

ANUARIO
DE
DERECHO PENAL
Y
CIENCIAS PENALES

TOMO XL
FASCICULO II



MAYO-AGOSTO
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

Vicesecretario:

ESTEBAN MESTRE DELGADO

Profesor Ayudante de Derecho Penal de la
Universidad de Alcalá de Henares

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 BOIX 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.

Último 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 II



MAYO-AGOSTO
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

SECCION DOCTRINAL

La eximente de obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo (*)

JOSE CEREZO MIR

Catedrático de Derecho Penal

En el número 11 del artículo 8.º se declara exento de responsabilidad criminal al que obra en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo (1). Ha de tratarse, sin duda, de un deber jurídico, no siendo suficiente un deber moral (2). Por otra parte, el que ejerce legítimamente un oficio o cargo, ejerce un derecho y en muchas ocasiones cumple al mismo tiempo un deber. La redacción de la eximente podría simplificarse, por ello, diciendo que está exento de reponsabilidad criminal el que obra en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho (3).

(*) Conferencia pronunciada el 25 de marzo de 1987 en la Facultad de Derecho de la Universidad de León. El apartado correspondiente al cumplimiento del deber por los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad en el ejercicio de sus funciones, fue presentado como ponencia en las Jornadas de Estudios Penales en homenaje al profesor SAINZ CANTERO, celebradas en los días 11 al 14 de marzo de 1987, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada.

(1) La eximente conserva la misma redacción en el Proyecto de Código Penal de 1980 (núm. 9.º del art. 26) y en la Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código Penal de 1983 (núm. 9.º del art. 22).

(2) Opinión unánime en la moderna ciencia del Derecho Penal española; véase, por ejemplo: ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, parte general, Madrid, 1949, p. 252; CUELLO CALÓN-CAMARGO, *Derecho Penal*, I, parte general, vol. 1.º (18 ed.), Barcelona, Bosch, 1980, p. 393; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, IV (3.ª ed.), Buenos Aires, Losada, 1976, p. 536; RODRÍGUEZ DEVESA-SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal español*, parte general (10.ª ed.), Dykinson, Madrid, 1986, p. 510, y en la moderna jurisprudencia del Tribunal Supremo las sentencias de 25 de abril de 1980 (A. 1483), 13 de mayo de 1982 (A. 2669), 24 de febrero de 1983 (A. 1719) y 24 de marzo de 1984 (A. 1858).

(3) ANTÓN ONECA señala, incluso, que: «En cuanto todo deber legal implica el derecho a ejercitarle podía haber sido concretada toda la eximente en el segundo de sus miembros»; véase *Derecho Penal*, parte general, p. 252. Esta simplificación sería, a mi juicio, excesiva pues la referencia al deber tiene un contenido propio, específico: la colisión de deberes. Véase mi artículo «Noción del estado de necesidad como requisito

En la ciencia del Derecho Penal española es unánime la opinión de que la eximente del número 11 del artículo 8.º tiene la naturaleza de una causa de justificación (4). Es decir, el que obra en cumplimiento de un deber jurídico o en el ejercicio legítimo de un derecho, realiza una conducta lícita. Esto resulta tan obvio, que en otros Códigos penales europeos no se incluye esta eximente (5). No obstante, no puede decirse que resulte superflua, pues pone claramente de manifiesto la unidad del ordenamiento jurídico (6). El cumplimiento de un deber o el ejercicio legítimo de un derecho derivados de los preceptos de cualquier sector del ordenamiento jurídico determinan la licitud de la acción típica, es decir, comprendida en un tipo de lo injusto del Código Penal o de las leyes penales especiales. El deber o el derecho no es preciso que deriven de un precepto legal, sino que pueden hallar su fundamento en otras disposiciones jurídicas de rango inferior, en convenios o tratados internacionales suscritos por España y que hayan quedado incorporados a nuestro Derecho interno, o en el Derecho consuetudinario (7).

El fundamento de esta causa de justificación se encuentra, según la opinión unánime en la moderna ciencia del Derecho Penal española, en el principio del interés preponderante (8). Este principio resulta, sin embargo, insuficiente, como veremos, pues en caso de conflicto de dos deberes iguales, la conducta será lícita si el sujeto cumple uno cualquiera de ellos. Por otra parte, aunque el sujeto actúe cumpliendo un deber de rango superior o igual o en el ejercicio legítimo de un derecho su conducta será ilícita si implica un grave atentado a la dignidad de la persona humana.

básico de la eximente del número 7.º del artículo 8.º del Código Penal español. Estado de necesidad y colisión de deberes», publicado en Estudios de Derecho Penal en homenaje al profesor LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, monográfico 11 de la *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, 1986, p. 205.

(4) Véanse, por ejemplo: ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, parte general, p. 251; CUELLO CALÓN-CAMARGO, *Derecho Penal*, I, parte general, vol. 1.º, p. 393; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, IV, pp. 517 y ss.; RODRÍGUEZ DEVESA-SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal español*, parte general, pp. 502 y 509; MIR PUIG, *Derecho Penal*, parte general (2.ª ed.), Barcelona, P.P.U. 1985, pp. 410 y 412, y las sentencias del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 1968 (A. 4573), 22 de diciembre de 1970 (A. 5559), 25 de octubre de 1974 (A. 3964), 25 de abril de 1980 (A. 1483), 3 de mayo de 1982 (A. 2624), 24 de febrero de 1983 (A. 1719) y 16 de mayo de 1983 (A. 2710).

(5) Por ejemplo, en el Código Penal alemán.

(6) Según JIMÉNEZ DE ASÚA: «Aunque sólo fuera para llamar la atención de los magistrados, un precepto de esta índole debe figurar en los Códigos»; véase *Tratado de Derecho Penal*, IV, p. 517.

(7) Véase mi *Curso de Derecho Penal español*, parte general I, introducción, teoría jurídica del delito, I (3.ª ed.), Madrid, Tecnos, 1985, pp. 159 y 405.

(8) Véanse, por ejemplo: JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, IV, p. 519; SAINZ CANTERO, *Lecciones de Derecho Penal*, parte general, II «Ley Penal. El delito» (2.ª ed.), Barcelona, Bosch, 1985, pp. 328 y 332; MIR PUIG, *Derecho Penal*, parte general, p. 412, y en la moderna jurisprudencia las sentencias del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1970 (A. 5559), 8 de marzo de 1974 (A. 1243), 25 de abril de 1980 (A. 1483), 29 de octubre de 1980 (A. 3720), 3 de mayo de 1982 (A. 2624), 13 de mayo de 1982 (A. 2669), 29 de enero de 1983 (A. 702), 30 de marzo de 1983 (A. 2219), 16 de mayo de 1983 (A. 2710), 31 de octubre 1983 (A. 4822), 28 de enero de 1984 (A. 430) y 5 de julio de 1985 (A. 3960).

Colisión de deberes

El que realiza una acción típica en cumplimiento de un deber jurídico se encuentra en una situación de colisión de deberes (9). El deber de omitir la acción prohibida (o de realizar la acción ordenada en los delitos de omisión) entra en conflicto con otro deber derivado de otra norma de cualquier sector del ordenamiento jurídico. Actúe como actúe el sujeto, en la situación concreta en que se halla, infringirá un deber. El agente de las fuerzas de seguridad que tiene el deber de intervenir para restablecer el orden en una manifestación y, dadas las circunstancias del caso, de coaccionar, golpear o causar lesiones a un manifestante, infringirá este deber si se abstiene de realizar la acción prohibida en el delito de coacciones (art. 496), la falta de malos tratos (núm. 1 del art. 585), o los delitos o faltas de lesiones (arts. 418 y ss., 582 o el núm. 1 del art. 583). La acción típica será, en cambio, lícita si el deber cumplido era de rango superior al de omitir la acción prohibida (10).

La ponderación de los deberes jurídicos remite a una ponderación de los intereses en conflicto a cuya tutela se orientan los correspondientes deberes. También aquí, como en el estado de necesidad, hay que tener en cuenta no sólo los bienes jurídicos, sino la totalidad de los intereses en juego (11).

En los supuestos de conflicto de dos deberes de acción del mismo rango, la conducta del sujeto que dé cumplimiento a uno cualquiera de ellos será lícita. De lo contrario el sujeto no podría obrar nunca lícitamente en esa situación (12). Si un padre ve que sus dos hijos me-

(9) Véase, acerca de la delimitación de la situación de colisión de deberes, A. CUERZA RIEZU, *La colisión de deberes en Derecho Penal*, Madrid, Tecnos, 1984, pp. 67 y ss.

(10) Es opinión unánime en la ciencia del Derecho Penal alemana y española que, en la colisión de deberes, es lícita la conducta que representa el cumplimiento del deber de rango superior; véanse, por ejemplo: Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts*, Allgemeiner Teil (3.^a ed.); Duncker-Humblot, Berlín, 1978, pp. 293-294 (*Tratado de Derecho Penal*, I, parte general, traducción y adiciones de Derecho español, por S. MIR PUIG y F. MUÑOZ CONDE, Barcelona, Bosch, 1981, pp. 498-499); HIRSCH, *Strafgesetzbuch*, Leipziger Kommentar (10.^a ed.), Walter de Gruyter, Berlín-Nueva York, 1985, observaciones preliminares al artículo 32 número 71; LENCKNER, en Schönke-Schröder, *Strafgesetzbuch*, Kommentar, C. H. Beck (22 ed.), 1985, observaciones preliminares al artículo 32, número 73; Stratenwerth, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, I, Die Straftat (3.^a ed.), Carl Heymanns Verlag, 1981, p. 145 (núm. 468), y entre nosotros, CUERZA RIEZU, *La colisión de deberes en el Derecho Penal*, p. 38.

(11) Véase mi artículo «La regulación del estado de necesidad en el Código Penal español», publicado en *Estudios penales y criminológicos*, t. X, Universidad de Santiago de Compostela, 1987, pp. 61-62 y 99 y ss.

(12) En este sentido CUERZA RIEZU, *La colisión de deberes en el Derecho Penal*, pp. 122 y ss, 238 y 242 y ss. Esta es la opinión dominante en la ciencia del Derecho Penal alemana; véanse, por ejemplo, WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht* (11.^a ed.), Walter de Gruyter, Berlín, 1969, p. 219; ARMIN KAUFMANN, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Verlag Otto Schwartz, Gotinga, 1959, p. 137; HIRSCH, *Strafgesetzbuch*, Leipziger Kommentar, observaciones preliminares al artículo 32, números 72-73 y 79; LENCKNER, en Schönke-Schröder, *Strafgesetzbuch*, Kommentar, observaciones preliminares al artículo 32, número 73; MAURACH ZIPF, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, I (6.^a ed.); C. F. Müller, 1983, pp. 369-370 (núms. 54-55); BAUMANN-WEBER, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil

nores se ahogan y, dadas las circunstancias del caso, sólo puede salvar a uno de ellos, obrará conforme a Derecho si salva a uno cualquiera de los dos. Lo mismo hay que decir del médico que sólo puede salvar a uno de los dos heridos en un accidente (13).

Si entra en conflicto un deber de acción con un deber de omisión, que tiendan a proteger intereses iguales, el deber de omitir será de rango superior al deber de actuar (14). Como puso de manifiesto Armin Kaufmann, el cumplimiento del deber de actuar es más oneroso que el cumplimiento del deber de omitir y por ello, la infracción del deber

(9.ª ed.), Verlag E. y W. Gieseking, Bielefeld, 1985, pp. 353-354; STRATENWERTH, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, Die Straftat, p. 145 (núm. 471); SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, Lehrbuch (2.ª ed.), J. C. B. MOHR, Tübinga, 1970, p. 687; *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, Studienbuch (2.ª ed.), 1984, pp. 411 y ss., y JAKOBS, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, «Die Grundlagen und die Zurechnungslehre», Walter de Gruyter, Berlin-Nueva York, 1983, p. 366 (núm. 6). Consideran, en cambio, que en estos casos queda excluida la culpabilidad, GALLAS, «Pflichtenkollision als Schuldausschließungsgrund», en *Festschrift für Mezger*, Verlag C. H. Beck, Munich y Berlín, 1954; pp. 332 y ss., y JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, Allgemeiner Teil, pp. 293, 295 y 406 y ss. (*Tratado de Derecho Penal*, parte general, pp. 497-498, 500 y 684 yss.). Según BLEI, *Strafrecht*, I, Allgemeiner Teil (18 ed.), C. H. Beck, Munich, 1983, pp. 214 y 334, y ARTHUR KAUFMANN, *Rechtstheoretische Grundlagen der Strafrechtswissenschaft*, Festschrift f. R. MAURACH, Verlag C. F. Müller, Karlsruhe, 1972, pp. 336 y ss., la conducta del sujeto en estos casos no es lícita ni antijurídica, sino meramente no prohibida. Véase en contra de la teoría de la neutralidad o del ámbito libre de regulación jurídica, mi artículo «La regulación del estado de necesidad en el Código Penal español», *lug. cit.*, pp. 75-76, nota 46 y la bibliografía allí citada.

(13) Si los dos deberes de acción se orientan a la protección de intereses iguales, tendrá preferencia el deber de garante (en los delitos impropios de omisión o de comisión por omisión, por ejemplo, el parricidio o el homicidio por omisión) frente al deber genérico de prestar socorro a una persona desamparada y en peligro manifiesto y grave (en el delito puro de omisión del art. 489 bis). Si una persona sólo puede salvar a uno de dos niños que se ahogan, uno de ellos es su hijo y frente al otro no ocupa una posición de garante, deberá salvar a su hijo. Si un médico sólo puede salvar a su paciente o a un extraño víctimas del mismo accidente automovilístico, deberá salvar a su paciente. Véase sobre los diversos criterios existentes a este respecto, en la moderna ciencia del Derecho Penal alemana, HIRSCH, *Strafgesetzbuch*, Leipziger Kommentar, observaciones preliminares al art. 32, núm. 80; que parte de un criterio similar al expuesto, pero con la importante salvedad de los deberes (de garante o genéricos) tendentes a proteger la vida o la integridad corporal, bienes que considera imponderables y los deberes tendentes a su protección siempre equivalentes (aunque en un caso se proteja la vida y en otro la salud y la integridad corporal).

(14) Véanse en este sentido, en la ciencia del Derecho Penal alemana, WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, p. 219; ARMIN KAUFMANN, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, pp. 137-138; MAURACH-ZIPF, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, I, p. 369 (núm. 53); SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, Lehrbuch, p. 688; *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, Studienbuch (2.ª ed.), p. 413 (núm. 63), y JAKOBS, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, p. 367 (núm. 8). En favor, en cambio, de una equiparación del deber de actuar y del deber de omitir, en caso de que tiendan a proteger intereses iguales, JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, Allgemeiner Teil, p. 295 (*Tratado de Derecho Penal*, I, parte general, pp. 499-500) y GALLAS, *Pflichtenkollision als Schuldausschließungsgrund*, *lug. cit.*, pp. 332-333. CUERDA RIEZU considera que no debe darse preferencia con carácter general al deber de omisión sobre el de acción, pero, por otra parte, estima que la equivalencia entre dichos deberes sólo podrá darse cuando entren en colisión un deber de acción que esté impuesto para evitar un resultado y un deber de omisión; véase *La colisión de deberes en Derecho Penal*, pp. 185 y ss, 238 y 242 y ss. El deber de omisión puede hacer referencia, sin embargo, a un delito de simple actividad.

de actuar es menos grave que la infracción del deber de omitir (15) (las conductas omisivas son generalmente menos graves que las acti-vas correspondientes) (16).

Si el deber cumplido es de rango inferior al infringido la conducta será ilícita, pues aunque no lo declare expresamente el número 11 del artículo 8.º, se deduce de una interpretación del precepto de acuerdo con el principio del interés preponderante (17).

El que realiza una acción típica en cumplimiento de un deber jurídico de rango superior o igual al de omitir la acción prohibida (o de realizar la acción ordenada, en los delitos de omisión) actúa lícitamente. Sólo cuando se utilice a un ser humano como un mero instrumento o se atente de otro modo gravemente contra su dignidad la conducta será ilícita, aunque se realice en cumplimiento de un deber de rango superior o igual. Es preciso llevar a cabo, por ello, una interpretación restrictiva de esta causa de justificación, con base en el principio del respeto a la dignidad de la persona humana (18).

El cirujano, que para salvar la vida de su paciente, extirpa a otra persona, contra su voluntad, un riñón para llevar a cabo un trasplante, realiza el tipo de lesiones corporales del artículo 419 (mutilación de un órgano principal ejecutada de propósito) y aunque el deber de salvar la vida a su paciente sea de rango superior al de abstenerse de realizar la acción prohibida, su conducta será ilícita. Únicamente podrá verse excluida o atenuada la culpabilidad, si estaba realmente excluida o disminuida su capacidad de obrar conforme a Derecho, de modo que no le fuera exigible o la exigibilidad fuera menor.

El juez que autoriza a un médico a practicar una transfusión de sangre a una paciente testigo de Jehová, que se oponía a ello por sus convicciones religiosas, si la consideraba necesaria para salvar su vida, realiza el tipo del delito contra la libertad religiosa del artículo 205 del Código Penal y aunque lo hace cumpliendo un deber de rango superior —el de prestar socorro a una persona que se halla desamparada y en peligro manifiesto y grave (art. 489 bis), e incluso el deber de garante de su vida— que el de abstenerse de realizar la acción prohibi-

(15) Véase ARMIN KAUFMANN, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, pp. 143 y 152. La crítica de CUERDA RIEZU a la opinión de ARMIN KAUFMANN se basa evidentemente en un malentendido.

(16) Véanse en este sentido ARMIN KAUFMANN, *Fie Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, pp. 300 y ss., y WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, p. 222. Esa menor gravedad de lo injusto puede reflejarse en la medición de la pena en el margen que al arbitrio judicial ofrece el artículo 61 o mediante la apreciación de atenuantes por analogía (núm. 10 del art. 9.º). No es preciso, por ello, que figure en el Código Penal una atenuación específica, como supone CUERDA RIEZU en *La colisión de deberes en el Derecho Penal*, pp. 186-187.

(17) No puede estimarse, por ello, como hace MIR PUIG, que el número 11 del artículo 8.º sea un precepto que resuelve un *conflicto de leyes* en favor de la norma no penal; véase MIR PUIG, *Derecho Penal*, parte general, pp. 412 y ss.

(18) Véase la incidencia de este principio material de Justicia en la exigente de estado de necesidad y su significación independiente en relación con la ponderación de intereses, en mi artículo «La regulación del estado de necesidad en el Código penal español», *lug. cit.*, pp. 84 y ss.

da, su conducta es ilícita pues implica un grave atentado a la dignidad de la persona humana (19).

Supuestos comprendidos en esta causa de justificación

Los supuestos comprendidos en esta causa de justificación son innumerables, pues el cumplimiento de cualquier deber jurídico o el ejercicio legítimo de cualquier derecho, dimanantes de los preceptos de cualquier sector del ordenamiento jurídico pueden dar lugar a su aplicación. Me limitaré, por ello, a analizar los casos más problemáticos, que suelen abordarse en el estudio de esta causa de justificación en la moderna ciencia del Derecho Penal española. Examinaré, en primer lugar, un supuesto de cumplimiento del deber de gran trascendencia para el respeto a los derechos humanos: cumplimiento del deber por los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad en el desempeño de sus funciones. Me ocuparé a continuación de algunos supuestos de ejercicio de un derecho: derecho de corrección, vías de hecho, ejercicio legítimo de la profesión de abogado, de periodista y de médico y derecho a la práctica del deporte.

(19) Caso enjuiciado por el auto de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 1979, que apreció la concurrencia de la eximente de estado de necesidad como causa de justificación, al estimar que el mal causado era menor que el que se trataba de evitar. Véase mi artículo «La regulación del estado de necesidad en el Código penal español», *lug. cit.*, p. 86, nota 73. ROMEO CASABONA considera que el mal causado es menor que el que se trataba de evitar, pero la eximente de estado de necesidad tendrá aquí la naturaleza de una causa de inculpabilidad, pues la conducta del juez (y del médico) no es medio adecuado para un fin justo; véase ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal*, I, «La actividad curativa (licitud y responsabilidad penal)», Barcelona, Bosch, 1981, pp. 379 y ss. MIGUEL BAJO FERNÁNDEZ niega la concurrencia de la eximente de estado de necesidad por ser, a su juicio, el mal causado mayor que el que se trataba de evitar, al no ser la conducta del juez (ni la del médico) adecuada «a los valores fundamentales de la comunidad jurídica» y estima, por tanto, también que su conducta es ilícita; véase «La intervención médica contra la voluntad del paciente», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1979, fasc. 2.º, pp. 494 y ss.; «Agresión médica y consentimiento del paciente», en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 25, 1985, pp. 130 y ss., y *Manual de Derecho Penal* (parte especial), «Delitos contra las personas», Ed. Ceura, Madrid, 1986, pp. 166-167. En estos dos últimos trabajos, BAJO FERNÁNDEZ introduce, sin embargo, una importante restricción en su criterio, al estimar que si la paciente está internada en un centro hospitalario de carácter público y no lo abandona, pidiendo el alta voluntaria, al anunciarle que hay que practicarle una transfusión, el médico (y el juez) se encontrará en un conflicto de deberes, el de expulsarla del hospital contra su voluntad y el de salvar su vida practicándole la transfusión. BAJO considera que debe darse preferencia a este último deber y, por tanto, la conducta del médico (y del juez) al practicar la transfusión será en este caso lícita. La expulsión de la paciente del hospital, en contra de su voluntad no supone, sin embargo, un grave atentado a su dignidad como persona, mientras que sí lo supone la práctica de la transfusión de sangre en contra de sus convicciones religiosas.

A) CUMPLIMIENTO DEL DEBER POR LOS MIEMBROS DE LAS FUERZAS Y CUERPOS DE SEGURIDAD EN EL EJERCICIO DE SUS FUNCIONES

Los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado (20), de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones locales realizan a veces acciones, en el desempeño de sus funciones, que están comprendidas en un tipo delictivo (por ejemplo, detenciones ilegales por parte de un funcionario público [art. 184], lesiones corporales por imprudencia [art. 565 o núm. 3 del art. 586, en relación con los arts. 418 y ss.], lesiones corporales dolosas [arts. 418 y ss.], homicidio por imprudencia [art. 565 o núm. 3 del art. 586 en relación con el art. 407] u homicidio doloso [art. 407]) que serían antijurídicas si no estuvieran comprendidas en esta causa de justificación de obrar en cumplimiento de un deber.

Para que la acción de los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad pueda estar amparada en esta causa de justificación es preciso que se ajuste a los principios de actuación establecidos en el artículo 5.º de la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, de 13 de marzo de 1986 (21), especialmente que sea conforme a lo dispuesto en la Constitución y en el resto del ordenamiento jurídico (22) y

(20) Los cuerpos de seguridad del Estado son actualmente el Cuerpo Nacional de Policía —resultante de la integración del antiguo Cuerpo Superior de Policía y de la Policía Nacional— y la Guardia Civil. El Cuerpo Nacional de Policía es un instituto armado de naturaleza civil, dependiente del Ministerio del Interior, mientras que la Guardia Civil es un instituto armado de carácter militar, dependiente del Ministerio del Interior (en el desempeño de las funciones que le atribuye la Ley de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad) y del Ministerio de Defensa (en el cumplimiento de las funciones de carácter militar). En tiempo de guerra y durante el estado de sitio depende exclusivamente del Ministerio de Defensa (art. 9.º de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad). La Policía Nacional era un cuerpo de estructura y organización militar no integrado en las Fuerzas Armadas, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 12.1 de la Ley 55/1978, de 4 de diciembre, de la Policía que derogó el Decreto de 8 de marzo de 1941, que atribuyó a la Policía Armada (predecesora de la Policía Nacional) el carácter de fuerza armada.

(21) En el preámbulo de la Ley se indica que los principios básicos de actuación se establecen siguiendo las líneas marcadas por la «Declaración de la Policía» del Consejo de Europa, de 8 de mayo de 1979, y del «Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley» aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 17 de diciembre del mismo año; véase sobre la «Declaración» y el «Código» mencionados, A. BERISTAIN IPIÑA, «Código deontológico policial según las Naciones Unidas», en *Estudios penales y criminológicos*, VII, Universidad de Santiago de Compostela, 1984, pp. 71 y ss., y M. BARBERO SANTOS, «El respeto a los derechos humanos: grandeza y servidumbre de la actividad policial (La situación en España)», en *Estudios penales y criminológicos*, IX, Universidad de Santiago de Compostela, 1986, pp. 34 y ss. La Ley de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad ha derogado la Orden de 30 de septiembre de 1981 por la que se dispone la publicación del acuerdo del Consejo de Ministros de 4 de septiembre de 1981 sobre principios básicos de actuación de los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado («BOE» de 2 de octubre).

(22) Artículo 5.º-1 de la Ley de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Por ejemplo, la autoridad o el agente de la policía judicial sólo tiene el deber de practicar una detención en los supuestos previstos en el artículo 492 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Según el artículo 12 de la Ley de Orden Público de 30 de julio de 1959: «La autoridad gubernativa o sus agentes podrán detener a quienes cometan o intenten cometer cual-

que sea *necesaria, oportuna y proporcionada* a las exigencias del mantenimiento de la autoridad y el orden público en la situación concreta (23 y 24). Los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad deben atenerse escrupulosamente a estos principios, así como a los preceptos del reglamento del Cuerpo correspondiente (25).

Hay que tener en cuenta también y especialmente en lo que res-

quiera de los actos contrarios al orden público y a quienes desobedecieran las órdenes que les diera directamente la autoridad o sus agentes en relación con dichos actos.» El Tribunal Supremo ha declarado, en jurisprudencia constante, que el cumplimiento del deber ha de ser obrando dentro de la ley; véase la jurisprudencia citada por JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, IV, p. 536, y en la moderna jurisprudencia las sentencias de 25 de noviembre de 1981 (A. 4440), 13 de mayo de 1982 (A. 2669) y 24 de febrero de 1983 (A. 1719).

(23) Según el artículo 5.º 2 c) de la Ley de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad: «En el ejercicio de sus funciones deben actuar con la decisión necesaria y sin demora cuando de ello dependa evitar un daño grave, inmediato e irreparable, rigiéndose al hacerlo por los principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad en la utilización de los medios a su alcance.» En el apartado d) del número 2.º del artículo 5.º, se establece: «Solamente deberán utilizarse las armas en las situaciones en que exista un riesgo racionalmente grave para su vida, su integridad física o las de terceras personas, o en aquellas circunstancias que puedan suponer un grave riesgo para la seguridad ciudadana y de conformidad con los principios a que se refiere el apartado anterior.» La Instrucción sobre el uso de armas de fuego de abril de 1983, no publicada en el «BOE» carece por completo de efectos jurídicos, como pone de manifiesto JAVIER BARCELONA LLOP, en su tesina de licenciatura, inédita, presentada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, «Responsabilidad patrimonial de la Administración derivada del uso de las armas por los agentes públicos», pp. 695 y ss., dirigida por LORENZO MARTÍN-RETORTILLO.

(24) La opinión dominante en la ciencia del Derecho Penal española exigía ya, antes de entrar en vigor la nueva Ley, que la intervención de los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad fuera necesaria y proporcionada para que pudiera estar amparada en esta causa de justificación; véanse: ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, parte general, pp. 252-253 (según el cual «como principio general regulador de esta proporción ha de tenerse en cuenta que el prestigio de la autoridad se compromete tanto por dejación como por abuso»); JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, IV, pp. 538-539; RODRÍGUEZ DEVESA-SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español*, parte general, p. 511; CÓRDOBA RODA, *Las eximentes incompletas en el Código penal*, Oviedo, 1966, pp. 290-291, 294 y ss. y 302 y ss. (necesidad y adecuación o proporción, o necesidad de la violencia en sí y necesidad de la violencia concretamente aplicada), *Comentarios al Código penal*, I, Barcelona, Ariel, 1972, pp. 368 y 372 y ss.; SÁINZ CANTERO, *Lecciones de Derecho Penal*, II, pp. 330-331; MIR PUIG, *Derecho penal*, parte general, pp. 417 y ss. (siguiendo a CÓRDOBA RODA distingue una necesidad abstracta y una concreta); MUÑOZ CONDE, *Teoría general del delito*, Temis, Bogotá, 1984, p. 117; J. J. QUERALT, «Coacción directa y justificación», en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1983, núm. 3, pp. 112 y ss., y las sentencias del Tribunal Supremo de 19 de junio de 1948 (A. 1036), 7 de noviembre de 1968 (A. 4573), 22 de diciembre de 1970 (A. 5559), 8 de marzo de 1974 (A. 1243), 20 de octubre de 1980 (A. 3720), 19 de diciembre de 1980 (A. 4979), 13 de mayo de 1982 (A. 2669), 24 de febrero de 1983 (A. 1719), 30 de marzo de 1983 (A. 2219) y 16 de mayo de 1983 (A. 2710).

(25) Aún no han sido aprobados los Reglamentos orgánicos y de servicio del Cuerpo Nacional de Policía y de la Guardia Civil previstos en la Disposición adicional tercera, apartados 1 y 2 de la Ley de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Los preceptos del Reglamento del Cuerpo Superior de Policía y de la Cartilla de la Guardia Civil que se opongan a lo dispuesto en la nueva Ley han quedado derogados de acuerdo con lo establecido en su Disposición derogatoria. Con ello ha quedado derogado, a mi juicio, el artículo 7.º de la Cartilla de la Guardia Civil, que autoriza el uso de las armas cuando «sus palabras no hayan bastado».

pecta al uso de las armas, lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 2.º de la Convención europea de salvaguardia de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales de 4 de noviembre de 1950 (suscrita y ratificada por España). De acuerdo con este precepto: «La muerte (intencional) no se considera infligida con infracción del presente artículo cuando se produzca como consecuencia de un recurso a la fuerza que sea absolutamente necesario: a) en defensa de una persona contra una agresión ilegítima, b) detener a una persona conforme a derecho o para impedir la evasión de un preso o detenido legalmente, c) para reprimir, de acuerdo con la ley, una revuelta o insurrección» (26). Después de exigir la necesidad absoluta del recurso a la fuerza, el precepto expresa, en los supuestos a, b y c, el requisito de la proporcionalidad. En el apartado b la redacción es excesivamente amplia, pues sólo si el preso, el presunto delincuente, o el detenido ha sido condenado o es acusado por un hecho delictivo de considerable gravedad, es muy peligroso y resulta difícil o problemática su detención en un momento posterior, se dará en la acción dolosa de matar el requisito de la proporcionalidad (27). La legislación nacional (art. 5.º, apartados c y d de la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad) tiene aquí preferencia sobre lo dispuesto en el artículo 2.º, 2 de la Convención europea de salvaguardia de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales, de acuerdo con lo previsto en el artículo 60 de la propia Convención. Según dicho artículo: «Ninguna de las disposiciones de la presente Convención será interpretada en el sentido de limitar o perjudicar aquellos derechos humanos y libertades fundamentales que podrían ser reconocidos conforme a las leyes de cualquier Alta Parte Contratante o en cualquier otra Convención en la que ésta sea parte» (28).

Para el empleo de la coacción o de la violencia, por parte de los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad, no es preciso, como estimaba en un principio, generalmente, el Tribunal Supremo, que haya precedido una agresión ilegítima a dichos agentes o a un tercero (29).

Únicamente cuando la acción de los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad se ajuste a los requisitos mencionados y espe-

(26) Véase también sobre el alcance de este precepto de la Convención europea de salvaguardia de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales, mi *Curso de Derecho Penal español*, parte general I, introducción, teoría jurídica del delito, 1, pp. 438-439.

(27) Véase sobre la necesidad y proporcionalidad de la acción dolosa de matar, con dolo directo (tirar a matar), la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 1980 (A. 3720), de la que fue ponente el ilustre magistrado don LUIS VIVAS MARZAL y J. J. QUERALT, *Coacción directa y justificación*, lug. cit., pp. 123 y ss.

(28) Véase también en este sentido J. J. QUERALT, *Coacción directa y justificación*, lug. cit., p. 120.

(29) Véanse las sentencias citadas por ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, parte general, p. 253; QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso de Derecho Penal*, I. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963, p. 389, y CÓRDOBA RODA, *Las exigentes incompletas en el Código Penal*, pp. 292 y ss.; *Comentarios al Código Penal*, I, pp. 366 y ss., que hizo una crítica muy acertada del antiguo criterio del Tribunal Supremo. Este se apartó definitivamente del mismo en la trascendental sentencia de 20 de octubre de 1980 (A. 3720).

cialmente a los de necesidad, oportunidad y proporcionalidad, será el deber cumplido de rango igual o superior al deber infringido (de omitir la acción prohibida; por ejemplo en el delito de coacciones, en las lesiones corporales culposas o dolosas o en el homicidio culposo o doloso).

No podrán estar comprendidos en ningún caso en la eximente de obrar en cumplimiento de un deber los tratos inhumanos o degradantes, ni por supuesto la tortura, prohibidos expresamente en el artículo 15 de la Constitución y que suponen un grave atentado a la dignidad de la persona humana (30). La tortura se castiga como delito en el artículo 204 bis (31).

Para que pueda apreciarse esta causa de justificación de obrar en cumplimiento de un deber es preciso, además, que concurra un elemento subjetivo: el sujeto debe actuar con el ánimo o voluntad de cumplir con su deber (32). Este ánimo o voluntad es compatible, sin duda, con la concurrencia de otros motivos.

Los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad no podrán invocar la eximente de legítima defensa si son víctimas de una agresión ilegítima cuando se encuentren en el desempeño de sus funciones o con motivo de las mismas (33). En la legítima defensa el agredido pue-

(30) La tortura fue duramente criticada por los penalistas de la Ilustración, que la combatieron principalmente con argumentos utilitarios, señalando el peligro de obtener de este modo declaraciones falsas que podrían dar lugar a la condena de personas inocentes; véase mi *Curso de Derecho Penal español*, parte general I, introducción, teoría jurídica del delito, I, pp. 78 y ss. Sobre la tortura, su abolición legal y su supervivencia en la práctica, véase RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal español*, parte especial (9.ª ed.), Madrid, 1983, pp. 714 y ss.; FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE, «La última etapa y la abolición de la tortura judicial en España», «Anales de la Universidad de La Laguna (1964-1965)» y «La tortura judicial y sus posibles supervivencias», en *Problemas actuales de Derecho Penal y Procesal*, Salamanca, 1971, pp. 125 y ss., y G. MARTÍNEZ DIEZ, «La tortura judicial en la legislación histórica española», en *Anuario de Historia del Derecho*, XXXII, pp. 223 y ss.

(31) La tortura estaba ya castigada antes de la introducción de esta figura delictiva por la Ley 31/1978, de 17 de julio, en las leyes penales de nuestro país, concretamente a través de las figuras delictivas de amenazas y coacciones (arts. 493 y ss. y 585), lesiones corporales (arts. 418 y ss., 582 y 583, 1.º) y los delitos contra la vida (arts. 405 y ss.) del Código penal. La figura delictiva del artículo 204 bis supuso, sin embargo, una elevación de las penas de las conductas delictivas realizadas en la práctica de la tortura, elevación que trató de asegurar el artículo 204 bis a), introducido por la Ley Orgánica de reforma urgente y parcial del Código penal, de 25 de junio de 1983.

(32) Véase mi *Curso de Derecho Penal español*, parte general I, introducción, teoría jurídica del delito, I, pp. 409 y ss.; CÓRDOBA RODA, *Las eximentes incompletas en el Código Penal*, pp. 315-316; *Comentarios al Código Penal*, I, pp. 380-381, y SAINZ CANTERO, *Lecciones de Derecho Penal*, parte general II, pp. 331-332.

(33) Véase también en este sentido DIEGO MANUEL LUZÓN PEÑA, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, Barcelona, Bosch, 1978, p. 104, nota 405, y «Legítima defensa y estado de necesidad defensivo», en *Comentarios a la legislación penal*, V, *La reforma del Código Penal de 1983*, vol. 1.º, Madrid, Edersa, 1985, pp. 250-251, y J. J. QUE- RALT, *Coacción directa y justificación*, lug. cit., pp. 115 y ss. Distinto es el criterio de la opinión dominante; véanse: JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, IV, pp. 97, 538 y 594; CÓRDOBA RODA, *Las eximentes incompletas en el Código Penal*, pp. 323-324; MIR PUIG, *Derecho Penal*, parte general, pp. 417-418; las sentencias del Tribunal Supremo citadas por JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, IV, p. 97, y CÓRDOBA RODA,

de ir todo lo lejos que sea necesario para impedir o repeler la agresión (34), mientras que en la causa de justificación de obrar en cumplimiento de un deber la intervención de los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad ha de ser, como hemos visto, necesaria, oportuna y proporcionada. Estamos ante un concurso de leyes, que hay que resolver en favor de la causa de justificación del número 11 del artículo 8.º, de acuerdo con el principio de la especialidad (35). Únicamente cuando los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad sean objeto de una agresión ilegítima como particulares, es decir cuando no se encuentren de servicio y la agresión se realice por motivos particulares, podrán invocar la legítima defensa. No podrán hacerlo nunca, sin embargo, cuando la agresión ilegítima se dirija contra terceros, tanto si se encuentran como no de servicio, pues según el número 5.º del artículo 5.º de la Ley de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad: «Deberán llevar a cabo sus funciones con total dedicación debiendo intervenir siempre, en cualquier tiempo y lugar, se hallaren o no de servicio, en defensa de la Ley y de la seguridad ciudadana».

