquellos en los que se pudiera demostrar que el garante ha intervenido (por omisión) decisiva o definitivamente en la formación de la voluntad suicida. Y, en cualquier caso, habría que salvar el escollo interpretativo que supone la utilización de un verbo esencialmente activo como es el de «prestar auxilio». Fuera de estos supuestos excepcionales, entendemos que no es posible fundamentar una punición.

(94) RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: *La Omisión de Socorro en el Código Penal*, Madrid, 1966, p. 161.

(95) En el mismo sentido, Díez RIPOLLÉS, J. L.: «La huelga de hambre» (cit. nota 65), p. 684.

El principio de intervención penal mínima

JUAN ANTONIO MARTOS NUÑEZ

Profesor encargado de Derecho penal de la Universidad de Sevilla, Doctor en Derecho y Diplomado Superior en Criminología

SUMARIO: I. Introducción. II. Concepto. III. Fundamento. IV. Contenido: 4.1. Carácter «fragmentario» del Derecho penal. 4.2. El Derecho penal como «última ratio». 4.3. La naturaleza «accesoria» del Derecho penal. 4.3.1. Introducción. 4.3.2. La subsidiariedad del Derecho penal. 4.3.3. La autonomía del Derecho penal. 4.3.4. Teorías intermedias. 4.3.5. La potestad sancionadora de la Administración. 4.4. Toma de posición.

I. INTRODUCCION

La justicia, como escribe Gutiérrez-Alviz y Armario (1), es «un ideal supremo de la vida humana comunitaria en régimen de igualdad y libertad», mientras que la política, subraya el citado autor, es «un conjunto de actividades puestas en juego coordinando las distintas ideologías y fuerzas operantes en la realidad social y tendentes a conseguir bajo la norma jurídica un régimen razonable de pacífica convivencia».

Pues bien, si el Derecho penal y el procesal penal, según Bettiol (2) son «no sólo una lógica formal sino también una filosofía, una política y, finalmente, una dogmática, que no es una suma de conceptos vacíos sino un «*quid*» que se mueve bajo el impulso y los contenidos políticos de un determinado momento histórico», estimo un honor contribuir el merecido homenaje del profesor Doctor Don Faustino Gutiérrez-Alviz y Armario con el análisis de uno de los principios informadores del Derecho Penal, de mayor contenido ético, filosófico y jurídico-político de cuantos sustentan la Ciencia de los Delitos y las Penas: «El principio de intervención penal mínima.»

(1) GUTIÉRREZ-ALVIZ y ARMARIO, FAUSTINO: «Estudios jurídicos», Universidad de Sevilla, 1978, p. 210.

(2) BETTIOL, GIUSEPPE: «Instituciones de Derecho Penal y Procesal». Traducción de FAUSTINO GUTIERREZ-ALVIZ y CONRADI, editorial Bosch, S. A., Barcelona, 1977, p. 7.

Por consiguiente, dedico este trabajo, con afecto y gratitud, a Don Faustino Gutiérrez-Alviz Y Armario, quien, a través de su magisterio, me enseñó los secretos del proceso penal, dando así «forma jurídica», a lo que ya era en mí una clara vocación por cuantas pretensiones y partes generan el proceso como institución (3)...

II. CONCEPTO

El intervencionismo estatal ha influido decisivamente en el nacimiento del Derecho Administrativo, de tal suerte que, como enseña Entrena Cuesta (4), «se hacía necesaria la aparición de una rama del Derecho en la cual se conjugasen las prerrogativas de la Administración con las garantías de los particulares».

El Derecho Penal, por su parte, se basa en un presupuesto de naturaleza ético-filosófica y notable trascendencia político-criminal, cual es el principio de intervención mínima, conforme al cual las infracciones que sólo perjudican a la ausencia de fricciones en ciertas manifestaciones funcionales vitales de la comunidad del pueblo, no necesitan siempre, según Mattes (5), estar provistas de «penas». Tales infracciones del orden no perturban el «orden interno de la comunidad», sino sólo el «orden externo de la convivencia» en el que se trata de «meros problemas utilitarios» que no tienen nada que ver con los mandatos de la ética.

El injusto criminal, por el contrario, no va tan sólo contra los mandatos del derecho, sino también contra los de la ética. Se percibe —subraya Rietzsch (6)—, cómo una «lesión del sentimiento jurídico de la comunidad del pueblo» y despierta una «necesidad de integración».

Por consiguiente, el principio de intervención mínima significa que «el Derecho Penal sólo tutela aquellos derechos, libertades y deberes imprescindibles para la conservación del Ordenamiento Jurídico, frente a los ataques más intolerables que se realizan contra el mismo».

III. FUNDAMENTO

El principio de intervención mínima se fundamenta, según Quintero Olivares (7), en la tesis de que «el Derecho Penal no puede nunca emplearse en defender intereses minoritarios y no necesarios para el

(3) Sobre este particular, véase por todos, GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO, «Estudios...», *op. cit.*, pp. 145 y ss.

(4) ENTRENA CUESTA, RAFAEL: «Curso de Derecho Administrativo», volumen I/1. Editorial Tecnos, S. A., 7.ª ed., Madrid, 1982, p. 51.

(5) MATTES, HEINZ: «Problemas de Derecho Penal Administrativo». Traducción y notas por JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ DEVESA, EDESA, 1979, pp. 215 y s.

(6) RIETZSCH, OTTO: Die Neuordnung des Rechts der Übertretungen», en DStr., 1935, p. 66.

(7) QUINTERO OLIVARES, GONZALO: «Introducción al Derecho Penal». Parte General, editorial Barcanova, Barcelona, 1981. pp. 48 v s.

funcionamiento del Estado de Derecho, siendo inadecuado recurrir a sus gravísimas sanciones si existe la posibilidad de garantizar una tutela suficiente con otros instrumentos jurídicos no penales».

Sin embargo, la esencia del principio de intervención mínima radica en «*el respeto a la capacidad de la persona humana para adquirir derechos y obligaciones jurídicas que no dañen a un tercero*».

En efecto, los presupuestos antropológicos, filosóficos y sociológicos que a lo largo de la Historia de la Humanidad, han generado la formación y evolución de la Ciencia del Derecho Penal, permiten hoy sintetizar aquellas constantes, esos «mínimos ético-sociales», necesarios para la propia supervivencia de la especie humana.

Por eso, el Derecho Penal interviene «mínimamente» en la Sociedad: porque aún confía en el hombre, de tal modo que cuanto menor sea la intervención punitiva, más fecunda y próspera será nuestra vida comunitaria, pues ello supondría tanto como que, v. gr., el mandato moral «no matarás» carecerá, entonces, de traducción legislativa que recuerde la sanción prevista para «el que matare a otro», una vez conocidos y neutralizados los factores que determinan la «psicología de la agresión».

Por consiguiente, el «principio de intervención mínima» constituye no sólo un límite importante al «ius puniendi», sino que además sitúa al Derecho Penal en su verdadera posición en el Ordenamiento: la última instancia a la que pueden acceder los ciudadanos para dirimir sus conflictos (si se trata de delitos o faltas perseguibles a instancia de parte), o bien el último recurso legal del que dispone el Estado de Derecho para conseguir una Sociedad democrática avanzada, empeñada en la defensa y desarrollo de los valores consustanciales al Derecho Penal democrático.

IV. CONTENIDO

El principio de intervención mínima está integrado por tres postulados fundamentales: de una parte, el respeto al carácter «fragmentario» del Derecho Penal; de otra, su consideración como «última ratio»; y, por último, la naturaleza «accesoria» del Derecho Penal. Veamos cada uno de ellos separadamente.

4.1. CARACTER «FRAGMENTARIO» DEL DERECHO PENAL

Los preceptos del Derecho son, según Justiniano (8): «Vivir honestamente, no dañar a nadie y dar a cada uno lo que es suyo». Ahora bien, ¿cómo puede protegerse el Ordenamiento Jurídico que garantice el efectivo cumplimiento de estos preceptos? Este delicado problema po-

(8) JUSTINIANO, «Instituciones». Traducción de FRANCISCO PÉREZ DE ANAYA y MELQUIADES PÉREZ RIVAS. Editorial Heliasta, S.R.L., Buenos Aires, 1976, p. 27.

lítico criminal sólo puede resolverse partiendo de la base de que las modificaciones necesarias de la justicia criminal, en cada momento histórico concreto, impiden que el Derecho Penal tenga un «carácter absoluto», o lo que es lo mismo que su acción protectora se extienda a todos los ámbitos de la vida social donde se haya quebrantado el orden jurídico. El Ordenamiento Tutelar jurídico penal, forzosamente, como reconoce Zipf (9) adolece de lagunas y es imperfecto; posee «carácter fragmentario», como característica de un Estado de Derecho respetuoso para con la libertad del ciudadano (10).

La relatividad y fragmentariedad del Derecho Penal se asientan, según Polaino Navarrete (11), en que «la estimación de lo que a la sociedad conviene sancionar penalmente no puede ser efectuada sino por la vía de la comprobación de los bienes y valores susceptibles y requeridos de la tutela penal».

Esto es así porque en un Estado social y democrático de Derecho, como el nuestro, que propugna como el «*primer valor superior de su ordenamiento jurídico: la libertad*», la fácil huida hacia el Derecho Penal, prefiriéndose el recurso a la pena o a la medida de seguridad antes que el examen de medios menos gravosos para los ciudadanos, conduciría inexorablemente a un Estado policial. Por consiguiente, los ciudadanos no pueden vivir bajo la amenaza penal constante en su desarrollo personal y comunitario; eso sería, como subraya Bustos (12), «la negación del Estado de Derecho, que provocaría la inseguridad de sus ciudadanos».

De aquí surge la moderna tendencia político-criminal a la «*desriminalización de conductas antaño delictivas*»; es decir, a su conversión en ilícitos civiles o administrativos perdiendo de esta suerte toda relevancia penal. Así, v. gr., el antiguo delito de conducción ilegal ha sido suprimido por la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal, atendiendo según la exposición de motivos de dicha Ley, «*a un sentimiento generalizado en los medios forenses y doctrinales, que no ha podido apreciar en tal conducta algo más que un ilícito administrativo*».

En efecto, si lo decisivo en dicha conducta no era el hecho de conducir, sino, como señala Rodríguez Devesa (13), «el carácter de permiso» parece evidente que el sujeto omitió el cumplimiento de un requisito administrativo, cual es la obtención del correspondiente permiso, para poder conducir un vehículo de motor por la vía pública, in-

(9) ZIPF, HEINZ: «Introducción a la Política criminal». Traducción de MIGUEL IZQUIERDO MACÍAS-PICAVEA. Edersa, 1979, p. 43.

(10) Sobre el carácter fragmentario del Derecho Penal, véase, por todos, MAIWALD, M.: «Zum fragmentarischen Charakter des Strafrechts» en «Festschrift für R. Maurach», Karlsruhe, 1972.

(11) POLAINO NAVARRETE, MIGUEL: «Derecho Penal». Parte General. Tomo I, «Fundamentos científicos del Derecho Penal». Editorial Bosch, S. A., Barcelona, 1984, p. 98.

(12) BUSTOS RAMÍREZ, JUAN: «Manual de Derecho Penal español». Parte General. Editorial Ariel, S. A., Barcelona, 1984, p. 49.

(13) RODRÍGUEZ DEVESA, JOSÉ MARÍA: «Derecho Penal español». Parte General. Octava edición. Madrid, 1981, pp. 369 y s.

dependientemente de su pericia o de la inexistencia de un perjuicio efectivo en las personas o en las cosas, a consecuencia de la conducción ilegal llevada a cabo por el agente. Por consiguiente, el tipo ha quedado sin contenido porque ya no cumple la función que le asigna Córdoba Roda (14) de salvaguardar «la potestad de la Administración para autorizar la conducción de vehículos de motor», quedando la «seguridad del tráfico» garantizada por la tipificación, y consecuente castigo, de los hechos más graves para el normal funcionamiento del tráfico motorizado, previstos en los artículos 340 bis a) y siguiente.

Por otra parte, conviene tener en cuenta que, como subraya Baratta (15), «el Derecho Penal no defiende todos y sólo los bienes esenciales en los cuales está, igualmente, interesado el conjunto de los ciudadanos, y cuando castiga las ofensas a los bienes esenciales lo hace con intensidad desigual y de modo fragmentario». Para este autor, el carácter fragmentario del Derecho Penal afecta, fundamentalmente, al proceso de selección de los bienes jurídicos esenciales, condicionado por la preponderancia de los intereses particulares de grupos poderosos sobre los intereses generales, según se advierte en las legislaciones penales en los diferentes países sobre las drogas, delitos ecológicos, accidentes de trabajo y, en general, la legislación relativa a la criminalidad económica.

La legitimación tradicional del carácter fragmentario de la defensa de los intereses jurídicos que proporciona la ciencia jurídico penal ha sido cuestionada por Baratta (16) en términos que afectan a las características del delito y que condicionan la selectividad de la protección jurídico-penal, pues, si desde un punto de vista convencional, puede definirse el Derecho Penal como una técnica para el control social que actúa sobre aquellos comportamientos que infringen el margen de tolerancia ética de la comunidad, imputables y, por ende, reprochables y que, además, lesionan y ponen en peligro intereses de sujetos jurídicos, no existen, sin embargo, razones suficientes, en opinión del meritado autor, para justificar la hipótesis de que la ciencia jurídica deba necesariamente permanecer ligada al concepto anteriormente dado de Derecho Penal, así como al sistema existente de control social. En definitiva, Baratta (17) propugna «una reflexión crítica que contribuya aportando argumentos racionales al progreso de las valoraciones éticas en la sociedad».

En este sentido se manifiesta, también, Muñoz Conde (18) para quien el carácter fragmentario del Derecho Penal tiene un significado

(14) CÓRDOBA RODA, JUAN: «Comentarios al Código Penal». Tomo III. (Artículos 120-340 bis c). Editorial Ariel, S. A., Barcelona, 1978, p. 1282.

(15) BARATTA, ALESSANDRO: «Criminología y dogmática penal. Pasado y futuro del modelo integral de la ciencia penal», en PAPERS. Revista de Sociología. Publicada per la Universitat Autònoma de Barcelona. Número 13 «Sociedad y Delito» 1980, p. 29.

(16) BARATTA, Criminología..., *op. cit.*, p. 43.

(17) BARATTA, Criminología..., *op. cit.*, p. 44.

(18) MUÑOZ CONDE, «Adiciones al Tratado de Derecho Penal de JESCHECK» Parte General, volumen primero, Editorial Bosch, S. A. Barcelona 1981, p. 84.

ideológico, particularmente, en la delincuencia de «cuello blanco». En esta materia el Derecho Penal se caracteriza, según el referido autor, «más por lo que no castiga, que por lo que castiga. Ciertamente, la delincuencia socio económica se caracteriza por la ausencia de «*contenidos típicos*» que propicia la «*inmunización del Derecho Penal*» (19) frente a este tipo de criminalidad de los negocios de grandes empresas nacionales y transnacionales cuyas acciones, marcadas por el anonimato y la dificultad de su imputación a personas físicas determinadas, pese al enorme perjuicio que causan a la economía nacional, quedan generalmente impunes.

Por consiguiente, es urgente y necesario que en el sistema penal, entendido como un complejo dinámico de funciones, integrado por los procesos de «*criminalización primaria*» (formación de la ley penal) y «*secundaria*» (aplicación de la ley penal), no se produzca lo que Muñoz Conde (20) ha denominado «*perversión*» del carácter fragmentario del Derecho Penal, a través de los procesos de selección primaria.

El fundamento de la afirmación del carácter fragmentario del Derecho penal presente, hoy, nuevas dimensiones que conectan, según Polaino Navarrete (21) con dos tipos de cuestiones bien diferenciadas: en primer lugar, con el origen de la pena; y, en segundo lugar, con la dependencia histórica de la configuración fragmentaria de los tipos.

Por lo que se refiere al primer problema planteado, entiende el citado autor que el Estado solamente puede penar al sujeto que ha realizado un comportamiento que es objeto de un desvalor realmente muy grave, siendo necesario, además, que tales acciones ofrezcan también respecto de la sociedad un elevado grado de nocividad. Por consiguiente, en el pensamiento de este autor se excluye la «*nocividad criminológica*», integrada por la «*agresividad*» y la «*indiferencia afectiva*»; es decir, la capacidad del sujeto para recorrer el «*íter criminis*», desde la concepción hasta la consumación de su plan criminal, de una parte, así como la falta de resonancia que encuentra en el autor el sufrimiento de su víctima.

Por el contrario, la «*nocividad*» aludida ha de ser considerada «*respecto de la sociedad*» y no «*desde el autor*», y, además, la cantidad de mal que puede temerse del sujeto ha de ser empíricamente constatable, por lo que Polaino (22), concluye afirmando que «el autor tiene que incidir sobre bienes jurídicos, que son, respectivamente, afectados en concreto por las acciones típicas», para hacerse acreedor de la pena. La precisión anteriormente apuntada denota una nueva dimensión al carácter fragmentario del Derecho Penal: «*la dimensión criminológica*», habida cuenta de que, como afirma La Torre (23), «la con-

(19) Sobre la teoría de la inmunización del Derecho penal, véase por todos SCHUMANN, K.F.: «Gegenstand und Erkenntnisinteressen einer Konflikttheoretischen Kriminologie», en Arbeitskreis Junger Kriminologen (ed.), «Kritische Kriminologie», 1974, pp. 69 y ss.

(20) MUÑOZ CONDE, Adiciones..., *op. cit.*, pp. 100 y s.

(21) POLAINO, Derecho..., *op. cit.*, pp. 100 y s.

(22) POLAINO, Derecho..., *op. cit.*, p. 101.

(23) LATORRE, ANGEL: «Introducción al Derecho». 4.ª Edición. Editorial Ariel, S. A., Barcelona, 1972, p. 204.

sideración puramente jurídica del delito no debe hacer olvidar su contorno real como acto de una persona».

En cuanto a la dependencia histórica de la configuración fragmentaria de los tipos, Polaino (24) advierte que «ciertas formas de comportamiento de la persona existen típicamente a lo largo de los siglos, como modalidades de comisión de determinadas lesiones de bienes jurídicos». Sin embargo, conviene añadir al respecto que tales modalidades típicas de comportamiento, por ejemplo, el incendio voluntario, la alteración de monedas o la estafa, además de destacar determinadas formas de ataques contra bienes jurídicos permanentemente conculcados, revelan, también, «*conflictos socio culturales insatisfactoriamente resueltos por el Derecho Penal*». Tales conflictos, dependientes de las condiciones materiales y espirituales de la comunidad, mostraron, v. gr., cómo en Roma, según refiere Kunkel (25), el «crecimiento del proletariado de la capital y el aumento de los contingentes de esclavos fue acompañado de un auge de la criminalidad, que exigió enérgicas medidas para mantener la seguridad pública». Por eso surgió, ya en el curso del siglo III, a. de C., una justicia policial contra delincuentes violentos, incendiarios, envenenadores y ladrones.

Por consiguiente, el Derecho Penal que ha sido impregnado profundamente por la filosofía de los valores, de tal modo que, en opinión de JIMÉNEZ DE ASÚA (26) el Estado debe recoger y enfocar «teleológicamente» todos los intereses que constituyen la cultura, dirigiéndolos al fin de la vida, configura los tipos de modo fragmentario conforme a las exigencias político criminales y grado de sabiduría jurídico penal alcanzado en una época determinada.

En efecto, al ser «el» criminal una pálida abstracción, observa Von Hentig (27), resulta todavía más difícil abarcar en una imagen única las modalidades de la infracción, pues, ¿a quién debería asemejarse el sujeto que hoy roba y mañana estafa? A pesar de estas consideraciones, el citado autor estima justificada plenamente la inclinación humana hacia un patrón cognoscitivo manejable, un «tipo» que nos guía en los casos dudosos mejor que la total falta de experiencia.

Así, el «engaño», es decir esa falta de verdad en lo que se dice, hace, cree, piensa o discurre, elemento constitutivo del delito de estafa, pervive, junto con la mentira a lo largo de la historia de la humanidad, generando en el tráfico jurídico consecuencias de elevado costo social y económico. Sin embargo, este elemento de naturaleza anímica se ha ido perfilando lentamente, de tal modo que, v. gr. en el Código de Hammurabi (28), lo determinante no es que concurra en el es-

(24) POLAINO, Derecho..., *op. cit.*, p. 101.

(25) KUNKEL, WOLFGANG: «Historia del Derecho Romano», Editorial Ariel, S.A., Tercera edición, Barcelona, 1972, p. 71.

(26) JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS: «Tratado de Derecho Penal». Tomo I, Editorial Losada, S. A., Buenos aires, 4.ª edición, 1964, pp. 34 y ss.

(27) VON HENTIG, HANS: «El delito». Volumen I. Traducción castellana y notas por MARINO BARBERO SANTOS, editorial Espasa-Calpe, S. A., Madrid, 1971, p. 19.

(28) HAMMURABI, «Código de Hammurabi». Edición preparada por FEDERICO CARA PEINADO. Editora Nacional, Madrid, 1982, pp. 93 y 170.

tafador un elemento subjetivo del injusto específico: el «ánimo de lucro», sino por el contrario, el hecho de que «levantó una calumnia» al no presentar el propietario de la cosa perdida testigos que testimonien sobre el objeto perdido, pues, según este cuerpo legal, la intención de robo y la calumnia en materia de robo son faltas cuya gravedad equivale a la del robo en sí.

Asimismo, en el Derecho Penal Romano, Mommsen (29) nos indica que la palabra «*falsum*» («de fallere») se aplicaba a los más importantes hechos delictivos conminados en la «*Lex Cornelia testamentaria nummaria*», dictada por Sila sobre los testamentos y la moneda y en las ampliaciones que se hicieron de ella; pero de los muchos actos que caían bajo el ilimitado concepto de engaño fraudulento la citada ley sólo recogía algunos de ellos, a saber, los que envolvían un peligro real.

La misma incertidumbre se observa en el Derecho Penal privado, continúa el citado autor, pues la acción para perseguir la estafa como delito privado no tenía lugar sino en el caso de que concurriera en el hecho un elemento ético que el magistrado director del Tribunal le pareciera que requería ser tratado penalmente, no siéndole posible a la víctima buscar que se le hiciera justicia por otra vía. Por consiguiente, en el Derecho Penal Romano es imposible definir positivamente el delito de estafa, no hallándose legalmente determinado el círculo de los hechos punibles que daban origen a la acción de estafa.

Semejante laguna legal va ser cubierta en el curso del tiempo satisfactoriamente, merced a una depurada técnica legislativa y a un considerable esfuerzo doctrinal. Definida la estafa por Antón Oneca (30) como «la conducta engañosa, con ánimo de lucro injusto, propio o ajeno, que, determinando un error en una o varias personas, les induce a realizar un acto de disposición, consecuencia del cual es un perjuicio en su patrimonio o en el de un tercero», se sientan los pilares para construir una «teoría general de la estafa», que, partiendo de esta definición, deduce los elementos esenciales del delito: engaño, error, disposición patrimonial, perjuicio y provecho, debiendo mediar entre el perjuicio y el engaño una adecuada relación de casualidad de tal modo que el engaño sea el motivo o la causa del perjuicio.

La trascendencia de esta teoría general de la estafa es tal que ha adquirido rango legislativo, merced a la Ley Orgánica 8/83, de 25 de junio, de Reforma urgente y parcial del Código Penal, cuya Exposición de Motivos refiere «la casuística que dominaba la formulación de la estafa en nuestro sistema punitivo en contraste con la ausencia de una definición fundamental de tal delito», defecto subsanado por la nueva redacción del artículo 528, del CP, a cuyo tenor, «*cometen estafa 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*». Por consiguiente, mientras que el sis-

(29) MOMMSEN, TEODORO: «Derecho Penal Romano», traducción de P. DORADO. Editorial Temis, Bogotá, 1976, pp. 418 y s.

(30) ANTÓN ONECA, JOSÉ: «Estafa». Nueva Enciclopedia Jurídica, IX, 1958, pp. 56 y ss.

tema anterior a la Reforma se caracterizaba, según la meritada Exposición de Motivos por un «desequilibrio entre ciertos abusos del método casuístico —la estafa es un ejemplo frente a la desatención hacia valores patrimoniales o situaciones económico-patrimoniales que merecen particular respeto por parte de la ley penal—», la nueva redacción del artículo 528 del CP, otorga «positividad» a la aludida teoría general de la estafa, mediante la consagración legal de «una definición esencial de la estafa, capaz de acoger los diferentes supuestos planteables», como reconoce la propia Exposición de Motivos.

El cambio operado es importante, pues como afirma Muñagorri (31) «la reforma de 1983 en lo relativo a delitos patrimoniales ha abandonado el criterio de la cuantía del valor del perjuicio patrimonial como determinante de la gravedad de la pena», es decir, que lo decisivo, ahora, no es que el estafador defraude a la víctima en la sustancia, cantidad o calidad de las cosas que le entregue en virtud de un título obligatorio, sino que aquel lleve a cabo la conducta descrita en el párrafo primero del artículo 528 con un elemento intencional específico: «el ánimo de lucro», quedando relegado el perjuicio patrimonial a un mero límite fronterizo que deslinda el delito de la falta de estafa, según que aquel exceda o no de 30.000 pesetas, como se desprende del párrafo segundo del artículo 528 en relación con el 587.3.º, todos ellos del Código Penal.

Por consiguiente, el principio de intervención mínima, como subraya Muñoz Conde (32) «es un principio político criminal limitador del poder punitivo del Estado, derivado de la propia naturaleza del Derecho Penal, el cual se limita sólo a castigar las acciones más graves contra los bienes jurídicos más importantes, de ahí su carácter “fragmentario”, pues de toda la gama de acciones prohibidas y bienes jurídicos protegidos por el Ordenamiento jurídico, el Derecho Penal sólo se ocupa de una parte, fragmentos, si bien la de mayor importancia». En efecto, las conminaciones penales no tienen por qué extenderse a todas las infracciones, como sostienen Cobo Del Rosal Y Vives Antón (33), pues no todos los bienes jurídicos precisan de la protección penal.

El carácter fragmentario del Derecho Penal, en cuya virtud, la pena sólo ha de aplicarse a aquellas acciones u omisiones que por su peligrosidad y responsabilidad lo merezcan en interés de la protección social, constituye, sin duda, uno de los fundamentos político-criminales más importantes de nuestro Estado social y democrático de Derecho, cuyo olvido genera una perniciosa inflación punitiva, que degrada la verdadera función de la pena. En este sentido, Von Liszt (34), tras cri-

(31) MUÑAGORRI LAGUÍA, IGNACIO: «Notas sobre la teoría jurídica del delito ante la reforma del Código Penal de 1983 (Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio) y las nuevas perspectivas legislativas, en ADCPCP, 1984, p. 741.

(32) MUÑOZ CONDE, «Introducción al Derecho Penal», editorial Bosch, S. A., Barcelona, 1975, pp. 71 y s.

(33) COBO DEL ROSAL, MANUEL y VIVES ANTÓN, TOMÁS SALVADOR: «Derecho Penal» Parte General, Universidad de Valencia, 1984, p. 91.

ticar el empleo superabundante de la pena como medio de lucha contra el crimen, propone la restauración del antiguo principio «Mínima Non Curat Praetur», bien como precepto jurídico del procedimiento (quebrantamiento del principio legal), bien como regla de derecho material) (impunidad por insignificancia de la infracción).

El carácter fragmentario del Derecho Penal, consecuencia del principio de intervención mínima, conforme al cual el Derecho Penal sólo debe intervenir en caso de ataques muy graves a bienes jurídicos de particular relevancia, configura la función de la pena en el Estado social y democrático de Derecho, en el sentido de que no cabe acudir a instrumentos aflictivos cuando éstos no son socialmente imprescindibles ni necesarios. De ahí que en nuestro sistema constitucional la pena cumpla, como destaca Mir Puig (35), una misión política de «regulación activa» de la vida social que asegure su funcionamiento satisfactorio mediante la protección de los bienes de los ciudadanos. Ello supone la necesidad de conferir a la pena la «función de prevención» de los hechos que atenten a estos bienes y no basar su cometido en una hipotética necesidad «ético jurídica» de no dejar sin respuesta, sin «retribución», la infracción del orden jurídico.

Por consiguiente, el carácter fragmentario constituye, hoy, un postulado del Derecho Penal que revela el cambio de una concepción retribucionista a otra, basada en una estricta necesidad de la prevención, fundamentada políticamente en el artículo 1.1 de la Constitución. Por tanto, en un Estado democrático el desarrollo de una política penal está sujeto a los condicionamientos que impone su estructura, pues si partimos del presupuesto de que la democracia es un concepto dinámico que obliga al Estado a una permanente revisión de su aparato coercitivo, Estado democrático será aquel que, como sostiene Hormazábal (36), «en un proceso constante de apertura va reduciendo la coerción al mínimo indispensable». Por eso la misión fundamental del Estado democrático reside en la constante revisión de su función protectora de bienes jurídicos; de ahí que el Derecho penal tenga, en opinión de Bustos y Hormazábal (37), «carácter lagunario y trate de discriminalizar mas bien que de criminalizar».

Esta tarea la lleva a cabo el Estado mediante un riguroso proceso de selección de bienes jurídicos e intereses estatales cuya demanda social los ha elevado a la categoría de «presupuestos jurídico-penales esenciales para el progreso personal y social». De ahí que pese a su diversa naturaleza, en ocasiones eminentemente «comunitaria», v. gr., la seguridad interior o exterior del Estado; la recta Administración de

(34) VON LISZT, FRANZ: «Tratado de Derecho Penal». Traducido de la 20.ª edición alemana por LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA y Adicionado con el Derecho Penal Español por QUINTILIANO SALDAÑA. Tomo Segundo, tercera edición Editorial Reus S. A., Madrid, s/f, p. 21.

(35) MIR PUIG, SANTIAGO: «Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho», editorial Bosch, S. A., Barcelona, 1979, p. 25.

(36) HORMAZÁBAL MALLARE, HERNÁN: «Política penal en el Estado democrático», en ADPCP, 1984, p. 333.

(37) BUSTOS RAMÍREZ, JUAN y HORMAZÁBAL MALLARE, HERNÁN: «Pena y Estado», en PERS, número 13 «Sociedad y Delito», 1980, p. 126.

la Justicia; la fe pública; la salud pública, etc.; y en otras, profundamente «personalista», como por ejemplo: la vida, la integridad corporal, el honor, la libertad, la seguridad, la propiedad, etc., todos, en cambio, participan de un denominador común: su adecuación a unos principios teóricos que sintetiza Quintero Olivares (38) de la forma siguiente:

«a) Las leyes penales indican el mínimo ético-social que ha de dominar la vida comunitaria.

b) Ese mínimo se expresa en la prohibición de determinadas acciones u omisiones que atentan contra intereses que, precisamente por ser tenidos como esenciales por la mayoría de los ciudadanos, delimitan las acciones que la comunidad no puede tolerar: las dirigidas contra ellos.

c) Todas las leyes penales deben proteger bienes jurídicos, encarnados por intereses valorados de forma positiva y esencial por la comunidad.

d) Si la ley penal tutela valores o intereses que afectan o preocupan a un grupo, entonces esa ley no será «derecho»... El Derecho penal no marcará reglas ético-sociales, sino sólo deberes del más débil ante el más fuerte».

En definitiva, el Estado democrático debe enfocar su política criminal conforme a las exigencias de uno de los principios informadores del Derecho penal: el principio de la «exclusiva protección de bienes jurídicos», entendidos, como pone de manifiesto Hormazábal (39), materialmente en cuanto expresare lo realmente protegido por una norma penal, esto es, «síntesis normativas de relaciones sociales concretas» en una sociedad democrática, asegurando, simultáneamente, el funcionamiento democrático de la sociedad por la vía del reforzamiento de sus estructuras y una mayor receptividad a las necesidades reales que este complejo tipo de sociedad demande.

Por otra parte, el carácter fragmentario del Derecho Penal tiene particular incidencia en la teoría jurídica del delito y, más particularmente a la hora de determinar si existe o no una «antijuricidad específicamente penal». En efecto, sabido es que una conducta típica puede ser conforme a derecho cuando concurre una causa de justificación, v. gr., la prevista en la circunstancia onceava del artículo octavo del Código Penal, conforme a la cual el comportamiento del sujeto, penalmente relevante, puede estar amparado por una norma extrapenal. Sin embargo, la «unidad» del Ordenamiento impide formular un concepto «divisible» de lo antijurídico, según enfoquemos el hecho concreto desde uno u otro sector del Ordenamiento; de ahí que no pueda sancionarse penalmente una conducta reconocida por otras normas jurídicas. El concepto de antijuricidad, por tanto, debe ser limitado por

(38) QUINTERO OLIVARES, «Represión penal y Estado de Derecho», editorial Dirosa, Barcelona, 1976, pp. 83 y s.

(39) HORMAZÁBAL, «Política...», *op. cit.*, p. 345.

el principio de intervención mínima, pues si la función del Derecho penal es «proteger la esfera vital de los particulares y los intereses esenciales de la comunidad», ni el fundamento de carácter «general» de lo antijurídico ni su contenido como lesión o puesta en peligro de un bien jurídico permite afirmar la existencia de una antijuricidad «específicamente» penal. Consecuentemente, a tenor del carácter fragmentario del Derecho penal, «no todo ilícito se transforma automáticamente en injusto penal si no es a través de un proceso de criminalización primaria, acreditativo de la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos penalmente relevantes».

Por consiguiente, la conducta humana sólo deviene injusto punible si lesiona un bien jurídico, pues al legislador no puede bastarle la referencia a la vulneración de una norma ética o divina, antes bien —como subraya Hassemer (40)—, «tiene que demostrar la lesión de un bien jurídico, es decir, tiene que presentar una víctima y mostrar que a la misma le han sido lesionados bienes o intereses». La teoría del bien jurídico ha evolucionado hacia una teoría de la «dañosidad social» (41), conforme a la cual, no toda lesión de un interés humano exige una reacción mediante el Derecho penal, sino tan sólo aquella que, además, presenta el carácter de socialmente dañosa, es decir, que en sus efectos lesivos trasciende del conflicto entre autor y víctima y del daño individual que esta última sufre.

En este sentido, con Hassemer (42) proponemos que la legislación penal se base en el principio «*in dubio pro libertate*», limitando la intervención punitiva «exclusivamente a la criminalización de conductas socialmente dañosas, pues, mientras no se haya mostrado con claridad que una determinada conducta humana produce efectos socialmente dañosos debe quedar libre de amenaza penal».

4.2. EL DERECHO PENAL COMO «ULTIMA RATIO»

El Derecho Penal como ordenamiento de protección y paz sirve, en opinión de Wessels (43), «a la protección de los bienes jurídicos y a la salvaguardia de la paz jurídica». La bondad de este pensamiento adquiere particular importancia en nuestro orden político constitucional, cuyo objetivo fundamental es alcanzar la «paz social» sobre la base de dos pilares esenciales: de un lado, el reconocimiento y protección de los «derechos humanos»; y, de otro, el respeto a la «ley», como manifestación de la voluntad popular.

Los derechos fundamentales y libertades públicas que nuestro tex-

(40) HASSEMER, WINFRIED: «Fundamentos del Derecho Penal». Traducción y notas de FRANCISCO MUÑOZ CONDE y LUIS ARROYO ZAPATERO.

(41) Sobre la teoría de la «dañosidad social», véase por todos, AMELUNG, KNUT, «Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft», 1972, pp. 366 y ss.

(42) HASSEMER, Fundamentos..., *op. cit.*, p. 39.

(43) WESSELS, JOHANNES: «Derecho Penal». Parte General. Traducción de la 6.ª edición alemana de 1976 por el Dr. CONRADO A. FINZI. Ediciones Depima, Buenos Aires, 1980, p. 3.

to constitucional reconoce y garantiza a todos los españoles reclaman no sólo que el Derecho Penal sea lo menos extenso posible sino, como advierte Rodríguez Ramos (44), «mínimamente intenso, es decir, lo menos aflictivo o estigmatizante para los que infrinjan los mandatos y prohibiciones penales».

Mientras el carácter fragmentario del Derecho penal se configura conforme al principio de protección, el carácter subsidiario de este sector del ordenamiento, se inspira, según POLAINO (45) «en la significación del principio de oportunidad que configura el Derecho penal como la última «ratio» del Ordenamiento jurídico». En efecto, si el Derecho penal se basa en la soberanía popular y si se limita a regular determinadas representaciones ético-sociales de valor de la comunidad jurídica, la subsidiariedad de las disposiciones jurídico-penales vendrá determinada por las exigencias constitucionales inherentes al Estado social y democrático de Derecho, antes que, como sostiene el citado autor (46) «por la mera diversidad histórica de las singulares formas políticas, más o menos esporádicas, de organización estatal».

Por consiguiente, la intervención penal sólo está justificada cuando así lo reclame la peculiar estructura normativa del Estado social y democrático de Derecho, basado en el «*principio de la necesidad de la intervención*», bien entendida esta última, no como la consecuencia lógica de un derecho subjetivo del Estado a castigar, «per se», sino como la «*asunción de una potestad legitimada democráticamente*». El Derecho Penal, por tanto, ha de concebirse como «última ratio», esto es, sólo debe recurrirse a él cuando han fallado los demás controles formales o informarles, pues, como afirma BUSTOS (47), «la gravedad del control penal, es decir, el modo tan directo y personal de ejercicio de la violencia estatal que él significa, impone que sólo se le considere en última instancia».

Si el primer valor superior del Ordenamiento constitucional español es la libertad, parece evidente que el Derecho Penal sólo puede limitar ese bien de los hombres y los pueblos cuando ello sea necesario para la protección del Estado social y democrático de Derecho en el que se ha constituido la Nación española. En efecto, por la dureza de sus recursos, que implican la privación o restricciones de bienes fundamentales para el individuo y la comunidad, el Derecho Penal debe representar, como señala Muñoz Conde (48), la «última ratio legis» y entrar sólo en liza cuando resulte indispensable para el mantenimiento del orden jurídico violado, de tal suerte que cuando el legislador no respeta esta exigencia ética y antes de aplicar otros medios jurídicos civiles, administrativos, fiscales, etc., menos gravosos, recurre ya a la sanción penal, criminalizando más hechos de los que

(44) RODRÍGUEZ RAMOS, LUIS: «Compendio de Derecho Penal». (Parte General). Editorial Trivium, S. A., Madrid, 1984, p. 33.

(45) POLAINO, «Derecho...», *op. cit.*, pp. 103 y s.

(46) POLAINO, «Derecho...», *op. cit.*, p. 105.

(47) BUSTOS, «Manual...», *op. cit.*, p. 49.

(48) MUÑOZ CONDE, «Introducción...», *op. cit.*, p. 71.

se debían de castigar, entonces se crea, como ha destacado Rodríguez Mourullo (49), una recusable hipertrofia del Derecho Penal, que, utilizada abusivamente con fines políticos, desencadena el denominado «terror penal».

Para proteger los intereses sociales el Estado debe preferir, sobre todos, la utilización de medios desprovistos de todo carácter sancionatorio. En este sentido, ya Ferri (50), sostenía que, era necesario recurrir a otras medidas que puedan sustituir a las penas como instrumentos de defensa social, para satisfacer el apremio social del orden, proponiendo al respecto, los «sustitutivi penali». La teoría de los equivalentes de la pena parte de la base de que no se llegará a evitar los delitos por las penas, sino por estas otras medidas que, en los límites de su eficacia, las «sustituyen», mucho más que cooperan con ellas. Por su parte, Callies (51) destaca el «carácter del Derecho Penal como el último recurso de la Política Social». A continuación, seguirán, «sanciones no penales»; sólo cuando estos instrumentos legales se muestren insuficientes para restaurar el orden jurídico conculcado, será lícito el recurso a la pena o a la medida de seguridad. Ello interesa destacarlo, especialmente, como advierte Mir Puig (52) frente a la tendencia que el Estado social tiene a una excesiva intervención y a una fácil «huida al Derecho penal».

Que el Derecho Penal es la «última ratio» significa, pues, como afirma Sainz Cantero (53), que «sólo debe intervenir en la protección de los bienes jurídicos cuando se revelen como inservibles para ese cometido todos los demás medios de reacción y tutela con que cuenta el ordenamiento jurídico».

Tal aserto parte sobre la base de la unidad del Ordenamiento Jurídico, de la función social del Derecho que no es otra que la de proteger las bases de la convivencia social a través de la tutela de los bienes jurídicos, mediante los instrumentos legales de reacción específicos de cada una de las ramas que integran el Ordenamiento.

Para ello, el legislador, ante todo, debe remover los obstáculos que impidan o dificulten la participación «efectiva» de todos los ciudadanos en la vida política, económica, social y cultural», conforme exige el artículo 9.2 de la Constitución española, pues, no le faltaba razón a Ferri (54) cuando escribía que «para la defensa social contra la criminalidad y para la elevación moral de las poblaciones, el más insignifi-

(49) RODRÍGUEZ MOURILLO, GONZALO: «Derecho Penal». Parte General, editorial Civitas, S. A., Madrid, 1977, p. 20.

(50) FERRI, ENRICO: «Sociología Criminal». Versión española por ANTONIO SOTO y HERNÁNDEZ. Centro editorial de Góngora, Tomo I, Madrid, s/f., pp. 293 y s.

(51) CALLIES, R. P.: «Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat, Ein Beitrag zur strafrechtsdogmatischen Grundlagendiskussion», Frankfurt am Main, 1974, pp. 128 y s.

(52) MIR PUIG, «Derecho Penal», Parte General, Promociones Publicaciones Universitarias, S. A., Barcelona, 1984, p. 74.

(53) SAINZ CANTERO, JOSÉ ANTONIO: «Lecciones de Derecho Penal», Parte General, Tomo I, editorial Bosch, S. A., Barcelona, 1979, p. 37.

cante progreso en las reformas de prevención social vale cien veces más y mejor que la publicación de todo un Código penal».

Después, si esa política positiva de carácter social se muestra insuficiente, hay que acudir a la amenaza e imposición, en su caso, de las sanciones civiles o administrativas pertinentes. En última instancia, sólo cuando los anteriores medios han fracasado en su función de tutela, será necesario emplear la mayor severidad de los instrumentos jurídico-penales: las penas y las medidas de seguridad.

Sin embargo, para Quintero Olivares (55), el convencimiento de que la pena es un mal irreversible, y una solución imperfecta que debe utilizarse solamente cuando no haya más remedio, es decir, tras el fracaso de cualquier otro modo de protección (la pena entendida como «última ratio») obliga a reducir al máximo el recurso al Derecho penal (intervención mínima).

Por otra parte, téngase en cuenta que, como subraya Muñoz Conde (56), «el Derecho penal es parte de un sistema de control social mucho más amplio, al que de un modo u otro, es inherente el ejercicio de la violencia para la protección de unos intereses», diferenciándose este sector del Ordenamiento de otros mecanismos de control social, de una parte; por la «formalización» del control, liberándolo de la espontaneidad, del coyunturalismo y de la subjetividad propios de otros sistemas de control social; y, de otra, porque el control social jurídico penal, tiene carácter normativo, es decir, se realiza por medio de un conjunto de normas elaboradas con tal fin.

Ciertamente, el sistema jurídico penal es una «parte del control social» altamente formalizada, en base a tres instrumentos capitales: norma, sanción y proceso que integran el «control social», «condición básica irrenunciable de la vida social», según Hassemer (57). En efecto, la norma define el comportamiento desviado como criminal, la sanción es la reacción vinculada a la desviación y el proceso es la prolongación de la norma y la sanción en la realidad. Ahora bien, estos elementos estructurales no pueden entenderse aisladamente de otras normas, sanciones y procesos correspondientes a otros sectores del control social. Antes al contrario, el sistema jurídico-penal presupone la existencia e influencia de esos aquellos otros sectores, una vez comprobado que la criminalidad no puede erradicarse si antes no se logra ello por la vía de los demás procesos de socialización personal y social. Por ello, el sistema jurídico-penal necesita, como apunta Hassemer (58) «ciudadanos que transformen las normas jurídico-penales en normas sociales y vivan de acuerdo con ellas, necesita procesos de control social que elaboren la conducta desviada antes y fuera del proceso penal; y necesita instancias socializadoras que reciban a los re-

(54) FERRI, *Sociología...*, *op. cit.*, p. 337.

(55) QUINTERO OLIVARES, *Introducción...*, *op. cit.*, p. 49.

(56) MUÑOZ CONDE, «Derecho Penal y control social», *Fundación Universitaria de Jerez*, 1985, p. 17.

(57) HASSEMER, *Fundamentos...*, *op. cit.*, p. 390.

(58) HASSEMER, *Fundamentos...*, *op. cit.*, p. 391.

clusos una vez liberados y culminen (o incluso creen) lo que el tratamiento penitenciario no consiguió».

No obstante, la teoría del control social, aplicada al Derecho penal, ofrece dos vertientes claramente diferenciadas: la dimensión jurídica y la perspectiva sociológica.

Desde un punto de vista jurídico, la «criminalidad» es también el resultado de un proceso social de selección, en tanto que el Derecho penal produce el delito contra el cual él mismo se dirige; de ahí que su función no sea eliminar de la órbita terrestre la criminalidad «en sí», sino, como observa Stratenwerth (59), «la de establecer un mayor grado de justicia a través de un múltiple proceso social de selección de comportamientos que se desvalorizan como criminales y que se sancionan realmente en un número limitado de casos».

A mayor abundancia, bueno será recordar que las raíces del Derecho penal se encuentran, como sostiene Wessels (60), «en las representaciones ético-sociales de valor de la comunidad jurídica; constituyen el fundamento para que surjan bienes jurídicos, normas jurídicas y tipos penales». Por consiguiente, si bien los mandatos y prohibiciones del Derecho penal son válidos en el ámbito ético-social, por el contrario, no todas las normas ético-sociales merecen sanción penal, pues, como sabemos, las disposiciones penales como «última ratio» sólo se justifican cuando se revelen como insuficientes otros medios, menos severos que los específicamente penales, para una tutela eficaz de los bienes jurídicos. Es indudable, pues, que «*el Derecho penal tiene un fundamento ético-filosófico, a tenor del cual tutela un "nimum ético" que posibilita la convivencia y asegura el respeto de los valores socialmente dominantes*».

En la doctrina española, la teoría del Derecho penal, como instrumento de control social, ha sido desarrollada por Muñoz Conde (61), en torno al análisis sobre la «función motivadora de la norma jurídica penal», que estimo interesante comentar. Sobre la base de que la función motivadora de la norma penal sólo puede comprenderse situando el sistema jurídico-penal en un contexto mucho más amplio de control social, el meritado autor (62), tras rechazar una importante corriente doctrinal que entiende la pena con prevención integradora del consenso a través de la confirmación y aseguramiento de las normas básicas que rigen la convivencia social (63), mantiene la tesis de que «el Derecho penal es la superestructura represiva de una determinada estructura socioeconómica y de un determinado sistema de control social pensado para la defensa de la estructura».

Este pensamiento es susceptible, a mi juicio, de las siguientes puntualizaciones:

(59) STRATENWERTH; GÜNTER: «Derecho Penal». Parte General, I, El hecho punible. Traducción de la 2.ª edición alemana (1976) de GLADYS ROMERO. Edersa, Madrid, 1982, p. 9.

(60) WESSELS, Derecho..., *op. cit.*, p. 36.

(61) MUÑOZ CONDE, Derecho..., *op. cit.*, pp. 31 y ss.

(62) MUÑOZ CONDE, Derecho..., *op. cit.*, p. 36.

(63) MUÑOZ CONDE, Derecho..., *op. cit.*, p. 41 nota 28 con cita bibliográfica.

1.º Es cierto que el delito no es un producto ahistórico o un comportamiento preexistente a cualquier sistema de control social o jurídico, como afirma Muñoz Conde, pero mucho más dudoso parece, a mi entender, que sea el modo de producción de la vida material el que condiciona la delincuencia y, por ende, la pena, como sostiene el citado autor (64), habida cuenta de la existencia del «**principio universal de protección de bienes jurídicos**».

Es decir, si el Derecho penal fuese sólo el reflejo de una determinada estructura socioeconómica, ello supondría la existencia de Ordenamientos Jurídicos-penales radicalmente diferenciados, en función de la estructura socioeconómica que, respectivamente, tutelan. Sin embargo, el análisis comparativo nos conduce a conclusiones distintas. En efecto, un examen comparativo de los bienes jurídicos tutelados por Ordenamientos de estructuras socioeconómicas tan diversas como Suecia y la Unión Soviética nos permite demostrar la existencia de bienes jurídicos comunes a ambos ordenamientos y, por tanto, merecedores de tutela penal, entre los que destacan, los siguientes:

- a) La vida, la salud y la libertad.
- b) Las costumbres locales.
- c) La propiedad personal de los ciudadanos.
- d) El orden público.
- e) La seguridad interior y exterior del Estado (65).

Por consiguiente, ello indica que el Derecho penal tutela, cada vez con mayor intensidad, amplias zonas comunes, en las que afloran bienes jurídicos idénticos, sentidos y vividos como tales por encima de la estructura socioeconómica que da vida real a los Ordenamientos jurídico-penales de los distintos pueblos.

2.º Para la filosofía marxista, el delincuente es una pieza más en el engranaje productivo. Así, según Marx (66), «el criminal produce todo el conjunto de la policía y la justicia criminal, los aguaciles, jueces, verdugos, jurados, etc.; y todos estos distintos ramos de negocios que constituyen a la vez, muchas categorías de la división social del trabajo». Este planteamiento pragmático e irónico de la figura y función del delincuente, olvida, debido a su parcialidad, que el delito es un fenómeno complejo, y no utilitario generado por una constelación de factores que la sociedad debe conocer y encauzar, si es posible, hacia metas supradelictivas. Se trata de la comprensión y aceptación por parte de todos los ciudadanos —sobre la base de la libertad, la justicia, la igualdad, el pluralismo político y la solidaridad entre ellos— de la existencia de unos bienes jurídicos de cuyo respeto pende la continuidad en el progreso de la civilización humana.

Sin embargo, justo es reconocer, como pone de relieve Muñoz Con-

(64) MUÑOZ CONDE, Derecho..., *op. cit.*, p. 43.

(65) Véase «Les Codes Pénaux européens» par MARC ANCEL et IVONNE MARX. Centre Français de Droit Comparé. tome IV. Paris, 1971, pp. 1.826 y ss., y 2.235 y ss.

(66) MARX, KARL: «Teorías sobre la plusvalía». Tomo I, editorial Cartago, Buenos Aires, 1974, pp. 327 y s.

de (67), la existencia de determinadas clases o grupos sociales que desarrollan estrategias de contención o de neutralización de las normas penales cuando éstas pueden afectar a sus intereses de clase. Ello es particularmente notorio en el ámbito de los delitos económicos, en los que «slogans» como «economía de mercado», «libertad de empresa», etc., se utilizan a veces como pretexto, justificación o excusa de los más graves atentados a los intereses económicos colectivos. Respecto a estos «delitos contra los intereses generales o los derechos sociales», me remito, como ya expuse en otro lugar (68) a la existencia de «técnicas de contraneutralización» presentes en la Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código Penal de 1983, cuyos artículos 279,3 y 333, respectivamente, prevén que, tanto en el delito publicitario como en los delitos contra la salud pública el Tribunal podrá decretar, además, la publicación de la sentencia en los periódicos oficiales, con la expresa autorización para ser reproducidas total o parcialmente en los demás medios de difusión. De esta forma podrá quebrar ante la opinión pública la imagen de buen caballero de industria, común a los delincuentes de «cuello blanco».

3.º Importa, pues, como postula Gimbernat (69) «ir modificando en lo posible las estructuras sociales injustas y revisar el Código Penal para convertirlo en uno más racional, más humanitario y más progresista». He aquí la función primordial de la dogmática jurídico-penal en un Estado social y democrático de Derecho: mantener el Derecho penal bajo control —subraya el citado autor— para que la pena no llegue más lejos de donde el legislador se ha propuesto que llegue, para crear leyes penales presididas por la calculabilidad y la seguridad jurídica.

Por consiguiente, la hipótesis del carácter superestructural del Derecho Penal, sostenida por Muñoz Conde, no libera al intérprete del estudio técnico-jurídico de la Ciencia de los Delitos y de las penas así como del análisis de los fundamentos filosóficos, políticos, éticos y sociológicos que la informan, si bien, destaca los factores socioeconómicos que sustentan un determinado sistema de control social, en la línea, ya iniciada por Ferri (70), que proponía la transformación radical del edificio social en sus bases económicas y, por consiguiente, morales, políticas y jurídicas.

A tenor de lo anteriormente expuesto, se abre paso la «tesis sociológica del control social» para la que el Derecho es un instrumento de poder social que, por medio del equilibrio de intereses contradictorios, debe conseguir y fomentar la solidaridad de la comunidad. Las

(67) MUÑOZ CONDE, Derecho..., *op. cit.*, pp. 39 y s.

(68) Véase MARTOS NÚÑEZ, JUAN ANTONIO: «Protección de los consumidores y usuarios», en las V Jornadas de Profesores de Derecho Penal. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, núm. 6, 1985 pp. 19 y 453.

(69) GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE: Prólogo a «Comentarios a la Legislación Penitenciaria» de CARLOS GARCÍA VALDÉS, editorial Civitas, S. A., Madrid, 2.ª edición, 1982, p. 11, y ¿Tiene un futuro la dogmática jurídica penal?, en «Estudios de Derecho Penal», editorial Civitas, S. A., Madrid, 1976, p. 81.

(70) FERRI, Sociología..., *op. cit.*, p. 293.

funciones fundamentales del Derecho —según Llewellyn son las siguientes:

- a) La resolución de conflictos.
- b) La orientación del comportamiento.
- c) La legitimación y la organización del poder social.
- d) La configuración de las condiciones de la vida, y
- e) La Administración de Justicia.

Analicemos, brevemente, cada una de estas funciones asignadas al Ordenamiento Jurídico.

a) *La resolución de conflictos.* La adecuada solución del conflicto tiene que estar, como subraya Rehbindler (72), «en consonancia con el sentimiento social de justicia, servir al bien general y unir estos dos puntos con rapidez y economía». Así, se ha conculcado una norma, la sociedad tiene que reaccionar ante dicha violación por medio del «staff jurídico», por sí mismo o a instancia de los afectados, a fin de no quebrar la confianza depositada por la sociedad en el cumplimiento de la norma conculcada.

La reacción del «staff jurídico», como señala Maihofer (73) tiene la misión de la «negación de la negación» hegeliana, que se realiza, fundamentalmente, a través del amplio espectro de sanciones (negativas) previstas por el Ordenamiento. Estas sanciones negativas tienen dos funciones primordiales:

— *La función represiva*, tendente a conseguir que la norma violada sea respetada en el futuro. Esta función se ejerce directamente sobre el infractor de la norma («prevención especial») e, indirectamente, también actúa sobre la generalidad («prevención general»), persuadiéndola abstenerse de infringir la norma en cuestión, y

— *La función de represalia* que persigue, en el supuesto de la infracción de un bien jurídico producida por la violación de una norma, una indemnización o satisfacción.

El denominador común a ambas funciones de las sanciones negativas (represiva y de represalia) es el hecho de que por medio de la intervención activa del «staff jurídico» se restablece el equilibrio social.

b) *La orientación del comportamiento.* En sociedades dinámicas como la nuestra el Derecho tiene que cuidar de la transformación del comportamiento ciudadano, del nacimiento de nuevas costumbres, y de la creación de nuevas expectativas de la conducta, correspondientes a las cada vez más cambiantes condiciones de vida del grupo o del individuo.

Las normas jurídicas que tienden a orientar el comportamiento son,

(71) LLEWELLYN, KARL N.: «The Normative, the legal, and the Law-Jobs, en «Yale law Journal», 49, 1939-40, pp. 1.355-1400.

(72) REHBINDER, MANFRED: «Sociología del Derecho». Traducción de GREGORIO ROBLES MORCHÓN, ediciones PIRÁMIDE, S. A., Madrid, 1981, pp. 158 y s.

(73) MAIHOFFER, WERNER: «Die gesellschaftliche Funktion des Rechts», en «Jahrbuch für Rechtssoziologie», I, 1970, pp. 11-36.

como anota Maihofer (74), «normas de determinación que, por medio de la presión psicológica hacia un comportamiento, estimulan al comportamiento jurídico e impiden el comportamiento distinto amenazador a todos aquellos sujetos de la acción que no alcanzan por propias motivaciones el comportamiento querido». En este sentido, Schott (75) resalta la *función educadora del Derecho*. La *internalización*, es decir, el aprendizaje de las normas jurídicas, es un medio de la socialización, pues, a través de la formación de la conciencia jurídica se construye la personalidad individual y se la somete al proceso del control social.

c) *La legitimación y la organización del poder social*. La tercera función social del Derecho es la distribución del poder de decisión, así como la formación de las correspondientes formas procesales, cuya observancia en la realización de una decisión a que designa como oficial y vinculante. Se trata aquí, no de la concesión de derechos subjetivos, sino de reglas de competencia y de reglas procesales, es decir, de la dotación de instrumentos jurídicos y de su delimitación.

Es la función constituyente, no sólo de la sociedad en su conjunto, sino de la de cada grupo o subgrupo, es decir, de la distribución del poder, que sólo puede ser ejercido de acuerdo con determinadas reglas procesales. Estas reglas de competencia y procedimiento tienen una especial función legitimadora, pues, a través de ellas el poder se convierte en Derecho.

d) *La configuración de las condiciones de vida*. Por medio de la organización y dirección del grupo se da el impulso necesario para una actividad positiva, integradora del grupo. En efecto, no sólo penas y prohibiciones, sino también beneficios y concesiones de derechos y libertades jurídicamente protegidos pueden ser utilizados a fin de influir positivamente sobre la vida del grupo y del individuo.