B) DERECHO DE CORRECCION

Los padres, los tutores y los maestros o profesores tienen el derecho y el deber de corregir, respectivamente, a sus hijos menores de edad no emancipados, pupilos y discípulos.

Según el artículo 154 del Código civil: «Los hijos no emancipados están bajo la potestad del padre y de la madre. La patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad...» Entre los deberes y facultades de los padres se menciona, en este artículo, el de educar y proporcionar una formación integral a los hijos y, en el último párrafo se establece que: «Los padres podrán en el ejercicio de su potestad recabar el auxilio de la autoridad. Podrán también corregir razonable y moderadamente a los hijos.»

Se plantea el problema de si los padres pueden aplicar castigos corporales a sus hijos. Antes de la reforma urgente y parcial del Código Penal por la Ley Orgánica de 25 de junio de 1983, el único precepto del Código que hacía referencia a este problema era el último párrafo del artículo 420, donde se regulan las lesiones graves. En este precepto se disponía que: «No están comprendidas en el párrafo anterior las lesiones que el padre causare al hijo, excediéndose en su corrección.» En el párrafo anterior se establecía un tipo agravado de las lesiones graves cuando entre el sujeto activo y el pasivo se diera la relación

Las exigentes incompletas en el Código Penal, pp. 323, y en la moderna jurisprudencia las de 22 de diciembre de 1970 (A. 5559) y 13 de mayo de 1982 (A. 2669).

(34) Véase mi *Curso de Derecho Penal español*, parte general I, introducción, teoría jurídica del delito, 1, pp. 437 y ss.

(35) Véase también en este sentido D. M. LUZÓN PEÑA, *Legítima defensa y estado de necesidad defensivo*, lug. cit., p. 251, y J. J. QUERALT, *Coacción directa y justificación*, lug. cit., pp. 116 y ss. y, especialmente, 123.

de parentesco característica del delito de parricidio (art. 405) o concurrieran las circunstancias calificativas del asesinato (art. 406). El exceso en el ejercicio del derecho de corrección determinaba, pues, la inaplicación del tipo agravado del párrafo anterior. El exceso en la corrección venía a ser una circunstancia atenuante que compensaba la agravación del tipo calificado. Quedaba claro, pues, que los padres no podían causar lesiones graves a sus hijos en el ejercicio del derecho de corrección. Surgía la duda de si los padres podían causar a sus hijos lesiones menos graves (arts. 422 y 423 del Código Penal) o leves (arts. 582 y 583, núm. 1.º), o golpearles o maltratarles de obra o de palabra sin causarles lesión (art. 585, núm. 1.º) (36).

En la reforma urgente y parcial del Código Penal por la Ley Orgánica de 25 de junio de 1983 se ha suprimido el último párrafo del artículo 420 y al mismo tiempo se ha dado una nueva redacción al número 2.º del artículo 583, donde ahora se declara que será castigado con las penas de uno a quince días de arresto menor y reprensión privada: «El que maltratare a su cónyuge o hijos menores de palabra o de obra, aunque no les causare lesiones de las comprendidas en el párrafo anterior.» En el número 1.º del mismo artículo se castiga, con las mismas penas, a: «Los que causaren lesiones que no impidan al ofendido dedicarse a sus trabajos habituales, ni exijan asistencia facultativa.» Parece que la voluntad del legislador ha sido la de excluir del ejercicio *legítimo* del derecho de corrección la causación de todo tipo de lesiones e incluso los malos tratos de obra o de palabra. Este criterio conduciría, sin embargo, a consecuencias inadmisibles. El más leve cachete a un hijo menor de edad, aunque lo tenga más que merecido y se propine con *animus corrigendi*, sería una acción antijurídica, frente a la que cabría la legítima defensa propia o de terceros. La voluntad del legislador no coincide, sin embargo, con la voluntad de la ley. Para determinar el ámbito del derecho de corrección de los padres hay que tener en cuenta no sólo las figuras delictivas del Código Penal (de las que sólo cabe deducir con seguridad la tipicidad de la conducta) (37), sino las concepciones ético-sociales realmente vigentes en la sociedad (38). Sólo así podrá determinarse si un castigo, corporal o no, es razonable y moderado, como exige el artículo 154 del Código civil; es decir, el precepto permisivo o autorización que sirve aquí de fundamento a la causa de justificación del ejercicio legíti-

(36) Admitía esta posibilidad, cuando el motivo de las lesiones o de los malos tratos fuera la corrección del hijo y la conducta fuera adecuada a «las normas de cultura aplicables a la pedagogía familiar, variables ciertamente según el medio social donde se realice el hecho», ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, parte general, p. 254. FERRER SAMA admitía la posibilidad de causar lesiones leves en el ejercicio legítimo del derecho de corrección de los padres; véase *Comentarios al Código Penal*, I, p. 241. En cuanto a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, véanse las sentencias citadas por ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, parte general, pp. 254-255.

(37) De otra opinión, MUÑOZ CONDE, *Teoría general del delito*, pp. 117-118.

(38) Concepto más restringido y preciso que el de las normas de cultura de M. E. MAYER que invoca ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, parte general, p. 254.

mo de un derecho. Los malos tratos de obra sin causar lesión, si se producen con el ánimo de corregir y aparecen como necesarios y adecuados al fin correccional deben considerarse lícitos, es decir realizados en el ejercicio legítimo del derecho de corrección (39). No así, en cambio, la causación de lesiones, aunque no exijan asistencia facultativa ni impidan al ofendido dedicarse a sus trabajos habituales (núm. 1.º del art. 583).

Estarán también comprendidas en el ejercicio legítimo del derecho de corrección de los padres las privaciones de libertad de corta duración (detenciones ilegales, art. 480), las amenazas y coacciones (arts. 493 y ss.), siempre que se lleven a cabo con *animus corrigendi* y aparezcan como necesarias y adecuadas al fin correccional.

Los tutores, según el artículo 268 del Código civil: «podrán en el ejercicio de su cargo, recabar el auxilio de la autoridad. Podrán también corregir a los menores razonable y moderadamente». Como es lógico, debe seguirse el mismo criterio para determinar el carácter razonable y moderado del castigo que en el caso de los padres. Al no existir en el Código Penal una falta como la del número 2.º del artículo 583, en que se castiguen de un modo específico los malos tratos de obra o de palabra de los tutores a sus pupilos, la conducta estará comprendida en el tipo de la falta del número 1.º del artículo 585 («Los que golpearan o maltrataren a otro de obra o de palabra sin causarle lesión»), pero será lícita cuando se realice en el ejercicio legítimo del derecho de corrección.

Los maestros o profesores tienen también un derecho y un deber de corregir a sus alumnos, pero en todo caso deberán respetar su integridad y dignidad personales. En el artículo 42, núm. 1.º, apartado d) de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del derecho a la educación (LODE) se establece que el Consejo Escolar del Centro tendrá, entre otras atribuciones, la de: «Resolver los conflictos e imponer las sanciones en materia de disciplina de alumnos, de acuerdo con las normas que regulen los derechos y deberes de los mismos» y en el artículo 6.º, apartado d) de la misma Ley se reconoce a los alumnos, entre otros, el: «Derecho a que se respete su integridad y dignidad personal.» Los malos tratos de obra o de palabra suponen siempre, a mi juicio, un atentado contra la dignidad de los alumnos y las lesiones corporales suponen además un atentado contra su integridad.

El ánimo o voluntad de corregir (*animus corrigendi*) es un elemento subjetivo de la causa de justificación de obrar en el ejercicio legítimo del derecho de corrección (40).

No existe un derecho de corrección del marido sobre su esposa.

(39) La adecuación al fin correccional implica, sin duda, la proporcionalidad del castigo con la travesura, infracción o defecto que se quiere corregir, pero tiene un contenido más amplio. Creo preferible, por ello, hablar de adecuación al fin correccional y no meramente de proporción, como hacen RODRÍGUEZ DEVEÑA-SERRANO GÓMEZ *Derecho Penal español*, parte general, p. 513, y MIR PUIG, *Derecho Penal*, parte general, p. 422.

(40) Véanse en este sentido ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, parte general, p. 254, y MIR PUIG, *Derecho Penal*, parte general, p. 422.

Esta es opinión unánime en la moderna ciencia del Derecho Penal española (41). En el artículo 66 del Código civil se declara que: «El marido y la mujer son iguales en derechos y deberes» y en el artículo 67 se establece que: «El marido y la mujer deben respetarse y ayudarse mutuamente y actuar en interés de la familia.» Un derecho de corrección del marido sobre su mujer estaría, además, en contradicción con la prohibición constitucional de toda discriminación por razón del sexo (art. 14) (42) y con lo dispuesto en el artículo 32 de la Constitución, con arreglo al cual «el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica» (43).

Tampoco existe un derecho de corrección de los niños ajenos. Sólo es posible corregir a un niño ajeno (que comete, por ejemplo, alguna travesura o gamberrada en un lugar público) en virtud del consentimiento expreso o tácito (pero no presunto) de los padres y frente a él cabe invocar también, por supuesto, las causas de justificación de la legítima defensa o el estado de necesidad (44).

C) VIAS DE HECHO

El ejercicio de un derecho mediante la violencia, las amenazas o coacciones u otro medio ilegítimo, en caso de que sea contestado, no está amparado en la causa de justificación del número 11 del artículo 8.º Únicamente cuando el ejercicio del derecho es *legítimo* está la conducta amparada en esta causa de justificación (45). En nuestro Có-

(41) Véanse, por ejemplo: ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, parte general, p. 255; CUELLO CALÓN-CAMARGO, *Derecho Penal*, I, parte general, vol. I, p. 395; QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso de Derecho Penal*, I, p. 391; COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN, *Derecho Penal*, parte general, Universidad de Valencia, 1984, p. 397, y BUSTOS, *Manual de Derecho Penal español*, parte general, Barcelona, Ariel, 1984, p. 258. JIMÉNEZ DE ASÚA, antes de la Ley 30/1981, de 7 de julio, que modificó el Código civil en materia de matrimonio, afirmaba, siguiendo a BETTIOL, la existencia de un derecho de corrección del marido sobre su mujer, véase *Tratado de Derecho Penal*, IV, pp. 569-570 y 575-576.

(42) Véase en este sentido COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN, *Derecho Penal*, parte general, p. 397.

(43) Como señala BUSTOS, *Manual de Derecho Penal español*, parte general, p. 258.

(44) Véase en este sentido ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, parte general, p. 255 (que admite también, sin embargo, la eficacia del consentimiento presunto de los padres o encargados de la custodia del menor); JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, IV, p. 573 (se trataría de una delegación tácita del derecho de corregir de los padres, tutores o maestros); FERRER SAMA, *Comentarios al Código Penal*, I, p. 241 (que rechaza la eficacia del consentimiento presunto y admite sólo la delegación «cuando no se desapruebe la conducta de manera expresa por el titular del derecho de corrección»); COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN, *Derecho Penal*, parte general, p. 398 (la corrección de niños ajenos puede estar justificada por el consentimiento expreso o tácito de los padres), y MIR PUIG, *Derecho Penal*, parte general, p. 423 (las correcciones mínimas son, para él, socialmente adecuadas —y atípicas por su escasa relevancia— o pueden considerarse amparadas por el estado de necesidad y en los castigos graves debe concurrir la delegación o el consentimiento expreso o tácito de los padres o tutores).

(45) Véanse en este sentido FERRER SAMA, *Comentarios al Código Penal*, I, pp. 242 y ss.; CÓRDOBA RODA, *Las eximentes incompletas en el Código Penal*, p. 284, y *Comentarios al Código Penal*, I, p. 363; RODRÍGUEZ DEVESA-SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal español*, parte general, p. 512; MIR PUIG, *Derecho Penal*, parte general, pp. 421-422, y COBO

digo existe incluso una figura delictiva específica, aunque de escasa amplitud y en la que se prevé únicamente la aplicación de una pena de multa, en la que se castigan algunos supuestos del ejercicio arbitrario del propio derecho, de las llamadas vías de hecho. Según el artículo 337 del Código Penal: «El que con violencia o intimidación se apoderare de una cosa perteneciente a su deudor para hacerse pago con ella, será castigado con la pena de multa equivalente al valor de la cosa, sin que pueda bajar de 30.000 pesetas.» Esta figura delictiva que estaba entre los delitos contra la libertad y seguridad (Título XII) (46), fue incluida, en la reforma parcial del Código Penal, de 1944, en el nuevo Título (IV) de los delitos contra la Administración de Justicia (47).

D) EJERCICIO LEGÍTIMO DE LA PROFESIÓN DE ABOGADO, PERIODISTA Y MÉDICO

Me voy a limitar a examinar algunos de los aspectos más relevantes del ejercicio legítimo de estas profesiones.

a) Los abogados para defender a sus clientes, o para actuar como acusadores privados, hacen a veces afirmaciones que son objetivamente injuriosas y que estarían comprendidas en el tipo de los delitos de desacato (arts. 240 y ss.), de injurias (arts. 457 y ss.) o calumnia (arts. 453 y ss.) si se hubieran realizado con *animus iniuriandi* o *calumniandi*. Su acción no es típica, generalmente, por falta de este elemento subjetivo de lo injusto (48). Cuando las afirmaciones se hagan

DEL ROSAL-VIVES ANTÓN, *Derecho Penal*, parte general, p. 396. Este es el criterio mantenido también en jurisprudencia constante por el Tribunal Supremo; véanse las sentencias citadas por CORDOBA RODA y en la moderna jurisprudencia la de 16 de marzo de 1970 (A. 1402).

(46) Según el artículo 489 del Código Penal de 1932: «El que con violencia se apoderare de una cosa perteneciente a su deudor para hacerse pago con ella, será castigado con las penas de arresto mayor en su grado mínimo y una multa equivalente al valor de la cosa, pero que en ningún caso bajará de 250 pesetas».

(47) Véase sobre esta figura de delito y la posibilidad de sancionar otros supuestos de ejercicio arbitrario del propio derecho a través de otras figuras delictivas: ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, parte general, p. 256; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, IV, pp. 560-561; FERRER SAMA, *Comentarios al Código Penal*, I, pp. 243-244; MIR PUIG, *Derecho Penal*, parte general, pp. 420-421; MIGUEL BAJO FERNÁNDEZ, *La realización arbitraria del propio derecho*, Madrid, Civitas, 1976, y las sentencias del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 1981 (A. 478), 26 de febrero de 1982 (A. 847), 4 de octubre de 1982 (A. 5588), 14 de noviembre de 1984 (A. 5488), 30 de septiembre de 1985 (A. 4583) y 25 de noviembre de 1985 (A. 5477). En la Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código Penal de 1983 se incluye, también dentro de los delitos contra la Administración de Justicia, una figura delictiva de realización arbitraria del propio derecho, de mayor amplitud que la actual. Según el artículo 426: «1. El que para realizar un derecho propio en lugar de acudir a la vía judicial empleare violencia, intimidación o fuerza en las cosas, será castigado con la pena de multa de seis a doce meses. 2. Se impondrá la pena superior en grado si para la intimidación o violencia se hiciere uso de armas u otros objetos peligrosos.»

(48) Véase en este sentido CORDOBA RODA, *Las exigentes incompletas en el Código Penal*, p. 285, y *Comentarios al Código Penal*, I, p. 364.

con *animus iniuriandi* o *calumniandi*, la acción será típica y no podrá invocarse la causa de justificación del número 11 del artículo 8.º, de ejercicio legítimo de un oficio, pues faltará el elemento subjetivo de la misma: el ánimo o voluntad de ejercer legítimamente un oficio o profesión (49). Esta causa de justificación será sólo aplicable, como ha puesto de manifiesto Córdoba Roda (50), en los raros supuestos en que coexistan el ánimo de ejercer legítimamente la profesión y el *animus iniuriandi* o *calumniandi* y en que las expresiones deshonrosas sean necesarias, en una interpretación *ex ante*, para la defensa de los intereses de sus clientes (51 y 52).

b) Los periodistas, en el desempeño de su profesión, al informar o realizar cualquier género de crítica (política, literaria, artística, deportiva, etc.) hacen afirmaciones que si no estuvieran realizadas con el *animus informandi* o *criticandi*, sino con *animus iniuriandi* o *calumniandi* estarían comprendidas en el tipo de los delitos de desacato, injurias o calumnia. Cuando la información o la crítica se lleven a cabo con ánimo de injuriar o calumniar, la acción será típica, pero no podrá invocarse la causa de justificación de obrar en el ejercicio legítimo de la profesión periodística, pues faltará el elemento subjetivo de la misma: el ánimo o voluntad de ejercer legítimamente la profesión. Tampoco podrá invocarse esta causa de justificación en caso de que coexistan el *animus informandi* o *criticandi* y el *animus iniuriandi* o *calumniandi*, a diferencia de lo que sucedía con los abogados, pues la libertad de expresión y difusión de los pensamientos, ideas y opiniones, así como la libertad de información, proclamadas en el artículo 20 de la Constitución, encuentran su límite, según se establece en el número 4 del mismo artículo «en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia» (53).

c) El médico que opera y a veces al curar hace una herida y en el artículo 420 se define la acción típica de las lesiones corporales con las palabras: «El que hiriere, golpear o maltratare de obra a

(49) Véase en este sentido CÓRDOBA RODA, *Las eximentes incompletas en el Código Penal*, p. 285; *Comentarios al Código Penal*, I, pp. 364-365, y la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 1974 (A. 3964).

(50) Véase CÓRDOBA RODA, *Las eximentes incompletas en el Código Penal*, pp. 286-287, y *Comentarios al Código Penal*, p. 365.

(51) Según la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 1974 (A. 3969), la falta de necesidad de las afirmaciones deshonrosas determina la absorción del *animus defendendi* por el *animus iniuriandi* y la total ausencia de necesidad las desconecta del ejercicio legítimo de la función de abogado y procurador, criterio este último que había mantenido ya en la sentencia de 25 de abril de 1927.

(52) En el artículo 467 del Código Penal se dispone que: «Nadie podrá deducir acción de calumnia o injuria causadas en juicio sin previa licencia del juez o tribunal que de él conociere.»

(53) Véase en este sentido la trascendental sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 1980 (A. 1483).

otro» (54). Según la opinión dominante en la ciencia del Derecho Penal española, el médico, al hacer una herida, en el tratamiento médico-quirúrgico curativo, realiza el tipo de un delito o falta de lesiones corporales (55).

Esta interpretación no me parece convincente. Si la intervención quirúrgica o la curación tienen un resultado favorable no puede hablarse, en rigor, de una lesión del bien jurídico protegido: la integridad corporal y la salud (56). Mediante una interpretación teleológico-restrictiva puede estimarse que no se da el resultado típico de los delitos de lesiones corporales (57).

(54) Esta definición de la acción típica es común para todos los tipos de lesiones corporales en los que no se haga una referencia específica a los medios de comisión; véase en este sentido J. L. Díez RIPOLLÉS, «La huelga de hambre en el ámbito penitenciario», de próxima publicación en *Cuadernos de Política Criminal*.

(55) Véase en este sentido CUELLO CALÓN-CAMARGO, *Derecho Penal*, I, parte general, vol. 1.º, pp. 397 y ss.; COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN, *Derecho Penal*, parte general, pp. 403-404, y M. BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho Penal*, parte especial, «Delitos contra las personas», pp. 163 y ss. (sólo cuando la intervención médico-quirúrgica produzca efectos irreversibles o irrecuperables). El Tribunal Supremo, como señala ROMEO CASABONA, parece inclinarse por este criterio al exigir que la intervención sea legítima para poder aplicar la exigente del número 11 del artículo 8.º; véase ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal*, I «La actividad curativa (Licitud y responsabilidad penal)», Barcelona, Bosch, 1981, p. 66. JIMÉNEZ DE ASÚA considera, en cambio, que: «Amputar no es mutilar, incidir operatoriamente, no es herir; sujetar no es golpear. En suma, en la actividad curativa no existe tipo alguno de lesiones o de malos tratos, ni siquiera cuando el medio curativo fracasa» (subrayado en el original); véase JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, IV, p. 705. En otro lugar precisa que la ausencia de tipicidad se da únicamente cuando la actividad curativa se realiza conforme a la *lex artis* (ob. cit., p. 729), RODRÍGUEZ MOURULLO, partiendo de un concepto social de la acción considera que «el médico que interviene en el quirófano de su clínica, con los medios e instrumentos propios del caso a su paciente, no realiza una "acción de herir, golpear o maltratar" —como la que se describe en el artículo 420 del Código Penal— sino una "operación", aún cuando de su actuación haya derivado un menoscabo para la integridad física del intervenido»; véase RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho Penal*, parte general, Madrid, Civitas, 1977, pp. 212-213. Dada la regulación de los delitos y faltas culposos en nuestro Código, a través del artículo 565 y número 3 del artículo 586, la adopción del criterio de JIMÉNEZ DE ASÚA o el de RODRÍGUEZ MOURULLO, supondría la atipicidad de las lesiones corporales culposas realizadas por el médico o cirujano al no observar el cuidado objetivamente debido en la intervención quirúrgica o curación. RODRÍGUEZ MOURULLO es consciente del problema y critica, por ello, la limitación de los medios de comisión de las lesiones en el artículo 420 (ob. cit., p. 213, nota 10).

(56) Véase sobre el bien jurídico protegido en los delitos de lesiones corporales, ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal*, I, «La actividad curativa (Licitud y responsabilidad penal)», pp. 133 y ss.

(57) Véase en este sentido FERRER SAMA, *Comentarios al Código Penal*, I, p. 245; ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, parte general, p. 260, y «Notas críticas al Código Penal. Las lesiones», en Estudios Penales en homenaje al padre PEREDA, Bilbao, 1965, p. 791; RODRÍGUEZ DEVESA-SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal español*, parte general, p. 517; MIR PUIG, *Derecho Penal*, parte general, p. 426; ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal*, I, «La actividad curativa», pp. 164 y ss.; I. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *El delito de lesiones*, Ediciones Universidad de Salamanca, 1982, pp. 31-32; A. JORGE BARREIRO, «La relevancia jurídico-penal del consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico», separata de *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 16, 1982, p. 12, y EMILIO OCTAVIO DE TOLEDO y UBIETO, «La reforma del consentimiento en las lesiones», en *Comentarios a la legislación penal*, V, Madrid, Edersa, 1984, pp. 942 y ss. y 951 yss. Según BACIGALUPO, las intervenciones realizadas con éxito y con el consentimiento del pa-

Cuando la intervención quirúrgica o la actividad curativa tengan un resultado desfavorable se dará un menoscabo de la integridad corporal y la salud (58). Si el cirujano o el médico actúan, sin embargo, con la voluntad de curar al paciente faltará el dolo, es decir, la conciencia y voluntad de atentar contra la integridad corporal y la salud, que es un elemento subjetivo del tipo de las lesiones corporales dolosas (59). Faltará no sólo el dolo directo, sino también el eventual (60). Es cierto que en algunos casos, en operaciones muy arriesgadas o de escasas posibilidades de éxito, el médico contará con la posibilidad de un resultado negativo para la integridad corporal y la salud del paciente, pero el fin que persigue consiste precisamente en evitar la producción de dicho resultado. El supuesto es completamente diferente a los de dolo eventual (61); en ellos el agente cuenta con la producción de consecuencias no deseadas, previstas como posibles, con tal de no renunciar a la consecución del fin (62).

ciente son socialmente adecuadas y carecen de relevancia para el Derecho Penal (no pueden estar comprendidas en los tipos); véase «Acerca de la responsabilidad del médico ante el Derecho Penal», separata de la *Revista de Derecho Público*, núms. 84-85 (julio-diciembre), 1981, pp. 668 y ss.

(58) Para ROMEO CASABONA se dará ya el tipo objetivo de lesiones corporales cuando no mejore el estado de salud del paciente como consecuencia de la intervención; véase *El médico y el Derecho Penal*, I, «La actividad curativa», p. 167. Según BERDUGO, en las intervenciones con resultado negativo faltará el tipo objetivo si medió el consentimiento del paciente, pues el bien jurídico protegido en los delitos de lesiones corporales no es sólo la salud personal, sino también la capacidad de disposición de la misma; véase I. BERDUGO Y GÓMEZ DE LA TORRE, *El delito de lesiones*, p. 36. Dada la redacción del artículo 428, me parece inviable en nuestro Código la concepción del bien jurídico protegido en las lesiones corporales como comprensivo de la integridad corporal y la salud y la libertad de disposición de las mismas; véase también, en este sentido, ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal*, I, «La actividad curativa», pp. 137-138, 285 y ss. y 302 y ss., y «El consentimiento de las lesiones en el Proyecto de Código Penal de 1980», en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 17, pp. 276 y 284.

(59) Véanse en este sentido MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal*, parte especial (6.ª ed.), Universidad de Sevilla, 1985, p. 80; Mir Puig, *Derecho Penal*, parte general, p. 426 («quien quiere curar no puede querer lesionar»), y A. JORGE BARREIRO, *La relevancia jurídico-penal del consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico*, lug. cit., p. 12.

(60) Admiten la posibilidad de dolo eventual: ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal*, I, «La actividad curativa», pp. 204 y ss., especialmente 208-209; I. BERDUGO Y GÓMEZ DE LA TORRE, *El delito de lesiones*, p. 34; EMILIO OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *La reforma del consentimiento en las lesiones*, lug. cit., p. 943, y M. BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho Penal*, parte especial, «Delitos contra las personas», pp. 164-165.

(61) Véase mi *Curso de Derecho Penal español*, parte general I, introducción, teoría jurídica del delito, 1, pp. 357 y ss.

(62) BERDUGO considera que en las intervenciones con resultado negativo realizadas sin el consentimiento del paciente se lesiona el bien jurídico protegido, pero quedan fuera de los tipos de lesiones corporales si estaban indicadas y se llevan a cabo con arreglo a la *lex artis*, pues se trata de conductas no comprendidas en el fin de protección de la norma; véase *El delito de lesiones*, p. 39. La restricción del tipo de las lesiones corporales dolosas (BERDUGO cree posible, como vimos, la concurrencia del dolo eventual con el ánimo o voluntad de curar) mediante este criterio de imputación objetiva plantearía dificultades insuperables para la configuración de los tipos de las lesiones corporales culpables, pues éstos se forman en nuestro Código Penal con la integración de los elementos contenidos en el artículo 565 o número 3.º del artículo 586 y en las figuras delictivas dolosas correspondientes («El que por imprudencia temera-

Si el resultado de la intervención quirúrgica o de la actividad curativa es desfavorable y falta el dolo de lesiones (lo cual sucederá siempre que el médico actúe con ánimo o voluntad de curar) la conducta estará únicamente comprendida en los tipos de las lesiones corporales culposas cuando el cirujano o médico no haya observado el cuidado objetivamente debido al examinar su propia capacidad (63), al realizar el diagnóstico (64), al apreciar la indicación de la intervención (65) o en la práctica de la misma (66 y 67) y el resultado se haya producido precisamente como consecuencia de la inobservancia de dicho cuidado (68).

Un error o fallo técnico o la realización de la intervención sin ajustarse a la *lex artis* es sólo un indicio de la inobservancia del cuidado objetivamente debido. El error o fallo técnico puede deberse o no a la inobservancia del cuidado objetivamente debido y la observancia de dicho cuidado puede exigir, en situaciones excepcionales, la infracción de la *lex artis* (69). Por otra parte, como señala Romeo Casabo-

ria», dice, por ejemplo, el párrafo primero del artículo 565, «ejecutare un hecho que si mediare malicia constituiría delito»). Tendrían que quedar impunes las lesiones corporales culposas causadas por el médico en una intervención quirúrgica o curativa realizada con ánimo de curar, pero en la que no hubiera observado el cuidado objetivamente debido. Véase, además, en contra del criterio de la imputación objetiva que excluye del tipo de los delitos de acción dolosa las acciones dolosas realizadas con arreglo al cuidado objetivamente debido, mi *Curso de Derecho Penal español*, parte general I, introducción, teoría jurídica del delito, I, p. 325.

(63) Véase a este respecto ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal*, I, «La actividad curativa», pp. 243 y ss.

(64) Véase a este respecto ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal*, I, «La actividad curativa», pp. 254 y ss.

(65) Véase sobre el concepto de indicación médica el profundo y exhaustivo análisis de ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal*, I, «La actividad curativa», pp. 147 y ss.

(66) Los deberes de cuidado del médico o cirujano se extienden a la fase anterior a la operación (preparación del paciente), a la intervención misma y al postoperatorio; véase a este respecto ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal*, I, «La actividad curativa», pp. 266 y ss.

(67) Sobre la importancia del principio de la confianza en la determinación del cuidado objetivamente debido en el tratamiento médico-quirúrgico, véase mi *Curso de Derecho Penal español*, parte general I, introducción, teoría jurídica del delito, I, p. 388. Sobre la incidencia excepcional del deber de información del médico sobre la observancia del cuidado objetivamente debido (cuando la información fuera necesaria para que el paciente siguiera escrupulosamente las prescripciones médicas), véase ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal*, I, «La actividad curativa», pp. 252 y 328-329, y A. JORGE BARREIRO, *La relevancia jurídico-penal del consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico*, *lug. cit.*, p. 27. Se trata de la llamada información terapéutica.

(68) Como señala ROMEO CASABONA: «La responsabilidad criminal del médico por sus intervenciones clínicas o quirúrgicas se ha movido en el ámbito judicial exclusivamente en la responsabilidad culposa»; véase el detenido análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la responsabilidad penal del médico que hace ROMEO CASABONA, en *El médico y el Derecho Penal*, I, «La actividad curativa», pp. 58 y ss. Véase también J. M. MARTÍNEZ PEREDA, *La imprudencia punible en la profesión sanitaria, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Madrid, 1985.

(69) Véase en este sentido ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal*, I, «La actividad curativa», pp. 233 y ss.

na, «la *lex artis* correcta o válida no es necesariamente la que ha obtenido una aceptación generalizada». El cuidado objetivamente debido obliga al médico a elegir la técnica, mayoritaria o minoritaria, que considere más conveniente para el enfermo concreto (70).

Cuando la intervención se realice no para curar al intervenido, sino con fines de experimentación científica (71) o para curar a una tercera persona, como sucede en las transfusiones de sangre y en los trasplantes de órganos, en relación con el donante, la acción del médico realizará siempre el tipo (objetivo y subjetivo) de las lesiones corporales dolosas (72).

Lo mismo sucede, generalmente, en las intervenciones de cirugía estética. El cirujano no trata aquí de curar a su cliente, salvo en los casos en que la fealdad o deformidad le hayan creado un complejo de inferioridad que afecte a su salud psíquica, produciéndole una depresión (73).

En todos los casos en que la intervención quirúrgica o la actividad curativa realice el tipo de las lesiones corporales dolosas la acción del médico no será antijurídica si concurre una causa de justificación. El médico podrá invocar en algunos casos, pocos, dada la actual redacción del artículo 428, el consentimiento como causa de justificación (74). Esto será posible en los trasplantes de órganos, esterilizaciones y cirugía transexual (75), cuando se den los requisitos estable-

(70) Véase ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal*, I, «La actividad curativa», p. 237.

(71) Véase sobre la diferenciación de la experimentación en sentido estricto o experimentación pura y la experimentación terapéutica, ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal*, I, «La actividad curativa», pp. 154 y ss., y «Aspectos jurídicos de la experimentación humana», en Estudios de Derecho Penal en homenaje al profesor JIMÉNEZ DE ASÚA, monográfico 11 de la *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, 1986, pp. 569 y ss.

(72) Véase en este sentido ROMEO CASABONA, *Los trasplantes de órganos. Informe y documentación para la reforma de la legislación española sobre trasplantes de órganos*, Barcelona, Bosch, 1978, p. 30, y *El médico y el Derecho Penal*, I, «La actividad curativa», pp. 274-275; JORGE BARREIRO, *La relevancia jurídico-penal del consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico*, lug. cit., p. 12, y E. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *La reforma del consentimiento en las lesiones*, lug. cit., p. 953.

(73) Véase en este sentido ANTÓN ONECA, *Notas críticas al Código Penal. Las lesiones*, p. 792, y ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal*, I, «La actividad curativa», pp. 174-175, que distingue la cirugía estética —que parte de una anatomía normal— de la reparadora, en la que se da siempre la indicación terapéutica. MIR PUIG considera, en cambio, que en toda intervención de cirugía estética sin indicación terapéutica faltará la tipicidad «siempre que produzca un resultado que socialmente se considere positivo porque no cabrá hablar entonces de “lesión”, aunque no suponga una mejora de la salud»; véase MIR PUIG, *Derecho Penal*, parte general, p. 427.

(74) Dada la redacción de este precepto, no es posible basar, con carácter general, la exclusión de la antijuridicidad en el tratamiento médico-quirúrgico (no coactivo, es decir no impuesto obligatoriamente por el Estado) en el consentimiento del paciente, como hacen RODRÍGUEZ DEVESA-SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal español*, parte general, pp. 517 y ss.

(75) En la esterilización terapéutica y en la cirugía transexual puede faltar ya el resultado típico de lesiones, como ponen de manifiesto ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal*, I, «La actividad curativa», pp. 177 y ss., y E. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *La reforma del consentimiento en las lesiones*, lug. cit., p. 944.

cidos en el mencionado artículo (76). También las lesiones producidas al extraer sangre para una transfusión quedarán justificadas por el consentimiento, de acuerdo con lo dispuesto en el Reglamento de hemodonación (77). El consentimiento será también eficaz siempre que se trate de lesiones leves (art. 582 o núm. 1.º del art. 583), pues el artículo 428 excluye sólo, con carácter general, la eficacia del consentimiento en las lesiones comprendidas en el capítulo anterior, donde se regulan las lesiones graves y menos graves (78). En los restantes casos el cirujano o el médico podrá invocar la causa de justificación del ejercicio legítimo de su profesión cuando esté legalmente habilitado para su desempeño (79), la intervención esté indicada, se realice con arreglo al cuidado objetivamente debido y mediere el consentimiento del paciente, de sus representantes legales o de sus familiares o personas a él allegadas, en caso de imposibilidad o incapacidad para otorgarlo válidamente (80). En el artículo 10, apartado 6.º y 15 de la Ley general de sanidad de 25 de abril de 1986 se exige, incluso, el previo consentimiento escrito del usuario, tanto de los servicios sanitarios públicos como privados, para la realización de cualquier in-

(76) Según el párrafo segundo del artículo 428: «No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, el consentimiento libre y expresamente emitido exime de responsabilidad penal en los supuestos de trasplante de órganos efectuados con arreglo a lo dispuesto en la Ley, esterilizaciones y cirugía transexual realizadas por facultativo, salvo que el consentimiento se haya obtenido viciadamente, o mediante precio o recompensa, o el otorgante fuera menor o incapaz, en cuyo caso no será válido el prestado por éstos ni por sus representantes legales.» Los trasplantes de órganos están regulados por la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos, el Real Decreto 426/1980, de 22 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos (Reglamento) y por disposiciones complementarias de rango inferior; véase ROMEO CASABONA, «La ley de trasplantes y sus repercusiones sociales», en *La Ley*, año III, núm. 343, 29 de enero de 1982. ROMEO CASABONA, que había publicado una importante monografía sobre la materia (véase nota 72), fue el inspirador de la Ley. La Proposición de Ley presentada por el grupo socialista en el Congreso de los Diputados era el texto que proponía ROMEO CASABONA como conclusión en su libro.

(77) Real Decreto de 9 de octubre de 1985.

(78) Véase en este sentido ANTÓN ONECA, *Notas críticas al Código Penal. Las lesiones*, p. 789, y ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal*, I, «La actividad curativa», pp. 94 y 305.

(79) Para ello es preciso que posea el título, expedido o reconocido por el Estado y esté inscrito en el correspondiente Colegio médico. La persona que ejerza la Medicina sin estar legalmente habilitada para ello no sólo no podrá estar amparada en la causa de justificación del número 11 del artículo 8.º, sino que podrá incurrir en responsabilidad penal por delito o falta de intrusismo profesional (arts. 321 y 572, núms. 1.º ó 2.º del Código Penal).

(80) Véanse en este sentido ANTÓN ONECA, *Notas críticas al Código Penal. Las lesiones*, p. 792; CUELLO CALÓN-CAMARGO, *Derecho Penal*, I, parte general, vol. 1.º, p. 397; FERRER SAMA, *Comentarios al Código Penal*, I, p. 246; ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal*, I, «La actividad curativa», p. 290; M. COBO, «Revisión del problema del consentimiento en las lesiones en el Código Penal», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1964, fasc. 2.º, pp. 263 y ss.; COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN, *Derecho penal*, parte general, pp. 403-404; MIR PUIG, *Derecho Penal*, parte general, p. 428; MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal*, parte especial, p. 81; A. JORGE BARREIRO, *La relevancia jurídico-penal del consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico*, *lug. cit.*, p. 12, y la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1959 (A. 831).

tervención (81). En algunas ocasiones el consentimiento del paciente es ya una exigencia del cuidado objetivamente debido (82). No es suficiente el consentimiento presunto del paciente (83).

La capacidad para consentir válidamente viene determinada en la causa de justificación del ejercicio legítimo de la profesión médica por la capacidad natural de juicio del paciente, es decir por su capacidad de comprender los pros y los contras del tratamiento y el alcance de su decisión (84); a diferencia de lo que se establece en el artículo 428 del Código Penal para el consentimiento como causa de justificación en las lesiones corporales, donde se excluye la validez del consentimiento otorgado por los menores de edad civil y los incapaces, e incluso por sus representantes legales.

Cuando los representantes legales del menor, deficiente o enfermo mental, que carezcan de capacidad natural de juicio, actúen abusivamente rechazando un tratamiento médico-quirúrgico que sea, sin duda, favorable para el paciente, el médico podrá solicitar autorización al juez para practicar la intervención; cuando el menor no haya cumplido aún los dieciséis años será competente para otorgarla el Tribunal Tutelar de Menores (85). El médico no necesitará, por supuesto, recibir dicha autorización cuando se den los requisitos del estado de necesidad.

La eficacia del consentimiento como causa de justificación o como requisito indispensable para que el ejercicio de la profesión médica sea legítimo, supone el conocimiento por parte del paciente de la naturaleza y alcance de la intervención. El médico tiene, por tanto, el deber de informar al paciente (86); deber que ha sido reconocido en la Ley general de sanidad de 25 de abril de 1986. Según los apartados 5.º

(81) De acuerdo con lo dispuesto en el apartado 6.º del artículo 10 de la Ley General de Sanidad de 25 de abril de 1986, sólo puede prescindir el médico del consentimiento del paciente: «a) cuando la no intervención suponga un riesgo para la salud pública; b) cuando no esté capacitado para tomar decisiones, en cuyo caso el derecho corresponderá a sus familiares o personas a él allegadas, y c) cuando la urgencia no permita demora, por poderse ocasionar lesiones irreversibles o existir peligro de fallecimiento.»

(82) Véase la nota 67. En este sentido también COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN, *Derecho Penal*, parte general, p. 404.

(83) Rechazan también la eficacia del consentimiento presunto en el tratamiento médico-quirúrgico, ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal*, I, «La actividad curativa», p. 366, y A. JORGE BARREIRO, *La relevancia jurídico-penal del consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico*, p. 22.

(84) Véase en este sentido ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal*, I, «La actividad curativa», pp. 316 y ss., y A. JORGE BARREIRO, *La relevancia jurídico-penal del consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico*, lug. cit., pp. 23-24.

(85) Véase en este sentido ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal*, I, «La actividad curativa», pp. 321 y ss.

(86) Véanse en este sentido ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal*, I, «La actividad curativa», pp. 329 y ss., y A. JORGE BARREIRO, *La relevancia jurídico-penal del consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico*, lug. cit., p. 26, que señalan que el deber de información puede derivar también del contrato de arrendamiento de servicios o de obra existente entre el médico y el paciente.

y 15 del artículo 10 de dicha Ley el paciente tiene derecho, tanto en los servicios sanitarios públicos como en los privados: «A que se le dé en términos comprensibles a él y a sus familiares o allegados, información completa y continuada, verbal o escrita sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento» (87). El médico debe informar al paciente sobre la indicación del tratamiento que se propone aplicar, sus consecuencias, sus riesgos específicos, en relación con las circunstancias del caso concreto (88). El médico puede limitarse a una información parcial o gradual cuando una información exhaustiva o inmediata pudiera ser perjudicial para la salud del paciente. La información ha de ser, en todo caso, suficiente, sin embargo, para que el paciente se haga cargo de su situación (89). Cuantos más riesgos entrañe la intervención, o cuanto menos necesaria sea, mayor deberá ser la información. En las intervenciones quirúrgicas no curativas (cirugía estética, extracción de órganos para trasplantes) la información deberá ser, por ello, exhaustiva. Si el médico prescinde *por completo* de la información al paciente por considerar que podría ser perjudicial para su salud o su vida y realiza, por tanto, la intervención *sin el consentimiento* del mismo, su conducta podrá estar únicamente justificada si se dan los presupuestos del estado de necesidad como causa de justificación (90). La eficacia del consentimiento como causa de justificación o como requisito imprescindible para que el ejercicio de la profesión médica sea legítimo, requiere que el médico tenga conocimiento del consentimiento del paciente y que éste sea uno de los motivos que le impulsen a actuar (91).

Siempre que la intervención se realice sin el consentimiento del paciente o de sus representantes legales, la acción típica, de lesiones dolosas o culposas, será antijurídica (tratamiento médico-quirúrgico arbitrario), salvo que concurren los requisitos del estado de necesidad como causa de justificación, o que, en caso de colisión de deberes, el médico actúe en cumplimiento de un deber de rango superior o igual al de omitir la acción prohibida, siempre que la conducta no implique un grave atentado a la dignidad humana del paciente. Un supuesto de colisión de deberes resuelto expresamente por el ordenamiento jurí-

(87) Un deber de información sobre los riesgos y ventajas que pueden derivarse de un trasplante de órganos y, en relación con el receptor, además, sobre la realización de estudios inmunológicos de histocompatibilidad, se establece en la ley sobre extracción y trasplante de órganos de 27 de octubre de 1979 (arts. 4.º 6 y 6.º).

(88) Véase ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal*, I, «La actividad curativa», pp. 331 y ss., y A. JORGE BARREIRO, *La relevancia jurídico-penal del consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico*, lug. cit., pp. 28 y ss.

(89) Véase sobre la extensión y límites del deber de informar, ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal*, I, «La actividad curativa», pp. 335 y ss., y A. JORGE BARREIRO, *La relevancia jurídico-penal del consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico*, lug. cit., pp. 30 y ss.

(90) Véase, sobre los supuestos en que el médico puede prescindir por completo de informar al paciente, ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal*, I, «La actividad curativa», pp. 341 y ss.

(91) Véase mi *Curso de Derecho Penal español*, parte general I, introducción, teoría jurídica del delito, I, p. 410.

dico es el de los tratamientos terapéuticos obligatorios o coactivos, o las vacunas obligatorias, para hacer frente a enfermedades infectocontagiosas o enfermedades mentales (92). El médico actúa amparado aquí en la causa de justificación de obrar en cumplimiento de un deber.

El tratamiento médico-quirúrgico arbitrario, en los casos en que no se dé el tipo de las lesiones corporales dolosas o culposas, puede estar comprendido en el tipo de delito de coacciones del artículo 496 (93) y será antijurídico si no concurren los requisitos del estado de necesidad como causa de justificación o, en los supuestos de colisión de deberes, de la eximente de obrar en el cumplimiento de un deber.

Cuando muera el paciente, como consecuencia de la operación, faltará el tipo del homicidio doloso si el cirujano actuó con ánimo o voluntad de curar, pues éste excluye el dolo directo y el eventual de homicidio (94). Si el resultado de muerte se había producido como consecuencia de la inobservancia del cuidado objetivamente debido (95), la acción estará comprendida en alguno de los tipos del homicidio culposo y no será aplicable la causa de justificación del número 11 del artículo 8.º (96).

(92) Véanse respecto a estos tratamientos RODRÍGUEZ DEVESA-SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal español*, parte general, p. 516, y ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal*, I, «La actividad curativa», pp. 384 y ss.

(93) Véanse en este sentido ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal*, I, «La actividad curativa», pp. 285 y ss. MIR PUIG, *Derecho Penal*, parte general, p. 427, y A. JORGE BARREIRO, *La relevancia jurídico-penal del consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico*, lug. cit., pp. 16 y ss. Cuando la negativa del paciente a un tratamiento obedezca a sus creencias religiosas la conducta del médico realizará el tipo del delito contra la libertad religiosa del párrafo segundo del artículo 205 del Código Penal (tipo especial en relación con el delito de coacciones) y será siempre antijurídica (véase *supra* pp. 5-6). No parece necesaria en la actualidad, como señala ROMEO CASABONA, la introducción en nuestro Código Penal de una figura delictiva específica de tratamiento médico-quirúrgico arbitrario, aunque quizá fuera conveniente elevar las penas del delito de coacciones del párrafo primero del artículo 496; véase ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal*, I, «La actividad curativa», pp. 395 y ss. A. JORGE BARREIRO considera conveniente, en cambio, introducir en el Código una figura delictiva de tratamiento médico-quirúrgico arbitrario, pues no todos los supuestos son inculpables en el artículo 496. Cita el ejemplo del consentimiento ineficaz por falta de información suficiente, exigible al médico; véase *La relevancia jurídico-penal del consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico*, lug. cit., p. 18. ROMEO CASABONA considera que, en la actualidad, los supuestos no comprendidos en el artículo 496 pueden constituir la falta del número 5.º del artículo 585.

(94) Véase también en este sentido, MIR PUIG, *Derecho Penal*, parte general, p. 426. Admiten, en cambio, la posibilidad de dolo eventual ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal*, I, «La actividad curativa», pp. 208-209, y el Tribunal Supremo en la sentencia de 19 de enero de 1972 (A. 287).

(95) Véase sobre el cuidado objetivamente debido en el tratamiento médico-quirúrgico lo dicho *supra* en pp. 19-20.

(96) El consentimiento no opera como causa de justificación en los delitos contra la vida, como se deduce claramente del artículo 409 del Código Penal, en cuyo inciso segundo se castiga el homicidio consentido u homicidio-suicidio, aunque con una pena atenuada (pues se aplicará la pena de reclusión menor, la misma del homicidio simple del [artículo 407] aunque concurren las circunstancias calificativas del parricidio

Si la intervención realiza el tipo del homicidio culposo y se ha practicado sin el consentimiento del paciente estaremos ante un tratamiento médico-quirúrgico arbitrario, que será antijurídico salvo en los supuestos en que sean aplicables a las causas de justificación del estado de necesidad o del cumplimiento de un deber. Cuando la intervención, a pesar del resultado letal, no realice el tipo del homicidio culposo, estará comprendida en el del delito de coacciones (art. 496) si se llevó a cabo sin el consentimiento del paciente. La antijuridicidad quedará también excluida si se dan los requisitos de la causa de justificación del estado de necesidad o del cumplimiento de un deber.

E) DERECHO A LA PRÁCTICA DEL DEPORTE

La práctica del deporte es un derecho de todo ciudadano, reconocido en el artículo 1.º de la Ley general de la cultura física y del deporte, de 31 de marzo de 1980 (97) y no sólo de los deportistas profesionales. Para éstos representa, además, el ejercicio de su profesión.

En la práctica de los deportes se causan con relativa frecuencia lesiones corporales y en algún deporte especialmente violento, como el boxeo, se causa, incluso, en alguna ocasión, la muerte de otro deportista. Antes de examinar el ámbito de aplicación en estos casos de la causa de justificación del ejercicio legítimo de un derecho se nos plantea el problema, como en el tratamiento médico-quirúrgico, de si se da realmente el tipo de las lesiones corporales dolosas o culposas, o del homicidio doloso o culposo.

Únicamente si se da el dolo (directo o eventual), es decir la conciencia y voluntad de atentar contra la integridad corporal o la salud, o contra la vida, se dará el tipo de las lesiones corporales dolosas o del homicidio doloso. Si falta el dolo, la acción estará sólo comprendida en los tipos de las lesiones corporales o del homicidio culposo, si el resultado se ha producido como consecuencia de la inobservancia del cuidado objetivamente debido. Esta se dará casi siempre cuando se haya infringido el reglamento para la práctica del respectivo deporte. Sólo en casos excepcionales, en situaciones atípicas, la observancia del cuidado objetivamente debido exigirá la infracción del reglamento (98).

[art. 405] o asesinato [art. 406], castigados con las penas de reclusión mayor y reclusión mayor en su grado máximo, respectivamente).

(97) De acuerdo con dicho precepto: «Es objeto de la presente Ley el impulso, orientación y coordinación de la educación física y del deporte como factores imprescindibles en la formación y en el desarrollo integral de la persona. Se reconoce el derecho de todo ciudadano a su conocimiento y práctica.»

(98) Los reglamentos para la práctica de los correspondientes deportes reciben un reconocimiento como parte integrante del ordenamiento jurídico en la regulación de las faltas muy graves, graves y leves en el Real Decreto 2690/1980, de 17 de octubre, sobre Régimen disciplinario deportivo (arts. 4.º a 8.º). Carece de fundamento, por ello, la opinión de MIR PUIG, que pone en duda su carácter jurídico; véase *Derecho Penal*, parte general, p. 424.

Aunque la acción realice el tipo de las lesiones corporales o del homicidio dolosos, no será antijurídica si el deportista ha observado el cuidado objetivamente debido (que coincidirá, generalmente, con lo dispuesto en el reglamento), pues podrá invocar la causa de justificación del ejercicio legítimo del derecho a la práctica del deporte (el deportista aficionado) o del ejercicio legítimo de su profesión (el deportista profesional) (99). Dada la redacción del artículo 428, no es posible invocar aquí el consentimiento como causa de justificación en los delitos (aunque sí en las faltas) de lesiones corporales dolosas (100). El consentimiento en el riesgo por parte del sujeto pasivo será, sin embargo, un requisito del ejercicio legítimo del derecho a la práctica del deporte (101). Del artículo 409 se deduce, como vimos (102), que el consentimiento no excluye la antijuridicidad de la conducta en los delitos contra la vida.

Si la acción está comprendida en los tipos de las lesiones corporales o del homicidio culposos no podrá invocar el sujeto la causa de justificación del número 11 del artículo 8.º, pues al no observar el cuidado objetivamente debido en la práctica del deporte, el ejercicio del derecho o de la profesión no serán legítimos (103).

En la práctica no se persiguen casi nunca ante la jurisdicción criminal, sin embargo, las lesiones o las muertes causadas en los deportes, a pesar de que, según la opinión dominante, la acción realiza siem-

(99) Es absolutamente innecesario acudir en estos casos a una causa de justificación suprallegal, «basada en la valuación de bienes entre los que aparece como preponderante el fin saludable y estético del juego», como propone JIMÉNEZ DE ASÚA en su *Tratado de Derecho Penal*, IV, pp. 790 y 794, para los golpes o heridas exigidos en el juego o que son consecuencia normal de él. En los de carácter accidental, estima JIMÉNEZ DE ASÚA, que la observancia de las reglas de juego da lugar únicamente a una exclusión de la culpabilidad, por caso fortuito; véase *Tratado de Derecho Penal*, IV, p. 785. Es innecesario también acudir, en las lesiones inherentes a los deportes violentos, a la exclusión de la antijuridicidad por la conformidad de la acción con las normas de cultura reconocidas por el Estado, como propone MAJADA PLANELLES; véase A. MAJADA PLANELLES, *El problema penal de la muerte y las lesiones deportivas*, Barcelona, Bosch, 1946, pp. 119 y ss. Este autor propone «ante la falta de normas sustantivas y como recurso de orden procesal el sobreseimiento (arts. 637 y 641 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal)»; véase *ob. cit.*, pp. 124-125.

(100) Como estima M. BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho Penal*, parte especial, «Delitos contra las personas», p. 167.

(101) Véase en este sentido ANTÓN ONECA, *Notas críticas al Código Penal. Las lesiones*, p. 792, y RODRÍGUEZ DEVESA-SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal español*, parte general, p. 514.

(102) Véase la nota 96.

(103) Tampoco podrá invocar el consentimiento como causa de justificación en las lesiones corporales culposas, pues aunque ello es en principio posible (al estar reguladas en los arts. 565 y núm. 3.º del art. 586 quedan fuera del radio de acción del art. 428), el deportista habrá consentido sólo generalmente en el riesgo de que le causen lesiones sin infringir el reglamento. Véase sobre la eficacia del consentimiento como causa de justificación en las lesiones corporales culposas, BERDUGO, *El delito de lesiones*, p. 75, nota 61; MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal*, parte especial, p. 82; MIR PUIG, *Derecho Penal*, parte general, pp. 424 y 426, y ROMEO CASABONA, *El consentimiento en las lesiones en el Proyecto de Código Penal de 1980*, *lug. cit.*, pp. 287 y ss. La vida, según el artículo 409, es un bien siempre indisponible.

pre el tipo de las lesiones corporales o del homicidio (104). Sólo en algún caso excepcional se ha producido en nuestro país una sentencia condenatoria (105); y ello a pesar de que en el apartado 2.º del artículo 1.º del Real Decreto 2690/1980, de 17 de octubre, sobre Régimen disciplinario deportivo, se declara que: «El régimen disciplinario regulado en este Reglamento se entiende sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal o que puedan incurrir los deportistas, directivos, técnicos y afiliados a Federaciones o Asociaciones deportivas» (106).

(104) Véase, por ejemplo, ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, parte general, p. 261, «Notas críticas al Código Penal. Las lesiones», p. 792, y FERRER SAMA, *Comentarios al Código Penal*, I, pp. 247-248. JIMÉNEZ DE ASÚA considera, en cambio, que en los golpes o lesiones exigidos por un juego o que sean consecuencia natural de él, falta ya en muchos casos el tipo, «porque quien da un golpe permitido en el juego a quien con él compete en el fútbol o en el rugby no puede decirse que cometa el delito de lesión, porque no “golpea”, sino que “carga”»; véase *Tratado de Derecho Penal*, IV, pp. 789-790. Mir Puig recurre a la adecuación social o al principio de la insignificancia para excluir del tipo los malos tratos o lesiones que «no excedan de lo “normal” en el juego»; véase *Derecho Penal*, parte general, p. 424. Sobre los criterios de exclusión del tipo, de la adecuación social y del principio de la insignificancia, véase mi *Curso de Derecho Penal*, parte general I, introducción, teoría jurídica del delito, I, pp. 320-321.

(105) Véase la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio de 1951 (A. 1446), que condenó a un futbolista por un delito de lesiones graves dolosas, del número 2.º del artículo 420, con la atenuante número 4.º del artículo 9.º; el sujeto había dado a un contrincante un puntapié entre el costado derecho y la espalda produciéndole rotura de hígado y riñón derecho.

(106) Este precepto desarrolla lo previsto en el apartado 2.º del artículo 37 de la Ley general de la cultura física y del deporte de 31 de marzo de 1980: «Las infracciones y responsabilidades al margen de la potestad disciplinaria deportiva se registran por el Derecho común.»

Provocación al suicidio mediante engaño: un caso límite entre autoría mediata en asesinato e inducción y ayuda al suicidio

FRANCISCO MUÑOZ CONDE

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Sevilla

1) El problema de la punibilidad de la participación en el suicidio viene resuelto en el artículo 409 del Código Penal español, castigando expresamente la inducción y ayuda al suicidio (1). En otros países, cuyos Códigos Penales no contienen un precepto similar, la cuestión es objeto de viva controversia doctrinal y ha provocado decisiones jurisprudenciales contradictorias, movidas más por consideraciones de Justicia material que por una construcción dogmática sólida apoyada en argumentos doctrinales convincentes. Así sucede, por ejemplo, en la República Federal de Alemania, cuyo Código Penal carece de un precepto específico que tipifique la participación en el suicidio, salvo el § 216 StGB que tipifica la muerte a petición (*Tötung auf Verlangen*), una compleja figura de homicidio-suicidio más que una forma de participación en el suicidio (2). Ante este silencio legal, la doctrina dominante en dicho país se inclina por considerar que la participación en el suicidio es impune (3). De esta opinión se aparta, sin embargo, algún autor, como Schmidhäuser, para quien el suicidio constituye un hecho típico y antijurídico de homicidio, que no se imputa al suicida por actuar éste en una situación similar al estado de necesidad exculpante, pero que sí puede engendrar responsabilidad para los partícipes de acuerdo con el principio de accesoriedad de la participación (4).

(1) «El que prestare auxilio o induzca a otro para que se suicide será castigado con la pena de prisión mayor; si se lo prestare hasta el punto de ejecutar él mismo la muerte será castigado con la pena de reclusión menor.»

(2) «Será castigado con prisión de seis meses a cinco años el que cometa un homicidio determinado por la petición expresa y seria de la víctima.»

(3) Véase por todos BOTKE, *Suizid und Strafrecht*, 1982.

(4) SCHMIDHÄUSER, «Selbstmord und Beteiligung am Selbstmord in strafrechtlicher Sicht», en *Festschrift für Welzel*, 1974, pp. 801 y ss.

Contra la tesis de Schmidhäuser se argumenta que el suicidio no puede, en ningún caso, ser considerado como un hecho típico de homicidio, ya que este delito se refiere a la producción de la muerte ajena, no de la propia, y tampoco como un hecho antijurídico, ya que el mandato constitucional habla de «derecho a la vida», no de «deber de vivir» (5). Tampoco en el Derecho Penal español puede tener acogida la tesis de Schmidhäuser, dado el tenor literal del artículo 407 del Código Penal español («el que matare a otro») y del artículo 15 de la Constitución («todos tienen derecho a la vida»). De todos modos, la declaración genérica de la punibilidad de la participación en el suicidio que se establece en el artículo 409, sólo puede ser comprendida desde la consideración, al menos como *ratio legis* del precepto, de la desaprobación objetiva del suicidio, cuyo favorecimiento o provocación dolosa por terceros se considera digna de pena (6).

La declaración expresa en favor de la punibilidad de la participación en el suicidio que hace el legislador penal español puede ser, sin embargo, discutida, desde el punto de vista politicocriminal, porque literalmente interpretada puede llevar a una extensión desmesurada de la intervención del poder punitivo del Estado a comportamientos sólo muy lejanamente conectados con la decisión final del suicida que es quien, en última instancia decide poner fin a su vida. Como la polémica sobre la punibilidad de la llamada «eutanasia pasiva» demuestra, no parece muy adecuada para resolver este problema una declaración tan genérica sobre la punibilidad de la participación en el suicidio como la contenida en el artículo 409, teniendo en cuenta, además, que este precepto admite formas de auxilio en comisión por omisión y de participación no necesaria, incluyendo actos de simples consejos o de ayuda moral al suicidio. También se argumenta con el contrasentido que resulta en los casos de suicidio intentado o frustrado de que el suicida que finalmente no consigue su propósito quede impune, mientras el que le ayudó o indujo puede ser castigado.

Sin embargo, la experiencia habida en la praxis jurisprudencial ale-

(5) Confróntese ROXIN, «Die Beteiligung am Suizid», en *Dreher Festschrift*, 1974, pp. 336 y ss.

(6) Punto de vista generalmente compartido de vista generalmente compartido por la doctrina dominante en España, para más detalles véase: OLESA MUÑOZ, *Inducción y auxilio al suicidio*, 1958; BARBERO SANTOS, *El suicidio*, 1966; TORIO LÓPEZ, «La noción jurídica del suicidio», en homenaje a SERRANO Y SERRANO, Valladolid, 1965; el mismo, «Instigación y auxilio al suicidio, homicidio consentido y eutanasia como problemas legislativos», en *Estudios penales y criminológicos*, IV, Santiago de Compostela, 1981; GIMBERNAT ORDEIG, *Inducción y auxilio al suicidio en ensayos penales*, Santiago de Compostela, 1974. En las obras generales más recientes se señala que el artículo 409 es «una ratificación del mandato constitucional sobre el deber del favorecimiento a la vida por parte del Estado» (así BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho Penal*, parte especial, Barcelona, 1986, p. 46), o una prevención para evitar que terceros profundicen u orienten el suicidio que se considera como «producto de un aprendizaje defectuoso en un determinado medio sociocultural» (así BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho Penal*, parte especial, Madrid, Madrid, 1986, p. 85). En todo caso, la presencia del artículo 409 demuestra que el Ordenamiento jurídico no le es indiferente el suicidio y que desea evitarlo. (Véase MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal*, parte especial, 6.ª ed., Sevilla, 1985, p. 52.)

mana, cuando para evitar la impunidad absoluta de algunas formas de participación en el suicidio se pronuncia por la autoría mediata en asesinato u homicidio, no deja de ser también criticable, tanto desde el punto de vista politicocriminal, como dogmático. Si se quiere ser coherente con la decisión en favor de la impunidad de la participación en el suicidio, habrá que aceptar esta tesis hasta sus últimas consecuencias y no corregirla, tan pronto se vea que la aceptación consecuente de la misma conduce a inadmisibles lagunas de punibilidad incompatibles con el sentimiento de justicia.

La presencia del artículo 409 del Código Penal español, por criticable que parezca en su redacción literal o en su contenido material, tiene la ventaja que produce seguridad jurídica, al ofrecer un precepto que permite sancionar adecuadamente los casos más graves de inducción o ayuda en el suicidio, sin tener que acudir, como hacen la doctrina y la jurisprudencia alemanas, a complicadas construcciones teóricas bastantes discutidas y discutibles. Una dogmática jurídico-penal respetuosa con el principio de legalidad no puede permitir que una decisión legislativa en favor de la impunidad de la participación en el suicidio sea corregida por la doctrina y la jurisprudencia, cuando les parezca oportuno, ampliando el concepto de autoría mediata hasta límites rayanos en la analogía y castigando lo que, en principio, se dice impune con las penas previstas para el delito más grave e intolerable de cuantos se tipifican en el Código Penal: el asesinato.

Si se consideran ambas soluciones desde el prisma de las consecuencias a que se llega con cada una de ellas, no cabe duda que una solución aparentemente más conservadora como la que ofrece el artículo 409 del Código Penal español, lleva a consecuencias menos represivas y más adecuadas al sentimiento de justicia, que la aparentemente más progresista del Código Penal alemán.

2) Un buen ejemplo que nos permite comparar ambas soluciones puede ser el suicidio provocado por engaño, cuando el suicida toma la decisión de matarse habiendo sido engañado por un tercero respecto a las razones por las que toma tal decisión.

Un caso de esta clase ha sido juzgado recientemente por el Tribunal Supremo alemán (*Bundesgerichtshof*) en sentencia de 3 de diciembre de 1985:

1. Se trataba de una mujer que queriendo desembarazarse de su marido, lo convenció para suicidarse juntos. Para ello vertió veneno en una botella de licor que hizo tomar a su marido, tras hacer el acto sexual con él y prometerle solemnemente que ella también se suicidaría. El marido murió; ella, que no tomó nada de la botella, siguió viviendo (7).

Los hechos que resumidamente aquí se exponen (hay otros detalles también interesantes que ahora no vienen a cuento), fueron con-

(7) Un resumen de la misma y de sus fundamentos jurídicos puede verse en *Goltzdammers Archiv*, 1986, pp. 508 y s.

siderados por el Tribunal de Instancia como asesinato y el Tribunal Supremo alemán confirmó la sentencia, condenando a la mujer a la pena allí prevista para el delito de asesinato: reclusión perpetua.

Ante el silencio legal y la falta de un precepto concreto que castigue la participación en el suicidio, la jurisprudencia alemana se ve en el dilema de tener que optar entre el todo que representa la calificación de asesinato y la nada de la más absoluta impunidad. *Tertium non datur*. La opción en favor del asesinato, aceptando sus consecuencias, no deja de ser, sin embargo, sorprendente y, a mi juicio, criticable.

Pero tampoco parece completamente convincente la solución a la que aparentemente obliga el Código Penal español, al reconducir en todo caso este tipo de supuesto de hecho al artículo 409, castigándolo como una forma de inducción o ayuda al suicidio. Pues, como más adelante veremos, no está excluida por principio una calificación más grave cuando la contribución material del tercero en el suicidio sea de tal magnitud que esté más cerca de la auténtica autoría en sentido estricto que de la participación. La ventaja que ofrece el Código Penal español frente al alemán en esta materia, es que no sitúa al intérprete o al juzgador ante el todo de la condena por asesinato (8) o el nada

(8) Considero que, en estos casos, si se acepta la existencia de autoría mediata, lo procedente conforme al Derecho Penal español sería la calificación de asesinato y no la de homicidio o parricidio. No sería homicidio, porque generalmente hechos de esta clase tienen que ir precedidos de una deliberación detenida y permanente que se puede calificar de premeditación (art. 406, 3.º) y su forma de ejecución, engañando al suicida y ocultándole o falsificándole las razones últimas de su decisión, está en los linderos de la alevosía (art. 406, 1.º en relación con el art. 10, 1.º). Tampoco creo que la calificación procedente fuera parricidio, si se dieran entre los sujetos los lazos de parentesco previstos en el artículo 405, porque estimo que, tras la reforma de 1983, la muerte del ascendiente, descendiente o cónyuge concurriendo alguna de las circunstancias citadas en el artículo 406 como cualificadoras del asesinato debe calificarse de asesinato. Discrepo, por tanto, del criterio mantenido en la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 1986, que considera que, tras la reforma de 1983, las circunstancias cualificadoras del asesinato (reclusión mayor en grado máximo) siguen siendo simples circunstancias agravantes del parricidio (reclusión mayor en toda su extensión), admitiendo así que, por ejemplo, la muerte alevosa de uno de los parientes citados en el artículo 405 pueda ser castigada menos severamente que la muerte alevosa de un extraño. Como esta es una conclusión verdaderamente absurda, pienso que, mientras no haya una declaración legal que obligue a ello, todo parricidio en el que concurra alguna de las circunstancias del asesinato debe ser considerado como asesinato y no como un simple parricidio agravado. La cuestión tiene importancia práctica dado el distinto régimen que tienen las circunstancias del artículo 406, según se las considere como simples circunstancias agravantes genéricas o como elementos típicos del asesinato (para más detalles véase MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal* cit., pp. 28 y 39). En favor de la tesis del asesinato también FERNÁNDEZ ALBOR, en *La reforma del Código Penal de 1983. Comentarios a la legislación penal*, V, vol. 2.º, Madrid, 1985, p. 879; QUERALT, *Derecho Penal español*, parte especial, vol. 1.º, Barcelona, 1987, p. 38. Para BUSTOS RAMÍREZ, parte especial cit., p. 38, existe en estos casos un concurso ideal. Para más detalles véase RODRÍGUEZ MORULLO, «La relación concursal parricidio-asesinato, después de la reforma de 1983», en *Estudios penales y criminológicos*, X, Santiago de Compostela, 1987, pp. 343 y ss.; CARBONELL MATEU, *Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 1986* (A. 9986), p. 993 y ss. Posteriormente ha vuelto a ocuparse del tema la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 1986 que, al parecer, mantiene

de la más absoluta impunidad, sino que permite una tercera vía que en algunos casos puede ser más adecuada para sancionar adecuadamente este tipo de hechos.

Es interesante, de todos modos, resaltar que nuestra jurisprudencia las pocas veces que se ha ocupado de casos de «doble suicidio», en los que sobrevive uno de los protagonistas, no se ha planteado otro problema que la subsunción de los mismos en el delito de inducción o ayuda al suicidio, sin mencionar siquiera la posibilidad de otra calificación más grave. Con lo que parece que la presencia del artículo 409 opera entre nosotros como un factor excluyente de otras calificaciones, apenas se constata que la muerte de una persona puede ser calificada sin más como suicidio.

En tanto alcanzo a ver, el Tribunal Supremo español se ha ocupado de casos de esta clase en cuatro ocasiones:

- a) Una fue en la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 1895 (JC. 200). Se trataba de dos amantes que, al ver descubierta su relación por el marido de ella, deciden suicidarse, disparando primero él un tiro en la cabeza de ella y luego sobre sí mismo. El resultado fue, sin embargo, sólo de lesiones graves en ambos, siendo condenado el hombre por un delito frustrado de auxilio ejecutivo al suicidio a la pena de ocho años de prisión.
- b) En otra ocasión, en sentencia del Tribunal Supremo de 23 de junio de 1916 (JC. 157), se condenó al hombre por un delito de auxilio no ejecutivo al suicidio, porque aunque del relato de los hechos parece desprenderse que los amantes se pusieron de acuerdo para suicidarse; después, según el mismo relato de hechos probados, el hombre se limitó a llevar a la mujer a una casa, observando cómo ésta escribía una carta de despedida a sus padres y luego se disparaba un tiro en la cabeza.
- c) En la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 1927 (JC. 41) se absuelve, sin embargo, al sobreviviente con el argumento de que no tuvo ningún tipo de participación en el suicidio del otro, aunque de los hechos probados que resumidamente se transcriben, parece desprenderse que sí hubo esa participación: «Evaristo y Sara, cuñados, deciden poner fin a sus vidas ante el temor de que sus relaciones amorosas sean descubiertas por sus familiares. Tras pasar la noche en la proximidades de un cementerio, tratando la forma en que habían de llevar a cabo su propósito, se dirigieron a un acantilado y atándose cada uno un brazo a los extremos de la bufanda que Sara llevaba al cuello, se arrojaron al precipicio, quedando ella muerta instantáneamente y él sólo con ligeras rozaduras.»
- d) Mucho menos generosa con el sobreviviente fue la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 1977 (A. 4898), al condenarlo por un delito de auxilio ejecutivo al suicidio a la pena de doce años y un día, por haber inyectado a su amante un producto tóxico que luego se inyectó él, resultando muerta sólo ella.

Los cuatro casos acabados de citar ponen de relieve que no siempre la existencia de un sobreviviente en los llamados «dobles suici-

para estos casos la calificación de asesinato (un extracto de esta sentencia se recoge en el ADP 1986, p. 980 y s.).

dios por amor», se debe a falta de voluntad real de suicidarse en uno de los protagonistas, sino a hechos fortuitos ajenos a su voluntad, lo que desde un principio excluiría la calificación de asesinato que ha hecho en supuestos similares la jurisprudencia alemana, que, por tanto, a falta de un precepto específico que castigue la participación en el suicidio en el Código Penal alemán, tendría necesariamente que absolver al sobreviviente. Sin embargo, hay que tener en cuenta que en algunos de ellos podría hablarse de un auxilio ejecutivo al suicidio y subsumirse en lo que el § 216 StGB llama «homicidio a petición», con lo que tampoco en el Derecho Penal alemán quedan impunes todos los casos de participación en el suicidio.

De todos modos, en el Derecho Penal español, tanto si se concibe el pacto de suicidarse como una inducción mutua, como un simple auxilio, o, todavía más, como un auxilio ejecutivo («primero te mato y luego me mato yo»), el sobreviviente siempre podrá ser castigado por el artículo 409 del Código Penal, como, en definitiva, hizo la jurisprudencia, salvo en la muy generosa sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 1927. He aquí, pues, la gran diferencia entre el Derecho Penal alemán y el Derecho Penal español en relación con la punibilidad de la participación en el suicidio.

Pero la existencia de un sobreviviente en estos casos de «doble suicidio», no siempre puede ser interpretada como producto del azar o ni tan siquiera como desaparición de la agresividad latente en todo suicidio una vez que ha sido descargada sobre otra persona, sino como el resultado de un gran fraude montado por el que luego resultó sobreviviente, que nunca tuvo la menor voluntad real de suicidarse y todo su comportamiento estuvo, desde un principio, dirigido a hacer surgir la idea de suicidarse en la otra persona, para así poder desembarazarse definitivamente de ella. Estos son los casos en los que la jurisprudencia alemana acepta sin más la calificación de asesinato, considerando que existe autoría mediata del que realizó todo el montaje para desembarazarse de su compañero. Pero, como ya hemos dicho, esta solución se debe más a la inexistencia en el Código Penal alemán de un precepto similar a nuestro artículo 409 que a una construcción dogmática sólidamente asentada en el concepto de autoría mediata. Y, sin embargo, no deja de ser digna de consideración, también entre nosotros, la tesis que ve en estos casos de provocación al suicidio por engaño algo más que una simple participación en el mismo. En casos como el que se cita a continuación, parece que puede haber algo más que una simple inducción o ayuda al suicidio, con lo que la calificación de asesinato en autoría mediata no debería ser totalmente descartada *a priori*, aún manteniendo su ámbito de punición específico el artículo 409.

2. Juan, casado, padre de varios hijos, mantiene relaciones amorosas con Juana, joven secretaria que trabaja en su oficina. Al comunicarle ésta que está embarazada de él, muestra una evidente y lógica preocupación y, simulando una gran desesperación por las dificultades

de todo tipo que se oponen a su relación con Juana, con la que hace tiempo quería romper definitivamente, Juan le dice que lo mejor es que se suiciden, suministrándole a Juana un veneno mortal que él también toma, aunque en dosis inferior. Juana muere.

3) La provocación al suicidio mediante engaño también puede conseguirse indirectamente, creando intencionalmente para ello una situación de tensión psíquica y emocional. El caso que sigue refleja una de estas formas de provocación indirecta del suicidio mediante la creación de situaciones de tensión en las que prácticamente no se deja a la víctima otra salida que el suicidio.

3. En Alemania, en 1940, Peter que sabe que su vecino Hans es de ascendencia judía, le dice que la Gestapo está a punto de detenerlo y le ofrece una pistola por si quiere defenderse o matarse antes de ser detenido. Hans, visiblemente asustado, se decide por lo último, disparándose un tiro en la cabeza. En realidad, todo ha sido una maniobra de Peter para quedarse con unas joyas que Hans le había confiado.