La integración grupal puede lograrse no sólo a través de sanciones negativas (represivamente), sino también y, preferentemente, por medio de sanciones positivas (v. gr. subvenciones, premios, gratificaciones, etc.). Normas jurídicas de esta naturaleza, en lugar de controlar, configuran porque su fin no es la observancia de lo tradicional, sino que constituyen un importante estímulo para la iniciativa creadora. Ello explica claramente la tendencia actual del Derecho a la socialización.

e) *La Administración de Justicia*. Es la técnica de resolver el caso particular, atendiendo al interés de la generalidad y de adoptar la maquinaria jurídica a las necesidades que demanda la sociedad. Si el «staff jurídico» no tiene éxito en la adaptación del Derecho a las necesidades sociales —ya sea a través de leyes reformistas, o bien por medio del desarrollo del Derecho ya creado—, entonces crece rápidamente una fuerte competencia para el Derecho. La jurisdicción arbitral, la huelga, las manifestaciones de protesta, las revoluciones, etc., surgirán para poder derrotar al «staff jurídico».

(74) MAIHOFFER, Die gesellschaftliche..., *op. cit.*, p. 27.

(75) GCHOTT, RÜDIGER: «Die Funktionen de Rechts in primitiven Gesellschaften», en «Jahrbuch für Rechtssoziologie», 1, 1970, pp. 107-174, 156 y ss.

Ello puede repercutir negativamente para la solidez del grupo, debido a la posible imposición de intereses particulares, en detrimento de la generalidad.

En suma, el Derecho pretende la cooperación social de la comunidad jurídica.

1. Por medio de la resolución de los conflictos (función de reacción).
2. Por medio de la dirección del comportamiento (función de orden).
3. Por medio de la legitimación y organización del poder social (función constitucional).
4. Por medio de la configuración de las condiciones vitales (función de planificación),y
5. Por medio del cuidado del Derecho (función de supervisión).

Esta enumeración muestra, en opinión de Rehbinder (76) «como el Derecho de la actualidad no se agota en las tradicionales funciones de la seguridad, de la paz y del orden. El Derecho consigue, asimismo, la organización y legitimación del poder social. Es también un medio de planificación social y un medio de inspección y de consecución de progreso social».

Por consiguiente, «*el Derecho Penal como instrumento de control social es la última instancia que tiene el poder social, democráticamente legitimado, para dirimir los conflictos que entrañen grave lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos universales y fundamentales para el individuo y la comunidad, una vez superadas las funciones de orden, planificación y supervisión del hecho punible*».

4.3. LA NATURALEZA «ACCESORIA» DEL DERECHO PENAL

4.3.1. Introducción

En épocas pretéritas, el Derecho Penal tuvo naturaleza jurídico-privada, que se transformó en pública cuando el poder de castigar por parte del Estado, fijó prudentemente, según Von Liszt (77), «el supuesto» y el «contenido» de su actuación (el crimen y la pena). La evolución de una concepción privada del Derecho Penal a su moderna configuración jurídico-pública adquiere solidez cuando el Estado soberano, por encima de los intereses particulares, dote a la pena de su actual carácter público.

La doctrina dominante postula, hoy, la tesis del Derecho Penal como una rama del Derecho Público, en base a los argumentos que Sainz Cantero (78) resume de la forma siguiente:

(76) REHBINDER, Sociología..., *op. cit.*, p. 169 y s.

(77) VON LISZT, Tratado..., *op. cit.*, Tomo primero, tercera edición, p. 5.

(78) SAINZ CANTERO, Lecciones..., *op. cit.*, p. 35 y s.

- a) La naturaleza comunitaria de los bienes e intereses que tutela.
- b) Las relaciones que regula, que no son las que se dan entre particulares sino las que se producen entre el individuo y la sociedad.
- c) Las necesidad de salvaguardar la paz pública que corresponde al Derecho Penal.
- d) Sólo el Estado tiene facultad de crear normas jurídicas que definen delitos y conminan sanciones, y
- e) La acción tendente a la persecución de los delitos y faltas es pública, aún en los casos en que debe ser instada previamente por los particulares.

No obstante, en la doctrina persiste una viva polémica en torno a la verdadera naturaleza del Derecho Penal y, en consecuencia, a determinar su carácter constitutivo, o, meramente sancionatorio.

4.3.2. La subsidiariedad del Derecho Penal

Ya Rousseau (79) afirmaba que, en el fondo, «las leyes criminales mas bien que una clase particular de leyes, son la sanción de todas las demás».

Sin embargo, la idea de que el Derecho Penal tiene naturaleza meramente sancionatoria, pues se limita a establecer sanciones para la violación de preceptos que se encuentran en otras ramas jurídicas, recibió un riguroso planteamiento dogmático por obra de Binding. Para el citado autor, sobre la base de la distinción entre norma y ley penal, el delincuente infringe con su conducta la norma, pero cumple la ley penal que no tiene más que una función sancionatoria de las acciones prohibidas por las normas. Binding sostiene que la misión principal de toda norma es la de establecer deberes altamente personales que fundamentan el hacer y el omitir. Se trata de deberes de «obediencia». Binding denomina «Delikt» a toda conducta contraria a la norma. La misión de la ley penal es la de señalar, estableciendo la correspondiente sanción, que «Delikt» es punible y cuál no (80).

En consecuencia, para Binding el delito no hace sino cumplir las previsiones establecidas en la ley penal, generando la aplicación de la sanción correspondiente. Una ley penal de esta guisa no contendría mandatos ni prohibiciones, limitándose a establecer la sanción para las infracciones de normas de Derecho público no contenidas en ella. Tesis ésta insostenible a la luz de la afirmación de Von Hippel (81), en el sentido de que, «la ley penal misma, a causa de la vinculación entre presupuesto y consecuencia penal, contiene mandatos y prohibicio-

(79) ROUSSEAU, JUAN JACOBO: «Contrato Social». Traducción española de FERNANDO DE LOS RÍOS URRUTI. Editorial Espasa-Calpe, S. A., Madrid, 1969, p. 69.

(80) BINDING, K.: «Die Normen und ihre Übertretung», I, 3.ª ed. Lipzig 1916, pp. 4, 82, 89, 96 y s., y 255.

(81) VON HIPPEL, R.: «Deutsches Strafrecht», tomo I, Berlín, 1925, p. 20.

nes, esto es, normas que el delincuente viola». Grispigni (82), por su parte, sostiene que, lo que caracteriza al Derecho penal en el sistema de todo el Ordenamiento jurídico y determina sus relaciones con las diversas ramas de éste, es el «carácter ulteriormente sancionatorio que presenta y que deriva del hecho de que su función específica consiste en reforzar con su sanción propia los preceptos y las sanciones de las otras ramas del Derecho; es decir, que en el pensamiento de este autor, la ley penal contiene tanto el precepto (el mandato o la prohibición) cuanto la sanción; si bien, el momento sancionatorio prevalece desde que los preceptos penales se limitan, en todo caso, a reforzar preceptos no penales. Esta tesis ha sido contestada en la doctrina española, en base a los siguientes argumentos:

1.º Es un hecho probado, como subraya Rodríguez Mourullo (83), que la ley penal estatuye a veces imperativos que no aparecen consagrados en ninguna otra rama jurídica, como acontece en el artículo 489 bis, del Código Penal que criminaliza el delito de omisión de socorro.

2.º Si los preceptos que se contienen en la ley penal fuesen «comunes» otros sectores del ordenamiento jurídico, ¿por qué se castigan con sanciones de naturaleza diversa?, pues, en efecto, como anota Stampa (84) «no existe razón jurídica, política ni sociológica para castigar la desobediencia a unos mismos imperativos con sanciones penales, unas veces y con sanciones civiles, otras.

3.º El precepto penal y el extrapenal difícilmente se identifican debido a que, como observan Cobo Del Rosal y Vives Antón (85) «las funciones específicas del Derecho Penal y la naturaleza de sus sanciones imponen en cada caso exigencias que obligan a remodelar los presupuestos».

En la doctrina jurídico-penal española se muestran partidarios del carácter puramente sancionatorio del Derecho Penal, entre otros, los siguientes autores:

Silvela (86) para quien «sólo puede mirarse como delito la infracción de aquello que se ha afirmado antes como derecho. Por esto el penal supone necesariamente otro más sustantivo, que contenga el concepto de los derechos que han de ser respetados y por esto la ley penal, sea considerada como positiva, o en la esfera de los principios, sigue paso a paso el desenvolvimiento de la civil, de la administrativa, comercial, etc. De ahí que para este autor, el Derecho Penal sea «Derecho Sancionador», si por sanción no se entiende la retribución

(82) GRISPIGNI, F.: «Diritto penale italiano», 2.ª edición. Tomo I, Milán, 1952, pp. 232 y ss.

(83) RODRÍGUEZ MOURULLO, Derecho..., *op. cit.*, p. 36.

(84) STAMPA BRAÚN, JOSÉ MARÍA: «Introducción a la ciencia del Derecho penal». Valladolid, 1953, p. 44.

(85) COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, Derecho..., *op. cit.*, p. 34.

(86) SILVELA, LUIS: «El Derecho Penal estudiado en Principios y en la Legislación vigente en España», 2.ª ed., Parte Primera, Madrid, 1903, p. 18 y s.

de un mal por otro mal, y si se conviene en que no es el único con este carácter, pues en cada orden de relaciones jurídicas hay una sanción apropiada a su peculiar naturaleza.

Por su parte, Jiménez De Asúa (87) considera que la índole secundaria complementaria y sancionatoria del Derecho penal se deduce de que el derecho punitivo protege, con la redoblada sanción que es la pena, los bienes jurídicos. Esta enérgica defensa de los intereses protegidos por el derecho interviene en todos los dominios jurídicos. Y, precisamente, que sea una de las características específicas del delito —la «última diferencia»—, el estar «sancionado con una pena»—, constituye el corolario de la naturaleza complementaria del Derecho penal. El reconocimiento del carácter subsidiario del Derecho penal comporta, de manera inequívoca, según Polaino (88), la «ineludible apreciación de la mayor gravedad material, que no sólo puramente formal, del Derecho penal respecto del Derecho sancionador en general. El baremo de la ponderación de tal superior gravedad sustancial de las normas penales estriba en la estricta exigencia de sumisión de sus disposiciones positivas a la necesidad, normativamente apreciada, de la protección de bienes jurídicos, cuya categoría dogmática, estimada en sentido técnico, juntamente a dimensiones axiológicas, exegéticas y sistemáticas, abarca, además, expresamente a los requerimientos político-criminales determinantes de la utilidad y conveniencia de su protección penal, frente a comportamientos particularmente graves que inciden de forma típica sobre aquéllos».

Según Cerezo (89), «el legislador debe evitar la incriminación de conductas por meras razones de oportunidad; es decir, el castigo como delito de conductas cuya relevancia ético-social o cultural (política, económica) sea escasa. La pena ha de ser considerada como la «última ratio» en la defensa del orden social. Sólo se deber acudir a la pena cuando sea absolutamente imprescindible por resultar insuficientes otras formas de reacción jurídica (sanciones administrativas, civiles, etc.). En base a todo ello, concluye el citado autor afirmando, el carácter subsidiario y, por tanto, fragmentario de nuestra disciplina jurídica.

En definitiva, para esta corriente doctrinal el Derecho Penal es un Derecho tutelar que presupone la ordenación a proteger, a la cual está referido. No crea esta ordenación sino que la «encuentra al llegar», entendido ello, no según la historia evolutiva, sino funcionalmente llegados a este punto se plantean, a juicio de Zipf (90), dos problemas políticos de configuración que conviene diferenciar, separadamente:

¿Qué ordenamiento jurídico y social se pretende y cómo debe de estar configurado en particular?, y ¿cómo puede protegerse del mejor modo este ordenamiento?

(87) JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado..., *op. cit.*, p. 40 y s.

(88) POLAINO, Derecho..., *op. cit.*, p. 105.

(89) CEREZO MIR, JOSÉ: «Curso de Derecho Penal español» Parte General, I, 2.ª edc., editorial Tecnos, S. A., Madrid, 1981, p. 22.

(90) ZIPF, Introducción..., *op. cit.*, p. 43.

Sólo el segundo problema planteado corresponde resolver al Derecho penal, según el citado autor.

4.3.3. La autonomía del Derecho Penal

Frente a la pretendida natura secundaria del Derecho Penal, sostenida por la corriente doctrinal, anteriormente analizada, otro sector, en cambio, proclama el carácter autónomo y constitutivo de nuestra ciencia.

Así, ya Carrara (91) censuró la tesis de Rousseau porque su fórmula «reduce la tarea del Derecho criminal al mero castigo, sin tener en cuenta la prohibición que es, con todo, parte integrante de él». Del mismo modo, Antolisei (92) reconoce la existencia indudable de preceptos que pertenecen tan sólo al Derecho penal, por lo que rechaza la tesis de su naturaleza sancionatoria, pues, «si se considera que esta rama del Ordenamiento Jurídico tiene exigencias propias, finalidades particulares y que depende solamente de ellas la determinación de las conductas que prohíbe o preceptúa, parece imposible —subraya el citado autor— poner en duda la autonomía del Derecho penal, que, por tanto, tiene carácter constitutivo, autónomo y no complementario».

Ciertamente, el Derecho penal por ser un Derecho eminentemente protector es una «rama accesoría del Derecho»; pero esta locución, como observa, Jescheck (93) «no debe malinterpretarse como si el Derecho penal sólo añadiera su carácter prohibitivo a un Ordenamiento jurídico previamente creado e imaginado como permisivo; al contrario, el Derecho penal es la forma históricamente más antigua en la que aparece reflejado el Derecho en general y todavía hoy regula autónomamente amplios sectores como, por ejemplo, la protección de la vida, de la libertad, del honor, o de la moral sexual, sin tener que recurrir a los conceptos de otras ramas del Ordenamiento jurídico».

Esta tercera línea de pensamiento es seguida por un importante sector en la doctrina jurídico penal española, entre los que destacan:

Del Rosal (94) para quien el Derecho penal ocupa en el marco de las disciplinas jurídicas una posición singular, «debido a la específica índole de sus objetos, creando sus propios preceptos y delimitando por medio del tipo las porciones de antijuricidad penal». Para la teoría del carácter sancionatorio o secundario resultaría que la norma penal siempre sería, con anterioridad, un injusto jurídico de naturaleza extrapenal y tan sólo el precepto penal vendría a reforzar la gravedad con la pena impuesta a la acción injusta.

(91) CARRARA, F.: «Programa de Derecho Criminal». Parte General, Traducción de ORTEGA TORRES Y GUERRERO, Bogotá, 1956, vol. I, p. 23.

(92) ANTOLISEI, F.: «Manual de Derecho Penal». Parte General. Traducido por J. DEL ROSAL y A. TORIO. Buenos Aires, 1960, p. 41.

(93) JESCHECK, Tratado..., *op. cit.*, p. 73.

(94) DEL ROSAL, JUAN: «Tratado de Derecho Penal español» Parte General, volumen I, 3.ª edc., revisada y corregida por MANUEL COBO DEL ROSAL. Ediciones DARRO, Madrid, 1978, p. 24 y s.

Opinión errónea, según Del Rosal (95), «en cuanto todo precepto penal exige para castigar, además, el cumplimiento de especiales condiciones que exactamente son en las que consiste el carácter autónomo y específico de la norma penal».

Por consiguiente, la disciplina penal es una rama del Derecho público pero siempre conserva —en el pensamiento del citado autor—, carácter independiente, conviniendo tal carácter a la realidad jurídico-penal.

En este sentido, Rodríguez Devesa (96) advierte que en la discusión se olvida totalmente que el Derecho penal no se limita «nunca» a tutelar los bienes jurídicos, sin más que añadir al ataque la sanción constituida por la pena, pues el Derecho penal no protege, por ejemplo, la propiedad contra cualquier clase de ataques, sino contra determinados ataques, y no en todos sus aspectos, sino en aspectos concretos. Es decir, anota el citado autor, «aún allí donde aparentemente el Derecho penal refuerza instituciones civiles mediante la amenaza de la pena, procede con criterios propios que no pueden ser extraídos ni comprendidos con puntos de vista extrapenales. No cabe, por consiguiente, desconocer, añade Devesa, que existe una peculiaridad no sólo en el establecimiento de la sanción (pena), sino también en el establecimiento del presupuesto (delito). Consecuentemente, esta línea argumental hace concluir al meritado autor lo que ya se intuye en sus razonamientos:

«El Derecho penal tiene carácter autónomo y constitutivo.»

Desde otro punto de vista, pero a la misma conclusión, llega Rodríguez Mourullo (97), pues si el Derecho penal cumple, dentro del total Ordenamiento jurídico, su particular misión a base de manejar recursos que le pertenecen en exclusiva —penas y medidas de seguridad—, habrá de reconocerse que co-responderá también a él en exclusiva fijar las prohibiciones y mandatos cuya infracción acarreará, como consecuencia, la aplicación de aquellos recursos. En suma, desde el momento en que se admite, como es inevitable un especial proceso de tipificación, que corre a cargo exclusivamente de la ley penal, se está reconociendo, en opinión de este autor, una «autónoma valoración» llevada a cabo por el Derecho penal que es, en definitiva, el que decide la aplicación de sus específicos efectos.

En consecuencia, cabe afirmar, como reconocen Cobo Del Rosal y Vives Antón (98), la autonomía del Derecho penal, autonomía «limitada» por la unidad y congruencia del Ordenamiento jurídico.

(95) DEL ROSAL, Tratado..., *op. cit.*, p. 26 y s.

(96) RODRÍGUEZ DEVESA, Derecho..., *op. cit.*, p. 27.

(97) RODRÍGUEZ MOURULLO, Derecho..., *op. cit.*, p. 36.

(98) COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN: Derecho..., *op. cit.*, p. 34.

(99) MAURACH, REINHART: «Tratado de Derecho Penal» Traducción y notas de Derecho Español por JUAN CÓRDOBA RODA, Tomo I, Ediciones Ariel, Barcelona, p. 32 y s.

4.3.4. Teorías intermedias

Para Maurach (99), desde el punto de vista de política jurídica, de «*lege ferenda*», el derecho penal, como inequívoca «última ratio», tiene carácter secundario frente a las restantes ramas jurídicas, respecto de las cuales se muestra independiente en sus «efectos» y relativamente dependiente en sus «presupuestos».

En sus efectos jurídicos, esto es, en la interposición de los recursos a él reservados, el derecho penal es, en un principio, independiente. Si bien se halla limitado a los recursos de que dispone (penas y medidas preventivas), puede aplicar estos recursos sin tomar en consideración el que la misma relación vital origine efectos jurídicos conforme a las reglas vigentes en otros ámbitos del Derecho.

Sin embargo, los presupuestos de la facultad punitiva del Estado muestran, por el contrario, una mayor dependencia de los restantes ámbitos del ordenamiento jurídico en su totalidad. El grado de esta dependencia no puede ser dilucidado tratando de resolver la cuestión de si existe o no, un especial «injusto jurídico-penal». En efecto, para Maurach (100) el origen del injusto es unitario, de tal suerte que la diversidad de consecuencias jurídicas vinculadas, por los distintos sectores del ordenamiento, al concepto unitario de injusto, constituye tan sólo una consecuencia de la diversidad de funciones, no el resultado de una valoración diferente.

No obstante, el derecho penal da un nuevo paso adelante, pues merced a un especial proceso de tipificación, incluye gran parte del injusto en su ámbito, de tal modo que la denominación «injusto punible» será correcta si con estos términos se entiende un subgrupo del injusto, esto es, una especie del injusto realzada por su inclusión en tipos penales. Esta denominación, por el contrario, será desacertada si bajo su manto se pretende incluir algo originariamente distinto al injusto civil o administrativo.

En suma, «el derecho penal proporciona la sanción, no la valoración. El derecho penal no pronuncia prohibición alguna, sólo fija las consecuencias jurídicas, que la infracción de lo prohibido produce en su propio campo».

Esta línea argumental es seguida en la doctrina patria por Muñoz Conde (101) para quien «el uso de los efectos característicos o privativos del Derecho penal, la pena y las medidas de seguridad postdelictuales está reservado, exclusivamente, al Derecho penal, aunque pueden coexistir con otras sanciones de carácter civil o administrativo».

Por consiguiente, para Muñoz Conde (102) el Derecho penal es totalmente independiente, si bien propone de «*lege ferenda*» que «no sea rehusado en la magnitud de la gravedad de las sanciones por ninguna otra disciplina jurídica y que a los hechos constitutivos de delito

(100) MAURACH, Tratado..., *op. cit.*, p. 35.

(101) MUÑOZ CONDE, Introducción..., *op. cit.*, p. 63 y s.

(102) MUÑOZ CONDE, Introducción..., *op. cit.*, p. 68.

no puedan aplicarse otras sanciones que las que se pronuncian en la sentencia penal, ya de por sí suficientes para restablecer el orden jurídico violado».

Cosa distinta ocurre con los presupuestos de la facultad punitiva del Estado, pues junto a la existencia de delitos genuinamente penales, en el sentido de que carecen de correlación en las leyes extrapenales (como acontece en los delitos contra la vida y la moral sexual), hay otro grupo de delitos, en cambio, íntimamente ligados con otras ramas del Ordenamiento, como ocurre con los delitos patrimoniales, cuyos presupuestos, constitutivos se basan en relaciones jurídico-privadas.

Una buena parte de la relativa dependencia del Derecho penal en sus presupuestos, la ve Muñoz Conde (103), en «la existencia de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de las cuestiones perjudiciales (artículos 3 a 7), creadas para dilucidar los casos en los que la existencia de un delito depende de la constatación de relaciones jurídicas pertenecientes a otras ramas del Derecho».

4.3.5. La potestad sancionadora de la Administración

Uno de los principios constitucionales rectores de la organización y actuación de las Administraciones públicas viene dado por la configuración de España como un «Estado social», por lo que la gestión de las Administraciones públicas será marcadamente «intervencionista»; es decir, como subraya Entrena Cuesta (104) «la Constitución impone a los poderes públicos y, en particular a las Administraciones públicas, un a actitud positiva y dinámica en orden a la realización de los derechos que reconoce» y, añadimos nosotros, de los deberes que, asimismo, sanciona.

Evidentemente, la compleja estructura social, política y económica del moderno Estado social y democrático de Derecho genera una inflación normativa considerable, en la que para la consecución del bienestar social, coexisten penas criminales y sanciones administrativas.

Por sanción administrativa entendemos, con García De Enterría (105) «un mal inflingido por la Administración a un administrado como consecuencia de una conducta ilegal. Ese mal consistirá siempre en la privación de un bien o de un derecho». La sanción administrativa es consecuencia de la potestad sancionadora de la Administración que se ejerce, como «potestad correctiva», con el fin de tutelar el orden social general y como «potestad disciplinaria», tendente a tutelar la propia organización de la Administración pública, su orden interno.

(103) MUÑOZ CONDE, Introducción..., *op. cit.*, p. 69.

(104) ENTRENA CUESTA, Curso..., *op. cit.*, p. 87 y s.

(105) GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y FERNÁNDEZ, TOMÁS - RAMÓN: «Curso de Derecho Administrativo», Volumen Segundo, editorial Civitas S. A.; Madrid, 1982, p. 147.

Sin embargo, así como la Ciencia jurídico-penal ha forjado una «teoría general del delito», que separa rigurosamente los diversos elementos que configuran el hecho punible, a fin de lograr una justicia legalizada y personalizada, el Derecho Administrativo, en cambio, desconoce semejante creación sobre la infracción administrativa. De ahí la ausencia de unos principios sustantivos del Derecho sancionatorio administrativo, principios que la teoría jurídico-administrativa ha de tomar de los que propiamente se sistematizan en el Derecho Penal de aplicación judicial.

Es evidente, pues, la necesaria limitación de las potestades sancionatorias de la Administración en todo Estado de Derecho, pues, la Administración no puede invadir competencias que le están reservadas exclusivamente al Poder Judicial. Y es a éste al que nuestra Constitución confiere, ciertamente, la facultad de imponer sanciones limitativas de los derechos fundamentales y, obviamente, los privativos de libertad, pues el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, como proclama el artículo 117,3 de nuestra Ley Fundamental.

De ahí que la limitación constitucional a la Administración civil, que el artículo 25,3, prevé, en el sentido de que ésta no puede imponer sanciones privativas de libertad directa ni subsidiariamente, haya de ser entendida, según ha puesto de relieve Cobo Del Rosal y Boix Reig (106), como un «límite» al proceso de administrativización de la potestad de castigar, que originariamente reside en los Jueces y Tribunales, y cuyo ejercicio por otros órganos habrá de someterse a un control judicial inmediato y efectivo, sin que en ningún caso pueda deducirse la existencia de un poder sancionatorio de la Administración, incontrolado o autónomo, en supuestos que no impliquen, directa o subsidiariamente, privación de libertad, ya que, a tenor de lo establecido en el artículo 106,1 de la Constitución, «los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican». Téngase en cuenta además que los poderes públicos están sujetos plenamente a la Constitución y al resto del Ordenamiento jurídico (artículos 9,1 y 103 de la Constitución española).

Por consiguiente, parece lícito concluir, a este respecto, que la *potestad sancionadora de la Administración, en primer lugar, no es una potestad autónoma, sino delegada y, en consecuencia, susceptible de revisión ante los Tribunales.*

En segundo lugar, se plantea el problema de determinar si es ilícito administrativo y el penal son cualitativamente distintos o, por el contrario, tienen idéntica naturaleza diferenciándose sólo desde el punto de vista cuantitativo (esto es, por la mayor gravedad de los ilícitos penales).

A este respecto, la doctrina se halla dividida entre quienes sostie-

(106) COBO DEL ROSAL y BOIX REIG: «Comentarios a la Legislación penal» Tomo I, «Derecho penal y Constitución», Everssa, 1982, p. 231.

nen que entre ambos ilícitos, penal y administrativo, existen diferencias cualitativas; otros reconocen diferencias cuantitativas y en último sector no ve diferencia alguna entre ambas infracciones. Analicemos, brevemente, cada una de estas posiciones:

a) *Teorías que atienden a criterios cualitativos.* Parten de la base de que el injusto administrativo protege sólo intereses administrativos y no bienes jurídicos, como es el caso del delito. Así, Goldschmidt (107), considera que «serán conductas criminales aquellas declaradas ilícitas por la ley. La infracción administrativa, por el contrario, supondrá el incumplimiento de una obligación que el ciudadano tiene para con la Administración». Rietzsch (108), por su parte, entiende que el injusto criminal no va tan sólo contra los mandatos del derecho, sino también contra los de la ética. Se percibe como una «lesión del sentimiento jurídico de la comunidad del pueblo» y despierta una «necesidad de integración». El injusto no criminal afecta ciertamente reglas dictadas «en interés de una ordenada vida en común», pero que no tendrían «ningún paralelo en los mandatos de la Ética», creados artificialmente por razones utilitarias.

Para Maurach (109) el injusto administrativo y el criminal se distinguen por la diferencia e intensidad del ataque al bien jurídico y en lo que afecta a la culpabilidad. En efecto, «solamente en los hechos punibles criminales se muestra un bien jurídico claramente perfilado; la falta administrativa está constituida, en cambio, no por un ataque a bienes materiales en todo tiempo protegidos, sino por la insubordinación, por la desobediencia, por la negligencia en el cumplimiento de las disposiciones administrativas de seguridad, ligadas en su mayor parte a tiempo y circunstancias». Así, mientras que el delito produce un «daño social», la falta administrativa ocasiona un «daño a la Administración». De otra parte, mientras que la culpabilidad criminal implica siempre un juicio ético social de desvalor sobre el autor, en la falta administrativa para el reproche de la culpabilidad basta con el incumplimiento por el autor de las exigencias positivamente formuladas, de «favorecimiento de la actividad dirigida al bien del Estado».

Además, la obligación jurídico-administrativa, la multa, es algo fundamentalmente distinto de la pena criminal, pues en aquélla falta la idea de expiación y el juicio de desvalor ético-social sobre el autor consustancial a toda pena criminal: «La pena administrativa, carece, como subraya Maurach (110), de contenido ético y de un ético punto de referencia».

Esta doctrina ha encontrado eco en España. Así, Cuello Calón (111), sostiene que el derecho penal verdadero y propio regula he-

(107) GOLDSCHMIDT, JAMES: «Das Verwaltungsstrafrecht im Verhältnis zur modernen Staats- und Rechtslehre», en «Festgabe für Koch», Berlín, 1903, pp. 415 y ss.

(108) RIETZSCH, OTTO: «Die Neuordnung des Rechts des Übertretungen», en DStr. 1935, p. 66.

(109) MAURACH, Tratado..., *op. cit.*, p. 21 y s.

(110) MAURACH, Tratado..., *op. cit.*, p. 23.

chos que afectan directa e íntimamente a la comunidad, hechos que lesionan gravemente intereses colectivos e individuales y que, su mayoría, poseen un marcado tono de inmoralidad como el asesinato, el robo, la falsificación de documentos, etc. Esta es materia del llamado «derecho penal criminal». Fuera del ámbito de éste, y con autonomía propia, se aspira a constituir el «derecho penal administrativo», bajo cuyas normas caerían hechos sancionados sólo a título preventivo por constituir un peligro para el orden público y la seguridad general o individual.

b) *Teorías que defienden criterios cuantitativos.* Sostienen que el criterio de distinción entre la infracción administrativa y el hecho punible, radica en la «falta de ese alto grado de reprochabilidad», de la actitud interna del autor, que por sí sólo justifica el desvalor ético-social de la pena propiamente dicha (112).

En las infracciones administrativas la multa sólo puede servir como «admonición», como «mandato administrativo reforzado» o como «especial advertencia para que se cumplan los deberes», ya que no alcanza los límites de la grave inmoralidad. Dado que se trata de diferencias de grado y no de diferencias esenciales es comprensible, según Jescheck, que el legislador tenga muchas veces que decidir con criterios programáticos el lugar que debe ocupar un hecho ilícito dentro del Derecho sancionatorio o la cuestión de si deber quedar sin sanción represiva.

Como vemos, la dogmática jurídico-penal intenta hallar distinciones conceptuales entre lo injusto «en sí» criminalmente reprochable, y lo injusto administrativo como mera desobediencia a las ordenanzas estatales. En este sentido, Stratenwerth (113) reconoce que «sólo se trata de distintos niveles desde el punto de vista cuantitativo. Por tanto, la limitación del ámbito en el cual se aplica la pena criminal, corresponde al legislador»; doctrina seguida en España por Cobo Del Rosal y Vives Antón (114) para quienes «la diferencia entre ilícito administrativo o ilícito penal es puramente cuantitativa. Sólo cabrá, en consecuencia, efectuar la distinción entre las infracciones que uno y otro orden y sus respectivas sanciones, atendiendo a su gravedad, pues este criterio se ajusta a lo establecido en el artículo 25,3 de la Constitución».

c) *Teorías indiferenciadoras.* Un importante sector doctrinal entiende que no es posible hallar criterio cualitativo o cuantitativo alguno capaz de diferenciar, nítidamente, la infracción administrativa del hecho punible. Así, Casabo (115) afirma que según lo dispuesto en el Código penal, «no existe diferencia cualitativa alguna entre el delito y

(111) CUELLO CALÓN, EUGENIO: «Derecho Penal». Revisado y puesto al día por CÉSAR CAMARGO HERNÁNDEZ. Tomo I (Parte General), Volumen Primero, decimoséptima edición, editorial BOSCH, S. A., Barcelona, 1975, p. 11.

(112) JESCHECK, Tratado..., *op. cit.*, p. 81.

(113) STRATENWERTH, Derecho..., *op. cit.*, p. 25.

(114) COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN: Derecho..., *op. cit.*, p. 51 y s.

(115) CASABO RUIZ, JOSÉ RAMÓN, en «Comentarios al Código penal» Tomo II (artículos 23-119), *op. cit.*, Barcelona, 1976, p. 86.

la contravención, ni tampoco entre sus respectivas sanciones. Por tanto, la competencia judicial excluye cualquier otra, no siendo posible la doble sanción administrativa y judicial por el mismo hecho, debiendo quedar la infracción administrativa sujeta, por su igual naturaleza, a las reglas generales de legalidad y culpabilidad del Derecho penal». En el Derecho español las diferencias entre las sanciones jurídico-penales, propiamente dichas, y aquellas otras que la Administración impone merced a sus facultades correctivas y disciplinarias, como sostiene Muñoz Conde (116) «no son sustanciales sino puramente formales», pues, «no se puede decir que la infracción administrativa tenga que tener los mismos requisitos estructurales (tipicidad, antijuricidad y culpabilidad) que necesariamente tiene que tener el delito». En todo caso, Muñoz Conde (117) considera fundamental un control de la actuación administrativa por parte del poder judicial, admitiendo siempre un recurso suspensivo ante la jurisdicción criminal, y reconocer, por supuesto, la vigencia del principio del «ne bis in ídem». A juicio de Bajo Fernández (118) no hay más distinción que la formal. «Ilícito administrativo es el castigado con sanción administrativa impuesta por los órganos de la Administración pública, o ilícito penal el castigado con pena impuesta por los Tribunales de Justicia».

Ilícito penal e ilícito administrativo, no se diferencian ontológicamente por su contenido, sino únicamente como observa Rodríguez Mourullo (119) «por la naturaleza de la sanción predispuesta para cada uno de ellos. Un ilícito es penal si el ordenamiento jurídico le asocia como consecuencia una pena criminal. Es administrativo, si le anuda una sanción administrativa». Ciertamente, el injusto penal difiere del administrativo en algunos extremos, como ya puso de relieve Del Rosal (120), sobre todo respecto al contenido cuantitativo de ellos; que, técnicamente, exige un tratamiento político-criminal diferente y que la esfera de extensión es distinta. Incluso la pena criminal no tiene vínculo de hermandad con la sanción administrativa; a lo sumo habrá de traslucirse en una ordenación aparte, por ejemplo, en un libro especial de los códigos penales y hasta puede postularse la elaboración de un Código de contravenciones.

Sin embargo, esto no quiere decir, en modo alguno —subraya el meritado autor— «que exista una diferencia de fondo sustancial que “a priori” señale qué infracciones tienen verdadero carácter de delito y cuáles otras revisten sólo naturaleza de injusto de policía».

La declaración efectuada por el legislador penal en el artículo 26,3 revela en opinión de Rodríguez Devesa (121) la neta distinción en nuestro Ordenamiento entre «pena criminal» y «sanción administrativa»,

(116) MUÑOZ CONDE, Adiciones..., *op. cit.*, p. 86.

(117) MUÑOZ CONDE, Introducción..., *op. cit.*, p. 67.

(118) BAJO FERNÁNDEZ, MIGUEL: «Derecho Penal económico» Aplicado a la actividad empresarial». Editorial Civitas, S. A.; Madrid, 1978, p. 92.

(119) RODRÍGUEZ MOURULLO, Derecho..., *op. cit.*, p. 34.

(120) DEL ROSAL, Tratado..., *op. cit.*, p. 45 y s.

(121) RODRÍGUEZ DEVESA, Derecho..., *op. cit.*, p. 32.

repudiando la existencia de un Derecho «penal» de naturaleza administrativa. Rechazo compartido por Jiménez De Asúa (122), quien no acepta la autonomía del «Derecho penal administrativo», porque ofrece evidente inseguridad para la garantía de las libertades del hombre.

En suma, no está probada por la vía empírica, como enseña Mattes (123) «la existencia de infracciones del orden o administrativas sujetas a leyes propias (deducidas de la naturaleza de las cosas, que descansen en la diferente índole material de las acciones). Ciertamente, los ordenamientos jurídicos han desarrollado formas para conseguir diversos fines prácticos, que también son propugnados por la teoría del derecho penal administrativo, pero sin admitir sus exigencias teóricas ni quebrantar la mitad del derecho penal.

Desde el punto de vista de las exigencias propias del Estado democrático de Derecho, resulta inadmisibles la hipertrofia actual de la potestad sancionadora de la Administración, pues el límite penal previsto en el artículo 603 para las faltas se ve fácilmente superado. En efecto, si las penas correspondientes a las faltas son, esencialmente, el arresto menor (de uno a treinta días) y la multa hasta 30.000 pesetas, no cabe la menor duda de que hoy las sanciones administrativas superiores a 30.000 pesetas no son, como señala Cerezo (124), «una excepción sino un fenómeno muy frecuente». Pero es que, además, la coexistencia de diversos tipos de sanciones, administrativas y penales, sobre el mismo hecho se mantiene respecto de las faltas, a tenor del párrafo segundo del citado precepto, si bien de ahí parece derivarse directamente, «a sensu contrario», según Córdoba RODA (125), que «las disposiciones del libro 2.º (delitos) excluyen la corrección gubernativa de los hechos constitutivos de delitos». El hecho de que el meritado precepto aparezca recogido en el Código penal implica, según Casabo (126) «la adopción de la teoría de la diferenciación cuantitativa, pues carecería de sentido que el Código penal viniera a inmiscuirse en la normativa administrativa si ésta le fuera extraña por ser cualitativamente diversa. Por el contrario, poseen idéntica naturaleza, diferenciándose sólo en que las sanciones administrativas importan una gravedad menor que las penales».

Por consiguiente, ni la compatibilidad de sanciones administrativas y penas judiciales, ni la dependencia en la prueba y en la calificación de unos mismos hechos (con prioridad absoluta para la apreciación judicial, por ser su potestad «exclusiva»: artículo 117,3 de la Constitución) resulta, pues, posibles tras nuestra Ley Fundamental. A este respecto, interesa destacar el artículo 106,2 de la Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código Penal que prohíbe imponer conjuntamente sanciones administrativas y penales por unos mismos hechos, correspondiendo exclusivamente a los Juzgados y Tribunales el enjuicia-

(122) JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado..., *op. cit.*, p. 54.

(123) MATTES, Problemas..., *op. cit.*, p. 496.

(124) CEREZO, Curso..., *op. cit.*, p. 53.

(125) CÓRDOBA RODA, en «Notas al Tratado de MAURACH...», *op. cit.*, nota 17, pp. 19 y ss.

(126) CASABO, Comentarios..., *op. cit.*, p. 83.

miento de las faltas previstas en el Código Penal y obliga a las autoridades administrativas a abstenerse de todo procedimiento.

4.4. TOMA DE POSICION

El carácter fragmentario del Derecho Penal y su consideración como «última ratio» no prejuzgan, en cambio, su naturaleza autónoma respecto de los demás sectores del Ordenamiento jurídico.

En efecto, ello es así porque el delito, antes que la infracción de una norma o un deber jurídico, de desobediencia al Estado, es *«lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos fundamentales para el individuo y la comunidad»*.

La esencia del delito estriba, por tanto, en la lesión o puesta en peligro de bienes sociales garantizados por normas jurídico-penales que no sólo prohíben u ordenan la realización de determinadas conductas, sino que, además, «valoran» objetivamente la adecuación o no de éstas a las exigencias de tutela sobre aquellos bienes sociales.

No existen, pues, dos Ordenamientos jurídicos distintos: un, «permisivo», creador de derechos y relaciones jurídicos; y otro, «prohibitivo», sancionador de los ataques que puedan sufrir los bienes jurídicos reconocidos por el primero y tutelados por el Derecho Penal. Antes, al contrario, los presupuestos de la facultad punitiva del Estado se configuran autónomamente, merced al proceso de «tipificación penal», en cuya virtud, esta rama del ordenamiento «valora», de acuerdo con las necesidades reales de tutela que demanda la sociedad y, en última instancia *«fragmentos de antijuricidad penalmente relevantes»*.

Pero es que además, el «tipo penal» genera términos específicamente jurídicopenales, por lo que las «cuestiones prejudiciales» que prevé la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sólo demuestran *«la comunicación existente entre las diversas disciplinas jurídicas que constantemente transmiten savia nueva por el tronco común que representa el Derecho Penal hacia todas las ramas del Ordenamiento jurídico»*.

Así, v.gr., tras la desaparición de los diversos tipos de estafa contenidos en el extenso casuismo de los artículos 528 y ss., y la cláusula genérica del artículo 523, era necesario dar cabida en el nuevo texto legal a realidades criminológicas de particular incidencia en la sociedad. Me refiero, indudablemente, a aquellas hipótesis en las que concurren una pluralidad de acciones u omisiones penalmente relevantes que, no obstante, se consideran, a efectos político-criminales como constitutivas de una sola infracción penal: el «delito continuado» y el «delito masa», previstos y penados en el artículo 69 bis del Código Penal, cuya redacción exige la existencia de presupuestos rigurosamente jurídicopenales para que nazca el delito o la falta continuados, tales como:

— *«Pluralidad de acciones u omisiones»*: evidentemente, comportamientos «penados por la ley».

— *«Infracción del mismo o semejantes preceptos penales»*: lógica-

mente, lesión o puesta en peligro de «bienes jurídicos homogéneos».

— «Plan preconcebido»: es decir «dolo conjunto».

Por consiguiente, cabe afirmar «el carácter autónomo y constitutivo, que no independiente, del Derecho Penal para fijar sus presupuestos y las consecuencias jurídicas asignadas a los mismos, respecto de los demás sectores del Ordenamiento».

Esta autonomía del Derecho Penal, limitada por la unidad del Ordenamiento jurídico, coexiste con la potestad sancionadora de la Administración que, sin embargo, no puede reputarse «independiente» de los principios y garantía que informan el ejercicio del «ius puniendi», puesto que ambas potestades, tanto la correctiva como la penal, actúan sobre «el orden social general» pero a través de diferentes instrumentos: el ilícito penal, cuya realización determina la pena criminal, y la infracción administrativa que genera la correspondiente sanción de esta naturaleza.

Ciertamente, ambos ilícitos guardan importantes diferencias formales y materiales. Así, en primer lugar, la «categoría de bienes jurídicos» que regula la actividad administrativa, difiere esencialmente de la que garantiza el Derecho Penal, por cuanto existe un mayor predominio de «bienes de naturaleza jurídicopública» en la legislación administrativa. En efecto, frente a la «seguridad del Estado»; «las falsedades»; «la recta Administración de la Justicia»; «la seguridad del tráfico y en el trabajo»; «la salud pública» y el «ejercicio de la función pública» que tutela el Derecho Penal, la compleja legislación administrativa abarca amplios sectores de la sociedad que van desde el «Ordenamiento Constitucional del Estado» hasta la Administración Local, pasando por el «Régimen jurídico de los funcionarios públicos»; la «Ley de Procedimiento Administrativo»; la «Ley de Contratos del Estado»; la «Ley de Patrimonio del Estado»; la «Ley de Expropiación Forzosa»; la «Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa»; la «Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado», etc.; en suma, un aparato legislativo de mayor incidencia en la ordenación y estructura sociopolítica que la que pueden tener bienes jurídicos que, sin dejar de ofrecer una dimensión pública, pues por eso han sido elevados a la categoría de valores dignos de protección jurídicopenal, ofrecen en cambio, mayor interés para sus singulares titulares como la vida y la integridad corporal, la honestidad, el honor, la propiedad, etc. En segundo lugar, la infracción administrativa incumple deberes jurídicos del administrado respecto de la Administración en base a los principios de jerarquía y subordinación; el delito, además, lesiona el «sentimiento jurídico del pueblo»; de ahí que en el injusto penal sea mayor la «intensidad del juicio de reproche» que, por el desvalor ético merece a la sociedad el comportamiento criminal.

Consecuentemente, la pena criminal podrá privar al sujeto de bienes tan esenciales como a) «libertad individual», lo cual está vedado a la sanción administrativa. Pero es que además, la pena criminal, entendiéndose por tal las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad, tiene una finalidad político-constitucional específica: «reedu-

car o reinsertar socialmente al condenado» al que nunca se le podrá negar, ni aún en esa situación tan extrema, el «derecho a un trabajo remunerado, y a los beneficios de la Seguridad Social, así como el acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad» (artículo 25.2 de la Constitución española). He aquí, por tanto, las bases de un Derecho humanitario y resocializador que sustentan los «presupuestos antropológicos» de una Ciencia que sin renunciar a su condición normativa, no olvida esa trilogía que la determina.

«Delito, Delincuente y Delincuencia»

O lo que es lo mismo NORMA, HOMBRE y SOCIEDAD sobre la cual el Derecho penal ha de intervenir «*mínimamente*».

Por el contrario, la intervención penal será «*máxima y urgente*» cuando la gravedad del ataque a los bienes jurídicos tutelados sea tal, que ponga en peligro los cimientos de toda sociedad democrática que aspire a la consagración del Estado de Derecho. Ello ocurre especialmente con los «*delitos pluriofensivos*», con su enorme costo social y humano, como lo son los crímenes terroristas, que junto a los delitos contra la salud pública (especialmente el tráfico de drogas, y los fraudes alimentarios); los atentados contra el medio ambiente; el delito fiscal; el delito de contrabando y la evasión de capitales, constituyen los obstáculos más graves que la doctrina y praxis jurídico-penal encuentran para una definitiva consagración de este principio de intervención penal mínima, que, si bien no ha encontrado una formulación positiva como el principio de «*intervención legalizada*», creo ha quedado demostrado a lo largo de este trabajo su importancia y actualidad como criterio ético y político para un mejor servicio del Derecho Penal a la sociedad cuya conservación y desarrollo tutela y garantiza (127).

Universidad de Sevilla, septiembre de 1985

(127) Sobre la fundamentación teórica y las consecuencias del meritado principio, véase por todos, MORILLAS CUEVA, LORENZO: «Aproximación teórica al principio de intervención mínima y a sus consecuencias en la dicotomía penalización-despenalización». Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, N.º 2, 1983, pp. 61 y ss.

Teorías de la Criminalización, Derecho Penal y Política Criminal

GLADYS ROMERO BARRANQUERO

I. INTRODUCCION

Cuando se interroga sobre las críticas que desde el ámbito de la criminología se han formulado al derecho penal, es necesario precisar tanto las corrientes criminológicas respecto de las cuales se pregunta, como el modelo penal involucrado. Esto es así, porque no existe una sólo criminología, como tampoco un único orden jurídico-penal.

Aún simplificando al máximo las corrientes criminológicas que se procure involucrar, habría por lo menos que admitir la siguiente clasificación: 1. *Teorías de la criminalidad*, vinculadas a la investigación de las causas que pueden haber gravitado para determinar al autor de un comportamiento punible, y 2. *Teorías de la criminalización*, según las cuales ni el autor ni las causas que sobre él pueden haber influido son objeto de la criminología, la que por el contrario debe ocuparse de los procesos sociales en cuya virtud, una cantidad de hechos en principio neutrales, son caracterizados como criminalidad (1).

Por su parte, la expresión «derecho penal» tampoco es unívoca, desde que alude a conjuntos de normas de contenido diverso, dependiendo del ordenamiento concreto a que se haga referencia. Si de lo que se trata es de enjuiciar las bases fundamentales que conforman los principios teóricos del derecho penal, será necesario distinguir entre: 1. Los que se relacionan con la sistemática derivada de las teorías absolutas, y 2. Los puntos de vista sostenidos por los partidarios de las teorías relativas de la prevención general y de la prevención especial.

Por todo lo anterior, se hace conveniente precisar en cada caso,

(1) La distinción que se hace en el texto entre teorías de la criminalidad y teorías de la criminalización, puede verse en NAUCKE, «Las relaciones entre la Criminología y la política criminal», en C.P.C., núm. 5, Madrid, 1977 p.95 y ss. Asimismo y con relación al mundo hispano parlante, utilizan la misma terminología COBO DEL ROSAL y BACIGALUPO, en «Desarrollo histórico de la criminología en España», en C.P.C., núm. 11, Madrid, 1980, p. 31 y ss., donde consideran teorías de la criminalización la de DORADO MONTERO y JIMÉNEZ DE ASÚA.

desde qué teorías criminológicas se formulan las objeciones, y hacia cuáles concepciones penales son dirigidas.

II. TEORIAS DE LA CRIMINALIDAD Y CONCEPCIONES RETRIBUTIVAS DE LA PENA.

La crítica planteada por las teorías de la criminalidad en general, y por el positivismo criminológico en particular, supusieron una reacción contra las abstracciones metafísicas que caracterizaron al derecho penal sistematizado sobre las bases dogmáticas y legislativas ofrecidas por las teorías absolutas.

El positivismo pretendió trasladar al ámbito de las ciencias sociales, los métodos de conocimiento propios de las ciencias naturales, proponiéndose así cuantificar el comportamiento, presuponiendo que las acciones humanas están regidas por leyes naturales. La indagación científica será propuesta para sustituir la deducción abstracta, en una dirección que sugiere la realización de investigaciones basadas en la experiencia, de hechos que serían captados por el método causal explicativo.

En materia penal, esta concepción entenderá al delito como un fenómeno natural producido por causas biológicas, psíquicas o sociales (determinismo) y al delincuente como un ser anormal, fundamentando la responsabilidad en la defensa social. La justificación del «ius puniendi» se desprenderá de las connotaciones éticas de las concepciones retributivas, y asumirá un sesgo utilitario, surgiendo la teoría de la prevención especial (2).

El debate producido en la llamada «lucha de escuelas» fue sólo relativamente favorable a estos puntos de vista. La influencia obtenida se tradujo en la consagración del dualismo, en el equilibrio inestable que supone la teoría de la unificación, y en el ensayo de estrategias resocializadoras en la ejecución penal de dudosos resultados (3).

(2) Cfr.: LISTZ, «Tratado de Derecho Penal», trad. de la 18a. y 20a. ed., 3a. ed. esp., Madrid. Un desarrollo moderno de los criterios preventivo especiales puede verse en BACIGALUPO, «Significación y perspectivas de la oposición Derecho Penal-Política Criminal», en *Revue Internationale de Droit Pénal*, A.I.D.P. Madrid-Plasencia, 1977, pp. 15 y ss. Críticamente RIGHI, en «El Sistema de Reacciones en el Código penal Mexicano», en *Investigación Jurídica*, Escuela Nacional de Estudios Profesionales «Acatlán», Unam, México, 1.ª ed., 1981, pp. 87 y ss.

(3) Cfr.: ROXIN, en «Problemas básicos del derecho penal», Madrid, 1976, pp. 11 y ss.; STRATENWERTH, «El futuro del principio jurídico penal de culpabilidad», Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1980; WELZEL, «Derecho penal alemán», 11a. ed., Chile, 1970, pp. 326 y ss.; JORGE BARREIRO, «Las medidas de seguridad en el derecho español», Madrid, 1976, pp. 33 y ss.; MIR PUIG, «Introducción a las bases del derecho penal», Barcelona 1976, pp. 179 y ss.; «Función de la pena y teoría del delito en el estado social y democrático de derecho», Barcelona, 1979, pp. 19 y ss.; SAINZ CANTERO, «La ciencia del derecho penal y su evolución», Barcelona, 1977, pp. 78 y ss.; ROXIN, «Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal», Madrid, 1981; LUZÓN PEÑA, «Medición de la pena y substitutivos penales», Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1979, pp. 48 y ss.; MUÑOZ CONDE, «Introducción al Derecho Penal», Barcelona, 1975, pp. 33 y ss.; BACIGALUPO, *op. cit.* en 2, p. 15 y ss.; RIGHI, *op. cit.* en 2, pp. 87 y ss.

Es probable que esto haya sido consecuencia de la tendencia a lograr un compromiso con el llamado derecho penal clásico, consistente en la búsqueda de realizar los fines preventivos, sin alterar en lo sustancial el sistema de la retribución (4). La sensación dominante que se advierte es que pese al desarrollo de la teoría preventivo especial, sólo la fundamentación retributiva de la pena y su sistemática consecuente es capaz de otorgar pautas de seguridad que garanticen al gobernado frente a la autoridad.

Que la referida sea una virtud de las teorías absolutas es cuestionable (5). Pero lo que es innegable es que los intentos por fundamentar un «derecho penal de autor» surgieron con fuertes vinculaciones con concepciones totalitarias, lo que les causó natural descrédito. Este desarrollo irracional y autoritario provocó en la ciencia penal de post-guerra, el resurgimiento de las teorías absolutas a partir de los años cincuenta (6).

Por otra parte, en los ámbitos normativos en los que la ideología de la defensa social ha logrado hacer prevalecer sus puntos de vista, las consecuencias político-criminales han distado de ser pausibles. Las reacciones penales predelictuales, la incriminación de tipos de autor, la indeterminación de penas o medidas, y el trato reservado a la reincidencia, son ejemplos que ponen de manifiesto que la lógica interna de esta posición, conduce a una flexibilización de los derechos del súbdito frente a la autoridad. Ilustrativo resulta en este sentido, el régimen adoptado para menores infractores (7).

El desplazamiento de la acción por el autor como centro de irradiación normativa exige, en el ámbito del procedimiento penal, una paralela sustitución del sistema acusatorio por el inquisitivo. Si resulta posible probar lo que sucedió, no ocurre lo propio con el futuro, que es de lo que se trata en un sistema basado en la eventual reincidencia del sujeto. Desde que la prueba de un «estado peligroso» es poco menos que imposible, la solución ha sido buscada mediante el sobredimensionamiento de la prueba de indicios y la ampliación de los criterios de apreciación, de forma que el juez resuelva por su libre convicción, esto es, con amplios márgenes de discrecionalidad.

Es en relación con la ejecución de penas privativas de libertad donde las teorías de la criminalidad más han podido hacer prevalecer la orientación preventivo especial, sobre la base del desarrollo de un sis-

(4) Cfr.: *BACIGALUPO*, *op. cit.* en 2, p. 22.

(5) Cfr.: *KAUFMANN*, «Teoría de las Normas», Buenos Aires, 1977, pp. 15 y ss.; *BACIGALUPO*, *op. cit.* en 2, p. 18; *ROXIN*, *op. cit.* en 3 «Problemas...», pp. 11 y ss.; *STRATENWERT*, *op. cit.* en 3, pp. 109 y ss.; *WELZEL*, *op. cit.* en 3, p. 326 y ss.; *JORGE BARREIRO*, *op. cit.* en 3, pp. 23 y ss.; *MIR PUIG*, «Introducción...», *op. cit.* en 3, pp. 29 y 61; «Función...», *op. cit.* en 3, p. 64; *SAINZ CANTERO*, *op. cit.* en 3, pp. 72 y ss.; *MUNOZ CONDE*, *op. cit.* en 3 p. 34; *RIGHI*, *op. cit.* en 2, p. 91.

(6) Cfr.: *BACIGALUPO*, *op. cit.* en 2, p. 23.

(7) Véanse las ponencias sobre «Defensa Social y Menores Infractores», III Jornadas Latinoamericanas de Defensa Social, INACIPIE, México 1979; y «Medidas de Seguridad: descripción legal, aplicación judicial y ejecución», Primer Congreso Nacional de Ciencias Penales, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Unam, México, 1981, presentadas por *E. RIGHI*.

tema progresivo destinado a lograr la readaptación social del condenado (8).

Sin embargo, aunque se admitiera que el Estado tiene derecho a «resocializar» al autor del delito, lo que dista de ser fácilmente admisible (9), no puede menos que señalarse: 1. Que si bien la prisión produce cambios en los internos, generalmente es para peor (10); 2. Que paralelamente con la estrategia estatal orientada a evitar la reincidencia, se produce la influencia del llamado proceso de «prisonalización», en cuya virtud el interno adopta usos, costumbres, tradición y «cultura» del denominado sistema social de los reclusos, o sea de un conjunto de «valores» y normas no formales que coexisten, y a veces tienen más importancia que las reglas oficiales (11); 3. Que los programas de rehabilitación en las cárceles se han caracterizado más por la falsa retórica que por los resultados concretos (12); 4. Que existe una contradicción psicológica insuperable entre coerción y curación (13) pues parece evidente que la rehabilitación sólo puede ensayarse exitosamente con un voluntario; y 5. Que no parece posible desde el punto de vista empírico, predecir el probable comportamiento criminal de un sujeto en la sociedad, observando su cumplimiento de los programas penitenciarios (14).

Es por todo ello que tanto se insiste entre los partidarios de la prevención especial, en la conveniencia de utilizar «sustitutivos». En muchos casos estas alternativas se traducen en una expansión cuantitativa del control social, es decir, en mecanismos menos punitivos pero que son aplicados a un número mayor de sujetos (15).

III. TEORIAS DE LA CRIMINALIDAD Y TEORIAS DE LA CRIMINALIZACION

Las teorías de la criminalización suelen ser designadas con expresiones tales como criminología nueva, progresista, crítica o radi-

(8) Cfr.: GARCÍA RAMÍREZ, «La Reforma Penal de 1971», México, 1971; «La Prisión», Instituto de Investigaciones Jurídicas, Unam, México, 1975, «Problemas fundamentales del tratamiento penitenciario», en R.M.C.P., núm. 1, p. 53; RODRÍGUEZ MANZANERA, «Ejecución penal y adaptación social en los países en desarrollo», en La Reforma Penal en los Países en Desarrollo, Enep Acatlán, Unam, México, 1978, p. 279; GARCÍA VALDÉS, «Comentarios a la Ley General Penitenciaria», Madrid, 1980; «Un año de reforma penitenciaria», en C.P.C., núm. 7, Madrid, 1979, p. 39; «La Nueva Penología», Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1977; «El nacimiento de la pena privativa de libertad», en C.P.C. núm. 1, 1977, p. 23; MARCO DEL PONT, «Penología y Sistemas Carcelarios», Buenos Aires, 1974.

(9) Cfr.: ROXIN, «Problemas...» op. cit. en 3, p. 17.

(10) Cfr.: MORRIS, «El futuro de las prisiones», México, 1978, p. 23.

(11) Cfr.: HOOD y SPARKS, «Problemas clave en criminología», Madrid, 1970, pp. 218 y ss.

(12) MORRIS, op. cit. en 10, p. 33.

(13) *Ibidem*, p. 35.

(14) *Ibidem*, p. 37.

(15) *Ibidem*, p. 28.

cal (16). Una de sus manifestaciones más conocidas es la teoría del «labeling» (17) es decir, del etiquetamiento.

El punto de partida de estas concepciones es que, a diferencia de las teorías de la criminalidad, consideran que ni el autor ni las causas que sobre él han actuado son objeto de la criminología, la que debe ocuparse exclusivamente de estudiar las razones en cuya virtud, hechos valorativamente neutros son criminalizados, esto es etiquetados como delitos. El problema central sería entonces el proceso social en cuya virtud ciertas personas atribuyen a otras un hecho punible (18).

Las teorías de la criminalización afirman que estas etiquetas que convierten a determinadas acciones en delictivas, son impuestas en forma desigual por las instancias de control social, las que proceden en forma selectiva.

Por lo dicho, entre criminólogos positivistas y críticos habría, a juicio de los segundos, dos diferencias fundamentales: 1. Los primeros sostienen la diversidad o anomalía del autor, quien sería portador de causas que darían lugar al hecho antisocial; 2. La antigua criminología parte de la criminalidad como un dato de la realidad, preexistente a la reacción social y el derecho penal. Ambos presupuestos explicarían la razón en cuya virtud la criminología estuvo subordinada al derecho penal.

La criminología radical niega esa supuesta realidad óptica previa e independiente de la reacción social e institucional, y rechaza la admisión acrítica de las definiciones legales, sosteniendo que es preciso trasladar el interés científico, del comportamiento desviado, a los mecanismos de control social que lo criminalizan.

Se ofrecerá para ello una interpretación diferenciada de los fenómenos de desviación:

1. Los que se verifican en las clases «subalternas» serían «expresiones específicas de las contradicciones que caracterizan la dinámica de las relaciones de producción y de distribución en una determinada fase del desarrollo de la formación económico-social, en la mayor parte de los casos una respuesta inadecuada, individual e irracional a aquellas contradicciones, por parte de los individuos socialmente en desventaja» (19).

2. Los que pueden observarse en las clases «dominantes», como la

(16) Sobre esto y lo que sigue cfr.: NAUCKE, *op. cit.* en 1, p. 97.

(17) Cfr.: PITCH, «Teoría de la desviación social», México, 1980, p. 147; LAMNEK, «Teorías de la criminalidad», México, 1980, pp. 56 y ss; KAISER, «Criminología», Madrid, 1978, p. 82; TAYLOR, WALTON y YOUNG, «Criminología Crítica», México, 1977; PEARCE, «Los crímenes de los poderosos», México, 1890, pp. 27 y ss.; ANIYAR DE CASTRO, «Criminología de la Reacción Social», Instituto de Criminología. Universidad de Zulia, Maracaibo, 1977, p. 108; BASAGLIA y BASAGLIA ONGARO, «La ideología de la diversidad», en N.P.P., 4-8, 1975, p. 397; DEL OLMO, «El Grupo Europeo para el Estudio de la Desviación y el Control Social», en R.M.C., I-1, 1976, p. 133.

(18) Cfr.: NAUCKE, *op. cit.* en 1, p. 97.

(19) Sobre esto y lo que sigue cfr.: BARATTA, «Criminología Crítica y Política Penal Alternativa», en *Revue Internationale de Droit Pénal*, A.I.D.P., Madrid-Plasencia, 1977, p. 44.

criminalidad organizada, delincuencia económica así como la generada por los detentadores del poder; dependen de la relación entre procesos legales e ilegales de acumulación y circulación de capital, así como de la existente entre los mismos y el poder político (20).

IV. TEORIAS DE LA CRIMINALIZACION Y DERECHO PENAL

Sostienen sus partidarios, que la criminología radical supone una crítica más profunda al derecho penal, que las teorías de la criminalidad que lo consideraban un sistema normativo estático.

Afirman que, por el contrario, debe ser entendido mediante el análisis de tres mecanismos dinámicos: 1. Producción de normas (criminalización primaria), 2. Aplicación de las normas, lo que comprende no sólo el procedimiento sino también la acción de los órganos estatales de control (criminalización secundaria), y 3. Ejecución de penas y medidas de seguridad (21).

La investigación empírica es utilizada por los teóricos de la criminalización para impugnar una de las bases de sustentación del derecho penal fundamentado por la Ilustración: el principio de igualdad ante la ley (22). Se sostiene que por el contrario, ni los bienes jurídicos protegidos con pena son de interés igual para todos los miembros de la comunidad, ni los infractores tienen la misma probabilidad de ser criminalizados.

Se afirma así la naturaleza esencialmente desigual del derecho penal porque: 1. La criminalización primaria no se produce respecto de algunos bienes esenciales. 2. Se la practica para tutelar otros de relevancia sólo sectorial. 3. Cuando se incriminan acciones de interés común para toda la sociedad, se lo hace con intensidad desigual. 4. La criminalización secundaria también supone trato desigual, pues es independiente de la gravedad de la infracción normativa, como del perjuicio social causado (23).

No se admite a la criminalidad como dato óntico que preexistiría a la sanción. La norma penal no sería consecuencia y reacción frente al hecho antisocial, sino que, por el contrario, tendría la función de calificar determinados comportamientos e individuos, a los que se adjudica la condición de lesivos y asociales. Se agrega que tanto en la selección de bienes tutelados como de sujetos estigmatizados, se jerarquiza en función de los intereses del sistema económico y de la desigualdad social. Por todo ello, al derecho penal se le entiende no como

(20) BARATTA, *op. cit.* en 19, p. 49.

(21) *Ibidem*, p. 45. Los procesos de criminalización pueden verse también en ANYAR DE CASTRO, *op. cit.* en 17, p. 125, quien los describe a partir de la definición de TURK, según la cual la criminalización no es algo que alguien hace sino más bien algo que sucede en el curso de la interacción de varias partes (incluyendo a todos los que hacen las normas, los intérpretes, los que la ejecutan, los infractores y aún los cómplices más o menos inocentes).

(22) BARATTA, *op. cit.* en 19, p. 45.

(23) *Ibidem*, p. 46.

reflejo de la criminalidad sino como factor de criminalización, función que cumpliría arbitrariamente tanto en la dirección como en el énfasis punitivo.

Que el derecho penal sea aplicado desigualmente en función de la clase social del infractor, lo que resultaría evidente con la verificación empírica del origen social de la población carcelaria, no se explicaría ni por la «naturaleza de las cosas» ni por la idoneidad técnica de ciertas materias, sino por la tendencia a «privilegiar los intereses de las clases dominantes y a inmunizar del proceso de criminalización a los individuos pertenecientes a dichas clases, y ligados fundamentalmente a las exigencias de acumulación capitalista» (24). Esto explicaría que la pena sea destinada sobre todo, a las formas típicas de desviación de los estratos sociales más bajos.

V. TEORIAS DE LA CRIMINALIZACION Y DEFENSA SOCIAL

De las críticas que las teorías de la criminalización han formulado al derecho penal, asumen singular relieve las dirigidas a la escuela de la defensa social, a la que consideran la ideología penal dominante. Esta afirmación (25) debería ser matizada, porque en realidad el criterio dominante para fundamentar la justificación del «ius puniendi» estatal, supone una articulación de concepciones preventivas y retributivas en lo que se conoce con el nombre de sistema unificador (26). De todos modos, es cierto que los puntos de vista preventivo especiales sostenidos por la defensa social, prevalecen en el escenario de cumplimiento de las penas privativas de libertad (27).

Es preciso recordar los trabajos destinados a demostrar la relación existente entre cárcel y fábrica, en la génesis y desarrollo de las instituciones penitenciarias (28), según los cuales la primera habría cumplido funciones de adaptación a la disciplina propia de la sociedad industrial. Debe admitirse, sin embargo, que la idea de resocialización sugiere una reformulación ulterior que escapa a aquellas caracterizaciones.

De todos modos, la crítica moderna se nutrirá de una serie de observaciones con las que se trata de explicar la sustitución de las técnicas represivas por otras persuasivas, cuya función sería consolidar en cada individuo los modelos de comportamiento propios de los di-

(24) *Ibidem*.

(25) *Ibidem*, p. 45.

(26) Cfr.: RIGHI, *op. cit.* en 2, pp. 96 y ss. Críticamente BACIGALUPO, *op. cit.* en 2, p. 15.

(27) La afirmación del texto se puede constatar en la enorme mayoría de las obras de derecho penitenciario. Pueden verse al efecto las citadas, en la nota 8.

(28) Cfr.: FOUCAULT, «Vigilar y Castigar», 2.^a ed., México, 1978; MELOSSI y PAVARINI, «Cárcel y Fábrica. Los Orígenes del Sistema Penitenciario», México, 1980; PAVARINI, «Concentración y Difusión de lo penitenciario. La Tesis de Rusche y Kirchheimer y la nueva estrategia del control social en Italia», en C.P.C., núm. 7, 1979, pp. 107 y ss.

versos «status» sociales (29), con lo que la transformación de la prisión estaría destinada a autolegitimar el sistema.

Se sostiene que desde que la población carcelaria proviene en su mayoría de zonas marginales de la sociedad, sobre la que inciden deficiencias de socialización primaria en la edad preescolar, lo que en realidad se persigue no es su readaptación sino una suerte de integración singular: la de individuos desviados.

Los mecanismos punitivos son entendidos como formando parte de un subsistema complementario. La acción marginalizadora del sistema educativo consecuencia de su condición discriminatoria, sería así reasegurada con la pena, destinada a reproducir y asegurar las relaciones sociales existentes; es decir, la desigual distribución de recursos propia de un modelo de sociedad que crea zonas de subdesarrollo. La población criminal sería consecuencia de la existencia de zonas de marginalización creadas por la acción reguladora del mercado de trabajo, y demostrativa de la inexistencia de movilidad social (30).

Es desde estos presupuestos que se critica la idea de que la función de la pena sea resocializar al condenado, afirmándose que no es posible intentarlo en una sociedad que produce ella misma delincuencia (31).

El ideal de resocialización es impugnado por conservador, en la medida en que acepta como perfecto el orden social vigente. Se subraya además su contenido clasista ya que se traduce en respeto a la legalidad penal, con lo que se niega toda evolución en los medios propuestos por la defensa social para evitar la reincidencia, los que no trascenderían del miedo a la pena (32).

Por otra parte, se sostiene la contradicción que encierra la búsqueda de la readaptación social en una sociedad pluralista, en la que no existe identidad entre quienes crean las normas y los destinatarios de las mismas, por lo que la resocialización se traduce en sometimiento (33). Se agrega que en estas condiciones, la pena no es una respuesta honesta frente a una minoría, sino un mecanismo de intervención estigmatizante: un instrumento de creación de la población criminal (34).

VI. TEORIAS DE LA CRIMINALIZACION Y PREVENCIÓN GENERAL

La crítica formulada por las teorías de la criminalización al derecho penal orientado por la Ilustración y a la escuela de la Defensa So-

(29) Cfr.: BARATTA, «Marginalidad Social y Justicia», Informe General sobre los Aspectos Jurídicos, IX Congreso Internacional de Defensa Social, Caracas, 1976, pp. 4 y 5.

(30) *Ibidem*.

(31) Cfr.: MUÑOZ CONDE, «La resocialización del delincuente, análisis y crítica de un mito», en C.P.C, núm. 7, 1979, p. 93.

(32) *Ibidem*, p. 98.

(33) *Ibidem*, p. 95.

(34) Cfr.: BARATTA, *Op. Cit.* En 19, p. 49.

cial, ha sido fundamentalmente extrasistemática. Por el contrario, algunas de las que se dirigen a las concepciones preventivo generales son intrasistemáticas, es decir que se plantean hacia el interior de la construcción teórica que considera la función motivadora de las normas penales, para determinar el comportamiento de la sociedad en su conjunto (35).

Lo anterior supone partir del supuesto de que la amenaza penal puede constituirse en factor integrador de los distintos grupos sociales, a condición de que proteja valores fundamentales para una amplia base de ciudadanos, admitiéndose inclusive que pueda tener efectos positivos en la eliminación de la marginalización (36).

La crítica apunta que la norma penal produce efectos inversos a los indicados y se convierte en causa de marginalización, cuando es manipulada para tutelar intereses minoritarios o se priva a través de ella de derechos fundamentales a los ciudadanos.

Es decir, que no se cuestiona que la pena sea usada como instrumento de motivación, sino el abuso de dicho remedio por minorías dominantes, como cuando se incrimina la desidencia, se protegen en forma desproporcionada bienes instrumentales como la propiedad privada, o se consideran derechos naturales algunos intereses personales y egoístas de quienes detentan el poder (37).

En la medida en que los partidarios de las teorías de la criminalización, han dirigido sus principales críticas a las bases del derecho penal elaborado por la Ilustración y al modelo resocializador emergente de la escuela de la Defensa Social, es factible que, en definitiva, estén en condiciones de admitir como más neutrales, a las teorías de la pena que hacen girar su sentido en torno al principio de prevención general.

Esto coincidiría con un rebrote doctrinario, perceptible especialmente en España, que vuelve a proponer que se entienda la función de la pena como instrumento de motivación, promoviendo la realización de comportamientos valiosos e inhibiendo los disvaliosos (38). El punto de discrepancia con los teóricos clásicos de la prevención general, quedaría planteado en relación con la selección de las conductas que se aprecian como merecedoras de pena.

Es evidente la preocupación de este sector de la doctrina contemporánea por elaborar presupuestos de la incriminación que eviten el «terror penal», riesgo inherente a la prevención general.

Es por ello que buscan establecer pautas de seguridad jurídica y mecanismos de proporcionalidad entre delito y pena, que no provendrían del principio de culpabilidad que rechazan, sino de las necesi-

(35) Cfr.: MUÑOZ CONDE, «Función motivadora de la norma penal y "marginalización"», en D.P., 1-1, 1978, p. 33.

(36) *ibidem*.

(37) *Ibidem*, p. 36.

(38) Cfr.: GIMBERNAT ORDEIG, «¿Tiene un futuro la dogmática jurídico penal?», en *Estudios de Derecho Penal*, Madrid, 1976, pp. 57 y ss.; «El sistema del derecho penal en la actualidad», en *Anuario de Ciencia Jurídica*, 1, 1971-1972; LUZÓN PEÑA, *op. cit.* en 3, p. 45; MIR PUIG, «función de la pena...», *Op. cit.* en 3, pp. 27 y ss.

dades propias de la idea de motivación (39). Sin embargo, como hemos señalado en otro lugar (40), los peligros de extralimitación propios de los puntos de vista preventivo generales no se resuelven como se ha pretendido, con recomendaciones destinadas a exigir «el más exquisito, delicado y cuidadoso» manejo de la «fuerza destructiva» de la pena (41).

Si las teorías de la criminalización se orientan a concebir el sentido de la pena exclusivamente en la idea de motivación, podrán modificar la selección de bienes que merecen tutela, la intensidad de las conminaciones, e inclusive la adscripción social de los sujetos criminalizados.

Lo que no evitarán es: 1. Ofrecer una endeble justificación del «ius puniendi»; 2. La tendencia a la extralimitación inherente a toda concepción unidimensionalmente utilitaria; 3. La imposibilidad de demostrar empíricamente cuál es el real efecto inhibitor de la pena, lo que se traduce en imposibilidad de justificar cuándo la pena es necesaria; 4. Explicar por qué se aplican penas a sujetos no intimidables como los delincuentes pasionales, o no intimidados como los habituales; y 5. Lo censurable que resulta privar de derechos a un ser humano no por lo que hizo, sino por lo que se presume que otros pueden hacer (42).

VII. FORMULACIONES POLITICO-CRIMINALES DE LAS TEORIAS DE LA CRIMINALIZACION

Los criminólogos críticos han planteado los principios que aprecian orientadores, para una política criminal alternativa a la que se desarrolla en la actualidad.

1. En primer lugar distinguen entre *política penal*, con lo que se alude a las respuestas a la cuestión criminal delimitadas por la función punitiva estatal; y *política criminal*, referida a las estrategias de transformación social e institucional en sentido amplio (43). Se parte de la aceptación de la segunda como aquella compatible con los criterios sustentados por las teorías de la criminalización, desde que se admite que el derecho penal es el remedio más inadecuado.

2. Se desdeña lo que se define como estrategia reformista que se traduciría en la adopción de sustitutos penales, para afirmar la necesidad de una política de grandes transformaciones sociales e institucionales, cuyos objetivos serían la igualdad, la democracia, así como

(39) Cfr.: GIMBERNAT ORDEIG, *op. cit.* en 38, p. 67.

(40) Cfr.: RIGHI, «Antecedentes y Estado Actual de la Política Criminal en América Latina», ponencia presentada en el Congreso organizado por el CESTEM para sentar bases de un nuevo orden jurídico, económico y social, México, 1981.

(41) Así GIMBERNAT ORDEIG, *op. cit.* en 38, p. 70.

(42) Véase BAJO FERNÁNDEZ, «Reflexiones sobre el sentido de la pena privativa de libertad», ponencia presentada al Primer Congreso Nacional de Ciencias Penales, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Unam, México, 1981.

(43) Cfr.: BARATTA, *op. cit.* en 19, pp. 49 y 50.

las formas comunitarias y civiles alternativas de las relaciones de producción capitalistas (44).

3. Proponen un «uso alternativo» del derecho penal, que sin sobredimensionar su idoneidad, permita criminalizar adecuadamente conductas que lesionan intereses vitales, individuales y colectivos. Se sugiere así la protección de la salud, la seguridad en el trabajo, la integridad ecológica, etc., incriminando el delito económico la gran criminalidad organizada y las acciones criminales de los funcionarios y órganos del Estado (45).

4. Se adjudica importancia a una despenalización destinada a aligerar la presión del sistema represivo sobre las clases subalternas. Los ejemplos que se ofrecen aluden a los delitos de opinión, sexuales, y al aborto, entre otros.

La despenalización se traduciría en mayor aceptación de la desviación y en la transferencia de funciones estatales de control a la sociedad, debiendo ser complementada por reformas al proceso, al poder judicial y a la policía (46).

5. La formulación programática incluye la abolición de las instituciones carcelarias, para lo que se sugieren medidas alternativas que no difieren sustancialmente de los sustitutivos antes descartados (47), con lo que la distinción más que en los instrumentos a utilizar, radicaría en los objetivos perseguidos. No se trataría de adoptar, un sistema progresivo tendiente a lograr la readaptación, sino de desarrollar en el sujeto su «conciencia de la propia condición de clase». La proposición se justifica en la ya indicada interpretación de las desviaciones criminales pertenecientes a las clases subalternas, por lo que la verdadera reeducación del condenado sería «aquella que transforma una reacción individual e irracional, en conciencia y acción política dentro del movimiento de la clase» (48).

6. Se enfatiza, por último, la función de la opinión pública proponiéndose una inversión de las relaciones de hegemonía cultural, destinada a evitar procesos de manipulación. Se ofrece el ejemplo de las llamadas campañas de «ley y orden», frecuentes cuando graves episodios de terrorismo político, son utilizados para sobreponer al desacuerdo con el sistema la imagen del terrorismo, ocurriendo entonces que se criminaliza la disidencia y se legitima el abandono de garantías constitucionales y procesales (49).

Precisamente en orden al respeto de dichas garantías en general, y más específicamente en relación al principio de legalidad, los crimi-

(44) *Ibidem*, p. 50.

(45) *Ibidem*. Sobre la criminalidad organizada a que se alude en el texto, cfr.: MC INTOSH, «La organización del crimen», México, 1977, esencialmente caps. 4 y 5, pp. 51 y ss.

(46) Cfr.: BARATTA, *op. cit.* en 19, p. 51.

(47) *Ibidem*.

(48) *Ibidem*, p. 52.

(49) *Ibidem*, p. 53. Sobre este problema véase GÖSSEL, «La defensa en el estado de derecho y las limitaciones relativas al defensor en el procedimiento contra terroristas», en D.P., 3-10, p. 219.

nólogos críticos ofrecen proposiciones disímiles. Por un parte se afirma que este principio hace «la distribución de los ilegalismos, colocando unos en las leyes penales y otros en las leyes administrativas, civiles o mercantiles, básicamente orientado hacia la protección del orden burgués naciente con la revolución francesa» (50), lo que supondría no concederle mérito político criminal.

Pero también se ha sostenido que «sería muy peligroso para la democracia y para el movimiento obrero, caer en la trampa que hoy se le tiene tendida y cesar de defender el régimen de garantías legales y constitucionales que regulan el ejercicio de la función penal en el estado de derecho» (51).

VIII. EL DERECHO PENAL Y LA POLITICA CRIMINAL ANTE LAS CRITICAS DE LAS TEORIAS DE LA CRIMINALIZACION

Parece evidente que ninguna orientación criminológica puede ser entendida desde perspectivas de neutralidad político-criminal. Las teorías de la criminalidad que han investigado las causas del delito, asumen sentido en la medida en que presuponen y favorecen un derecho penal de orientación preventivo especial, y un programa político criminal enrolado en el ideal de readaptación social, para cuya realización existen proposiciones de la criminología de autor orientada sociológicamente y en la dirección de la teoría del aprendizaje (52).

El programa político criminal a que conducen las teorías de la criminalización resulta, por el momento, más difícil de precisar, como consecuencia de que sólo disponemos de proposiciones generales y de que como se ha señalado (53), ellas se mueven a considerable distancia del derecho penal vigente. Esto último no es consecuencia de pretensiones de neutralidad como las asumidas por algunos criminólogos clásicos frente al derecho penal, sino de una voluntaria agresividad que no se agota en la descripción de los efectos sociales del fenómeno normativo, sino que incluye su impugnación.

Considerados en sus rasgos más generales, los puntos de vista de la criminología crítica tenderían a lograr una mayor igualdad en la administración de justicia penal, lo que supondría márgenes menos punitivos para los autores pertenecientes a las capas inferiores de la sociedad (54) sin que se obtenga explicitación suficiente sobre la forma de obtenerlo.

(50) Cfr.: ANIYAR DE CASTRO, «Conocimiento y Orden Social: Criminología como Legitimación y Criminología de la Liberación», Instituto de Criminología, Universidad de Zulia, Maracaibo, 1981, p. 16.

(51) Cfr.: BARATTA, *op. cit.* en 19, p. 54.

(52) Cfr.: NAUCKE, *op. cit.* en 1, p. 104. Sobre la relación entre política criminal y criminología véase KAISER, «¿Política criminal sin fundamento criminológico?», en *R.M.D.P.*, quinta época, núm. 4, 1978, pp. 17 y ss.

(53) NAUCKE, *op. cit.* en 1, p. 105.

(54) *Ibidem*, p. 106.

De todos modos, y aunque por los motivos expuestos sólo se cuente con observaciones genéricas y en algunos casos de coyuntura, se puede hacer una primera aproximación a las mismas, en el orden en que las expresamos en el capítulo anterior.

1. Es necesario acordar con la distinción que se propone entre política penal y política criminal, para otorgar prioridad a la segunda. En realidad, la consideración de que la pena debe ser usada como remedio extremo por aplicación del principio de subsidiariedad, tiene hoy amplio consenso (55). No resulta admisible la suposición de que a dicho reconocimiento debe arribarse como consecuencia exclusiva del pensamiento de las teorías de la criminalización.

2. Los sustitutivos penales pueden formar parte de una estrategia plausible de superación de la crisis en que se debaten las penas privativas de libertad, pero encierran un doble peligró:

a. En primer lugar pueden ser sugeridas como consecuencia exclusiva de formulaciones retóricas, que con ropaje humanitario sustituyen la prisión por sucedáneos tan o más autoritarios. Esta es una realidad que se percibe en la sociedad capitalista y también en países que han establecido modelos de organización socialista o comunista, a los que desde posiciones independientes de izquierda se han llamado postcapitalistas (56). En el ámbito de la criminología radical se ha aclarado que las formas autoritarias de trato al problema social que presenta la desviación, existen «no solamente respecto a la sociedad en la cual vivimos sino también respecto de las experiencias históricas actuales del socialismo real» (57).

b. Pero además, ya se ha recordado (58) que en muchos casos aunque los sustitutivos se traducen en restricciones menos intensas, son sufridos por un número más elevado de personas. Esto es así cuando tales mecanismos alternativos se apoyan en el «consentimiento» del infractor para ser controlado fuera del sistema de justicia penal, con la consecuencia de que ante la amenaza del juicio, la angustia de la prisión preventiva y la incertidumbre de la sentencia, el acusado inocente se siente «estimulado» a aceptar restricciones menos severas que la cárcel (59).

Todo ello ha provocado que la proposición de sustitutivos penales,

(55) Cfr. ZIFF, «Introducción a la Política Criminal, Madrid, 1979, p. 43; BAUMANN, en «Jornadas Internacionales de Derecho Penal Argentino», Universidad de Belgrano, Buenos Aires, p. 78; ROXIN, en «Las nuevas corrientes de política criminal en la República Federal Alemana», en N.P.P., 1-3, 1972, p. 387; «Problemas Básicos...», *op. cit.* en 3, pp. 22; «Culpabilidad y Prevención...», *op. cit.* en 3; WELZEL, *op. cit.* en 3, p. 328; STRATENWERT, *op. cit.* en 3, pp. 43 y ss.; MEZGER, «Derecho Penal», *Libro de Estudio, Parte General, Buenos Aires, 1958, p. 379; GIMBERNAT ORDEIG, op. cit.* en 38, pp. 57 y ss.; COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, «Derecho Penal», Parte General. I, Universidad de Valencia, 1980, p. 91; MUÑOZ CONDE, *op. cit.* en 3, p. 59; RODRÍGUEZ MOURULLO, «Derecho Penal», Parte General, Madrid, 1978, p. 20; MIR PUIG, «Introducción...», *op. cit.* en 3, p. 124; RIGHT, *op. cit.* en 2, p. 90.

(56) Cfr.: DE LA BARRERA, «Ius puniendi et ius poenale», Trabajo de ingreso a la Academia Mexicana de Ciencias Penales, México, 1981.

(57) Cfr.: BARATTA, *op. cit.* en 19, p. 54.

(58) *Supra*, Cap. II.

(59) Cfr.: MORRIS, *op. cit.* en 10, p. 29.

entusiastamente apoyada por los partidarios de la defensa social, no pueda ser aceptada sin reservas. En la crítica a esta alternativa, las teorías de la criminalización coinciden con otros sectores del pensamiento penal, si bien con diverso alcance y fundamentación.

3. Debe concederse a la criminología crítica, que los procesos que describen como criminalización primaria son censurables, al menos para quienes no agotan su percepción del principio de igualdad en orientaciones propias de un liberalismo hipócrita.

Pero es necesario que cuando se reclama la criminalización de conductas que se aprecian lesivas para intereses vitales de la comunidad, y que son realizadas por sujetos pertenecientes a las capas sociales más altas, se defina con precisión el objetivo que se persigue, pues de lo contrario la selección y sistematización de las acciones que deben ser penalizadas no se harán adecuadamente.

La forma como suele ser presentado este problema hace pensar que todo se reduce a revertir el sentido como se utiliza la pena, para no sólo sancionar menos a las capas marginales, sino también más a quienes pertenecen a los estratos sociales más favorecidos.

Pero no se puede prescindir de la finalidad político criminal que orienta la criminalización. El ejemplo de lo que sucede en el ámbito de la delincuencia económica es ilustrativo, pues la propuesta que surge de la criminología crítica parece ser incriminar comportamientos de personas de alto poder económico, sin considerar si gravitan o no sobre los objetivos de política económica destinados a satisfacer intereses del conjunto social (60).

Nos parece evidente la conveniencia de distinguir entre acciones que lesionan intereses individuales como el fraude, de aquellas otras que suponen daño para bienes colectivos como el monopolio. A estos fines, cabría la crítica de que la caracterización del delito de «cuello blanco» ofrecido por la criminología, se parece a un cajón de sastre.

4. La despenalización es un objetivo plausible y no cabe duda que establece mayores índices de pluralismo en una sociedad democrática, asumiendo especial trascendencia tanto para borrar de las leyes los vestigios de la época en que se concibió al derecho penal como medio de salvación de las almas, como también para sustituir la pena como instrumento de protección de bienes jurídicos, cuando ha probado ser ineficaz o contraproducente. La incriminación del aborto es un ejemplo elocuente.

La contracción de la reacción penal debe traducirse en una ampliación de la disidencia, particularmente importante para el derecho penal político, evitando excesos. La consagración del delito de opinión es un ejemplo de los muchos que ofrece una realidad contemporánea que exhibe demasiadas experiencias autoritarias (61).

(60) La caracterización del delito económico que puede observarse en las teorías de la criminalización no difiere de las de SUTHERLAND, «El delito de cuello blanco», versión en español de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1961.

(61) La indicación del texto alude especialmente a América Latina, y determina una de las necesidades más notorias de la programación de una política criminal propia

En la medida en que las investigaciones empíricas demuestran, que en la actualidad la atribución de comportamientos punibles afecta en forma desproporcionada a los sectores menos privilegiados (62), la despenalización deberá contribuir a aligerar la presión del sistema estatal de reacciones sobre los mismos.

Nos parece, sin embargo, que la causa fundamental de la desproporción apuntada debe buscarse en lo que los criminólogos críticos llaman criminalización secundaria. Tenemos la sensación de que la estrategia despenalizadora, correcta por otros motivos, no resolverá sustancialmente este desequilibrio, al menos observando los tipos cuya eliminación se sugiere.

Si tomamos el caso del aborto, a cuyo respecto existe un sugestivo consenso en que no debe ser delito cuando se trata de una maternidad no querida (63), no parece que ello pueda traducirse en alivio suficiente para los sectores marginales, al menos en algunos contextos sociales. Es cierto, que la incriminación del aborto afecta en forma desigual al conjunto de la sociedad, pero la despenalización no resolverá la situación de personas cuya fundamental resistencia al aborto no proviene del miedo a la pena, sino de motivaciones emergentes de creencias irracionales que no perderían toda incidencia social por efecto de un reforma legal.

Para esos sectores, que corresponden socialmente a las capas menos favorecidas, el principal problema del aborto es cultural y no legal, lo que por cierto no invalida una estrategia despenalizadora que tendría incidencia más significativa en los estratos medios de la comunidad.

En otras palabras, ni los ejemplos de despenalización que se proponen están necesariamente relacionados con criminalidad de la clase obrera, ni la explicación sugerida desde las teorías de la criminalización agota la fundamentación de dicha estrategia.

5. Parecería que no es posible limitar la explicación de las desviaciones, a un enfoque de etiquetamiento que las atribuya a la capacidad de selección e imposición que tienen los grupos sociales e instancias de control social. La insuficiencia de la formulación surge del reconocimiento de la existencia de un número de normas que definen una parte de la criminalidad total, y que por contar con consenso unánime no pueden ser explicadas como deformaciones del poder (64)

para los países de la región. Supone además el establecimiento de prioridades, entre las que asumen especial relieve las que se relacionan con la recuperación de formas civilizadas de organización política en los países que padecen experiencias autoritarias.

(62) La investigación empírica invocada por la criminología crítica ha sido realizada fundamentalmente en Europa, pero la misma realidad presentan los sistemas penitenciarios latinoamericanos.

(63) A los fines indicados en el texto, resulta prescindible el debate planteado en torno al aborto, entre quienes aspiran a una despenalización total, y los que proponen reducirla a los primeros tres meses de embarazo.

(64) Cfr.: RÜTHER, «La criminalidad (o el «delincuente» a través de las definiciones sociales (o etiquetamiento). (Respecto de las dimensiones esenciales del enfoque del etiquetamiento —«labeling-approach»— en el campo de la sociología criminal)», en C.P.C., núm. 8, 1979, p. 60.

Para delitos como el homicidio, las lesiones, la violación o el robo, no nos parece plausible entender que cuando pertenecen a las clases subalternas, puedan ser interpretadas como respuestas individuales no políticas.

6. Pero el aspecto que merece mayor reflexión es el relativo a la vigencia de garantías constitucionales propias del estado de derecho y en particular del principio de legalidad, en una política criminal emergente de las proposiciones de los teóricos de la criminalización. La polémica parecería planteada entre quienes le niegan toda importancia por entenderlo funcional para la protección del orden establecido, y quienes lo aprecian valioso en la lucha por el cambio social.

No es dudoso que el principio de legalidad formó parte del modelo liberal de ejercicio del poder formulado por la Ilustración, como alternativa al de oportunidad que caracterizaba al sistema monárquico absolutista que lo precedió (65). Es cierto, asimismo, que en el ámbito específico del derecho penal, fue entendido como consecuencia de las teorías preventivo generales de la pena (66), esto es asociado a pautas de coacción colectiva que hemos censurado por su tendencia a favorecer exralimitaciones autoritarias.

Pero no es menos cierto que el principio «*nullum crimen, nulla poena sine lege*» debe ser reconocido como garantía del súbdito frente al despotismo estatal, en obstáculo destinado a impedir en muchos casos, que los gobernados queden a merced de la prepotencia de quienes ejercen el poder. De ninguna manera se afirma que su sola consagración normativa evita el atropello, simplemente se señala que no parece sensato despejar el camino a quienes pugnan por modelos autoritarios de gobierno.

El régimen de garantías que condicionan el ejercicio del poder punitivo del Estado no es un objetivo renunciable, al menos para quienes aspiren a vivir en democracia. En consecuencia, tampoco puede ser entendido en forma instrumental, esto es, sólo importante cuando no se ejerce el poder y por lo mismo prescindible cuando se lo obtiene (67).

Consiguientemente, todo modelo político criminal progresivo deberá incluir dichas garantías en su programa. De lo contrario, el mismo no podrá resultar atractivo, al menos para quienes alguna vez hayan padecido la opresión totalitaria.

(65) Extensamente, sobre esto véase *ABENDROTH* y *LENK*, «Introducción a la ciencia política», Barcelona, 1971, pp. 49 y ss.

(66) Cfr.: *RIGH*, *op. cit.* en 40, cap. III.

(67) La defensa del principio de legalidad que se formula en el texto difiere no sólo de quienes lo consideran disvalioso en sus proyecciones político criminales, sino también de aquéllos que lo defienden sólo en función de intereses coyunturales, exigiendo la vigencia de las libertades y garantías propia del estado de derecho porque favorece sus luchas. Esta fundamentación encierra la idea de que se abandonarían estos principios si se obtiene el poder político.

INDICE DE ABREVIATURAS:

A.I.D.P.: Asociación Internacional de derecho Penal.

C.P.C.: Cuadernos de Política Criminal. (Instituto de Criminología. Universidad Complutense de Madrid).

D.P.: Doctrina Penal. (Buenos Aires).

INACIPIE: Instituto Nacional de Ciencias Penales. (México).

N.P.P.: Nuevo Pensamiento Penal. (Buenos Aires).

R.M.C.: Revista Mexicana de Criminología.

R.M.C.P.: Revista Mexicana de Ciencias Penales.

R.M.D.P.: Revista Mexicana de Derecho Penal.

Recursos contra las resoluciones del juez de vigilancia penitenciaria en la Ley Orgánica del Poder Judicial (*)

HERIBERTO ASENCIO CANTISAN

Magistrado-Juez de Vigilancia Penitenciaria. Sevilla

El tema de los recursos contra las resoluciones de los Jueces de Vigilancia ha sido objeto de muchos y variados criterios a lo largo de la escasa historia de esta Institución en nuestro ordenamiento jurídico. Ya las «prevenciones» que la Presidencia del Tribunal Supremo dirigió a los Jueces de Vigilancia el 8 de octubre de 1981 así lo hacían notar. A este respecto establecían en el número 5 que «También hay que aludir a la ardua cuestión de los recursos contra las resoluciones de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria, sobre lo cual nada hay previsto ni en la Ley Orgánica General Penitenciaria ni en el Reglamento Penitenciario. En consecuencia, tampoco una prevención de la Presidencia del Tribunal Supremo puede ser cauce hábil, ni para restringir ni para ampliar los cauces impugnatorios que, a la postre, integran una garantía del justiciable y una constante de todo ordenamiento procesal.

Hay, sin embargo, algunos extremos claros: En primer lugar el artículo 76 de la LOPG diseña la figura del Juez de Vigilancia Penitenciaria en función del cumplimiento de la pena impuesta. Y aunque sólo el apartado a) del punto dos se refiera específicamente a sus atribuciones para «adoptar todas las decisiones necesarias para que los pronunciamientos de las resoluciones en orden a las penas privativas de libertad se lleven a cabo, asumiendo las funciones que corresponderían a los Jueces y Tribunales sentenciadores», es obvio que el respeto de las atribuciones atañen a situaciones que dimanen de la ejecución no sólo por la sujeción al «estatus» penitenciario que la sentencia determina, sino porque, según dice el artículo 25.2 de la Constitución, las limitaciones de los derechos fundamentales de que goza el penado (y que en puridad son los que suscitan directa o indirectamente todas las cuestiones de que debe entender el Juez de Vigilancia)

(*) Comunicación corregida y ampliada, presentada a la III Reunión de Jueces de Vigilancia, Madrid, 1985.

han de ir constituyéndose a partir «del contenido del fallo condenatorio», entre otros criterios. Y por consiguiente, parece claro que sea el órgano judicial que lo ha emitido quien deba resolver, agotando la instancia, los recursos jurisdiccionales contra las decisiones emitidas por el Juez de Vigilancia.

No se oculta que este sistema puede originar resoluciones contradictorias sobre situaciones análogas a personas internas en el mismo Centro Penitenciario, pero condenadas por distinto Tribunal.

Este riesgo ciertamente puede quedar en gran medida paliado por proceder la resolución originaria del mismo Juez; más, en todo caso, afecta a uno de los puntos que urgen la precisión del legislador».

Por otro lado, dentro de las conclusiones de la primera reunión de Jueces de Vigilancia celebrada en Madrid los días 26 y 27 de abril de 1982 se acordaba que: «Parece procedente que existan recursos contra las resoluciones del Juez de Vigilancia cuando este resuelva en primera instancia, por exigirle así las garantías procesables del justiciable, resultando en cambio innecesario cuando el Juez de Vigilancia resuelve recursos interpuestos contra decisiones de la Administración Pública, en que dichas garantías ya quedan satisfechas.

Por consiguiente, los Jueces de Vigilancia habrían de admitir recursos de reforma y de queja para el Tribunal Sentenciador, contra sus decisiones dictadas en los supuestos a que se refieren los apartados b) y c) del artículo 76 de la LOGP. En caso de refundición de condena, se entenderá competente el último Tribunal que hubiese dictado Sentencia condenatoria contra el interesado. No parece requisito necesario la intervención de Abogado ni Procurador en estos recursos. En caso de que, pendiente un recurso contra una resolución denegatoria de Libertad Condicional, la Administración Penitenciaria elevará un nuevo expediente por entender que habían desaparecido las causas obstativas, procedería, la acumulación de autos.

En los supuestos del apartado d) del artículo 76 de la LOPG resulta más lógico el recurso de queja ante la Audiencia Provincial del lugar donde radica el Juez de Vigilancia que ante el Tribunal Sentenciador, por razones de inmediación y de unificación de criterios.

En los supuestos comprendidos en los apartados e) y siguientes del repetido artículo 76 de la LOPG, no deben existir recursos contra las resoluciones dictadas por el Juez de Vigilancia.»

La práctica no solucionó en modo alguno este problema, ya que o bien no se hacía saber al interno en la resolución la posibilidad de recurrir ante el Tribunal Sentenciador o ante la Audiencia Provincial, o bien estos órganos, en ocasiones, no han admitido los recursos al no existir normativa alguna que así lo establezca. Y en otras ocasiones, cuando por el contrario se han admitido recursos, lo han sido de forma un tanto anómalas, como el admitido por la Sección Primera de la Audiencia Nacional, que condujo al Auto de 12 de febrero de 1985, referente a unos permisos de salida, en el que se admitía el mismo interpuesto ante el Juez «ad quen» (sic), o se estimaba como parte le-

gítima, a la que se podía causar indefensión, y por tanto con posibilidad de intervención en el recurso, a los perjudicados del delito.

Es la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante LOPJ) la que a través del artículo 82.7 y la Disposición Adicional 5.ª regula de manera definitiva los recursos contra las resoluciones de los Jueces de Vigilancia. Pero antes de entrar en su estudio detenido sería conveniente traer a colación las diversas redacciones que a lo largo de las distintas fases legislativas ha sufrido el contenido de las Disposiciones mencionadas, lo que pondrá de manifiesto la falta de interés y el desconocimiento de esta materia por parte del legislador, hecho este que, por otro lado, resulta de la redacción definitiva.

El Proyecto de Ley remitido por el Ministerio de Justicia al Congreso de los Diputados establecía en el artículo 106 que «las decisiones del Juez de Vigilancia, en materia de ejecución de penas, serán recurribles en los casos, forma y ante el Tribunal que la Ley establezca». Como vemos, sólo podrían ser objeto de recursos las resoluciones en materia de ejecución, sin que en este artículo se determinara cuáles sean éstas ni el Tribunal competente. Esto último lo resolvía el artículo 90 al establecer dentro de las competencias de las Audiencias Provinciales la de resolver los recursos de apelación y queja contra las resoluciones de los Jueces de Vigilancia en materia de ejecución de penas.

Posteriormente, la mesa del Congreso de los Diputados remitía a la Comisión de Justicia e Interior el Proyecto de Ley modificando el artículo 106 que quedaba redactado de la siguiente forma: «Contra las resoluciones que adopten los Jueces de Vigilancia Penitenciaria en materia de ejecución de penas cabrán los recursos de apelación y queja ante el Tribunal sentenciador, que se regirán por los trámites establecidos para estos recursos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Contra las demás resoluciones que dicten los Jueces de Vigilancia Penitenciaria en las demás materias de su competencia no cabrá recurso alguno.

En todo caso, se dará audiencia al Ministerio Fiscal y deberá resolver sin dilación alguna». Dejándose el artículo 90 con idéntico contenido.

La Comisión de Justicia e Interior modifica el artículo 106 que queda redactado así: «1. Contra todos los autos que dicten los Jueces de Vigilancia cabrá recurso de reforma.

2. Las resoluciones que adopten los Jueces de Vigilancia en materia de ejecución de penas serán susceptibles de apelación y queja ante el Tribunal Sentenciador, que se regirán por los trámites establecidos para estos recursos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

3. También cabrán recursos de apelación y queja, en su caso, ante la Audiencia Provincial, en cuyo territorio tenga su sede el Juzgado, contra las decisiones que adopten en lo referente al régimen penitenciario y demás materias de la competencia del Juez de Vigilancia, siempre que este no haya resuelto en vía de recurso.

4. En todos los casos a que se refieren los apartados anteriores se dará audiencia al Ministerio Fiscal y a las partes, para que en término

improrrogable de tres días formulen sus alegaciones. El Juez resolverá dentro de las veinticuatro horas siguiente».

El texto que el Congreso de los Diputados envió al Senado mantenía en su integridad los referidos artículos, con la única novedad de que el 106 pasaba a ser el 101 y el 90 el 84.

Una vez en el Senado el Grupo Parlamentario Socialista propuso una enmienda al artículo 84 en el sentido de que quedara redactado de la siguiente manera: «7. De los recursos que establezca la Ley contra las resoluciones de los Jueces de Vigilancia en materia de ejecución de penas», y al artículo 101 en el sentido de que con idéntica redacción pase a ser una Disposición Adicional.

Por su parte el Grupo Parlamentario Cataluña al Senado propuso la siguiente redacción para el artículo 101: «La Ley determinará el funcionamiento de los Jueces de Vigilancia», en base a que no hay necesidad, se argumentaba, de que una Ley Orgánica detalle el funcionamiento de referido organismo.

La LOPJ establece con carácter definitivo en el artículo 82.7 que «serán competentes las Audiencias Provinciales para conocer de los recursos de Apelación y Queja contra las resoluciones de los Jueces de Vigilancia en materia de ejecución de penas», y en la Disposición Adicional 5.ª que «1. El recurso de reforma podrá interponerse contra todos los autos del Juez de Vigilancia penitenciaria.

2. Las resoluciones del Juez de Vigilancia en materia de ejecución de penas serán recurribles en apelación y queja ante el Tribunal Sentenciador, excepto cuando se hayan dictado resolviendo un recurso de apelación contra resolución administrativa que no se refiera a la clasificación del penado.

3. Las resoluciones del Juez de Vigilancia en lo referente al régimen penitenciario y demás materias no comprendidas en el número anterior serán recurribles en apelación o queja siempre que no se hayan dictado resolviendo un recurso de apelación contra resolución administrativa. Conocerá de la apelación o de la queja la Audiencia Provincial que corresponda, por estar situado dentro de su demarcación el establecimiento penitenciario.

4. El recurso de queja a que se refieren los números anteriores sólo podrá interponerse contra las resoluciones en que se deniegue la admisión de un recurso de apelación.

5. Se aplicará a los recursos lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, si bien sólo podrá recurrir el Ministerio Fiscal y el interno o liberado condicional, sin que estos últimos precisen de asistencia letrada o representación por Procurador en cuanto al recurso de reforma. En todo caso, el Ministerio Fiscal será parte en cuantos recursos se prevén en la presente Disposición.»

De dicha redacción resulta que contra las resoluciones del Juez de Vigilancia podrán interponerse los siguientes recursos, que pasamos a estudiar:

REFORMA Este recurso podrá interponerse contra todos los Autos del Juez de Vigilancia. No será nunca necesaria la intervención de

Abogado y Procurador. El plazo para la interposición será de tres días a partir de la notificación de la resolución impugnada. El Juez de Vigilancia dará traslado al Ministerio Fiscal, si el recurso se hubiere interpuesto por el interno o liberado condicional, o a este, si el recurrente fuera al Ministerio Fiscal al objeto de que formulen las alegaciones que crea conveniente a su derecho, resolviendo en el plazo de dos días, hallanse o no presentado alegaciones. Estarán legitimados para la interposición del recurso tanto el interno o liberado condicional como el Ministerio Fiscal.

La actual redacción de la LOPJ no hace referencia a las providencias al tratar del recurso de reforma, aunque tampoco las excluye expresamente. Parece, no obstante, que las mismas razones que motivaron a la doctrina y la práctica judicial a admitirlo contra las providencias, y la referencia que se hace en la Disposición Adicional 5.ª a la supletoriedad de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en la que tampoco se menciona expresamente el recurso de reforma contra las providencias, aconsejan su admisión. En efecto, el artículo 245.1 b) de la LOPJ establece que deberán adoptar la forma de Auto aquellas resoluciones en las que se decidan recursos contra providencias. Luego la Ley, si bien sea incidentalmente, admite la reforma en las providencias.

Del mismo modo los Autos dictados por la Audiencias resolviendo recursos contra resoluciones del Juez de Vigilancia serán recurribles en súplica.

APELACION Y QUEJA. Estos recursos podrán interponerse contra todas las resoluciones de los Jueces de Vigilancia excepto en aquellos casos en los que este resuelva en vía de recurso contra resoluciones administrativas que no se refieran a la clasificación del penado. Por tanto, podrán interponerse contra las resoluciones del Juez de Vigilancia que se refieran a permisos de salida, sanciones de aislamiento superior a 14 días, aplicación del régimen especial del artículo 10 de la LOPG y pase a un establecimiento cerrado, aplicación de medios coercitivos previstos en el artículo 45, aprobación y revocación de propuestas de Libertad Condicional, redención de penas por el trabajo, recursos referentes a clasificación inicial, progresiones y regresiones de grado, y, en general, a cuantas resoluciones adopten los Jueces de Vigilancia en base a las quejas y peticiones de los internos en relación al régimen y tratamiento penitenciario en cuanto afecten a los derechos fundamentales o a derechos y beneficios penitenciarios de aquéllos, así como las que se pronuncien asumiendo las funciones de los Jueces y Tribunales sentenciadores necesarias para que sus resoluciones en orden a las penas privativas de libertad se lleven a cabo. No siendo posible la interposición del recurso contra las resoluciones que resuelvan un recurso planteado contra sanciones disciplinarias impuestas por las Juntas de Régimen y Administración de los Centros Penitenciarios, contra las que sólo cabrá el de reforma.

El recurso deberá interponerse ante el Juez de Vigilancia que dictó la resolución que se recurre.

Podrán interponer el recurso de apelación y queja tanto el interno como el liberado condicional, así como el Ministerio Fiscal. Por tanto,

ni a las partes acusadoras distintas al Ministerio Fiscal (acusación particular y popular) ni a la Administración Penitenciaria se les concede legitimación para recurrir. Sobre este tema ya se han alzado voces críticas como la del Fiscal de la Audiencia Territorial de Madrid quien considera que por lo que se refiere a la acusación particular y popular se vulnera directamente el derecho a la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales consagrado en el artículo 24.1 de la Constitución e indirectamente la mención a la acción popular contenida en el artículo 125 del texto Constitucional, y en tal sentido opina que el perjudicado por el delito, que se personó en la causa para hacer valer sus pretensiones de condena —a veces, en contra del criterio sostenido por el Ministerio Fiscal—, pretensiones que se plasmaron luego en la condena, tiene un interés legítimo en temas como la concesión de permisos o de la Libertad Condicional. En nuestra opinión no se vulnera el artículo 24.1 de la Constitución en estos supuestos, ya que la tutela solicitada de Jueces y Tribunales le es otorgada por éstos durante el proceso penal, en el cual y mediante la resolución definitiva se tiene la posibilidad de argumentar, pedir, probar, exponer, etc..., todo lo concierne a la obtención de dicha tutela, sin que, la ausencia de legitimación en la fase de ejecución suponga en modo alguno que dicha tutela no se haga efectiva. La ejecución de la pena privativa de libertad debe ser entendida como aquella fase que controlada por el Poder Judicial (Juez de Vigilancia) se limita al desarrollo del contenido del fallo condenatorio, en cuya formación ya tuvo la oportunidad de intervenir la acusación particular. En la fase correspondiente al proceso penal y su culminación en la sentencia junto al interés de la sociedad, representada por el Ministerio Público, se encuentra el interés del perjudicado, dirigido a hacer valer un derecho constitucional. El juego de intereses en la fase de ejecución es totalmente distinto, una vez recaída sentencia lo que debe hacerse es ejecutarla y para que dicha ejecución no se lleve a espaldas del poder que impuso la pena se judicializa esta; la ejecución, mediante el control del Juez de Vigilancia. Los criterios que se siguen en la fase de ejecución son distintos a los seguidos en la fase del proceso penal. Como dice Bueno Arús, ello afecta a las dos partes de la relación jurídica penitenciaria: El Estado (representado por la Administración Penitenciaria o el Ministerio Fiscal) y el administrado, es decir, el interno. Los intereses de terceros tan sólo pueden consistir en el interés general en que se cumpla la Ley, y promoverlo es precisamente función específica del Ministerio Fiscal, sin que los particulares puedan interferir en la Administración de Justicia fuera de las vías que les permite el artículo 125 de la Constitución, entre las cuales no se encuentra una especie de acción popular ni ante ni contra los Jueces de Vigilancia, de seguir el criterio opuesto habría que concluir que en los delitos privados, en los que no tiene intervención el Ministerio Fiscal, sería la acusación privada la única parte legitimada, junto con el interno, para intervenir en y ante el Juzgado de Vigilancia, negándole toda participación al Ministerio Público, ya que no fue parte en el proceso penal. Pretender que la ejecución sea un apéndice del proceso penal, pese a existir como consecuencia de este.

es negarle la independencia y autonomía reclamada y mantenida por un amplio y moderno sector doctrinal. Otra cuestión es la deficiente regulación que del control jurisdiccional de la ejecución existe en la actualidad, donde, por ejemplo, cabe la clasificación de un interno en tercer grado y la aplicación del régimen abierto, sin que ni el Fiscal ni el Juez de Vigilancia tengan la más mínima intervención, esto es, a espaldas de quien debe controlar la ejecución, que de esta manera se ve sustancialmente alterada. Pero esto, a lo que aquí no se pretende restarle importancia, es materia que de «*lege ferenda*» debe ser corregido, para poder hablar propiamente del «principio de legalidad en la ejecución de la pena privativa de libertad».

Por lo que se refiere a la falta de legitimación de la Administración Penitenciaria, el Fiscal de Madrid opina que esta tiene un interés legítimo en defender en vía jurisdiccional la validez y legalidad de sus acuerdos sometidos a revisión y debería estar facultada para recurrir, en su caso, la eventual revisión del Juez de Vigilancia dejando sin efecto uno de sus actos, rechazándose la intervención del Ministerio Fiscal como representante de la Administración. Las tareas del Ministerio Público, opina han de regirse siempre por los principios sentados en el artículo 124 de la Constitución y reiterados en su Estatuto Orgánico, principio incompatible con la asunción de esa representación.

En nuestra opinión debe distinguirse previamente los supuestos en los que la Administración Penitenciaria actúa como colaboradora en la ejecución de la pena privativa de libertad, en cuyo caso los conflictos que puedan surgir, tanto si se refieren a materia propia de la ejecución como a cualquier otra que a través de la queja por afectar a un derecho fundamental del interno llega al Juez de Vigilancia, en cuyos supuestos es este el llamado a resolverlos, y aquellos otros en los que la mencionada Administración actúa como cualquier otra Administración Pública dentro de sus propias y exclusivas competencias, donde los eventuales conflictos, de marcado carácter Administrativo, son resueltos por la jurisdicción contencioso-administrativa. En este segundo caso la administración penitenciaria actuará con plena legitimación en el recurso contencioso-administrativo como cualquier otra administración y no deberá estar representada por el Ministerio Fiscal ya que los intereses de una y otro pueden ser distintos e incluso contrapuestos. Por el contrario, la falta de legitimación de la Administración Penitenciaria en los supuestos en los que el conflicto es resuelto por el Juez de Vigilancia, que se limitan a aquellos que afectan a la ejecución propiamente dicha y a derechos fundamentales de los internos, es acertada y su intervención por vía de recurso no se corresponde en absoluto con los principios que deben regir la ejecución penal. En primer lugar, y desde la efectiva judicialización de la ejecución mediante la intervención del Juez de Vigilancia, el papel que le corresponde a la Administración Penitenciaria es el de mero colaborador en la ejecución propiamente dicha, si bien, lógicamente, se le reserven por Ley determinadas competencias en materia regimental y de organización, que sólo a través de la queja pueden llegar al Juez de Vigilancia, quien, a su vez, en virtud del principio de legalidad, debe

actuar dentro de la suya propia. Por otro lado, y como ya se indicó más arriba, la relación jurídico penitenciaria está formada por el Estado, por una parte, y por otra por el interno en el establecimiento penitenciario o liberado condicional. El Estado, o lo que es lo mismo, el interés social o general, se encuentra representado por el Ministerio Fiscal, a quien tanto la Constitución como su propio Estatuto Orgánico, le obliga a actuar en defensa de este. Luego si dicho interés se encuentra ya en manos del Ministerio Fiscal, no alcanzamos a comprender el porque de la intervención de la Administración Penitenciaria. No es que el Ministerio Fiscal actúe o deba actuar como representante de la Administración Penitenciaria, sencillamente actúa como garante del interés social y del principio de legalidad. Las dos partes en conflicto, Estado (sociedad) interno, se encuentran perfectamente legitimados y no debe introducirse en dicha relación a la Administración penitenciaria a quien sólo le debe guiar en su actuación el mismo principio (el de legalidad) que precisamente defiende el Ministerio Público, y ello porque al ser Administración Pública constitucionalmente está obligada al escrupuloso acatamiento a dicho principio, sin que otro interés deba moverle a actuar y por lo tanto a justificar su legitimación. Máxime cuando, la tesis aquí mantenida, no impide a la Administración Penitenciaria sea oída al tiempo de resolver sobre algún caso concreto, y así lo establece la LOPG y el RP, plagados de preceptos en los que, por vía de informes, propuestas, solicitudes, etc., hace que la Administración sea escuchada por el Juez de Vigilancia antes de resolver.

Respecto a la forma de interposición, por parte del Ministerio Fiscal lo será en la forma ordinaria. El interno y el liberado condicional podrán manifestar su voluntad de recurrir mediante escrito dirigido al Juzgado de Vigilancia directamente o a través del Centro Penitenciario o bien verbalmente ante el propio Juez de Vigilancia, quien dispondrá lo necesario para que le sean nombrados Abogado y Procurador de oficio, si previamente no los hubiese designado, exigencia esta de la LOPJ. Admitido el recurso y nombrados Abogado y Procurador, previo emplazamiento de las partes, se remitirán las actuaciones, o testimonio de las mismas, según se admita en uno o en ambos efectos, al Tribunal que deba conocer del mismo.

La competencia para el conocimiento de los recursos que estamos estudiando resulta muy defectuosamente regulada. En primer lugar porque resulta extremadamente difícil determinar que es ejecución y que no lo es, ya que desde una perspectiva amplia, todo cuanto acontece u ocurra durante la ejecución formará parte de la misma, así no sólo la Libertad Condicional, la Redención de penas por el trabajo, la resolución de los recursos referentes a clasificación inicial y a progresiones y regresiones de grado, sino que el disfrute de un permiso de salida, las resoluciones de recursos contra sanciones disciplinarias, las decisiones sobre peticiones o quejas, etc., influyen en el contenido de la pena que se cumple y pueden afectar y afectan directamente a la ejecución.

Por otro lado, mientras la Disposición Adicional 5.^a establece que los recursos de apelación y queja contra las resoluciones que adopten los Jueces de Vigilancia en materia de ejecución de penas lo serán ante el Tribunal Sentenciador y en lo que afecten al régimen penitenciario y demás materias de su competencia ante la Audiencia Provincial, el artículo 82 del mismo Cuerpo Legal establece dentro de las competencias de las Audiencias Provinciales la de resolver los recursos de apelación y queja que se interpongan contra las resoluciones de los Jueces de Vigilancia en materia de ejecución de penas.