También la comunicación de desgracias terribles (enfermedades incurables, muerte de seres queridos, etc.), puede ser un factor determinante para que alguien adopte la resolución fatal de suicidarse. Cuando este tipo de comunicaciones se basa en hechos reales, difícilmente puede traspasar los umbrales del Derecho Penal, salvo que, excepcionalmente, se admita la comisión imprudente de un delito de homicidio sin la noticia es comunicada sin delicadeza, ni previa preparación psicológica, de un modo incluso grosero, a personas sensibles o depresivas. Pero la valoración cambia inmediatamente, si tales desgracias no son más que un invento o exageraciones de alguien que espera con ello que el receptor de la noticia adopte la resolución de matarse. En este caso, la falsificación de los hechos, la creación de situaciones extremas ficticias, dejando ciertamente en manos del sujeto pasivo de las mismas la decisión final de suicidarse, escamotean el sentido último de esta decisión, convirtiéndola en algo estúpido y carente de sentido, pues no cabe duda de que el afectado por la noticia, de haber conocido la auténtica realidad, jamás hubiera tomado la decisión que tomó. Los siguientes casos pueden ilustrar la gravedad de este tipo de comunicaciones exageradas o falsas de enfermedades graves a sujetos aprensibles y con evidente tendencia al suicidio, que es lo que en definitiva busca el que hace tales comunicaciones.

4. Para heredarla rápidamente, Arturo, que se sabe heredero universal de su madre adoptiva, María, mujer débil y enfermiza, le comunica que efectivamente el médico le ha confirmado que padece un cáncer incurable del que morirá con grandes dolores en pocos meses, aunque lo que realmente le ha dicho es que sólo padece una gastritis. María, asustada ante su aparentemente inminente y dolorosa muerte, se suicida.

5. Antonio, de carácter neurótico y depresivo, cree sentir desde hace tiempo agudos dolores en el pecho. Su mujer, Juana, consigue convencerle para que vaya a visitar a Pedro, joven médico internista, con el que Juana mantiene secretamente relaciones amorosas. A la vista del carácter de Antonio, Juana convence a Pedro para que le diga a Antonio que tiene un cáncer de pulmón e incluso le muestre unas radiografías y análisis falsos que confirmen este diagnóstico. Pedro hace lo que Juana le dice y en plan amistoso le comunica la noticia a Antonio quien, como era de esperar, concibe la idea de poner fin a su vida. Al llegar a casa, Antonio toma la pistola y se dispara un tiro en la cabeza.

Lo que diferencia los casos 3, 4 y 5 de los casos 1 y 2, es que la idea del suicidio apenas se sugiere o sólo veladamente y en ningún caso se promete acompañar al presunto suicida en su decisión. Sin embargo, ambos grupos de casos tienen en común que la decisión de suicidarse se hace surgir a través de una maniobra engañosa, con la que se falsifican las razones últimas por las que el individuo decide suicidarse. En todos estos casos, el sujeto cree suicidarse por razones (grave enfermedad, persecución policial, suicidio de otra persona) que realmente no existen y que han sido creadas ficticiamente por otra persona que, con ello, pretende eliminarlo. La valoración juricópenal de todos estos supuestos parece, pues, que debe ser la misma. Veamos cuál.

4) En el Derecho Penal español, a la vista de lo que dispone el artículo 409 del Código Penal, parece que no hay gran dificultad en construir en todos los casos 1, 2, 3, 4 y 5 una responsabilidad por inducción o ayuda al suicidio para quienes a través de su comportamiento astuto y engañoso consiguen hacer surgir en otro la idea de suicidarse o robustecen la decisión ya tomada.

En los casos 1 y 2, de aparente «doble suicidio», parece clara la calificación de inducción al suicidio, ya que la idea de suicidarse no sólo fue sugerida directamente por la esposa o el amante sobreviviente, sino además robustecida y reafirmada con la afirmación mendaz de que ellos han tomado la misma decisión como única salida posible ante los problemas que a ambos aquejan. En general, la doctrina ha visto en los casos de «doble suicidio» una especie de inducción mutua que generalmente sería suficiente para la aplicación del párrafo primero del artículo 409. En el Derecho Penal inglés estos «*suicide pacts*» se castigan como homicidio, si el que sobrevive ha causado la muerte o ha participado en la muerte del otro suicida y como complicidad en el suicidio si el que se suicida se causó él mismo la muerte (9). En el Derecho Penal alemán, por las razones ya dichas, se recurre a la calificación de autoría mediata en asesinato, si el suicida

(9) Así la Homicide Act de 1957 y la Suicide Act 1961. Cfr. CURZON, *Criminal Law* (3.ª ed.), Londres, 1980, p. 102; SMITH-HOGAN, *Criminal Law: cases and materials* (3.ª ed.), Londres, 1986, pp. 331 y s.

fue engañado respecto al sentido de su decisión, o se deja impune al sobreviviente, cuando no es este el caso (10).

No resulta, sin embargo, tan convincente que la calificación que de tales hechos haya que hacer en el Derecho Penal español sea necesariamente la de inducción al suicidio sin más ni más. Parece, desde luego, injusto que se castigue con la misma pena al sobreviviente de estos «dobles suicidios», cuando realmente tuvo voluntad de morir, que al que nunca pensó realmente en suicidarse y todo su comportamiento fue, desde un principio, un inmenso fraude preparado precisamente para desembarazarse de otra persona. También desde el punto de vista del «auténtico suicida» que creyó ingenuamente que iba a ser acompañado en su último viaje por otra persona, existe una diferencia fundamental, pues de haber sabido que no iba a ser así y que era víctima de un engaño preparado para desembarazarse de él, es probable que no hubiera adoptado la resolución de suicidarse. Existe, pues, en estos casos de «doble suicidio aparente» un desvalor adicional, el comportamiento fraudulento del «sobreviviente», que no es abarcado adecuadamente por la calificación de inducción al suicidio.

Con mayor razón se puede decir lo mismo de los casos 3, 4 y 5, en los que ni siquiera puede hablarse con propiedad de «inducción», ya que, aparentemente al menos, la idea de suicidarse se hace surgir indirectamente mediante procedimientos arteros, creando en otra persona una situación de extremada tensión psíquica, comunicándole hechos falsos o notoriamente deformados, pero no induciendo directamente la idea del suicidio que puede que ni siquiera se mencione expresamente. Para encajar estos casos en el artículo 409 habría que recurrir aquí a la «ayuda al suicidio», a través de la «complicidad moral» o de la figura de la comisión por omisión, entendiéndolo que la creación de una situación de peligro mediante la comunicación de noticias falsas o la existencia de una relación parental fundamentarían una posición de garante (11). Pero tampoco parece ser ésta una solución plenamente satisfactoria, ya que, igual que en los casos 1 y 2, hay también aquí una diferencia fundamental entre ayudar a suicidarse a alguien que ha tomado tal decisión libre y conscientemente y hacerlo, haciendo surgir dicha idea, comunicando unos hechos inexistentes.

Parece, pues, que la dificultad principal que plantea la calificación

(10) Véase, por ejemplo, la sentencia del Bundesgerichtshof de 3 de diciembre de 1985 citada *ut supra* en nota 7. Es curioso, sin embargo, que el autor que más se ha caracterizado por dar una fundamentación teórica a esta posición (ROXIN, *Täterschaft und Tatherschaft*, 2.ª ed., 1967, pp. 226 y ss.), se muestra ahora más cauteloso (cfr. *infra*). También la aportación doctrinal más reciente a este tema se muestra contraria a aceptar la tesis de la autoría mediata en asesinato y admite, incluso, la posibilidad de la impunidad de estos casos conforme al Derecho Penal alemán; cfr. CHARALAMBAKIS, «Selbstötung auf Grund Irrtums und mittelbarer Täterschaft», en *Goldammer's Archiv*, 1986, pp. 485 y ss., quien parte precisamente de una crítica a la sentencia del Bundesgerichtshof, cuyo texto resumido él mismo aporta.

(11) Tesis mantenida en mi *Manual* desde la cuarta edición de 1982 (p. 54); anteriormente (véase por ejemplo la 2.ª ed., p. 52) mantuve la tesis de la absoluta impunidad.

de estos casos como inducción o ayuda al suicidio, es más de índole valorativa que puramente dogmática. En sí apenas existen dificultades para incluirlos en el artículo 409, pero queda un sentimiento de insatisfacción y al mismo tiempo, de injusticia si se tiene en cuenta que, a diferencia de lo que sucede en los casos «normales» de inducción y ayuda al suicidio, en éstos el suicida aparece como una marioneta, estafado en su decisión por un tercero que, abusando de su ingenuidad y buena fe, decide desembarazarse de él. La compasión e incluso identificación con la víctima de una maniobra de este tipo es, pues, inevitable, y parece necesario plantearse siquiera la posibilidad de una calificación más acorde con el rechazo, incluso visceral, que produce un hecho de esta naturaleza. Veamos, pues, ahora las razones que abonarían una calificación de este tipo.

5) La clave que permite confirmar o rechazar una calificación para estos casos más grave que la simple inducción o ayuda al suicidio, es la concepción misma de la muerte de la persona engañada como *suicidio*.

Si el suicidio provocado por engaños de tercero puede seguir considerándose como el suicidio libre y consciente que sirve de base y referencia a los comportamientos tipificados en el artículo 409, la calificación de autoría mediata en homicidio o asesinato debe ser rechazada, porque, aunque falsificada en su razón última, la decisión final corresponde al suicida, que se configura así como el único dominador del hecho, verdadero dueño de sus decisiones existenciales.

Si, por el contrario, al actuar el suicida engañado por un tercero respecto a los motivos por los que toma su decisión, se considera que su decisión no es realmente suya, mal podrá hablarse de suicidio y de participación en el mismo. La intervención del tercero con su comportamiento engañoso determinante de la decisión de otra persona, será de auténtica autoría en lo que habría que calificar necesariamente de homicidio o asesinato, pues el dominio del hecho pasará a manos del tercero, siendo el «suicida» un simple instrumento en sus manos.

La aplicación del artículo 409 descansa en la existencia del suicidio como un hecho autónomo y dependiente de la voluntad del suicida que es quien, en definitiva, decide hasta el último momento sobre su muerte. La diferencia fundamental entre este precepto y los que tipifican los demás delitos contra la vida es precisamente que la muerte es realizada sobre sí mismo por quien no quiere vivir más o, en el caso de auxilio ejecutivo al suicidio, por un tercero con su consentimiento. Incluso en este último caso hay una diferencia notable entre matar a alguien que no quiere vivir más y matar a alguien sin su consentimiento, aunque la pena prevista para ambos supuestos sea, en principio, la misma (cfr. art. 407 y el inciso último del 409). El legislador español, en todo caso, al excluir el auxilio ejecutivo al suicidio, tipificándolo expresamente, de otras posibles calificaciones más graves (asesinato, parricidio), muestra claramente su voluntad de tratar autónomamente e incluso de un modo privilegiado respecto a los demás delitos contra

la vida, las formas de participación en el suicidio, incluso el auxilio ejecutivo al mismo (12).

Naturalmente, una regulación legal como la prevista en el artículo 409 carecería de sentido e incluso de legitimación moral, si el suicidio se considerara siempre como producto de una enfermedad mental o de un desarrollo patológico, ya que entonces la decisión del suicida debería considerarse como no libre, por lo que cualquier participación dolosa de tercero induciendo o favoreciendo tal decisión debería calificarse como un auténtico asesinato en autoría mediata en el que el suicida sólo sería el instrumento ejecutor de su propia muerte. En la moderna dogmática jurídico-penal alemana esta idea tiene algunos partidarios que, apoyándose en investigaciones como las del psiquiatra Ringel (13), consideran que cualquier tipo de inducción o favorecimiento de terceros durante la fase llamada de «síndrome presuicidal», convierte al tercero en auténtico dueño de la decisión del suicida y, por tanto, en autor mediato de un homicidio o asesinato y no en un simple partícipe en el suicidio.

Sin negar la posibilidad de que en algún caso extremo de auténtica «inimputabilidad» del suicida, la intervención dolosa del tercero, sobre todo en la fase más aguda del síndrome presuicidal, pueda ser calificada de autoría mediata, parece, sin embargo, excesivo considerar que todo suicidio es producto de una enfermedad mental que anula la libertad y autonomía del suicida hasta el punto de convertirlo en un inimputable fácilmente manipulable por un tercero. El suicidio es, ciertamente, la consecuencia de una situación psíquica conflictiva, pero también una forma racional de respuesta a los problemas de la vida, un acto supremo de libertad. Por otra parte, ni las estadísticas demuestran esa presunta constante relación entre suicidio y enfermedad mental, ni la presuntas anomalías mentales que caracterizan el llamado «síndrome presuicidal» (agresividad, arrebato pasional, etc.), serían consideradas automáticamente como causas de exclusión de la imputabilidad, cuando en lugar del suicidio determinan un acto de agresión contra tercero (14).

6) La calificación de autoría mediata requiere, por tanto, algo más que una simple participación favorecedora del suicidio. La autoría mediata sólo puede aceptarse cuando la intervención del tercero anule completamente o de un modo relevante la voluntad del suicida. Varios son los grupos de casos en los que esto puede suceder en relación con el tema que nos ocupa (provocación por engaño).

a) Ningún problema hay para admitirla en los casos en que se engaña a alguien acerca de la cualidad letal de la acción que se le invita a realizar. Si, por ejemplo, se invita a alguien a tomar un refresco pre-

(12) Opinión dominante en la bibliografía española, véase *ut supra* la nota 6.

(13) RINGEL, *Der Selbstmord*, 1953. Una actualización y revisión de los distintos puntos de vista en relación con la psicopatología del suicidio, ofrece SCHNEIDMAN en Freedman-Kaplan-Sadock, *Tratado de Psiquiatría*, II, Barcelona, 1982, pp. 1950 y ss.

(14) Confróntese SIMSON, *Die Suizidat*, 1976, pp. 80 y s.

viamente envenenado, nadie pondrá en duda que el «inductor» de tal hecho es auténtico autor y el que toma la bebida envenenada, sin conocer este extremo; un instrumento inconsciente de su propia muerte; la calificación de asesinato difícilmente podrá ser negada. Generalmente este es el punto de vista aceptado en todos los casos de autolesiones, en los que el lesionado desconoce el carácter dañino de la acción que realiza. Se trata de supuestos similares a los de actuación en error de tipo que, según la doctrina dominante, es suficiente para fundamentar la autoría mediata (15).

Del mismo modo deben ser tratados los casos en los que la cualidad letal de la acción no es del todo desconocida por el que la realiza, pero confía plenamente en la seguridad que le da el que le invita a realizarla. Así, por ejemplo, sucede con el principiante en la práctica de un deporte que realiza una acción peligrosa confiando en la seguridad que le da el profesor de que no le va a ocurrir nada. Si el profesor de patinaje convence al alumno para que patine sobre un lago helado sabiendo que la capa de hielo que lo cubre no es lo suficientemente fuerte como para aguantar su peso, o el profesor de vela induce al navegante inexperto a salir al mar un día en el que sabe se esperan fuertes tormentas, el conocimiento de estos datos objetivamente muy peligrosos y el ocultamiento de los mismos al alumno por parte del profesor, concede a éste el dominio del previsible desenlace fatal, aunque la víctima conozca también en estos casos que lo que hace tiene un cierto riesgo (16).

b) Un caso menos claro es el juzgado por el Bundesgerichtshof en sentencia de 5 de julio de 1983 (17):

Se trataba de un individuo que convenció a su novia para que, habiendo hecho previamente la novia un seguro de vida del que él era beneficiario, se matara, asegurándole que inmediatamente reencarnaría en otro cuerpo, por supuesto más hermoso y joven, que estaba preparado para ella en el lago de Ginebra y luego seguiría viviendo en otro planeta, el Sirio, de donde él procedía.

(15) Véase por todos JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal*, II, traducción y adiciones de MIR PUIG Y MUÑOZ CONDE, Barcelona, 1982, p. 923.

(16) Es evidente que en estos casos el comportamiento del profesor, disimulando u ocultando una situación objetivamente peligrosa a quien puede verse afectado por ella, va más allá del riesgo permitido. No estamos aquí, pues, ante una acción dolosa con un comportamiento objetivamente correcto, como sucede en los casos de quien convence a otro para que realice un viaje en avión esperando que haya un accidente o para que vaya al bosque un día de tormenta esperando que caiga un rayo, que obviamente no pueden fundamentar ninguna responsabilidad, pues, como dice GIMBERNAT («¿Qué es la imputación objetiva?», en *Estudios penales y criminológicos*, X, Santiago de Compostela, 1986, p. 183), «no existe un hecho mínimamente desvalorado al que vincular... un juicio de tipicidad», sino ante acciones dolosas que además son objetivamente incorrectas y peligrosas y que, por tanto, pueden ser imputadas tanto objetiva como subjetivamente en toda su magnitud.

(17) Un resumen de la misma y de su principal fundamento jurídico en el comentario que hace ROXIN, en *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1984, p. 71. También NEUMANN, «Abgrenzung von Teilnahme am Selbstmord und Tötung in mittelbarer Täterschaft», en *Juristische Schulung*, 1985, pp. 677 y ss., y el breve comentario de HASSEMER en *Juristische Schulung*, 1984, p. 148.

El caso, del que verdaderamente se puede decir que cualquier parecido con la realidad «es pura coincidencia» (18), fue calificado por el Tribunal Supremo alemán como tentativa de asesinato, considerando que la mujer nunca tuvo verdadera intención de matarse (realmente la muerte no se produjo, a pesar de que llegó a poner en práctica los actos ejecutivos que el novio le dijo), porque desde el primer momento creyó, ingenuamente por supuesto, que inmediatamente iba a reencarnarse en otro cuerpo y seguir viviendo en otro planeta. El Tribunal consideró que el hombre tenía el dominio del hecho y que la mujer era un simple instrumento en sus manos.

Como reconoce el propio Tribunal, la cuestión de cuándo el engaño puede ser equiparado a los casos de inimputabilidad y de estado de necesidad del instrumento, a los efectos de fundamentar una autoría mediata, no puede responderse de un modo abstracto, sino que depende de la clase y extensión del error en el caso concreto. Pero seguidamente establece, apoyándose para ello en la doctrina dominante en la República Federal de Alemania, el siguiente principio:

«Si se oculta al que se está quitando la vida, que realmente está causando su muerte, hay que considerar que el que provoca este error y con su ayuda conduce consciente y voluntariamente el proceso que desemboca o debe desembocar en la muerte, es autor de un delito contra la vida (intentado o consumado) en virtud de su superior conocimiento, con el que manipula al engañado y lo convierte en instrumento contra sí mismo» (19).

Nadie duda de la corrección de la afirmación anterior, pero es discutible si el principio se puede aplicar en este caso. Para el Bundesgerichtshof la mujer no pensaba matarse, sino continuar viviendo, aunque transformada corporal y espiritualmente en un ser de otro planeta. No puede hablarse, por tanto, de suicidio, sino de un asesinato intentado por quien, a través de sus engaños y aprovechándose de la credulidad e incluso estupidez de la mujer, pretendía de este modo, un

(18) Ciertamente no puede ser más insólito y rebuscado el supuesto de hecho de esta sentencia que, sin embargo, se dio realmente. Ello mueve a reflexionar una vez más sobre las, a mi juicio, acertadas críticas que se hacen a la dogmática juridicopenal y a las obras generales que se adscriben a esta dirección de que utilizan para la exposición de sus teorías casos ajenos a la realidad o extremadamente artificiosos (véase HASSEMER, *Fundamentos del Derecho Penal*, traducción y notas de ARROYO ZAPATERO y MUÑOZ CONDE, Barcelona, 1984, pp. 20 y ss.). Sin embargo, no se debe deducir precipitadamente de esta crítica una crítica a la labor dogmática misma que sigue conservando toda la importancia que merece. En realidad, la utilización de estos casos de laboratorio o «delincuencia de manual» como se los ha llamado alguna vez, en los que «ya el delincuente, ya la víctima, están condenados a aparecer como tontos de capirote» (Hassemer, *ob. u. cit.*, p. 20), son consecuencia de una cierta insensibilidad social que aqueja al jurista dogmático puro y de la tendencia a utilizar casos límites y rebuscados para comprobar la bondad de las teorías propias o ajenas. El procedimiento en sí no tiene, sin embargo, gran trascendencia, si se es consciente de su carácter instrumental para la búsqueda y hallazgo de soluciones a los conflictos sociales que si se producen en la realidad. A veces la imaginación es mucho menos fértil que la realidad misma.

(19) Fundamento jurídico II, 1 (tomado del comentario de ROXIN, antes citado).

tanto anómalo ciertamente, quitarla de en medio y cobrar la prima del seguro de vida que ella previamente había contratado en su favor. Pero para el Tribunal Supremo alemán la misma conclusión es aplicable, aunque la mujer hubiera creído que su vida en otro planeta sólo comenzaría *tras* su muerte en éste y no como simple continuación de su individualidad, sino más o menos transformada en otro ser, pues lo verdaderamente importante no es la calificación del error («error sobre el sentido de la acción», «error sobre los motivos»), sino el error mismo provocado por las argucias de un tercero, y en este sentido tanto da que creyera que la muerte no se iba a producir como que la muerte era el comienzo de una nueva vida (20).

La decisión del Bundesgerichtshof, la condena del novio por, entre otros delitos, tentativa de asesinato, ha sido generalmente aceptada por la doctrina alemana que ha comentado la sentencia, aunque cuestionando su fundamentación jurídica (21).

Ciertamente hubiera sido más fácil la fundamentación si el Bundesgerichtshof hubiera partido del estado de probable «inimputabilidad» (22) de la mujer, cuya credulidad e ingenuidad raya obviamente en los límites de la debilidad mental. Pero una tal clase de fundamentación es rechazada expresamente en este caso por el tribunal alemán que partió de la normalidad mental de la mujer, «no perturbada por ningún tipo de alteración psíquica». Planteado así el problema no queda otra salida que analizar el engaño mismo que determinó su decisión.

La particularidad que presenta este caso frente a los tratados en el apartado a) de este mismo epígrafe, es que el engaño no se refiere a la cualidad letal de la acción en sí misma, sino a la situación que tras la realización de la acción debería producirse. Para la mujer era evidente, por increíble que ello pudiera parecer, que la acción que ella realizaba no suponía su muerte, sino su transformación en otro ser que iba a continuar viviendo. Su identidad, su individualidad o quizá su «mismidad», se prolongaría en el tiempo, si bien no en el mismo cuerpo, ni en el mismo planeta. En otras palabras, no quería morir, sino seguir viviendo, aunque de un modo distinto. El hombre, en cambio, sí era perfectamente consciente de las consecuencias de la acción a la que inducía y dominaba, en virtud de su conocimiento superior, plenamente el hecho; su autoría mediata parece, pues, perfectamente fundada.

Pero el Bundesgerichtshof acepta expresamente la misma conclusión, aunque la mujer hubiera admitido que su nueva vida en otro planeta sólo comenzaría con su muerte en éste, lo que obviamente dificulta bastante la calificación autoría mediata para el hombre. Pues en esta segunda variante ya no es tan claro que pueda hablarse de asesi-

(20) Fundamento jurídico II, 3 (tomado del comentario de ROXIN, antes citado).

(21) Véase *infra* la nota 17.

(22) Naturalmente empleamos aquí la expresión «inimputabilidad» en sentido no técnico, pues, al ser el suicidio un hecho totalmente atípico, carece como tal de trascendencia que el suicida sea imputable penalmente. Sin embargo, sí puede tener importancia este extremo para calificar la intervención del tercero en la decisión suicida.

nato cuando la mujer sabe de todos modos que tiene que morir para poder seguir viviendo en otro cuerpo, en otro planeta. La mayoría de las religiones se basan precisamente en la existencia del más allá e incluso algunas en la reencarnación. Para algunas religiones esta vida no es más que «un valle de lágrimas», mero devenir hacia otra que es morada eterna sin cesar. Pero ello no excluye la certeza de la muerte («nuestras vidas son los ríos que van a parar al mar, que es el morir», decía el gran Jorge Manrique), es más para llegar a la otra vida debe terminar necesariamente la vida terrena. La credibilidad de estas afirmaciones depende naturalmente de la fe y de las creencias religiosas de cada cual, pero desde luego a nadie se le ocurriría hablar de asesinato si alguien induce a otro a suicidarse, prometiéndole la felicidad eterna en la otra vida. Si esta otra vida es sólo espiritual o también corporal, si existe realmente o no, es algo que pertenece al terreno de la especulación teológica, pero no jurídica. Al Derecho, y concretamente al Derecho Penal, sólo le interesa si afirmaciones de este tipo pueden, llegado el caso y utilizadas para inducir a otro a suicidarse, ser calificadas de autoría mediata en un asesinato. Y parece evidente que no.

Para Roxin, uno de los autores que con mayor penetración ha comentado esta sentencia, es problemático que esta segunda variante del «caso del Sirio» pueda ser equiparada a la primera, pues en esta segunda variante parece que hay conciencia clara de que la muerte se va a producir, aunque sea como presupuesto de una nueva vida, mientras que en la primera variante falta esa conciencia (23). Pero Roxin también opina que la solución de esta segunda variante también puede ser la de asesinato si se acepta la tesis que él mantuvo anteriormente (24) y a la que alude de paso el Bundesgerichtshof, de que cabe autoría mediata cuando se engaña no ya sobre la cualidad letal de la acción, sino sobre el sentido de la misma. Desde esta perspectiva es indiferente si la mujer quería morir o no, lo importante es que desconocía la razón verdadera de por qué lo hacía y actuaba engañada respecto al sentido de su acción: «Un error de esta clase sobre el sentido concreto de la acción fundamentaría el dominio del hecho del hombre de atrás que ve con claridad el supuesto y dirige planificadamente todo el suceso» (25).

Sin embargo, el mismo Roxin reconoce que esta tesis puede llegar demasiado lejos y se muestra ahora, con ocasión del comentario de esta sentencia, mucho más cauteloso que cuando la formuló originalmente... Ahora dice: «Si una persona plenamente responsable y actuando sin ningún tipo de presión es consciente de que realiza un suicidio, el error que desencadena el hecho es solamente un error en los motivos (*Motivirrtum*), que no excluye la responsabilidad del agente en el suicidio. Del mismo modo, que si alguien es inducido a asesinar

(23) ROXIN, comentario citado, p. 72.

(24) En *Täterschaft und Tatherrschaft*, citado, pp. 226 y ss.

(25) ROXIN, comentario citado, p. 72.

al enemigo político con la promesa de que irá al cielo (o al planeta Sirio) como recompensa por su «heroica acción», nada impide que sea hecho responsable del asesinato por él cometido» (26).

Parece, desde luego, excesivo que la provocación de un error sobre el sentido de la acción del suicida pueda convertir en autor mediato de asesinato a quien lo provoque. Una afirmación de este tipo puede conducir a conclusiones realmente sorprendentes como la de castigar por asesinato en autoría mediata a quien dice al hincha «forofo» de un equipo de fútbol o *supporter* que su equipo favorito ha perdido un partido trascendental, determinando su suicidio, siendo así que realmente ha ganado, y rechazar esta calificación cuando la noticia es verdadera porque entonces sí tiene sentido (por lo menos para el hincha) suicidarse. Realmente, el sentido o sinsentido, la razón o sinrazón de una decisión tan importante sólo puede apreciarlo quien tiene poder para tomarla, es decir, el suicida.

7) Las consideraciones hechas a propósito del «caso del Sirio», que es como se conoce en la doctrina alemana el caso acabado de comentar, nos pueden servir para solucionar los otros casos de provocación al suicidio mediante engaño que hemos indicado al principio de nuestro trabajo. Tras todo lo dicho, parece realmente difícil aceptar en estos casos de error sobre el sentido de la acción suicida una calificación de autoría mediata en asesinato. Naturalmente, una calificación de este tipo tampoco puede rechazarse de un modo absoluto, porque la profundidad de las motivaciones humanas y la psico(pato)logía del suicidio es tan compleja, que difícilmente puede rechazarse *a priori* ninguna calificación que vaya desde la más completa impunidad hasta el más execrable asesinato. Pero lo que aquí interesa destacar, como conclusión fundamental de nuestro trabajo, es que de un modo general, abstracto y apriorista, sólo la provocación de un error sobre la cualidad letal de la acción o sobre el hecho mismo de la muerte, puede fundamentar una autoría mediata del que provoca este tipo de error y con ello un asesinato. La provocación de error sobre el sentido mismo de la acción suicida, por el contrario, todo lo más puede ser castigada como inducción o ayuda al suicidio conforme al artículo 409 del Código Penal español, y en aquellos países cuyos Códigos Penales carecen de un precepto similar la impunidad es la solución correcta.

Después de todo lo dicho, se comprenderá la afirmación realizada al principio de que, por lo menos en estos casos, el sistema español de castigar expresamente la inducción y ayuda al suicidio es preferible al sistema alemán que, por el contrario, parte de la impunidad por atipicidad de tales acciones. No sin razón dice ahora Roxin, el autor que más se ha caracterizado por fundamentar la autoría mediata en asesinato para estos casos, que una solución plenamente satisfactoria sólo puede conseguirse con una reforma legislativa; una reforma, dice,

(26) ROXIN, comentario citado, p. 72.

que introduzca en el Código Penal alemán un precepto similar al existente en otros Códigos Penales que castigan autónomamente la inducción y ayuda al suicidio (27).

Queda, sin embargo, una cierta insatisfacción si se considera que en estos casos de provocación de error sobre el sentido de la acción suicida hay un desvalor adicional al de la simple inducción y ayuda al suicidio. Pero este desvalor sólo puede tenerse en cuenta en el Derecho vigente a la hora de determinar la pena concretamente aplicable dentro del marco legal previsto en el artículo 409. Circunstancias agravantes como la alevosía, el abuso de superioridad o el parentesco, pueden ser perfectamente aplicables a casos como los que motivan nuestro artículo; pero ellas lógicamente no modifican la calificación de inducción o ayuda al suicidio, ni permiten ir más allá del grado máximo de pena previsto para estos delitos (en todo caso: diez años y un día a doce años, para la inducción y ayuda al suicidio del inciso primero del artículo 409; de diecisiete años, cuatro meses y un día a veinte años para el auxilio ejecutivo al suicidio del inciso segundo del artículo 409). Una prueba más de que la dogmática jurídico penal es la infranqueable barrera de la política criminal (28) y también de las barreras que opone a una dogmática juridicopenal orientada politicocriminalmente el principio de legalidad de los delitos y las penas (29).

Pero también queda una insatisfacción, cuando se observa que una interpretación literal del artículo 409 permite incluir en él formas de participación en el suicidio que no tienen el componente egoísta y artero de los casos aquí tratados, sino que son realizadas por motivos altruistas, piadosos, humanitarios y, en última instancia, por el respeto a la libertad y la dignidad de nuestros semejantes y seres más queridos. Ahora que está tan de moda el tema de la eutanasia, activa y pasiva, y de la ayuda a bien morir, en todo caso evitando el dolor y el sufrimiento innecesarios, parece necesaria una reflexión sobre los límites, alcance y sentido del artículo 409 del Código Penal vigente, pero quizá también una revisión de su actual redacción que, por lo menos, limite su ámbito de aplicación a aquellos casos que parecen verdaderamente dignos de pena, es decir, los casos de participación en el suicidio por razones o motivaciones egoístas o por intereses económicos o incluso políticos, es decir, para aquellos casos que realmente suponen un desprecio de la dignidad humana (30).

(27) ROXIN, comentario citado, p. 73. De la misma opinión en la décima edición del *Leipziger Kommentar*, § 25, núm. marg. 83.

(28) VON LISZT, en *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, II, 1905, p. 80.

(29) Confróntese HASSEMER, *Fundamentos* citados, pp. 314 y ss.

(30) El tema está siendo ahora objeto de viva discusión doctrinal (véase un resumen de las opiniones más importantes y del estado de la jurisprudencia en la República Federal de Alemania en GROPP, «Suizidbeteiligung und Sterbehilfe in der Rechtsprechung», en *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1985, pp. 197 y ss), pero también de movimientos políticos que piden la legalización más o menos amplia de la eutanasia; véase, por ejemplo, el *Alternativentwurf eines Gesetzes über Sterbehilfe*, proyecto presentado por un grupo de penalistas y médicos (1986), traducción, introducción y notas de MARELLI CAFFARENA. (En prensa.)

Revisión de algunos aspectos de los delitos contra la inviolabilidad del domicilio (art. 191 del Código Penal) (*)

EMILIO OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Complutense de Madrid

El artículo 191 del Código Penal, situado entre aquellos que este texto punitivo dedica a los «delitos cometidos por los funcionarios públicos contra el ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las leyes» (sec. 2.ª, cap. II, tít. II, lib. II), dispone:

«Incurrirán en las penas de suspensión y multa de 30.000 a 60.000 pesetas:

»1.º El funcionario público que, no siendo autoridad judicial, entrare en el domicilio de un súbdito español sin su consentimiento, fuera de los casos permitidos por las leyes.

»2.º El funcionario público que, no siendo autoridad judicial, y fuera de los casos permitidos por las leyes, registrare los papeles de un súbdito español y los efectos que se hallaren en su domicilio a no ser que el dueño hubiere prestado su consentimiento.

»Si no devolviere al dueño, inmediatamente después del registro, los papeles y efectos registrados, las penas serán las de inhabilitación especial y multa de 30.000 a 150.000 pesetas.

»Si los sustrajere y se los apropiare, será castigado como reo del delito de robo con violencia en las personas.

»3.º El funcionario público que, con ocasión del lícito registro de papeles y efectos de un súbdito español, cometiere cualquier vejación injusta contra las personas o daño innecesario en sus bienes.»

El primer antecedente de este artículo, dentro de la legislación penal codificada, es el 243, 4.º del CP de 1822, conforme al cual:

(*) Ponencia presentada en las *Jornadas de Estudios Penales en homenaje al profesor José Antonio Sáinz Cantero. (Propuestas para la reforma de la parte especial del Derecho Penal español)*, celebradas en la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada los días 11 a 14 de marzo de 1987.

«Son reos de atentado contra la libertad individual:

»4.º El juez o funcionario público de cualquier clase que allanare la casa de un español, no siendo en la forma y en los casos prescritos por el Código de procedimientos o por alguna otra ley. El que incurriere en alguno de los casos de este artículo perderá su empleo y quedará inhabilitado perpetuamente para obtener oficio o cargo alguno. Si cometiere prevaricación, será castigado con la pena señalada a este delito.»

Por comparación con el número 1.º del actual artículo 191 del CP, inmediatamente destacan una coincidencia y varias discrepancias.

Es la primera que ambos preceptos tan sólo deparan protección a la inviolabilidad del domicilio de los españoles. No a la del domicilio de los extranjeros que se encuentren en España.

Difieren, en cambio, en que mientras el Código Penal de 1822 considera sujetos activos al «juez o funcionario público de cualquier clase», el CP estima tales únicamente a los funcionarios públicos que no sean autoridad judicial. Asimismo se separan en que mientras el primero refiere la conducta típica a la «casa», el segundo la relaciona con el «domicilio». Además, dicha conducta es distinta en uno y otro: «allanar» —más amplia— en el artículo 243, 4.º del CP de 1822 y «entrar» —más restringida— en el artículo 191, 1.º CP, si bien el número 2.º de este último artículo incrimina el registro ilegal. Finalmente, resalta la mayor gravedad de la pena con que se conmina el comportamiento típico en el Código Penal de 1822.

Pues bien, en lo que sigue me propongo reflexionar sobre cada uno de los anteriores aspectos, en cuyo mantenimiento o variación se resume la historia de la incriminación a través de los sucesivos Códigos penales hasta llegar al de 1944, que dio al artículo 191 la redacción que ahora tiene.

* * *

El CP de 1848 disponía en su artículo 290 lo siguiente:

«El empleado público que abusando de su oficio allanase la casa de cualquier persona, a no ser en los casos y en la forma que prescriban las leyes, será castigado con las penas de suspensión y multa de 10 a 100 duros.» (1).

(1) La pena de suspensión y multa que actualmente prevé el artículo 191 del CP procede, justamente, del artículo del Código de 1848 acabado de reproducir, desde el que se mantendrá (con obvias variaciones en la cuantía de la multa) en todos los Códigos que le sucedieron. A juicio de PACHECO (*El Código Penal concordado y comentado*, II, Madrid, 1848, p. 469) lo que el CP persigue mediante estas penas «es tan racional como posible», ya que «la suspensión y la multa podrán contener en el límite de sus deberes a los empleados. Falta sólo —añade— que esta pena se ejecute con la severidad que hace necesaria la extensión de la mala costumbre» en que, en su opinión, se habían convertido los allanamientos de referencia, que, por lo demás, enfoca como contrarios a la «seguridad del domicilio».

Texto este que recogió —idéntico— el artículo 299 del CP de 1850 (2).

Por su parte el CP de 1870 dedicó a esta materia sus artículos 215 a 217, en los términos que a continuación se reproducen que ya se aproximan notablemente a los actuales:

«*Art. 215.* Incurrirán en las penas de *suspensión* en sus grados mínimo y medio y *multa* de 125 a 1.250 pesetas:

»1.º El *funcionario público que no siendo autoridad judicial y no estando tampoco en suspenso las garantías constitucionales, entrare en el domicilio de un español o extranjero sin su consentimiento, a no ser en los casos y con los requisitos previstos en los párrafos primero y cuarto del artículo 5.º de la Constitución.*

»2.º El *funcionario público que no siendo autoridad judicial y no estando tampoco en suspenso las garantías constitucionales, registrare los papeles de un ciudadano o extranjero y efectos que se hallaren en su domicilio, a no ser que el dueño hubiere prestado su consentimiento.*

Si no devolviere al dueño inmediatamente después del registro los papeles y efectos registrados, la pena será inmediatamente superior en grado.

Si los sustrajere y se los apropiare, será castigado como reo de delito de robo con violencia en las personas.

»3.º El *funcionario público que con ocasión del registro de papeles y efectos de un ciudadano, cometiere cualquiera otra vejación injusta contra las personas o daño innecesario en sus bienes.*

Si los delitos penados en los tres números anteriores fueren cometidos de noche, las penas serán las de suspensión en sus grados medio y máximo y multa de 250 a 2.500 pesetas, salvo lo dispuesto en los párrafos segundo y tercero del número 2.º, respecto a los cuales la pena será la inmediatamente superior en grado a las en ellos señaladas.»

«*Art. 216.* La *autoridad judicial que fuera de los casos previstos en los párrafos primero y cuarto del artículo 5.º de la Constitución, y no estando en suspenso las garantías constitucionales, entrare de noche en el domicilio de un español o extranjero sin su consentimiento, incurrirá en la pena de suspensión en sus grados mínimo y medio y multa de 125 a 1.250 pesetas.»*

«*Art. 217.* En la misma pena incurrirá la *autoridad judicial que registrare de noche en el domicilio de un español o extranjero sus papeles y efectos, a no ser con su consentimiento.»*

(2) Yerra, pues, CUELLO CALON (*Derecho Penal*, II, *Parte Especial*, vol. 1.º, 14. ed., Barcelona, 1975, p. 99) cuando, tras señalar el precedente que supuso el artículo 243.4 del CP de 1822, indica: «...no volviéndose a hallar precepto análogo hasta el Código de 1870 (arts. 215 y 216)» (cfr. RODRÍGUEZ RAMOS, *Libertades cívicas y Derecho Penal*, Tecnos, Madrid, 1975, p. 272, n. 372). Conviene aclarar, puesto que el primero de los autores citados seguidamente añade: «Los preceptos de éste [del CP de 1870] fueron acogidos por el Código de 1932 y por el de 1944», que, por una parte, el CP de 1928 no reguló esta materia y durante su vigencia dejó subsistentes (en éste como en otros aspectos) el CP de 1870, a la espera de una regulación mediante leyes especiales que no llegó a producirse (cfr. JARAMILLO, *Novísimo Código Penal comentado y cotejado con el de 1870*, vol. 2.º, Salamanca, 1929, pp. 310 i.f.-311 y 312-313). Por otra parte, como se verá, entre la regulación del CP de 1870 (no sólo contenida en sus artículos 215 y 216, sino también en el 217) y la establecida en los de 1932 y 1944 hay notables diferencias.

He aquí por vez primera la restricción del círculo de posibles sujetos activos del delito en estudio: los funcionarios que no sean autoridad judicial, si bien ésta última, conforme al CP de 1870, podía ser sujeto activo de la violación nocturna del domicilio (art. 216). Una restricción que ha provocado la crítica de la moderna doctrina penalística cuando se ha reiterado (e incluso estrechado al no incluirse supuestos similares a los inculcados en los artículos 216 y 217 del CP de 1870) en el artículo 191 (3).

No obstante esa crítica —pues a su favor tiene la estricta literalidad de los términos típicos—, puede intentarse la revisión del usual modo de entender estos términos a la luz de las disposiciones legales vigentes en los momentos de emergencia y aplicación del CP de 1870.

Cuando este Código apareció se encontraba en vigor la Constitución de 1869, cuyo artículo 5.º (de ahí las referencias a él en el número 1.º del artículo 215 y en el 216 del CP de 1870) proclamaba:

«Nadie podrá entrar en el domicilio de un español o extranjero residente en España sin su consentimiento, excepto en los casos urgentes de incendio, inundación u otro peligro análogo, o de agresión ilegítima procedente de adentro, o para auxiliar a persona que desde allí pida socorro.

»Fuera de estos casos, la entrada en un domicilio de un español o extranjero residente en España, y el registro de sus papeles o efectos, sólo podrá decretarse *por juez competente y ejecutarse de día*.

»[.....]

»Sin embargo, cuando un delincuente hallado *in fraganti* y perseguido por la autoridad o sus agentes se refugiare en su domicilio, podrán éstos penetrar en él sólo para el acto de la aprehensión. Si se refugiare en el domicilio ajeno, precederá requerimiento al dueño de éste.»

A la vista de la norma acabada de transcribir y de los artículos 215 y 216 del CP de 1870, comentaba Groizard (4): «También en esta de-

(3) Así, FERRER, *Comentarios al Código Penal*, III, Murcia, 1948, p. 143 (autor que yerra en su apreciación —n. 13, p. 144— de que el Tribunal Supremo realizó una interpretación muy libre del texto de la ley en su sentencia de 12 de abril de 1889, a la vista de lo dispuesto en el artículo 216 del CP de 1870 que era entonces el aplicable); RODRÍGUEZ RAMOS, *Libertades...*, cit., pp. 273-274; CÓRDOBA, *Comentarios al Código Penal*, III, Ariel, Barcelona, 1978, p. 346; GARCÍA VITORIA, *El derecho a la intimidad, en el Derecho Penal y en la Constitución de 1978*, Aranzadi, Pamplona, 1983, p. 81; RODRÍGUEZ DEVEZA, *Derecho Penal español. Parte Especial*, 9.ª ed., Madrid, 1983, p. 735; MORALES, *La tutela penal de la intimidad: «privacy» e informática*, Destino, Barcelona, 1984, p. 166; del mismo, «“Privacy” y reforma penal: la Propuesta de Anteproyecto de nuevo Código penal (1983)», en *Documentación Jurídica*, vol. 1.º, núms. 37-40, enero-diciembre de 1983, p. 596; BUENO, «Los “delitos cometidos por los funcionarios públicos contra el ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución”, en la “Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código Penal” de 1983», en *Documentación Jurídica*, vol. 2.º, núms. 37-40, enero-diciembre de 1983, p. 1320; MUÑOZ CONDE, Conde, *Derecho Penal. Parte Especial*, 6.ª ed., Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1985, p. 593; BUSTOS, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, Ariel, Barcelona, 1986, p. 376; JORGE, *El allanamiento de morada*, Tecnos, Madrid, 1987, p. 95.

(4) *El Código Penal de 1870 concordado y comentado*, III, 2.ª ed., Madrid, 1911, p. 503.

licada materia hay que distinguir autoridades de autoridades. Las administrativas y sus agentes, rigiendo en toda su integridad los preceptos constitucionales, sólo pueden, sin responsabilidad, penetrar en el domicilio» en los casos a que se refieren los párrafos primero y cuarto del artículo 5.º de la Constitución de 1869, «las judiciales en cambio sólo tiene una prohibición: el no hacerlo de noche...». Considerada así la cuestión cobran su auténtico sentido los artículos 215, 1.º y 216 del CP de 1870, de donde procede —en línea directa y sin alteraciones en el camino— la aparente restricción actual de los sujetos activos en el artículo 191 del Código Penal. Y ese sentido es que cuando entonces —como ahora— la ley se refiere a la «autoridad judicial», tal expresión debe entenderse, en consideración al párrafo segundo del artículo 5.º de la Constitución de 1869, como autoridad judicial competente para decretar la entrada y registro del domicilio que, en efecto, la haya decretado (5). Esta autoridad, en esas circunstancias, no podía cometer, dado el texto constitucional entonces vigente, los delitos previstos en los números 1.º y 2.º del artículo 215 del CP de 1870. Sí, en cambio, los incriminados en los artículos 216 y 217 del propio Código: de ahí la necesidad de su creación.

Ahora bien, ya vigente el CP de 1870 la Constitución de 1869 fue sustituida por la de 1876, cuyo artículo 6.º alteró notablemente los términos de su precedente el artículo 5.º de la Constitución de 1869. Dicho artículo 6.º de la Constitución de 1876 establecía:

«Nadie podrá entrar en el domicilio de un español o extranjero residente en España, sin su consentimiento, excepto en los casos y en la forma expresamente previstos en las leyes.

»[.....].»

Como se ve el tenor del artículo reduce considerablemente el radical liberalismo de su predecesor, al permitir excepciones legales (no mencionadas específicamente en la Constitución, a diferencia de lo que hacía su antecesora) al principio general de inviolabilidad del do-

(5) Hacia esta interpretación apunta RODRÍGUEZ DEVESA (*Parte Especial*, cit., p. 735), aunque sobre un argumento distinto: «Ha de entenderse, sin embargo, que autoridad judicial es sólo aquella que tenga jurisdicción sobre el lugar en que el domicilio está enclavado, y que ha de actuar como tal autoridad judicial, esto es, a fines de oficio, pues de lo contrario no se le puede conceder aquél carácter, aunque sí el de funcionario público que sigue poseyendo.» Sigue este punto de vista y considera «autoridad judicial a tal efecto tan sólo a la que sea competente para ordenar o ejecutar la entrada y, en su caso, el registro»; RODRÍGUEZ RAMOS, *Libertades...*, cit., p. 274. Por su parte QUINTANO (*Compendio de Derecho Penal*, II, Parte Especial, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, pp. 36 i.f.-37, y *Curso de Derecho Penal*, II, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963, p. 540) no afirma (como se ha querido hacer ver: *vid. por todos* RODRÍGUEZ DEVESA, *Parte Especial*, cit., p. 735, n. 6) que cuando la violación de domicilio la comete un juez no realiza el tipo del artículo 191 pero sí el del 490 del CP, sino que indica que puede realizar éste último y también el del artículo 191 del CP (según el caso) «cuando no ejercieren las prerrogativas propias de la diligencia de registro domiciliario», de donde se infiere que —aunque sin razonarla— mantiene una interpretación similar a la que se propone en el texto y patrocinan los autores en esta nota citados.

micilio. Sin embargo, durante algún tiempo, pareció que ello no afectaba en nada a lo dispuesto sobre el particular en el CP de 1870. Pero, en 1882, la Ley de Enjuiciamiento Criminal trastornó esta apariencia inicial (6): el título VIII de su libro II (arts. 545 y ss.) estableció el régimen general que, hasta el presente, habían de seguir tales excepciones legales al principio de inviolabilidad del domicilio. Mas —frente a lo que pudiera parecer coherente— no por ello se derogaron o modificaron expresamente los artículos 215 a 217 del CP de 1870, vigente hasta el de 1928, el cual no reguló la materia y dejó subsistentes los mencionados preceptos del Código anterior. De él pasarían al de 1932, que no varió la redacción (salvo en la referencia al artículo de la nueva Constitución) del precedente artículo 215 del CP de 1870 y, por tanto, inadecuadamente, tampoco modificó la negativa alusión a la «autoridad judicial» que se contenía en el mismo. En cambio —congruente con la regulación de la LECr. sobre la entrada y registro nocturnos de los domicilios: artículo 570— eliminó las incriminaciones de los artículos 216 y 217 del CP de 1870. Disponía, en efecto, el artículo 205 del Código de 1932:

«Incurrirán en las penas de *suspensión* en sus grados mínimo y medio y *multa* de 250 a 2.500 pesetas:

»1.º El *funcionario público que, no siendo autoridad judicial y no estando en suspenso las garantías constitucionales, entrare en el domicilio de un español o extranjero sin su consentimiento, a no ser en los casos y con los requisitos previstos en el párrafo cuarto del artículo 31 de la Constitución (7).*

»2.º El *funcionario público que, no siendo autoridad judicial, y no estando tampoco en suspenso las garantías constitucionales, registrare los papeles de un ciudadano o extranjero y efectos que se hallaren en su domicilio, a no ser que el dueño hubiere prestado su consentimiento.*

»Si no devolviere al dueño inmediatamente después del registro los

(6) Confróntese GROIZARD, *Código Penal...*, cit., pp. 507-508: «Cuando en 1874 fijáramos el sentido y alcance de los textos referentes a la materia de ahora tratamos, ninguna ley había todavía puesto limitaciones al derecho de los españoles a la inmunidad de sus domicilios ni a los respetos de la vida privada. El Código de 1870 en nada contradecía el principio consagrado por la norma fundamental de 1876; las leyes orgánicas que podían derogar sus disposiciones no habían aparecido aún, y, por tanto, los artículos del Código a que nos referimos estaban vigentes y los Tribunales obligados a aplicarlos... Publicada la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 22 de junio de 1882, las cosas han variado. Desde ese día los preceptos antes vigentes quedaron derogados en cuanto se oponen a los artículos de dicha ley contenidos en su título VIII...» Conviene advertir, con todo, que la mutación señalada por GROIZARD se preannunció sobradamente: los artículos 428 y ss. del Decreto por el que se aprobó la Ley Provisional de Enjuiciamiento Criminal de 22 de diciembre de 1872 para comenzar a regir el 15 de enero de 1873 y los 689 y ss. de la Compilación General formada en virtud de la autorización concedida por la Ley de 30 de diciembre de 1878 y aprobada por Real Decreto de 16 de octubre de 1879, sustancialmente coincidentes con algunos de los que al respecto estableció la LECr., ya anticiparon la situación creada por ésta y que tanta desesperanza y crítica produjeron en el autor citado: *vid. ob. cit.*, pp. 508 y ss.

(7) Decía este precepto: «El domicilio de todo español o extranjero residente en España es inviolable. Nadie podrá entrar en él salvo en virtud de mandamiento de juez competente...»

papeles y efectos registrados, la pena será la inmediatamente superior en grado.

Si los sustrajere o apropiare, será castigado como reo del delito de robo con violencia en las personas.

»3.º El funcionario público que, con ocasión del registro de papeles y efectos de un ciudadano, cometiere cualquier otra vejación injusta contra las personas o daño innecesario en sus bienes.»

El precepto, como se ve, coincide con el artículo 215 del CP de 1870. Y si en 1932 no se acogieron los artículos 216 y 217 de ese mismo cuerpo legal ello se debe a que, tras las innovaciones procesales mencionadas, los supuestos de hecho que en ellos se contenían se entendieron abarcados, sin necesidad de las precedentes especificaciones, en el artículo 205 del nuevo CP. Lo que significa tanto como admitir que la única «autoridad judicial» que este artículo excluye del círculo de posibles sujetos activos es la competente para adoptar válidamente la decisión de entrada y registro domiciliarios cuando, efectivamente, ha adoptado (lícitamente) tal decisión. Las demás «autoridades judiciales» entran en el ámbito de los «funcionarios públicos» —que la norma indica como sujetos activos idóneos del comportamiento que incrimina— habida cuenta lo dispuesto en el artículo 410 del CP de 1932 (8).

Si tomamos en cuenta que el artículo 205 del CP de 1932 pasaría a ser, con las modificaciones que después se dirán, el artículo 191 del Código de 1944, que mantiene el CP actual, se comprende que la referida interpretación de la expresión «autoridad judicial» siga hoy teniendo vigencia y que, por consiguiente, antes de declarar la impunidad —a los efectos del artículo 191 del CP— de las conductas que en él se describen cuando las realiza tal autoridad judicial e intentar la subsunción de las mismas en otros tipos del Código (9), haya que afirmar que se encuentran abarcadas en el mismo artículo 191 del Código Penal.

Pero es que, además del anterior argumento histórico que habla en favor de entender la expresión «que no sea autoridad judicial» en el sentido de «que no sea la autoridad judicial competente para decretar la entrada y registro domiciliarios y que, en efecto, así lo haya decretado», hay un argumento sistemático que opera en la misma dirección.

Cuando la ley se refiere, como sujeto activo, al «funcionario públi-

(8) Artículo coincidente (salvo por el calificativo de «popular» que atribuía a la elección que menciona) con el párrafo tercero del actual artículo 119 del CP. Por cierto que sobre esta materia cabe indicar, incidentalmente, que la modificación literal de la esfera de sujetos activos en el artículo 545 de la Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código Penal de 1983 (tipificador del delito en estudio), mediante el señalamiento de «la autoridad o el funcionario público», no pasa de esa literalidad, pues a la vista del artículo 26 de la misma Propuesta hay que concluir (como hoy se concluye respecto al artículo 119 del CP) que si bien no todo funcionario público es autoridad, toda autoridad sí es funcionario público a efectos penales y, por consiguiente, con sólo la mención del funcionario público se incluye también a la autoridad.

(9) *Vid.* al respecto obras y lugares citados *supra* la nota 3.

co» no lo está haciendo a cualquier funcionario público (10), sino a aquellos de entre éstos que, en determinados casos (de ordinario como consecuencia de encomendárselo una resolución judicial), pueden entrar en el domicilio de los ciudadanos sin o contra el consentimiento de éstos. Pues lo que aquí se protege es la inviolabilidad del domicilio como derecho fundamental de la persona frente al Estado, es decir, como garantía política en el marco del más genérico derecho a la intimidad, y esa garantía lo es, por tanto, frente al funcionario en el ejercicio (ilícito) de *sus funciones*; consiguientemente, frente al funcionario a quien tales funciones (de entrada y registro en el domicilio sin o contra la voluntad de sus titulares) están en principio encomendadas. De donde se sigue que tanto el funcionario que incontinentamente entra en el domicilio ajeno cuando no se halla en el ejercicio de función alguna, como el que lo hace pretextando (ilícitamente) unas funciones a él no inicialmente atribuidas por la ley (así, arts. 553 y 563 LECr., 11 LOP, 16.1 LOBAET, 17.2 LEAES y 130 y 141 LGT), no comenten el delito del artículo 191 del CP, sino el del artículo 490 del mismo cuerpo legal (con la agravante décima del artículo 10 del Código Penal en el segundo caso).

Pues bien, si esto es así respecto al «funcionario público», también lo ha de ser respecto a la «autoridad judicial». Lo que significa que por ella debe entenderse, cuando el CP indica que el funcionario no ha de ser tal, la autoridad judicial competente en el ejercicio (ilícito) de su competencia. Y significa también que cuando la autoridad judicial competente entra en el domicilio ajeno en uso ilícito de su competencia, comete (en concurso con prevaricación) el delito del artículo 191 del CP. Como lo comete (a diferencia de lo dicho respecto al funcionario que no es autoridad judicial), con el mismo concurso si media resolución, la que realiza igual conducta siendo concretamente incompetente (ya que en abstracto la función está atribuida a la autoridad judicial: artículo 18.2 CE).

* * *

De regreso al artículo 205 del CP de 1932, importa destacar que sería ésta la última vez que se mencionaran en el Código a los españoles y a los extranjeros como titulares del derecho a la inviolabilidad de sus domicilios. A partir del CP de 1944 el artículo 191 referirá este derecho tan sólo a los españoles. A los cuales, por otra parte, es la primera ocasión que la ley punitiva codificada se refiere no como ciudadanos o como personas, sino como «súbditos». Un segundo síntoma de los tiempos que corrían (11).

(10) Confróntese CUELLO CALON, *Parte Especial*, cit., p. 100; JORGE, *El allanamiento...*, cit., pp. 95 if.-96. *Vid.*, respecto a la detención ilegal del artículo 184 del CP, el mismo criterio que se mantiene en el texto en VIVES, VIVES-GIMENO, *La detención*, Bosch, Barcelona, 1977, pp. 52 y ss.; CÓRDOBA, *Comentarios...*, cit., p. 303; POLAINO, *El delito de detención ilegal*, Aranzadi, Pamplona, 1982, pp. 138-139.

(11) Y aún deben seguir corriendo, pues el artículo no se ha modificado pese a las numerosas reformas del CP y, sobre todo, a la tan amplia operada por la L.O. 8/1983, de 25 de junio.

Esta limitación, ampliamente criticada (12), se ha sugerido (13) que pueda deberse al tenor del artículo 15 del llamado Fuero de los Españoles (14). Sin perjuicio de que ello pueda ser así, conviene recordar que el Fuero de los Españoles es posterior (17 de julio de 1945) al CP de 1944. Otra explicación plausible (y, por lo demás, no contradictoria con la anterior) pudiera ser —aparte la de apelar, sin más, al carácter autocrático y autárquico del régimen político entonces impuesto— que el Estado del «nuevo régimen» sacrificara la protección penal de la inviolabilidad del domicilio de los extranjeros en aras de proporcionarse un más fácil control de las situaciones a que podían dar lugar los tiempos (finales de la segunda guerra mundial y años después de la española) en que entraba en vigor el CP de 1944: momentos en que ya habían abandonado España los extranjeros que apoyaron a la facción triunfante en la guerra civil, a los que el «nuevo Estado» sí quisiera deparar esa protección (15) y en los que, a cambio, entraban o podían llegar a entrar en España extranjeros (tanto de las naciones derrotadas como de las victoriosas) respecto de los que el Estado deseaba tener la mayor libertad de acción.

En cualquier caso, lo cierto es que constitucionalmente y también con base en la legislación ordinaria (16) la discriminación que, a contrario, establece la literalidad del artículo 191 del CP es inadmisibles. Tal y como ha dicho el Tribunal Constitucional, en su sentencia 99/1985, de 30 de septiembre:

(12) QUINTANO, *Compendio...*, cit., p. 37, y *Curso...*, cit., p. 541; RODRÍGUEZ RAMOS, *Libertades...*, cit., p. 274; GARCÍA VITORIA, *El derecho...*, cit., p. 81; RODRÍGUEZ DEVESA, *Parte Especial*, cit., p. 734; MORALES, «“Privacy”...», cit., p. 596, y *La tutela...*, cit., p. 166; BUENO, «Los “delitos”...», cit., p. 1320; MUÑOZ CONDE, *Parte Especial*, cit., p. 593; BUSTOS, *Parte Especial*, cit., p. 376; JORGE, *El allanamiento...*, cit., pp. 95-96.

(13) Muy tangencialmente y, desde luego, no afirmado: Vid. RODRÍGUEZ RAMOS, *Libertades...*, cit., p. 274, y JORGE, *El allanamiento...*, cit., p. 95.

(14) Decía: «Nadie podrá entrar en el domicilio de un español ni efectuar registros en él sin su consentimiento, a no ser con mandato de la Autoridad competente y en los casos y en la forma que establezcan las leyes.» Es interesante observar —además de que en este artículo (de pretendido nivel «constitucional») no se obligaba a que la «autoridad competente» fuera la judicial— que tanto el artículo 184 del *Anteproyecto de Código Penal de 1938 de F.E.T. y de las J.O.N.S.* como el 388 del *Proyecto de Código Penal de 1939* aludían al domicilio tanto de los españoles cuanto de los extranjeros (Vid. los respectivos textos, bajo cada uno de esos mismos títulos, en Casabo (estudio preliminar y edición), Departamento de Derecho Penal y Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 1978): resulta cuando menos sintomático —en el sentido de lo que a continuación digo en el texto— que en momentos más próximos a la guerra civil que los del CP de 1944 y, por tanto, de mayor exaltación antidemocrática y autoritaria, se depare una protección más amplia —en cuanto también extendida a extranjeros— a la inviolabilidad del domicilio que la concedida cinco o seis años más tarde por el artículo 191 del CP de 1944.

(15) Vid. nota anterior en lo que se refiere —por contraste— al *Anteproyecto de 1938* y al *Proyecto de 1939*.

(16) La L.O. 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, no limita —en otro caso habría incurrido en inconstitucionalidad— la inviolabilidad del domicilio de los extranjeros. Por su parte la LECr. explícitamente rechaza esta discriminación en punto a la inviolabilidad del domicilio: vid., por ejemplo, artículos 545, 550 y 551 (al remitir al artículo 6.º de la Constitución de 1876).

«El disfrute por los extranjeros de los derechos y libertades reconocidos en el título I de la Constitución... podrá atemperarse en cuanto a su contenido a lo que determinen los tratados internacionales y la ley interna española. Pero ni siquiera esta modulación o atemperación es posible en relación con todos los derechos, pues existen derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros, y cuya regulación ha de ser igual para ambos.»

Entre estos derechos se halla el de inviolabilidad del domicilio a que se refiere el artículo 18.2 CE.

Ante tan solemne como trascendente y certera declaración, sólo caben dos posibilidades de cara a un artículo, como el 191 del CP, que tiene la peculiaridad de ser inconstitucional por omisión, esto es, por lo que no dice.

O admitir que han sido innovados los tipos que contienen, como efecto directo de la vigencia del texto constitucional, y así haberse de entender que donde dice «españoles» dice también «extranjeros». Lo que choca con el principio de legalidad penal (especialmente en cuanto principio de tipicidad), también constitucionalmente acogido, y supone una «interpretación» (aunque en puridad no sería tal) del artículo 191 del CP contraria al reo en la medida en que amplía el ámbito de la incriminación

O buscar otro tipo que permita afirmar penalmente amparada la inviolabilidad del domicilio de los extranjeros. Esto último se hace cuando se preconiza la aplicabilidad, en estos casos, de los artículos 490 (17), ó 194 ó 496 (18) del Código Penal.

Sin embargo, como en la doctrina se ha puesto de relieve (19), apreciar el primero de estos tres artículos no es una solución satisfactoria del problema planteado, pues la naturaleza política del interés protegido con la existencia del artículo 191 del CP, supone una notable diferencia de aquél respecto al bien jurídico amparado por la incriminación del allanamiento de morada en el artículo 490 del Código (y ello aún suponiendo que en efecto coincidan los conceptos de «domicilio» y «morada» a que, respectivamente, aluden cada uno de estos artículos).

Por lo que hace a la posibilidad de calificar el hecho como coacciones del artículo 496 del CP, debe advertirse que implicaría dejar desprotegidas las violaciones no violentas del domicilio de los extranjeros, ya que la violencia (20) es elemento típico inexcusable del referido delito.

Queda así como solución más factible —sin perjuicio de que, por

(17) QUINTANO, *Compendio...*, cit., p. 37, y *Curso...*, cit., p. 541; BUSTOS, *Parte Especial*, cit., p. 376.

(18) MUÑOZ CONDE, *Parte Especial*, cit., p. 593; GARCÍA VITORIA, *El derecho...* cit., p. 81; MORALES, *La tutela...*, cit., p. 166; JORGE, *El allanamiento...*, cit., p. 96.

(19) RODRÍGUEZ DEVESA, *Parte Especial*, cit., p. 734, n. 4.

(20) Y recuérdese la crítica doctrinal a la «espiritualización» jurisprudencial de este concepto: *vid.* por todos MIRA, «El concepto de violencia en el delito de coacciones», en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 22, 1984, pp. 95 y ss.

efecto del artículo 204 bis *a*) del CP, quepa aplicar en su caso, por ejemplo, el citado artículo 496— la de recurrir al artículo 194 del Código, que se muestra como auténtico cajón de sastre de los desechos del articulado de la sección en que se incardina. Aunque no debe ocultarse la resistencia que el tipo ofrece a la operación de incluir los hechos de referencia en el señalado artículo. Pues, al cabo, la conducta en él incriminada es la de impedir a una persona el *ejercicio* de sus derechos cívicos y si, con Morales (21), hemos de considerar que «la inviolabilidad domiciliaria constituye una parcela de la *privacy* en la que éste bien jurídico se manifiesta como una *libertad-límite* frente al Estado», en el sentido que a este concepto da Vives, es preciso recordar que para este último autor (22) tales libertades-límite poseen un «carácter eminentemente pasivo» y así, como por lo demás parece claro, habría de decirse que la inviolabilidad del domicilio más que ejercerse se ostenta, con la consiguiente dificultad para hablar de «impedir su ejercicio» como demanda el artículo 194 del Código Penal (23).

Al margen de ello, no deja de llamar poderosamente la atención el final paradójico que, de aceptarse la anterior solución, tendría la (seguramente) intencionada desprotección penal de la inviolabilidad del domicilio de los extranjeros en el artículo 191 del CP: al no poderse incluir allí la vulneración de ese derecho por los funcionarios públicos, se ha hecho preciso recurrir a otras normas que lo abarcasen, todas las cuales conminan más gravemente que el artículo 191 del Código los hechos que incriminan. Y si ello —dentro de la regulación actual— podría tener la lógica que alimenta el artículo 204 bis *a*) del CP por lo que al artículo 496 del Código respecta, no guarda coherencia alguna cuando se concluye que el aplicable es el artículo 194 del Código —situado en la misma sección que el 204 bis *a*)—: en este caso resulta que la discriminación no opera en el sentido de colocar en peor situación a los extranjeros que a los españoles, sino al contrario; pues mientras el artículo 191 (salvo en las hipótesis de los párrafos segundo y tercero de su número 2.º) prevé penas de suspensión y multa —y parece oportuno recordar que la suspensión, a diferencia de la inhabilitación, es una «situación» del funcionario en su carrera (24)— el artículo 194 del CP amenaza el comportamiento a que se refiere con pena de inhabilitación especial. ¡Todo un éxito final del pensa-

(21) «“Privacy”...», cit, p. 596, y *La tutela...*, cit., pp. 310-311.

(22) «Introducción: Estado de derecho y Derecho Penal», en V.V.A.A., *Comentarios a la legislación penal*, I: *Derecho Penal y Constitución*, Edersa, Madrid, 1982, p. 37.

(23) En este sentido se pronuncian RODRÍGUEZ DEVESA, *Parte Especial*, cit., p. 745, y CÓRDOBA, *Comentarios...*, cit., pp. 364-365; se manifiesta en contra de la opinión de estos autores GARCÍA VITORIA, *El derecho...*, cit., p. 104; MUÑOZ CONDE, por su parte, pese a seguir el criterio de los primeros (*Parte Especial*, cit., pp. 581-582), se inclina más tarde (*ob. cit.*, p. 593) por la posibilidad de aplicar el artículo 194 del CP en supuestos de ataque (por autoridad judicial o en caso no de entrada ilícita, sino de ilegítimo mantenimiento) a la inviolabilidad del domicilio.

(24) *Vid.* al respecto OCTAVIO DE TOLEDO, *La prevaricación del funcionario público*, Civitas, Madrid, 1980, pp. 448 y ss.

miento político del fenecido Estado franquista! Todo un éxito, por lo demás, que si, de una parte, parece desmentir las amargas consideraciones de la doctrina sobre este extremo (25), de otra nos enfrenta de nuevo a un problema de inconstitucionalidad por infracción del artículo 18.2 en relación con el 14 CE, cerrando así un auténtico círculo vicioso respecto al que nuestros premiosos —por referencia a la inaplazable modificación de la legislación penal— poderes públicos no muestran prisa alguna por romper.

* * *

Es también en 1870, como se ha visto, cuando el Código Penal sustituye dos dicciones anteriores por otras que se mantendrán hasta la actualidad. Me refiero a la indicativa de la conducta, antes «allanar» y ahora «entrar», y a la significativa del objeto de la misma, antes «casa» y ahora «domicilio».

La sustitución del término «casa» por el de «domicilio», seguramente apegada a la similar variación experimentada por los textos constitucionales al declarar la inviolabilidad de una y otro (26), genera el problema de si por éste ha de entenderse algo más amplio o distinto de lo que quiere indicarse con aquélla.

La cuestión se complica, de nuevo, con la entrada en vigor en 1882 de la LECr., que en su artículo 547 establece lo que se reputan por «edificios y lugares públicos para la observancia de lo dispuesto en este capítulo»; en el 554 lo que ha de estimarse «domicilio», para los efectos de los artículos anteriores»; y en el 557 que «las tabernas, casas de comidas, posadas y fondas no se reputarán como domicilio de los que se encuentren o residan en ellas accidental o temporalmente; y lo será tan sólo de los taberneros, hosteleros, posaderos y fondistas que se hallaren a su frente y que habiten allí con sus familias en la parte del edificio a este servicio destinada» (27).

(25) *Vid. supra* nota 12.

(26) Antes del CP de 1870 tales declaraciones fueron: artículo 126 de la *Constitución de Bayona de 1808*: «La casa de todo habitante en el territorio de España y de Indias es un asilo inviolable: no se podrá entrar en ella sino de día y para un objeto especial determinado por una ley, o por una orden que dimane de la autoridad pública»; artículo 306 de la *Constitución de Cádiz de 1812*: «No podrá ser allanada la casa de ningún español, sino en los casos que determine la ley para el buen orden y seguridad del Estado»; artículo 7.º de la *Constitución de la Monarquía Española de 1837*: «No puede ser detenido, ni preso, ni separado de su domicilio ningún español, ni allanada su casa, sino en los casos y en la forma que las leyes prescriban»; artículo 7.º de la *Constitución de la Monarquía Española de 1845*: idéntico contenido que el artículo 7.º de su predecesora (que también se repite en el artículo 8.º de la Constitución no promulgada de 1856). Es precisamente a partir de la *Constitución de la Monarquía Española de 1869*, que inspiraría el CP de 1870, cuando los sucesivos textos constitucionales mutan la mención de la «casa» por la del «domicilio» (arts. 5.º de la Constitución de 1869, 6.º de la Constitución de 1876, 23-5.º del Anteproyecto de Constitución de la Monarquía Española de 1929, 31-párrafo cuarto de la Constitución de la República Española de 1931, 15 del Fuero de los Españoles de 1945 y 18.2 de la actual Constitución).

(27) En otros artículos se establecen reglas respecto a la «habitación u oficina de los representantes de naciones extranjeras acreditadas cerca del Gobierno de España» (arts. 559 y 560), a los buques mercantes o de guerra extranjeros (art. 561) y a las «habitaciones de los cónsules extranjeros y sus oficinas» (art. 562).

Así las cosas, la doctrina se divide entre quienes remiten la determinación del concepto de «domicilio» empleado por el artículo 191 del CP al 554 (con las excepciones del 557) de la LECr. (28), y quienes —bien siguiendo criterios jurisprudenciales al respecto unidos a la idea de evitar «escandalosas impunidades allanatorias» (29), bien por razón de la finalidad de garantía política que persigue el artículo 191 del CP (30), o bien como derivado del entendimiento que se otorga al ámbito de la intimidad domiciliaria (*privacy*) como bien jurídico protegido (31)— propugnan una noción de domicilio más amplia (32) que la proporcionada por dichos artículos 554 y 557 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Ante esta opción, y sobre la base que procuran los tres argumentos acabados de relacionar, me inclino en principio por la segunda tendencia hermenéutica.

En principio, pues, con todo, la solución a este problema depende antes que de otra cosa de la manera en que se interprete el artículo 18.2 CE. A este respecto señala Basile (33) dos modos de entender tal norma.

Uno, vinculando de manera esencial y exclusiva la inviolabilidad del domicilio allí proclamada con el derecho a la intimidad. De donde derivaría que lo tutelado es la «vivienda o morada privada» (eso sí, tan-

(28) FERRER, *Comentarios...*, cit., p. 144; CUELLO CALON, *Parte Especial*, cit., p. 100; RODRÍGUEZ DEVESA, *Parte Especial*, cit., p. 735; RODRÍGUEZ RAMOS, *Libertades...*, cit., p. 274.

(29) QUINTANO, *Comentarios al Código Penal*, 2.ª ed., Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1966, p. 536, en relación con las 896-897.

(31) MORALES, *La tutela...*, cit., pp. 165-166.

(32) Local «cerrable» para QUINTANO (*ob. cit.*, p. 847), que permite abarcar «habitaciones de huéspedes, casetas de reposo o de guardas y hasta «coches-cama» y vehículos ambulantes de funámbulos», aunque no «patios o jardines cerrados»; «lugar de residencia de una persona» para CÓRDOBA Y JORGE (*ob. y pp. cit.*), que permite comprender «tanto los apartamentos y dormitorios hoteleros, como la casa habitación, o los despachos u oficinas donde se ejerce una actividad profesional», esto es, «todos los lugares de residencia (sea o no habitual)» (JORGE), de manera que las fondas o posadas excluidas por el artículo 557 de la LECr. han de considerarse «domicilio» a los efectos del artículo 191 del CP, así como cualquier lugar que merezca este calificativo según la noción inicial del mismo aunque «ostente, en cambio, la cualidad de edificio o lugar público, conforme a la LECr.» (CÓRDOBA); «el contexto espacial en el que se desenvuelve la libertad doméstica» para MORALES (*ob. y pp. cit.*), de manera que en él quedan incluidas las «viviendas, locales de negocios, apartamentos de temporada, habitaciones de hospedaje...», siempre que delimiten un espacio separado del exterior sobre el que se proyecte una voluntad de habitar (transitoria o permanente) y de excluir a terceras personas, con independencia del título por el cual mora el sujeto (propiedad, usufructo, arrendamiento o precario). Asimismo la morada o domicilio deben estar destinadas a actividades propias de la vida privada, profesional o familiar».