Parece claro que cuando se refiera a materia distinta a la ejecución de penas, en virtud de la Disposición Adicional 5.^a, la competencia corresponderá a la Audiencia Provincial dentro de cuya demarcación se encuentre el Centro Penitenciario. Por el contrario, cuando se refiera a materia de ejecución de penas, mientras el artículo 82.7 la atribuye a la Audiencia Provincial, la Disposición Adicional 5.^a establece que lo será el Tribunal Sentenciador.

Este contrasentido no alcanzamos a entenderlo ya que, si lo que se quiere decir en el artículo 82 es que la Audiencia Provincial conocerá de los recursos en materia de ejecución de penas de sentencias dictadas por ella, de igual modo debería haberse reflejado al tratar de las competencias del resto de los Organos Judiciales, lo que no ocurre. En nuestra opinión la competencia para conocer de los recursos de apelación y queja, con la actual redacción, debe corresponder a la Audiencia Provincial en todos los supuestos ya que ante el contrasentido reseñado y la necesidad de decidirse por un artículo u otro, por un lado solucionaría el problema de determinar cuando actúa el Juez de Vigilancia en materia de ejecución de penas y cuando no, al conocer en todos los supuestos la Audiencia Provincial, en segundo lugar, porque la atribución de la competencia en determinados supuestos al Tribunal Sentenciador provocaría una disparidad de criterios al ser distintos los órganos que han condenado a los internos en un mismo Centro Penitenciario y en tercer lugar, porque el artículo 219 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, regulador del recurso de queja, atribuye su conocimiento al Tribunal Superior, lo que quedaría vulnerado en aquellos supuestos en los que un interno condenado por un Juzgado de Distrito recurriera contra una resolución del Juez de Vigilancia. Conclusión esta que fue aceptada en la última reunión de Jueces de Vigilancia celebrada en Madrid durante los días 9 al 11 de octubre de 1985.

Por lo que se refiere a la Audiencia Provincial competente, el texto definitivo, a diferencia del proyecto, establece que será aquella en cuya demarcación se encuentre el Centro Penitenciario. En nuestra opinión hubiese sido preferible aquella en la que tenga su sede el Juzgado de Vigilancia, con lo que se ganaría en rapidez (tema éste extremadamente importante en este tipo de resoluciones), al tiempo que se evitaría una diversidad nada deseable de criterios al existir centros y consecuentemente más Audiencias Provinciales, que Juzgados de Vigilancia, dándose la circunstancia de que a muchos Juzgados de Vigilancia le serán revisadas en apelación sus resoluciones por distintas Audiencias Provinciales, sin que con la tesis aquí sostenida se atente

lo más mínimo al principio de inmediación ya que en la apelación no se exige la presencia física del recurrente y menos en la materia que aquí tratamos.

Por lo que hace a la tramitación, al remitirse la LOPJ a la Ley de Enjuiciamiento Criminal será la regulación específica de ésta la que deba aplicarse, de tal suerte que será necesario el previo recurso de reforma para poder ser admitida la apelación, lo que podrá hacerse con carácter subsidiario. Cuestión también que queda sin resolver es si la remisión que se hace a la Ley de Enjuiciamiento Criminal permite la tramitación de recursos por los cauces del Procedimiento de Urgencia u Ordinario; en función de la causa de la que proceda.

La Admisión del recurso lo será en un sólo efecto, ya que la Ley no establece específicamente, como obliga la Ley de Enjuiciamiento Criminal en su artículo 217, el efecto suspensivo en ningún supuesto.

Esto puede dar lugar a situaciones irrisorias por la inoperatividad del recurso. Piénsese en una apelación interpuesta por el Ministerio Fiscal contra el acuerdo del Juez de Vigilancia concediendo un permiso de salida. Si la apelación se admite en un solo efecto, y así lo ordena la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el interno podría salir de permiso pese al recurso interpuesto, y dada la corta duración de éstos, antes terminaría el permiso que el recurso. Quizá hubiera sido preferible la especificación del segundo efecto en determinados casos para así evitar situaciones como la descrita. Salvo que admitamos, como indica Bueno Arús, que la expresión «El Juez admitirá (el recurso de apelación) en uno o en ambos efectos, según sea procedente» (Artículo 223 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) pueda ser objeto de una interpretación sustancial y voluntarista. Opinión esta igualmente mantenida por el Fiscal de Madrid, quien afirma que debe rechazarse una interpretación literal del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y debe ser el buen criterio del Juzgado quien decida. En cualquier caso entendemos que este, junto con otros muchos, es uno de los casos que requieren de una urgente regulación, y que no es la LOPJ el lugar más adecuado para ello.

Por último, reseñaremos la extraña terminología utilizada por la Disposición Adicional 5.^a que en el número 2 dice que procederá el recurso de apelación y queja excepto cuando se haya dictado la resolución por el Juez de Vigilancia resolviendo un recurso de apelación contra resolución administrativa que no se refiera a clasificación del penado. El llamar recurso de apelación al que resuelve el Juez de Vigilancia en los supuestos de sanciones disciplinarias y clasificación inicial, progresiones y regresiones de grado (únicos supuestos, según el artículo 76 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, en los que procede recurso contra actos de la Administración Penitenciaria) es una auténtica novedad en nuestro derecho que, hasta ahora, no conocía la apelación contra resoluciones administrativas y, mucho menos, una apelación posterior a otra apelación. Ni los supuestos de hecho, ni la naturaleza jurídica del acto impugnado, ni el plazo de interposición (Artículo 131 b) del Reglamento Penitenciario), ni la sustanciación, aconsejan la denominación de apelación utilizada por la LOPG, termi-

nología ésta que vuelve a utilizar en el número 3 de la referida Disposición Adicional, sorprendentemente, puesto que si los dos únicos supuestos contemplados en la LOPG (Artículo 76) se encuentran comprendidos en el número 2, como ya comentamos, a que casos se está refiriendo en el número 3. Es decir, en el número 2 establece que cabe apelar contra las resoluciones del Juez de Vigilancia resolviendo recursos referentes a clasificación del penado y no será posible en el resto de los supuestos, esto es, cuando es consecuencia de sanciones disciplinarias. No entendemos por ello a qué supuestos puede referirse en el número 3. Lo coherente hubiese sido establecer los recursos de apelación y queja contra las resoluciones del Juez de Vigilancia, excepto cuando éste resuelva en vía de recurso contra sanciones disciplinarias y que la competencia se atribuyera a la Audiencia Provincial de la sede del Juzgado, evitándose de esta forma la contradicción existente en el artículo 82.7.

Para terminar nos gustaría hacer una breve reflexión sobre la conveniencia de establecer en las Audiencias Provinciales, Secciones de Vigilancia compuestas por Magistrados y expertos penitenciarios, al estilo italiano, lográndose de esta manera una mayor especialización y agilizándose la tramitación al tener exclusividad, lo que consideramos absolutamente necesario.

La tercera reunión de Jueces de Vigilancia, celebrada en Madrid los días 9 al 11 de octubre acordó al respecto que:

24. «Ante las contradicciones existentes entre la Disposición Adicional 5.^a y el artículo 82.6 de la LOGP en orden al órgano competente para conocer de los recursos de apelación y queja contra las resoluciones del Juez de Vigilancia en materia de ejecución de penas, procede estimar competente a la Audiencia Provincial del lugar donde se encuentre ubicado el Establecimiento Penitenciario».

25. «Se estima necesaria la creación de Secciones de Vigilancia, quienes, con ámbito provincial o autonómico, conocerán de todos los recursos contra las resoluciones de los Jueces de Vigilancia».

A esta última conclusión la Dirección General de Instituciones Penitenciarias hizo la siguiente observación: «Sin profundizar en esta conclusión —ajena en realidad a la Administración Penitenciaria— puede advertirse el riesgo que el sistema de recursos y garantías en lo accesorio (v.gr. sanciones disciplinarias) acabe superando al de las propias infracciones criminales».

Por lo que se refiere a esta observación no alcanzo a comprender el sentido de la misma ya que:

1) Contra las resoluciones del Juez de Vigilancia resolviendo recursos contra sanciones disciplinarias no podrá recurrirse en apelación. Salvo en los supuestos de sanciones superiores a 14 días de aislamiento en celda, en cuyo caso, la aprobación del Juez de Vigilancia se refiere al exceso de días de sanción, pero nunca al fondo de la misma, lo que sólo podrá ser motivo de estudio previo recurso, contra el que, como se dijo, no cabe la apelación.

2) Lo único que se propone en la conclusión motivo de observación por la Dirección General es la creación de Secciones de Vigilan-

cia ya sea en las Audiencias Provinciales o en los Tribunales Superiores de Justicia para conocer de todos los recursos que de todos modos, se creen estas o no, podrán interponerse, pues así lo establece la LOPJ, y ello en nada afecta al sistema de recursos.

3) Las garantías de todo interno en un establecimiento penitenciario son una exigencia del artículo 25.2 de la Constitución y nuestra función, tanto de los Jueces de Vigilancia como de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, es lograr la efectividad de las mismas en la fase en la que intervenimos, esto es, en la ejecución de la pena, sin que para nada nos deba afectar lo que ocurra en el procedimiento penal.

4) Si las garantías en lo «accesorio» superar a las garantías en lo «principal», será necesario reforzar éstas, nunca rebajar aquéllas.

BIBLIOGRAFIA

- ALONSO DE ESCAMILLA, AVELINA: «El Juez de Vigilancia Penitenciaria», Madrid, 1985.
- ALONSO DE ESCAMILLA, AVELINA: «La institución del Juez de Vigilancia en el derecho comparado: sus relaciones con la Administración Penitenciaria». Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, abril, 1985.
- ASENCIO CANTISAN, HERIBERTO: «El procedimiento sancionador en la reforma del Reglamento Penitenciario de 26 de marzo de 1984». Ponencia presentada a las III Jornadas Penitenciarias Andaluzas, Granada, 1985.
- BUENO ARÚS, FRANCISCO: «Estudios Penales y Penitenciarios». Madrid, 1981.
- BUENO ARÚS, FRANCISCO: «Los permisos de salida y las competencias de los jueces de vigilancia». Poder Judicial, 2.ª época, número 2.
- CONCLUSIONES de la I Reunión de Jueces de Vigilancia. Madrid, 1982.
- CONCLUSIONES de la II Reunión de Jueces de Vigilancia. Madrid, 1983.
- CONCLUSIONES de la III Reunión de Jueces de Vigilancia. Madrid, 1985.
- GARCÍA VALDÉS, CARLOS: «Comentarios a la legislación penitenciaria». Madrid, 1982.
- GARCÍA VALDÉS, CARLOS: «Estudios de Derecho Penitenciario». Madrid, 1982.
- JUANATEY DORADO, CARMEN: «Jueces de Vigilancia y algunos problemas en la aplicación de la Redención de Penas por el Trabajo». Comunicación presentada en las III Jornadas Penitenciarias Andaluzas. Granada, julio de 1985.
- MANZANARES SAMANIEGO, JOSÉ LUIS: «La problemática actual del Juez de Vigilancia». Separata de la Revista de Estudios Penitenciarios número 232-235/1981.
- MAPELLI CAFFARENA, BORJA: «Principios Fundamentales del Sistema Penitenciario español». Barcelona, 1983.
- MEMORIA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Madrid, 1986.
- REIGOSA GONZÁLEZ, JUAN JOSÉ: «Análisis del artículo 76 de la LOGP». Ponencia presentada a las IV Jornadas Penitenciarias Andaluzas, Jérez, mayo de 1986.
- ROIG BUSTOS, LADISLAO: «Las formas y la impugnabilidad de las resoluciones del Juez de Vigilancia». Cuadernos de la Facultad de Derecho, Palma de Mallorca, 1982.

CRONICAS EXTRANJERAS

La pena juvenil en Inglaterra y Gales. Principios jurídicos y práctica sancionadora (*)

BARBARA HUBER

Doctora Ponente del Instituto Max-Planck de Derecho Penal, Internacional y Extranjero

NOTA INTRODUCTORIA

La descripción del sistema penal juvenil y de la ejecución de la pena se limita a la administración de la justicia penal juvenil en *Inglaterra y Gales*; el sistema *escocés*, que se aparta del inglés en cuestiones esenciales, ya que sigue sin reservas el principio de asistencia y sustituye el procedimiento penal juvenil judicial por la menos formal «Audiencia de Menores» (1), no es objeto del siguiente estudio por falta de espacio. Pero no debería de perderse nunca de vista que regulaciones diferentes están en vigor al norte de Gran Bretaña, así como en *Irlanda del Norte* (2).

1. LA ORGANIZACION DEL DERECHO PENAL JUVENIL

1.1. PRINCIPIOS NORMATIVOS DEL SISTEMA DE CONTROL DE MENORES Y SEMI-ADULTOS

Los principios legales del sistema de control para menores y semi-adultos se encuentran en lo esencial en las *Children and Young Per-*

(*) Traducido por: Blanca Llaría Ibáñez: Profesora Ayudante de Derecho Penal. Universidad de Zaragoza.

(1) Social Work (Scotland) Act 1968.

(2) Una detallada descripción con notas bibliográficas ofrecen: *Fahrenhorst, I.*: Das Jugendgericht in Grossbritannien. Frankfurt 1984; *Martin, F.M./K. Murray* (Edit.) The Scottish Juvenile Justice System. Edinburgh 1982; *Asquith, S.*: Children and Justice. Edinburgh 1983; Report of the Committee on Children and Young Persons, Scotland (Kilbrandon Committee). Edinburgh HMSO 1964; Report of the Children and Young Persons' Review. Group (Black Report). Belfast HMSO 1979.

sons Acts de 1933, 1963 y 1969, así como en el *Criminal Justice Act* de 1982, que ha regulado de nuevo las penas de internamiento para este grupo de edad. La *Child Care Act* de 1980 completa estas leyes.

La responsabilidad del bienestar de los niños y personas jóvenes puestos en peligro o abandonados corresponde, en primer lugar, a las autoridades locales, de asistencia social, que están obligadas a brindar consejo, guía y ayuda para favorecer su asistencia e impedir que tengan que ser tomados bajo protección pública o llevados a los tribunales (3). Si estos esfuerzos preventivos, que presuponen la colaboración voluntaria del menor, fracasan o son poco apropiados para terminar con el problema, un tribunal debe ocuparse de la causa. Se trata, por regla general, de un *Tribunal de Menores* (4), que constituye una categoría especial del Magistrates' Court, es decir, del tribunal de primera instancia compuesto en su mayoría por jueces legos (5).

Este tribunal puede ocuparse de los niños o de los jóvenes puestos en peligro o delinquentes bien en un *procedimiento tutelar* (care proceedings) o en un *procedimiento penal* (criminal proceedings). Mientras que en el procedimiento tutelar están en primer plano únicamente el bienestar y la tutela de los niños o jóvenes puestos en peligro, estos objetivos no quedan desatendidos en el procedimiento penal, pero al mismo tiempo debe prestarse suficiente atención a la protección de la sociedad y a la reafirmación del ordenamiento jurídico en la elección de las medidas judiciales.

Objetivo de la legislación de 1963 y especialmente de la ley de 1969 fue reducir la cifra de niños y jóvenes que comparecen ante los Tribunales de Menores y que la comisión de un delito no desencadenará necesariamente una intervención judicial. El Tribunal de Menores debería ser un *organismo asistencial* y utilizarse solamente como último recurso, después de que acuerdos voluntarios e informales entre autoridad y asistencia social, padres y el niño o el joven no hubieran producido ya ningún efecto.

La sustitución para los delinquentes juveniles del castigo por la asistencia y el tratamiento, que en lo posible no debería estar institucionalizado, no ha hallado apoyo en todos los organismos e instituciones que se ocupan de menores en peligro. Bajo la impresión del desarrollo de la delincuencia y como consecuencia del cambio de actitud en la filosofía del tratamiento, las ideas que sirvieron de base a la ley de 1969 han sido sustituidas en la *Criminal Justice Act de 1982* por fines punitivos más intensos. El respeto del derecho del menor a un procedimiento judicial, a un recurso, a la defensa y a una sentencia penal proporcionada al hecho y a la culpabilidad se encuentran en primer plano.

(3) Children and Young Persons Act 1963 s.1.

(4) Children and Young Persons Act 1933 s.46.

(5) Children and Young Persons Act 1933 s.45.

1.1.1. Rasgos esenciales del procedimiento tutelar

Los procedimientos de tutela tienen que ser iniciados por la autoridad local competente (local authority), si se cumplen los presupuestos legales (6) y el menor necesita el cuidado y la supervisión, lo que precisa de una disposición judicial. Únicamente cuando el procedimiento de tutela no sirve ni al interés del menor ni de la generalidad o cuando otra persona, como, por ejemplo, un funcionario de asistencia, incoa el sumario, la autoridad local puede renunciar a la iniciación del procedimiento tutelar (7). Si un menor ha cometido un delito puede también la policía solicitar el procesamiento. Los encargados de su educación o el representante legal pueden participar en la vista; el Tribunal debe permitirles la representación del menor en la medida en que el niño/el joven no esté representado, no exprese voluntad en contrario o no hayan provocado ellos mismos la iniciación del procedimiento. No obstante, los padres o el tutor no pueden por sí mismos pedir el procesamiento. En el procedimiento de tutela no puede pronunciarse ya ninguna orden contra los menores que han cumplido la edad de 16 años o están casados (8); por lo demás, no existe *ninguna limitación de edad para este tipo de procedimiento*. El Tribunal, generalmente, lleva este procedimiento tutelar conforme a las normas de un *procedimiento civil*; no obstante, cuando la parte interesada ha cometido un hecho delictivo se discute sobre la cuestión de la culpabilidad conforme a las reglas del proceso penal, aunque luego se aplican reglas procesales civiles a la cuestión de la necesidad de cuidado y supervisión.

En el procedimiento de tutela existen a disposición del Tribunal de Menores varias *medidas* de tipo ambulatorio y de internamiento, a saber:

- Orden de supervisión (supervision order)
- Orden de tutela (guardianship order).
- Internamiento en un hospital (hospital order).
- Compromiso por parte de los padre o del tutor de cuidar y atender al menor adecuadamente (binding over the parents or guardians).
- Compromiso por parte del delincuente juvenil de mantener la paz (binding over the offender to keep the peace).
- Orden de cuidado (care order) a cargo de la autoridad local (9).

El contenido de la orden de cuidado se deja al arbitrio de la autoridad de asistencia social; puede suponer el alojamiento en una residencia (community home) o con padrés adoptivos. Esta medida sustituye a las anteriores «escuelas autorizadas» (approved school).

(6) el desarrollo del niño/joven llega a ser descuidado, su salud perjudicada o bien es tratado mal, corre peligro desde el punto de vista moral, se halla fuera del control del encargado de su educación, no recibe la educación necesaria o es un delincuente — s. 1 Children and Young Persons Act 1969.

(7) Children and Young Persons Act 1969 ss. 1,2.

(8) Children and Young Persons Act 1969 s. 1 (5).

(9) Children and Young Persons Act 1969 s. 1.

1.1.2 Rasgos esenciales del procedimiento penal juvenil

También los *procedimientos penales juveniles* tienen que sustanciarse por el Magistrates' Court bajo la forma especial del Tribunal de Menores (juvenile court) (10). El Tribunal de Menores está integrado, por lo general, por tres jueces, entre los que deben de encontrarse, al menos, un hombre y una mujer. El Presidente del Tribunal es elegido por tres años; debe presentar una aptitud especial para tratar con menores.

El proceso se ajusta a las reglas procesales que rigen para el procedimiento penal sumario contra adultos; sin embargo, cláusulas de excepción tienen en cuenta la *especialidad* del procedimiento juvenil. Así, las sesiones se celebran en lugares separados de los de las audiencias de los adultos (11), tienen lugar a puerta cerrada, los medios de comunicación no pueden publicar el nombre del menor acusado (12) y se lleva la sesión en una atmósfera distendida e informal. Si el acusado no está defendido, el Tribunal puede autorizar a los padres o al tutor a tomar parte en la defensa. También la fórmula del juramento (13), la confesión de la culpabilidad y las formalidades de la sentencia se diferencian de las del procedimiento para adultos (14).

El juicio contra un menor ante el *Tribunal de adultos* es la *excepción*. Ha de tener lugar cuando el menor es acusado conjuntamente con un coautor adulto y ambos acusados alegan «ser inocentes» (15). Si las confesiones de culpabilidad del adulto y del menor difieren o los acusados han cometido un hecho que puede o debe ser enjuiciado por un Crown court, el juez tiene que *decidir* si quiere desglosar la causa del menor y remitirla al Tribunal de Menores (16). Salvo en las causas por homicidio, casi siempre decide el Tribunal de Menores sobre la *pena* que debe serle impuesta al menor (17).

La *competencia* del Tribunal de Menores está circunscrita al menor. Menor es quien aún no tiene 17 años de edad. La *mayoría de edad penal* comienza a los 10 años (18); hasta los 14 años cumplidos los menores son considerados como niños (children), a la edad de 15 y 16 años son, según la ley, «personas jóvenes» (young persons) (19). Los *semi-adultos* son personas entre 17 y 20 años; procesalmente son tratados como adultos, sin embargo, por lo que a la pena respecta, se dispone de sanciones diferentes a las de los autores mayores de 21 años.

(10) Magistrate's Courts Act 1980 s. 24.

(11) Children and Young Persons Act 1933 s. 47.

(12) Juvenile court (Constitution) Rules 1954 r. 12.

(13) Children and Young Persons Act 1963 s. 28.

(14) Children and Young Persons Act 1933 s. 59.

(15) Children and Young Persons Act 1933 s. 46 (1).

(16) Magistrate's Courts Act 1980 ss. 24 (1) (b), 29.

(17) Children and Young Persons Act 1933 s. 56; Children and Young Persons Act 1969 s. 7 (8).

(18) Children and Young Persons Act 1969 s. 16 (1).

(19) Children and Young Persons Act 1969 s. 70.

1.2. SISTEMA DE CONSECUENCIAS JURIDICAS

Junto a las consecuencias jurídicas anteriormente citadas del procedimiento de tutela se encuentran a disposición del Tribunal de Menores en el procedimiento penal una serie de *sanciones* ambulatorias y de internamiento, que son de naturaleza en parte punitiva, en parte más bien terapéutica. La configuración legal de este diferenciado sistema es muy complicada; por tanto, se describen a continuación únicamente los rasgos esenciales de cada sanción y sus requisitos.

1.2.1. Consecuencias jurídicas ambulatorias

1.2.1.1. Pena de multa

Las *penas de multa* pueden ser impuestas a los niños hasta la cantidad máxima de 50 libras (20). El pago de la pena tiene que ser imputo a los *padres*, a no ser que conste que éstos no han faltado a su deber de supervisión (21). La pena de multa puede elevarse en el caso de un *joven* hasta las 200 libras. También aquí el Tribunal puede imponer a los *padres* el pago de la suma, a no ser que éstos no hayan desatendido su deber de supervisión (22). Si el niño o el joven se encuentran sometidos a cuidado, la obligación del pago de la multa atañe a la autoridad asistencial (23).

1.2.1.2. Orden de supervisión a prueba (*supervision order*)

Como en el procedimiento de tutela también en el procedimiento penal juvenil puede ordenarse que el menor culpable sea colocado bajo la *supervisión* de una autoridad o de un oficial de prueba (24). Los niños menores de 13 años tienen que ser puestos, por regla general, bajo la supervisión de la autoridad asistencial. *Función* del que desempeña la supervisión es la de «aconsejar al menor, ayudarle y ser un amigo para él» (25). La supervisión puede durar hasta 3 años.

El Tribunal puede incorporar a la orden de supervisión determinadas *condiciones*, que se refieren al lugar de residencia, la actividad en el tiempo libre, un tratamiento médico en régimen de internamiento o ambulatorio. El «*intermediate treatment*» constituye un tipo pecu-

(20) Magistrate's Courts Act 1980 s. 36 (2).

(21) Children and Young Persons Act 1933 s. 55 (1).

(22) Children and Young Persons Act 1933 s. 55 (1), según la redacción de la Criminal Justice Act 1982.

(23) R.V. Croydon Juvenile court JJ. ex parte Croydon Borough Council (1973) Q.B. 426.

(24) Children and Young Persons Act 1969 s. 7 (7) (b); Child Care Act 1980 s. 11.

(25) Children and Young Persons Act 1969 s. 14.

liar de condición (26); el menor condenado puede ser obligado a participar reiteradamente en las actividades existentes, conforme a esta disposición, en organizaciones públicas y privadas (tales como clubs juveniles, centros diurnos de formación, etc.).

1.2.1.3. Orden de cuidado (*care order*)

El Tribunal puede ordenar el *cuidado*, si un menor, que aún no tiene 17 años, ha sido encontrado culpable de un delito para el que está prevista la pena de prisión (27). De este modo, el derecho de custodia se transmite a la autoridad de asistencia social, que decide bajo la protección y supervisión de quién debe vivir, de hecho, el menor. Aunque la *care order* es una medida asistencial, desde la Criminal Justice Act de 1982 (28) tiene que ser proporcionada a la gravedad del hecho cometido y el condenado debe de necesitar un cuidado y supervisión, que no obtendría sin esta orden. La medida acaba cuando el menor alcanza los 18 años (29); únicamente si tenía ya 16 años en el momento de dictarse la orden, puede durar hasta que cumpla los 19 años de edad (30).

Desde la Criminal Justice Act de 1982 (s. 22) el Tribunal puede agravar la *care order* en el sentido de ordenar el alojamiento del *menor reincidente* en un *community home* (residencial *care order*) (31), de manera que priva a la autoridad de asistencia social del arbitrio para decidir sobre el lugar y la forma de la educación del condenado. La finalidad de esta nueva posibilidad es la remoción del menor de su medio ambiente habitual. *Presupuesto* para ello es que el condenado se encuentre ya, debido a un *delito*, bajo cuidado, de nuevo haya cometido un hecho amenazado con pena privativa de libertad, hecho que, debido a su gravedad, haga necesario un alojamiento en una residencia asistencial y este alojamiento sea el único medio adecuado para influir sobre los menores. El condenado *debe*, según esta orden, ausentarse del hogar paterno durante un plazo máximo de 6 meses. Una vez terminada la orden de alojamiento, la autoridad de asistencia social recupera el derecho de custodia, que le había sido conferido en virtud de la orden de cuidado anterior (32). Como *alternativa* a la promulgación de una residencial *care order* el Tribunal puede, desde la Criminal Justice Act, ordenar expresamente bajo la protección de qué personas ha de colocar al menor la autoridad de asistencia social (33).

(26) Children and Young Persons Act 1969 s. 12, según la redacción de la Criminal Justice Act. 1982 s. 20.

(27) Children and Young Persons Act 1969 s. 7 (7) y (7A).

(28) SS. 23 y 24.

(29) Children and Young Persons Act 1969 s. 2J (3) (b).

(30) Children and Young Persons Act s. 20 (3) (a).

(31) Children and Young Persons Act 1969 s. 20A.

(32) Child Care Act 1980 ss. 21, 21A.

(33) Criminal Justice Act 1982 s. 22 en relación con s. 21 (2) Child. Care Act. 1980; Children and Young Persons Act. 1969 s. 20.

1.2.1.4. Orden de supervisión del tiempo libre (*attendance centre order*)

Desde 1948 el Derecho sancionatorio inglés conoce la posibilidad de obligar a un menor de 21 años a acudir en su *tiempo libre* a una institución en donde aprende bajo dirección a utilizar convenientemente este tiempo de ocio (34). Con una severa disciplina aquí se le enseña artesanía y practica ejercicio físico. La duración de la asistencia a un centro de este tipo asciende como mínimo a 12 horas (para niños menores de 14 años puede ser inferior) y puede llegar hasta 24 horas para los jóvenes hasta 17 años y hasta 36 horas para los semia-dultos entre 17 y 20 años (35). *Presupuesto* de ésta orden es que el menor sea condenado por un hecho amenazado con pena privativa de libertad y que exista en las proximidades de su domicilio una institución semejante, que en la mayoría de los casos se prevén para jóvenes varones menores de 17 años, pero últimamente, también para semi-adultos y para chicas.

Desde 1983 también se puede utilizar esta sanción como *pena alternativa*, si el menor o semi-adulto no paga la multa (36).

Antes de la introducción de esta pena alternativa no existía posibilidad alguna de imponer otra pena a los menores o semiadultos que no pagaban.

1.2.1.5. Compromiso de los padres de supervisar (*binding over*)

El Tribunal puede obligar a los padres o al tutor de un menor a ejercer la supervisión necesaria y a cuidar del menor por un período máximo de 3 años. Si no cumplen con este compromiso deben pagar una determinada cantidad, que puede ascender hasta 500 libras (37).

1.2.1.6. Pena de prestación de servicios (*community service order*)

Desde la Criminal Justice Act de 1982 la pena de prestación de servicios, que hasta ahora estaba limitada a los semi-adultos, puede imponerse también a los *menores a partir de los 16 años*. El número máximo de horas de trabajo es de 120 (38).

(34) Criminal Justice Act 1982 s. 16-19.

(35) Criminal Justice Act 1982 s. 17 (5).

(36) Criminal Justice Act 1982 s. 17 (1).

(37) Children and Young Persons Act 1969 s. 7 (7)(c).

(38) Criminal Justice Act 1982 s. 68; Powers of Criminal Courts Act 1973, s. 14; descripción del fundamento jurídico y de la ejecución de esta pena en *Huber*, *Freiheitsstrafe*, p. 125.

1.2.1.7. *Renuncia a la pena (unconditional oder conditional discharge)*

La renuncia a la pena con o sin condiciones se encuentra también a disposición de los menores de cualquier edad (39).

1.2.1.8. *Otras consecuencias jurídicas ambulatorias*

A los menores y semi-adultos se les puede retirar el *permiso* para conducir un vehículo. Pueden ser confiscados los *bienes* que se utilizaron con finalidades delictivas. Puede condenarse a los menores a la *restitución* de lo obtenido (*restitutio*) o a la *reparación* del daño (hasta 100 libras). Además, en el caso de ciudadanos no británicos que han cumplido los 17 años, puede recomendarse la *deportación*.

1.2.2. **Consecuencias jurídicas de internamiento**

Desde la reforma de las penas de internamiento para menores y semiadultos a través de la Criminal Justice Act de 1982 se encuentran a disposición de los Tribunales cuatro formas adicionales de sanciones privativas de libertad, además de la orden de educación en una residencia (40): *custodia juvenil* (*youth custody*), *detención juvenil* (*detention centre*), *custodia juvenil perpetua* y *detención de duración indeterminada* conforme la s. 53 Children and Young Persons Act de 1933.

1.2.2.1. *Custodia juvenil (youth custody order)*.

Después de la *abolición* (41) del *borstal training*, configurado como pena de duración indeterminada, y, ahora también, de la *pena de prisión* para semi-adultos (42), hoy se dispone de la *custodia juvenil* (*young custody*) como la pena de privación de libertad más importante para menores y semi-adultos entre 15 y 20 años (43). El Tribunal debe imponer esta pena, si el delito está amenazado con pena privativa de libertad, el Tribunal es de la opinión que la única pena adecuada al caso es una pena privativa de libertad y ésta debería durar más de 4 meses. Como *pena privativa de libertad más corta* debe aplicarse, en principio, la *detención juvenil* (*detention centre*), que, no obstante,

(39) Powers of Criminal Courts Act 1973 s. 7; ampliamente sobre ella Huber, *Freiheitsstrafe*, pp. 116, 125.

(40) Véase arriba 1.2.1.3.

(41) Criminal Justice Act 1982 s. 1 (1) y 1 (3).

(42) La pena de prisión para los jóvenes menores de 17 años ya había sido derogada por la Criminal Justice Act 1948 s. 17 (1).

(43) Criminal Justice Act 1982 s. 16.

no puede ser ordenada para las chicas. Por lo tanto, si se trata de un acusado femenino mayor de 17 años o el acusado varón no debe, por determinados motivos (44), ser enviado a un centro de detención juvenil (*detention centre*) —por ejemplo, por no reunir las cualidades necesarias para sufrir esta forma de privación de libertad— excepcionalmente se puede imponer también la custodia juvenil por un período inferior a los 4 meses. A diferencia del anterior *borstal training* de duración indeterminada, en el caso de la custodia juvenil se trata de una sanción *determinada*, cuya duración establece el Tribunal.

Para los de 15 ó 16 años de edad la custodia juvenil no puede ser superior a los 12 meses (45); para los *semi-adultos* la duración puede llegar hasta la duración máxima de la pena privativa de libertad prevista en la ley, caso de haber podido serle ésta impuesta.

La *suspensión* de esta pena a prueba no está prevista legalmente, pero le son aplicables, sin duda, las disposiciones sobre la *libertad condicional* (*parole on licence*) (46).

También se abona en la custodia juvenil el período de tiempo que el condenado ha pasado en prisión preventiva.

1.2.2.2. *Detención juvenil (detention centre order)*

Como *pena corta privativa de libertad* actúa la detención juvenil, que debe ser impuesta únicamente respecto a los *menores* y *semi-adultos* varones entre 14 y 20 años, cuando el delito cometido está amenazado con pena privativa de libertad, el Tribunal considera a la privación de libertad como la única consecuencia jurídica adecuada al caso, aunque ésta no necesita durar más de 4 meses, y el acusado no es una de esas personas para las que esta pena no puede ser tomada en consideración. Tal sería el caso cuando el acusado está muy débil físicamente o cumple ya o ha cumplido otra pena privativa de libertad.

El *objetivo* de la custodia juvenil de breve duración es provocar, por medio de una severa *disciplina* y una permanente *supervisión*, un impacto corto, una conmoción y de este modo generar intimidación. La detención juvenil no debe durar menos de 21 días ni más de 4 meses (47).

1.2.2.3. *Privación de libertad perpetua (custody for life)*

Un acusado menor de 21 años, condenado por *asesinato*, debe ser condenado a *pena privativa de libertad perpetua*, siempre que tuviera,

(44) Criminal Justice Act 1982 s. 4 (5).

(45) Criminal Justice Act 1982 s. 7 (1), 8.

(46) Sobre el fundamento legal y la aplicación de la liberación anticipada, véase *Huber, Freiheitsstrafe*, p. 131 y ss.

(47) Criminal Justice Act 1982 s. 4 (3).

por lo menos, 18 años en el momento de la comisión del delito (48). Si se trata de un *semi-adulto* entre 17 y 20 años y de un hecho amenazado con pena privativa de libertad perpetua, *puede* ser sancionado con detención a perpetuidad, si el Tribunal considera apropiada la privación de libertad.

1.2.2.4. *Privación de libertad en virtud de la s. 53 Children and Young Persons Act 1933*

Una persona que, sin tener todavía los 18 años en el momento de la comisión del delito, es condenada por *asesinato*, debe ser detenida durante un *período indeterminado* (during her Majesty's pleasure) (49). Si el delito del que fue encontrado culpable está amenazado con pena privativa de libertad de 14 años o superior, se le *puede* privar de libertad durante ese período como máximo. El Ministro del Interior decide sobre el *lugar* de ejecución de la detención (residencia asistencial especialmente segura —community home—, establecimiento de custodia juvenil, cárcel o institución para enfermos mentales) y sobre el *período* de ejecución en las penas de duración indeterminada.

1.3. FORMAS INFORMALES DE CONTROL DE LA CRIMINALIDAD

El sistema inglés de persecución penal está regido por el *principio de oportunidad*. La decisión sobre la incoación de un proceso penal corresponde a la *policía*, sin embargo, el procesamiento de determinados delitos necesita la autorización del Attorney-General o del Director of Public Prosecution (50). La *persecución penal* de los menores de 17 años (51) debe, conforme a las —aún no totalmente puestas en vigor— intenciones de la Children and Young Persons Act de 1969, regida por la *idea asistencial*, *evitarse* en lo posible. Tanto ahora como antes se concede gran importancia a la intervención extrapenal con los menores, a pesar de que, entre tanto, en el Derecho penal juvenil

(48) Criminal Justice Act 1982 s. 8 (1).

(49) Children and Young Persons Act 1933 s. 53.

(50) El Attorney General es el acusador superior del país; de él depende el Director of Public Prosecution, director del Ministerio Fiscal central en Londres, que en los casos establecidos por la ley debe prestar su aprobación a la formulación de la demanda; por otra parte la policía le aconseja y ayuda en su actividad acusadora. Para detalles sobre el sistema de persecución criminal y la competencia de los órganos de persecución criminal véase *Huber, Funktion und Tätigkeit der Anklägers in England und Wales*, p. 548 y ss.

(51) Ampliamente sobre ello *Priestly/Fuller/Fears, Justice for Juveniles*, 1977; en contra recientemente: *Parker/Casburn/Turnbull, Receiving Juvenile Justice*, Chap. 3 p. 33.

el principio del cuidado o de la asistencia se ha ido limitando por el principio de justicia, que atiende, de manera predominante, al hecho en vez de al autor menor de edad (52).

Como la policía no está sujeta a ninguna disposición en su decisión sobre la incoación de un procedimiento penal, es muy libre de tomar la decisión conforme a puntos de vista asistenciales o conforme a criterios de justicia. Por eso difiere notablemente la *praxis persecutoria* de los diferentes departamentos de policía. Según la actitud de los departamentos, dentro de los que a menudo *secciones juveniles especiales* (juveniles bureaux) establecen hoy los contactos necesarios con las autoridades de asistencia social para los jóvenes e indagan sobre las circunstancias sociales del menor (53), la proporción entre reacción informal y decisión de perseguir por vía penal resulta muy diferente (54).

El derecho inglés conoce, como formas informales de reacción frente a hechos delictivos, la posibilidad de «no hacer nada» (no further action), si el delito es de poca importancia, existen fuertes dudas sobre la autoría del menor, y los padres están dispuestos a tomar las medidas necesarias. La *amonestación* tanto escrita como formal (written or formal cautioning) es una posibilidad adicional (55). Recientemente se ha incrementado la práctica de la «amonestación instantánea» (instant cautioning). Una amonestación escrita le llega al menor por escrito; la formal se pronuncia en presencia de los padres después de cuidadosas investigaciones de la sección juvenil y de una decisión sobre la cuestión de la persecución penal por parte de un funcionario de policía de mayor categoría; la amonestación instantánea tiene lugar, asimismo, en presencia de los padres a las pocas horas de la detención, después de haber sido analizados los antecedentes penales y los criterios para una amonestación. Requiere mucho menos trabajo que la amonestación formal (56).

Por último, la policía puede acordar la *vigilancia informal* del menor, que puede ser ejercida en adición a una amonestación o también sin ésta. Falta base legal para esta actuación, así como para la práctica de la amonestación (57).

(52) Sobre la modificación de los fundamentos político-criminales véase *Morris/Giller, Justice for Children*, 1980; *Providing Criminal Justice for Children*, 1983 con amplio debate e indicaciones bibliográficas.

(53) Sobre la praxis en la toma de decisiones, *Slomnicka, Law of Child Care* S. 88; *Morris/Giller, Justice for Children*, p. 55 y ss.

(54) Detalles en *Tutt/Giller*, 1983 *Crim. L.R.* 587; *Farrington/Bennett*, 21 (1981) *Brit. J. of Crim.* 123; *Mott, Police Decisions for Dealing with Juvenile Offenders*, 23 (1983) *Brit. J. of Crim.* 249.

(55) Véase sobre ello *Huber, Funktion und Tätigkeit des Anklägers in England und Wales*, p. 566; *Ditchfield, Police Cautioning in England and Wales*, 1976; *Frankenburg/Tarling, Time Taken to Deal with Juveniles under Criminal Proceedings*, 1983; *Home Office, Cautioning by the Police*, 1984 con indicaciones bibliográficas adicionales.

(56) *Tutt/Giller*, 1983 *Crim. L.R.* 587.

(57) Para detalles *Slomnicka Law of Child Care*, p. 67 y ss.

1.4. SISTEMA DE INVESTIGACIONES SOCIALES

Después de que el Tribunal de Menores ha aclarado y tomado una decisión sobre la cuestión de la culpabilidad y antes de decidir la clase y entidad de la pena, *debe* conocer los *informes sociales* que tiene a la vista de conformidad con la Children and Young Persons Act de 1969 s. 9, en relación con las Magistrates' Courts (Children and Young Persons) Rules 1970 r. 10. Estos informes sociales se refieren a la conducta general del menor, sus relaciones familiares, la asistencia a clase y el rendimiento escolar, eventualmente también a su historial médico (57).

Los informes no son suministrados por un organismo anexo al Tribunal, sino por *oficiales de prueba, la autoridad educativa, la de asistencia social o el departamento de sanidad*. Por regla general es el Tribunal quien solicita un informe, pero también el abogado defensor puede ordenar tal informe social. Las autoridades locales de asistencia social están obligadas a presentar semejante informe. Los oficiales de prueba y otros asistentes sociales actúan, por regla general, únicamente a instancia del Tribunal. Sus informes están redactados en forma de *Social Inquiry Reports* y constituyen un estudio completo de la biografía y del entorno familiar del menor. Los informes de la autoridad educativa se limitan a datos sobre el comportamiento escolar: asistencia a clase, resultados, etc. Son complementados, a menudo, por el informe de un miembro del claustro de profesores (58).

1.5. ALOJAMIENTO ANTES DEL JUICIO

Los menores son detenidos, en principio, de la misma manera que los adultos, con o sin orden de detención; pero existen unas cuantas causas de detención que rigen especialmente para los menores. Se refieren éstas a la captura sin orden de detención de los acogidos huídos de una residencia asistencial, evadidos de centros de detención juvenil y de establecimientos penitenciarios (59). Para el interrogatorio del menor por parte de la policía rigen, como para los adultos, las *Judges' Rules*; sin embargo, los padres o el tutor tienen que ser informados de la detención de un menor. Deben estar presentes en el *interrogatorio* de los *niños*, en la medida en que se considere conveniente (60). Debe evitarse el interrogatorio del joven o del niño en la escuela.

Los menores tienen *derecho a la puesta en libertad*, a menos que el funcionario considere conveniente, para la propia protección del menor, la continuación de la detención preventiva, o es de la opinión,

(58) *Ball*, 1983 Justice of the Peace 809.

(59) Child Care Act 1980 s. 16; Prison Act 1952 s. 3.

(60) Children and Young Persons Act 1933 s. 34 (2); Home Office Circular No. 31/1964.

fundada, de que ha cometido un hecho muy grave, que su puesta en libertad haría fracasar los fines de la persecución penal, o que no comparecería ante el Tribunal para responder a la acusación (61).

El menor debe ser puesto bajo la protección de las *autoridades locales* hasta la comparecencia ante el Juez de Menores, la cual debe producirse en el plazo de 72 horas (62); en casos excepcionales puede ser detenido en la comisaría, en donde debe ser instalado en una habitación segura, pero a ser posible no en una celda (63).

Si después de la comparecencia ante el Juez de Menores o bien ante el Juez en el caso de los semi-adultos, no se ordena la *puesta en libertad bajo fianza*, los detenidos menores tienen que ser dejados bajo la custodia de la autoridad local, pero en determinadas circunstancias, por razones de seguridad pueden ser instalados en un *establecimiento de prisión preventiva para jóvenes* (remand centre) (64). Los varones detenidos preventivamente que tengan al menos 15 años de edad deben ser trasladados a una *cárcel* ante la ausencia de plazas en tales establecimientos (65). Los *semi-adultos* pasan la prisión preventiva en establecimientos de detención juveniles (remand centres), caso de que exista plaza; en caso contrario, han de ser instalados en la cárcel.

2. PRACTICA SANCIONADORA EN EL AMBITO PENAL JUVENIL

A continuación de la descripción de los principios normativos, debo exponer sucintamente la *práxis sancionadora*, cómo la jurisdicción penal juvenil utiliza la amplia gama de sanciones. No obstante, en la fecha del artículo todavía no existían resultados estadísticos representativos de las categorías penales modificadas o recién introducidas por la Criminal Justice Act de 1982. Es por eso por lo que se describe la práctica todavía conforme al antiguo y en parte abolido sistema de sanciones.

2.1 RELACION ENTRE EL DERECHO PENAL JUVENIL Y EL DERECHO PENAL DE LOS ADULTOS

Los menores de edades comprendidas entre 10 y 16 años son condenados, por regla general, por los *Tribunales de Menores*; solamente en casos excepcionales son acusados junto a un coautor adulto ante un Tribunal de adultos o dada la gravedad del hecho son llevados ante el Tribunal jerárquico superior ordinario, el Crown Court. En casos especiales el Tribunal de Menores después del enjuiciamiento puede re-

(61) Children and Young Persons Act 1969 s. 29 (1).

(62) Children and Young Persons Act 1969 s. 29 (5).

(63) Home Office Circular to the Police on Crime and Kindred Matters, 1977.

(64) Children and Young Persons Act 1969 s. 23 (1).

(65) Criminal Justice Act 1982 s. 1.

mitir la causa al Crown Court para la decisión sobre el tipo y entidad de las consecuencias jurídicas. Por el contrario, el Crown Court, a ser posible, tendría que confiar a los Tribunales de Menores de Magistrates' Court la *decisión sobre la pena*, si es que la pena adecuada al caso cae dentro de la potestad sancionadora de este Tribunal. La pena —a diferencia del procedimiento— se establece en todos los casos, tanto contra los menores como los semi-adultos, con arreglo al catálogo de consecuencias jurídicas vigentes para los menores. Únicamente el procedimiento se ajusta ante el Crown Court y el Magistrates' Court a las normas vigentes para los acusados adultos.

2.2. PRACTICA SANCIONADORA. NIÑOS DE 10 A 13 AÑOS

La práctica sancionadora respecto a los niños ha cambiado mucho desde el inicio de los años 70. En primer lugar, el número de los niños varones llevados ante el Tribunal ha disminuido en los 12 años en 10.000, de 23.000 a 13.000, es decir, en un 43,5%; en el caso de las niñas la disminución en 800 acusadas representa, no obstante, únicamente el 32%.

A excepción de la renuncia a la pena bajo condición y de la orden de asistencia a un attendance centre, en 1982 se ha hecho un uso de todas las consecuencias jurídicas proporcionalmente menor que en 1970. Únicamente la aplicación de la pena de multa ha permanecido más o menos inalterable. La menor utilización de la orden de prueba coincide además con la tendencia similar en el ámbito de los adultos.

La *disminución* del número de niños varones condenados judicialmente no puede explicarse únicamente por la disminución en la actividad delictiva de este grupo de edad (véase cuadro 1) sino que tiene su causa, sobre todo, en el mayor uso de la *amonestación policial*, que es de observar desde 1967. Si en 1970 únicamente el 50% de los escasos niños delincuentes varones fueron amonestados en vez de ser acusados, en 1982 eran el 70%; en el caso de las niñas la proporción de amonestaciones se elevó del 66% al 88% (véase cuadro 1 arriba). Esta práctica da como resultado el que los niños menos expuestos al peligro y los que han cometido delitos más leves, son *seleccionados más estrictamente* y mantenidos al margen del procedimiento judicial. Donde la policía amonesta con mayor frecuencia es en los delitos de hurto y encubrimiento: en Inglaterra y Gales en 1982 se pronunciaron amonestaciones en el 77% de los casos, en los delitos sexuales constituyeron, incluso, el 80%. El *porcentaje de amonestaciones* por acciones violentas contra las personas se situó en el 63%, por estafa y falsificación en el 64%, por robo con fractura en el 53% y por daños en el 56%, mientras que en el robo alcanzó solamente el 31%. En el caso de las *chicas* los porcentajes fueron todavía más altos en general, con 90% en el hurto, 74% en la estafa y falsificación, 70% en delitos de violencia y 66% por robo con fractura. En el ámbito de la *criminalidad leve* (sin contar los delitos contra la seguridad del tráfico) el 74% de los niños varones

Cuadro 1. Delincuentes condenados y amonestados por cada 100.000 habitantes y proporción de las amonestaciones 1970-1982.

Edad y Sexo	1970		1972		1974		1976		1978		1980		1982	
hombres														
10-13	3.123	50%	3.366	63%	3.809	63%	3.303	63%	3.187	64%	3.075	65%	2.919	70%
14-16	6.233	24%	6.871	32%	8.191	34%	7.567	32%	7.382	34%	7.585	34%	7.559	38%
17-20	5.673		5.795		6.215		6.567		6.245		6.859		7.274	
21 en adelante	972	3%	979	4%	1.011	4%	1.149	3%	1.157	4%	1.209	3%		
en total	15.001		17.011		19.226		18.586		17.971		18.788		19.200	4%
mujeres														
10-13	503	66%	736	83%	922	83%	819	81%	952	85%	881	85%	985	83%
14-16	932	39%	1.189	58%	1.490	58%	1.469	55%	1.572	57%	1.539	58%	1.721	65%
17-21	593		692		796		887		915		1.009		894	
21 en adelante	178	10%	201	10%	218	9%	275	9%	257	5%	259	9%	264	11%
en total	2.206		2.818		3.426		3.449		3.700		3.698		3.864	

Fuente: Criminal Statistics England and Wales 1982. Tabla 5.5, 5.18.
Statistic of the Criminal Justice System 1969-79 tabla 3.2 y 3.4.

y el 82% de las hembras fueron amonestados en lugar de ser acusados (66).

Cuadro 2. Práctica sancionatoria niños 10 a 13 años. Criminalidad grave y media 1970-1982.

(Indictable offences) distribución porcentual

Sexo y Año	Nº de pers. conden. (por miles).	Renunc. condicional a la pena	Orden de prueba	Penal de multa	Atendances Centre	Orden de cuidado	Otra consecuencia jurídica.
Hombres							
1970	23,4	28	27	20	12	10	3
1971	19,7	26	28	20	12	12	3
1972	19,3	27	26	20	13	12	3
1973	19,9	26	25	22	12	12	2
1974	23,0	29	24	22	12	12	2
1975	21,4	30	23	21	13	12	2
1976	20,1	31	21	21	14	11	1
1977	20,9	32	21	22	13	9	2
1978	20,3	32	20	23	14	9	2
1977 (1)	19,2	31	22	22	14	10	1
1978 (1)	18,6	31	21	23	14	10	1
1979 (1)	16,1	29	22	22	17	9	1
1980 (1)	16,9	30	21	21	18	9	1
1981 (1)	15,1	32	21	20	19	8	1
1982 (1)	13,6	33	20	19	20	7	1
Mujeres							
1970	2,5	34	30	26	*	8	3
1971	1,8	32	31	24	*	10	3
1972	1,9	30	35	23	*	10	3
1973	1,9	30	30	26	*	11	3
1974	2,4	33	32	22	*	11	2
1975	2,4	34	30	21	*	12	2
1976	2,4	39	27	24	*	9	2
1977	2,5	37	26	25	*	10	2
1978	2,4	36	25	28	*	10	1
1977 (1)	2,4	37	27	25	*	10	2
1978 (1)	2,3	35	26	28	*	10	1
1979 (1)	2,1	35	26	30	(2)	8	1
1980 (1)	2,0	38	26	26	1	8	1
1981 (1)	1,8	38	26	24	2	8	2
1982 (1)	1,7	41	26	24	3	5	1

Fuente: Criminal Statistics England and Wales 1980 y 1982 Tabla 7.5 y 7.6.

(1) Desde 1977 fue adoptada para los «indictable offences» la definición de la Criminal Law Act de 1977.

(2) menos del 1/2%.
* Sólo hay attendances centres para mujeres a partir del 1 de enero de 1979.

2.3. PRACTICA SANCIONADORA. JOVENES DE 14 A 16 AÑOS

Para ese grupo de edad se disponía en el período del artículo, junto a las consecuencias jurídicas ambulatorias de la renuncia condicional a la pena, la orden de prueba bajo condición, la pena de multa y la limitación del tiempo libre, (attendance centre) de las penas de internamiento de detención juvenil (detention centre) y borstal training, así como de educación en una residencia.

La pena utilizada con mayor frecuencia para esta edad es la *multa* que, sin embargo, está en retroceso. La recesión en el uso de esta pena se explica porque detrás de la pena de multa no existe ninguna pena alternativa que pueda ser aplicada en caso de falta de pago. En 1982 *la renuncia a la pena* se impuso con la misma frecuencia que en 1970 (17%), sin embargo, a lo largo de esos 12 años se utilizó, en ocasiones, esta consecuencia jurídica con mayor frecuencia (hasta el 20%). También es regresiva la aplicación, en esta edad, de la *supervisión a prueba* (del 20% al 16%). Asimismo ha disminuido la *orden de cuidado de residencia*. A diferencia de esto, ha aumentado la ingerencia que se ejerce sobre el tiempo libre por medio de la asistencia a un attendance centre; a partir de 1977 se ha podido ordenar intensamente la visita a estas instituciones porque 40 nuevos centros fueron abiertos desde 1978 para los condenados más jóvenes. Se hizo uso mucho mayor de las penas de internamiento, lo que resulta especialmente evidente desde 1978 para la *detención juvenil*. No debe de ser pasado por alto el desplazamiento del uso de la medida asistencial-terapéutica, que como la supervisión a prueba o la orden de cuidado posibilita un estrecho contacto con el oficial de prueba y el asistente social, hacia el uso de la sanción punitiva a corto plazo del detention centre y el attendance centre. Como respuesta al evidente problema de la delincuencia juvenil y al reconocimiento de que «el tratamiento» no tiene ningún éxito, los Tribunales en los últimos 12 años recurrieron a las consecuencias jurídicas punitivas y al optar por ello disminuyeron el uso de la posibilidad de la intervención terapéutica social, tal como la ofrecen las medidas asistenciales (67).

En este grupo de edad el *empleo de la amonestación* por parte de la policía sustrae del procedimiento judicial a muchos menos autores que en el grupo de niños de 10 a 13 años. No obstante, durante el período abarcado por el estudio ha aumentado también la tendencia a la amonestación: entre los jóvenes varones se amonestó en 1982 al 14% más y entre las chicas al 26% más que en 1970. La inclinación de la policía a reprender es considerablemente mayor entre las mujeres jóvenes que entre los varones de esta edad. Asimismo hoy se amonesta por *delitos leves* con mucha más frecuencia que en 1972: con 27% en los hombres y 30% en las mujeres, la práctica apenas variaba en 1972 en razón del sexo; los porcentajes en 1982, con 46% para los hom-

(67) Tutt, Overview of Intervention, S.1, 12; Justice for Children, p. 50 y ss.; Jones, Justice, Social Work and Statutory Supervision, p. 89 y ss.

bres y 57% para las mujeres, son no solamente mucho más altos sino que también están mucho más distanciados entre sí. Con esto salta a la vista que el porcentaje de amonestaciones a mujeres en el caso de la delincuencia grave y media fue siempre superior al de los delitos leves; esto fue válido para los varones solamente hasta 1975, después la práctica cambió y predominó la proporción de amonestaciones en los delitos de poca importancia.

También en este grupo de edad, en 1982 la policía amonestó porcentualmente más en los delitos sexuales con el 65% y en el hurto y encubrimiento con el 47%. En los delitos de violencia apenas se reprendió a un tercio (30%) y en los delitos de falsificación y estafa por encima del tercio (38%). En el 25% o bien 22% de los daños y robos con fractura se amonestó, mientras que en el robo prevalece ampliamente la denuncia: aquí existe solamente un 6% de amonestaciones (68). (Para detalles véase Criminal Statistics England and Wales 1982 Tabla 5.4, p. 108.)

2.3. PRACTICA SANCIONADORA. SEMI-ADULTOS DE 17 A 20 AÑOS

Las sanciones previstas para este grupo de edad se diferencian de las de los menores en que desde 1974 se dispone de la *pena de prestación de servicios* y en que hasta 1982 se podía también imponer la *cárcel* junto a las penas privativas de libertad para jóvenes de detention centre y borstal training. Se podía imponer la pena de prisión con ejecución inmediata o condicional. Ya no puede dictarse contra los semi-adultos la orden de cuidado (care order).

Dentro de este grupo de edad la pena predominante en estos 12 años fue, también, la *multa*, que hasta 1980 fue impuesta en más de la mitad de las sentencias por delitos graves y medianos. No obstante, a partir de 1980 *retrocede* tanto entre los hombre como entre las mujeres. Otro tanto puede decirse de las otras penas ambulatorias a excepción del community service. Sin embargo, la cifra absoluta de condenados colocados bajo supervisión a prueba fue en 1982 la más alta del período abarcado por el estudio, con 10.000 hombres.

La penas de *internamiento*, entre las que según los parámetros ingleses se cuenta también a la pena de prisión con condena condicional, fueron en 1982, con un 24%, sólo ligeramente superiores a 1970 con un 23%. Mientras que la detención juvenil y la pena educativa de borstal se usaron durante la década un poco menos, aumentó del 3% en 1970 al 7% en 1982 la utilización de la *pena de prisión incondicional*, que en realidad habría tenido que ser la excepción para este ámbito de edad; en 1982 más de 8.000 semi-adultos fueron sentenciados a esta pena, lo que representa el triple de 1970. No fue tan drástico el

(68) Detalles véase Criminal Statistics England and Wales 1982 Tab.5.4. p. 108.