(33) «Los «valores superiores», los principios fundamentales y los derechos y libertades públicas», en A. PREDIERI y E. GARCÍA DE ENTERRÍA (dirigido por...), *Constitución Española de 1978. Estudio sistemático*, Civitas, Madrid, 1980, pp. 291-292.

El artículo 18.2 CE dispone: «El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito.»

to la permanente como la ocasional y al margen de que se posea o no en propiedad), con exclusión entonces del «lugar de trabajo u otro lugar para la realización de actividades extradomésticas (la sede de una asociación, por ejemplo)». Tal entendimiento se hallaría avalado por los estrictos términos con que se expresa el artículo 18.2 CE en contraste con los empleados por la Constitución italiana (34). Esta, en su artículo 14, admite limitaciones a la inviolabilidad —por razones de interés público— de origen no judicial que, en cambio, son incompatibles con el tenor del artículo 18.2 CE. En él tan sólo se alude a la entrada y registro (no inspecciones de otra índole) domiciliarios autorizados por resolución judicial (salvo en caso, como única excepción, de delito flagrante). De donde se deduce —dice el autor citado— «que los constituyentes han pretendido excluir todo tipo de limitaciones que no tengan su origen en las exigencias de la justicia penal». Lo que, «para evitar inconvenientes más graves de los que ya así se vislumbran», lleva a pensar que el domicilio no puede considerarse «más que como vivienda o morada privada aparte de los enseres que allí se encuentren» (35).

Pero el artículo 18.2 CE también puede interpretarse en el sentido de que si bien vincula de manera esencial la inviolabilidad del domicilio con el derecho a la intimidad, no lo hace de forma exclusiva. «Entonces —dice Basile— por domicilio habría que entender todo espacio cerrado necesario para el desarrollo de la autonomía de la persona, en actividades domésticas y extradomésticas.» Claro que en este caso, como contrapartida, no quedaría prohibido el establecimiento de «límites distintos a los que exige la justicia penal, por razones de sanidad pública o en atención a los fines económicos y fiscales a los que se refiere el artículo 14 de la Constitución italiana». Aunque, eso sí, el artículo 18.2 CE exige —salvo que medie consentimiento del interesado— la autorización judicial para la puesta en práctica de tales límites (36).

Pues bien, a mi juicio el Tribunal Constitucional parece haberse decantado por esa segunda vía hermenéutica (37), según se desprende

(34) Dice su artículo 14: «El domicilio es inviolable. No podrán efectuarse inspecciones, registros o secuestros a no ser en los casos y en las formas establecidos por la ley con arreglo a las garantías prescritas para la tutela de la libertad personal. Las averiguaciones y las inspecciones por motivos de sanidad y de incolumidad pública o con fines económicos y fiscales se regularán por leyes especiales.»

(35) Parece inclinarse por esta interpretación BAJO, «Protección del honor y de la intimidad», en V.V.A.A., *Comentarios a la legislación penal, I: Derecho Penal y Constitución*, Edersa, Madrid, 1982, p. 106.

(36) «Se trata probablemente —concluye el propio autor (*ob. cit.*, p. 292)— de una garantía excesiva, aunque no tanto como para provocar graves inconvenientes.» No parece compartir esa apreciación y este temor ALZAGA (*La Constitución española de 1978. Comentario sistemático*, Ed. del Foro, Madrid, 1978, p. 208), para quien el artículo 18.2 CE «recoge una formulación prácticamente perfecta».

(37) Comentando el artículo 18.2 CE se inclina por un concepto amplio de domicilio LUCAS VERDÚ, en V.V.A.A., *Constitución española*, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1979, p. 59, aunque excluye los lugares públicos (p. 60: sin indicar

de su sentencia 22/1984, de 17 de febrero, cuando dice (y aunque la cita sea larga merece la pena hacerla pues, al tiempo que permite corroborar el anterior aserto, sirve para indicar en términos bastante exactos el bien jurídico protegido por la incriminación contenida en el artículo 191 CP):

«El artículo 18, apartado 2.º, de la Constitución contiene dos reglas distintas: una tiene carácter genérico o principal, mientras la otra supone una aplicación concreta de la primera y su contenido es por ello más reducido. La regla primera define la inviolabilidad del domicilio, que constituye un auténtico derecho fundamental de la persona, establecido... para garantizar el ámbito de privacidad de ésta dentro del espacio limitado que la propia persona elige y que tiene que caracterizarse precisamente por quedar exento o inmune a las invasiones o agresiones exteriores de otras personas o de la autoridad pública. Como se ha dicho acertadamente, el domicilio inviolable es un espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima. Por ello, a través de este derecho no sólo es objeto de protección el espacio físico en sí mismo considerado, sino lo que en él hay de emanación de la persona y de esfera privada de ella. Interpretada en este sentido, la regla de la inviolabilidad del domicilio es de contenido amplio e impone una extensa serie de garantías y de facultades, en las que se comprenden las de vedar toda clase de invasiones, incluidas las que puedan realizarse sin penetración directa por medio de aparatos mecánicos, electrónicos u otros análogos (38).

La regla segunda establece un doble condicionamiento a la entrada y registro, que consiste en el consentimiento del titular o en la resolución judicial. La interdicción fundamental de este precepto es la del registro domiciliario, entendido como inquisición o pesquisa, para lo cual la entrada no es más que un trámite de carácter instrumental. Contempladas desde esta perspectiva las cosas, puede extraerse la conclusión de que en toda actividad de ejecución de sentencias o decisiones llevada a cabo por los órganos públicos en que se produce, bien que necesariamente, el ingreso de los órganos ejecutores en un domicilio privado, se realiza en mayor o menor medida una inquisición de éste. De la facultad que el titular del derecho sobre el domicilio tiene de impedir la entrada en él es consecuencia que la resolución judicial o la resolución administrativa que ordenan una ejecución que sólo puede llevarse a cabo ingresando en un domicilio privado, por sí solas no conllevan el mandato y la autorización del ingreso, de suerte que cuando éste es negado por el titular debe obtenerse una nueva resolución judicial que autorice la entrada y las actividades que una vez dentro del domicilio pueden ser realizadas. La regla anterior no es aplicable únicamente a los casos en que se trata de una resolución tomada por la Administración en virtud de un principio de autotutela administrativa... A la misma conclusión se puede llegar cuando la decisión que se ejecuta es una reso-

si por ellos entiende los señalados en el artículo 547 de la LECr.). También en comentario al artículo 18.2 CE prefiere remitir el concepto al artículo 554. SERRANO ALBERCA, en V.V.A.A., *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 1985, p. 368.

(38) *Vid.* el sustancialmente coincidente punto de vista al respecto de MORALES, *La tutela...* cit., pp. 162-165.

lución de la jurisdicción ordinaria en materia civil. Si los agentes judiciales encargados de llevar, por ejemplo, a cabo un desahucio o un embargo encuentran cerrada la puerta o el acceso de un domicilio, sólo en virtud de una específica resolución judicial pueden entrar. Por consiguiente, el hecho de encontrarse ejecutando una decisión, judicial o administrativa, legalmente adoptada, no permite la entrada y el registro en un domicilio particular. Sin consentimiento del titular o resolución judicial, el acto es ilícito y constituye violación del derecho, salvo en caso de flagrante delito y salvo, naturalmente, las hipótesis que generan causas de justificación, como puede ocurrir con el estado de necesidad.»

Si se relaciona la tesis implícitamente mantenida en esta sentencia, esto es, la de que (aparte el caso de mediar consentimiento, al margen de la hipótesis de que concurra alguna causa de justificación y además del supuesto de flagrante delito) es posible el establecimiento legal de límites a la inviolabilidad del domicilio siempre y cuando la puesta en práctica de los mismos vaya precedida de válida resolución judicial que específicamente autorice la entrada y, en su caso, registro domiciliarios, con los dos modos de entender el artículo 18.2 CE antes reseñados, debe concluirse que, como congrua contrapartida a la admisión de tales límites, el concepto de «domicilio» constitucionalmente sustentable, y consiguientemente operativo a los efectos del artículo 191 del CP, es el amplio.

* * *

Como se ha visto, la sentencia del Tribunal Constitucional que acaba de reproducir parcialmente indica que, pese a su no expresa mención en el artículo 18.2 CE, ciertas causas de justificación pueden autorizar la práctica de violaciones típicas del domicilio las cuales, por tanto, no generarán responsabilidad penal. Efectivamente, como bien ha apuntado Bajo (39), «las causas de justificación encierran una lógica y una fundamentación tales que no es necesario reconocerlas expresamente a nivel constitucional para confirmar su eficacia».

Muy otra es, por el contrario, la opinión de Serrano Alberca (40), para quien si no hay resolución judicial «no son causa suficiente para la entrada y registro... los supuestos de estado de necesidad... sin la previa declaración de una situación excepcional» (41).

Este último punto de vista, sin duda excesivo, a mi juicio debe rechazarse. Y no sólo por lo que al estado de necesidad respecta, sino también por lo que concierne a la legítima defensa: el fundamento de cada una de ellas, tal y como se concibe en la moderna doctrina penalista, obliga a ello. En cambio, ausente la autorización judicial previa y no dándose alguna de las situaciones extraordinarias a que alude el artículo 55 CE, no resultan admisibles a estos efectos, según

(39) «Protección...», cit., p. 106.

(40) *Comentarios...*, cit., p. 369.

(41) El sentido contrario ALZAGA, *La Constitución...*, cit., p. 209.

creo, las causas de justificación de obediencia debida, ejercicio legítimo del cargo y cumplimiento de un deber. La primera porque sin esos condicionantes nos hallaríamos siempre ante mandatos antijurídicos no obligatorios que, por tanto, transformarían la obediencia en no debida. La segunda porque en igual situación el ejercicio del cargo sería ilegítimo. Y la tercera porque esa misma situación haría que el pretendido deber a cumplir no fuera tal.

Por su parte, el consentimiento del titular del derecho hace inexistente la violación del domicilio y, en su caso (cuando a él va referido), la ilegalidad del registro. Tal se desprende directamente del artículo 18.2 CE y quiere decir tanto como que nos hallamos ante un caso de comportamiento atípico y no ante un supuesto de conducta típica (la violación del domicilio y/o el registro ilegal) justificada por la concurrencia del consentimiento. Conclusión esta que también se alcanza a partir del examen de los tipos contenidos en el número 1.º y en el primer párrafo del número 2.º del artículo 191 del CP, que contienen como elemento negativo la ausencia de consentimiento del titular del derecho (42). Un error sobre la misma habrá de considerarse, por consiguiente, no error de prohibición sino de tipo, a tratar conforme a los dos primeros párrafos del artículo 6 bis a) del Código Penal (43).

Aparte la necesidad de que el consentimiento se preste antes de la consumación del delito y de que en tal prestación no medie engaño, ni amenaza, ni coacción (44), también se afirma generalmente que no basta un consentimiento presunto (45), ni siquiera tácito (46), y sí en cambio (a la vista del artículo 551 de la LECr.), además del expreso, el otorgado a través de actos concluyentes (47), aunque —como acertadamente añade Córdoba (48)— «concurrirá un tal consentimiento cuando el indicado sujeto admita la entrada a conciencia de todos los elementos que la caracterizan. En virtud de esta exigencia intelectual —concluye—, el consentimiento únicamente podrá ser estimado si el titular del domicilio sabe que por no estar permitida la entrada por la ley, puede él válidamente oponerse a ella», sin que a esta apreciación quepa oponer el artículo 551 de la LECr., pues —al

(42) En el mismo sentido RODRÍGUEZ DEVESA, *Parte Especial*, cit., p. 735; RODRÍGUEZ RAMOS, *Libertades...*, cit., p. 276; GARCÍA VITORIA, *El derecho...*, cit., p. 81; JORGE, *El allanamiento...*, cit., p. 98. Consideran el consentimiento causa de justificación MUÑOZ CONDE, *Parte Especial*, cit., p. 593; MORALES, *La tutela...*, cit., p. 166; BUSTOS, *Parte Especial*, cit., p. 376.

(43) Al contrario MUÑOZ CONDE, *Parte Especial*, cit., p. 593.

(44) Vid. por todos JORGE, *El allanamiento...*, cit., p. 98.

(45) RODRÍGUEZ DEVESA, *Parte Especial*, cit., p. 735; RODRÍGUEZ RAMOS, *Libertades...*, cit., pp. 276-277; ALZAGA, *La Constitución...*, cit., p. 208; BAJO, «Protección...», cit., p. 107; JORGE, *El allanamiento...*, cit., p. 98.

(46) RODRÍGUEZ DEVESA, ob. y p. últ. cits.

(47) Por todos JORGE, *El allanamiento...*, cit., p. 98. SERRANO ALBERCA, *Comentarios...*, cit., p. 368, identifica el consentimiento a que se refiere el artículo 551 de la LECr. con un consentimiento presunto.

(48) *Comentarios...*, cit., pp. 348-349.

margen de que circunscribe sus efectos al ámbito de la ley en que está situado— sus términos procede interpretarlos en el mismo sentido.

La lícita resolución judicial que autorice —en los términos del artículo 558 de la LECr.— la entrada y, en su caso, el registro del domicilio de que se trate, es una de las cuatro hipótesis incluíbles en los «casos permitidos por las leyes» a que asimismo se refieren los números 1.º y 2.º del artículo 191 del CP. Son las otras tres el supuesto de flagrante delito mencionado por el artículo 18.2 CE y las suspensiones del derecho reconocido por este artículo que posibilita el 55 del propio texto constitucional: declaración de estado de excepción o de sitio en que el Congreso autorice tal suspensión (arts. 116.3 y 4 CE y 17 de la Ley Orgánica 9/1981, de 1 de junio, sobre los estados de Alarma, Excepción y Sitio) y L.O. que disponga lo propio «para personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas» (art. 16 de la L.O. 9/1984, de 26 de diciembre, sobre la actuación de Bandas armadas y Elementos terroristas y de desarrollo del artículo 55.2 de la Constitución). En todos estos casos la entrada y el registro en el domicilio son igualmente comportamientos atípicos (49). Así se deriva del rechazo de la tesis de los «tipos abiertos» (50) y correlativa imposibilidad de calificar de este modo a los contenidos en el artículo 191 del CP, por lo que se refiere a los elementos negativos de falta de consentimiento y ausencia de casos permitidos por las leyes. Ello también aparece fundado, por lo que atañe a los dos primeros de estos cuatro supuestos, en el carácter «enteramente imperativo» (sin perjuicio de su desarrollo) (51) que se atribuye al artículo 18.2 CE.

El hecho de que, por efecto de ese mismo carácter imperativo del artículo 18.2 CE, sea absolutamente indispensable —salvo en los casos acabados de indicar y en los de consentimiento, flagrante delito y concurrencia de causa de justificación— una específica resolución judicial que autorice la entrada y, en su caso, el registro domiciliario (conforme señala la sentencia del Tribunal Constitucional antes parcialmente reproducida), hace que pueda ponerse en cuestión la constitucionalidad de varias disposiciones legales. Así:

— La del artículo 553 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que dispone:

«Los agentes de policía podrán asimismo proceder de propia autoridad al registro de un lugar habitado cuando haya mandamiento de prisión contra una persona y traten de llevar a efecto su captura, cuando un individuo sea sorprendido en flagrante delito o cuando un delincuente inmediatamente perseguido por los agentes de la autoridad, se ocultó o refugie en alguna casa.»

(49) Justificados según MUÑOZ CONDE, *Parte Especial*, cit., p. 593, y MORALES, *La tutela...*, cit., p. 166. Sobre este particular sí se muestra favorable a la idea de atipicidad BUSTOS, *Parte Especial*, cit., pp. 376-377.

(50) Vid. OCTAVIO DE TOLEDO-HUERTA, *Derecho Penal, Parte General*: «Teoría jurídica del delito», 2.ª ed., Ed. Rafael Castellanos, Madrid, 1986, pp. 165 y ss.

(51) ALZAGA, *La Constitución...*, cit., pp. 208 i.f.-209.

Los supuestos problemáticos son, evidentemente, el primero y el tercero de los que este artículo enuncia (52). Respecto de ellos es imposible apreciar, según lo antes dicho, lo que más inmediatamente sugieren: esto es, que en ambos casos los agentes de policía se encuentran bien en el ejercicio legítimo de su cargo o bien en el cumplimiento de un deber y que, de esta forma, su comportamiento típico se halla justificado. Pues la ausencia de la constitucionalmente impuesta (con directa eficacia) resolución judicial previa (53), hace —concretamente, aunque quizá no en abstracto— ilegítimo el ejercicio del cargo e inexistente (en los mismos términos) el pretendido deber. Ello obliga —para preservar la compatibilidad de este artículo con el 18.2 CE— a buscar otros ámbitos de justificación que, en mi opinión, son los del estado de necesidad: al cabo en las dos hipótesis se da un conflicto entre los intereses de la administración de justicia que protege el artículo 359 del CP y el derecho a la inviolabilidad del domicilio como garantía jurídico-política que ampara el artículo 191 del mismo cuerpo legal. De compartirse este criterio la conclusión sería que el artículo 553 de la LECr. es innecesario dada la eficacia en este campo de la indicada causa de justificación. En todo caso no parece que pueda admitirse la expresión «de propia autoridad» que dicho artículo utiliza, salvo por lo que a la hipótesis de delito flagrante concierne. Dicho sea todo lo anterior sin perjuicio de que el tercer supuesto de los incluidos en el artículo 553 de la LECr. pueda entenderse abarcado, precisamente, en el «caso de flagrante delito» (excepcionado de la autorización judicial previa por el artículo 18.2 CE) en los términos de lo dispuesto por el párrafo tercero del artículo 779. Primera de la propia LECr.: de ser así sería clara su constitucionalidad.

— La del artículo 11 de la Ley de Orden Público de 30 de julio de 1959 (54), conforme al cual:

«La autoridad gubernativa y sus agentes no podrán entrar en el domicilio de una persona sin su consentimiento o mandamiento judicial, salvo en los casos siguientes:

»Primero. Cuando fueren agredidos desde él.

»Segundo. En los casos de flagrante delito, tanto para la persecución de los presuntos culpables como para la ocupación de los instru-

(52) Respecto a lo que deba entenderse por «caso de flagrante delito» en el sentido del artículo 18.2 CP y los límites de tal caso, *vid.*, BAJO, «Protección...», cit., pp. 108 y ss.

(53) No puede estimarse tal, en el sentido del artículo 18.2 CP conforme ya hemos visto que lo interpreta el tribunal Constitucional (resolución judicial específica de entrada y, en su caso, registro), el mandamiento de prisión a que se refiere el primer caso de los recogidos en el artículo 553 de la LECr. En los términos en que el artículo 505 de este mismo cuerpo legal se refiere a dicho mandamiento, éste nunca se identificará con la resolución judicial de entrada y, en su caso, registro domiciliario regulada en la artículo 558 de la propia LECr.

(54) Ley que, a contrario, declara en vigor la Disposición Derogatoria de la L.O. 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio. Obsérvese que en el citado artículo 11 de la LOP (ya del año 1959) no se discrimina como en el artículo 191 del CP y 15 del Fuero de los Españoles a los extranjeros respecto a los nacionales.

mentos y efectos del mismo y de cuanto pueda servir para su comprobación.

»Tercero. Cuando en aquél se produjeran alteraciones que perturbaran el orden.

»Cuarto. Si fueren requeridos por sus moradores.

»Quinto. Cuando fuere necesario hacerlo para auxiliar a las personas o evitar daños inminentes y graves en las cosas.

»[.....].»

A juicio de Serrano Alberca (55) «de todos estos supuestos quedarían fuera del delito flagrante (única hipótesis que el artículo 18.2 CE exceptúa del requisito de resolución judicial previa) la agresión desde el interior si no es delito, las simples alteraciones o perturbaciones del orden y el supuesto de necesidad». «Y la consecuencia inmediata», añade, «sería su inconstitucionalidad.» A mi entender es preciso introducir mayores matizaciones al respecto. Así:

En cuanto al apartado primero, debe estimarse inconstitucional en la medida en que la agresión a que se refiere no quepa identificarla con aquella que genera un legítimo derecho de defensa (56), pues en este caso nos hallaríamos ante un comportamiento justificado en relación con el que no rige, de acuerdo con lo ya dicho sobre el particular, la exigencia constitucional de resolución judicial previa. Así las cosas, la interpretación que parece más adecuada es la de que, dada la indefinición legal al respecto, la LOP no se refiere a una «agresión ilegítima» en el sentido del artículo 8.4 del CP, pues en tal caso incorporaría una norma superflua por redundante habida cuenta la general eficacia de la referida causa de justificación. De ser así se trataría, efectivamente, de un precepto inconstitucional; en caso contrario, de un precepto innecesario; y si lo que se concluye es que abarca tanto agresiones generadoras de legítimo derecho de defensa como agresiones insuficientes para originarlo, sería inconstitucional en cuanto a esto último y reiterativo en cuanto a lo primero.

Por lo que concierne al apartado segundo, cierto es que la Constitución exonera de la necesidad de resolución judicial previa el «caso

(55) *Comentarios...*, cit., p. 369; recuérdese que, como queda indicado, en opinión de este autor el artículo 18.2 CE impide considerar compatibles con la Constitución las entradas y registros domiciliarios no autorizados por resolución judicial previa incluso en supuestos de estado de necesidad (salvo en casos de declaración anterior de una «situación excepcional»).

(56) Agresión ésta última que, según creo, no necesariamente ha de equivaler a aquella que quepa calificar de delito (cuando así sea, por otra parte, normalmente nos hallaremos ante el supuesto de delito flagrante a que aluden tanto el artículo 18.2 CE como el 11-Segundo de la LOP): vid. OCTAVIO DE TOLEDO-HUERTA, *Parte General*, cit., pp. 213 i.f. y ss., donde se concluye (p. 220) que, a los efectos del artículo 8.4.º del CP, «agresión ilegítima es toda conducta activa u omisiva, dolosa o imprudente, que ponga en peligro de inminente lesión bienes juridicopenalmente protegidos, de carácter individual, y suponga el camino, en caso de no ser frenada a tiempo por la reacción defensiva, para llegar a constituir un delito o falta consumados contra dichos bienes (sólo delito en caso de agresión a bienes patrimoniales o a la morada)». Conviene advertir que las agresiones calificables de falta no satisfacen las exigencias del supuesto de «delito» flagrante: vid. al respecto Bajo, «Protección...», cit., p. 108.

de flagrante delito», pero para determinar la constitucionalidad del artículo 11-Segundo de la LOP es preciso resolver antes la cuestión del alcance de la salvedad constitucional, ya que, en efecto, sobre este extremo se plantea el interrogante de si la concurrencia de flagrante delito consiente el registro domiciliario. Pues bien, en opinión de Bajo (57) el artículo 18.2 CE tan sólo admite, en caso de flagrante delito, que tras la entrada se lleve a cabo un registro con objeto de hallar al delincuente en el domicilio, no permite en cambio el registro tendente a la obtención de pruebas: «Esta interpretación restrictiva», dice, «se deriva... de la especial protección dada a los derechos fundamentales y de la referencia del artículo 779 de la LECr. al delincuente “sorprendido”». «En efecto», añade, «este precepto de la ley procesal define “delito flagrante” en función de que el delincuente sea “sorprendido”. Y continúa: “Se entenderá sorprendido en el acto no sólo el delincuente que fuere cogido en el momento de estar cometiendo el delito, sino el detenido o perseguido inmediatamente después de cometerlo, si la persecución durare o no se suspendiere mientras el delincuente no se ponga fuera del inmediato alcance de los que le persiguen.” Es decir, concluye, si la desaparición del delincuente de la escena de la persecución elimina el concepto de “delito flagrante”, cuando la Constitución entiende éste como excepción a la prohibición de entrada o registro, está pensando en el registro para hallar al delincuente.» Lo que —de aceptarse esta suscribible interpretación— implica que el artículo 11-Segundo de la LOP es inconstitucional en lo que se refiere a su pretensión de legitimar, en casos de flagrante delito, registros distintos del acabado de indicar.

Respecto al supuesto de que en el domicilio «se produjeran alteraciones que perturbaren el orden» (art. 11-Tercero de la LOP), debe advertirse que en la medida en que éstas no engendren legítima defensa (en cuanto las alteraciones se materialicen en «agresiones ilegítimas» contra bienes jurídico-penalmente protegidos de titularidad individual) o estado de necesidad, o bien no supongan un flagrante delito, tampoco puede estimarse compatible con el artículo 18.2 CE. Lo que reproduce la situación ya comentada en relación con el apartado primero.

Finalmente, por lo que atañe a los apartados cuarto y quinto del repetido artículo 11 de la LOP, estimo que son redundantes y que por ello huelgan: el cuarto se viene a identificar con el consentimiento mediante actos concluyentes y el quinto refleja una situación de necesidad justificante de la violación del domicilio.

— La del artículo 141 de la Ley General Tributaria de 28 de diciembre de 1963 (parcialmente modificada por la Ley 10/1985, de 26 de abril), según el cual:

«1. Los inspectores de los tributos podrán entrar en las fincas, locales de negocio y demás establecimientos o lugares en que se des-

(57) «Protección...», cit., pp. 108 i.f.-109.

arrollen actividades o explotaciones sometidas a gravamen para ejercer las funciones prevenidas en el artículo 109 de esta ley.

»2. Cuando el dueño o morador de la finca o edificio o la persona bajo cuya custodia se hallare el mismo se opusieren a la entrada de los inspectores, no podrán llevar a cabo éstos su reconocimiento sin la previa autorización escrita del delegado o subdelegado de Hacienda; cuando se refiera al domicilio particular de cualquier español o extranjero será preciso la obtención del oportuno mandamiento judicial» (58).

A pesar de las precauciones que este artículo adopta en su número 2.º respecto al domicilio particular (59), en tanto los sitios a que se refiere el número 1.º puedan calificarse de «domicilio» de acuerdo con el concepto amplio de éste que, conforme queda indicado, acoge el artículo 18.2 CE, la presente disposición de la LGT (60) debe esti-

(58) Se corresponde a este artículo el 39 del Real Decreto 939/1986, de 25 de abril (B.O.E. núm. 115, de 14 de mayo; corrección de errores en el *Boletín Oficial del Estado* número 183, de 1 de agosto), por el que se aprueba el Reglamento General de Inspección de los Tributos, que dice lo siguiente:

«1. La Inspección de los Tributos podrá entrar en las fincas, locales de negocio y demás establecimientos o lugares en que se desarrollen actividades o explotaciones sometidas a gravamen, existan bienes sujetos a tributación o bien se produzcan hechos imponibles o exista alguna prueba de los mismos, siempre que lo juzguen conveniente para la práctica de cualesquiera actuaciones y, en particular, para reconocer los bienes, despachos, instalaciones o explotaciones del interesado, practicando cuantas actuaciones probatorias conexas sean necesarias.

»2. Se precisará autorización escrita, firmada por el delegado o administrador de Hacienda territorialmente competente, o por el director general correspondiente, cuando la entrada y reconocimiento se intenten fuera del horario usual de funcionamiento o desarrollo de la actividad o respecto de fincas o lugares donde no se desarrollen actividades de la Administración pública o bien de naturaleza empresarial o profesional.

»La misma autorización será precisa cuando el interesado o la persona bajo cuya custodia se encuentren las fincas se opusieren a la entrada de la inspección, sin perjuicio, en todo caso, de la adopción de las medidas cautelares que procedan. Los interesados deberán siempre, sin más trámite, permitir el acceso de la inspección a sus oficinas donde hayan de tener a disposición de aquella durante la jornada laboral aprobada para cada Empresa su contabilidad y demás documentos y justificantes concernientes a su negocio. Del mismo modo, los jefes de las unidades administrativas correspondientes permitirán el acceso de la inspección a los registros, despachos, dependencias u oficinas de entes integrados en cualesquiera Administraciones públicas.

»3. Cuando la entrada y reconocimiento se refieran al domicilio particular de una persona física será precisa la obtención del oportuno mandamiento judicial, si no mediare consentimiento del interesado. Si la misma finca se destina a casa-habitación y al ejercicio de una actividad profesional o económica con accesos diferentes y clara separación entre las partes destinadas a cada fin, se entenderá que la entrada a las habitaciones donde se desarrolle una actividad profesional o económica no lo es al domicilio particular.

»A estos efectos, se considerará domicilio particular no sólo la vivienda que sirva de residencia habitual a una persona física sino, asimismo, cualquier vivienda o lugar que sirva efectivamente de morada.

»4. Se considerará que el interesado o el custodio de las fincas prestan su conformidad a la entrada o reconocimiento cuando ejecuten los actos normalmente necesarios que de ellos dependan para que aquellas operaciones puedan llevarse a cabo. No obstante, cuando la entrada y reconocimiento se refieran a un domicilio particular se requerirá expresamente del interesado si consiente el acceso, advirtiéndole de sus derechos.»

(59) Matizadas todavía más en el número 3 del artículo 39 del Reglamento General de la Inspección de Tributos transcrito en la nota anterior.

(60) Como la del artículo 39 del Reglamento General de la Inspección de Tributos.

marse inconstitucional (61) salvo, precisamente, en lo que dice sobre entrada en domicilios particulares. Ello es así —a partir de la referida premisa— porque ni esos casos puede identificarse (según lo antes dicho al respecto) con alguno de los «permitidos por las leyes» a que alude (como elemento negativo del tipo) el artículo 191 del CP, ni tampoco con alguna de las causas de justificación de posible aplicación en esta materia, ni por último en tales casos dicho precepto exige la resolución judicial previa impuesta por el artículo 18.2 CE.

* * *

Como antes decía, otra de las modificaciones operadas en 1870 —que también habría de permanecer— respecto a lo establecido por los precedentes Códigos penales, consistió en abandonar en la descripción típica del delito de violación del domicilio el verbo «allanar» —para denotar la conducta incriminada— y sustituirlo por el de «entrar en el domicilio». De no haberse llevado a cabo tal variación, posiblemente no habría surgido el interrogante en torno a sí, además de la entrada propiamente tal, el tipo admite como forma de realización la de que el sujeto activo se mantenga o permanezca en el domicilio contra la voluntad del titular del derecho, tras haber accedido al mismo merced al válido consentimiento que dicho titular prestó inicialmente.

Y, sin embargo, en la referida variación de la fórmula típica no puede hallarse más voluntad innovadora que la de adaptar el texto del Código Penal a la terminología constitucional del momento. Efectivamente: mientras las constituciones de 1812 (art. 306), 1837 (art. 7.º) y 1845 (art. 7.º) proclamaron el derecho de los españoles a que su casa no fuese «allanada», los Códigos penales de 1822 (art. 243, 4.º), 1848 (art. 290) y 1850 (art. 299) incriminaron la conducta de los funcionarios públicos que «allanasen» la casa de los españoles (CP de 1822) o de cualquier persona (Códigos de 1848 y 1850). Es de destacar que en tanto las constituciones y los Códigos penales emplearon estos términos, ni en unas ni en otros se hizo referencia al «registro» de la casa. Cuando las constituciones de 1869 (art. 5.º), 1876 (art. 6.º), 1931 (art. 31, párrafo cuarto), el Fuero de los Españoles (art. 15) y la Constitución de 1978 (art. 18.2) se han referido a «entrar en el domicilio» y han proscrito el «registro» ilegal de los mismos, los Códigos penales de 1870 (art. 215 a 217), 1932 (art. 205), 1944 (art. 191) y el actual (art. 191) han tipificado el comportamiento del funcionario público

(61) No así, en cambio, el artículo 130 de la propia LGT que exige la autorización previa del juez de paz. *Vid.* respecto a las competencias de éste el artículo 100 LOPJ.

En relación con el artículo 18 de la Ley 40/1979, de 10 de diciembre, modificada por la L.O. 10/1983, de 16 de agosto, sobre Régimen Jurídico de Control de Cambios, referido al acceso a diferentes locales por parte de los miembros de la Comisión de Vigilancia de las Infracciones de Control de Cambios en cumplimiento de sus cometidos investigadores, dado que remite la regulación de las entradas en cualquier lugar cerrado a la LECr., debe ser objeto de las mismas observaciones que respecto al artículo 553 de este cuerpo legal he hecho anteriormente.

que «entrare» en domicilio y, en su caso, practicara en el mismo el «registro» de papeles y efectos.

La cuestión es entonces si en cada uno de estos dos momentos históricos se estaban diciendo, tanto en el ámbito constitucional como en el de la legislación penal, realmente cosas distintas o de diferente alcance. A este respecto la lógica más elemental conduce a dar una respuesta negativa: aunque la terminología variara, el derecho proclamado constitucionalmente y penalmente protegido frente a los abusos estatales ha permanecido siempre uno y el mismo.

Es interesante reparar en que el principal argumento (aparte el de acoger el más estricto sentido literal en la interpretación de lo que sea «entrar») en contra de admitir la tipicidad, a los efectos del artículo 191 del CP, de la permanencia de los funcionarios en domicilio ajeno contra la voluntad del titular del derecho tras haber penetrado consentidamente en aquél, proviene de trazar un paralelismo sistemático de dudosa consistencia si se examina desde la perspectiva histórica.

Dicho paralelo es el que se establece entre el artículo 191 del CP y el concomitante delito de allanamiento de morada del 490. Mientras en el primero se habla tan sólo de la acción de «entrar» en el domicilio —se dice—, en el segundo se incrimina, además, el comportamiento de quien sin habitar en la morada «se mantuviere en la misma contra la voluntad de su morador». De donde se infiere que el artículo 191 del CP, a diferencia del 490 del mismo cuerpo legal, presenta una laguna de tipicidad por lo que al «mantenerse» en el domicilio respecta. Esta conclusión se asentaría en la lógica de un viejo brocardo: si en un caso la ley distingue y en otra no, «donde la ley no distingue no es dado distinguir al intérprete». Con ello se olvidarían, sin embargo, dos cosas:

Primera, que las incriminaciones del artículo 191 (como las de sus precedentes hasta el CP de 1870 inclusive, así como las declaraciones al respecto de las constituciones correspondientes a esos códigos) no son ajenas a toda manifestación del «mantenerse» en el domicilio. Pues, si bien se castiga inicialmente el «entrar» en el mismo, asimismo se tipifica el «registro» in consentido de papeles y efectos que en él se hallaren; registro que inexorablemente demanda el mantenimiento, sin o contra la voluntad del titular del derecho, del sujeto activo en el domicilio. En vía teórica entre la entrada en el domicilio y la específica forma de mantenerse en él que implica el registro acabado de aludir, se puede hipotetizar una gran diversidad de situaciones que también supongan la permanencia, tras lícita entrada, en el domicilio. Pero en la práctica el número de esas situaciones será realmente reducido. Con todo, en la medida en que las mismas pueden subsistir, cabe denunciar todavía la laguna de tipicidad. Aunque, desde luego, ya no en los términos generales con que la doctrina suele hacerlo, dado que la más grave y frecuente forma en que los funcionarios públicos se mantendrían en el domicilio (aquella que se deriva del registro que en él practiquen) sí se encuentra incriminada.

Segunda —y fundamentalmente— el peculiar origen histórico tan-

to de la pretendida ampliación típica del delito común de allanamiento de morada, cuanto del que pudiera estimarse «olvido» de llevar a cabo una similar operación ampliatoria de la tipicidad correspondiente al delito especial de violación del domicilio.

En relación con el delito de allanamiento de morada (art. 490 del CP actual), circunscrito en los Códigos penales de 1848 y 1870 también al «entrar» en morada ajena, fue el artículo 688 del CP de 1928 el que introdujo, junto a esa modalidad típica, la de «mantenerse» en la morada contra la voluntad de su morador. No realizó, en cambio, una similar modificación en el tipo del delito de violación del domicilio cometida por funcionario; la razón de ello (en su caso) es elemental y queda ya apuntada: el CP de 1928 dejó en vigor al de 1870 en esta materia como en otras que se pensaban regular mediante leyes especiales; lo que no llegó a suceder. El CP de 1932 retrotrajo la redacción de ambos tipos a la de 1870 (con las supresiones ya señaladas de los artículos 216 y 217 de éste último), redacción que (con las modificaciones antes indicadas, que no afectaron al presente extremo) mantuvo el CP de 1944. Fue la Ley de 7 de abril de 1952 la que reintrodujo la variación operada en 1928 y dio al artículo 490 del CP (sin retocar por el contrario el 191) la conformación que todavía tiene. La Ley de 1952 explicaba así la mutación que realizaba: «... la forma pasiva de esta figura delictiva regulada por el Código español de 1928 ha desaparecido de nuestra legislación sin explicación plausible, puesto que tal delito se comete tanto por la resistencia que oponga una persona a salir del domicilio ajeno cuando al efecto lo requiera el dueño de la casa, como por el ingreso arbitrario en ella».

Si se considera bien el anterior proceso histórico, todo se vuelven preguntas a las que pueden darse tanto unas como las contrarias respuestas: ¿de haberse materializado la pretendida regulación especial de la violación del domicilio que se pensó en 1928, se habría reformado este delito de manera pareja a la ampliación del allanamiento de morada?, ¿se habría considerado, por el contrario, innecesaria tal reforma en vista de la tipicidad del «registro» o en atención a ser factible una interpretación no gramaticalmente rigorista de la expresión «entrar»? ¿habida cuenta la modificación del allanamiento de morada que se efectuó en 1952, de ella cabe inferir un olvido respecto a la precisión de ampliar también la violación del domicilio?, ¿cabe pensar, inversamente, que si en 1952 no se varió la violación del domicilio, ello responde a que se estimó innecesario por advertirse tanto la tipicidad del «registro» como la posibilidad de entender la acción de «entrar» de forma no inexcusablemente literal? Las preguntas podrían multiplicarse inmiscuyendo otras variables (así, por ejemplo, la posible diferencia entre domicilio y morada, la diversidad típica que representa la exigencia, en el allanamiento, de entrar «contra la voluntad del morador» frente a la más laxa demanda, en la violación del domicilio, de entrar «sin el consentimiento» del titular del derecho). Las respuestas podrían igualmente ser muchas y, en gran cantidad de ocasiones, incluso contrapuestas y sin embargo fundadas.

Con lo anterior quiero, en definitiva, poner de relieve que nada de-

terminante puede extraerse del argumento sistemático consistente en comparar las tipicidades del allanamiento de morada y de la violación del domicilio. Y que, por tanto, antes de que, simplemente, por la fuerza aparente de esa comparación se concluya que hay un defecto en el tipo del segundo de estos delitos (siquiera haya de matizarse en consideración a la tipicidad del «registro»), es menester intentar una hermenéutica del artículo 191 del CP a la luz de sus fundamentos propios, generadores de modos de interpretación más convincentes.

Es el primero de ellos uno ya apuntado: la permanencia en el tiempo, a través de las distintas constituciones, de la proclamación de un mismo derecho fundamental establecedor de idéntica garantía jurídico-política: el derecho a la intimidad y la garantía de la inviolabilidad del domicilio. Ante tal igualdad de las normas supremas, no cabe admitir una magnitud distinta en el núcleo de las correspondientes protecciones penales del mismo interés. Lo que significa, a mi juicio, que la tutela penal de ese bien jurídico ha tenido la misma extensión típica cuando el respectivo Código Penal (en consonancia con la Constitución correlativa) hablaba de «allanar», que cuando han incriminado la «entrada» y «registro». Claro que para sostener tal punto de vista es preciso no identificar la conducta de «entrar» con la de, simplemente, trasponer un cierto umbral físico: «entrar» en el domicilio ajeno, en el sentido del tipo del artículo 191.1 del CP, es lo anterior cuando se practica sin el consentimiento del titular del derecho a la inviolabilidad del domicilio (y sin que concurra alguno de los «casos permitidos por las leyes») y, además, es permanecer en el domicilio en contra de la voluntad de ese mismo titular desde el mismo momento en que dicha voluntad contraria se ha puesto de manifiesto (siempre que tampoco concurra alguno de los referidos casos de permisión legal).

Un segundo argumento que, a partir de considerar el anterior, abunda en la validez de la anterior línea interpretativa, queda igualmente reseñado. Me refiero al entendimiento del derecho a la inviolabilidad del domicilio patrocinado por la sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de febrero de 1984 —antes parcialmente transcrita—, que en ella se sostiene pese a que también el artículo 18.2 CE hable —como el 191 del CP— de «entrada» (y «registro») en el domicilio ajeno. Recordemos lo afirmado por dicho Tribunal en esa resolución:

«...a través de este derecho no sólo es objeto de protección el espacio físico en sí mismo considerado, sino lo que en él hay de emanación de la persona y de esfera privada de ella. Interpretada en este sentido, la regla de la inviolabilidad del domicilio es de contenido amplio e impone una extensa serie de garantías y de facultades, en las que se comprenden las de vedar toda clase de invasiones, incluidas las que puedan realizarse sin penetración directa por medio de aparatos mecánicos, electrónicos u otros análogos».

Así las cosas, una de dos: o el artículo 191 del CP es, también por esta causa, inconstitucional (de nuevo por omisión) al ofrecer una la-

guna de tipicidad por lo que a determinados casos de «mantenimiento» en el domicilio ajeno se refiere, o debe (y puede) interpretarse la expresión «entrare en el domicilio» de manera tal que dicha laguna quede cubierta. De entre estas dos opciones me quedo con la segunda.

Por lo demás la solución de intentar subvenir la pretendida laguna de tipicidad mediante el recurso a los artículos 194, 490 ó 496 del CP, presenta aquí los mismos inconvenientes que ya vimos suponía respecto a la desprotección de la inviolabilidad del domicilio de los extranjeros que se encuentren en España. Las dificultades que estos artículos ofrecen para rellenar, en todo caso, ambas lagunas, pueden llevar a aconsejar prácticas sorprendentes: así, el extranjero que vea invadido ilegítimamente su domicilio por funcionarios públicos o el español o extranjero que vea desatendida su lícita voluntad contraria a la permanencia de tales funcionarios en su domicilio (una vez consentida la entrada de los mismos en él), lo mejor que puede hacer para evitar la impunidad de esos sujetos por su comportamiento atípico a los efectos del artículo 191 del CP, es resistirse frente a ellos de manera tal (lo que hará conforme a Derecho dada la agresión de que es objeto: y aquí vuelve a plantearse lo que haya de entenderse por «entrada» en el sentido del artículo 8.4, 1.º del CP) que provoque la reacción violenta de los funcionarios: a partir de ese momento resultará ya plenamente aplicable el artículo 496 del CP. Antes que esto el más común de los sentidos jurídicos parece aconsejar una —perfectamente viable según se ha visto— interpretación más amplia de lo que sea «entrar» que la ordinariamente patrocinada en doctrina.

La política sobre drogas en España, a la luz de las tendencias internacionales. Evolución reciente

JOSE LUIS DIEZ RIPOLLES

Catedrático de Derecho Penal Universidad de Málaga

1. INTRODUCCION

El presente trabajo pretende analizar las últimas tendencias internacionales y españolas que se están apreciando en relación con la problemática del tráfico y consumo de drogas. Nos encontramos en un momento especialmente interesante, ya que en Naciones Unidas se está preparando un nuevo proyecto de Convención al considerar insuficientes las existentes. El Parlamento europeo ha decidido tomar cartas en el asunto urgiendo a los Estados miembros a realizar una determinada política al respecto, y el Parlamento y Gobierno españoles están desarrollando en este campo una actividad inusitada hasta hace poco tiempo. Además, en buena medida, no se trata simplemente de mayores preocupaciones o actuaciones, sino de un cambio de sesgo significativo.

En cualquier caso se trata de un análisis de política social y no meramente político-criminal. Si hubiera optado por esto último, como suele ser frecuente entre los penalistas, se hubiera perdido la debida perspectiva en un fenómeno que sólo parcialmente debe ser abordado de modo represivo. Ello explica que con frecuencia me ocupe de aspectos ligados a la reducción de la demanda, y no sólo de la oferta, por más que, una vez definidas las pautas globales de actuación, cuando se trata de entrar en detalles atienda básicamente a los ligados a la vertiente represiva.

El doble análisis internacional y nacional, y la confrontación realizada entre ellos, resulta por otro lado de especial interés en un momento en que se cuestiona que España mantenga la debida coordinación con la política internacional vigente, además de ser desde cualquier punto de vista imprescindible dada la interconexión que se registra entre los ámbitos nacional e internacional desde hace bastante tiempo.

2. TENDENCIAS RECIENTES EN NACIONES UNIDAS

Podemos considerar a las resoluciones 39/141 y 39/142 de la Asamblea general de las Naciones Unidas, adoptadas el 14 de diciembre de 1984, como el inicio de una política sobre drogas del citado organismo que va a poseer caracteres peculiares respecto a las etapas anteriores. Las resoluciones, denominadas respectivamente «Campaña internacional contra el tráfico de drogas» y «Declaración sobre la lucha contra el narcotráfico y el uso indebido de drogas», muestran una serie de notas comunes (1): Ante todo, la calificación del narcotráfico y del uso indebido de drogas como un problema que merece tratamiento urgente y máxima prioridad. Como justificación de tal actitud se alude a la grave amenaza que tales actividades implican para el desarrollo económico y social de los pueblos, para su salud pública y bienestar físico y moral, con especial incidencia sobre la juventud, y para su seguridad. Interesante resulta destacar, igualmente, la ausencia de distinciones entre la demanda y el consumo de drogas por un lado y su producción y tráfico por otro, a la hora de calificar todos esos comportamientos como actividades ilícitas y criminales, necesitadas de prevención y de sanción.

Pero lo que va a condicionar decisivamente la actitud de las Naciones Unidas a partir de ese momento es la idea de que una lucha eficaz contra el narcotráfico y el uso indebido de drogas exige la adopción de medidas adicionales a las hasta ahora utilizadas: En consecuencia, la primera de las Resoluciones citadas pide a la Comisión de Estupeficientes, a través del Consejo Económico y Social, «que comience con carácter prioritario la elaboración de un proyecto de convención contra el narcotráfico que contemple en conjunto los aspectos del problema y, en especial, los no previstos en los instrumentos existentes». Ello va a dar lugar, como se verá, a una flexión significativa en la política criminal sobre las drogas en los órganos competentes de las Naciones Unidas.

El requerimiento realizado por la Asamblea general es entendido, quizá porque esa era su pretensión, en clave represiva. A continuación van a emanar de la Comisión de estupeficientes una pluralidad de documentos de trabajo que contienen, en una proporción abrumadora, una serie de propuestas encaminadas a intensificar las actuales medidas represivas del narcotráfico, así como a idear otras nuevas que cubran aspectos hasta ahora no atendidos.

Sólo un mes tras la aprobación de las citadas Resoluciones aparece el documento titulado «Iniciación de la elaboración de un proyecto de convención contra el narcotráfico», configurado como una Nota del Secretario General (2). En él, además de comenzarse a estudiar medi-

(1) Véase «Declaración sobre la lucha contra el narcotráfico y el uso indebido de drogas». Departamento de información pública. Naciones Unidas. Abril 1985, y «Campaña internacional contra el tráfico de drogas» Documento E/CN.7/1985/19 de 14 de enero de 1985. Consejo Económico y Social. Naciones Unidas.

(2) Véase «Iniciación de la elaboración de un proyecto de convención contra el narcotráfico». Documento E/CN.7/1985/19 de 14 de enero de 1985.

das represivas que van a resultar más perfiladas en documentos posteriores, se contienen propuestas notablemente duras, que luego no volverán a aparecer. Así se propone calificar al tráfico ilícito de drogas como delito grave contra la humanidad, de naturaleza imprescriptible, y que, en cualquier caso, debe implicar la imposición de sanciones penales rigurosas (3). Por lo demás, en el Preámbulo del Proyecto de Convención, el énfasis no es colocado en la protección de la salud física, ni siquiera moral, de la colectividad, sino en el atentado que el tráfico y consumo ilícitos implican a la identidad e integración de los pueblos, en la medida en que corrompen sus estructuras políticas y administrativas, impiden su desarrollo económico y social y menoscaban su seguridad y soberanía (4).

No obstante, el documento de trabajo decisivo en estos momentos es el titulado «Aplicación y elaboración de instrumentos internacionales sobre la fiscalización de estupefacientes y sustancias psicotrópicas», y subtítulo «Elaboración de un proyecto de convención contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas» que, configurado como un Informe del Secretario General, contiene un Proyecto preliminar de Convención elaborado por éste a instancias de la Comisión de estupefacientes ajustándose a los 14 elementos que la Comisión, en su 9.º Período extraordinario de sesiones, estimó que debían incorporarse a un primer proyecto de Convención (5). Merece la pena que nos detengamos en él, pues constituye un magnífico ejemplo de las nuevas tendencias político-criminales en el seno de las Naciones Unidas, además de ser el embrión de lo que pretende ser un nuevo Convenio internacional sobre el narcotráfico.

En primer lugar, y en clara oposición a la polémica europea al respecto, no sólo pasa por alto cualquier distinción entre lo que se ha venido a denominar drogas duras y blandas, sino que por la vía de las precisiones terminológicas introduce en su artículo 1 un concepto de cannabis que expresamente se quiere que sea más amplio que el de los Convenios de 1961 y 1971: Se incluyen «todas las partes de la planta de cannabis que no figuren en la Lista I de dichas Convenciones», es decir, también las semillas, las hojas no unidas a las sumidades... etc. (6).

En segundo lugar, en cuanto a lo que ha de entenderse por «tráfico ilícito», actividad a la que, de un modo u otro y a diferencia de los Convenios internacionales vigentes, va exclusivamente referido el proyecto de Convenio, se observa que si bien sólo se menciona la «posesión con intención de distribuir», se incluyen igualmente actividades de «entrega en cualquier condición», o «facilitación» de las conductas de tráfico en sentido estricto, conductas todas ellas no mencionadas

(3) Véase el Proyecto de Convención incluido en el citado documento.

(4) Véase *Ibidem*.

(5) Véase, con el título recogido en texto, documento E/CN.7/1987/2 de 17 de junio de 1986.

(6) Véase definición de lo que se entiende por cannabis en el art. 1.1.b) de la Convención única de 1961.

expresamente, ni siquiera más allá del concepto de «tráfico ilícito», en los Convenios existentes (7).

En tercer lugar, por lo que se refiere a los grados de participación y ejecución, se aprecian importantes novedades. Así el ámbito de conductas punibles sufre una considerable ampliación al pasar a considerarse delito independiente un amplio número de conductas que sólo un criterio generoso permitirá calificar a todas ellas como de recepción. Se trata de la adquisición, posesión, transferencia o blanqueo del producto derivado directa o indirectamente del tráfico ilícito, entendiéndose por «producto» los bienes habidos del tráfico ilícito, incluyendo en tal concepto «la propiedad de cualquier tipo material o inmaterial, mueble o raíz, física o intangible, y las escrituras e instrumentos que prueben un derecho sobre dicha propiedad o un interés en ella», y estimándose que «blanqueo» alude al «acto de ocultar o encubrir la naturaleza, origen, disposición, movimiento o propiedad verdaderos del producto» (8).

Además, pasa a considerarse delito independiente ciertos actos que ni siquiera es seguro que siempre debieran merecer el calificativo de preparatorios, como la fabricación, distribución o posesión de materiales o equipos destinados a la producción o fabricación ilícita de estupefacientes o sustancias psicotrópicas (9). Por lo demás, frente a la punición genérica de los actos preparatorios en los vigentes instrumentos internacionales sobre drogas (10), se prefiere concretar hablando de la «ayuda, incitación o consejo para cometer cualquier delito», conductas que se mencionan expresamente junto a las ya habitualmente recogidas de «participación deliberada, confabulación para cometer, tentativa de cometer»; pero lo verdaderamente significativo reside en que todo este conjunto de grados de participación y ejecución ya no están referidos exclusivamente al tráfico ilícito, sino que también rigen para las actividades delictivas ligadas a la adquisición, posesión, transferencia o blanqueo del producto, e incluso para las vinculadas a la fabricación, distribución o posesión de materiales o equipos destinados a la producción o fabricación ilícita de drogas (11). Lo anterior conlleva un desmesurado adelantamiento de las barreras de protección penal.

Se pretende asimismo introducir de manera generalizada determinadas técnicas policiales que pudieran parecer cercanas a la figura de delito provocado y al uso de agentes provocadores. Es el caso de lo que se denomina «entrega vigilada», consistente en autorizar «el paso a través del territorio de una o más partes, con el conocimiento y bajo la vigilancia de sus organismos de represión, de expediciones ilícitas de sustancias fiscalizadas, con objeto de vigilar su traslado y de in-

(7) Véase art. 36.1.a) del Convenio de 1961 y art. 1.i del proyecto de Convención que estamos estudiando.

(8) Véanse arts. 1.j) y n), 2.1.c), y 3.2 del proyecto de Convención.

(9) Véase art. 2.1.b) del proyecto de Convención.

(10) Véanse arts. 36.2.a) ii) del Convenio de 1961 y 22.2a) ii) del Convenio de 1971.

(11) Véase art. 2.1.d) del proyecto de Convención.

dentificar y poner a disposición de la justicia a los individuos, sociedades u otras entidades jurídicas que hayan participado en su envío, transporte, entrega, ocultación o recepción» (12).

Todo este conjunto de comportamientos delictivos, a diferencia de lo que sucede en los Convenios existentes (13), es considerado en todo momento como delitos graves, lo que comporta, además de unas penas más elevadas, que se aplique respecto a todos ellos el principio de la justicia mundial, que en los actuales Convenios sólo rige para los delitos más importantes (14).

En cuanto a las penas, se quiere asegurar la imposición de penas de prisión de larga duración, no se menciona para nada la posibilidad, introducida por el Protocolo de 25 de marzo de 1972 que enmendó a la Convención de 1961 y contenida desde un principio en el Convenio de 1971, de suspender el fallo o la condena, o de sustituir ésta, siempre que el traficante-consumidor se someta a un tratamiento rehabilitador (15); por el contrario, se previene frente a eventuales tendencias a conceder demasiado pronto la libertad o la libertad condicional, y se insiste, sin duda bajo una perspectiva agravatoria, en que las multas deben ser proporcionadas a la naturaleza y gravedad del delito (16).

Especialmente significativa es la importancia y amplitud otorgada a la pena de comiso, que se regula detalladamente, al igual que las medidas procesales previas a ella; el énfasis no recae sobre el decomiso de los «bienes o propiedades involucradas en la perpetración del delito», que por supuesto también se establece (17), sino en lo que se denomina la «congelación», «incautación» y, finalmente, «confiscación» del *producto*: Entendiendo por lo primero la «prohibición de trasladar, convertir, disponer o mover», por lo segundo la asunción de «la custodia o control», y por el tercero la «privación de la propiedad», todo ello referido al «producto» (18). Se establece una regulación en virtud de la cual no sólo los tribunales penales sino igualmente los civiles e incluso una autoridad no judicial pueden dar la orden de congelación e incautación del producto, orden que puede dictarse «antes de que se formule la acusación, pero dentro de un plazo razonable»; por lo que respecta a la denominada «confiscación», la pueden dictar tanto tribunales penales como civiles, y no sólo respecto a bienes o

(12) Véanse arts. 1.d) y 7 del proyecto de Convención.

(13) Véanse arts. 36.1.a) del Convenio de 1961 y 22.1.a) del Convenio de 1971.

(14) Véanse arts. 2.6 del proyecto de Convención, 36.2.a) iv del Convenio de 1961 y 22.2.a) iv del Convenio de 1971.

(15) La introducción de tal posibilidad en los citados Convenios, artículos 36.1.b) y 22.1.b) respectivamente, supuso un cambio importante en la actitud político-criminal hacia las drogas, que ahora, si no suprimirse, parece que sí quiere dejarse en un segundo plano.

(16) Véanse arts. 2.2 y 2.7 del proyecto de Convención. Pienso que en el art. 2.7, dado el contexto, se quiere aludir a la libertad condicional, y no la provisional como dice el texto.

(17) Véase art. 2.2.c) del proyecto de Convención.

(18) Lo que se entiende por «producto» ya ha sido señalado más arriba; la definición de los otros conceptos citados se encuentra en el art. 1.h), p) y g) respectivamente del proyecto de Convención.

derechos de una persona condenada en cualquier jurisdicción si se considera que el producto procede del tráfico ilícito, sino incluso respecto a bienes o derechos de personas que no han sido condenadas, ni siquiera procesadas, si el tribunal considera que «hay pruebas suficientes de que el propietario sabía que el producto procedía directa o indirectamente del tráfico ilícito... o que era utilizado para dicho tráfico». Por lo demás, cuando se trate de probar si el producto procedía directa o indirectamente del tráfico ilícito y si el interesado lo conocía, se establece la obligación de velar porque se tomen en consideración determinadas vías indirectas de prueba, que en el fondo dan pie a operar a partir de presunciones en contra del reo o propietario afectado; tal obligación rige igualmente cuando se esté determinando el origen del producto y su conocimiento por el propietario de cara a la sustanciación de responsabilidades por cualesquiera de los delitos contemplados en el artículo 2 del proyecto de Convención. En cualquier caso, se precisa que la congelación, incautación y confiscación no deben «prejudicar los derechos o intereses de terceros de buena fe» (19).

Por otro lado, se pide un esfuerzo a las Partes para que establezcan unos plazos de prescripción, respecto a los delitos contemplados en la Convención, que sean claramente disuasorios para los posibles delincuentes (20).

Se establecen reglas tendentes a facilitar la extradición o, en su defecto, a asegurar el enjuiciamiento del delincuente que van más allá de lo establecido en los Convenios sobre drogas actualmente vigentes. Así desaparece la posibilidad de negar la extradición si se considera que el delito «no es suficientemente grave» (21), o en aplicación del principio de personalidad siempre que no venga exigido su respeto en la Constitución de la Parte requerida, o si el delito no fue cometido en el territorio de la Parte requirente siempre que se haya querido que tuviera efectos en él, o si es un delito de carácter o motivación política. Las Partes deberán juzgar al delincuente que se encuentre en su territorio habiendo cometido el delito fuera de él, no sólo cuando deniegue la extradición por la Parte requerida, sino también cuando, siendo un delito susceptible de extradición, la Parte no ha sido requerida para ello. En casos de jurisdicción concurrente no se denegará la extradición si la Parte requirente «está en mejores condiciones de probar los hechos pertinentes y de enjuiciar al delincuente» (22).

(19) La congelación, incautación y confiscación, a salvo lo acabado de señalar en texto, pueden extenderse, facultativamente, a propiedades o haberes adquiridos de otras fuentes legítimas en la medida en que el producto forme parte de ellas, y en cualquier caso la pertenencia del producto a propiedades o haberes adquiridos de fuentes legítimas no deberá obstaculizar tales medidas ni la sustanciación de responsabilidades delictivas.

Véase respecto a todo lo anterior art. 2.2.d) y art. 3 del proyecto de Convención.

(20) Véase art. 2.7 del proyecto de Convención.

(21) Contemplada en el art. 36.2.b)iv de la Convención de 1961 y en el art. 22.2.b) del Convenio de 1971.

(22) Véase art. 4 del proyecto de Convención.

El resto del proyecto de Convención se ocupa de ampliar las posibilidades de cooperación internacional en materia represiva, destacando, además de la «entrega vigilada», el abordaje, inspección y confiscación en alta mar de buques con matrícula o pabellón ajenos siempre que obtenga la autorización del país del pabellón, cuando existan motivos razonables para sospechar que se dedica al tráfico ilícito (23). También aspira a aumentar las actividades de fiscalización, no sólo reforzando las ya existentes, sino extendiéndolas a sectores hasta ahora no afectados, como el comercio de materiales o equipo susceptibles de ser destinados a la fabricación de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, o imponiendo sanciones, aparentemente no penales, a los portadores comerciales que no tomen precauciones razonables para impedir que se utilicen sus medios de transporte para el tráfico ilícito (24).

En cualquier caso, falta todo tipo de referencias a medidas preventivas o rehabilitadoras de cara al uso indebido de estupefacientes o sustancias psicotrópicas esté o no vinculado al tráfico ilícito, a diferencia de lo que sucede en los Convenios vigentes (25).

Las opciones político-criminales del proyecto de Convención que acabamos de analizar reciben un fuerte espaldarazo en la Primera reunión interregional de jefes de organismos nacionales de represión del uso indebido de drogas (Honlea interregional), que tiene lugar a finales de julio de 1986 (26). Sólo en un segundo plano aparecen reflexiones relativas a la necesidad de incidir preventivamente sobre la demanda o a las medidas rehabilitadoras (27). Por otra parte, vuelve a enfatizarse la idea de que el problema de la droga no sólo afecta a «la salud y bienestar de los individuos, sino también a la estructura socio-económica de los países» (28).

Pero resultan de mucho mayor interés las observaciones presentadas al proyecto de Convención por parte de los diversos Gobiernos en el plazo abierto para ese fin, ya que nos permitirán conocer la medida en que la opción represiva adoptada por el proyecto encuentra eco internacional. Intentaré aludir de un modo sintético y sistemático a las principales tendencias observables (29). En cualquier caso, no estará de más decir que ninguna de las propuestas del proyecto ha sido objeto de un rechazo mayoritario por parte de los más de 60 países que han hecho observaciones.

La ampliación del concepto de cannabis tropieza con la oposición radical o matizada de un número significativo de países (30), alguno

(23) Véase art. 12 del proyecto de Convención, además del 5 a 7.

(24) Véanse arts. 8 a 11, 13 y 14 del proyecto de Convención.

(25) Véanse arts. 38 del Convenio de 1961 y 20 del Convenio de 1971.

(26) Véase documento E/CN.7/1987/3 de 16 de agosto de 1986, titulado «Situación y tendencias del uso indebido de drogas y del tráfico ilícito».

(27) Véase documento *ibidem*, págs. 6 y 13.

(28) *Ibidem*. pág. 10.

(29) Las observaciones están contenidas en los documentos E/CN.7/1987/2/Add.1 de 20 de diciembre de 1986, y E/CN.7/1987/2/Add.2, de 29 de enero de 1987.

(30) En el primer sentido, Holanda, Japón y Hungría, y en el segundo España y Australia. Por el contrario, Irlanda apoya la ampliación expresamente.

de los cuales insiste en la procedencia de diferenciar entre las sustancias según el grado de perjuicio social que causan (31). El concepto de tráfico ilícito utilizado es objeto de numerosas objeciones: Un primer grupo de países hace propuestas encaminadas a ampliar la definición, sea añadiendo términos más específicos para ciertas actividades de tráfico, sea considerando que la posesión no debe estar calificada por la intención de distribuir en la medida en que también debe atenderse a otras actividades de tráfico a las que puede estar orientada la posesión, sea pretendiendo introducir la adquisición a título gratuito (32). Otros se limitan a constatar la ampliación que supone el concepto propuesto frente al vigente en los Convenios actuales, y ofrecen diversas soluciones para que ello conste claramente y se eviten confusiones (33). Sin embargo, otros proponen remitirse estrictamente al concepto utilizado en las Convenciones vigentes (34), e incluso realizar ulteriores restricciones: Así algún país (35), dados los propósitos del proyecto de Convención y lo ya regulado en los Convenios vigentes, propone limitarse a actividades de importación-exportación y transporte siempre que, además, se trate de cantidades de importancia, otro propone que la «compra» esté igualmente calificada por la intención de distribuir, y algún otro estima que la definición debiera formularse de tal modo que distinguiera entre traficantes y consumidores, lo que luego obligaría a distinguir en la penalidad (36).

Por lo que respecta a las pretendidas conductas de receptación, las objeciones sustantivas de los Gobiernos se limitan a asegurar la exigencia en todo caso del conocimiento por el receptor de que el producto procede del tráfico ilícito (37), aunque algún país propone añadir algún término por estimar que de lo contrario no se incluyen las adquisiciones a título gratuito (38). En cuanto al delito independiente relativo a actos preparatorios, al margen de algunas propuestas ampliatorias (39), predominan las tesis restrictivas, existiendo un significativo grupo de países que pide su supresión debiendo regir las reglas generales de ejecución y participación (40). En cuanto a éstas, algunos países proponen la supresión de la conspiración o del consejo (41).

La generalización de la entrega vigilada suscita recelos en un buen número de países, que desean ver limitada su práctica, en especial asegurándose en todo momento que la iniciativa y el control de las ac-

(31) Japón.

(32) Venezuela, Italia y Suiza, España, respectivamente.

(33) Hungría, Canadá, Francia, Japón.

(34) Holanda, India.

(35) Holanda.

(36) Para lo primero España, en lo segundo Australia.

(37) Alemania Federal, Italia, Inglaterra, Francia.

(38) Alemania Federal. Japón por su parte parece querer limitar el concepto de producto al derivado *directamente* del tráfico ilícito.

(39) Venezuela, Hungría.

(40) En el primer sentido, Bélgica e India; en el segundo, Italia, Francia, Japón.

(41) Alemania y Francia, respectivamente.

tuaciones a realizar esté en manos de la Parte en cuyo territorio se produzca en cada momento la acción de tráfico (42).

Algunos países rechazan la consideración como delitos graves de todos los contemplados en el artículo 2.1 (43), mientras que las opiniones de los Gobiernos objetantes están claramente divididas respecto a si el principio de justicia mundial debe ampliarse aún más o, por el contrario, restringirse (44). Al margen de algún país aislado que propone la pena de muerte (45), la tendencia en los Gobiernos objetantes es la de aligerar las constricciones a imponer siempre penas graves (46), rechazar las limitaciones relativas a la concesión de la libertad, provisional o no, o a los plazos de prescripción (47), e insistir en la introducción de las medidas sustitutorias para el traficante-consumidor (48).

La pena de comiso y las medidas procesales previas a ésta han recibido numerosas objeciones. Algún país ha propuesto que tal regulación se incluya como una mera recomendación (49), otros han rechazado que la congelación e incautación puedan dictarlas autoridades administrativas (50), es amplio el rechazo a la pena de confiscación en la hipótesis en que no haya precedido condena o ni siquiera procesamiento (51) y se cuestiona la pretensión de operar con presunciones en contra del reo (52). Ahora bien, lo anterior no ha de pasar por alto la existencia de un grupo de países que pretenden ampliar aún más las posibilidades de congelación, incautación y confiscación, vinculados fundamentalmente al área anglosajona (53).

Las reglas facilitadoras de la extradición y, en su defecto, del enjuiciamiento del delincuente reciben abundantes observaciones. En especial, las pretendidas excepciones a los habituales principios limitadores de la extradición (54); por el contrario, un país mantiene una postura favorable a una mayor ampliación de tales excepciones (55).

(42) Finlandia, Japón, India, Madagascar, Australia, Bélgica, Yugoslavia, Holanda, España, quien recuerda además la necesidad de que intervenga en la autorización la autoridad judicial dado que supone dejar de perseguir temporalmente delitos ya cometidos.

Actitud favorable y ampliatoria adopta Inglaterra.

(43) Alemania Federal, España, Suecia.

(44) En el primer sentido, Australia, India, Alemania Federal; en el segundo, Holanda, Francia, Finlandia.

(45) Malasia.

(46) Italia, Checoslovaquia, Hungría.

(47) Australia, Alemania Federal, Holanda, Italia.

(48) Alemania Federal.

(49) Bélgica.

(50) Holanda, Méjico.

(51) Méjico, Jamaica, Polonia, Inglaterra, Francia, Holanda y, matizadamente, Australia.

(52) Holanda, Alemania Federal, Polonia.

También se observa rechazo a la extensión de estas medidas o pena a propiedades o haberes procedentes de fuentes legítimas, con los que se encuentre mezclado el producto. Así Holanda, Francia, Jamaica.

(53) Australia, Suecia, Malasia, Estados Unidos, Inglaterra, India, Jamaica.

(54) Rechazan directa o indirectamente todos o parte de los mencionados en el proyecto, Canadá, Francia, Madagascar, Holanda, Egipto, Bélgica, Hungría, Suiza, España, Polonia, Italia, Australia, Rumania, Grecia, Checoslovaquia, Japón, Jamaica, Santa Lucía.

(55) Estados Unidos.

En cuanto a la cooperación internacional en materia represiva, el abordaje de buques en alta mar es una medida que despierta en buen número de países suspicacias, de ahí que la mayoría de las observaciones tiendan a restringir su aplicación (56), aunque no faltan algunas propuestas ampliatorias (57). La extensión de las actividades de fiscalización al comercio de materiales o equipo susceptibles de ser destinados a fabricación de estupefacientes y sustancias psicotrópicas tropieza con una fuerte oposición de países industrializados (58), y hay una clara tendencia a restringir la imposición de sanciones a los porteadores comerciales descuidados (59), aunque no faltan algunos países que preconizan regulaciones ampliatorias (60).

Un rápido vistazo a las opiniones manifestadas por los diferentes Estados nos muestra cómo la mayor oposición a las propuestas ampliatorias de la represión contenidas en el proyecto de Convenio procede fundamentalmente de países de la Comunidad Económica Europea, de modo especial Holanda, pero también Bélgica, España, Francia, Alemania e Italia, junto a la enérgica presencia de Japón y en menor medida Australia. Por el contrario, adoptan actitudes acentuadoras de la represión Estados Unidos, Malasia y en menor medida Venezuela.

3. TENDENCIAS RECIENTES EN EL PARLAMENTO EUROPEO

La pertenencia de España a la Comunidad Económica Europea haría ineludible en cualquier caso el análisis de las corrientes político-criminales que se están desarrollando en su seno. Pero la oportunidad de tal análisis se refuerza a partir de otros datos: En primer lugar, la evidencia, acabada de señalar, de que un núcleo importante de países de la Comunidad parece que no sintonizan de un modo pleno con las opciones político-criminales de las Naciones Unidas. En segundo lugar, la reciente publicación de una Resolución del Parlamento europeo sobre el problema de la droga, que ha venido precedida de una intensa polémica tanto en el interior de la Comisión de investigación creada al efecto para elaborar un informe que sirviera de base a la Resolución, como en las sesiones plenarias del propio Parlamento, documentos todos ellos que nos permiten obtener una imagen nítida respecto a qué opciones político-criminales se están manejando en estos momentos en la Comunidad europea.

Comenzaremos por estudiar el Informe de la Comisión de investigación, denominado informe Stewart-Clark por el nombre de su po-

(56) Así las de Alemania Federal, Inglaterra, Bélgica, Holanda, Canadá, Suiza, Francia, España, Japón, Jamaica.

(57) Estados Unidos, Malasia.

(58) Australia, Bélgica, Suiza, Inglaterra, Francia, Japón, Argentina, Canadá.

(59) Holanda, Francia, Australia, Inglaterra, Cuba, Polonia, Japón.

(60) Estados Unidos, India.

nente, atendiendo también a las afirmaciones de la opinión minoritaria que figuran resumidas en un anexo al Informe (61).

El Informe asume desde un principio la idea de que hasta el momento la política de drogas en la Comunidad no ha sido la correcta y que se impone un cambio. En el diseño de tal política hay que ser realistas y comprender que ni la oferta ni la demanda de drogas desaparecerán nunca por completo. Sentada esa premisa, se reconoce en cualquier caso que las reacciones hasta ahora adoptadas han sido demasiado tradicionales, echándose en falta investigaciones serias sobre las causas últimas del consumo de drogas. Se recomienda la adopción de un enfoque global, que aborde todos los eslabones de la producción, suministro y demanda de estupefacientes, más aún si se tiene en cuenta que existen muchas dudas relativas a donde reside el verdadero problema de la droga, si en la oferta o en la demanda. Al margen de que algún día pueda dilucidarse tal cuestión, parece conveniente que la acción sobre la demanda se convierta en objetivo prioritario, lo que ha de llevar a realizar enormes esfuerzos en los ámbitos de la educación preventiva, rehabilitación y formación, esfuerzos por lo demás que resultarán baldíos si, más allá de las iniciativas estatales, no son secundados por la sociedad civil (62).

La opinión minoritaria de la Comisión matizará las afirmaciones anteriores insistiendo en la necesidad de normalizar el trato social con el consumo de drogas y la drogodependencia, ya que es un fenómeno enraizado de siempre en la cultura humana y que no va a desaparecer. Asumido esto, se enfatiza el fracaso registrado por las vigentes políticas represivas en los países comunitarios (63).

El Informe recoge una idea con frecuencia presente en todas las reflexiones político-criminales actuales, el extremado poderío de las organizaciones de narcotraficantes, y su capacidad para desestabilizar la vida institucional de los países, siendo de temer que acaben haciendo lo mismo con el sistema económico y financiero del mundo democrático. En coherencia con lo anterior, el Informe se plantea en qué medida procedería la despenalización del tráfico de drogas, dado que parece claro que incidirá sobre los niveles de ganancias del traficante de un modo decisivo. Tras lamentar posturas demasiado cerradas, que se niegan incluso a plantear la cuestión, centra la discusión en torno a si la despenalización contribuiría a disminuir el número de consumidores, a quienes siguen controlando el tráfico en las experiencias parciales de despenalización realizadas en la actualidad, y a la nocividad y/o producción de dependencia de las sustancias, concluyendo que no procede legalizar ningún tipo de estupefaciente, en concreto, ni la heroína ni la cocaína ni el cannabis, dado el aumento de consumidores que se produciría, el persistente interés de los traficantes por el co-

(61) Véase documento A 2-114/86, serie A, de fecha de 2 de octubre de 1986, Documentos de sesión, Parlamento europeo, Comunidades europeas.

(62) Véanse apartados 19, 20, 248, 21, 153, 246, 24, 11 del Informe.

(63) Véanse págs. 96 y 98 del documento A2-114/86 citado.

mercio en esas condiciones y los daños a la salud que se derivarían. No obstante, se es consciente de que la necesidad antes aludida de modificar la política sobre drogas debe estimular ulteriores discusiones sobre este punto (64).

El grupo minoritario de la Comisión destaca con nitidez que el problema de la droga hoy en día no reside en su consumo, sino en el arriba mencionado poderío económico e institucional de las organizaciones multinacionales de traficantes. Tales organizaciones existirán mientras persistan las políticas represivas, fuente de los enormes beneficios del tráfico ilegal. De ahí que deba convocarse, tras una preparación seria, una Conferencia internacional, patrocinada por la CEE, que estudie la viabilidad de una política antiprohibicionista ligada a campañas informativas sobre los riesgos del consumo de drogas y que formule recomendaciones vinculantes para los países comunitarios en función de la vía adoptada (65).