Cuadro 3. Práctica sancionatoria, jóvenes 14 a 16 años delitos graves y menos graves 1970-1982.
(Indictable offences) distribución porcentual

Sexo y Año	N.º de pers. conden. (por miles)	Renunc. condicional a la pena.	Orden de prueba	Penal de multa	Attedance centre	Detención juvenil	Orden de cuidado	Formación Borstal	Otra consecuencia jurídica.
Hombres									
1970	48,8	17	22	38	7	4	8	2	2
1971	47,9	17	19	40	7	4	8	2	2
1972	49,9	17	17	42	7	5	7	3	2
1973	52,1	17	17	40	8	6	7	3	2
1974	61,1	18	17	40	9	6	6	3	2
1975	59,9	19	16	39	9	7	6	3	2
1976	60,3	20	15	38	9	8	5	3	2
1977	63,7	20	15	39	10	8	4	3	1
1978	64,7	18	14	40	11	9	4	3	1
1977 (1)	59,6	19	16	38	10	9	5	3	1
1978 (1)	60,5	18	14	39	11	9	4	3	1
1979 (1)	56,3	17	16	37	13	9	4	3	1
1980 (1)	63,2	17	16	35	14	9	4	3	1
1981 (1)	62,0	18	17	32	16	10	3	3	1
1982 (1)	59,2	19	16	31	17	10	3	2	1

Cuadro 3. (Continuación)

Sexo y Año	N.º de pers. conden. (por miles)	Renunc. condicional a la pena.	Orden de prueba	Pena de multa	Attendance centre	Detención juvenil	Orden de cuidado	Formación Borstal	Otra consecuencia jurídica.
Mujeres									
1970	5,5	26	30	34	*	*	8	(2)	3
1971	5,2	26	27	34	*	*	9	1	3
1972	5,1	24	26	37	*	*	10	1	3
1973	5,3	24	27	34	*	*	11	1	3
1974	6,7	26	26	36	*	*	9	1	2
1975	7,1	28	26	33	*	*	10	1	2
1976	7,4	29	23	35	*	*	9	1	2
1977	7,8	29	23	37	*	*	8	1	2C
1978	8,3	29	22	40	*	*	7	1	12
1977 (1)	7,5	28	24	37	*	*	9	1	1
1978 (1)	8,0	28	22	40	*	*	8	1	1
1979 (1)	7,1	26	25	39	1	*	6	1	1
1980 (1)	7,8	27	25	36	4	*	6	1	1
1981 (1)	7,4	30	25	32	5	*	6	1	1
1982 (1)	7,0	32	23	33	6	*	5	1	

(1) Desde 1977 fue adoptada para los «indictable offences» la definición de la Crimina. Law Act de 1977.

(2) Menos del 1/2%.

* Esta sanción no puede ser impuesta a las mujeres; el attendance centre está a disposición de las chicas desde el 1 de enero de 1979.

Fuente: Criminal Statistics Englang and Wales 1980 y 1982, Tab. 7.7. y 7.8.

aumento del 3% al 5% en la pena privativa de libertad con condena condicional.

Lo mismo puede decirse de las cifras absolutas de los condenados a *privación de libertad*: en 1970 se condenó a detención juvenil (detention centre) a 6.500 *acusados varones*, en 1975 a 5.600, en 1980 a 6.000 y en 1982 a 7.200. En 1970 6.300 hombres recibieron borstal training, 6.500 en 1980 y 6.600 en 1982. En el caso de las *mujeres* la cifra de órdenes de borstal aumentó en los diferentes años de 200 a 300 condenas, pero en 1982 volvió a situarse en las 200. La pena de prisión incondicional aumentó de 100 (1972) a 400 condenas (1982), mientras que la prisión con condena condicional se elevó de 200 a 600. Este incremento se traduce también en porcentajes.

La *frecuencia de la amonestación* en este grupo de edad desciende drásticamente y no se diferencia de la práctica en los adultos (véase cuadro 1). No obstante, también aquí se ha utilizado mucho más con las mujeres. La tendencia es, incluso, ligeramente alcista. En todo caso, para los autores varones aún se pronunciaron amonestaciones por delitos sexuales en el 44% de los supuestos (en los adultos solamente en el 10%), en los restantes delitos los porcentajes se sitúan en el 3% o bien en el 2%, en el robo en menos del 0,5%. Respecto a las *mujeres*, en los delitos de violencia se amonestó en 1982 con el 12%, en el resto se dejó de denunciar solamente en el 6%, a veces en el 5% de los casos. En el robo con fractura el porcentaje de amonestaciones estaba situado en el 3%. Mucho más alto se hallaba para las mujeres, cuando se trataba de *delitos leves*: el 36% fueron reprendidas en contraposición al únicamente 6% de autores varones (69). (Véase detalles en Criminal Statistics England and Wales 1982. Tab. 5.4, pág. 108.)

3. TENDENCIAS ACTUALES DE LA POLITICA CRIMINAL

3.1. Una vez que con la Criminal Justice Act de 1982 ha finalizado provisionalmente la vieja discusión sobre la reforma del Derecho penal juvenil, tal como se describía en la Children and Young Persons Act de 1969, habrá que ver cómo se aplican en la práctica las nuevas sanciones, qué modificaciones originan y qué repercusiones tienen sobre las posibilidades de actuación extrajudicial, así como sobre las restantes consecuencias jurídicas del Derecho Juvenil. Para el futuro se pueden retener los siguientes *principios* del Derecho penal y del Derecho de ejecución penal juvenil:

— La importancia de la *amonestación* como alternativa a la acusación judicial es aceptada en general. Seguirá teniendo vigencia en el futuro el principio (que nunca entró en vigor) de la s. 5 (2). Children and Young Persons Act de 1969, de que es siempre preferible una amonestación a una denuncia y de que la persecución por vía penal ha de

(69) Detalles véase Criminal Statistics England and Wales 1982 Tab. 5.4. p. 108.

Cuadro 4. Práctica sancionatoria semi-adultos 17 a 20 años. Delitos graves y menos graves 1970-1980.
(Indictable offences) distribución porcentual

Sexo y Año	N.º de condenados (por miles)	Renuncia a la pena	Orden de prueba Pena de multa	Pena pres-tración servi-cios	Detención juvenil	Borstal	Prisión Condi-cional	Ejecuc. inmedia-ta	Otra consecuen-cia jurí-dica	
Hombres										
1970	76,1	8	12	54	*	9	8	3	3	2
1971	77,9	8	12	54	*	8	8	3	3	3
1972	75,6	8	12	55	*	8	7	4	4	2
1973	76,3	5	11	59	**	6	7	3	3	3
1974	83,7	7	10	60	1	6	7	3	3	2
1975	90,6	8	9	59	2	6	7	4	4	2
1976	91,5	8	8	57	4	6	7	4	5	2
1977	95,1	8	7	57	5	6	6	4	5	2
1978	98,0	7	6	57	6	6	6	4	5	2
1977 (1)	90,0	7	7	56	6	6	7	4	5	2
1978 (1)	91,7	6	7	55	7	6	7	5	6	2
1979 (1)	93,9	6	7	54	7	6	6	5	6	2
1980 (1)	106,2	7	8	51	9	6	6	4	6	2
1981 (1)	114,1	7	8	48	11	6	6	4	7	2
1982 (1)	119,9	8	8	46	11	6	6	5	7	3

Sexo y Año	N.º de condenados (por miles)	Renuncia a la pena	Orden de prueba Pena de multa	Pena prestación servicios	Detención juvenil	Borstal	Prisión Condicional	Ejecuc. inmedia-ta	Otra consecuencia jurídica	
Mujeres										
1970	7,5	19	29	45	*	*	3	2	1	1
1971	8,3	20	28	46	*	*	3	2	1	1
1972	8,4	20	26	48	*	*	2	3	1	1
1973	8,4	19	24	5	**	*	2	2	1	2
1974	9,9	19	23	52	(2)	*	2	2	1	1
1975	11,2	20	22	51	(2)	*	3	2	1	1
1976	11,6	20	20	51	1	*	2	3	1	1
1977	12,7	20	19	52	2	*	2	3	1	1
1978	12,7	18	18	53	2	*	2	4	2	1
1977 (1)	12,7	20	19	52	2	*	2	3	1	1
1978 (1)	12,6	17	18	54	2	*	2	4	2	1
1979 (1)	13,0	17	19	52	2	*	2	4	2	1
1980 (1)	14,7	17	20	50	3	*	2	4	2	1
1981 (1)	14,6	19	21	47	4	*	2	4	2	1
1982 (1)	15,1	21	20	45	4	*	1	4	3	1

La pena juvenil en Inglaterra y Gales

Fuente: Criminal Statistics England and Wales 1980 y 1982. Tab. 7.9 y 7.10.

(1) Desde 1977 fue adoptada para los «indictable offences» la definición de la Criminal Law Act de 1977.

(2) Menos del 1/2%.

* No aplicable.

** No se dispone de datos.

quedar reservada a los casos especiales (70). El actual Ministro del Interior apoya plenamente la política de persecución penal seguida por la policía, según la cual la incoación de un procedimiento penal juvenil debe realizarse sólo si, considerando todas las circunstancias del caso, se sirve al interés público mejor así que con una amonestación (71).

— La delincuencia juvenil seguirá siendo combatida en adelante mediante *medidas asistenciales y reacciones punitivas*.

— *Las penas privativas de libertad* constituyen la *última ratio* de las sanciones punitivas contra los autores menores y semi-adultos.

— La reforma del sistema penal de internamiento ha dado lugar al mantenimiento de una estructura penal de doble vía: el gobierno actual ve en la pena de efecto corto de detención centre una alternativa intimidante eficaz y complementaria de la pena de youth custody, mucho más orientada hacia la formación y educación a largo plazo.

— La sustitución de la pena indeterminada de borstal por la youth custody determinada temporalmente significa un retroceso de la idea del tratamiento y una acentuación de los principios del Estado de Derecho.

— El papel de los *organismos sociales* en la ejecución de las penas ha sido restringido: la Administración Penitenciaria y el Servicio de Asistencia social pierden relevancia en la cuestión del período de la ejecución, al ser determinada por el juez la duración de la pena de youth custody. En adelante el Juez con ayuda de la residential care order puede intervenir más íntegramente que hasta ahora en la ejecución de la *orden de cuidado en una residencia*, cuyo desarrollo en la care order corresponde, sin embargo, en adelante únicamente al Servicio de Asistencia Social.

— La *pena de prisión* —salvo excepciones poco importantes— ha sido *abolida* para el ámbito del Derecho penal de los jóvenes y semi-adultos.

— En el procedimiento contra los menores, los principios del Estado de Derecho deben de ser cada vez más tenidos en cuenta: ambas formas de care order, que confieren a las Autoridades de Asistencia Social el derecho de custodia y, si las circunstancias lo requieren, pueden suponer un internamiento en una residencia de cuidado, deben ser proporcionadas a la gravedad del delito y pueden ser impuestas únicamente a un acusado representado legalmente.

3.2. PRIMEROS RESULTADOS ESTADÍSTICOS

Las *cifras* que el Ministerio del Interior publicó recientemente ofrecen los primeros puntos de referencia sobre la aceptación que el nuevo sistema de penas privativas de libertad ha encontrado en la *prác-*

(70) Véase sobre ello recientemente: HOME OFFICE, *Cautioning by the Police*, 1982.

(71) HOME OFFICE, *Cautioning by the Police*, 28.

tica (72). Según esto, el número de menores varones que han empezado a cumplir su pena de detención juvenil en detention centres ha *disminuido* entre mayo y noviembre de 1983 alrededor de un 15% comparado con el mismo período del año anterior. Por el contrario, las custodias juveniles (youth custody) han *aumentado* alrededor del 69% frente a las penas de borstal comenzadas a ejecutar en el año 1982. En el caso de los semi-adultos la disminución de ingresos en detention centre ascendió al 4%, el aumento de ingresos en youth custody alcanzó el 12%. Para las menores la cifra de ingreso en la custodia juvenil aumentó alrededor del 22%.

El uso reforzado de la *custodia juvenil* parece indicar que la nueva estructura de sanciones no ha sido comprendida por todo el mundo. Los jueces —en especial los Magistrados (jueces legos), ahora con derecho a imponer la youth custody— parece que ahora condenan a menores y semi-adultos, que anteriormente han recibido una pena de *detención* juvenil, a una custodia juvenil cuya duración exacta pueden determinar ellos mismos. A pesar de este desarrollo la ocupación diaria por término medio de las instituciones de detención y custodia juvenil se ha reducido ligeramente, lo que se atribuye a las nuevas disposiciones sobre el abono de la prisión preventiva al período de ejecución y sobre la liberación anticipada (remission) (73).

Ya se hacen públicas opiniones que, preocupadas, aluden a la práctica que se perfila de que las diversas etapas de la escala de penas son traspasadas por los menores y semi-adultos más rápidamente que antes.

Todavía hoy no es posible formarse una idea definitiva sobre la reforma de las penas juveniles. Sin embargo, es un hecho que el conflicto entre pena e influencia educativa en el ámbito del Derecho penal juvenil inglés no se resolvió con ayuda de esta ley. El actual gobierno, para conseguir en el Derecho penal juvenil sus *objetivos de law and order*, se ha dedicado a una política que se inclina más bien hacia la reacción punitiva, en la que la idea de justicia, tal como es defendida por la corriente neobenthamiana, sobresa más que antes de la reforma.

El nuevo Derecho penal juvenil inglés no ofrece una orientación radicalmente nueva, está todavía pendiente, aunque no debe esperarse para un futuro próximo.

BIBLIOGRAFIA

- Advisory Council on the Penal System, Young Adult Offenders, HMSO, London, 1974.
- ARCHBOLD, Criminal Pleading, Evidence and Practice in Criminal Cases. 41. edic. preparada por S. Mitchell/P.J. Richardson. London, 1982.

(72) HOME OFFICE, Statistical Bulletin No. 3/1982; Criminal Justice Act 1984: Receptions into Prison Department Establishments of Young Offenders.

(73) Por ejemplo Vivian Stern, director de la NACRO, en The Times de 29.9 1983.

- BALL, C.: School Reports in the Juvenile Courts. 1983 J.P. 809.
- BROWN, A., Young Offenders: II. Custodial Sentences for Young Adult Offenders: A Critique, en: 20 (1981) Howard Journal 90 ff.
- CLARKE HALL, W/MORRISON, A.C.L., Law Relating of to Children and Young Persons. 9. edit. por J. Jackson/M. Booth/B. Harris, London, 1977.
- Department of Health and Social Security: Young Offenders. HMSO, London, 1980.
- DITCHFIELD, J.A., Police Cautioning in England and Wales, Home Office Research Study No. 37. HMSO, London, 1976.
- EMMINS, A Guide to the Criminal Justice Act 1982. London, 1982.
- Expenditure Committee, Eleventh Report; The Children and Young Persons Act 1969. 2 vol. HMSO, London, 1975.
- FAHRENHORST, I.: Das Jugendgericht in Grossbritannien. Frankfurt 1983.
- FARRINTON, D/BENNETT, T.: Police Cautioning of Juveniles in London. 21 (1981) British Journal of Criminology 123-135.
- HOME OFFICE (Green Paper): Youth Custody and Supervision: A New Sentence, HMSO, London, 1978.
- HOME OFFICE, Criminal Statistics England and Wales, 1980 y ss. HMSO, London, 1981.
- HOME OFFICE, Prison Statistics England and Wales, 1980 y ss. HMSO, London, 1981 y ss.
- HOME OFFICE, Prison Statistics England and Wales, 1980 y ss. HMSO, London, 1981 y ss.
- HOME OFFICE, Report on the Work of the Prison Department, 1980 y ss., HMSO, London, 1981 y ss.
- HOME OFFICE, Cautioning by the Police, HMSO, London, 1984.
- HUBER, B.: Die Freiheitsstrafe in England und Wales, Köln, 1983.
- HUBER, B.: Funktion und Tätigkeit des Anklägers in England und Wales; en: H.-H. Jescheck/P. Leibinger (Edit.), Funktion und Tätigkeit der Anklagebehörde im ausländischen Recht, p. 545 y ss. Baden-Baden, 1979.
- JONES, R.: Justice, Social Work and Statutory Supervision; en A. Morris/H. Giller (Edit.) Providing Criminal Justice for Children, pp. 89-108. London, 1983.
- MAYS, J.B., (Edit.), The Social Treatment of Young Offenders. London, 1975.
- MORRIS, A./H. GILLER, Young Offenders; en: Law, Order and the Child Care System, en: 20 (1981) Howard Journal 81 y ss.
- MOTT, J., Police Decisions for Dealing with Juvenile Offenders, 23 (1983) British Journal of Criminology 249 y ss.
- PAIN, K.W., Practice and Procedure in Juvenile Courts. London, 1982.
- PARKER, H./CASBURN, M./TURNBULL, O.: Receiving Juvenile Justice, Oxford, 1981.
- PARLIAMENTARY ALL-PARTY PENAL AFFAIRS GROUP: Young Offenders - A Strategy for the Future. Chichester, 1981.
- SLOMNICKA, B.I.: Law of Child Care Plymouth, 1982.
- TUTT, N.: An Overview of Intervention With young Offenders: The Political and Legal Contexts; en P. Feldmann (Edit.): Developments in the Study of Criminal Behaviour. Vol. 1. Chichester 1982.
- TUTT, N./GILLER, H.: Police Cautioning of Juveniles: The Practice of Diversity. 1983 Criminal Law Review 587.

Los bandos militares en el Derecho vigente

GONZALO MUÑIZ VEGA

Teniente Coronel Auditor del Ejército. Profesor de Derecho Penal Militar de la Escuela Militar de Estudios Jurídicos

1. BANDOS MILITARES: CONCEPTO Y NATURALEZ

Según Almirante, la voz «Bando», la derivan unos del alemán «Bann», otros del vándalo «Baner», otros del bajo latín «bandum». Para Vico, la raíz etimológica aparece indicada en una capitular de Carlomagno: de «heribanno», bando militar que viene usado en el doble sentido de llamada a las armas y multa militar para los que no se presenten (1). El Bando Militar es aquella disposición general, dictada por la autoridad militar a la que se reconoce potestad para ello y que tiene fuerza obligatoria durante su vigencia para las fuerzas y territorio a los que va dirigido.

El chileno Astrosa Herrera distingue entre bandos penales y administrativos. Los primeros tienen por finalidad sancionar como delitos hechos atentatorios a la seguridad de las tropas (En España es más amplio). Y los bandos administrativos son los dirigidos a dar solución a los problemas administrativos que pueden presentarse en territorio enemigo ocupado por el ejército propio (2)

Como se sabe, el Bando ha sido durante siglos —según observa con acierto Cano Perucho— (3) la única fuente del Derecho Militar, ya que, hasta el siglo XVIII, no hay ejércitos permanentes y, de ahí, que no surge la necesidad de dictar ordenanzas generales. Bastaban las ordenanzas que se dictaban para cada campaña y los bandos promulgados por los Generales en Jefe. Y, así, una comunicación del Duque de

(1) FERNANDO DE QUEROL Y DE DURÁN, *Principios de Derecho Militar Español*, Madrid, 1948, tomo II, p. 24, JOAQUÍN OTERO GOYANES, *Los Bandos de Guerra*, en Revista Española de Derecho Militar, núm. 3, 1957, p. 10

(2) RENATO ASTROSA HERRERA, *Derecho Penal Militar*, Santiago de Chile, 1974, p. 36.

(3) JUAN LUIS CANO PERUCHO, *Los Bandos Penales Militares*, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (Mayo-Agosto 1983) p. 313.

Alba a Felipe II, en Cascaes, el 5 de agosto de 1580, indicaba que «*en los ejércitos no hay otras leyes en lo criminal sino los bandos*». Conocidos son los bandos de Hernán Cortés en Tzacatecle (1520), Carlos I en Génova (1536); Duque de Alba en Guilionora (1557); Duque de Alba en Bruselas (1567); Sancho Londoño, de orden del Duque de Alba, en su famoso «Discurso sobre la forma de reducir la disciplina militar a mejor y antiguo estado» (1568) etc. (4).

Durante el siglo XIX, se dictaron gran número de bandos, tanto en la Guerra de la Independencia como durante las Guerras Carlistas, así como en los distintos y numerosos sucesos históricos con intervención militar.

Los Códigos Penales Militares del siglo XIX—Código Penal del Ejército de 1884, Código Penal de la Marina de Guerra de 1888 y Código de Justicia Militar de 1890— no pusieron el más leve obstáculo a la existencia de bandos «como reconocimiento—según explica Cano Perucho— de su ineludible necesidad como fuente de Derecho Militar» (5).

El Código de Justicia Militar de 1945 tampoco puso obstáculos al Bando y recogió la tesis tradicional en nuestro Derecho, reconociéndolo en el artículo 181 como fuente del Derecho Penal Militar y Común, aunque algunos, como Cuello Calón, no lo aceptaban así respecto al último.

Se ha discutido acerca de la naturaleza jurídica del Bando Militar y aunque no han faltado autores que han mantenido el carácter incluso de ley formal, la opinión más acertada—a nuestro juicio— es la seguida por Jiménez de Asúa y Rodríguez Devesa de que se trata de una ordenanza de necesidad. Es decir, una ley material, no formal, dictada desde el Ejecutivo, debido a las circunstancias extraordinarias que concurren y que no emana de los órganos legislativos, ni se acomoda a las solemnidades requeridas para la promulgación de la ley formal (6).

2. AUTORIDADES FACULTADAS PARA DICTAR BANDOS MILITARES

Esta cuestión aparece de lo más confuso dentro de nuestra legislación vigente. Ateniéndonos a las previsiones del artículo 63 del Código Penal Militar, cabe distinguir dos hipótesis: tiempo de guerra y estado de sitio.

El artículo 14 del Código Penal Militar define el tiempo de guerra: «a los efectos de este Código se entenderá que la locución “en tiempo

(4) JUAN LUIS CANO PERUCHO, *loc. cit.*

(5) *Ibidem.*

(6) JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ DEVESA, *Bandos Penales Militares*, en Revista Española de Derecho Militar, núm. 3 (1957), p. 157; LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo II, Buenos Aires 1964, p. 376.

de guerra" comprende el período de tiempo que comienza con la declaración formal de guerra, al ser decretada la movilización para una guerra inminente o con la ruptura generalizada de las hostilidades con potencia extranjera, y termina en el momento en que cesen éstas.

El artículo 116 de la Constitución prevé que «una ley orgánica regulará los estados de alarma, de excepción y de sitio y las competencias y limitaciones correspondientes» y ha sido la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de julio, la que vino a desarrollar el anterior precepto constitucional.

El artículo 32 de dicha Ley Orgánica dispone que, cuando se produzca o amenace producir una insurrección o acto de fuerza contra la soberanía o independencia de España, su integridad territorial o el ordenamiento constitucional, que no puede resolverse por otros medios, el Gobierno, de conformidad con lo previsto en el artículo 116.4 de la Constitución, podrá proponer al Congreso de los Diputados la declaración del estado de sitio. La correspondiente declaración determinará el ámbito territorial, duración y condiciones del estado de sitio.

Y el artículo 33.2 dispone que el Gobierno designará la Autoridad Militar que, bajo su dirección, haya de ejecutar las medidas que procedan en el territorio a que el estado de sitio se refiere.

El artículo 34 establece: «La Autoridad Militar procederá a publicar y difundir los oportunos bandos que contendrán las medidas y prevenciones necesarias de acuerdo con la Constitución y la presente ley, y las condiciones de la declaración del estado de sitio».

Y el artículo 35 prevé: «En la declaración del estado de sitio, el Congreso de los Diputados podrá determinar los delitos que durante su vigencia deban ser sometidos a la jurisdicción militar».

Toda esta nueva normativa —y a pesar de que la Ley Orgánica 9/1980 no afectó a los artículos 6, 7, 9, 11 y 181 del Código de Justicia Militar de 1945 vigente al publicarse la misma, que consagraban el carácter de fuente de Derecho Penal Militar de los bandos— ya dio lugar a una discrepancia entre la doctrina acerca de los límites normativos de los bandos, pues mientras la mayor parte de la misma mantenía que los bandos pueden crear nuevos delitos y agravar las penas, sin poder establecer nuevas penas no previstas en las leyes vigentes, un sector minoritario —Cerezo Mir, Lostau— sostuvo que los bandos no pueden configurar nuevos delitos. «Únicamente pueden señalar que figuras delictivas quedan sometidas a la jurisdicción militar». Y tampoco «pueden modificar las penas señaladas con anterioridad en la ley a cada delito» (7).

La Ley Orgánica 9/1980 —como observa Cano Perucho— «manifiesta una gran desconfianza hacia las Fuerzas Armadas, ya que detrás de la Autoridad Militar estará siempre el Gobierno controlando y dirigiendo su actuación», pues —según afirma Fernández Segado— está «desnaturalizando un tanto la misión tradicional de las Fuerzas Arma-

(7) JOSÉ CEREZO MIR. *Curso de Derecho Penal Español, Parte General*, Tomo I, Madrid, 1981, p. 183.

das en estado de sitio»... ya que dicha ley «deja la misión de la autoridad militar reducida a la de ser una mera ejecutora de unas medidas en cuya adopción no habrá participado en sentido estricto, lo que desde luego no tiene fácil comprensión» (8).

De ahí que, en estado de sitio, sólo se reconoce la facultad de dictar bandos a aquella autoridad militar designada por el Gobierno, conforme el artículo 33, para que, bajo la dirección del mismo, ejecute las medidas que procedan en el territorio donde tal estado de sitio esté vigente.

En tiempo de guerra, el problema se complica. Rodríguez Devesa, con base en los artículos 53 a 56 del Código de Justicia Militar de 1945, reconoce tal facultad a las autoridades militares a que se refieren tales preceptos, tal vez porque, aunque no se confiera expresamente la potestad de dictar bandos en los mismos, considera que ella es inherente a la potestad jurisdiccional que, en cambio, se les reconoce expresamente (9). Pero —a nuestro juicio— esa interpretación resulta inadmisibles, dado que, tratándose tal potestad normativa de una facultad extraordinaria, no cabe deducirla a través de la interpretación extensiva de los antedichos artículos del Código de Justicia Militar, ni tampoco de los precedentes históricos.

Otero Goyanes, más acertado, (10) no encuentra otra norma vigente al respecto que el Reglamento del Servicio en Campaña contenido en la Ley de 5 de enero de 1882: artículo 23, y que ratifica tal potestad que reconocían a los Generales en Jefe de Ejércitos los artículos 1, título 3, Tratado VII y artículo 5, título VIII y Tratado VIII de las Reales Ordenanzas de 1768; y el artículo 931, que confiere la referida potestad al Gobernador de una plaza durante «el sitio formal» de la misma. En la actualidad, por tanto, son los Generales en Jefe, Capitanes Generales, y Comandantes en Jefe del Ejército, así como los Gobernadores de plazas sitiadas, los únicos con potestad para dictar bandos militares conforme a los artículos 23 y 931 del citado Reglamento, ya que el Código de Justicia Militar de 1945 no especifica de modo explícito cuales son las autoridades militares dotadas de tal potestad, a diferencia del Código de Justicia Militar de 1890, que, en su artículo 171, se refería precisamente a los «Generales en Jefe y Gobernadores de Plazas sitiadas y bloqueadas».

De ahí que —según observara Otero Goyanes hace seis lustros, lo que se viene a ratificar con más razón actualmente—, aquellos textos quedaron muy atrás no sólo en cuanto a la organización del Ejército, sino porque se tenían por extraordinarias situaciones que hoy no merecerían tal apelativo. Por tal motivo, «sería llegada la hora de intentar, al menos, poner un poco de orden en tan trascendental punto, reservando su ejercicio a muy altas jerarquías militares y al propio tiem-

(8) FRANCISCO FERNÁNDEZ, SEGADO, *La Jurisdicción Militar en nuestro ordenamiento constitucional*, Revista de Derecho Público, núm. 88-89 (julio-diciembre 1982) p. 569.

(9) JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español, Parte Especial*, Madrid, 1983, p. 1243.

(10) JOAQUÍN OTERO GOYANES, *op. cit.*, pp. 10 y ss.

po estableciendo fuertes sanciones para la usurpación de tal facultad tan privilegiada» (11). Es necesario incuestionablemente que extremo tan trascendental sea clarificado lo antes posible.

3. LIMITES DE LOS BANDOS MILITARES

El Bando es, sin duda, una norma temporal, pues se dicta para un tiempo y territorio determinado, y así el artículo 11 del Código de Justicia Militar dispone: «En todos los bandos que dicten las autoridades o jefes militares a quienes corresponde tal facultad, se consignará expresamente el espacio en que haya de aplicarse y el momento en que empezará a regir».

Pero el problema más agudo se plantea cuando se trata de circunscribir los límites de la potestad normativa de dictar bandos respecto al contenido de los mismos. A tal efecto, antes de la promulgación de la Constitución de 1978 y del Código Penal Militar de 1985, se admitía sin discusión la tesis que Pou formulaba claramente al decir: «debe distinguirse entre el Bando que dicta la Autoridad Militar en presencia del conflicto de orden público y el dictado por un General en Jefe en tiempo de Campaña. El primero se regula principalmente por la Ley de Orden Público: el último por el Reglamento de Campaña y, si las tropas operan en territorio extranjero, por los principios de Derecho Internacional» (12).

Bajo la vigencia de los Códigos de 1890 y 1945, la opinión dominante entre los tratadistas jurídico militares —Conejos D'Ocon, Querol, Otero Goyanes, etc.— partía de aquella distinción y consideraba que el Bando dictado en caso de perturbación de orden público, lo único que podía hacer era someter el enjuiciamiento de delitos comunes a la jurisdicción militar, e incluir, dentro de los delitos ya previstos por el ordenamiento militar, hechos que normalmente no se considerarían tales (13).

Tal postura era la intermedia entre la más restrictiva defendida por Jiménez de Asúa, Cerezo Mir, etc. (14) que sólo concede, en caso de conflicto de orden público, al Bando la facultad de someter a la jurisdicción castrense delitos comunes y las más amplia de Rodríguez Devesa, Cano Perucho, Sainz Cantero, etc. que le otorgaba la facultad de crear nuevos delitos (15).

No obstante las tres posturas antedichas —salvo alguna excep-

(11) *Op. cit.*, p. 21.

(12) Citado por OTERO GOYANES, *op. cit.* p. 19.

(13) FERNANDO DE QUEROL Y DURÁN, *op. cit.*, tomo II, p. 27; ANTONIO CONEJOS D'OCÓN. *Observaciones para la aplicación del Código de Justicia Militar*, Valencia, 1895, pp. 226 y 227; JOAQUÍN OTERO GOYANES, *op. cit.*, p. 23.

(14) LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, *op. cit.*, tomo II, p. 1384; JOSÉ CEREZO MIR. *op. cit.*, p. 183.

(15) JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ DEVESA, *op. cit.*, pp. 1243 y 1244; JUAN LUIS CANO PERUCHO. *op. cit.* pp. 317 y 318, y JOSÉ A. SAINZ CANTERO, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, tomo II, Barcelona, 1982, p. 16.

ción— conferían al Bando Militar, en tiempo de guerra, la potestad de crear nuevas figuras delictivas a través de la cual —como registraba Jiménez de Asúa— se manifiesta uno de los pocos casos en que el tipo, en vez de concretar lo injusto, lo da a conocer (16).

La postura de Cobo y Vives viene a negar, en virtud de su tesis de la reserva absoluta en materia penal en favor de la ley orgánica, toda virtualidad normativa al Bando (17).

Tras la promulgación de la Constitución y L.O. 4/1981 se replantaría una vez más el problema en la doctrina —Cerezo Mir, Cano Perucho, Rodríguez Devesa, Fernández Segado, etc. (18)— que, en cierto modo, el Código Penal Militar de 1985 ha tratado de solventar a través de los artículos 1, 20 y 63.

El artículo 1 dispone: «sólo serán castigadas como delitos militares las acciones y omisiones previstas como tales en este Código».

El artículo 20 define el delito militar: «son delitos militares las acciones y omisiones dolosas o culposas penadas en este Código».

Las acciones y omisiones culposas sólo se castigarán cuando expresamente así se disponga».

De los anteriores preceptos, se desprende con claridad que, fuera de los hechos tipificados en el Código Penal Militar, no hay delito militar. El Bando Militar no configura, en principio, ningún tipo delictivo militar, máxime si se tiene en cuenta que el proyecto remitido a las Cortes contenía la siguiente redacción del artículo 1: «sólo serán castigados como delitos militares, las acciones y omisiones previstas como tales en este Código y las incluidas con el referido carácter en los bandos que las autoridades militares, a que se refiere el apartado 2.º del artículo 9, dicten en tiempo de guerra o estado de sitio de acuerdo con la Constitución y por delegación de las Cortes Generales. En ningún caso podrán esos bandos establecer penas no previstos en este Código o contener normas contrarias a los principios de culpabilidad, igualdad o irretroactividad».

De ahí que, a la vista de estos artículos 1 y 20 del Código Penal Militar de 1985, cabría sostener que se aceptó la tesis de Cobo y Vives de la reserva absoluta de ley orgánica, excluyendo la tipificación de delitos militares a través de otra vía que la antedicha ley orgánica, (19) descartando la facultad tipificadora del Bando Militar.

(16) LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, *op. cit.*, p. 1384.

(17) MANUEL COBO DEL ROSAL y TOMÁS SALVADOR VIVES ANTÓN, *Derecho Penal, Parte General*, I-II - Valencia, 1982, pp. 86 y ss.

(18) FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO, *La participación militar en el estado de sitio y el modelo de Régimen Democrático*, Revista de Derecho Público, núm. 97-98 (julio-diciembre 1984) pp. 530 y ss.

(19) En favor de esta tesis, además ARROYO ZAPATERO, *Principio de legalidad y reserva de la ley en materia penal*, Revista Española de Derecho Constitucional, mayo-agosto 1983, pp. 9 y ss., BOIX REIG, *Repercusiones de la Constitución en el Derecho Penal*, Universidad de Deusto, 1983, pp. 52 y ss. GIMBERNAT ORDEIG, *Constitución y Derecho Penal en la Constitución. Un análisis comparado*, Roma 1981, p. 25, Octavio de Toledo: *Sobre el concepto de Derecho Penal*, Madrid 1981, p. 318, nota 917, RODRÍGUEZ RAMOS, *Comentarios a la Legislación Penal*, dirigida por COBO DEL ROSAL, tomo I, Madrid 1981, pp. 299 y ss.

Mas, como el Bando responde a una necesidad ineludible universalmente verificada y reconocida y consagrada por el Derecho Internacional incluso, para eludir aquella reserva de ley orgánica, que el legislador parece aceptar, se incluye el artículo 63, que no preveía aquel proyecto enviado a las Cortes.

Y el artículo 63 dice: «El que se negare a obedecer o no cumpliera las prescripciones u órdenes contenidas en los bandos que, de conformidad con la Constitución y las leyes, dicten las autoridades militares en tiempo de guerra o estado de sitio, será castigado con la pena de prisión de tres meses y un día a seis años o con la de confinamiento o destierro, siempre que al hecho no le corresponda una pena superior con arreglo a las disposiciones de este Código».

Como es fácil de ver, el artículo 63 contiene una auténtica ley en blanco, que ha de ser llenada en su día por la Autoridad Militar facultada para dictar bandos, a la que se confiere indirectamente una potestad normativa de tipificación de conductas.

El artículo 63 no hay duda que termina con las discusiones doctrinales anteriores sobre cuales son las facultades normativas del Bando en caso de guerra o en estado de sitio. El mismo no establece distinción al respecto y en ambas hipótesis la Autoridad Militar podrá tipificar conductas a través de los distintos mandatos imperativos que estampe en el Bando o, si se prefiere, completar el tipo definido ya, aunque lo sea de forma tan imprecisa, por medio de aquellos mandatos.

También puede afirmarse que pone término al problema doctrinal surgido entorno a la posibilidad de establecer o no nuevas penas, agravar las existentes etc., que, asimismo, dividió en su día a los autores —y que no recogimos por carecer de interés ya—, dado que, tal como viene redactado el artículo 63, se excluye la posibilidad de que el Bando prevea otra pena que las de prisión de tres meses y un día a seis años o confinamiento o destierro, salvo «que al hecho no le corresponda una pena superior con arreglo a las disposiciones de este Código». Es decir, que la pena viene previamente fijada por dicho artículo y no cabe alterarla.

No obstante —a nuestro juicio— al haberse el legislador inclinado por esta fórmula, plantea un agudo problema acerca de la constitucionalidad del artículo 63, más grave que los que trata de soslayar.

Admitida la tesis de la reserva de ley orgánica en la materia, como parece deducirse del propio hecho de la aprobación del Código Penal Militar a través de la L.O. 13/1985, de 9 de diciembre, la delegación legislativa en favor de la Autoridad Militar que el artículo 63 conlleva resulta, pues, incompatible con tal reserva de ley, que se elude por medio de la fórmula fraudulenta, de la ley en blanco; Fórmula cuya dosis de fraude estará en proporción directa a la discrecionalidad que se conceda al Ejecutivo —en este caso la Autoridad Militar— para la incriminación de conductas. Incluso cabe asegurar —y dejando al lado la tesis de la reserva de la ley orgánica— que el artículo 63 no cumple

los requisitos mínimos que Jescheck exigía de que la ley en blanco fije con claridad los presupuestos de punibilidad (20).

Y esta problemática acerca de la constitucionalidad del artículo 63, no sólo es teórica, ya que el mismo requiere que los bandos se hayan dictado «de conformidad con las leyes y la Constitución», requisito este que ha de ser examinado y valorado por el tribunal para apreciar la existencia del delito.

El anterior problema acerca de la constitucionalidad del artículo 63 conlleva la solución acerca de si los bandos pueden incidir o no en los derechos fundamentales, ya que, si consideramos que con la fórmula de tal artículo contenido en una ley orgánica se satisfacen las exigencias de la reserva de la ley prevista en el artículo 81.1 de la Constitución, la respuesta a tal cuestión ha de ser afirmativa, pues ya se satisfizo la exigencia constitucional por el propio artículo 63, no por el Bando. Mas, si se estima que el artículo 63 constituye un fraude constitucional, se destruye el poder normativo del propio Bando y resurgen con todo vigor la eficacia de los artículos 81 y 82 de la Constitución.

Lo que —a nuestro juicio— resulta indudable es que el Bando ha de respetar naturalmente, los principios de culpabilidad, igualdad e irretroactividad al completar un tipo enmarcado en el Código Penal Militar, donde tales principios están consagrados —de acuerdo con la Constitución— en los artículos 2, 3 y 4.

Finalmente, hemos de advertir, con Rodríguez Devesa, que no se impone al Bando Militar ninguna forma determinada (21).

(20) HANS-HEINRICH JESCHECK; *LEHRBUCH DES STRAFRECH, ALGEMEINER TEIL*, Berlín, 1978, p. 86 y ss.

(21) JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ DEVESA, *op. cit.*, Madrid, 1983, p. 1243.

Disposiciones (*)

PROPOSICION DE LEY de Reforma parcial de la regulación del delito de desacato, presentada por el Grupo Parlamentario CDS («BOC» de 21 de febrero de 1987, Serie B, núm. 51-1) ().**

(*) 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*: **Circular** de la Dirección General de Aduanas e Impuestos Especiales, núm. 953, de 16 de diciembre 1986 («BOE» núm. 12, de 14 enero 1987), sobre viajeros. Normas complementarias sobre el despacho de efectos y control de moneda en régimen de viajeros. **Enmiendas** de 1985 al Protocolo de 1978 («BOE» núm. 23, de 27 enero 1987), relativo al Convenio internacional para prevenir la contaminación por los buques, 1973, y a su anexo (publicado en el «Boletín Oficial del Estado» de 18 de octubre de 1984). **RD 220/1987**, de 20 febrero («BOE» núm. 45, de 21 febrero 1987), por el que se designa al Ministro de Justicia como Autoridad competente para la transmisión de comisiones rogatorias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y para formular propuestas en orden al beneficio de justicia gratuita ante el mismo Tribunal. **O.** del Ministerio de Economía y Hacienda de 17 marzo 1987 («BOE» núm. 71, de 24 marzo), por la que se aprueba el baremo de indemnización de los daños corporales a cargo del Seguro de Responsabilidad Civil derivada del Uso y Circulación de Vehículos de Motor, de suscripción obligatoria. **O.** del Ministerio de Economía y Hacienda de 13 marzo 1987 («BOE» núm. 74, de 27 marzo 1987), sobre gastos de viaje y estancia en el extranjero y movimiento de divisas y pesetas por frontera. b) *Proyectos*: **Convenio** entre España y Luxemburgo para evitar la doble imposición en materia de Impuestos sobre la Renta y el Patrimonio y para prevenir el fraude y la evasión fiscal y Protocolo anejo, hecho en Madrid el 3 de junio de 1986 («BOC», de 31 octubre 1986, Serie C, núm. 38-1). **Convenio** Europeo relativo a la transferencia de responsabilidad con respecto a los refugiados, hecho en Estrasburgo el 16 de octubre de 1980 («BOC», de 31 octubre 1986, Serie C, núm. 41-1). **Convenio** Europeo sobre la violencia e irrupciones de espectadores con motivo de manifestaciones deportivas y especialmente de partidos de fútbol, hecho en Estrasburgo el 19 de agosto 1985 («BOC», de 10 noviembre 1986, Serie C, núm. 53-1). **Tratado** entre el Reino de España y la República del Perú, sobre transferencia de personas sentenciadas a penas privativas de libertad y medidas de seguridad privativas de libertad, así como de menores bajo tratamiento especial, hecho en Lima el 25 de febrero de 1986 («BOC», de 14 noviembre 1986, Serie C, núm. 60-1). **Convenio** núm. XXIII de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado sobre reconocimiento y ejecución de las Resoluciones relativas a las obligaciones alimenticias, hecho en La Haya el 2 de octubre de 1973 («BOC», de 1 diciembre 1986, Serie C, núm. 73-1). **Proyecto de Ley** de Propiedad Intelectual («BOC», de 24 noviembre 1986, Serie A, núm. 14-1). **Proposición de Ley**, presentada por el Grupo Parlamentario Mixto, Agrupación de Diputados de Izquierda Unida-Esquerra Catalana, sobre regulación de la interrupción voluntaria del embarazo

Antecedentes y exposición de motivos

El desacato, como tipo distinto a los delitos contra el honor, aparece por primera vez en la etapa codificadora en el Código Penal de 1850, figurando en las sucesivas reformas con caracteres similares, constituyendo el cuerpo de la infracción, la ofensa a la dignidad de una Autoridad o funcionario en el ejercicio de su cargo o por razón de éste. De aquí que el bien jurídico protegido no sea el derecho al honor de la persona, sino la dignidad de quien personaliza una función pública. Tanto es así, que la Ley 62/1978, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, hace reserva penal del desacato.

La regulación actual del desacato es considerada por los penalistas confusa e inadecuada a la evolución social. La permanencia del insulto entre las acciones tipificadoras del desacato, junto a la injuria, supone una evidente reiteración que no se justifica por una interpretación más leve del ilícito, sino por simple inercia legislativa. La disparidad entre los artículos 240 y 244 con el 245, que no menciona la calumnia, tampoco ha podido ser explicada satisfactoriamente y de ningún modo la intrusión en este Capítulo VIII de la provocación al duelo como figura asimilable a la amenaza grave.

Sin embargo, las abundantes imperfecciones tienen menos trascendencia que la indefinición de la injuria (o el insulto) que tiene que remitirse a los artículos 457 y siguientes del propio Código, especialmente en su vertiente de menosprecio que, en atención a la naturaleza pública dotada de autoridad o de funciones delegadas, pone en riesgo de esterilidad los derechos del artículo 20 de la Constitución, mediatizando la crítica al funcionamiento de Instituciones y personas. En efecto, con demasiada frecuencia se instruyen procesos penales por la emisión de opiniones que imponen desmérito o desvalor de personas investidas de autoridad haciendo prevalecer el derecho subjetivo de personas u órganos determinados sobre el superior interés público de un buen funcionamiento de las Instituciones.

La reforma que se propone pretende paliar la situación en tanto no se produzca una reforma completa del Capítulo y, por otra parte, no compromete las garantías y caute-

(«BOC», de 8 noviembre 1986, Serie B, núm. 28-1). **Proposición de Ley Orgánica**, presentada por el Grupo Parlamentario de Coalición Popular, sobre regulación de los deberes y derechos políticos de los militares y por la que se confiere rango de Ley Orgánica a las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas («BOC», de 11 diciembre 1986, Serie B, núm. 34-1). **Proposición de Ley**, presentada por el Grupo Parlamentario de Coalición Popular, sobre reconocimiento del derecho a la objeción de conciencia de los médicos y personal sanitario, en relación con los supuestos de despenalización del aborto («BOC», de 11 de diciembre 1986, Serie B, núm. 37-1). **Proposición de Ley**, presentada por el Grupo Parlamentario de Coalición Popular, sobre protección de la vida concebida («BOC», de 11 diciembre 1986, Serie B, núm. 38-1). **Proposición de Ley**, presentada por el Grupo Parlamentario vasco (PNV), sobre prevención de la drogadicción y toxicomanías («BOC», de 22 de diciembre 1986, Serie B, núm. 42-1). **Proyecto de Ley** de modificación de la L.O. 5/1985, de 19 junio, de Régimen Electoral General para la regulación de las Elecciones al Parlamento Europeo («BOC», de 4 febrero 1987, Serie A, núm. 23-1). **Proyecto de Ley**, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas («BOC», de 28 febrero 1987, Serie A, núm. 25-1). **Proposición de Ley**, presentada por el Grupo Parlamentario CDS, de Modificación de la Ley de 18 de junio de 1870, sobre normas para el ejercicio del derecho de gracia («BOC», de 14 enero 1987, Serie B, núm. 44-1). **Convenio** de La Haya número XIX sobre la ley aplicable en materia de accidentes de circulación por carretera («BOC», de 14 febrero 1987, Serie C, núm. 89-1).

las que deben proteger el ejercicio de funciones públicas, que quedan protegidas por las restantes.

Por todo lo anterior, se plantea la siguiente proposición de Ley:

Artículo único

Se incorpora al Código Penal vigente un nuevo artículo con la siguiente redacción;

«Artículo 245 bis

Las opiniones o juicios de valor negativos sobre la actuación y decisiones de las autoridades y funcionarios a los que se refiere el Capítulo, incluso los de la Administración de Justicia, no constituirán desacato cuando se produzcan en ejercicio de los derechos reconocidos en el artículo 20 de la Constitución.»

DISPOSICION FINAL

La presente Ley entrará en vigor el mismo día de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

Palacio del Congreso de los Diputados, 11 de febrero de 1987. El Portavoz, **Agustín Rodríguez Sahagún**.

SECCION DE JURISPRUDENCIA

Comentarios a la jurisprudencia del Tribunal Supremo

Sección dirigida por

SANTIAGO MIR PUIG

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Barcelona

SOBRE EL TIPO SUBJETIVO DEL CONCURSO DE DELITOS

Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo
de 20 de abril de 1985

(Recurso n.º 1761-85: Ponente: Sr. Hijas)

SANTIAGO MIR PUIG

Director del Departamento de Derecho Penal de la Universidad de Barcelona

I

1. El procesado, Miguel C., invidente total, sostuvo una discusión con Antonio S., invidente parcial, sobre la ocupación de un sitio determinado para vender el cupón de la O.N.C.E. Ambos se dirigieron insultos mutuos. El procesado, Miguel C., dijo al segundo que su madre era una puta. Medió entonces un tercero, Antonio del P., jubilado de 70 años que alegó que la madre del otro Antonio había sido siempre una mujer decente. También replicó el ofendido, llamando a su vez «hijo de puta» al procesado. Este trató de atacar al que le insultaba (Antonio S.) «y creyendo se trataba del mismo, se abalanzó contra el jubilado Antonio del P., que se encontraba entre ambos, tirándole al suelo y golpeándole, causándole así lesiones en la cabeza y piernas». Curaron éstas a los 15 días, durante los cuales necesitó el lesionado asistencia facultativa y estuvo impedido para dedicarse a cualquier trabajo. Quedó como secuela una incapacidad parcial permanente estimable en un veinticinco por ciento.

2. Tales hechos probados se condenaron por el Tribunal *a quo* como constitutivos de un delito de lesiones graves del artículo 420.3 del Código penal. Se impusieron la pena de un año de prisión, a la accesoria de suspensión y el pago de costas e indemnización civil de seiscientos treinta y dos mil pesetas. El Tribunal Supremo desestimó el recurso interpuesto por el procesado.

II

El examen de los distintos motivos del recurso interpuesto lleva a la Sentencia que contemplamos a tomar posición en distintos temas capitales de la teoría del delito. El presente comentario se centrará fundamentalmente en uno de ellos, el de la **aberratio ictus**, que presenta en este caso una problemática especialmente interesante y abre las puertas a una cuestión no planteada en la doctrina: la del **tipo subjetivo del concurso de delitos**. No perderemos, no obstante, la ocasión de comentar brevemente otras declaraciones jurisprudenciales contenidas en la Sentencia.

1. Según esta Sentencia, existe un «error en el golpe» (*aberratio ictus*) en el caso enjuiciado por haber alcanzado a Antonio del P. el acometimiento y los golpes dirigidos a Antonio S. El Tribunal Supremo entiende que dicha «desviación del golpe» no elimina el dolo del delito de lesiones, con la siguiente argumentación:

«... es evidente que en el acto de agresión del recurrente, contra otra persona, con intimidación (sic) de dañarle, es claro que hay intención de herir, maltratar, «animus laedendi» que no se elimina por que el golpe recaiga en persona distinta de la que se desea agredir, porque el agente se representa el mal de una persona, sabe que el hecho es antijurídico y punible, lo quiere y lo efectúa. El que el mal recaiga en persona distinta de la propuesta no afecta al dolo, es, como dice la sentencia de instancia, un caso de error en el golpe, querido, deseado y buscado; es el caso clásico de error en la persona, tan ilícito, antijurídico y doloso como cuando se acierta en ella el golpe...»

El tratamiento que acoge la Sentencia para la *aberratio ictus* coincide, pues, con el que unánimemente se asigna al *error in persona*. Antes de entrar a valorar esta solución importa, no obstante, señalar la incorrección en que cae el fragmento citado cuando en su última oración confunde la *aberratio ictus* con el *error in persona*. Que un sector de la doctrina equipare el tratamiento de ambas figuras, no significa en absoluto que la *aberratio ictus* sea el *error in persona*, como afirma la Sentencia. No debería ser necesario recordar la diferencia entre las dos clases de error mencionadas: mientras que en la *aberratio ictus* existe una desviación **material** en el curso del ataque imaginado (en lugar de dar en A, al que se apuntaba, la bala da en B, que estaba a su lado), en el *error in persona* se alcanza la persona a la que se apuntaba, pero cuya **identidad** se confundió con la de la otra (se apuntó a A y se le alcanzó, pero A no resultó ser la persona que se suponía) (1).

Aunque, como decíamos, un sector doctrinal y el Tribunal Supremo se han manifestado en favor de considerar en ambos casos concurrente un (solo) delito doloso (2), la doctrina dominante se inclina

(1) Cfr., por ejemplo, MIR PUIG, Derecho Penal, Parte General, 2.ª ed., 1985, pp. 214 y s.

(2) Así, en nuestro país, ANTÓN ONECA, Derecho Penal, Parte General, 1949, pp. 213 y s. Ver la STS 15 junio 1971. De «práctica unanimidad» de la jurisprudencia del TS en

cada vez más a distinguir el tratamiento de las dos formas de error mencionadas. La solución de considerar subsistente un delito doloso se considera adecuada para el *error in persona*, pero no para la *aberratio ictus*, en que habría que estimar **frustrado** el ataque pretendido y, en su caso, castigar como **imprudente** (si lo fue) la lesión efectivamente producida (3).

Todo depende de como se conciba la noción de «bien jurídico». Si se entiende como *valor abstracto* (como «la» vida o «la» salud, en abstracto), es lógico mantener la subsistencia del dolo en la *aberratio ictus*: aunque la muerte o la lesión corporal recaiga en persona distinta a la que se apuntaba, lo cierto es que se quería lesionar el valor vida o el valor salud y que ello se ha conseguido. Pero tal concepción abstracta del bien jurídico no parece satisfactoria en un Estado social y democrático de Derecho en que se trata de proteger las vidas *concretas* y la salud *concreta* de cada ciudadano, y no valores abstractos en sí mismos. Ninguna protección jurídico-penal merecería el «valor vida» ni el «valor salud», si no se encarnasen en la vida o en la salud de una persona real (4). Ahora bien, si el bien jurídico se vincula, como parece correcto, a un concreto *objeto empírico*, como la vida o la salud de una persona concreta, no parece posible considerar subsistente el dolo cuando el ataque no da en la persona que constituye el *objeto empírico* a que materialmente se dirigía. Es lo que ocurre en la *aberratio ictus*, que ha de determinar la apreciación de un delito frustrado respecto del ataque al objeto (persona) no alcanzado, en eventual concurso con un delito imprudente respecto al objeto lesionado (5).

2. No se trata aquí de profundizar este planteamiento, ni de proseguir el debate doctrinal en torno al tratamiento general de la *aberratio ictus*. Se trata de considerar la particular problemática que suscita la *aberratio ictus* en un caso como el enjuiciado por la Sentencia que comentamos, y que tal vez haga explicable en parte la confusión de *error in persona* y *aberratio ictus*, así como la extensión a ésta del tratamiento de aquél.

Es interesante, en efecto, que en el supuesto examinado cabe distinguir *dos momentos*, en el primero de los cuales existe una *aberratio ictus*, mientras que en el segundo de ellos se produce un *error in persona*. Veámoslo:

este sentido habla SILVA SÁNCHEZ, «*Aberratio ictus*» e imputación objetiva, en «Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales», 1984, p. 351, donde cita en esta línea las SSTS 30 abril 1896, 5 febrero 1897, 31 diciembre 1904, 22 junio 1963, 15 junio 1971, 5 diciembre 1974, 27 septiembre 1978, 22 enero 1979 y 19 octubre 1981. La STS 22 enero 1979 contempla un caso en cierto modo próximo al examinado en nuestro comentario: Un jugador de fútbol, fuera de sí por la marcha del partido, se dirige al arbitro y lanza su puño contra el rostro de éste, pero resulta alcanzado otro futbolista que se había interpuesto para tratar de impedir la agresión.

(3) Vid., por todos, SILVA SÁNCHEZ, «*Aberratio ictus*» e imputación objetiva, en «Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales», 1984, p. 350.

(4) Cfr. MIR PUIG, Objeto del delito, en Nueva Enciclopedia Jurídica, Seix, t. XVII, p. 766.

(5) Cfr. MIR PUIG, Derecho Penal, cit., p. 216. De acuerdo se manifiesta SILVA SÁNCHEZ, ADPCP 1984, cit., p. 371.

a) Cuando se siente insultado por A. S., Miguel C. dirige su agresión física al mismo, pero el acometimiento recae sobre el tercero interpuesto entre aquéllos dos, a causa de la ceguera del agresor. Este primer ataque, que tal vez determinó ya que cayese al suelo el afectado, pudo constituir —como afirma la Sentencia— una *aberratio ictus* o «error en el golpe» (expresiones sinónimas). Ello supone que el agresor no confundió previamente la identidad de su víctima, pues si así fuera y hubiera tomado al sujeto interpuesto por aquél que le había insultado, concurriría un *error in persona* (así, por ejemplo, si antes de empujarle le hubiese identificado erróneamente mediante el tacto o por creer que el que estaba ante él era el que le había ofendido). Pero descartemos esta otra posibilidad, que haría evidente la presencia en el caso de un solo delito doloso de lesiones y que privaría de mayor interés al comentario de este caso. Admitamos que efectivamente se produjo un «error en el golpe», como entiende la Sentencia, y que si el acometimiento recayó en el tercero no fue porque se dirigiese físicamente a él, sino porque, al abalanzarse sobre A. S., el primer golpe o empujón recae en una persona interpuesta a la que no se había visto y cuya presencia entre los dos contendientes no se había advertido.

b) Es innegable, en cambio, que tras el primer golpe el agresor creyó haber alcanzado a A. S., razón por la cual siguió golpeando al jubilado. *A partir del segundo golpe* el agresor confunde la identidad de la víctima y dirige físicamente a ella su ataque. Desde ese momento concurre un *error in persona*.

3. Pero, si existió primero una *aberratio ictus* y luego un *error in persona*, y si se admite el tratamiento diferenciado de ambas figuras, ¿es correcta la solución del Tribunal Supremo de estimar un (único) delito doloso de lesiones? Aparentemente, no; mas un análisis más profundo puede conducir a la misma solución, por una vía argumental bien distinta de la seguida (incorrectamente) por la Sentencia analizada.

La aplicación de los principios usuales en esta materia llevaría a afirmar la presencia de un concurso de lesiones frustradas (las dirigidas materialmente a A. S.) y lesiones consumadas dolosas (las ocasionadas por los golpes efectuados a partir del momento en que se cree haber identificado a A. S., lesiones que absorben al primer acometimiento imprudente motivado por la originaria desviación del golpe). Las lesiones frustradas deberían apreciarse por la *aberratio ictus* inicial; las lesiones consumadas dolosas, por haberse producido a partir de un momento en que sólo existe un *error in persona* irrelevante. El concurso de delitos ha de considerarse *real* (artículos 69 y 70 CP). ¿No parece excesivo este tratamiento? ¿No parece más ajustada al sentido común la solución del Tribunal Supremo?

Para evitar las ambigüedades y oscuridades de los hechos propios del caso que examinamos, puede ser conveniente imaginar otro supuesto que encierre la misma estructura y al que podamos trasladar la pregunta que acabamos de formular. Piénsese en el ejemplo siguiente:

A dispara sobre B, parcialmente visible tras unos matorrales, pero la bala da en C, al que A no ve por estar (C) oculto junto a B; éste simula caer herido, queda oculto y aprovecha para esconderse en otro lugar; entretanto A oye los quejidos de C y, creyendo que era B, vuelve a disparar para rematarle, lo que consigue.

También en este supuesto se da la estructura de concurrencia de una *aberratio ictus* inicial y un *error in persona* posterior: lo mismo que sucede en nuestro caso. **Objetivamente** es innegable que el autor ha puesto en concreto peligro a una persona y ha lesionado a otra distinta, por lo que desde este punto de vista habría base para un concurso de delitos. Pero **subjectivamente** el autor cree durante todo el tiempo estar atacando a la misma persona, de suerte que el segundo disparo (como los golpes ulteriores en nuestro caso) lo efectúa para consumir (o completar, en nuestro caso) la agresión a una misma persona. El sujeto *desconoce*, por tanto, *la situación de concurso de delitos*; la situación que él cree concurrente constituiría una *unidad de hecho*, en la que el disparo posterior sería continuación del ataque iniciado con el primero (supuesto denominado de «realización progresiva del tipo») (6), y en que se daría una situación de *concurso de leyes* a resolver según el principio de subsidiariedad, que desplazaría la posible calificación de frustración, absorbida por la posterior consumación (7).

El problema que se plantea en casos como los contemplados es si basta la concurrencia *objetiva* de una situación de concurso de delitos para que éste pueda apreciarse, o si el principio de culpabilidad (en sentido amplio) exige para ello que el sujeto *conozca* dicha situación concursal. No se trata de plantear aquí la posible concurrencia de un error de subsunción, que existiría cuando el sujeto conocedor de la situación fáctica creyese erróneamente que no constituye según el Derecho un concurso de delitos. Aquí suponemos que el sujeto desconoce la propia situación fáctica y supone erróneamente otra que, de concurrir, efectivamente daría lugar a un concurso de delitos. La tesis que quiero proponer es que *en este caso no cabe apreciar un concurso de delitos por no ser éste imputable subjectivamente según exige el principio de culpabilidad en sentido amplio* (8).

Es cierto que en el caso enjuiciado por la Sentencia que comentamos —como el otro que hemos imaginado— es imputable subjectivamente al sujeto tanto la frustración inicial como la consumación pos-

(6) Cfr. JESCHECK, Tratado de Derecho Penal, trad. y Adiciones de Derecho español de Mir Puig y Muñoz Conde, 1981, pp. 998 y s.; CÓRDOBA RODA, Comentarios al Código penal, II, pp. 316 y s.; STRATENWERTH, Derecho Penal, Parte General, I, trad. de Romero, 1982, número 1212 y ss.; MIR PUIG, Derecho Penal, cit., p. 593.

(7) Cfr., por todos, JESCHECK, Tratado, cit., p. 1037; MIR PUIG, Derecho Penal, cit., p. 607. En este sentido también SANZ MORÁN, El concurso de delitos, Aspectos de política legislativa, 1986, p. 124 (no parece, en cambio, compartir la admisión de una unidad de hecho: cfr. *op. cit.*, p. 130, nota 65).

(8) Sobre este sentido amplio del principio de culpabilidad, distinto del que se atribuye a la culpabilidad como elemento del delito, cfr. MIR PUIG, Sobre el principio de culpabilidad como límite de la pena, en El poder penal del Estado, Homenaje a Hilde Kaufmann, Buenos Aires, 1985, p. 366.

terior, si se contemplan *separadamente*. Pero, como el sujeto cree que ambas recaen sobre la misma persona, al consumir el hecho cree estar sólo completando su ejecución y no atacando un bien jurídico distinto. El ataque a dos bienes jurídicos distintos que objetivamente concurre no es imputable subjetivamente.

Podría formularse lo anterior proponiendo distinguir entre el tipo de un delito y el **tipo del concurso de delitos**. Este requiere no sólo dos o más hechos que separadamente constituirían delito, sino además que puedan estimarse *conjuntamente* como varios delitos. Una frustración y una consumación *dolosa*, aunque separadamente puedan constituir delitos distintos, no darán lugar al tipo del concurso de delitos si se refieren a una misma víctima y se producen en una misma situación, mientras que sí originarán la parte objetiva de dicho tipo de concurso siempre que se refieran a personas distintas. Del mismo modo, faltará la parte subjetiva del tipo de concurso de delitos aunque el sujeto haya efectuado dolosamente un primer ataque frustrado seguido de un posterior delito consumado, si cree que ambos se refieren a una misma víctima.

La parte subjetiva del tipo de concurso de delitos puede requerir, pues, algo más que la suma de dos hechos dolosos aisladamente considerados: requiere el conocimiento de aquellos datos situacionales que permiten apreciar *conjuntamente* dos o más delitos; por ejemplo, el conocimiento de que son *distintas las víctimas* de un primer ataque frustrado y la posterior consumación.

No es posible, por lo demás, imputar el concurso de delitos dolosos a título de imprudencia. Ni el artículo 565 del Código penal ni ningún otro prevén esta posibilidad.

4. **En conclusión**, aunque objetivamente existiese la situación objetiva de concurso de delitos en el caso que comentamos (concurso de lesiones frustradas de A. S. y dolosas consumadas de A. del P.) —cosa que hemos admitido según la interpretación de los hechos efectuada en la Sentencia—, dicha situación objetiva de concurso no sería imputable subjetivamente por desconocer el autor que dirigía su agresión a dos personas distintas. Si se admite la presencia de una *aberratio ictus* inicial que da lugar a unas lesiones frustradas y de un *error in persona* posterior que no impide el carácter doloso de las lesiones ulteriores, se dará, en efecto, la base objetiva de un concurso de delitos, pero **faltará la parte subjetiva del tipo del concurso**, que exigiría el conocimiento de que se atacaba a dos personas distintas: el procesado creía atacar en todo momento a una misma persona. Como el principio de culpabilidad impide imputar a alguien lo que no conoce o puede prever, y como hay que descartar la imputación imprudente de un concurso de delitos dolosos, la conclusión es que *no cabe imputar un concurso de delitos a Miguel C. Es correcta, pues, la apreciación de un único delito doloso de lesiones.*

III

La Sentencia comentada contiene diversas declaraciones acerca de otros puntos importantes de la teoría del delito. Me limitaré aquí a referirme brevemente a algunas de ellas.

1. Empieza la Sentencia interpretando el concepto de **dolo** a que se refiere la redacción del artículo 1 del Código penal desde su reforma de 1983:

«Para que este dolo se manifieste es preciso, en *primer lugar*, la *voluntariedad de la acción*, equivalente a la presencia de *malicia* que abarque intelectualmente el *conocimiento del hecho* y, en segundo lugar, su *significación antijurídica*, esto es, en definitiva, *conciencia de la ilicitud y querer el resultado*, representado con anticipación, conocimiento y voluntad, gráficamente descrito en la Sentencia de 24 de febrero de 1962 como dañada (*sic*) voluntad de hacer lo que la Ley prohíbe o manda (*sic*) bajo sanción penal, maliciosa y consciente de producir un resultado dañoso o punible».

Sólo quiero destacar rápidamente que esta caracterización del dolo supone:

a) la admisión del concepto clásico de *dolus malus*, que, a diferencia del llamado «dolo natural» introducido por el finalismo, requiere como elemento integrante el conocimiento de la antijuricidad;

b) la consecuencia de que el error de prohibición excluye el dolo y, por lo tanto, el carácter «doloso» del hecho;

c) que, puesto que según el artículo 1 del Código penal los delitos y faltas sólo pueden ser dolosos o culposos, el error de prohibición convertirá en «culposo» al hecho;

d) que no se considera que la Reforma de 1983 y la introducción del artículo 6 bis a) deban suponer un abandono de la anterior concepción jurisprudencial del dolo y de su relación con el conocimiento de la antijuricidad.

2. Es interesante también otro Considerando de la Sentencia que rechaza que dé lugar a **legítima defensa** el insulto que había dirigido Antonio S. al recurrente. Razona la Sentencia: «...la agresión verbal contra el honor y los derechos de Antonio S., partió, según los hechos probados, del recurrente Miguel C., con el insulto de hijo de puta. Por tanto, cuando S. responde con el mismo epíteto deshonrante, hay una previa agresión verbal de C., a quien se le responde con «*animus retorquendi*» lo que, a semejanza de la riña mutuamente aceptada, elimina el requisito fundamental de toda defensa legítima que es la agresión ilegítima».

Importa resaltar que viene con ello a sostenerse que el *animus retorquendi*, es decir, el ánimo de replicar a una ofensa con otra ofensa, priva a ésta del carácter de agresión ilegítima. El que primero insulta no puede, según esto, defenderse de la injuria con que se le contesta, y no sólo porque falte el requisito tercero del artículo 8.4, de falta de provocación suficiente por parte del defensor, sino por falta de agresión ilegítima. Ello conlleva dos consecuencias.

La primera es que no cabrá apreciar ni la legítima defensa comple-

ta ni la eximente incompleta correspondiente (artículo 9.1 del Código penal, en relación con el artículo 8.4 del mismo Código). Como es sabido, la agresión ilegítima es requisito fundamental de la eximente, sin cuya concurrencia falta toda base para apreciar ninguna forma incompleta de legítima defensa. La situación sería distinta, según la interpretación dominante, si se estimase que en los caos de retorsión no cabe la eximente por la *provocación* previa procedente del defensor; éste último se considera un requisito no fundamental de la legítima defensa, cuya ausencia no impide la estimación de ésta en forma incompleta (9).

Una segunda consecuencia del planteamiento de la Sentencia es que parecen reputarse *legítimas* las ofensas efectuadas con ánimo de retorsión. Así se desprende de que las mismas no se consideren constitutivas de agresión *ilegítima*. Parece evidente que contestar insultando a la madre del que primero injurió no podría justificarse por la vía de la legítima defensa, pues no es una forma de defensa necesaria. Sin embargo, tal vez quepa ver en las réplicas de tal naturaleza hechos que, por su contexto y por las valoraciones sociales usuales, no son del todo «socialmente adecuados» pero sí «insignificantes». La aplicación del *principio de insignificancia* (10) permitiría excluir la tipicidad de tales ofensas con *animus retorquendi* —salvo, claro está, que dejen de ser *usuales* y, por tanto, «insignificantes». Un principio dogmático como éste puede ofrecer un fundamento razonable a decisiones jurisprudenciales como la analizada, basadas en una intuición jurídica que es preciso apoyar en algo más que el sentido común.

(9) Cfr., por ejemplo, CÓRDOBA RODA, Comentarios, cit., I, p. 253; MAGALDI, La legítima defensa en la jurisprudencia española, 1976, pp. 149 y ss.; LUZÓN PEÑA, Legítima defensa y estado de necesidad defensivo, en Comentarios a la legislación penal (Dtor. Cobo del Rosal), t. V, vol. 1.º, 1985, p. 263.

(10) Sobre este principio *vid.* OSTENDORF, Das Geringfügigkeitsprinzip als strafrechtliche Auslegungsregel, en «Goltdammer's Archiv», 1982, pp. 332 y ss.; MIR PUIG, Derecho Penal, cit., p. 461.

Jurisprudencia Constitucional

PUBLICADA EN OCTUBRE-DICIEMBRE DE 1986 Y ENERO 1987
Y CON APLICACION EN MATERIA PENAL

ANTONIO GONZALEZ-CUELLAR GARCIA
Universidad Autónoma. Madrid

LUIS FELIPE RUIZ ANTON
Universidad Complutense. Madrid

I) CONSTITUCION

ARTÍCULO 14

Principio de igualdad

«Es cierto que la utilización por los órganos del poder de referencias de carácter ético, aunque sea con finalidades estrictamente descriptivas, debe ser evitada, pues esas referencias pueden prestarse a malentendidos o alentar prejuicios irracionales presentes en nuestra sociedad. No menos cierto es, también, sin embargo, que ese uso no es en sí mismo discriminatorio como lo prueban las referencias del mismo sentido puramente descriptivo a la condición de los recurrentes que se encuentran, tanto en sus propias manifestaciones como en los escritos presentados en su defensa.»

(Sentencia de 22 de octubre de 1986. RA 1202/85.—«BOE» de 18 de noviembre de 1986.—Ponente: Francisco Rubio Llorente.)

ARTÍCULOS 17.1, 25.1, 53.1 y 2 y 81.1

Penas privativas de libertad. Ley Orgánica

«El artículo 17.1 de la Constitución, al hacer mención del derecho a la libertad y a la seguridad, lo hace sin limitar su alcance a situaciones anteriores a la condena penal.

y, en consecuencia, sin excluir ninguna privación de libertad —anterior o posterior a la Sentencia condenatoria— de la necesidad de que se lleve a cabo con las garantías previstas en el mismo artículo y apartado, que comportan que se realicen “en los casos y en la forma previstos por la Ley” (fundamento jurídico 4.º). No cabe sino reiterar, pues, a este respecto que, junto a las garantías concretas recogidas en ese artículo constitucional referidas a la detención preventiva y a la prisión provisional, la garantía consistente en exigir que la privación de libertad se realice “en los casos y formas previstos por la Ley”, aparece como una garantía genérica, referida tanto a tales casos, como a los supuestos de privación de libertad en virtud de una condena penal. Y proseguíamos en la misma Sentencia indicando que esa garantía legal del derecho a la libertad, se traducía, en virtud de las previsiones del artículo 81.1 de la Constitución, en la exigencia de que las normas penales que previeran sanciones de privación de libertad asumieran carácter de Ley Orgánica. Pues, como señalábamos en el fundamento jurídico 5.º, el desarrollo legislativo de un derecho proclamado en abstracto en la Constitución consiste precisamente en la determinación de su alcance y límites en relación con otros derechos y con su ejercicio por las demás personas, cuyo respeto, según el artículo 10.1 de la CE, es uno de los fundamentos del orden público y de la paz social. Pues bien, no existe en un ordenamiento jurídico un límite más severo a la libertad que la privación de la libertad en sí. El derecho a la libertad del artículo 17.1 es el derecho de todos a no ser privados de la misma, salvo “en los casos y en la forma previstos en la Ley”: en una ley que, por el hecho de fijar las condiciones de tal privación, es desarrollo del derecho que así se limita. En este sentido, el Código Penal, y en general las normas penales, son garantía y desarrollo del derecho de libertad en el sentido del artículo 81.1 de la CE, en cuanto fijan y precisan los supuestos en que legítimamente se puede privar a una persona de libertad. De ahí que deban tener carácter de Orgánicas. Por lo que procede concluir que, al no tener tal carácter la norma cuestionada, vulnera lo dispuesto en los artículos 17.1 y 81.1 de la Constitución Española.»

(Sentencia de 16 de diciembre de 1986. Cuestión de inconstitucionalidad 1232/86.—«BOE» de 31 de diciembre de 1986.—Ponente: Luis López Guerra.)

«El artículo 17.1, al hacer mención del derecho a la libertad y seguridad, lo hace en términos generales, sin limitar su alcance a situaciones anteriores a la condena penal y, en consecuencia, sin excluir ninguna privación de libertad —anterior o posterior a la Sentencia condenatoria— de la necesidad de que se lleve a cabo con las garantías previstas en el mismo artículo y apartado, esto es, que se realice “en los casos y en la forma previstos en la Ley”. Lo que supone que la protección alcanza tanto a las detenciones preventivas y las situaciones de prisión provisionales anteriores a la Sentencia, como a la privación de libertad, consecuencia de ésta, y a la forma en que tal privación se lleva a cabo en la práctica. Abona esta conclusión, resultante de la letra del artículo 17.1, el que en apartados distintos del mismo artículo se regule específicamente la detención preventiva y se remita a la Ley la fijación del plazo máximo de duración de la prisión provisional. Debe entenderse pues que la privación de libertad a que se refiere el artículo 17.1 se refiere tanto a supuestos de privación anteriores a la condena penal, como a aquellos determinados por la misma, y que se han de llevar a cabo en su virtud. En otras palabras, el mandato del tantas veces citado artículo constitucional comprende también el derecho a no ser privado de libertad por Sentencia firme sino en los casos y en la forma previstos en la Ley.

Primeramente, a la luz de la literalidad del artículo 17.1 (que hace referencia a “la

Ley”), y ante lo previsto en los artículos 25.1 y 53.1 de la Constitución, procede concluir sin duda que las normas penales han de revestir el rango de Ley como este mismo Tribunal ha señalado. El principio general de legalidad recogido en el artículo 25.1 de la CE, respecto de toda norma sancionatoria, se traduce, en lo que se refiere a las normas sancionatorias que implican privación de libertad (o de alguno de los derechos contenidos en el Capítulo II del Título I), en la exigencia de que asuman rango legal, como resulta de la reserva explícita que lleva a cabo el artículo 53.1 de la CE, al disponer que sólo por Ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades. En este sentido, este Tribunal ha podido afirmar que, al decir el artículo 25 de la CE que “nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no constituyan delito, falta o infracción administrativa según la legislación vigente en aquel momento”, este precepto constitucional de expresión general al principio de legalidad en materia sancionadora del que se deriva que una sanción de privación de libertad u otra, sólo procedería en los casos previstos y tipificados en normas preestablecidas y únicamente en la cuantía y extensión previstas en dichas normas; y la “legislación” en materia penal y punitiva se traduce en “reserva absoluta” de Ley (STC 25/1984, de 23 de febrero, fundamento jurídico 3.º).

Como ya señaló este Tribunal en la mencionada Sentencia, la formulación del principio de legalidad respecto de las normas sancionadoras penales contenido en el artículo 25.1 de la CE, supone la exigencia del rango de Ley formal para este tipo de normas; pero no implica, por sí solo, la necesidad de que asuman los caracteres de las Leyes Orgánicas previstas en el artículo 81.1 del Texto constitucional. Ahora bien, en el presente caso nos encontramos ante un recurso de amparo en que se plantea, principalmente, la protección de un derecho fundamental, el recogido en el artículo 17.1 de la Constitución; con lo que varían respecto de la mencionada Sentencia los parámetros constitucionales a tener en cuenta por el Tribunal. Lo que ahora se plantea es si, aparte de la exigencia del rango de Ley formal, se requiere también, a la luz de lo dispuesto en el artículo 81.1 de la CE, en relación con el artículo 17.1 de la misma, que las normas penales sancionadoras estén contenidas en Leyes Orgánicas.

La respuesta ha de ser afirmativa. El artículo 81.1 mencionado prevé que son Leyes Orgánicas “las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y las libertades públicas”. Y no cabe duda de que las normas penales (como ha admitido la gran mayoría de nuestra doctrina penalista) suponen un desarrollo del derecho a la libertad (aparte de otros derechos fundamentales que no son ahora relevantes). El desarrollo legislativo de un derecho proclamado en abstracto en la Constitución consiste, precisamente, en la determinación de su alcance y límites en relación con otros derechos y con su ejercicio por las demás personas, cuyo respeto, según el artículo 10.1 de la CE, es uno de los fundamentos de orden político y de la paz social. Pues bien, no existe en un ordenamiento jurídico un límite más severo a la libertad que la privación de la libertad en sí. El derecho a la libertad del artículo 17.1 es el derecho de todos a no ser privados de la misma, salvo “en los casos y en la forma previstos en la Ley”: En una Ley que, por el hecho de fijar las condiciones de tal privación, es desarrollo del derecho que así se limita. En este sentido el Código Penal y en general las normas penales, están en él enmarcadas formalmente, o fuera de él en leyes sectoriales, son garantía y desarrollo del derecho de libertad en el sentido del artículo 81.1 de la CE, por cuanto fijan y precisan los supuestos en que legítimamente se puede privar a una persona de libertad. De ahí que deban tener carácter de Orgánicas.

Precisada así la necesidad constitucional de que las normas penales que regulan los

casos y formas en que procede la privación de libertad revistan el carácter de Ley Orgánica, resulta necesario ahora dilucidar si dentro del derecho reconocido en el artículo 17.1 de la Constitución, protegible en vía de amparo, se encuentra comprendido el derecho a que la norma en virtud de la cual se impone una condena concreta de privación de libertad revista tal carácter.

La contestación a esta cuestión ha de ser también afirmativa, a la vista de los preceptos constitucionales. Pues es claro que a la hora de establecer garantías para los diversos derechos enunciados en la Constitución, el rango de la norma aplicable —es decir, que se trate de una norma con rango de Ley o con rango inferior— y, en su caso, el tipo de Ley a que se encomienda la regulación o desarrollo de un derecho —Ley Orgánica u ordinaria— representan un importante papel por cuanto las características “formales” de la norma (como son la determinación de su autor y el procedimiento para su elaboración y aprobación), suponen evidentemente límites y requisitos para la acción normativa de los poderes públicos que son otras tantas garantías de los derechos constitucionalmente reconocidos. El que se requiera que la norma penal se contenga en una Ley Orgánica, que exige un procedimiento específico de elaboración y aprobación, añada una garantía —frente al mismo legislador— a las demás constitucionalmente previstas para proteger el derecho a la libertad. No puede hablarse por ello de un “derecho al rango” de Ley Orgánica, como contenido en el artículo 17.1, sino más bien, de que el derecho en ese artículo reconocido a la libertad y seguridad, incluye todas sus garantías previstas en diversos preceptos constitucionales (el mismo artículo 17, los artículos 25.1, 53.1 y 2, y 81.1), cuya vulneración supone la del mismo derecho. La remisión a la Ley que lleva a cabo ese artículo ha de entenderse, como dijimos, como remisión a la Ley Orgánica; de manera que la imposición de una pena de privación de libertad prevista en una norma sin ese carácter, viene a constituir una vulneración de las garantías del derecho a la libertad reconocido en el artículo 17.1 de la CE y, por ello, una violación de ese derecho protegible en la vía de amparo.»

(Sentencia de 11 de noviembre de 1986. RA 338/85.—«BOE» de 10 de diciembre de 1986.—Ponente: Luis López Guerra.)

«Este Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse recientemente, en la Sentencia de Pleno de 11 de noviembre del presente año que resolvió el recurso de amparo 338/1985, sobre la exigencia derivada del artículo 25.1 de la Constitución, en relación con los artículos 17.1 y 81.1 de la misma.

La doctrina mantenida en dicha Sentencia puede sintetizarse de la siguiente forma:

a) El derecho a la libertad contenido en el artículo 17.1 del texto constitucional no se refiere únicamente a las situaciones de privación de libertad anteriores a la imposición de una condena penal —detención preventiva y prisión provisional—, sino que se extiende también a aquellos casos en que, como ocurre en el presente, la privación de libertad viene determinada, con carácter definitivo y no provisional o cautelar, por una condena penal en Sentencia firme. Por ello, el mandato contenido en dicho precepto constitucional, de acuerdo con el cual nadie puede ser privado de su libertad sino en los casos y en la forma previstos en la Ley, se refiere a los mismos supuestos de privación anteriores a la condena penal que a aquellos derivados de ésta.

b) Tanto el artículo 53.1 de la Constitución, al disponer que el ejercicio de los derechos y libertades fundamentales sólo podrá regularse por Ley que en todo caso deberá respetar su contenido esencial como la propia literalidad del artículo 17.1, llevan a concluir que en materia penal y punitiva existe una reserva absoluta de Ley. En

este sentido, el principio de legalidad reconocido en el artículo 25 de la norma fundamental garantiza que una condena o sanción de privación de libertad sólo será procedente en los casos tipificados en leyes preestablecidas y únicamente en la cuantía y extensión previstas en ellas.

c) De la Constitución no sólo deriva la exigencia de rango de Ley formal para las normas sancionadoras penales; es preciso también a la luz de lo dispuesto en el artículo 81.1 del texto constitucional en relación con el artículo 17.1 del mismo, que dichas normas estén contenidas en Leyes Orgánicas en cuanto, al fijar y precisar los supuestos en que legítimamente se puede privar a una persona de libertad, constituyen un desarrollo del derecho reconocido en el artículo 17.1 de la Constitución.

d) El rango de la norma aplicable y, en su caso, el tipo de Ley a que se encomienda la regulación o desarrollo de los derechos constitucionalmente reconocidos —Ley Orgánica o Ley ordinaria— constituyen una garantía de los mismos, al suponer límites y requisitos para la acción normativa de los poderes públicos. La exigencia de que la norma penal que impone sanciones de privación de libertad esté contenida en una Ley Orgánica, lo que supone un procedimiento específico de elaboración y aprobación, añade una garantía —frente al mismo legislador— a las demás constitucionalmente previstas para proteger el derecho a la libertad. Por ello, si bien no puede hablarse de un “derecho al rango” de Ley Orgánica, como contenido del artículo 17.1, sí puede afirmarse que el derecho a la libertad y seguridad reconocido en este artículo incluye todas las garantías previstas en diversos preceptos constitucionales y, entre ellas, las derivadas de los artículos 25.1, 53.1 y 81.1. La imposición, pues de una pena de privación de libertad contenida en una norma que no posea el carácter de Ley Orgánica constituye una vulneración de las garantías del derecho a la libertad consagrado en el artículo 17.1 de la Constitución y, por lo tanto, una violación protegible en la vía de amparo.»

(Sentencia de 12 de diciembre de 1986. RA 57/84.—«BOE» de 31 de diciembre de 1986.—Ponente: Gloria Begué Cantón.)

ARTÍCULO 20.1 d)

Derecho a la libertad de información

«Los derechos y libertades fundamentales no son absolutos, pero no lo es menos que tampoco puede atribuirse dicho carácter a los límites a que ha de someterse el ejercicio de tales derechos y libertades. Tanto las normas de libertad como las llamadas normas limitadoras se integran en un único ordenamiento inspirado por los mismos principios en el que, en último término, resulta ficticia la contraposición entre el interés particular subyacente a las primeras y el interés público que, en ciertos supuestos, aconseja su restricción. Antes al contrario, tanto los derechos individuales como sus limitaciones, en cuanto éstas derivan del respeto a la Ley y a los derechos de los demás, son igualmente considerados por el artículo 10.1 de la Constitución como “fundamento del orden político y de la paz social”. Así este Tribunal pudo declarar en su Sentencia 25/1981, de 14 de julio, que los derechos fundamentales resultan ser “elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional”, reiterando posteriormente el destacado interés público que se halla en la base de la tutela de los derechos fundamentales.

Se produce, en definitiva, un régimen de concurrencia normativa, no de exclusión, de tal modo que tanto las normas que regulan la libertad como las que establecen límites a su ejercicio vienen a ser igualmente vinculantes y actúan recíprocamente. Como

resultado de esta interacción, la fuerza expansiva de todo derecho fundamental restringe, por su parte, el alcance de las normas limitadoras que actúan sobre el mismo; de ahí la exigencia de que los límites de los derechos fundamentales hayan de ser interpretados con criterios restrictivos y en el sentido más favorable a la eficacia y a la esencia de tales derechos.

Por otra parte, es preciso destacar, por lo que se refiere al precepto constitucional en que se apoya el presente recurso, que el artículo 20 de la norma fundamental, además de consagrar el derecho a la libertad de expresión y a comunicar o recibir libremente información veraz, garantiza un interés constitucional: la formación y existencia de una opinión pública libre, garantía que reviste una especial trascendencia ya que, al ser una condición previa y necesaria para el ejercicio de otros derechos inherentes al funcionamiento de un sistema democrático, se convierte a su vez, en uno de los pilares de una sociedad libre y democrática. Para que el ciudadano pueda formar libremente sus opiniones y participar de modo responsable en los asuntos públicos, ha de ser también informado ampliamente de modo que pueda ponderar opiniones diversas e incluso contrapuestas. En este sentido se ha manifestado este Tribunal desde su Sentencia 6/1981, de 16 de marzo, hasta la más reciente 104/1986, de 17 de julio, al poner reiteradamente de manifiesto que el derecho a la información no sólo protege un interés individual, sino que entraña "el reconocimiento y la garantía de una institución política fundamental, que es la opinión pública, indisolublemente ligada con el pluralismo político".

Esta posición preferencial del derecho fundamental reconocido en el artículo 20.1 d) de la Constitución, si de una parte implica, como señalan las Sentencias impugnadas, una mayor responsabilidad moral y jurídica en quien realiza la información, de otra exige una rigurosa ponderación de cualquier norma o decisión que coarte su ejercicio. Por ello, cuando la libertad de información entre en conflicto con otros derechos fundamentales e incluso con otros intereses de significativa importancia social y política respaldados, como ocurre en el presente caso, por la legislación penal las restricciones que de dicho conflicto puedan derivarse deben ser interpretadas de tal modo que el contenido fundamental del derecho en cuestión no resulte, dada su jerarquía institucional, desnaturalizado ni incorrectamente relativizado.

En el caso que nos ocupa, el conflicto se produce entre la apología del terrorismo, tipificada como delito, y el derecho del director de un periódico a publicar unos comunicados emitidos por una organización terrorista cuyo contenido apologético no se cuestiona. Este conflicto no puede resolverse otorgando a priori un superior rango jerárquico al interés protegido por la Ley Penal frente a la libertad de información. No cabe duda de que la erradicación de la violencia terrorista encierra un interés político y social de la máxima importancia, pero ello no autoriza, sin embargo, a alterar la esencia de un Estado democrático, el cual para su existencia y desarrollo, presupone el sometimiento de las cuestiones relevantes para la vida colectiva a la crítica o aprobación de una opinión pública libremente constituida. En este sentido cabe afirmar que la lucha antiterrorista y la libertad de información no responden a intereses contrapuestos sino complementarios, orientados al aseguramiento del Estado democrático de Derecho.

De acuerdo con las consideraciones anteriores, se impone distinguir dos acciones deslindables; una la constituida por los comunicados, en sí, de la organización ETA-militar, cuya autoría y carácter apologético no se ha puesto en duda en el proceso que dio origen el presente recurso de amparo; y de otra, su reproducción de un período como noticia relativa a su existencia.

Por lo que a esta última concierne, la responsabilidad penal imputada al director de

la publicación que reprodujo los referidos comunicados deriva en las Sentencias impugnadas, por una parte de la interpretación del alcance del artículo 20.1. d) de la Constitución en el sentido de que el derecho en él reconocido se halla subordinado en todo caso a la legislación penal y, por otra parte, de la aplicación automática de las normas sobre autoría contenidas en el Código Penal, haciendo abstracción de la mediación de tal derecho.

Se desconocen así en las resoluciones judiciales impugnadas las implicaciones derivadas de dos aspectos esenciales de la cuestión planteada: a) Que la información controvertida consiste en la mera reproducción de los comunicados, no acompañada de juicios de valor que demuestren que el periodista asume el contenido apologético de los mismos. b) Que la libertad de información juega un papel esencial como garantía institucional del principio democrático que inspira nuestra Constitución, el cual presupone como antes señalábamos el derecho de los ciudadanos a contar con una amplia y adecuada información respecto a los hechos que les permita formar sus convicciones y participar en la discusión relativa a los asuntos públicos. Es este aspecto el que puede explicar que este tipo de comunicados haya aparecido en otros periódicos sin que ello haya motivado la intervención de la justicia penal como se desprende de la documentación acompañada en autos.

Ahora bien, al no haber sido objeto de la debida consideración ambos aspectos de las Sentencias recurridas ante esta sede, ha de estimarse que en ellas han resultado vulnerados los artículos 20.1. d) y 25.1 de la Constitución. El primero porque, al interpretar los órganos judiciales la Ley Penal como un límite absoluto del derecho a informar. "con abstracción de que (el informador) asuma o no comparta la actividad delictiva" y supeditando dicho derecho fundamental a cualquier interés que pueda inspirar al legislador penal se ha producido en el caso que nos ocupa una limitación del mismo incompatible con su contenido constitucional; y el segundo porque, al aplicar automáticamente las normas sobre autoría del Código Penal, sin tener en cuenta la específica naturaleza constitucional del hecho informativo, se ha producido una extensión de la Ley Penal mediante una interpretación analógica en contra del acusado, que el mencionado precepto de la Constitución impide.

A los órganos judiciales correspondía asumir la interpretación más favorable al derecho fundamental y a sus efectos sobre las normas penales limitadoras del mismo que, en definitiva se concreta en el criterio de que el derecho de un profesional del periodismo a informar, así como el de sus lectores a recibir información íntegra y veraz, constituye en último término una garantía institucional de carácter objetivo cuya efectividad exige en principio excluir la voluntad delictiva de quien se limita a transmitir sin más la información aunque ésta por su contenido puede revestir significado penal.»

(Sentencia de 12 de diciembre de 1986. RA 57/84.—«BOE» de 31 de diciembre de 1986.—Ponente: Gloria Guegué Cantón.)

ARTÍCULO 24.1

Derecho a la tutela judicial efectiva

«Nuestro ordenamiento jurídico procesal estructura la imposición de costas sobre dos sistemas excluyentes entre sí, aplicable uno u otro a los procesos según la previsión que la propia Ley establezca: El objetivo, conforme al cual las costas se imponen

a la parte cuyas pretensiones son desestimadas, sin dejar margen alguno a valoraciones judiciales sobre su conducta procesal, y el subjetivo, más flexible que el anterior, en el cual se concede al órgano judicial potestad para imponerle los gastos del juicio, cuando aprecia mala fe o temeridad litigiosa en su actuación procesal.

Ninguno de dichos sistemas afecta a la tutela judicial efectiva que consiste en obtener una resolución fundada en derecho dentro de un proceso tramitado con las garantías legalmente establecidas ni al derecho de defensa que, sin entrar en polémica sobre si es separable o está insertado en el anterior, es el que asegura a las partes alegar y probar lo pertinente al reconocimiento judicial de sus derechos e intereses, mientras que la imposición de costas opera sin incidencia alguna sobre tales derechos constitucionales al venir establecida en la Ley como consecuencia económica que debe soportar, bien la parte que ejercita acciones judiciales que resultan desestimadas bien aquella que las ejercita sin fundamento mínimamente razonable o con quebranto del principio de buena fe.

En este último supuesto, la apreciación de temeridad o mala fe litigiosas es un problema de legalidad carente de relevancia constitucional, pues constituye valoración de hechos o conductas que compete en exclusiva a la función jurisdiccional según ya ha sido declarado en el Auto 60/1983 de 16 de febrero.»

«La Sentencia es un acto procesal orgánico y unitario que no puede contemplarse con la visión fragmentaria con que lo hace el Ministerio Fiscal en dicha alegación; la circunstancia de que no exista expresa motivación en la apreciación de temeridad no impide considerar que esta apreciación es el resultado del estudio que de la pretensión de la parte y de su fundamentación fáctica y jurídica realiza el órgano judicial al dictar su Sentencia y, por tanto, es en el conjunto y sentido de las argumentaciones utilizadas por el Tribunal para rechazar las alegaciones de la parte donde se exterioriza, explícita o implícitamente, la razonabilidad o arbitrariedad de la apreciación de temeridad procesal.»

(Sentencia de 29 de octubre de 1986. RA 569/85.—«BOE» de 18 de noviembre de 1986.—Ponente: Eugenio Díaz Emil.)

ARTÍCULO 24.2

Derecho a la defensa. Incongruencia

«A este respecto hay que recordar la doctrina del Tribunal sobre la incongruencia en relación con la tutela judicial efectiva que garantiza el artículo 24.1 de la Constitución y más concretamente sobre la indefensión que en ocasiones puede derivar de aquella infracción de ese derecho fundamental. Esta doctrina, en lo esencial la resume así la sentencia núm. 14/85, de 1 de febrero: “Cuando la desviación en que consiste la incongruencia es de tal naturaleza que supone una completa modificación de los términos en que se produjo el debate procesal, puede entrañar una vulneración del principio de contradicción y, por ende del fundamental derecho de defensa”. En este sentido se ha pronunciado el Tribunal desde la sentencia 20/82, de 5 de mayo hasta la ya citada 14/85, de 1 de febrero. Naturalmente que la indefensión a que alude esta doctrina no se ha producido en el presente caso, en el que como hemos visto no se da incongruencia

alguna sino una diferente apreciación y decisión sobre uno de los temas ampliamente debatidos a lo largo de todo el procedimiento judicial.»

(Sentencia de 29 de septiembre de 1986. RA 1137/85.—«BOE» de 22 de octubre de 1986.—Ponente: Fernando García-Mon y González Regueral.)

Derecho a la defensa. Rebeldía

«Siguiendo las líneas conceptuales que fundamentan la Sentencia 87/84, de 27 de julio procede aquí reiterar que el derecho a la tutela judicial efectiva no es un derecho absoluto susceptible de ser ejercitado en todo caso y al margen del proceso legalmente establecido, sino que se ha de ejercer dentro de éste y con cumplimiento de sus requisitos interpretados de manera razonable que no impida limitación sustancial del derecho de defensa.

El proceso ordinario por delito está regido por el principio de sujeción del acusado al procedimiento, que impone a éste el deber jurídico de la comparecencia personal. Una de las concreciones de dicho principio se realiza en el procedimiento contra reos ausentes, regulado en el título VII del libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, comprensivo de los artículos 834 a 846. En él se establece la llamada y búsqueda por requisitoria del procesado que no se encuentra a disposición del Juez o Tribunal que conoce de la causa y, si al término fijado en la requisitoria no comparece o no es habido o presentado ante la autoridad judicial, ha de ser declarado en situación de rebeldía, la cual determina la suspensión de la causa, una vez terminado el sumario, y que no se proceda a su reapertura hasta que el rebelde se presenta o es habido, pues en nuestro proceso penal ordinario no existe condena de ausentes.

Las resoluciones judiciales aquí recurridas no niegan al solicitante de amparo que comparezca en el sumario y ejercite sus medios de defensa, sino que le imponen el requisito previo de su comparecencia personal ante el Juez que instruye el sumario.

La *razonabilidad* y *no incidencia sustancial* en el derecho de defensa de esta exigencia previa han sido ya reconocidas y declaradas en la citada Sentencia con fundamento, respecto a la primera, en el deber del acusado de someterse personalmente al proceso penal en garantía del mejor esclarecimiento de los hechos y del cumplimiento coactivo de la pena que pueda imponerse, y, respecto a la segunda, en que la suspensión de la causa, mientras dura la situación de rebeldía, impide que el procesado sea condenado en su ausencia y le permite ejercitar su derecho de defensa, cuando se proceda a su reapertura por haberse presentado o ser habido, pudiendo en este momento aportar al Tribunal sentenciador todas las alegaciones y pruebas pertinentes que decida utilizar frente a la acusación.

Debe además, considerarse que la situación de indefensión que, en la fase sumarial, soporta el procesado rebelde, no es imputable al Juez Instructor, sino a la contumacia del procesado, el cual puede hacer cesar aquella situación desde el mismo momento en que se ponga a disposición de la acción de la justicia y sabido es que carece de relevancia constitucional la indefensión que se origina y depende de la voluntad propia, aunque ésta venga condicionada en su libre ejercicio por circunstancias de hecho coyunturales, como son; enfermedad, cumplimiento de obligaciones en el extranjero u otras análogas, por ser las mismas intrascendentes a los efectos de este proceso.»

(Sentencia de 26 de noviembre de 1986. RA 771/85.—«BOE» de 10 de diciembre de 1986.—Ponente: Eugenio Díaz Eimil.)

Derecho a ser informado de la acusación

«El derecho a ser informado de la acusación, que presupone, obviamente, la existencia de la acusación misma, tiene como contenido un conocimiento de la acusación, facilitado o producido por los acusadores y por los órganos jurisdiccionales ante quienes el proceso se sustancia. Su función esencial radica en impedir un proceso penal inquisitivo, que si bien pudo existir en otras fases de la historia, se compadece muy mal con la dignidad del hombre y por ello con un sistema de derechos fundamentales y de libertades públicas. En su forma más aguda y radical, trata de impedir la situación del hombre que se sabe sometido a un proceso pero ignora de qué se le acusa. Es también un derecho de carácter instrumental respecto del fundamental derecho a la defensa y a la asistencia de Letrado, que en el propio artículo 24 se reconoce, pues el conocimiento de la acusación es indispensable para poder ejercer el derecho de defensa.

La Constitución se limita a mencionar el derecho a ser informado de la acusación del modo que ha quedado expresado, pero no puntualiza las formas, las solemnidades o los ritos que para tal información haya que cumplir, ni tampoco los exige. Dedúcese de ello decir que la información de la acusación al acusado ha de realizarse de acuerdo con el tipo de proceso y con la legalidad reguladora del mismo. Así, si el proceso es precedido de un sumario y éste iniciado por querrela, ha de ser ésta puesta en conocimiento de los presuntamente inculcados. Y lo mismo ha de decirse en el momento de la fase plenaria del proceso penal, en que el conocimiento de la acusación se realiza a través del traslado del escrito de conclusiones.

En los juicios de faltas, sin embargo, por su carácter menos formalista, la ley no establece, como único posible, un modo de información sobre la acusación, de suerte que cualquiera que sea la forma en que éste llegue a conocimiento del posible inculcado, la exigencia del precepto constitucional, según su ratio, debe entenderse cumplida.»

(Sentencia de 12 de noviembre de 1986. RA 769/85.—«BOE» de 10 de diciembre de 1987.—Ponente: Luis Díez Picazo.)

Presunción de inocencia

«El derecho a ser presumido inocente, que sanciona y consagra el apartado 2.º del artículo 24 de la Constitución, además de su obvia proyección como límite de potestad legislativa y como criterio condicionador de las interpretaciones de las normas vigentes, es un derecho subjetivo público que posee su eficacia en un doble plano. Por una parte, opera en las situaciones extraprocesales y constituye el derecho a recibir la consideración y el trato de no autor o no participe en hechos de carácter delictivo o análogos a éstos y determina por ende el derecho a que no se apliquen las consecuencias o los efectos jurídicos anudados a hechos de tal naturaleza en las relaciones jurídicas de todo tipo. Opera, el referido derecho, además y fundamentalmente en el campo procesal, en el cual el derecho, y la norma que lo consagra determinan una presunción, la denominada "presunción de inocencia", con influjo decisivo en el régimen jurídico de la prueba. De este punto de vista, el derecho a la presunción de inocencia significa, como es sabido, que toda condena debe ir precedida siempre de una actividad probatoria impidiendo la condena sin pruebas. Significa, además, que las pruebas tenidas en cuenta para fundar la decisión de condena han de merecer tal concepto jurídico y ser constitucionalmente legítimas. Significa, asimismo, que la carga de la actividad probatoria

pesa sobre los acusadores y que no existe nunca carga del acusado sobre la prueba de su inocencia con no participación en los hechos. Cuando el derecho a la presunción de inocencia es cuestionado, el control de la jurisdicción constitucional, en sede de amparo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, impone una revisión de las actuaciones llevadas a cabo por los poderes públicos y señaladamente por los órganos del Poder Judicial, que permita constatar si ha existido o no violación del derecho con el fin de restaurarlo o preservarlo en su caso.»

(Sentencia de 24 de septiembre de 1986. RA 664/85.—«BOE» de 22 de octubre de 1986.—Ponente: Luis Díez Picazo y Ponce de León.)

«Es ya extensa la doctrina constitucional sobre el contenido del derecho fundamental a la presunción de inocencia. Resumiéndola ahora con las palabras de una reciente Sentencia de este Tribunal (109/1986, de 24 de septiembre, Fun. Jurídico 1.º), conviene recordar que aquel derecho garantiza que toda condena debe ir precedida siempre de una actividad probatoria, impidiendo la condena sin pruebas, que éstas han de merecer tal concepto jurídico y ser constitucionalmente legítimas y que, asimismo, la carga de la actividad probatoria pesa sobre los acusadores, nunca sobre el acusado. Según se reiteró también en la citada Sentencia, la invocación del derecho de referencia en un recurso como el presente impone la revisión por este Tribunal de las actuaciones llevadas a cabo por los órganos del Poder Judicial a fin de constatar si existió o no la violación del derecho a efectos de restaurarlo o, en su caso, de preservarlo. Mas este control, como hemos dicho en múltiples ocasiones, ha de ceñirse a apreciar si en el curso de aquellas actuaciones judiciales, y, sustancialmente, en la fase plenaria del juicio, se practicaron en verdad pruebas que, a la vista de las exigencias reseñadas, pudieran llamarse tales en cuanto que sirvieran de fundamento racional a la acusación, sin que se extienda la jurisdicción de este Tribunal al enjuiciamiento del proceso mental, en virtud del cual, en conciencia y mediante una reflexión insustituible, llegó el juzgador penal a concluir la culpabilidad de los acusados, tarea ésta que la Ley, con fundamento en la misma Constitución, confía en exclusiva a los órganos del Poder Judicial [artículos 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, 44.1.b) de la LOCT y 117.3 de la Constitución].

Una cosa es el derecho constitucionalmente garantizado a la presunción de inocencia, como derecho a no ser declarado culpable si no es mediante Sentencia pronunciada al término de un juicio en el que el acusado ha podido utilizar todos los medios de prueba pertinentes para su defensa, esto es, para destruir la credibilidad de las pruebas presentadas por la acusación o para invalidar el razonamiento de culpabilidad en el que ésta se funda. Otra bien distinta es lo que podríamos llamar el derecho al acierto del Juez, que no es tal derecho, sino la finalidad que orienta todo el sistema procesal y que no tiene fuera de éste garantía y cuya pretendida lesión no puede servir nunca de fundamento a una pretensión de amparo, si no está en conexión con la vulneración de alguno de los derechos fundamentales que la Constitución garantiza.»

(Sentencia de 22 de octubre de 1986. RA 1202/86.—«BOE» de 18 de noviembre de 1986.—Ponente: Francisco Rubio Llorente.)

«De tal doctrina se deduce que el derecho a la presunción de inocencia (como por lo general todas las presunciones) determina una distribución de la carga de la prueba

y exige que la prueba la soporte quien lleve a cabo la acusación y que, en cualquier caso, la prueba se realice a través de medios de prueba que sean constitucionalmente legítimos. No es discutible en el presente caso que la prueba se ha producido, pues los hechos son de gran simplicidad y respecto de ellos las declaraciones y los testimonios han existido en el proceso.

La presunción de inocencia del artículo 24.2 de la Constitución Española no impide, en cambio, las calificaciones jurídicas o la subsunción de los hechos probados en las normas jurídicas aplicables que es donde, cabalmente, el solicitante de este amparo quiere colocarla. Si los hechos están probados, puede el Juez calificarlos, sin otra vinculación que la que como es lógico tiene a la ley, pero sin que rija en este punto la genérica presunción de inocencia. Por eso, puede el Juez de acuerdo con los criterios de interpretación de las normas determinar, calificándolos, los comportamientos ya probados y decidir si éstos son o no constitutivos de negligencia o imprudencia, sin verse para ello impedido por la presunción de inocencia, pues la inocencia de que habla el artículo 24 de la Constitución, debe entenderse en el sentido de no autoría, no producción del daño o no participación en él, pero no de obligar a una consideración de carácter fortuito de los hechos, una vez probados, frente a su posible consideración como derivados de negligencia o imprudencia.»

(Sentencia de 12 de noviembre de 1986. RA 769/85.—«BOE» de 10 de diciembre de 1986.—Ponente: Luis Díez Picazo.)

Presunción de inocencia. Prueba indirecta. Presunciones

«Dice la STC 31/1981, de 28 de julio, y a su vez la 174/1985, de 15 de diciembre, que la reitera, que “si bien el Juzgador dicta Sentencia apreciando según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio, las razones expuestas por la acusación y la defensa y lo manifestado por los mismos procesados (artículo 741, LECr.), esta apreciación en conciencia ha de hacerse sobre la base de una actividad probatoria que pueda estimarse de cargo, pues sólo la existencia de esa actividad probatoria puede servir para desvirtuar la presunción de inocencia, que beneficia a toda persona, según el artículo 24.2 de la CE”.

Lo expuesto puede considerarse como la doctrina ordinaria y común para la generalidad de los casos y en los supuestos de prueba directa, es decir, en los que la demostración del hecho enjuiciado surge de modo directo e inmediato del medio de prueba utilizado: Documentos, testigos, etc. El documento constata el hecho o sus circunstancias; el testigo relata el acontecimiento pasado. Su valoración no presenta las dificultades propias de la prueba indiciaria, porque la consecuencia o apreciación viene determinada sin necesidad de hacer uso de operaciones mentales complejas, es decir, por ser en cierto modo tarea más teñida de objetividad y por tanto de imparcialidad.

El problema, la dificultad y el peligro surgen con la prueba indirecta, la más típica de las presunciones. Hace entrada en ella la subjetividad del Juez en cuanto, mentalmente, ha de realizar el engarce entre el hecho base y el hecho consecuencia y ello de un modo coherente, lógico y racional, entendida la racionalidad, por supuesto, no como mero mecanismo o automatismo, sino como comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a los criterios colectivos vigentes.

Hay sin embargo, en la prueba de presunciones —llamada impropia indiciaria— un elemento o dato objetivo, que es el constituido por el hecho base (propiamen-

te el indicio) en cuanto que éste ha de estar suficientemente acreditado. De él parte la inferencia, la operación que lleva al hecho consecuencia a la presunción rectamente entendida, que será tanto más correcta cuanto más llano y coherente sea el camino del hecho base a la conclusión. Se habla en este sentido, negativamente del rechazo de la incoherencia, de la irrazonabilidad, de la arbitrariedad y del capricho lógico, personal y subjetivo, como límite y tope de la admisibilidad de la presunción como prueba. Se considera que no existe tal prueba si no se exterioriza —razonándolo— el nexo causal, es decir, si aparece sólo como una apreciación en conciencia, pero inmotivada o mejor dicho, no explicada o no explicitada por el Juzgador.

Si se cumplen sus requisitos pues no hay obstáculo pese a us inconvenientes, para considerar la presunción judicial como una prueba de cargo suficiente para desvirtuar en principio la presunción constitucional de inocencia reconocida en el artículo 24.2 CE, o bien, como dice la STC 174/1985, fundamento jurídico tercero, para afirmar “que el derecho constitucional a la presunción de inocencia no se opone a la convicción judicial en un proceso penal que pueda formar sobre la base de una prueba indiciaria”, ya que, según la citada Sentencia no siempre es posible en los juicios penales la utilización de la prueba directa y “prescindir de la prueba indiciaria conduciría, en ocasiones, a la impunidad..., lo que provocaría una grave indefensión social”.

No se trata como tantas veces se ha repetido, de que este TC proceda a revisar la valoración de la prueba hecha por los Jueces, sino de verificar si esa prueba ha existido o se ha practicado con las debidas garantías procesales y si puede calificarse de cargo. En el caso concreto de la presunción si ésta es verdaderamente tal y no una simple conjetura, una mera sospecha o bien únicamente datos equívocos de los que sólo se desprendan apariencias. Y sobre todo, si como presunción aparece y se aplica, comprobar como antes se ha dicho, la corrección y razonabilidad de la inferencia, del nexo causal, ya que, de no ser así tal prueba de cargo no existiría, permaneciendo incólume la presunción de inocencia que se alegue como vulnerada.»

(Sentencia de 22 de diciembre de 1986. RA 162/86.—«BOE» de 20 de enero de 1987.—Ponente: Carlos de la Vega Beneyas.)

ARTÍCULO 25.1

Principio de legalidad

«Este Tribunal ha reconocido en anteriores Sentencias que el principio de legalidad penal impone al legislador el deber de conformar los preceptos legales que condicionan las aplicación de sanciones, sobre todo cuando se trata de sanciones criminales de tal manera que de ellos se desprenda con la máxima claridad posible cuál es la conducta prohibida o la acción ordenada.»

(Sentencia de 12 de diciembre de 1986. RA 57/84.—«BOE» de 31 de diciembre de 1986.—Ponente: Gloria Begué Cantón.)

ARTÍCULO 120.3

V. Sentencia de 22 de diciembre de 1986 sobre *presunción de inocencia*. Artículo 24.2 CE.

II) LEY ORGANICA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

ARTÍCULO 43.1

Agotamiento de la vía judicial procedente

V. Sentencia de 7 de noviembre de 1986 sobre *traslado de establecimiento* - Artículo 80 del Reglamento Penitenciario.

ARTÍCULO 44.1 c), 49.1 y 52.1

Agotamiento de los recursos utilizables en vía judicial. Ampliación esencial de la pretensión contenida en la demanda

«La comparación de ambos escritos pone de manifiesto, sin necesidad de extensos razonamientos, que el de alegaciones introduce una ampliación esencial de la pretensión ejercitada en la demanda y no un simple cambio de nomen iuris, pues en el mismo se añade ex novo, la causa petendi de violación de la presunción de inocencia y el petitum de nulidad total de las dos Sentencias recurridas. Tal ampliación es inadmisibles y no puede ser objeto de convalidación por esta Sala en cuanto que, según razona la Sentencia 74/1985 de 18 de junio, el objeto del proceso de amparo queda definitivamente fijado en la demanda —artículo 49.1 de la LOTC— sin que el trámite de alegaciones del artículo 52.1 de la misma Ley consienta una alteración sustancial del mismo con nuevas pretensiones que, además no han sido invocadas en la vía judicial tal y como exige el artículo 44.1 c) de la propia Ley.

Debe, pues, la Sala corregir dicha desviación procesal no incluyendo en el ámbito del recurso esa nueva pretensión de amparo del derecho a la presunción de inocencia, dado que no existe fundamento serio alguno para adoptar la iniciativa prevista en el artículo 84 de la LOTC, propugnada por el demandante, en cuanto que la fundamentación jurídica de dicha extemporánea pretensión pone de relieve, tan sólo, una discrepancia del recurrente con la valoración que la jurisdicción penal ha hecho de la prueba practicada en el proceso, entre la que la sentencia de apelación destacada la documental y pericial, y no ausencia de prueba de la que sea posible extraer consecuencia alguna de violación de la presunción de inocencia.»

(Sentencia de 29 de octubre de 1986. RA 569/85.—«BOE» de 18 de noviembre de 1986.—Ponente: Eugenio Díaz Eimil.)

III) LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

ARTÍCULO 74I

V. Sentencia de 22 de diciembre de 1986 sobre *presunción de inocencia*. Artículo 24.2 CE.

ARTÍCULO 779

Procedimiento de urgencia

«Las resoluciones recurridas se han dictado en el procedimiento de urgencia que para determinados delitos se regula en el título III del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, artículos 779 y siguientes. En esta clase de procesos, como recuerda el Ministerio Fiscal en sus alegaciones, hay que distinguir tres etapas o fases. La primera está constituida por las diligencias previas en que, a modo de instrucción, se practican todas las necesarias para poder llegar a una de las resoluciones previstas en el artículo 789 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: Archivo de las actuaciones o sobreseimiento provisional, remisión de las mismas al Juzgado competente para seguir juicio de faltas, inhibición a favor de la jurisdicción de menores, formación de sumario o, finalmente, cuando se trate de delitos cuyo fallo compete al Juzgado de Instrucción, seguir las diligencias preparatorias reguladas en el capítulo II de este título. A esta segunda etapa del mismo procedimiento —diligencias preparatorias— sólo se llega si el Juez de Instrucción dicta la última de las resoluciones citadas; es decir, la quinta del artículo 789: Seguir el procedimiento mediante las diligencias preparatorias reguladas en la Sección Primera del capítulo II. Finalmente, la tercera etapa de este proceso es el juicio oral ante el Juzgado de Instrucción.

El artículo 789 de la LECr. no impone al juzgador ninguna de las resoluciones previstas en el mismo, sino que le permite el ejercicio de su potestad jurisdiccional y, a la vista de las diligencias practicadas, decidir con arreglo a su criterio debidamente motivado la resolución que estime aplicable al caso. Y esta resolución, conforme al último apartado del mismo artículo 789 es susceptible del recurso de apelación que, interpuesto por el ahora recurrente en amparo, fue desestimado por la Audiencia Provincial. Obtuvo, pues, tres resoluciones fundadas en derecho y dictadas por los Organos judiciales competentes con arreglo a las normas procesales reguladoras de estos procesos. Se ha satisfecho, por tanto, el derecho a la tutela judicial garantizado por el artículo 24 de la Constitución mediante el ejercicio de la potestad jurisdiccional en la forma que determina el artículo 117.3.»

(Sentencia de 3 de noviembre de 1986. RA 356/86.—«BOE» de 18 de noviembre de 1986.—Ponente: Fernando García-Mon.)

ARTÍCULO 834

Rebeldía

V. Sentencia de 26 de noviembre de 1986 —*Derecho a la defensa*— Artículo 24.2 CE.

ARTÍCULOS 969 y 978 Y 7 Y 15 DEL DECRETO DE 21 DE NOVIEMBRE DE 1952

Juicio de faltas. Principio acusatorio

«En una Sentencia reciente el Tribunal ha dicho (Sentencia 141/1986 de 12 de noviembre, fundamento jurídico 1.º) “que cualquiera que sea la forma en que ésta (la acusación) llegue a conocimiento del posible inculpado, la exigencia del precepto consti-

tucional según su ratio, debe entenderse cumplida". Tal afirmación trata de compatibilizar las garantías procesales reconocidas en el artículo 24.2 de la Constitución Española con los principios de oralidad y concentración propios del juicio de faltas. Pero la flexibilidad en la formulación y en el modo de conocer la acusación no puede llevarnos en modo alguno a admitir la acusación implícita o a presumir que ha habido acusación porque haya habido condena, puesto que habiendo dicho este Tribunal con reiteración conocida que el juicio de faltas en sus dos instancias se rige por el principio acusatorio, no puede considerarse compatible ni respetuosa con éste una Sentencia en la que no conste de alguna forma la existencia de una acusación formulada en algún momento (que en apelación puede ser el de vista) contra quien en aquélla resulte condenado.

Puesto que sin acusación no se puede condenar, es necesario que, como garantía de tal derecho fundamental, la acusación conste, única forma, por lo demás de comprobar en su caso si se han respetado o no en una Sentencia condenatoria tanto el principio de no condenar más allá de la acusación, como en apelación el de no incurrir en *reformatio in peius*, todo lo cual quedó ya o apuntado o expresamente dicho, entre otras, en la Sentencia 54/1985 y en la Sentencia 9/1982.»

(Sentencia de 17 de diciembre de 1986. RA 1085/85.—«BOE» de 3 de enero de 1987.—Ponente: Francisco Tomás y Valiente.)

ARTÍCULOS 977 y 13 y 15 DEL DECRETO DE 21 DE NOVIEMBRE DE 1952

Juicio de faltas. «Reformatio in peius»

«El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión —así en su Sentencias 54/1985, de 18 de abril, y 84/1985, de 8 de julio— de examinar la compatibilidad de la "reformatio in peius", en supuestos de juicios de faltas similares al actual, con las garantías procesales previstas en el artículo 24 de la Constitución, y ha llegado a la conclusión, como señala el fundamento jurídico segundo de la última sentencia citada, de que existe una dimensión constitucional de la interdicción de la reforma peyorativa, pese a que la regulación concreta de la apelación en juicios de faltas no hace referencia expresa a tal interdicción. Esta dimensión constitucional deriva de la prohibición de la indefensión que se produciría en caso de una condena dictada extra petitum al no ser pretendida en la apelación por ninguno de los apelantes; del régimen de garantías procesales y de los recursos en el que debe entenderse incluida la limitación de la cognitio del juez superior, y, finalmente, de "la idea misma de tutela jurisdiccional efectiva de derechos e intereses de la medida en que constituyendo el interés de la impugnación uno de los presupuestos de la admisibilidad misma, la apelación única del condenado no puede conducir a unos resultados que estén en contraste o en contradicción con dicho interés".»

(Sentencia de 6 de octubre de 1986. RA 115/86.—«BOE» de 22 de octubre de 1986.—Ponente: Luis López Guerra.)

«No hay indefensión si el condenado tuvo ocasión de defenderse de todos y cada uno de los elementos de hecho que componen el tipo de delito señalado en la Sentencia, siendo inocuo el cambio de calificación si existe homogeneidad, entendida como identidad del bien o interés protegido en cuanto haya una porción del acaecer concreto o histórico común en la calificación de la acusación y en la de la Sentencia. Desde esta óptica, es indudable que se da homogeneidad por existir porciones comunes en lo acae-

cido en la calificación que se sustentó en el artículo 600 del Código Penal y en la de la Sentencia sustentada en el artículo 586.3 del Código Penal. Se salvaguardó el derecho de defensa, como ya sostuvo el Auto de 21 de mayo de 1986, en cuanto el acusado pudo conocer la disposición legal cuya aplicación reclama la acusación y la especie de pena que contra él se solicita por ésta, siendo suficiente el mero debate, con acto de informe y alegaciones, sin que el principio acusatorio exija la vinculación estricta del juzgador a las calificaciones jurídicas y al "petitum" de las partes, sino sólo que el hecho objeto del juicio del fallo sea aquel sobre el que se haya sostenido la acusación, puesto que el objeto del proceso no es un "crimen", sino un "factum". De otro modo, bastaría modificar, desde el punto de vista jurídico, la calificación, para excluir las litispendencia o la cosa juzgada. Puede por ello, concluirse que, a efectos constitucionales, las garantías exigibles lo serán respecto a los elementos determinadores del objeto de la actividad judicial en la que se ventila, así, una acción identificada, subjetivamente, por la persona del acusado y, objetivamente, por el hecho sobre el que recae la acusación.

El derecho a la información de la acusación, para permitir la defensa adecuada, debe referirse fundamentalmente al objeto del proceso, que no se identifica tanto con una calificación jurídica como con un hecho individualizado como delito. La identidad del hecho y del inculcado determina el alcance de la cosa juzgada e incluso de tal identidad depende exclusivamente la congruencia del fallo con la acusación. La información debida de la acusación requiere que se precisen, al menos, los hechos imputados, posibilitando la acusación así comunicada la defensa con invocación de la existencia o no de los hechos imputados y la proposición de pruebas al respecto.

El derecho a conocer la acusación y su correlativo de posibilidad de defensa contra ella han de exigirse, por lo demás, durante el proceso en relación con el objeto de éste, cesando su virtualidad aquél al concluir la fase probatoria, tras la cual se procede a la formulación de las pretensiones acusatorias definitivas que es cuando cabe dar relevancia a la calificación jurídica, no ya como objeto de un proceso, sino como objeto del enjuiciamiento o la decisión.

En el presente caso no se constata defecto alguno en la observancia del derecho de defensa ni en la instancia ni en la apelación limitada, ya al no proponerse práctica de pruebas, alegaciones con explicitación de pretensiones y razones que las partes pudieran hacer con plenitud de facultades. El derecho de defensa se ha observado, pues, y no está en juego aquí. El juzgador de apelación no ha resuelto "ultra petita", sin plantear la tesis o sin oír ilustración de las partes al respecto, pues justamente fue el Ministerio Fiscal el que alegó lo que se declaró, y en todo caso se cumplió materialmente la garantía de defensa, al existir la posibilidad de hacer alegaciones por los otros asistentes a la vista que intervinieron tras el Ministerio Fiscal.»

Sentencia de 29 de octubre de 1986. RA 1149/85.—«BOE» de 18 de noviembre de 1986.—Ponente: Miguel Rodríguez-Piñero.)

IV) CODIGO PENAL

ARTÍCULO 15

Delitos cometidos por medio de la prensa

«El artículo 15 del Código Penal "ha sido considerado como un complemento de la definición de los delitos cometidos por medio de la prensa y, por tanto, también del

de apología del terrorismo. Pero lo cierto es que disposiciones de esta naturaleza forman parte de una larga tradición legislativa para establecer los principios de la autoría en forma general y, en ciertos casos, para grupos específicos de delitos, y tienen como finalidad precisar de manera general el concepto de autor con el fin de delimitar en grado máximo la interpretación del mismo. Por ello no cabe afirmar que el artículo 15 del Código Penal introduzca una indeterminación en el comportamiento punible al establecer los únicos supuestos en los que los directores de una publicación puedan ser responsabilizados por un delito o falta cometida sobre la autoría del Código Penal, sin tener en cuenta la específica naturaleza constitucional del hecho informativo, se ha producido una extensión de Ley Penal mediante una interpretación analógica en contra del acusado que el mencionado precepto (artículo 20 1 d) de la Constitución impide.»

(Sentencia de 12 de diciembre de 1986. RA 57/84.—«BOE» de 31 de diciembre de 1986.—Ponente: Gloria Begué Cantón.)

ARTÍCULO 24

Retroactividad de la ley penal más favorable

«El principio de retroactividad de la ley penal más favorable no concede derecho de carácter constitucional susceptible de amparo, según han declarado las sentencias 8/1981, de 30 de marzo, y 15/1981, de 7 de mayo, pero es que, además, dicho principio supone la aplicación íntegra de la ley más beneficiosa, incluidas aquellas de sus normas parciales que puedan resultar perjudiciales en relación con la ley anterior, que se desplace en virtud de dicho principio, siempre que el resultado final, como es obvio, suponga beneficio para el reo, ya que en otro caso la ley nueva carecería de esa condición de más beneficiosa que justifica su aplicación retroactiva.

No es aceptable, por tanto, y así lo ha dicho este Tribunal en el Auto 369/1984, de 24 de junio, utilizar el referido principio para elegir, de las dos leyes concurrentes las disposiciones parcialmente más ventajosas pues en tal caso, el órgano judicial sentenciador no estaría interpretado y aplicando las leyes en uso correcto de la potestad jurisdiccional que le atribuye el artículo 117.3 de la CE, sino creando con fragmentos de ambas leyes una tercera y distinta norma legal con invasión de funciones legislativas que no le competen.

En su consecuencia, la aplicación íntegra de la Ley 8/1983, que han hecho las sentencias recurridas, incluida la agravante que establece en el nuevo artículo 529.7 del Código Penal, es irreprochable desde la perspectiva del derecho del acusado a la legalidad penal, protegido por el artículo 25.1 de la CE.»

(Sentencia de 29 de octubre de 1986. RA 569/85.—«BOE» de 18 de noviembre de 1986.—Ponente: Eugenio Díaz Eimil.)

ARTÍCULOS 216 bis a) y 268

Apología del terrorismo

«La unidad normativa configurada por el artículo 15 y el tipo penal de la apología del terrorismo no vulnera la exigencia de la Ley penal previa y estricta que se deduce del artículo 25.1 de la Constitución.»

(Sentencia de 12 de diciembre de 1986. RA 57/84.—«BOE» de 31 de diciembre de 1986.—Ponente: Gloria Begué Cantón.)

V) LEYES ESPECIALES

LEY 40/79, DE 10 DE DICIEMBRE, SOBRE REGIMEN JURIDICO DE CONTROL DE CAMBIOS

ARTÍCULOS 6 y 7.1

Penas privativas de libertad. Ley ordinaria. Declaración de inconstitucionalidad

V. Sentencias de 11 de noviembre y 16 de diciembre de 1986 sobre *penas privativas de libertad* y *Ley orgánica*. Artículo 17.1, 25.1, 53.1 y 2 y 81.1 de la CE

REGLAMENTO PENITENCIARIO

ARTÍCULO 80

Traslado de establecimiento

«La Ley General Penitenciaria no atribuye al Juez de Vigilancia de competencia para conocer de los recursos contra las Resoluciones de la Dirección General que afectan al traslado de los penados de un establecimiento a otro, traslado que es atribución de ese organismo, según el artículo 80 del Reglamento Penitenciario. No obstante, el Juez se dirigió a ese efecto a la Dirección General, mas sin resultado. Consiguientemente, el penado debió instar la vía contenciosa para que, en el ámbito judicial propio y competente, se depuraran y se sanaran, en su caso, las presuntas ilegalidades que ahora, intempestivamente se aducen.

No es oportuno ni correcto, en efecto, hacerlo ahora ante este Tribunal, el cual si bien ostenta la suprema jurisdicción de amparo, no la posee sino de modo subsidiario, es decir, una vez agotada la vía judicial previa legalmente utilizable para dar ocasión a los Tribunales ordinarios de cumplir con su tarea de primeros garantes de la observancia de la Constitución, es decir, la de conocer de las denunciadas violaciones de los ar-

títulos de la Ley General Penitenciaria y su Reglamento presuntamente cometidas por la Orden de la Dirección General, cuyo ajuste o desajuste con las normas ordinarias es tema y competencia judicial (artículo 117.3 CE). Sólo después, si existiera trascendencia o relevancia constitucional, cabría el recurso de amparo, pero no, como ahora se pretende el acceso directo a este Tribunal (artículo 43 de la LOTC).»

(Sentencia de 7 de noviembre de 1986. RA 673/84.—«BOE» de 18 de noviembre de 1986.—Ponente: Carlos de la Vega Benayas.)

Jurisprudencia Penal

LUIS FELIPE RUIZ ANTON
Universidad Complutense. Madrid

Artículo 3. Tentativa de violación desistida seguida de un delito de asesinato

«**Tercero.** En cuanto a los dos recursos de fondo, la propia naturaleza de los motivos de ambos impone alterar el orden e iniciar el análisis por él formulado por la acusación particular; la que articula un primer motivo al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en el que denuncia una supuesta vulneración del artículo 429.3 del Código penal, en relación con los artículos 3, párrafo tercero, y 52 del mismo Cuerpo legal, al estimar que el procesado, que se había propuesto violar a la víctima, no desistió válidamente de tal propósito válidamente, sino por surgir, ante su resistencia, el “animus necandi”.

Para analizar este motivo, que está —según se indicará, íntimamente interrelacionado con el siguiente del recurso de dicha parte—, resulta obligado acudir a la narración histórica no combatida por las partes, y por ello mismo incólume al no haber sido impugnada por la vía formal suministrada por el artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En el relato, obligadamente prolijo, se narra un hecho que introduce una profunda cesura en la descripción de la dinámica comisiva: “En dicho momento (cuando la víctima cayó al suelo y quedó en estado semiinconsciente y sangrando) **el procesado ya no quiso continuar con su propósito inicial de yacer con la joven agredida, que ya no podía ofrecer una resistencia eficaz**”. De este pasaje del “factum” el tribunal sentenciador de instancia obtiene la conclusión de existencia de un desistimiento voluntario de la tentativa, que en cuanto impune por prescripción de los preceptos sustantivos presunta o supuestamente violados es combativo por la recurrente en el motivo que ahora se analiza.

Con probabilidad, el análisis desde cualquier ángulo del desistimiento voluntario de la tentativa es uno de los temas más precisados de delimitación en toda la dogmática penal y derivada aplicación en la “praxis”. Tanto la doctrina científica como la jurisprudencial se mueven todavía bajo la fuerte influencia de la llamada “teoría del estímulo”, fundada en razones de política criminal. No obstante, lo cierto es que en la actualidad es pacífica la distinción entre voluntariedad y “espontaneidad”. Lo decisivo, para en trance decisorio valorar la “voluntariedad” es la valoración jurídica de los motivos que impulsaron al autor a variar su originaria resolución volitiva de cometer el delito, debiéndose, con autorizada doctrina científica, estimarse en este sentido que la ley no permite albergar duda alguna en orden a que **la reflexión del autor debe exclusivamente li-**

mitarse a la posibilidad de consumación de la acción típica concretamente elegida; pues las meditaciones en pro o en contra, posteriores a la consumación del hecho, pertenecen a la ética.

Desde esta perspectiva se han de analizar los doctrinal y jurisprudencialmente denominados “impedimentos relativos”, que son los que vertebran entitativamente este motivo impugnativo. El recurrente parte de que el cese en el dolo inicial de violar surge, dicese, cesa al ser sustituido, ante la resistencia de la víctima, por el “animus necandi”. Pero el recurrente, desde su área obvia y necesariamente interesada y parcial, silencia que el relato expresa también —y ello es la médula de la decisión absolutoria del tribunal sentenciador de instancia que ahora se impugna— que “el procesado ya no quiso continuar con su propósito inicial de yacer con la joven agredida, que ya no podía ofrecer una resistencia eficaz”. Tratar de penetrar en los motivos íntimos de este desistimiento, de este cese en la agresión proyectada es algo ajeno al campo jurídico-penal, y fuesen cuales fueren los mismos, lo cierto es que el cese a la acción violadora, desde el ámbito psicológico, no puede por menos de resultar tildable de “voluntario”, y por ello impune; procediendo así la desestimación de este primer motivo impugnatorio.

Cuarto. Esta misma cesura de la acción sirve para instalar en una perspectiva adecuada el segundo motivo impugnativo de la recurrente-acusación particular. Dicha parte, al amparo o con apoyo en el precepto procesal indicado (artículo 489.1 de la LE-Crim.), denuncia una supuesta violación o vulneración por inaplicación del precepto penal sustantivo constituido por el artículo 406.1 del Código Penal; estimando que en lugar de la calificación de homicidio adoptada por el órgano “a quo” debió, por estimación como concurrente de la circunstancia de alevosía, reputarse existente un delito de asesinato.

El análisis de este motivo resulta extremadamente delicado. Una primera lectura —como tal recusable— de la doctrina de esta Sala (por ejemplo, y entre muchas, SS. de 24 de mayo de 1982 y 23 de diciembre de 1985) vendría a propiciar la desestimación del motivo, en cuanto declarativa de que la situación de indefensión ha de existir desde el momento inicial de la agresión, con lo que quedan eliminadas las formas comisivas de la denominable “alevosía sobrevenida”. Mas aquí, como en el supuesto que resolvió la S. de esta Sala de 12 de noviembre de 1958 (aunque ésta contemplaba el supuesto inverso: muerte que se inicia alevosa y se consuma desaparecida la situación de indefensión), lo decisivo ha de ser **el examen de si existió una sola acción delictiva o dos diferentes**, aunque inmediatas en su sucesión temporal; pues de entenderse lo primero sería plenamente aplicable la anterior doctrina jurisprudencial y de reputarse que existieron dos acciones separables, la iniciación de la segunda —con la víctima situada en posición de imposible indefensión— comportaría la estimación del motivo de forma indudable.

Esta segunda solución —como ya se desprende del fundamento que antecede— es la procedente. Una mínima coherencia lógica enlaza el cese del dolo de violación inicial, que hace a éste impune, con el surgimiento del propósito de matar, **convirtiendo así la acción en una sucesión progresiva de dolos**. Por lo demás, esta construcción no supone novedad alguna dentro de la doctrina de esta Sala, ya que:

a) La S. de 12 de septiembre de 1924 ya declaró que: “Si bien el propósito del culpable era el de yacer a todo trance con su víctima, lo que consiguió después de cruenta lucha, a pesar de la resistencia tenaz que aquella opusiera, y cuando esta resistencia fue dominada por el reo, fue sorprendida con la agresión contra su integridad personal, y como la alevosía es tan especial que surge a veces dentro del desarrollo de

los hechos y esta circunstancia sobrevino después de la violación, hasta que el autor de ésta consiguió matarla, es visto que procede aceptar tal circunstancia.”

b) La S. de 26 de marzo de 1926, en plena línea con el supuesto de hecho que ahora se decide, expresa que “no es obstativa a la determinación de la alevosía el hecho de haber dado muerte a la violada cuando por consecuencia de actos anteriores se encontraba ésta en estado de indefensión, **que él no buscó ni empleó para matarla, sino para violarla**, y en cuyo acto no pensó en matarla, pues esta resolución la formó sólo cuando después fue amenazado por la víctima.”

c) La S., ya más reciente, de 13 de febrero de 1956, asimismo declara que “el concepto unitario de la alevosía mantenido por la doctrina de esta Sala se refiere al nacimiento del propósito homicida y al posterior desarrollo del hecho hasta la consumación, que aparece claramente consignado al establecer que **después de calcular el procesado que el daño que infirió a la mujer desvanecida, si fuera denunciado, podría ocasionarle perjuicios, concibió la idea de privarle de la vida, para lo que aprovecha el estado inerme e indefenso de dicha mujer; con lo que resaltan diferenciados con precisión dos hechos distintos, y respecto al segundo, el instante en que surge la idea de causar la muerte cualificada**”.

Y esta misma claridad de doctrina que, no por lejana en el tiempo (lo que no es óbice alguno en materia jurisprudencial, que ónticamente se instala en parámetros de certeza y seguridad jurídicas) deja de ser exacta y que ahora se ratifica, comporta sin necesidad de otros argumentos la procedencia de aceptar este segundo motivo impugnativo.» (S.T.S. de 15 de diciembre de 1986.)

Artículo 8, 4.º Legítima defensa. Racionalidad del medio empleado.

«1. El primer motivo que se articula en su recurso por J.J.M.M., que ha de examinarse con anterioridad al del Ministerio Fiscal por las razones que se verán, utilizando el cauce procesal del artículo 849, núm. 1, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia la que estima indebida aplicación, en la sentencia impugnada, del artículo 9, núm. 1, en relación con el núm. 4 del artículo 8 del Código Penal y la correlativa inaplicación, igualmente indebida, de este último artículo 8, núm. 4, del citado Código o, lo que es igual, pretende que apreciemos en la conducta del recurrente la eximente completa de legítima defensa y no la incompleta que el Tribunal de instancia estimó concurrente. Se trata, empero, de un motivo improsperable. Porque siendo indiscutible, a la luz de la declaración de hechos probados, que la situación en que se produjo la acción delictiva que se imputa al recurrente era un situación objetiva de defensa, en tanto su amigo salía en aquel instante del establecimiento, donde acababa de entrar perseguido por un individuo que portaba un cuchillo de monte y cuatro individuos más, también en actitud agresiva, lo que configuraba la realidad de un acometimiento, ya en acto, o al menos inminente, que justificaba una intervención defensiva y, estando igualmente fuera de duda que el recurrente no había provocado en forma alguna la antijurídica agresión de que era víctima su compañero, puesto que ni siquiera había entrado en el local donde aquél se había visto enfrentado a sus atacantes, circunstancias ambas que daban vida a los requisitos primero y tercero de la eximente de legítima defensa que describe el núm. 4 del artículo 8 del Código Penal, no es menos cierto que la reacción ante dicha situación incurrió en lo que doctrinalmente se denomina exceso intensivo por haber uti-

lizado el defensor un medio racionalmente desproporcionado para impedir o repeler la agresión. Aunque la necesidad racional del medio defensivo, que equivale a proporcionalidad o equilibrio entre el mismo y los empleados en el ataque, no postula una exacta igualdad entre uno y otros, habiendo declarado la jurisprudencia en multitud de ocasiones —recuérdese, entre las más recientes, las Sentencias de 4 de febrero y 4 de junio de este mismo año— que han de tenerse en cuenta tanto la perturbación psicológica que el acometimiento ilegítimo produce de ordinario como la dificultad en que normalmente se encuentra el agredido para escoger u obtener un medio adecuado con que hacer frente a la agresión, no debe ser entendida esta prudente llamada a una individualizada y flexible interpretación del segundo requisito legal de la legítima defensa como un portillo abierto a toda suerte de reacciones posibles en la defensa, como si la situación que sirve de presupuesto a la eximente retrotrayese a los afectados por ella a un hipotético estado prejurídico en que todo subjetivismo y toda arbitrariedad, por lesivos que fueren, se conviertan en admisibles. En esta perspectiva, que viene impuesta por la obvia consideración de que la circunstancia eximente que consideramos no tiene su único fundamento justificativo en los legítimos intereses individuales, sino en la defensa del propio orden jurídico, es llano que el comportamiento del recurrente en la ocasión de autos, disparando con un rifle de repetición, a escasa distancia y tras apuntar cuidadosamente, sobre una zona vital del cuerpo del que parecía ser en principio agresor de su amigo, hasta el punto de que le ocasionó heridas que hubieran producido su muerte de no haber sido urgentemente asistido, no puede estimarse tan racionalmente adecuado al conjunto de circunstancias concurrentes que merezca la total exoneración de responsabilidad criminal, puesto que bien pudo, dada su condición de experto tirador y habida cuenta de que dispuso de tiempo y ánimo para apuntar con cuidado, hacer disparos intimidativos al aire o, en todo caso, disparar hacia los pies del agresor, todo lo cual lleva al rechazo de este motivo por estimar correcta la aplicación de la eximente incompleta de legítima defensa —en razón de la inexistencia del segundo requisito de la eximente— e improcedente, en consecuencia, la apreciación del núm. 4 del artículo 8 del Código Penal.» (S.T.S. de 16 de diciembre de 1986.)

Artículo 8, 4.º Legítima defensa. La agresión ilegítima subsiste durante el tracto ejecutivo del robo o el hurto.

«La decisión del motivo debe conectarse con la doctrina mantenida por la S. de esta Sala de 19 de diciembre de 1979, en la que, en supuesto similar y tras referirse a este mismo principio de ponderación y ceñir el área de la causa incompleta de justificación a la situación existente mientras dura el ataque patrimonial, cesando cuando el sustractor ha llegado a la pacífica posesión de la misma, señalando así que “de modo que durante el tracto ejecutivo del robo o hurto aún puede hablarse de agresión ilegítima contra los bienes, con la consiguiente posibilidad de defenderlos racional y proporcionalmente”. Supuesto que es el concurrente en el presente caso, al expresar el relato fáctico que los disparos se efectuaron “(cuando) el cual se disponía a cargar en el coche”; es decir, cuando el ataque representado por el delito contra la propiedad todavía no había producido para sus autores otra cosa que la aprehensión y no había generado una disponibilidad de la cosa sustraída, poniéndola fuera del alcance inmediato de su legítimo propietario; por lo que, al existir el necesario y aún imprescindible requisito de la agresión ilegítima, el motivo debe decaer, pues incluso con la evidente falta de proporción

entre el medio empleado para repeler la agresión y esta misma, la estimación de la eximente incompleta —muy poco compartible a la altura de los tiempos desde un plano dogmático—, resulta ajustada a la norma legal todavía en vigor.» (S.T.S. de 20 de diciembre de 1986.).

Artículo 8, 11.º Cumplimiento de un deber.

«5. La causa de exención de la responsabilidad criminal 11.ª del artículo 8 del Código Penal, en su modalidad legitimadora del uso de fuerza o de violencia por parte de la Autoridad o de sus agentes, encontró, en este Tribunal, y en fase ya superada, su justificación única en la agresión ilegítima precedente y procedente de aquella persona sobre la que después recae la fuerza o la violencia, habiendo declarado las sentencias de dicho Tribunal de 14 de julio de 1919, 28 de marzo de 1930, 28 de diciembre de 1935 y 6 de febrero de 1945, que, tanto la eximente completa como la incompleta, requieren inexcusablemente la agresión ilegítima. Sin embargo, y puesto que, como destaca la doctrina científica, esta posición y la exigencia a ultranza de la ilegítima agresión, oscurecerían la diferenciación de esta eximente con la de legítima defensa, pronto abundaron las sentencias inspiradas en criterio distinto y se abandonó definitivamente esta postura, como puede comprobarse en las sentencias de 25 de junio de 1889, 23 de marzo de 1942, 22 de enero de 1943, 9 y 25 de marzo de 1951, 6 de abril de 1956, 10 de octubre de 1958, 23 de junio de 1959, 16 de marzo de 1961, 20 de octubre de 1980, 7 de octubre de 1981 y 30 de marzo, 22 de abril y 16 de mayo de 1983, las cuales, siquiera en la mayoría de las ocasiones, en forma incompleta, aceptan la eximente estudiada basándose en que el ordenamiento jurídico atribuye a la Autoridad y a sus agentes el cumplimiento de ciertas funciones —prevención del delito, detención, entrada y registro domiciliario, mantenimiento del orden público—, cuyo ejercicio puede hacer necesario y, por tanto, legítimo el uso de la fuerza, como lo evidencian los artículos 492 y 546 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 11, 12 y 13 de la Ley de Orden Público —véase especialmente el artículo 568 de la primera Ley citada—, siendo indispensable, para la estimación de la eximente analizada: 1) que ha de tratarse necesariamente de **Autoridad o de sus agentes**, habiendo declarado al respecto este Tribunal, en sentencia de 29 de diciembre de 1953, que los funcionarios del Cuerpo General de Policía están de servicio permanente y han de intervenir siempre que las circunstancias lo demanden; 2) que dicha Autoridad o sus agentes se hallen en el **ejercicio de una función pública** a ellos encomendada, es decir, cumpliendo unos deberes que su cargo les impone; 3) que su comportamiento violento y el uso de la fuerza sean **necesarios**, esto es, que obedezcan a racional precisión indispensable para alcanzar la meta o el obligado cometido de la respectiva función pública, agregándose que será necesaria aquella acción que sea racionalmente imprescindible, con la consiguiente limitación implícita de la **menor lesividad posible** para conseguir el cumplimiento de la misión que les corresponde desempeñar, distinguiendo la doctrina entre la necesidad de la violencia **en abstracto** y la necesidad **en concreto**, la cual equivale a la idoneidad **del medio** específicamente interpuesto o utilizado, añadiéndose que, sino hay necesidad abstracta del empleo de fuerza no operará la eximente, ni completa ni como incompleta, y que si falta la necesidad concreta podrá aplicarse al amparo del núm. 1 del artículo 9 del Código Penal; 4) que en los casos del transgresor

que huye, si la Autoridad o sus agentes, tras previas intimaciones, hacen uso de armas de fuego, disparando contra aquél, sobre zonas no vitales, cabrá hablar de legitimación, especialmente si concurre ausencia de otros medios y si el delito cometido por el que huye era de gravedad y capital importancia, pero si la transgresión no era especialmente trascendente, no cabrá calificar el comportamiento de la Autoridad o el de sus agentes como ajustado a derecho —véanse sentencias de 2 de abril y 14 de junio de 1960, 9 de marzo de 1963 y 9 de mayo de 1969—, si bien no habiendo la debida **proporción** entre el mal producido o augurado y el medio empleado para prevenirlo o repelerlo, cabe la aplicación de la eximente incompleta, y 5) que abundando en lo dicho, cuando el exceso se produce por **ausencia total de necesidad**, constituye extralimitación manifiesta que impide la aplicación de la exención, tanto en forma completa como incompleta, pero si el exceso acontece por **inadecuación** de los medios utilizados, cabrá la aplicación de la eximente incompleta.» (S.T.S. de 9 de diciembre de 1986.)

Artículo 9, 4.ª Preterintencionalidad: figura mixta de dolo y culpa.

«3. El instituto de la **preterintención** bien puede calificarse de **crux studiosorum** en la penosa andadura histórico-dogmática del Derecho penal, pues ha sido fértil en toda clase de aceptaciones y ensayos constructivos, desde considerarlo como una especie de “dolo indirecto” o “indeterminado”, hasta, en el extremo opuesto, estimarlo como especie de delito cualificado por el resultado, concepciones que no paraban mientes en que la primera de las expuestas incurría en una pura **contradito in terminis**, puesto que todo lo que está mas allá de la intención es ajeno al dolo, ya sea directo o eventual, las dos genuinas especies de esta forma de la culpabilidad; en tanto que la otra acepción es del todo reprobable en cuanto ignora por completo el principio de culpabilidad; por ello, aún se buscó una fórmula que trató de emancipar la ultraintención tanto del dolo como de la culpa, a modo de **tertius genus** de la culpabilidad que llegó a ganar alguna legislación como la italiana (artículo 42.2 del Código Penal de dicho país), pero sin que pudiera concretarse en qué consiste ese **aliud** con el que se quiere caracterizar esa pretendida tercera forma de culpabilidad, como no sea la de considerar que en el delito preterintencional el resultado rebasa el propósito del agente, con lo que nada se añade al concepto desde el punto de vista psicológico-normativo, quedando la pretendida fórmula en pura abstracción; motivo por el cual acabó por imponerse la única noción posible en el actual estudio de la dogmática penal, que partiendo de la idea esencial de que dolo y culpa son las dos únicas formas de la culpabilidad y que, por ende, agotan la misma, se ha acabado por entender que el delito preterintencional es, según frase feliz, “una mixtura de dolo y culpa”, es decir, una estructura constituida por un hecho-base doloso y por un hecho-consecuencia no querido pero previsible (culpa consciente) o previsto, pero no aceptado (culpa consciente), sin que, naturalmente, deba faltar el nexo causal entre aquel primer hecho y el segundo.

4. En el **status** anterior a la reforma del Código Penal de 1983, la preterintención, tal como entendió la doctrina científica y aceptó esta Sala, se bifurcaba en dos direcciones o ramas: la **preterintencionalidad heterogénea** o de grado mayor que enlaza dos infracciones situada en la misma línea de ataque (requisito común a las dos ramas) pero situadas en distintos tipos de delito (lesiones seguidas de homicidio como más sobresaliente, hasta el punto de ser tipificada como tal figura independiente en algunas legislaciones); y la **preterintencionalidad homogénea** o de grado menor, en la que,

huelga decirlo, los dos delitos, el propuesto y el ejecutado encarnan en un mismo tipo delictivo (no de una figura de delito, de contornos mucho más amplios) aunque con resultado de mayor o menor gravedad (lesiones graves del artículo 420 del Código Penal como ejemplo más característico); de suerte que la primera de las citadas especies de la **praeterintentionem** encarnaba en el artículo 50 en conexión con el párrafo 3.º del artículo 1.º del Código Penal y la segunda en la atenuante 4.ª del artículo 9 del mismo Código. Pero advenida la mentada reforma punitiva que suprimió el párrafo 3.º del artículo 1.º y de su conexo artículo 50, quedaba abolida la preterintencionalidad que cabe llamar cualitativa, para admitir tan sólo la cuantitativa del artículo 9.4 del Código; reforma íntimamente unida a la proclamación del principio de culpabilidad —nunca bastante elogiada— en el mismo pórtico del Código (artículo 1.º, párrafos 1.º y 2.º lógicamente enlazados), de cuya proclama, dogmática y terminante, se deducen dos grandes consecuencias plenamente acordes con el desarrollo actual de la ciencia penal: **Primera**, que el dolo y la culpa agotan las formas de culpabilidad con inmediata repercusión en la noción que esta Sala defiende del delito preterintencional; y **segunda**, que todos los preceptos del Código deben ser interpretados en función de aquel principio que, incluso, a través del de presunción de inocencia que sirve de instrumento al primero dentro del proceso, alcanza rango constitucional; con lo que, si esto es así, cabe resolver el agudo argumento que un sector doctrinal aduce a la estimación de la única preterintencionalidad superviviente: la del artículo 9.4, a través de una **atenuante**, pues si ésta como mera **circunstancia** supone ya el delito que le precede, en cuanto accidente del mismo, externa a él, (**accidentalia delicti**), no puede injertar en el tipo de injusto doloso un tipo de injusto culposo afectante a su misma esencia; objeción que cabe salvar en cuanto que, en el plano de **lege data**, en que hemos de movernos, la **mens legis** inicialmente expresada en el artículo 1.º con carácter general debe imponerse considerando que lo sustancial debe privar sobre lo adjetivo o accidental y que es voluntad de la Ley, crear la preterintención como figura mixta de dolo y culpa, aunque lo haga a través de una “circunstancia” quedando así salvado tal error de técnica fácilmente subsanable en el plano de **lege ferenda**; con lo cual resplandece la esencia de la preterintención que, al exigir en el último tramo de la conducta la concurrencia de culpa, elude de una parte, el caso fortuito, como último reducto del **versari**, y de otra, repele que en el hecho eventual, fronterizo de la culpa consciente, pues, si se da aquel dolo estaremos ya fuera de la sólo formal “atenuante” del artículo 9.4.» (S.T.S. de 15 de noviembre de 1986.)

Artículo 10, 13.ª Cuadrilla: basta que los malhechores vayan provistos de garrotes.

«En lo tocante a la agravante de cuadrilla, aplicada por la sentencia recurrida al robo del apartado a), respecto al que se hace constar que los cinco procesados iban provistos de “una barra de hierro y cuatro garrotes que portaban”, no puede ponerse en entredicho su correcta apreciación, al venir fundada semejante agravación en la presencia de unos elementos fundamentales concurrentes en el supuesto que se enjuicia: a) existencia de más de tres malhechores armados, sin que necesariamente hayan de ser armas de fuego o armas blancas los instrumentos de que se valgan habiéndose estimado concurrente la exigencia normativa en el supuesto de ir provistos de garrotes los agentes, tal la sentencia de 1 de mayo de 1935; b) intervención de los delinquentes en virtud de acuerdo en

orden a la ejecución del delito, en unidad de voluntad y de acción, sin que tal concierto haya de preceder necesariamente a la actividad delictiva y formularse de un modo expreso, pudiendo ser —cual reconoce la sentencia de 20 de febrero de 1981— tácito y momentáneo. Factores concurrentes y vivos en el hecho de autos, dado que los procesados, según se expone, llevaron a cabo el mismo “previamente puestos de acuerdo y actuando de consuno”, sin que sea preciso se trate de un colectivo organizado en jerárquica relación con algún promotor o jefe. Decayendo, pues, todas las alegaciones impugnatorias que, en cuanto a las apreciadas circunstancias agravantes, se incorporan al motivo casacional de que se ha hecho mérito, que se desestima.» (S.T.S. 24 de noviembre de 1986.)

Artículo 14. Se sirve de un menor de edad penal, mientras el procesado queda vigilando. Dominio funcional del hecho.

«1. La parte recurrente articula, con apoyo formal en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, un primer motivo en el que denuncia una supuesta vulneración del artículo 500 del Código Penal, que trata de fundar en una muy peculiar versión del relato fáctico o narración histórica de la sentencia sometida a recurso; pues en su entender, naturalmente parcial e interesado, si el “factum” establece que el procesado ahora recurrente no llegó a entrar en el establecimiento comercial difícilmente pudo haber empleado violencia o intimidación en las personas o fuerza en las cosas; pero la recurrente silencia que el inatado relato expresa dos datos esenciales: a) Que a la acción o comisión delictiva precedió un “pactum scaeleris”: “en unión y puesto de acuerdo con un menor de edad penal”. b) Que “y en tanto que el procesado se quedaba a la puerta vigilando, el otro penetró en el interior en donde logró apoderarse, tras amenazar al encargado” aseveraciones fácticas que por sí mismas conllevarían la desestimación del motivo por simple aplicación de reiteradísima doctrina jurisprudencial de esta Sala dictada para supuestos idénticos (sentencias, entre muchas, de 1 de marzo y 12 de noviembre de 1982, 14 de enero y 23 de mayo de 1983, 19 de abril y 21 de mayo de 1985 y 12 y 28 de febrero, 24 de marzo y 30 de junio de 1986), generalmente fundada en la existencia del concierto previo, carácter nuclear de los actos de vigilancia y no secundariedad o accesoriedad de la participación; pero que no relevan de verificar unas determinadas precisiones en trance fundamentador.

Hay un dato generalmente admitido por la doctrina científica: la improcedencia de identificar la “realización del tipo” con la “ejecución física (directa y corporal); pues el concepto de autoría se ha de identificar con la “realización”; y se ha de identificar partiendo del denominado “dominio funcional del hecho”, inspirado en la señalada “división del trabajo” o “división de funciones” en la dinámica comisiva, en cuya área o ámbito se incluyen aportaciones al hecho que formalmente no se incluyen en la acción típica, en tanto que varios comparten el dominio del hecho en la fase de realización o ejecución; residenciándose así su conducta en el artículo 14 del Código Penal, al realizar acciones íntima y directamente vinculadas con la típica y sin precisión de eslabones intermedios.» (S.T.S. de 10 de diciembre de 1986.)

Artículo 14,3.º Cooperación necesaria: el partícipe no ejecuta el hecho típico.

«3. La tercera de las modalidades de autoría recogida en el artículo 14 del Código sustantivo penal, supone por parte del interviniente la cooperación a la ejecución del

hecho con un acto sin el cual no se hubiese efectuado, es decir, y en ello se diferencia de la coautoría material o ejecutiva, que el participe no "ejecuta" el hecho típico, sino que pone a contribución una actividad ajena o distinta, pero íntima y necesariamente relacionada con aquél; caracterizándose el auxilio prestado por este notorio coadyuvante al empeño común, por su principalidad, necesidad o imprescindibilidad, para la realización del delito —*causa dans*, propia de la autoría—, frente a otras colaboraciones contingentes o secundarias en la obtención del resultado, que igualmente pudo conseguirse sin el concurso del auxiliador. Constante el concierto o acuerdo de voluntades entre dos o más sujetos, unidad de acción y propósito, y mutuo concurso, con asignación de "roles" en la proyectada empresa criminal, surge una responsabilidad "in solidum" respecto al resultado delictivo, con independencia de los actos encomendados a cada uno, al coadyuvar todos de un modo directo y eficaz a la consecución del fin trazado y pese a que los actos nucleares, integrantes en sentido estricto del tipo, sólo vengan ejecutadas por alguno o algunos de los infractores. Parecer en el que se alinean, entre muchas, las sentencias de esta Sala de 20 de marzo de 1969, 5 de diciembre de 1972, 24 de septiembre de 1973, 20 de octubre de 1977, 16 de julio de 1984, 25 de junio y 3 de julio de 1986. Anclando su razón jurídica en expuesta doctrina setencias como las recientes de 16 de octubre de 1985 y 25 de febrero de 1986, al detectar supuestos de cooperación necesaria en delitos de violación ante la intervención de individuos que sujetan a la víctima para vencer la resistencia al acto carnal, mientras otro concertado previamente con los autores de tales actos realiza el yacimiento; o bien cuando el yacimiento tiene lugar en el ámbito de una situación intimidatoria muy grave, más adelante violenta, provocada por los sujetos que sucesivamente se turnan en el lance sexual.» (S.T.S. de 24 de noviembre de 1986.)

Artículo 66. La especial atenuación de la pena no es aplicable a las eximentes incompletas por analogía.

«2. Para que, la adicción a la heroína pudiera operar como eximente incompleta, sería necesario que constara el grado de intensidad de la misma, su influencia o incidencia sobre el intelecto o sobre la voluntad del sujeto activo e incluso si, durante el tracto comisivo, se hallaba bajo los efectos de la aplicación o inyección de la sustancia dicha o inmerso en una etapa de crisis de abstinencia o estado carencial que aflojará poderosamente sus facultades de inhibición de autocontrol o de autodominio. Pero atendiendo a que la pretensión casacional ejercitada por el acusado, se limita a lograr la aplicación de la circunstancia 1.ª del artículo 9 del C.P. en relación con la 1.ª del mentado artículo y con la 1.ª del artículo 8 del mismo, lo realmente ambicionado es la aplicación de una circunstancia analógica dimanante de la adicción a la heroína declarada por la Audiencia de origen, en lo que no habría inconveniente puesto que, de ordinario, se atribuye a la drogadicción, por sí misma, un efecto débilmente aminorador de las facultades cognoscitivas o volitivas del drogadicto en cuantos temas o actividades se relacionan con la toxicomanía que padece, si bien, pese a ello, no sería posible la estimación del recurso dada la falta de practicidad del mismo, puesto que, caso de apreciarse positivamente la concurrencia de una atenuante analógica, la pena que debiera imponerse, es la correspondiente al delito enjuiciado —prisión menor— en su grado mínimo —véase regla 1.ª del artículo 61 del C.P.—, lo que ya hizo, virtualmente, la Audiencia de origen, al imponer la de dos años de dicha prisión, cuyo grado mínimo abarca de seis

meses y un día de la misma hasta dos años y cuatro meses de ello, bien entendido, por lo demás, que si lo que pretendía el recurrente es que, la atenuante invocada, por ser análoga a una eximente incompleta —núm. 1 del artículo 9 del C.P.—, debe producir los efectos privilegiadamente atenuatorios establecidos en el artículo 66 del indicado Cuerpo legal, la preterensión y el empeño, son totalmente infundados pues, este Tribunal ha declarado reiteradamente que, las circunstancias atenuantes por analogía, no son más que atenuantes simples, con los efectos propios de ellas, no gozando del rango de las privilegiadas a las que se asemejan, ni pudiendo obtener el tan benévolo trato punitivo concedido a éstas —pena inferior en uno o dos grados a la correspondiente al delito de que se trate—» (S.T.S. de 21 de noviembre de 1986.)

Artículo 69 bis. No es aplicable la doctrina del delito continuado a los supuestos de abusos deshonestos violentos.

«La inaplicabilidad de la figura del delito continuado a los supuestos de abusos deshonestos violentos fue reiteradamente sancionada por la doctrina de esta Sala anterior a la expresada Ley reformadora, al declarar que dicha figura delictiva se consuma o agota por la mera actividad que supone a la libertad sexual del sujeto pasivo, por lo que resulta imposible ligar las diversas actuaciones temporalmente distanciadas, a pesar de efectuarse sobre la misma persona ofendida por el propio sujeto activo, porque cada acto, aunque sea idéntico, no es parte de un quehacer incompleto ni la voluntad que lo anima es fracción de un homogéneo proceso unitario previo (SS., entre muchas, de 29 de abril de 1968, 27 de mayo de 1972, 25 de junio de 1977 y 22 de noviembre de 1979).

Tras la consagración legislativa de la figura la doctrina ha de ser idéntica en los supuestos en que a la infracción contra la honestidad se sobreañada el plus representado por un ataque contra un bien eminentemente personal cual el de la libertad, en estos casos en su manifestación sexual. Así lo ha entendido esta Sala en la Sentencia de 31 de diciembre de 1985, al declarar que ello es así “por la común condición en todos ellos de ser bienes eminentemente personales” y en el mismo sentido, la Sentencia de 31 de enero de 1986, recogiendo la doctrina de la anteriormente citada y la contenida en las SS. de 3 de marzo, 8 de junio y 14 de julio de 1984, configura, como no podía ser menos, la libertad sexual como bien eminentemente personal y por ello exceptuado en principio de la continuidad delictiva, aunque haga la salvedad excepcional de los supuestos de existencia de “una misma situación intimidatoria o de violencia, entre los mismos sujetos y en el marco de una misma ocasión y de circunstancias inmediatas de tiempo y lugar.» (S.T.S. de 10 de diciembre de 1986.)

Artículo 344, párrafo 2.º Tráfico de drogas. Elementos normativos del tipo.

«2. El recurrente plantea un importante problema dogmático y político criminal que ha preocupado en los últimos años a los juristas sensibles a la tutela de los derechos individuales: la acogida en las figuras de delito de los denominados elementos valorativos que, evidentemente, en contra de lo que acaece con los elementos que suelen llamarse cognoscitivos, producen un mayor margen de indeterminación. La realidad es, empero, que las leyes más modernas, ni siquiera las más progresivas, y un ejemplo palmario lo constituye la regulación española de los delitos contra la propiedad tras la re-

forma del Código Penal de 25 de junio de 1983, han prescindido de estos elementos, y, asimismo, desde el plano dogmático, es igualmente obvio que el Juez se encuentra, también en estos supuestos, vinculado a la Ley en el sentido de que el ordenamiento jurídico no espera una valoración netamente personal y parte, por el contrario, del hecho de que en la colectividad existen valores a los que está, también él, subordinado. Y si esto ocurre incluso respecto de los elementos normativos "con valoración cultural", vgr., los que afectan al pudor y las buenas costumbres, mucho más en este caso.

3. Conclusión de lo expuesto es: 1) en las leyes existen elementos normativos del tipo; 2) los Tribunales están legitimados —son los únicos legitimados— para dar contenido vinculante, obligatorio, a su determinación; 3) Al hacerlo están subordinados a las valoraciones imperantes en la colectividad.

4. Por los enormes costos individuales y sociales que la drogadicción causa, el legislador español, en la reforma operada en el Código Penal en 1983, previó como agravante específica, con particulares efectos de imponer la pena superior en grado, la notoria importancia de la cantidad poseída para traficar. Y esta Sala apreció, en Sentencia de 23 de febrero de 1984, que reunía estas características la posesión de 765 gramos de heroína, y en otra, de 16 de marzo de 1985, la posesión de 290 gramos. Si la cantidad en esta ocasión poseída se eleva a 884 gramos, ninguna duda cabe de que se da la característica de "notoria importancia" que obliga al juzgador a imponer la pena superior en grado. Por lo que el motivo ha de desestimarse.» (S.T.S. de 16 de diciembre de 1986.)

Artículo 402. La exigencia de mayores tasas judiciales que no sean en beneficio propio no integra el delito.

«1. El delito tipificado en el artículo 402 del Código Penal, cuya infracción se denuncia en el único motivo articulado en su recurso por el Ministerio Fiscal, al amparo del artículo 849, núm. 1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, lo comete "el funcionario público que exigiere, directa o indirectamente, mayores derechos de los que le estuvieren señalados por razón de su cargo". Ello quiere decir que uno de los presupuestos básicos de esta conducta criminal es que el sujeto activo sea un funcionario público que esté facultado a percibir, como contraprestación de su actividad oficial, emolumentos o retribuciones —aranceles, dietas, indemnizaciones, etc.— que constituyan sus "derechos", es decir, sus haberes profesionales, de suerte que si el funcionario en cuestión no reclama para sí retribución de ninguna clase, sino sólo exige y percibe —como inequívocamente se dice que hicieron los procesados en esta causa en el resultado de hechos probados de la sentencia recurrida, que ha de respetarse en su integridad— mayores tasas judiciales de las legalmente autorizadas sin ingresar en su patrimonio parte alguna de lo indebidamente percibido, se presenta, "prima facie", como problemático que la irregular exacción pueda y deba ser incardinada, a efectos punitivos, en la figura legal descrita en el mencionado precepto del Texto Penal fundamental.

Para esclarecer esta cuestión es indispensable recurrir a la clave interpretativa que nos proporciona la colocación sistemática del artículo 402 incluido en el Título VIII del Libro II del Código Penal, entre los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos y dentro de ellos en el Capítulo XI, que lleva por epígrafe "de los fraudes y exacciones ilegales". Esta ubicación denota claramente que mediante la sanción penal de la conducta a que nos referimos, el bien jurídico prioritariamente tutelado no es otro que la correcta prestación del servicio público y la defensa del particular, en el uso

y disfrute del mismo, frente al venal comportamiento del funcionario, que pretende convertir su cargo en corrompida fuente de enriquecimiento personal, ora exigiendo mayores retribuciones de las que puede legítimamente percibir, ora reclamando emolumentos sin estar autorizado para ello, si bien en este último caso —como puntualiza la sentencia de 14 de abril de 1986—, el comportamiento del agente podrá incidir, con más propiedad, en las figuras de estafa o cohecho. Que ello es así resalta con mayor claridad aún si se recuerda que el delito de exacciones ilegales estuvo agrupado durante algún tiempo, en nuestras leyes penales, con el de impuestos ilegales, conceptuados todos, indistintamente, como delitos cometidos por los funcionarios públicos con ocasión del ejercicio de sus cargos, siendo el Código de 1870 el que, en cumplimiento del mandato contenido en el artículo 15 de la Constitución de 1869, y de acuerdo con la filosofía liberal que a la misma inspiraba, llevó los delitos de contribuciones ilegales —atentatorios al derecho de los ciudadanos a no pagar más contribución que la legalmente establecida— al conjunto de los delitos contra la Constitución, dejando entre los fraudes y exacciones ilegales la percepción de derechos en cuantía superior a la debida, criterio que se ha mantenido en los textos posteriores y subsiste en el vigente.

Esta distinción entre el delito de exacciones ilegales, que ante todo ataca y lesiona el buen y honesto desempeño de la función pública y el de impuestos ilegales, que vulnera fundamentalmente el derecho ciudadano que hoy garantiza el artículo 31.3 de la Constitución vigente, aun estando claramente trazada, como vemos, en la Ley penal y habiendo llevado a un importante sector de la doctrina a sostener, con indudable corrección, que el delito tipificado en el artículo 402 del Código Penal sólo puede cometerse por los funcionarios públicos que obtienen su retribución, total o parcialmente, de los particulares a los que prestan el servicio que les está encomendando, no encontró siempre, sin embargo, acogida en la doctrina de esta Sala, siendo digna de recordar al respecto la sentencia de 24 de febrero de 1968, en que el hilo de una identificación histórico-conceptual entre los derechos arancelarios que percibieron en épocas pasadas determinados funcionarios de la Administración de Justicia y las tasas judiciales que —según se decía— habían venido a sustituir a aquéllos, establecía una sinonimia entre tasas y derechos y reputaba correcta la incardinación en la figura penal cuestionada de la conducta de quienes cobraron tasas judiciales con notorio exceso sobre lo que debían haber cobrado, aunque importa sobremanera, para valorar con toda justeza tal doctrina, tener en cuenta que dicha interpretación se producía a propósito de un caso en que los funcionarios perceptores hicieron suyo con ánimo de lucro la sobretasa arbitrariamente reclamada y recaudada.

No obstante, y sea como sea, la progresiva desaparición del arcaico sistema retributivo arancelario y la correlativa exigencia legal de que toda prestación patrimonial de los ciudadanos a la cobertura de los gastos públicos sea liquidada e ingresada en las cajas del ente acreedor —Estado, Comunidad Autónoma, Provincia o Municipio— va convirtiéndose inevitablemente en residual: la figura delictiva descrita en el artículo 402 del Código Penal, en la medida en que la modernización del sistema tributario y la más acabada burocratización de la función pública hacen más difícil y anómala la aparición en la realidad social de su presupuesto fáctico, por lo que no parece lógico ni suficientemente respetuoso, por otra parte, con el principio de legalidad, continuar subsumiendo en dicho tipo, por inercia histórica y al amparo de una interpretación excesivamente amplia de los términos que lo delimitan, conductas que tendrían su más adecuado encaje y correcta respuesta penal en otros preceptos del Código. Cuando un funcionario público retribuido únicamente por sueldo exige a los contribuyentes, con destino al ente público al que sirve, tributos no legalmente autorizados, aunque asuman la forma de ta-

sas, porque la condición de su exigencia sea la realización de una actividad que afecte particularmente al sujeto pasivo, es el artículo 202 y, en su caso, el 203 del Código Penal el que debe proporcionar marco de referencia para la definición y sanción de tal conducta. Y como no fue esta calificación de los hechos la que hizo, en el caso que nos ocupa, el Ministerio Fiscal en la instancia ni fue la misma sugerida o planteada por el Tribunal "a quo" ni obviamente esgrimida en esta sede por la Acusación pública recurrente, es llano que no puede ser introducida ahora por nosotros en el marco de este recurso, por lo que, siendo correcta la apreciación, por las razones que han quedado expuestas, de que los hechos declarados probados y no impugnados ni integrados por vía procesal idónea —percepción por los procesados, oficial y auxiliar de la Administración de Justicia respectivamente de tasas superiores a las legalmente establecidas, con el único propósito de sufragar los gastos del juzgado en que prestaban servicios y sin ánimo de obtener beneficio económico— no constituyen el delito configurado en el artículo 402 del Código Penal, se está en el caso de rechazar este único motivo y desestimar el recurso.» (S.T.S. de 12 de diciembre de 1986.)

Artículo 480. Detenciones ilegales. Es una especie del delito de coacciones.

«3. De forma subsidiaria con respecto al anterior, se articula por el mismo recurrente un tercer motivo en que, igualmente en el ámbito procesal del artículo 849, número 1, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se denuncia la indebida inaplicación del artículo 496 del Código Penal en que se describe y sanciona la figura delictiva de coacciones que —según se dice— resulta más ajustada a los hechos declarados probados de los que fue sujeto pasivo L.F.T. que la de detención ilegal impugnada en el motivo segundo. Los delitos de detención ilegal y coacciones tienen entre sí, a no dudarlo, un estrecho parentesco, más ello no significa que sea fácil su confusión y que el único criterio diferenciador de que se disponga sea el meramente cuantitativo del tiempo que hubiere durado la acción coactiva o paralizadora del delincuente. Aunque, ciertamente, la doctrina de esta Sala se ha referido de modo tan reiterado como justificado a la necesidad de que la privación de libertad, característica de la detención ilegal, alcance cierta duración y permanencia para que no se confunda aquel delito con el de coacciones, también ha establecido con toda claridad —así, entre otros, en las Sentencias de 3 de octubre de 1984, 18 de mayo de 1985 y 5 de febrero de 1986— una relación de especie a género entre uno y otro tipo delictivo, de suerte que el de coacciones, consistente en el empleo de fuerza física o psíquica para impedir a otro efectuar lo que no quiera, sea justo o injusto, sería el delito genérico, y el de detención ilegal el específico, por cuanto en éste aquella genérica y arbitraria coacción se ejerce con la precisa finalidad de encerrar y privar de libertad deambulatoria al sujeto pasivo, de cuya especificidad se deriva que el delito pueda estimarse consumado incluso en el instante mismo en que la detención se produce —Sentencia de 12 de junio de 1985— sin que sea decisivo el respecto al mayor o menor lapso de tiempo en que la víctima estuvo sometida a la voluntad de su secuestrador. Y como en el caso a que este recurso se refiere, no sólo se ha descrito en el resultando de hechos probados una patente privación a la víctima de su derecho a continuar donde estaba y desplazarse a donde le plugiere, sino que además se ha concretado nada menos que en tres horas el tiempo que duró la vejatoria y ominosa situación —tres horas de detención coactiva es plazo más que sobrado para reputar gravemente vulnerado el bien jurídico de la libertad— ha de concluirse que la nor-

ma penal aplicable no era, como se pretende, el artículo 496, sino el 480 del Código Penal, en que correctamente se subsumió el comportamiento del recurrente.» (S.T.S. de 16 de diciembre de 1986.)

Artículo 501, 4.º Robo con torturas: dejan caer cera fundida sobre el pecho de la víctima.

«3. En el motivo tercero del recurso que se analiza y en el segundo del planteamiento a nombre del recurrente V., se sostienen las tesis de haber sido violado por aplicación indebida el núm. 4.º del artículo 501 del Código Penal, ya que, según afirman, no hicieron constar los juzgadores de instancia cuál de las circunstancias expresadas en el mencionado núm. y precepto era la concurrente, lo cual no es cierto, pues los hechos probados, con notoria claridad, declaran, certeramente, que mientras V. “dejaba caer la cera de una vela encendida sobre el pecho” de la víctima, que se encontraba amordazada y reducida, “causándola quemaduras de primer grado”, el otro depredador registraba el piso apoderándose de objetos valorados en 117.500 ptas., es decir, que durante la perpetración de la fechoría infligieron al desvalijado torturas cruentas, mortificándole con refinada determinación, lo que es suficiente para la aplicación de aquel artículo, que sólo requiere, como en él se detalla, que con motivo y ocasión de robo se infieran torturas; torturas de las que dicho sea de paso son responsables en igual grado ambos recurrentes porque los dos se concertaron para cometer el robo y llevaron a cabo conjuntamente sus actos de ejecución, aunque luego sólo uno de ellos fuese el que las realizase, sin reproche ni desaprobación por parte del otro, por todo lo cual es obligada la desestimación de los dos motivos antedichos.» (S.T.S. de 23 de diciembre de 1986.)

Artículo 535. Apropiación indebida: No es título apto el préstamo mutuo.

«Segundo. Los títulos aptos e idóneos para generar delito de apropiación indebida se hallan citados en el artículo 535 del Código Penal, el cual los formula de modo abierto o ejemplificativo, de suerte que, no solamente la comisión, el depósito o la administración pueden engendrar la figura estudiada, sino cualquier otro título capaz de transmitir la posesión legítima de cosas muebles, habiendo estimado este Tribunal que son títulos apropiados para tal función, el mandato, el comodato, la sociedad, la compraventa con reserva de dominio, la prenda, el arrendamiento de cosas, el de servicios, el de obras —en ciertos casos—, la aparcería y otros más, pero sin que lo sean, como ha declarado esta Sala —véase, vgr., la sentencia de 27 de octubre de 1986— todos aquellos títulos que no sólo transfieren, al “accipiens”, la posesión legítima de los bienes muebles, sino también la propiedad de los mismos y, por lo tanto, todas las facultades inherentes a esta “plena in re potestas”, encontrándose, entre dichos títulos inapropiados para originar delito de apropiación indebida, la compraventa, la permuta, la adjudicación o dación en pago, la donación y el préstamo mutuo, el cual transmite la propiedad de los bienes muebles objeto del mismo, aunque con la obligación de entregar o devolver, en el plazo pactado, otro tanto de la misma especie y calidad.

Tercero. En el caso enjuiciado, tanto la CEPYME de Zaragoza, entregara directamente al acusado 932.820 ptas. para la adquisición de una parcela, cuyo vendedor era el Instituto Nacional de Urbanización, como si realizó el ingreso en las arcas de esta entidad en beneficio y por cuenta del acusado, lo cierto es que, como se deduce ine-

quívocamente de los documentos que acompañan a la querrela —y que esta Sala ha examinado al amparo de la facultad que le concede el artículo 899 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal—, la cantidad referida, se concedió al acusado a título de préstamo mutuo, transmitiéndole la propiedad de la suma antedicha aunque con la obligación de restituirla en la forma y plazo convenidos, con lo cual, si más adelante decidió el procesado, resolver el contrato de adquisición de la parcela reembolsándole el Instituto de Urbanización las cantidades entregadas a cuenta del total precio, con el descuento del 20% consecutivo al desistimiento de la mentada adquisición, es indudable que, la recepción de la cantidad resultante, lo fue también a título de propiedad de la misma y no simplemente de posesión legítima de ella, por lo que, la falta de reintegro a CEPYME por parte del acusado, de la cantidad prestada por dicha entidad, entrañará el incumplimiento del contrato de préstamo convenido, con la condigna trascendencia civil, pero no pudo generar en modo alguno, el delito de apropiación indebida por el que ha sido condenado el meritado acusado, procediendo, en virtud de lo expuesto, la estimación del primer motivo del recurso interpuesto por el imputado, amparado en el núm. 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida del artículo 535 del Código Penal, procediendo igualmente casar y anular la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza —Sección Primera— con fecha 18 de febrero de 1984, siendo innecesario, ante el acogimiento del meritado primer motivo, el examen del segundo y último basado en el núm. 2 del artículo 849 que se acaba de mencionar.» (S.T.S. de 24 de noviembre de 1986.)

Artículo 535. Apropiación indebida. Retención de impuestos a los trabajadores y ausencia de ingreso en la Hacienda Pública

«2. Así, pues, la cantidad retenida al trabajador forma parte integrante del salario o jornal y como al Empresario se le concede la facultad y se le impone la obligación de detraer la cuota correspondiente al impuesto al tiempo de verificar el pago desde el momento en que se produce la retención, el importe de la misma, pasa a constituir un patrimonio separado, adscrito a un fin, o, en todo caso, constituye una parte integrante del patrimonio del trabajador avocada a ser ingresada en el Tesoro, por lo que desde ese mismo momento el empresario pasa a poseerla a título de depositario hasta el momento en el que se verifica el ingreso en el organismo correspondiente, de forma que el empresario posee las cantidades detraídas en virtud de uno de los títulos expresamente aludidos en el artículo 535 del Código Penal, pero en todo caso, lo que no puede ponerse en duda es que la posee en virtud de un título de los innominados a los que abarca la fórmula genérica del mentado precepto penal, sin que se pueda entender o admitir que constituya un obstáculo para entenderlo así el hecho de que no hubiere mediado “amotio” o traslado material del numerario, pues basta la adscripción ideal “ex iure domine”, ya que, como es obvio, en nuestro Ordenamiento Jurídico la “tradictio” puede no ser material, hallándose admitida la instrumental o simbólica y la convencional, bajo las dos modalidades, “brevi manus” y “constitum posesorium” cuyo último supuesto es el de autos, en cuanto que el empresario se halla en posesión del dinero a título de dueño y en virtud de la retención se transforma la posesión de la cantidad retenida que de posesión a título de dueño pasa a ser poseedor de cosa ajena, pues en los dos aludidos supuestos, “brevimanus” y “constitum posesorium” no hay desplazamiento material del “corpus” posesionis”, sino que por un acto de voluntad o de dispo-

sición legal, cambia el signo del título en virtud del cual se posee, pasando, en el primer caso, a poseer a título de dueño lo que ya se poseía aunque en virtud de un título menor a la inversa de lo que se produce en el segundo, siendo de observar que, cuando de dinero se trata, dado el carácter de cosa fungible que le caracteriza, la posesión, salvo excepciones, recae sobre un valor y no sobre una cosa concreta y tangible.» (S.T.S. de 24 de diciembre de 1986.)

Artículo 546 bis a). Receptación. Aprovechamiento en beneficio de tercero.

«**Segundo.** Otra cuestión también intrincada y de difícil y nada pacífica solución, es la que se suscita, cuando, el presunto receptor, aprovecha los defectos del delito en el que no ha participado como autor o cómplice, pero no lo hace para sí, sino en provecho o beneficio de terceros, bien porque se proponga transmitirles, onerosa o gratuitamente, los efectos adquiridos, bien porque, aunque obrando en nombre propio, lo hace por cuenta ajena, como mandatario expreso o tácito del destinatario de los referidos efectos. Dentro de la doctrina científica, unos sectores, afirman que no es solamente aprovechamiento propio o para sí el que redundará en exclusivo provecho del receptor, pues éste puede recibir, las cosas procedentes de un delito contra los bienes, para compartirlas con terceros y hasta para trasladar a los mismos el total disfrute de los efectos receptados, mientras que, para otras corrientes doctrinales, si, el aprovechamiento, lo es para sí, será aplicable el artículo 546 bis a), y si, el mentado aprovechamiento, lo es para otros, el operante será el núm. 1.º del artículo 17. Por su parte, la jurisprudencia, también es, a veces, contradictoria, y así, vgr., la sentencia, de esta Sala, de 6 de marzo de 1961, declaró que, el signo diferencial entre encubrimiento y receptación, radica precisamente en que, el lucro pretendido o logrado, sea ajeno o propio, de tal modo que, en el primer caso, entrará en juego el artículo 17 y, en el segundo, el artículo 546 bis a), mientras que, la sentencia de 30 de septiembre de 1961, considera y reputa receptor al hijo que adquiere efectos sustraídos, a sabiendas de su procedencia ilegítima, como encargado de un establecimiento comercial del que, su padre, era el exclusivo propietario. Pudiéndose resolver la cuestión, ante estas opiniones contradictorias y antagónicas, del modo siguiente: dentro de la frase "para sí" legal, es posible albergar no sólo aquellos casos en los que, el presunto receptor, aprovecha los efectos receptados en beneficio exclusivamente propio, sino también, los supuestos, en los que, siendo él quien personalmente los adquiere, se propone entregarlos, en su totalidad, onerosa o gratuitamente, a otro u otros, así como aquéllos en los que, actuando en nombre propio, sin embargo, lo hace como mandatario, expreso o tácito, de otra persona, proyectando cederle, a ella, el provecho de la ilícita operación. En resumen, la clave de la cuestión, estriba en que, **esos otros**, sean autores o cómplices del delito contra los bienes del que proceden los efectos adquiridos, en cuyo caso operará el artículo 17, o, por el contrario, persona o personas distintas a los autores o cómplices del delito encubierto, en cuyo supuesto será el artículo 546 bis a) el operante, abonando esta tesis, el texto del artículo 546 bis b) del Código Penal, en cuyo precepto se reputa receptor habitual a los gerentes o encargados de tienda, almacén, industria o establecimiento abierto al público, siendo así que, de ordinario, dichos encargados o gerentes, adquirirán los efectos sustraídos, **inmediatamente**, para sí pero, **mediatamente**, para la empresa o titular de la misma a quienes prestan sus servicios.» (S.T.S. de 23 de diciembre de 1986.)

Artículo 546 bis a). Receptación. Conocimiento de la procedencia de los bienes: elemento cognoscitivo normativo. Precio vil.

«6. Como uno de los requisitos precisos para la perfección del delito de receptación figura el de conocimiento por parte del infractor de que los efectos que adquiere provienen de anterior acción delictual contra los bienes, información que la jurisprudencia ha venido conceptuando unas veces como elemento subjetivo del injusto y otras —sentencias más modernas— como elemento cognoscitivo normativo o estado anímico de certeza, el cual va más allá de las meras sospechas, suposiciones o conjeturas, sin que sea equiparable al conocimiento exhaustivo y pormenorizado del hecho criminal en cuanto a sus particularidades o circunstancias de fecha, forma o lugar, ni exigirse —como destacan las sentencias de 23 de octubre de 1984, 23 de enero de 1985 y 5 de mayo de 1986— que el sujeto acierte a calificar, con precisión y exactitud y con su **nomen iuris**, la infracción precedente; siendo admisible y válido que los Tribunales de instancia, en las narraciones históricas de las sentencias, se refieran a tan indispensable requisito con las frases “a sabiendas de su ilegítima procedencia”, “con conocimiento de su origen ilícito” y otras similares, verdaderas cláusulas de estilo con las cuales se quiere significar, y se significa, que el agente o agentes, tenían pleno conocimiento de que los efectos aprovechados por ellos procedían de la anterior perpetración de un hecho contra los bienes. Al dejarse constancia en el relato básico de que el procesado «sabía sobradamente» la procedencia de los efectos que adquiriría, ha de estimarse cumplida suficiente y satisfactoriamente la exigencia normativa del tipo de receptación. Lo que se refuerza con las consideraciones que a continuación se consignarán. Procediendo, pues, la *deestimación del motivo*.

7. En el segundo de los motivos del recurso del indicado procesado J. C. se atribuye a la sentencia impugnada no haber declarado el ánimo de lucro en el inculpado, elemento esencial del tipo que se describe en el artículo 546 bis a) del Código Penal. El postrer elemento objetivo o real de dicha infracción deriva del aprovechamiento por parte del receptor de los bienes u objetos del delito antecedente ajeno, aprovechamiento respecto del que basta su potencialidad, ante la abstracta disponibilidad de aquéllos, identificándose con cualquier goce o satisfacción obtenida por el presunto infractor, incluso los meramente contemplativos o los de ulterior liberalidad o beneficencia, llegándose a estimar suficiente por la sentencia de 23 de enero de 1985, anclada en algún precedente jurisprudencial, la tendencia de los mentados efectos sin descargo suficiente que explique satisfactoriamente la susodicha tenencia. Y, desde luego, es constante la doctrina legal, al igual que la científica, en apuntar hacia el precio vil o escaso como signo evidente de la efectiva e indiscutible utilidad proporcionada por el sujeto, sirviendo, a la vez, para reforzar la convicción de que el mismo tenía pleno conocimiento y se hallaba impuesto de la procedencia ilegítima de los bienes u objetos adquiridos. Parecer este sobre la significación y consecuencias del precio mezquino, irrisorio o vil, como viene siendo designado, en el que abundan, entre otras, las sentencias de 25 de mayo y 8 de julio de 1982, 9 de julio y 23 de octubre de 1984, 23 de enero de 1985, 13 de febrero y 5 de mayo de 1986, por citar entre las modernas, todas coincidentes en que la mediación de un precio vil en la operación de compra está delatando el ánimo de aprovechamiento en el receptor. La satisfacción de cuarenta mil pesetas por el suministro de cien gramos de oro en joyas, y de ciento veinte mil pesetas por la muy numerosa relación de objetos y joyas de figuran en el resultando fáctico de la sentencia, revela a las claras, de modo paladino e incuestionable, la intención utilitaria y de aprovechamiento que presidió la actuación del procesado, consciente del origen ilegítimo

de la mercancía ofrecida y de la ocasional ventaja que se le brindaba. Decayendo, en consecuencia, y desestimándose el motivo referenciado.» (S.T.S. de 16 de diciembre de 1986.)

Artículo 565. Imprudencia temeraria. Deber de cuidado interno y externo.

«1. El primer motivo en que se fundamenta el recurso, acogido al cauce procesal del artículo 849, núm. 1.º, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia la que se considera indebida aplicación a los hechos declarados probados del párrafo primero del artículo 565 del Código Penal y la correlativa falta de aplicación, igualmente indebida, del párrafo segundo del mismo precepto, por entender el recurrente que su conducta no debió ser calificada como imprudencia temeraria, sino como imprudencia simple como infracción del artículo 27 c) del Código de Circulación. La diferencia entre la imprudencia temeraria y la simple, como consecuencia de la estructura fundamentalmente normativa de la culpa —a diferencia del dolo que es una entidad psicológica— radica en la gravedad que alcanza la infracción de las normas objetivas de cuidado en que toda imprudencia consiste. La existencia o no de una infracción reglamentaria, de la que depende, a tenor del párrafo segundo del artículo 565 del Código Penal, que la imprudencia simple pueda llegar a constituir delito u origine, en su caso, una simple falta, no tiene la menor relevancia para aquella primera distinción puesto que, como ha declarado reiteradamente la doctrina de esta Sala y ha recordado recientemente la sentencia de 24 de febrero de este año, la imprudencia grave no se degrada y pasa a ser leve o simple por el hecho de ir acompañada de una o más infracciones reglamentarias sino que, por el contrario, esta circunstancia confirma, subraya refuerza la gravedad —o lo que es lo mismo, la temeridad— de la imprudencia. La norma objetiva de cuidado, cuya infracción da lugar al tipo culposo de delito, proyecta sus exigencias en un doble y sucesivo nivel de actuación: en primer lugar, impone el “deber de cuidado interno” que obliga al agente a advertir que el acto lícito que realiza crea un riesgo mayor o menor, constituyendo la infracción de este deber la que clásicamente se ha denominado culpa inconsciente, cuya gravedad, por cierto, no es siempre ni forzosamente inferior a la de la culpa consciente; y en segundo lugar, impone el “deber de cuidado externo” que se traduce, cuando la situación de peligro es inevitable, ya que si no lo fuese el deber de cuidado consistiría sencillamente en no crearla, en la obligación de adoptar una forma prudente de actuación, capaz de neutralizar la potencialidad destructiva o lesiva que puede atribuirse a dicha situación. Según este esquema, sobre lo que hay que preguntarse ante el problema que plantea cada caso concreto en que, como consecuencia de una conducta negligente o imprudente, sobreviene un resultado típico, es sobre la gravedad de la infracción del que podemos llamar deber de advertencia, sobre la posibilidad que tenía el agente de elegir una línea de actuación menos arriesgada y, finalmente, sobre la gravedad de la infracción de la norma de prudencia, que llevó a no emplear los medios necesarios para que el peligro inherente a la operación realizada no se concretase en resultado lesivo alguno, bien entendido que, en todo caso, las respuestas a tales preguntas habrán de ser indagadas cuidadosamente en cada supuesto, sin que “a priori” puedan establecerse reglas generales y si tan sólo meramente indicativas, según recuerda la Sentencia de 17 de febrero de este año recordando, entre otras, las de 26 de febrero de 1983 y 2 de enero de 1984. Proyectando ahora las anteriores consideraciones sobre la conducta del recurrente enjuiciada en la Sentencia de instancia —y teniendo a la vista los datos que sobre lo ocurrido proporciona el resultando de he-

chos probados vemos que aquél, maniobrando con un camión en la travesía de una carretera por lugar poblado, circulaba, marcha atrás, desde una explanada situada junto a la ruta y atravesando ésta, hacia una calle existente en la margen opuesta por la que se proponía introducir el vehículo, llevando a cabo tal maniobra —que el conductor menos avisado hubiese definido como peligrosa— sin tener completa visibilidad y sin subsanar esta deficiencia con la ayuda de persona alguna que le pudiese avisar la presencia de algún viandante o la llegada de otro vehículo, no apercibiéndose, por ello, de que una anciana cruzaba en aquel momento la calzada, por lo que la golpeó con la parte trasera derecha de la caja del camión —ángulo que quedaba fuera de su campo de visión— arrollándola seguidamente con las ruedas posteriores y ocasionándole la muerte instantánea, relato que, si bien no nos dice nada concluyente sobre la posibilidad que tenía el recurrente de conseguir su objetivo de forma menos arriesgada y sobre el grado en que cumplió su deber de prever los eventos lesivos, de uno u otro orden, que podrían sobrevenir en tanto no culminase su operación si nos dibuja, con firmes trazos, una grave e inexcusable omisión de lo que cualquier persona medianamente diligente hubiese considerado imprescindible para enervar la objetiva peligrosidad de la maniobra, ésto es, el auxilio de una persona que, desde el exterior del camión, advirtiese a su conductor la eventual necesidad de detener la marcha o avisase a los peatones u otros conductores del imprevisto riesgo que corrían, norma de cuidado dictada por la más común experiencia —no recogida expresamente por cierto, en el artículo 27 c) del Código de Circulación, del que, sin embargo claramente se deduce la absoluta prohibición de iniciar la marcha atrás sin tener suficiente visibilidad por ambos lados— cuya infracción debe ser reputada indudablemente grave, por lo que ha de llegarse a la conclusión de que la imprudencia del recurrente fue calificada correctamente como temeraria. Este primer motivo, pues, debe ser rechazado.» (S.T.S. de 22 de diciembre de 1986.)

SECCION DE BIBLIOGRAFIA

Revista de libros

PRIETO RODRIGUEZ, Javier Ignacio: «El delito de Tráfico y el Consumo de Drogas en el Ordenamiento Jurídico Penal-Español», Bosch, Barcelona, 1986, 506 pp.

Hemos podido observar que la droga ha pasado a ser en los últimos tiempos uno de los temas «de moda» entre los estudiosos de las llamadas «Ciencias Sociales». En el campo del Derecho Penal, Prieto Rodríguez acaba de publicar el trabajo por el que obtuvo el grado de doctor y que lleva por título «El delito y tráfico y el consumo de drogas en el Ordenamiento jurídico-penal español».

El autor es consciente del interés y de la polémica que este tema desata en nuestro siglo, momento en que la droga empieza a ser considerada como problema. Problema que surge cuando comienzan a coexistir los siguientes motivos:

«Su extensión social, no localizable como antaño en grupos limitados» (p. 4).

El «predominio de este consumo entre los jóvenes» (p. 5), el «Gran aumento de delitos relacionados directamente con el tráfico de drogas tóxicas o estupefacientes en los últimos tiempos» (p. 5).

Sentadas estas bases pasa el autor a afirmar con Beristain la «necesidad de una "mayor investigación interdisciplinaria"» para evitar las posibles duplicidades y contradicciones que, de no actuarse conjuntamente, podrían producirse en el enfoque y tratamiento del tema.

Dicho lo cual, Prieto Rodríguez comienza el análisis propiamente dicho del delito de tráfico y el consumo de drogas. Y en este análisis, como señala García Pablos en el Prólogo, el autor excede con mucho del mero estudio del artículo 344 del Código penal. Así, antes de realizar una exégesis de este precepto, dedica un amplio bloque del libro a lo que llama «Conceptos generales-extrajurídicos sobre la droga» (pp. 9 y ss.). En este capítulo se dedica preferentemente a los aspectos médicos que plantea la drogodependencia, ofreciendo al profano en la materia una amplia documentación sobre la vertiente clínica de ésta, desde sus definiciones médicas (p. 13) y sus inseparables elementos, hasta las clases y efectos de la misma (p. 21 y ss), destacando especialmente entre ellos el llamado síndrome de abstinencia, sin duda el de mayor relevancia en materia penal.

Finaliza este capítulo con una amplia referencia a la prevención y tratamiento médicos de la drogadicción.

Pero, sin duda, el bloque más importante de la obra es el titulado «Las drogas y el Derecho», que se dedica, fundamentalmente al análisis técnico-jurídico del artículo 344 del Código Penal, si bien precedido dicho análisis de una documentada reseña del tratamiento que la droga recibe en otras ramas de nuestro Ordenamiento.

A partir de aquí se hace más patente en la obra la repulsa del autor a una gran in-

intervención jurídico-penal en materia de drogas. Y para fundamentar esta crítica realiza un amplio estudio de lo que es, sin duda, el núcleo central de su Tesis Doctoral en dos aspectos: el tráfico (artículo 344 del Código penal), y el consumo de drogas.

Respecto del tráfico de drogas, la sistemática con que se realiza su análisis puede considerarse clásica, ya que parte de la evolución histórica del precepto para terminar estudiando la posibilidad de establecer un concurso entre el artículo 344 y el 348 del Código penal, pasando, como es lógico, por el análisis de los elementos que configuran este tipo penal.

En segundo lugar, el autor realiza una valoración jurídico-penal del consumo de drogas. Partiendo de la posible responsabilidad criminal del adicto y consumidor de drogas hay que hacer hincapié en la figura del traficante-consumidor, para la que Prieto reclama «un tratamiento jurídico específico, que por razones de equidad no puede ser el mismo que el de los traficantes ni tampoco el del simple consumidor» (p. 311). Y considera que ese tratamiento jurídico ha de consistir en la «previsión legal específica, en sede del delito de tráfico de drogas —y no en otro lugar— de la figura del traficante consumidor», que constituiría «una llamada de atención al juez para que efectúe tal valoración» (p. 312); esta figura no se contempla en la actual redacción del art. 344 del Código penal.

También son, a mi juicio, atinadas las soluciones que ofrece respecto del drogadicto-delincuente (pp. 320 y ss), respecto del cual mantiene una tesis intermedia en tanto que lo considera como delincuente y como drogadicto.

Posteriormente hace especial referencia a la problemática de la conducción de vehículo de motor bajo la influencia de drogas, entendidas éstas en sentido amplio.

Como colofón a este bloque, el autor realiza un estudio del tratamiento del tema que se desprende de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social, de la legislación Penitenciaria y de la legislación de Contrabando, para finalizar señalando la «conurrencia de legislaciones y sus consecuencias en la represión del tráfico de drogas» (pp. 418 y ss). Esta concurrencia se produce en una triple vertiente:

- Entre el Código penal y la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social.
- Entre el Código penal y la legislación de Contrabando.
- Entre la legislación de Contrabando, la LPRS y el Código penal.

Tras el análisis médico y jurídico de la droga, el autor señala otras perspectivas, sin las cuales el estudio de esta materia quedaría, sin duda, cojo. Las visiones criminológicas, económicas e históricas del problema de la droga pueden acercarnos con mayor profundidad a la raíz de este complejo fenómeno.

Por último, señalar que entre las propuestas «de lege ferenda» con que Prieto Rodríguez finaliza su obra, hay una que me parece de mayor interés y, al tiempo, causante de mayor polémica; la «previsión, como “tipo atenuado” de la hipótesis de colaboración del adicto/traficante en el descubrimiento de nuevos hechos de tráfico ilícito...» (p. 490). Sin embargo, considero que el «beneficio» no debe circunscribirse a la figura del traficante/consumidor, sino a cualquier traficante cuya colaboración sea eficaz en la lucha antidroga.

A modo de valoración global, sólo resta por decir que junto a la amplísima información que ofrece este libro, el autor realiza certeros análisis de la realidad jurídica española, al tiempo que expone innovadoras propuestas legislativas, dignas, cuando menos, de estudio y reflexión por parte de estudiosos y legisladores.

SILVA SANCHEZ, Jesús María: «El Delito de Omisión. Concepto y Sistema.» Ed.: Librería Bosch, Barcelona, 1986, 387 pp.

«El problema de la punibilidad de las omisiones... preocupa a los juristas desde la antigüedad. La discusión sobre el concepto de omisión como problema jurídico-penal es, sin embargo, un fenómeno mucho más reciente» (p. 3).

Con el ánimo de depurar en lo posible el concepto jurídico-penal de omisión, Jesús María Silva Sánchez elaboró este trabajo por el que consiguió su grado de Doctor, en la Universidad de Barcelona, con la máxima calificación «cum laude».

Para abordar el estudio del delito de omisión divide su trabajo en tres partes: «Aproximación al concepto jurídicopenal de omisión» (pp. 3 y ss.); «Comisión y omisión. Los casos límites» (pp. 165 y ss.) y las «Clases de omisiones» (pp. 281 y ss.).

La aproximación al concepto de omisión se realiza partiendo de las posturas dogmáticas existentes, comenzando por las llamadas «concepciones negativas» (pp. 21 y ss.), entre las que se contemplan las ya clásicas del causalismo naturalista y del finalismo, desde una perspectiva ontológica de la omisión, y el concepto negativo de acción, desde una perspectiva puramente normativa. Posteriormente se refiere a las «concepciones positivas», dentro de las cuales se comprenden aquellas «posturas doctrinales que atribuyen a la omisión un contenido de sentido trascendente al mero de no hacer algo» (p. 81).

Siguiendo la sistemática observada en el capítulo relativo a las «concepciones negativas», se ocupa, en primer lugar, de analizar aquellas tendencias que, dentro de este carácter positivo, parten de la llamada «positividad ontológica» (pp. 84 y ss.); y en segundo lugar, de las que se ocupan de la omisión en un plano meramente normativo.

Llegados a este punto es cuando se desarrolla largamente la llamada «Teoría de la expectativa», según la cual la omisión es, en definitiva, la «no realización de un hacer esperado» (p. 91), postura ésta que engarza directamente con la mantenida por algunos clásicos.

Finaliza este bloque con un último capítulo que supone la toma de postura del autor en lo que se refiere a la delimitación conceptual del tema que nos ocupa. Comienza por sentar las bases que nos permitan trazar la perspectiva adecuada para el estudio de la omisión. Para ello plantea el problema de la distinción entre el «carácter de la acción» y el «concreto contenido de la acción», con lo cual dota de terminología específica a cada problema, con el fin de evitar un posible confusionismo entre uno y otro.

Así, el «carácter de la acción» lo denomina «conducta» (p. 127), mientras que al «concreto contenido de la acción», relevante para el Derecho Penal, que vendría dado por el tipo, lo denomina con los términos que se refieren al carácter que se manifieste en ese tipo concreto según su realización «comisiva» u «omisiva».

Comienza, posteriormente, una segunda parte de la obra en la que Silva intenta la aproximación conceptual a la omisión desde otra perspectiva no menos complicada; para ello pone de manifiesto los límites entre «comisión» y «omisión», señalando, en primer lugar, las «Bases teóricas de la delimitación» (pp. 163 y ss.); en este punto, el autor justifica la «necesidad» de llevar a cabo esta delimitación para pasar a observar su «posibilidad» (pp. 176 y ss.), exponiendo, para ello, las diferentes perspectivas desde las que podría realizarse, partiendo de un punto de vista meramente teórico.

Por último, examina «La delimitación a través de los grupos de casos problemáticos» (pp. 199 y ss.). Plantea pues, la necesidad de observación de dichos supuestos prácticos para evitar que el debate teórico sea un debate inútil, vacío de contenido.

En este punto es donde, a mi juicio, se hace una de las mayores y mejores aportaciones del libro. El interés que siempre ha manifestado Jesús María Silva por el estudio de casos prácticos que faciliten la comprensión de los problemas fundamentales que se plantean en Derecho Penal, se plasma en la claridad y acierto con que hace llegar al lector a la solución de algunos casos problemáticos.

Estos son los «Casos equívocos de realización típica imprudente» (p. 200 y ss.), «Interrupción de “cursos causales salvadores”» (pp. 216 y ss.), «Actio sive omissio libera in causa» (pp. 260 y ss.), y «Comisión y omisión en sucesión temporal» (p. 273).

Finaliza la obra con una tercera parte dedicada a establecer las «Clases de omisiones» (pp. 281 y ss.), a lo que dedica dos capítulos.

En el primero señala las cuestiones comunes a todos los «tipos» de «omisiones», para lo cual realiza un análisis de dos aspectos fundamentales: «la situación de peligro» (pp. 283 y ss.) y la «no realización de la acción indicada» (pp. 288 y ss.).

El segundo capítulo trata, por último, de establecer «Criterios de clasificación de las omisiones», atendiendo para ello al estudio de la tradicional dicotomía entre «omisión pura» y «comisión por omisión», y de clasificaciones tripartitas, también recogidas por la doctrina española, para finalizar con la «Propuesta de clasificación» realizada por el propio autor. Parte de una «bipartición básica» entre «omisiones puras» y «omisiones referidas a un resultado» (p. 343); sin embargo, como señala el autor, de la aplicación a estos grupos de criterios diferenciales a los tradicionales se deriva la diferenciación de dos grupos de «omisiones puras»: Las «omisiones puras generales» y las «omisiones puras de garante» (p. 344), y dentro de estas últimas, las «expresamente tipificadas» frente a aquéllas en que «no se da dicha tipificación» (p. 347).

Y dentro de las «omisiones referidas a un resultado» habrá que distinguir a su vez, entre «omisiones referidas a un resultado sin equivalencia comisiva» y «realizaciones típicas omisivas referidas a un resultado que muestran equivalencia con la correspondiente comisión activa» (pp. 347 y 348).

Esta última categoría, además podría dividirse en dos subcategorías: omisiones con equivalencia comisiva «acogidas por tipos legales en expresas descripciones negativas» y omisiones con equivalencia comisiva legalmente indeterminadas (comisión por omisión) (p. 348).

Pone punto final a la obra la consideración especial de la comisión por omisión, tanto en lo referente a su concepto, como a su posibilidad en tipos de mera actividad.

La obra, que aborda uno de los mayores problemas de la dogmática jurídico-penal de todos los tiempos, ofrece al estudioso amplísima información que permite sentar las bases de la discusión, a la vez que establece criterios rigurosos para su posible solución. En definitiva, se trata, sin duda, de una obra imprescindible para el conocimiento del delito de omisión desde unos planteamientos actualizados.

Silvia VALMAÑA OCHAITA
Universidad de Alcalá de Henares

Revista de revistas
ALEMANIA (República Federal)
**ZEITSCHRIFT FÜR DIE GESAMTE
STRAFRECHTSWISSENSCHAFT**

Tomo 97, 1985, Fascículo 1

El presente fascículo está dedicado a aspectos relacionados con la medicina y el Derecho penal. Se ha concedido más espacio a la recensión del primer artículo de Eser, por su carácter genérico e introductorio del tema y por las amplias indicaciones bibliográficas que contiene. Todo ello, unido a la constante dedicación de este profesor a temas médico-jurídicos, ponen de relieve la importancia de este trabajo y hacen presumir un interés correlativo por parte del lector español.

ESER, Claus: «Medizin und Strafrecht: Eine schutzgutorientierte Problemübersicht» (Medicina y Derecho penal: un panorama de los problemas orientado por el criterio de protección de bienes jurídicos).

I

Como indica el título de esta contribución, Eser adopta el criterio de los bienes jurídicos para analizar el tema de las relaciones entre Derecho penal y Medicina. Conforme a este criterio, el autor pretende analizar hasta qué punto determinados bienes jurídicos gozan de protección jurídico-penal frente a las intervenciones médicas y con qué presupuestos puede ser conforme al ordenamiento jurídico una lesión típica de un bien jurídico. Eser es consciente de que con este método se deja en el tintero importantes puntos de conexión entre Medicina y Derecho penal, cuyo tratamiento no aborda por razones de espacio: así, el valor de la Medicina como «ciencia auxiliar del Derecho penal» en procedimientos relativos a delitos de lesiones, homicidios o violaciones, e incluso para la determinación de la incapacidad de culpabilidad o de la culpabilidad disminuida.

II

Aspecto central de esta conexión entre Medicina y Derecho penal es la protección de la salud y de la integridad corporal, que el StGB alemán acomete especialmente en el parágrafo 223, pero también en los preceptos incluidos entre los parágrafos 223 y el 226. Observa aquí Eser que a primera vista resulta extraño que las intervenciones médicas puedan caer en la órbita de los tipos penales cuando Medicina y Derecho persiguen el mismo objetivo: proteger la vida y la salud de los pacientes ante cualquier mo-

dadidad de lesión. Sin embargo, los conflictos y la diversidad de valoraciones entre una y otra ciencia se ponen de manifiesto, en opinión de Eser, cuando se consideran los tres bienes jurídicos que pueden resultar afectados por la labor de los médicos: la salud o bienestar corporal, la integridad física, y el derecho de autodeterminación del paciente. La medicina considera como primaria la atención a la salud, en tanto que la ciencia de protección del Derecho penal está primordialmente orientada a los pacientes.

En relación al problema de hoy llamado «defecto en el tratamiento» (*Behandlungsfehler*), Eser cuestiona la validez de este concepto, dado que no todo defecto en el tratamiento supone una conducta típica de lesiones; así por ejemplo, no se cumple el tipo cuando ese tratamiento incorrecto no produce consecuencias perjudiciales posteriores en el desarrollo de la terapia de que se trate. No obstante, y dados los numerosos estudios que se han dedicado al tema, Eser aborda los puntos que resultan más problemáticos en el defecto en el tratamiento; salvo supuestos marginales de dolo, lo normal será que estos casos de terapia defectuosa se efectúen imprudentemente. La cuestión de la imprudencia plantea aquí dos problemas fundamentales: en primer lugar habrá que demostrar que el resultado típico del menoscabo de la salud ha sido causado precisamente por el defecto en el tratamiento y no por otros motivos más o menos dependientes del azar; la prueba suscitará nuevas dificultades en tal caso, puesto que deberá ser otro médico el que certifique esa relación de causalidad y es sabido que el corporativismo médico influirá en el sentido de beneficiar más al compañero que al paciente. En segundo lugar, la responsabilidad por un tratamiento erróneo imprudente exigirá una conducta médica contraria al deber de cuidado; sobre este punto —opina Eser— no se pueden dar pautas generales, debiendo constatarse la infracción según las concretas circunstancias de hecho. Otro núcleo de problemas que plantea el defecto en el tratamiento se fundamenta en la división del trabajo y en la utilización de aparatos técnicos que impera en la actividad médica: la falta de supervisión o una supervisión incorrecta del personal sanitario auxiliar puede dar origen a un tratamiento incorrecto. Una última cuestión que resalta Eser en relación a los casos de defecto en el tratamiento estriba en que se suelen resolver más por los tribunales civiles que por los penales.

Este apartado dedicado a las relaciones entre Derecho penal y salud e integridad corporal concluye con tres temas que en la actualidad están adquiriendo una creciente importancia: el uso de métodos terapéuticos extraconvencionales (*Aussenseitermethoden*), los procedimientos experimentales y, por último, las intervenciones de dudoso carácter curativo. En cuanto al primer punto, cree Eser que la ciencia y la jurisprudencia penales se encuentran ante una doble tarea en materia de métodos médicos que no siguen el esquema tradicional: por un lado no impedir el desarrollo de la Medicina, al que estos procedimientos pueden contribuir; por otro, se hace preciso proteger al paciente incauto de la charlatanería y el curanderismo que tanto proliferan. Para Eser un método no convencional es aceptable cuando el que lo aplica observa aquellos principios que son reconocidos por otros partidarios de ese mismo método, y cuando se prescindiera del mismo en los casos en que su eficacia es inferior a la de una terapia convencional. En materia de procedimientos experimentales, se distinguen en este artículo varias posibilidades; la primera consiste en la «prueba curativa» (*Heilversuch*), que se caracteriza subjetivamente por perseguir la curación del paciente y objetivamente por tener una naturaleza experimental, al no contarse con otros medios de eficacia probada; para el autor de este artículo, a la prueba curativa normalmente le faltará el desvalor del resultado y en ocasiones también el desvalor de la acción; en casos extremos habrá que recurrir al estado de necesidad para justificar el hecho. La segunda posibilidad se denomina «experimento humano», diferenciándose de la anterior en que o bien no existe

o bien resulta accesoria la finalidad de curar al sujeto que se somete a la prueba médica; en estos casos —según Eser— permanece la tipicidad de la conducta, si bien se podrá alcanzar la justificación por la vía del consentimiento, siempre que se cumpla su límite de no atentar a las buenas costumbres y siempre que se informe de los riesgos al que se somete al experimento. La tercera posibilidad, la experimentación de los efectos de medicamentos en seres humanos, se rige por la Ley de medicamentos que prevé penas y multas, aunque en algunos casos todavía tendrá competencia el StGB alemán; advierte aquí Eser de los tremendos riesgos que conlleva la actividad farmacéutica, en la que las responsabilidades se encuentran mucho más diluidas (recuérdese, por ejemplo, el caso «Contergán»), y deja sin responder el interrogante de si estos riesgos son un resultado tolerable o no del desarrollo socioeconómico. Fuera ya del marco experimental, se mencionan los casos de operaciones cosméticas, esterilizaciones, castraciones y extracciones de órganos para trasplantar a otro paciente, cuyo carácter curativo es por lo menos dudoso, de manera que en principio constituirán intervenciones típicas de lesiones, que no obstante podrán justificarse a través del consentimiento.

III

El tercer apartado del artículo objeto de recensión hace referencia a la protección del derecho de autodeterminación del paciente. Eser estima que la salud y la integridad física no se pueden concebir ni de una forma objetiva pura ni de una manera estrictamente subjetiva: si se entendiera la salud en sentido objetivo, el paciente estaría sometido al arbitrio del médico, ya que la voluntad del enfermo sería completamente irrelevante; y si se entendiera la salud en sentido subjetivo, el aspecto material de lo corporal se evaporaría en el mundo psíquico. De ello deduce que se hace necesaria una protección contra el tratamiento coactivo del médico; la solución de la jurisprudencia alemana ha sido estimar como bien jurídico el derecho de autodeterminación del paciente; en efecto: al entender aquélla que toda intervención médica es típica —aunque pueda quedar justificada por el consentimiento del paciente—, se está introduciendo en el tipo, tácitamente, la protección del derecho de autodeterminación, cuya lesión puede quedar excluida en el marco de la antijuricidad por el correlativo consentimiento. Eser no está de acuerdo con esta concepción ni cree que la autodeterminación sea un bien jurídico independiente en el tipo de lesiones. Su solución para la protección contra las intervenciones médicas coactivas está inspirada en el Derecho austriaco y consiste en crear un nuevo tipo para el tratamiento médico efectuado contra la voluntad del paciente.

Presupuesto del consentimiento es el deber de esclarecimiento, de manera que frente al derecho a la autodeterminación del paciente se encuentra la obligación del médico de suministrar información. Para que el consentimiento sea eficaz se requiere no sólo una capacidad de comprensión y de enjuiciamiento del titular del bien jurídico, sino también el conocimiento del alcance de los riesgos que pueden correrse con la intervención médica. El deber de esclarecimiento se ha convertido, por eso, en la manzana de la discordia entre médicos y juristas. En cuanto al grado de información que el médico debe poner a disposición del paciente, Eser sustenta la opinión de que el esclarecimiento ha de ser tanto más intenso cuanto más sencilla y menos urgente se presente la intervención y que, al contrario, la información podrá ser más genérica cuando el tratamiento sea ineludible o incluso peligre la vida misma.

A continuación se dedica Eser a trazar los límites de la voluntad del paciente. En primer lugar indica que el médico no se encuentra absolutamente sometido al arbitrio del enfermo: el requisito del consentimiento sólo fundamenta un derecho a rechazar el tratamiento, sin que surja un correlativo deber de tratamiento por parte del médico; éste, salvo en casos de necesidad, goza de libertad para elegir el método curativo. Sin embargo, en el caso de que el médico poga en práctica un tratamiento requerido por el paciente, quedará aquél, por regla general, exento de consecuencias penales, aun cuando se haya provocado así un empeoramiento de la salud. Un límite expresamente establecido por la ley alemana es que el hecho no atente contra las buenas costumbres (parágrafo 226a StGB), por lo que, en opinión del autor del artículo recensionado, el consentimiento no constituye forzosamente una causa de justificación, sino simplemente un límite de la justificación de la actuación médica. En materia de esterilización e inseminación artificial, que son las actividades donde mayor papel jugó la cláusula de la conformidad a las buenas costumbres, Eser considera que tales intervenciones no atentan contra las buenas costumbres, siendo su práctica permisible si se cuenta con el consentimiento del que se somete a ellas.

La exigencia de la conformidad a las buenas costumbres de la intervención implica que el médico deberá permanecer inactivo cuando la conducta no suponga tal conformidad sino que más bien represente una contrariedad a esas buenas costumbres. Sin embargo, en ocasiones, al médico se le exige algo más que mera inactividad, pasando incluso por encima de la voluntad del paciente: se trata de las intervenciones coactivas. En cuanto que éstas conllevan una intromisión en la integridad corporal y en la libertad de decisión del afectado, Eser exige, por razones constitucionales, que estén autorizadas por una ley especial; tal autorización la encuentra este autor en la alimentación obligatoria de presos y detenidos conforme a las Leyes procesal y penitenciaria (1) y en otros preceptos que imponen especiales deberes de tolerar intervenciones por razones de salud pública (por ejemplo, los párrafos 1 y siguientes de la Ley de vacunación y los párrafos 3 y 17 de la Ley de enfermedades venéreas).

En cuanto al problema de los pacientes que por razones de edad o por la propia enfermedad que padecen no tienen capacidad para expresar el consentimiento, Eser indica que frente a la opinión tradicional de acudir en esos casos al consentimiento de los representantes legales o al consentimiento presunto, hoy se tiende a respetar la posible capacidad parcial del afectado.

IV

La protección de la vida en el momento límite con la muerte constituye el tema del apartado cuarto de este artículo. En referencia al problema del momento de la muerte,

(1) Seguramente con posterioridad a la publicación del artículo recensionado, entró en vigor en la RFA —el 7 de marzo de 1985— la Ley de 27 de febrero de 1985 (BGB1 I, p. 461) para la modificación de la Ley de ejecución de la pena, por la que se modifica el parágrafo 101, pfo. 1, núm. 2 de la normativa penitenciaria, en el sentido de que el deber de las autoridades penitenciarias de alimentar obligatoriamente y de imponer otras medidas médicas coactivas no rige tampoco en los caos de grave peligro de muerte, mientras que se se pueda admitir que el recluso es capaz de una libre determinación de su voluntad. Los deberes de las autoridades penitenciarias de alimentar a la fuerza y de adoptar otras medidas médicas coactivas frente al recluso sólo surgen cuando ya no se puede aceptar una libre determinación de la voluntad del recluso en su oposición.

y a falta de una declaración expresa de este punto en la legislación alemana, Eser constata la tendencia general —sobre todo en las asociaciones médicas— de dar preferencia al momento de la muerte cerebral. Pero junto al aspecto técnico de los criterios científicos que determinan dicha muerte cerebral, este autor estima que es preciso dar relevancia al aspecto normativo y valorativo que encierra tal concepto de muerte; puesto que lo esencial del hombre es su condición espiritual, y esa espiritualidad tiene su sede material en el cerebro, el concepto técnico coincide con el normativo, de forma que lo relevante es el instante en que el ser humano cesa en su esencia espiritual. En un plano más práctico pueden plantearse problemas sobre el concepto de muerte cuando, en casos de trasplantes de órganos, se enfrentan el interés en mantener la vida de una persona que se encuentra a punto de morir y el interés del receptor del órgano en que el trasplante se efectúe lo antes posible; ante este conflicto, Eser recuerda la Resolución 613/1976 del Consejo de Europa, conforme a la cual en el establecimiento del momento de la muerte no deben considerarse más intereses que los del moribundo.

Relacionado con lo anterior se encuentra el tema de cuándo puede ser interrumpido un tratamiento médico, problema que se agrava cuando el paciente no puede expresar su voluntad. Eser distingue aquí diversos grupos de casos: enfermos que entran en una inconsciencia irreversible; pacientes cuyo tratamiento carece ya de sentido porque es inevitable el resultado de muerte; y supuestos de eutanasia o eugenesia en los que se adelanta el umbral de la muerte por compasión o para evitar sufrimientos de otras personas. También aquí el autor del artículo sigue el método de analizar los bienes jurídicos y las valoraciones que subyacen en estos supuestos críticos.

En referencia al problema del respeto a la voluntad de suicidarse, se distinguen dos posturas que Eser denomina «santidad» y «calidad de la vida», respectivamente. La primera postura considera que la vida es digna de protección incluso contra la voluntad de su titular, mientras que la concepción que atiende a la calidad de la vida admite el suicidio y la eutanasia cuando la existencia no resulta ya valiosa por diversas razones (pérdida de órganos, menoscabo de capacidades o funciones vitales, etc.). La posición de la legislación alemana se encuentra entre ambas concepciones: se prohíbe el dar muerte a instancias de la víctima (parágrafo 216 StGB), pero resulta impune la mera participación en el suicidio de otro. Sin embargo, la jurisprudencia de ese país tiende a la concepción de la «santidad de la vida», mediante el recurso de crear deberes de garante o deberes simples de actuar cuando al suicida le falta la capacidad de acción, aumentándose así el campo de lo punible. La última resolución del Tribunal Supremo Federal (caso Wittig) resulta, no obstante, sorprendente en opinión de Eser, en cuanto que reconoce al médico la capacidad de decidir responsablemente si continúa o si interrumpe las medidas terapéuticas; ello supone la concesión al facultativo de una especie de derecho de disposición sobre la vida ajena, que está por encima de la autodeterminación del paciente. Frente a esta postura jurisprudencial —que rechaza—, Eser entiende que, si no un «derecho» —en sentido jurídico— de autodeterminación, sí hay que reconocer al menos al afectado un «interés» en decidir libremente sobre la propia vida, que es preciso respetar aun en contra de las opiniones y decisiones ajenas.

V

El quinto apartado del trabajo está dedicado a la protección de la vida y la salud prenatal. Lo primero que constata sobre este punto Eser, es que la protección de estos bienes ostenta una serie de lagunas en la legislación penal alemana; así, no está previs-

ta una sanción para las conductas que suponen un menoscabo de la salud o de la integridad física del feto (que sólo se podrían castigar como lesiones, cuando sus efectos comenzaran a producirse tras el nacimiento); tampoco hay protección penal en el lapso de tiempo que transcurre desde la fecundación del óvulo hasta su anidación en el útero (parágrafo 219d StGB), lo que a Eser le parece defendible desde el punto de vista de privar del estigma de la calificación de aborto a conductas que impiden la anidación del óvulo fecundado. No obstante, estas lagunas penales le preocupan a Eser por dos razones: por la posibilidad de que faciliten una manipulación genética irresponsable y porque el «derecho a una sucesión humana natural», reconocido por el Consejo de Europa, pueda resultar perjudicado.

El artículo objeto de recensión muestra un cierto pesimismo ante el sistema de plazos y el catálogo de indicaciones que conllevan la impunidad de la interrupción del embarazo, ya que —así se estima— ello determina que la vida del no nacido se convierta en un valor ponderable e incluso capaz de ser desplazado por otros intereses materiales: la calidad de la vida de la madre prevalece sobre la existencia de la vida del no nacido. En este contexto se resalta también la especial responsabilidad del médico conforme al StGB en materia de aborto: él debe determinar que se presentan los requisitos de una indicación, además de aconsejar a la embarazada y de cargar sobre sí la responsabilidad de la intervención abortiva. Nuevamente se muestra Eser preocupado ante la elevada cuota —alrededor del 80%— de abortos realizados bajo la indicación social, lo que le hace sospechar que los médicos no han correspondido a las expectativas del legislador.

VI

Un apartado merece el tema de la protección entre médico y paciente. En este punto se resaltan los conflictos que pueden surgir entre el deber de guardar secreto que le incumbe al médico y las necesidades de intercambio de información; de esta manera, se plantea un conflicto permanente entre el interés de la protección del secreto y el interés de la salud (en la forma de posibles progresos médicos). Las necesidades de información sobre materiales en las que rige el deber de secreto conforme al parágrafo 203 StGB, pueden plantearse para el propio tratamiento del paciente (por ejemplo, es preciso comunicar a una enfermera el mal que sufre el paciente con el fin de que ésta le atienda adecuadamente), para las instituciones de seguros de enfermedad (por ejemplo, para aceptar y pagar las prestaciones), y también para el progreso médico. Sin embargo, los avances en materia de técnica de datos hacen insuficiente según Eser el tipo penal previsto para la violación de secretos privados (parágrafo 203 StGB). Tampoco le parece convincente la solución de aquel conflicto entre confianza e información, mediante el recurso de justificar la revelación de un secreto a través del consentimiento, del estado de necesidad, de la colisión de deberes, o del ejercicio de derechos o deberes de revelar cuestiones privadas; la realidad demuestra que existen tantos deberes jurídico-públicos de comunicar determinados aspectos, que la cuestión del silencio del médico se plantea, a nivel doctrinal de forma creciente, más como derecho que como deber. Igualmente se muestra Eser crítico con el derecho de negarse a testificar, reconocido en la Ley procesal penal alemana, por no alcanzar a personas no pertenecientes a profesiones sanitarias, pero que pueden tener acceso a materias de carácter privado.

VII

Se concluye el artículo con una reflexión sobre la función rectora y sobre la función de refuerzo del Derecho penal en materia de bienes jurídicos que entran en juego en la relación médico/paciente. Aunque Eser estima que el Derecho penal debe ser *ultima ratio* en la protección de bienes jurídicos, cree que la eficacia de las normas penales no se pueden medir por el número de precedimientos penales que ofrezcan las estadísticas judiciales. Por su simple existencia, el Derecho penal refuerza las convicciones sociales y dirige las valoraciones acerca de cuestiones médicas, sobre todo en un momento como el actual en el que la ética médica se enfrenta a problemas nuevos, suscitados por las modernas técnicas genéticas y de reproducción.

JUNG, Heike: «Aussenseitermethoden und strafrechtliche Haftung» (Métodos extraconvencionales y responsabilidad jurídico-penal).

La complejidad y la tecnificación de la ciencia médica ha determinado una cierta vuelta a los remedios «naturales». Más de la mitad de los médicos de la RFA utilizan esos sistemas de tratamiento no convencionales, indica Jung. Ante esta situación, el presente artículo pretende una delimitación conceptual de tales métodos terapéuticos y su diferenciación de los llamados convencionales por un lado, y del curanderismo u otros sistemas más o menos milagrosos, por otro. La tarea, reconoce el autor, no es fácil, pues tampoco estos otros conceptos gozan de unos perfiles claros y definidos. Analizar la reacción del Derecho penal ante los métodos extraconvencionales, es la finalidad que persigue este trabajo; puesto que el Derecho penal no puede optar por un sistema específico de la Ciencia médica, se trata de orientar a los que emplean sistemas curativos heterodoxos en los valores que deben preservar, de manera que no se atente contra los bienes jurídicos individuales del paciente o contra los colectivos de la sociedad.

SEIDLER, Eduard: «Anthropologische und ethische Probleme der Medizin am Ungeborenen» (Problemas antropológicos y éticos de la Medicina respecto de los nonatos.)

El autor de esta contribución es un catedrático de Medicina de la Universidad de Freiburg i. Br. que parte de los problemas éticos y antropológicos que han planteado la indicación eugenésica o clínica en la interrupción del embarazo, la fertilización *in vitro* y el trasplante de embriones. Sobre este círculo de problemas se han manifestado ya tomas de postura individuales y políticas. Seidler se propone estudiar las consecuencias que estos avances científicos pueden tener para la concepción de hijos por los hombres, así como cuestiones referentes al diagnóstico prenatal y a la interrupción selectiva del embarazo.

KRAUSS, Detlef: «Schweigepflicht und Schweigerecht des ärztlichen Sachverständigen im Strafprozess» (Deber de silencio y derecho al silencio del perito médico en el proceso penal.)

Según la Ley procesal penal alemana existe en principio el deber para cualquier médico que haya sido nombrado perito de emitir un dictamen; sólo en casos expresamen-

te determinados puede el médico que ha sido designado perito negarse a efectuar el informe. Procesalmente, pues, no se reconoce un deber ni un derecho de guardar secreto. Ahora bien, en la recogida de datos para elaborar su informe, el médico puede conocer datos privados, respecto de los cuales está obligado por el Derecho penal material (parágrafo 203 StGB) a guardar secreto. La falta de coordinación entre ambas regulaciones puede conducir a que se planteen conflictos entre el deber material de silencio y el deber procesal de hacer públicas determinadas circunstancias. Para dar respuesta a este conflicto, el trabajo de Krauss abarca los siguientes puntos: ls relaciones entre perito, persona sobre la que se informa y Estado; si el parágrafo 203 StGB es aplicable a este problema, cuestión que se debate ampliamente en la doctrina; y, por último, las posibilidades jurídicas que existen para configurar una autorización de descubrir secretos (*obligación de presentar el informe pericial, obligación procesal de testificar, consentimiento del titular del secreto o estado de necesidad justificante del parágrafo 34 StGB*).

LANGE, Richard: «Hirnforschung und Kriminologie» (Investigación cerebral y criminología.)

Para Lange las contradicciones existentes en la actualidad entre Derecho penal y Criminología están a punto de ser superadas. En su opinión, el Derecho penal de la culpabilidad reconoce al hombre un ámbito de libertad, mientras que la Criminología, influida por otras ciencias, profesa el determinismo humano. La superación de esta antítesis viene de la mano de investigaciones médico-filosóficas sobre la actividad cerebral, que confirman la existencia de un ámbito espiritual en el ser humano y que fundamentan, por tanto, un relativo indeterminismo.

Lange somete a durísimas críticas las tesis fundamentales de las ciencias sociales relacionadas con la Criminología de los últimos ciento cincuenta años. Respecto de la sociología en general dice, por ejemplo, que en los inicios de la sociología criminal la víctima del delito era la sociedad; al comienzo de la biología criminal, el autor era la víctima de su predisposición delictiva determinada por la fatalidad; mientras que con el sistema del «labeling approach», el desviado es precisamente la víctima de nuestra sociedad, cuyos «agentes sociales» se han convertido en los acusados. El psicoanálisis es objeto asimismo de graves objeciones, mostrándose sus confrontaciones con la criminología social, y rechazándose —con base en la etnología— el complejo de Edipo como explicación del origen histórico del delito en las tribus antiguas. Incluso algunas nuevas tendencias de la dogmática penal que reelaboran el concepto y el fundamento de la culpabilidad conforme a otras perspectivas no liberoarbitristas —sino sociológicas o psicoanalíticas—, son rechazadas por Lange por constituir una capitulación del Derecho penal y por se incompatibles con la legislación positiva.

La superación de tal situación se está consiguiendo hoy en día, según el autor de este artículo, con trabajos como el libro de Popper y Eccles titulado «Das Ich und sein Gehirn», de 1981, y la obra de Creutzfeld «Reproduktion des Menschen. Beiträge zu einer interdisziplinären Anthropologie» también de 1981; en estas obras se unen los esfuerzos de filósofos y neurocirujanos para fundamentar la criminología sobre una base antropológica, que resalta el aspecto cerebrar de lo espiritual y de la creatividad. No deja de asombrarse Lange ante el hecho de que una ciencia natural como es la neurofisiología, abra el camino del reconocimiento de la esfera de libertad del hombre, camino que había quedado cerrado por el positivismo de Comte o por el biologismo de

Lombroso. A partir de ahora, concluye Lange, «hay que escribir la Criminología nuevamente desde sus principios»; sólo una visión antropológica de esta ciencia permitirá que ella y el Derecho penal descansen al fin sobre el mismo suelo.

* * *

La sección extranjera del presente fascículo incluye los siguientes trabajos: Hinderer: «Aufgaben und Grenzen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit bei Fehlbehandlungen im Gesundheitswesen nach dem Strafrecht der DDR» (Función y límites de la responsabilidad jurídico-penal por acciones incorrectas en materia de salud según el Derecho penal de la República Democrática Alemana); Gsell: «Richtlinien zu Medizin, Ethik und Recht» (Pautas para la Medicina, la Ética y el Derecho); Keyserlingk: «Die Strafbarkeit der Nichtbehandlung von Neugeborenen und Kindern in Kanada und in den Vereinigten Staaten von Amerika» (La punibilidad por la falta de tratamiento de recién nacidos y de niños en Canadá y en los Estados Unidos de América); Shapira: «Die Anwendung unorthodoxer Behandlungsmethoden bei unheilbar Kranken» (La aplicación de métodos terapéuticos no ortodoxos en enfermos insalvables); Dix: «Medizinische Sachverständigengutachten über die Zurechnungsfähigkeit in den USA» (Dictámenes periciales médicos sobre la imputabilidad en los EEUU).

Antonio CUERDA RIEZU

NOTICIARIO

NUEVOS CATEDRATICOS DE DERECHO PENAL

Tras haber superado las pruebas de acceso al Cuerpo de Catedráticos de Universidad, han obtenido la cátedra de Derecho penal, en el pasado Curso académico: Dr. D. Carlos García Valdés, en la Universidad de Alcalá de Henares (Madrid); en el presente Curso académico: Dr. D. José Manuel Gómez Benítez, en la Universidad de Cantabria; Dra. D.^a Susana Huerta Tocildo, en la Universidad de Granada; Dr. D. José Miguel Zugaldía Espinar, en la Universidad de Granada.

INDICE

Pág.

SECCION DOCTRINAL

<i>Para una teoría general de la acción penal</i> , por Manuel Atienza.....	5
<i>La dimensión jurídica de la pena de prisión</i> , por Francisco Bueno Arus	15
<i>Aspectos esenciales de la acusación y denuncia falsa</i> , por María José Magaldi Paternostro	37
<i>La participación y el auxilio ejecutivo en el suicidio: un intento de reinterpretación constitucional del artículo 409 del Código penal</i> , por Bernardo del Rosal Blasco	73
<i>El principio de intervención penal mínima</i> , por Juan Antonio Martos Núñez.....	99
<i>Teorías de la Criminalización, Derecho Penal y Política Criminal</i> , por Gladys Romero Barranquero	135
<i>Recursos contra las resoluciones del juez de vigilancia penitenciaria en la Ley Orgánica del Poder Judicial</i> , por Heriberto Asencio Cantisán	153

CRONICAS EXTRANJERAS

<i>La pena juvenil en Inglaterra y Gales. Principios jurídicos y práctica sancionadora</i> , por Bárbara Huber	165
--	-----

SECCION LEGISLATIVA

<i>Los bandos militares en el Derecho vigente</i> , por Gonzalo Muñoz Vega...	191
<i>Disposiciones</i>	199

SECCION DE JURISPRUDENCIA

<i>Comentarios a la jurisprudencia del Tribunal Supremo</i> , por Santiago Mir Puig.....	203
<i>Jurisprudencia Constitucional</i> , por Antonio González-Cuéllar García	211
<i>Jurisprudencia Penal</i> , por Luis Felipe Ruiz Antón.....	231

SECCION DE BIBLIOGRAFIA

<i>Revista de libros</i>	251
<i>Revista de revistas</i>	255

NOTICIARIO

<i>Nuevos Catedráticos de Derecho penal</i>	265
---	-----