El Informe utiliza un concepto de droga, por un lado, extremadamente laxo («toda sustancia química o derivada de plantas que sea capaz de inducir en el consumidor un cambio físico, mental o emocional»), en cuanto que no exige el requisito de la producción de dependencia, ni siquiera la psíquica. En realidad, el tema de la dependencia se trata a lo largo del Informe de una manera poco sistemática y confusa, si no equivoca: En algunos pasajes se reconoce que existe mucho desconocimiento respecto a las potencialidades adictivas de la heroína y cocaína. En cualquier caso, parece que se acepta a la heroína y barbitúricos como productores de dependencia física con síndrome de abstinencia, y a la cocaína y anfetaminas como productores de dependencia psíquica, si bien los efectos de la primera se describen a veces de un modo muy próximo a los de la dependencia física. Se niega la producción de dependencia por el LSD, pero se presta especial cuidado en no realizar una afirmación en tal sentido respecto a la cannabis, de la que sólo se dice que la mayoría de los fumadores no sufre ningún perjuicio para, a renglón seguido, hablar de los serios peligros que se derivan de su mezcla con el crack o la fenciclidina.

Por otro lado, el concepto de droga se limita en la medida en que se exige el requisito de su ilegalidad. Conceptualmente se estima que el alcohol y tabaco son también drogas, se habla de las repercusiones sociales del primero, y de la capacidad adictiva así como sus efectos letales superiores a los de cualquier otra droga del segundo, pero se señala que han de quedar fuera del Informe por precisar de un análisis separado. Ello no impide que cuando en otros pasajes se insiste en que toda política de drogas debe dirigirse al peligro del consumo de drogas en general, proponiendo los estilos de vida y los beneficios de una vida sana, se refiera exclusivamente a las drogas tratadas en el Informe (66).

La opinión minoritaria aboga por la distinción entre drogas blan-

(64) Véanse apartados 6, 116 a 123 del Informe.

(65) Véanse págs. 95, 96, 98 del documento A 2-114-86 citado.

(66) Véanse apartados 30, 246, 34, 45, 54 a 56, 119, 79, 81, 32, 33, 44 del Informe.

das y duras. Además, rechaza el tratamiento separado de las drogas legales e ilegales: Les resulta poco razonable que el alcohol, la nicotina y los medicamentos que alteran la consciencia, que son las drogas más perjudiciales y difundidas en Europa, no sean perseguidas en su producción, cultivo, distribución o consumo, mientras lo son otras que gozan de idéntica aceptación social en otras sociedades (67).

El Informe reitera una y otra vez que hay que volcar la represión penal hacia los traficantes a gran escala, a los que no hay que dar cuartel. Los pequeños traficantes o revendedores deben de ser también penados, pero de un modo distinto dada la menor entidad de su conducta. Respecto a los toxicómanos, no deben establecerse excepciones en el castigo de los delitos que cometan en conexión con sus necesidades adictivas e igualmente deben ser castigados por la posesión de droga para consumo propio. En cuanto a los consumidores no adictos y ocasionales por más que se es consciente de los efectos negativos que puede tener la aplicación de la ley penal a ellos, sobre todo por el riesgo de convertirse en toxicómanos en la cárcel, y dadas sus características de integración social, no se renuncia a la pena por tenencia de droga para consumo: Todo lo más se recomienda una actitud benevolente respecto al consumidor de cannabis, de forma que a veces baste con una amonestación en lugar del procesamiento, y si éste se produce, que no implique penas de prisión. La citada actitud en ningún caso debe ser extensiva al traficante de cannabis (68).

La opinión minoritaria estima que la posesión y consumo de cualquier tipo de drogas, así como la reventa en pequeñas cantidades, en ningún caso debieran pensarse (69).

El Informe propone la introducción de nuevas figuras delictivas, en concreto la adquisición, posesión, consumo (sic) y blanqueo de bienes que procedan del comercio con drogas, advirtiendo a las entidades financieras de las graves consecuencias jurídicas que, en tal caso, podría tener su participación en tales actividades. Recoge también la idea de la entrega vigilada, no sin quejarse de las dificultades que a ella pueden ofrecer los sistemas jurídicos continentales de buena parte de los Estados miembros o las rivalidades policiales. En cuanto a las penas, se lamenta de las notables diferencias en cuanto a su entidad que se aprecia entre los países comunitarios, y propone la introducción de la pena de confiscación de bienes del traficante. Toma nota de la actitud ambivalente de la sociedad hacia el consumidor de drogas y de modo especial hacia el toxicómano, considerado simultáneamente como víctima y delincuente, y propone que cuando existan centros de rehabilitación se les ofrezca como alternativa a la prisión el ingreso en uno de esos centros, ofrecimiento que debiera hacerse extensivo a los pequeños traficantes-consumidores, debiéndose reflexionar igualmente sobre la oportunidad de que la pena de los toxicómanos nunca sea de prisión.

(67) Véanse págs. 96 y 98 del documento A 2-114/86 citado.

(68) Véanse apartados 10, 108, 110, 111, 11, 37, 40, 113, 120 del Informe.

(69) Véase pág. 98 del documento repetidamente citado.

Asimismo considera conveniente la medida de congelación de los bienes de los traficantes, a dictar por las autoridades judiciales, por razones de eficacia, simultáneamente a la formulación de la acusación, y estima que la carga de la prueba sobre la procedencia de fondos no declarados debe recaer sobre el traficante. Deben de desaparecer las diferencias entre los diversos países comunitarios en materia de extradición, siendo aconsejable firmar un acuerdo multilateral europeo para los delitos de drogas (70). Se ocupa detenidamente de la adopción de una serie de medidas para mejorar la eficacia policial, más allá de la entrega vigilada, y propone incrementar las actividades de fiscalización sobre la producción y comercio de productos químicos y precursores utilizados para la elaboración de drogas (71).

El Informe es especialmente enérgico respecto a la sustitución de cultivos en los países productores, considerando que las concesiones de ayuda al desarrollo, los préstamos a través de las organizaciones financieras internacionales, y los acuerdos comerciales especialmente favorables deberán denegarse a los países que no estén dispuestos a colaborar (72). La opinión minoritaria, aceptando las técnicas de sustitución de cultivos, rechaza actuaciones comerciales o diplomáticas entendidas como medio de presión, recordando que en ocasiones fueron países comunitarios los que introdujeron tales cultivos en esas naciones, que también Europa ha exportado a esos países los problemas derivados del alcohol y los medicamentos, y que puede implicar intervenciones perturbadoras en otras culturas para solventar problemas a ellas ajenos (73).

El Informe se ocupa detenidamente de las actividades educativas y formativas, inspiradas siempre en datos reales, no exagerados o ligados a prejuicios sociales, y proponiendo nuevos estilos o modos de vida sin drogas más que atemorizando sobre los efectos nocivos para la salud de éstas. Se proponen actuaciones educativas en todos los niveles de enseñanza, con especial énfasis en las escuelas primarias y secundarias, y realizadas fundamentalmente con los recursos humanos y dentro de los programas educativos globales de cada centro. No se ven inconvenientes en iniciar tal educación desde edades muy tempranas, utilizando mecanismos puramente emocionales ya que no poseen aún edad para valorar las ventajas de una vida sana, debiendo educarse desde perspectivas más intelectivas y atentas a las peculiaridades individuales sólo más tarde. Se proponen programas formativos para el profesorado y personal sanitario, pero también se hace especial énfasis en los beneficios de una adecuada formación a las familias. Campañas de información pública, a través de los medios de comunicación, siempre que no sean alarmistas o sensacionalistas, se estiman de interés. En cualquier caso se considera a las comunidades

(70) Véanse apartados 104, 103, 86, 10, 101, 107, 108, 111, 115, 132, 133, 87, 99, 100, 93 del Informe.

(71) Véanse apartados 128-130, 136, 139, 140, 143-150 del Informe.

(72) Véanse apartados 63, 69, 70, 72 del Informe.

(73) Véase pág. 97 del documento citado.

locales como el ámbito administrativo más eficaz para el desarrollo de todo tipo de actividades preventivas de la demanda (74).

La opinión minoritaria destaca que los programas educativos y formativos deben dirigirse tanto a las drogas legales como ilegales (75).

En cuanto al tratamiento y rehabilitación, el Informe es consciente de que no basta con la desintoxicación, sino que luego hay que lograr la integración social del drogadicto. En cualquier caso, y por lo que se refiere a lo primero, deben existir siempre plazas en los centros de deshabituación para cualquier toxicómano que quiera ingresar y se han de procurar eliminar todo tipo de temores o recelos hacia ellos. Se valoran positivamente las comunidades terapéuticas, por más que no se ignora que con frecuencia ejercen excesiva presión psíquica, lo que obliga a disponer de otras alternativas para los que rechazan tales métodos. El tratamiento con metadona se valora negativamente, por desarrollar otro tipo de dependencia y prestarse a muchos abusos. La lucha contra el SIDA exige facilitar en cualquier situación jeringuillas estériles (76). La opinión minoritaria valora, por el contrario, positivamente la administración de metadona, y considera que la asistencia al drogadicto debe abarcar no sólo ofertas de tratamiento, sino igualmente información sobre el modo menos nocivo de consumir drogas (77).

No debemos concluir estas referencias al Informe Stewart Clark sin mencionar ciertas opiniones hacia la política criminal española sobre drogas que en él se traslucen o incluso expresan. Así se pone a España como ejemplo de país con penas excesivamente leves para los traficantes, se le coloca, por cierto con información equivocada, entre los pocos países europeos en los que se ha pasado por periodos breves de liberalización de las drogas y que se han saldado con un fracaso, se lamentan, con cierto sarcasmo, de las dificultades de extradición que ofrece España, se duda de la capacidad de nuestro país para controlar estrictamente las fronteras exteriores de la Comunidad que le competen. Bien es verdad que también Holanda recibe críticas, y que, en líneas generales, hay un cierto rechazo del sistema jurídico continental por las trabas que los principios en los que se basa ponen a las nuevas medidas, fundamentalmente procesales y policiales, que se proponen. El modelo a seguir es sin duda Inglaterra, y en mucha menor medida Alemania e Italia, planeando sobre todo el Informe la sombra omnipresente de la política criminal estadounidense (78).

En la sesión celebrada el 7 de octubre de 1986, el Parlamento eu-

(74) Véanse apartados 44, 25, 150, 12, 151, 153, 155 a 158, 161 a 169, 11, 4, 183 a 188, 171 a 177, 190.

(75) Véase pág. 99 del documento citado.

(76) Véanse apartados 12, 191 a 193, 203, 205 a 209, 211, 214, 216, 220, 221, 229, 235, 239, 241.

(77) Véase pág. 99 del documento citado.

(78) Véanse apartados 51, 86, 85, 92, 99, 87, 118, 119, 132, 133, 136, 139, 143.

Es especialmente llamativa la ausencia de participación española en el proceso de elaboración del Informe: Ningún miembro en la Comisión (en parte explicable por la fecha de ingreso en la CEE), un solo experto español en la audiencia oral y ningún aporte de documento escrito.

ropeo debatió el Informe Stewart-Clark así como la opinión minoritaria aneja. No es este lugar para ocuparnos detenidamente del debate, pero puede resultar interesante señalar los temas que más fueron tratados, y en qué sentido (79).

A lo largo de todo el debate se apreció una continua fractura entre los grupos parlamentarios de la derecha, que apoyaron el Informe Stewart-Clark, y los grupos parlamentarios socialista, comunista y arco iris que suscribieron las tesis de la opinión minoritaria. La fractura siguió apreciándose en la intervención de varios representantes de órganos ejecutivos de la Comunidad y del Consejo de Europa.

Los grupos de derecha insistieron en la necesidad de un enfoque global del problema, que abarcara tanto a la oferta como a la demanda; es más, reconocieron el carácter prioritario que debía darse a las acciones sobre la demanda, y dentro de ella más a la educación e información que a la rehabilitación, dados los efectos limitados de ésta. Sólo cuando desapareciera la demanda se lograría éxito en la lucha contra la droga.

Ahora bien, ello no ha de suponer el abandono de las medidas represivas, o el limitarlas exclusivamente a los grandes traficantes: De ahí que rechacen políticas de liberalización, que estiman han demostrado ya su fracaso en Holanda y España. Rechazan la impunidad de la tenencia o consumo de cualquier tipo de drogas, incluida la cannabis, y con mayor razón la de la venta en pequeña escala, considerando fuera de lugar, asimismo, la distinción entre drogas duras y blandas. Les irrita especialmente, por su disfuncionalidad con la legislación de la mayoría de los países comunitarios, la situación jurídica holandesa. Aparecen especialmente interesados en la introducción del delito de blanqueo de los bienes obtenidos con el tráfico y de actividades conexas.

Por lo que se refiere a las penas, proponen un endurecimiento de las mismas y la introducción de la pena de confiscación de bienes. Estiman insoportable la menor entidad de las penas en Holanda y la rapidez con que se puede obtener la libertad condicional en España a partir de una buena conducta en prisión. En cualquier caso, consideran procedente una neta distinción en las penas para grandes traficantes, comerciantes a pequeña escala y consumidores.

Se muestran preocupados por el debido control de las fronteras exteriores de la Comunidad, con explícita referencia a España y Portugal, y asumen sin mayores reparos morales, aunque sí de eficacia, el ejercicio de medios de presión sobre los países productores.

Los grupos de izquierda parten de la idea de que la política fundamentalmente represiva, hasta ahora seguida, ha demostrado una y otra vez su ineficacia. Se citan, entre otros datos, el porcentaje estimado de decomisos en relación con la cantidad de droga consumida y las

(79) He manejado el documento publicado por el Parlamento europeo donde se transcriben los debates en el idioma original empleado por los intervinientes (documento que sólo indica la fecha del debate) más el documento 2-343 que traduce al francés todas las intervenciones.

limitadas perspectivas de aumento con las nuevas medidas propuestas. Se impone un abandono de tal política, por lo demás condicionada por los modelos político-criminales estadounidenses. La nueva política deberá tener en cuenta que el problema fundamental es el poderío económico potencialmente desestabilizador de las grandes organizaciones de narcotraficantes, sobre los que, eventualmente, hay que centrar la represión penal, siendo conveniente la introducción del delito de blanqueo de bienes de origen ilícito. En cualquier caso, quizá la solución más adecuada sea la legalización del tráfico, ya que la prohibición beneficia objetivamente a tales organizaciones; debiera estudiarse urgentemente esta alternativa. De cualquier modo, debe despenalizarse el consumo y la venta de pequeñas cantidades; la reacción penal debe ajustarse a la distinción entre drogas duras y blandas. La política holandesa en estos últimos aspectos se considera un éxito, al haber logrado que disminuyera el consumo de droga blanda y se estabilizara el de dura (con disminución de la heroína).

Están absolutamente convencidos de que la primacía en la lucha contra la droga debe residir en actividades sociales sobre la demanda, y estiman que éstas nunca serán eficaces mientras se mantenga una actitud distinta frente a las drogas ilegales y las legales, estas últimas hoy por hoy mucho más nocivas para la salud. Las medidas de presión propuestas sobre los países productores les parecen cuando menos inmorales.

Tras los debates, el Parlamento europeo, con fecha de 9 de octubre de 1986, aprobó una «Resolución sobre el problema de la droga» que fue resultado de un compromiso entre todos los grupos parlamentarios a excepción del de Derechos europeos (80). En ella, tras señalar, entre otras cosas, que las políticas seguidas hasta ahora por los Estados miembros han dado escasos resultados en la represión, prevención y rehabilitación, que las organizaciones de narcotraficantes constituyen un fenómeno que supera ampliamente el ámbito del tráfico de drogas, y que los Estados miembros se resisten a darse cabalmente cuenta de los niveles alarmantes que ha alcanzado el problema de la droga, someten al Consejo de Ministros un proyecto de resolución en el que éste se compromete, entre otras medidas, a:

1. Intervenir en todas las fases de la problemática de la droga, desde la producción hasta el consumo, dejando en claro la ilegalidad de las drogas, si bien se convocará también una conferencia europea para valorar todas las implicaciones y efectos del tráfico y consumo de drogas.
2. Presionar, aunque con espíritu igualitario y en el marco de programas de ayuda general, a los países productores para que sustituyan cultivos.
3. Combatir de modo especial a las organizaciones delictivas, que terminan ejerciendo influencia institucional sobre los Estados.

(80) Véase Diario oficial de las Comunidades europeas, núm. C 283, de 10 de noviembre de 1986.

4. Adoptar medidas eficaces sobre el blanqueo de dinero.
5. Abrir el paso a la congelación y confiscación de bienes y actuaciones concertadas de extradición.
6. Mejorar la educación preventiva en todas las capas sociales, estrategia que se considera la más importante, y que debe vincularse al desarrollo de actitudes conscientes sobre los bienes de consumo, drogas en general y medicamentos.
7. Mejorar la rehabilitación y tratamiento de los adictos.

Las páginas anteriores nos han puesto de relieve cómo la Comunidad europea está siendo permeable a las nuevas propuestas represivas de las Naciones Unidas, pero con importantes peculiaridades. Así hay importantes sectores que se cuestionan la oportunidad de una política represiva. En cualquier caso se estima de forma generalizada que el énfasis ha de colocarse en la disminución de la demanda a partir de actuaciones educativas, formativas, informativas y rehabilitadoras. Además se aprecian notables recelos respecto a la asunción indiscriminada del nuevo arsenal de conductas delictivas, penas, medidas procesales y policiales manejadas por los órganos de Naciones Unidas, por más que algunas han encontrado ya un claro eco.

4. TENDENCIAS RECIENTES EN GOBIERNO Y PARLAMENTO ESPAÑOLES Y EN LAS COMUNIDADES AUTONOMAS

El 10 de mayo de 1984 el Pleno del Senado creó la Comisión especial de Investigación sobre el problema del tráfico y consumo de drogas en España, la cual elaboró un Informe, tras detenidos trabajos de muy diverso tipo, que presentó al Senado el 25 de noviembre de 1985. Este informe es de gran calidad y merece cuidadosa atención (81).

En primer lugar, el Informe se niega a considerar exclusivamente las drogas ilegales. Muy al contrario, considera que el consumo de drogas legales, que es con mucho el más extendido, constituye un gravísimo problema, tanto por los efectos de él directamente derivados como por dar lugar a una cultura favorable al uso de drogas, que es el caldo de cultivo donde enraiza el consumo de drogas ilegales que, al fin y al cabo, lo único que suponen es una multiplicación o modificación de los efectos placenteros de las legales. Es de lamentar, sin embargo, la ausencia de conciencia social de esta ligazón. Es más, las características del comercio de drogas ilegales, basado en un sistema de explotación de los consumidores adictos, ha generado una estigmatización de éstos y aquéllas, acentuando la diferente valoración social del tráfico y consumo de unas y otras drogas (82).

En segundo lugar, se estima que una actuación global eficaz debe

(81) Véase Boletín Oficial de las Cortes Generales. Senado. II Legislatura. Serie I. Núm. 206, de 25 de noviembre de 1985.

(82) Véase págs. 8276-8278 del Informe citado.

atender a tres líneas de actuación, la prevención de la demanda, la reducción de la oferta y el tratamiento y reinserción de los afectados. En ese sentido hay que romper los estereotipos que, negando la consideración de droga a las legales y vinculando las ilegales a problemas de seguridad ciudadana, sólo prestan atención a la represión de éstas (83).

La prevención de la demanda se valora como imprescindible, ante todo, de cara a las drogas legales, pues los ciudadanos van a estar en continuo contacto con ellas y precisan desarrollar una capacidad de resistencia, pero también en cuanto a las ilegales, ya que un eventual éxito en la reducción de la oferta de determinada droga se neutraliza rápidamente por su sustitución por otra. Por lo demás, la prevención cuesta menos que la represión o el tratamiento, y es más eficaz de cara al futuro. Objetivos de la prevención deben ser la promoción de valores de responsabilidad y autonomía personal y la consideración de la toxicomanía como un problema sanitario, y deben lograrse primariamente, no a través de la simple información, que a veces incluso tendrá efectos contraproducentes, o la suscitación de temor, que anima a los jóvenes a correr el riesgo, sino proporcionando mensajes creíbles, no dramáticos, y que los jóvenes puedan compartir; precisamente uno de los factores que resta credibilidad a los mensajes sobre drogas es el distinto trato dado a las legales e ilegales (84).

Entre las actuaciones de prevención a destacar se encuentra la educación escolar sanitaria, que debe formularse adecuadamente contextualizada tanto por lo que respecta a su integración en la más amplia educación sobre la salud, bienestar y convivencia, como por su impartición por educadores de la propia comunidad escolar; insiste asimismo en que padres y educadores asuman papeles ejemplificadores. Se da una gran importancia a la movilización ciudadana, de grandes efectos directos e indirectos a través de la excitación de actuaciones administrativas. El asociacionismo juvenil y las alternativas de ocio consolidarán una juventud con autonomía personal y sistema de valores definido. Una información en los medios de comunicación carente de sensacionalismo y que parta de las drogas como un problema de salud pública también coadyuvará (85).

Por lo que se refiere a la reducción de la oferta a través de la represión penal de las drogas ilegales, el Informe no se plantea el tema de una eventual liberalización; a lo más que llega es a relativizar la configuración de las medidas penales, que deberán ir adaptándose a las modificaciones de la realidad social sobre la que se pretende operar. Considera necesario seguir manteniendo la distinción entre drogas duras y blandas, y estima preciso que el peso de la ley recaiga fundamentalmente sobre los grandes traficantes. Con este último fin se alude, si bien con poca concreción, al blanqueo de dinero y se es decidi-

(83) Véanse págs. 8278-8279 del Informe citado.

(84) Véanse págs. 8279-8281 del Informe citado.

(85) Véanse págs. 8281-8283 del Informe citado.

do partidario de elevar las penas a tales personas y de la incautación y embargo provisional de bienes que deberá convertirse en definitivo tras la sentencia condenatoria; la carga de la prueba sobre el origen de tales bienes se invertirá en detrimento del acusado, y el embargo podrá asimismo afectar a bienes de sus familiares o de testaferreros. Se proponen como nuevas circunstancias agravantes la introducción ilegal de drogas ilícitas en territorio nacional o su puesta a disposición en centros de desintoxicación y tratamiento, así como la adulteración que origine graves riesgos para vida o salud. Por el contrario, se considera imprescindible seguir manteniendo la despenalización del consumo y actividades a él ligadas, mientras que debiera introducirse la posibilidad de sustituir la pena por el tratamiento, a través de la condena condicional, para todos los traficantes consumidores que estuvieran dispuestos a ello, condena condicional que también debiera jugar si la rehabilitación se ha producido antes de ser sentenciados.

Se asume también la necesidad de los programas de sustitución de cultivos, de mayor fiscalización de los precursores químicos, y de control de la sobreproducción de fármacos psicotrópicos y alcohol. Se han de impulsar acuerdos de extradición para los traficantes. La actuación policial se basará en una acción selectiva sobre las redes de tráfico, obra de grupos especializados, y una labor disuasoria en los lugares de venta al por menor y consumo para disminuir la presencia física de drogas ilícitas en la calle; hay que incidir sobre el pequeño narcotraficante, dado el rechazo que suscita en la sociedad (86).

Pero la reducción de la oferta también ha de procurarse de cara a las drogas legales. Respecto al alcohol y tabaco, se propone a corto plazo mayores restricciones en la publicidad y en los puntos de venta, donde deberá controlarse el acceso de menores. También habrá que ir acotando cada vez más los lugares de consumo, debiéndose en cualquier caso prohibir en lugares en que se pueda perjudicar a los no usuarios y respetar a rajatabla la normativa vigente en centros de enseñanza, hospitales..., etc. A medio plazo deberá prohibirse la entrada a menores en cualquier establecimiento comercial donde se despachen drogas legales, eliminar totalmente la publicidad de drogas legales y establecer medidas fiscales disuasorias para el alcohol y el tabaco (87).

En cuanto al tratamiento y reinserción, se consideran principios fundamentales la voluntariedad del tratamiento, el respeto a los derechos del paciente sin prácticas autoritarias o degradantes, el contrato terapéutico, el entendimiento de la reinserción como, simplemente, el logro de un comportamiento respetuoso con los derechos de los demás y consigo mismo, y la suficiencia de la red para prestar tratamiento a todas las personas que lo soliciten y lo necesiten. Se opta por una red asistencial pública, integrada en los servicios sanitarios generales, lo que no impedirá la existencia de centros específicos para determinados colectivos, el apoyo a las comunidades terapéuticas que debe-

(86) Véanse págs. 8283-8287 del Informe citado.

(87) Véanse págs. 8285-8286 del Informe citado.

rán ser adecuadamente controladas para que no se conviertan en nuevos sistemas de explotación de la juventud, y los programas basados en la administración de metadona para drogodependientes en los que han fracasado otras técnicas y padecen de graves problemas sociales (88).

Desde la perspectiva gubernamental no hay duda que el documento de mayor interés es el Plan nacional sobre drogas que, tras una moción del Congreso de fecha 27 de octubre de 1984, fue elaborado y aprobado por el gobierno del Estado el 24 de julio de 1985 (89). De él nos interesan fundamentalmente sus criterios inspiradores.

Se parte de que estamos ante un fenómeno que posiblemente persistirá durante bastante tiempo, lo que redobla la necesidad de un enfoque sereno y racional del problema, libre de alarmismos y consciente de que la sociedad deberá acostumbrarse a tratar con él. Se lamenta de que el protagonismo obtenido en la opinión pública y en los medios de comunicación social ha tenido connotaciones desorientadoras, en especial respecto al número, exagerado, de consumidores, y a la vinculación realizada entre consumo de droga ilegal y aumento de inseguridad ciudadana, olvidando que con frecuencia estamos ante procesos de desviación social previos al consumo de drogas.

Se asume un concepto estricto de droga, al exigir las notas de que sea susceptible de crear dependencia y de provocar tolerancia. En ese contexto se introducen todas las drogas ilegales, más el alcohol, quedando el tabaco en una situación imprecisa. Se señala al alcohol como el que registra el mayor número de consumidores habituales, y se critica la frecuente indentificación del problema de la droga con la juventud, lo que en parte obedece a una doble escala de valoración de comportamientos según se trate de jóvenes o adultos, y se insinúa que pueda estar relacionada con la distinción entre drogas legales e ilegales. El documento no se cuestiona el problema de la liberalización, limitándose a mencionar la polémica en nuestro país sobre la peligrosidad para la salud del cannabis, la opción favorable a su menor peligrosidad por los jóvenes, y su consideración, en cualquier caso, como un primer escalón, junto con el alcohol, de cara al consumo de otras drogas más peligrosas (90).

Los objetivos son evitar daños a la salud individual y colectiva, impedir procesos de marginación social, salvaguardar la seguridad ciudadana y mantener la autonomía de los individuos. Tales objetivos hacen que el Plan deba incidir especialmente sobre las drogas ilegales. Dentro de una política integral de educación para la salud y el bienestar, se actuará sobre la reducción de la demanda y oferta, así como en la asistencia y reinserción social del drogadicto. Se previene frente a una excesiva institucionalización de la lucha contra el problema, ya

(88) Véanse págs. 8287-8290 del Informe citado.

(89) Véase el texto completo del Plan nacional sobre drogas en «Legislación sobre drogas». Tecnos. 1986.

(90) Véase *ibídem.* págs. 800-801.

que sólo una decidida participación de la sociedad civil podrá garantizar el éxito (91).

Por lo que concierne a la reducción de la demanda, no deben de disociarse las drogas legales de las ilegales. La actuación básica ha de ser la mejora general de las condiciones de vida. Más allá de ello, una educación sanitaria escolar contextualizada, fomento del asociacionismo y cooperativismo juveniles, así como de alternativas de ocio. Se insiste de modo especial en esta área en la participación de los agentes sociales, a cuyo fin la Administración deberá apoyar a todo tipo de colectivos sociales que actúen en ese campo, debiendo desempeñar un papel destacado la Administración local. Sin excluir su uso, se mantienen muchas reservas hacia las campañas de sensibilización en los medios de comunicación social, a las que deben asignarse fines muy delimitados (92).

En cuanto a la reducción de la oferta de drogas ilegales, se estima debe mantenerse la distinción entre drogas duras y blandas, han de endurecerse las penas para los grandes traficantes, respecto a los que, asimismo, debería ser posible el embargo de bienes. Por el contrario, debiera poderse suspender condicionalmente la pena al toxicómano-trafficante dispuesto a someterse a tratamiento; lo acabado de decir no excluye el acoso policial al pequeño narcotraficante, para lo que se desarrolla un específico plan de actuación policial, tendente a contrarrestar el sentimiento de impunidad con que actúan ciertos grupos en lugares públicos y a mejorar la seguridad ciudadana. Se aboga por la colaboración en los programas de sustitución de cultivos. Por lo que respecta a la reducción de la oferta de drogas legales, se propone por la reducción gradual del consumo de alcohol y la aplicación de la legislación vigente sobre venta de alcohol a menores (93).

La asistencia al toxicómano tiene dos objetivos, lograr la abstinencia y la reinserción. El primero de ellos hace que la administración de metadona se haga sólo en casos excepcionales de consumo de heroína y de forma temporal. La reinserción se ha de entender como el diseño de un proyecto de vida no conflictiva ni autodestructora, sin recurso abusivo a sustancias modificadoras de la conducta; de todos modos, este principio de normalización deberá conjugarse con el derecho a la diferencia de personas o sectores de la población. Se valoran positivamente las comunidades terapéuticas, en un contexto de oferta terapéutica diversificada y ligada a voluntariedad del tratamiento. Se parte de una red asistencial general, no especializada, que combine los servicios de salud y los servicios sociales, sin excluir actuaciones independientes sobre colectivos específicos (94).

El Ministro de Justicia, Sr. Ledesma Bartret, presentó una Comunicación al 7.º Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del

(91) Véase *ibidem*. págs. 802-803.

(92) Véase *ibidem*. págs. 803-804.

(93) Véase *ibidem*. págs. 804-805, 829-831.

(94) Véase *ibidem*. págs. 805-807.

delito y tratamiento del delincuente, celebrado en Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985, donde aprovechó para manifestar la opinión del Gobierno español sobre las recientes tendencias político-criminales de Naciones Unidas (95).

Su autor considera que sería una ligereza, dada la dañosidad social de tales conductas, prescindir en el tratamiento del problema de los mecanismos represivos penales. No obstante, previene de las tendencias a utilizar en exclusiva la vía penal: Ello ni resulta eficaz ni respeta el principio de «ultima ratio» vigente en el Derecho penal. La política criminal debe integrarse en una política social más amplia en la que la prevención y la curación deben complementar a las actividades represivas.

Aclarado lo anterior, pone de relieve los negativos efectos que para la salud y el bienestar, la probidad de la Administración, el orden público y aún la seguridad nacional supone el tráfico ilícito de drogas. Ello hace aconsejable la elaboración de una nueva Convención internacional que, sin derogar las anteriores, aborde mejor aspectos del tráfico ilícito ahora mal resueltos o no atendidos.

Entre los temas que debieran incluirse en esa Convención señala una definición más amplia y precisa de la cannabis, una mayor precisión del concepto estricto de tráfico, la confiscación de los bienes producto del tráfico ilícito, una mayor fiscalización de los precursores químicos, y el abordaje de buques de pabellón extranjero en alta mar.

Por el contrario, estima que debiera ser objeto de reflexión para su eventual inclusión en Convenios bilaterales o regionales, la técnica de la entrega vigilada, siempre en el marco de acuerdos concretos entre países fronterizos, y la obligatoriedad de la extradición de los narcotraficantes, algo que no procede establecer en un Convenio de carácter general por más que en los Convenios de ámbito más restringido no deberá ser considerado en ningún caso como delito exceptuado de extradición.

En cuanto a la armonización de las sanciones y su posible agravamiento, bastan las recomendaciones contenidas en el Convenio único de 1961 (96).

El 4 de noviembre de 1986 compareció ante la Comisión de Sanidad y Seguridad Social del Senado el Delegado del Gobierno para el Plan nacional sobre drogas, Sr. Solans, para explicar los logros del Plan hasta esa fecha. Algunos datos o comentarios merecen destacarse (97).

En primer lugar, se aprecia una clara satisfacción por los decomisos efectuados en 1985 y los primeros meses de 1986, que permiten hablar de que España es el país europeo que más droga está decomi-

(95) Véase Ledesma Bartret. «La lucha contra la drogadicción en la sociedad actual», recogido en «Estudios penales y criminológicos. IX». Universidad de Santiago. 1986. págs. 73 y ss.

(96) Véase *ibidem*.

(97) Véase Comisión de Sanidad y Seguridad Social. Diario de sesiones del Senado. Cortes Generales. III Legislatura. Comisiones. Núm. 7, de 4 de noviembre de 1986.

sando. De hecho se le ha felicitado en diversos foros internacionales por ese logro. A las objeciones de los senadores de que si se decomisa más es porque se trafica y consume más, se responde que todo parece indicar que, aunque España es un importante país de paso, no ocupa ninguno de los tres primeros lugares europeos en cuanto a consumo. Por otro lado, el Delegado del Gobierno estima, tras el análisis de la pureza de la droga decomisada, que se está incidiendo intensamente en el traficante medio de heroína y en el superior de cocaína. Hay discusión respecto a si se actúa suficientemente sobre el pequeño traficante (98).

En segundo lugar, se confirma el deseo de introducir modificaciones en el artículo 344 del Código penal, encaminadas fundamentalmente a incrementar las penas si concurren determinadas agravantes, así como a incorporar ya algunas de las nuevas propuestas represivas contenidas en el proyecto de Convención de las Naciones Unidas, por más que en ocasiones, como el concepto de «blanqueo», pueden encontrar problemas de ajuste con el resto de la legislación española (99).

En tercer lugar, Delegado y senadores, en diversas intervenciones, coinciden en que el núcleo del problema reside en la reducción de la demanda. Sigue habiendo serias dudas respecto a las campañas de publicidad. El Delegado muestra su satisfacción por la drástica reducción de usuarios de la metadona, tras una administración más controlada a tenor de la nueva regulación administrativa (100).

A una pregunta relativa a la imagen que tiene la política española sobre drogas entre los demás Gobiernos europeos, responde el Delegado reconociendo que se había extendido la creencia errónea de que España había despenalizado el consumo de drogas sólo a partir de 1983, cuestión que ya ha sido aclarada, al igual que puesto de relieve la inoperancia de las legislaciones extranjeras que siguen pensando el consumo (101).

No podemos concluir el análisis de la política española reciente sobre drogas sin mencionar determinadas actuaciones de las Comunidades Autónomas que, aunque actúan integradas en el Plan nacional, presentan en ocasiones peculiaridades dignas de resaltar.

Procede aludir, ante todo, a Cataluña ya que ha sido la pionera y que ha ido por el momento más lejos en sus actuaciones. Hay dos documentos claves, la ley del Parlamento catalán de 25 de julio de 1985 y el Plan Global de actuaciones elaborado por el Gobierno catalán para el período trienal 1986-1988 (102). Obviamente sólo podemos destacar algunos puntos de interés.

El objeto de la ley son las «sustancias susceptibles de generar dependencia», alusión acertada al elemento clave de la problemática que

(98) Véase *ibidem*. págs. 4-5, 9-10, 13-16.

(99) Véase *ibidem*. págs. 5, 11, 17, 19, 23.

(100) Véase *ibidem*. págs. 3, 8, 12-13, 17-19, 21-23.

(101) Véase *ibidem*. págs. 20-21.

(102) Véase la Ley en Diario oficial de la Generalitat de Catalunya, núm. 572, de 7-8-85; en cuanto al plan de actuaciones, véase «Llei 20/1985: Pla global d'actuacions. Període trienal 1986/1988. Generalitat de Catalunya. Presidència». Mecanografiado.

estamos tratando, e incluye tanto las drogas legales como las ilegales. Por lo que respecta a estas últimas, por razones competenciales ambos textos se limitan a actuaciones de prevención de la demanda y de asistencia y rehabilitación; ello no impide que el Plan de actuaciones insista en la gran importancia del enfoque represivo sobre la oferta y se plantee el papel que en él debe jugar la policía autonómica; en cualquier caso, la prevención de la demanda, por encima de la asistencia y rehabilitación, se considera un instrumento especialmente eficaz en ambos textos.

Las pautas de actuación en los dos sectores de prevención y asistencia no difieren sustancialmente de las propuestas en los documentos nacionales antes analizados (103). Más característico es el régimen de control establecido para el alcohol y el tabaco, que supera en rigor holgadamente a la legislación estatal (104), y que por razones de espacio no podemos analizar aquí. En cualquier caso introduce muy importantes limitaciones a la publicidad, venta y suministro que afectan no sólo a menores de 16 años, sino también, aunque en menor medida, a los adultos. El consumo de tabaco resulta también ampliamente limitado para los adultos. Las infracciones pueden implicar hasta la suspensión de actividades o cierre definitivo de la empresa, sociedad o establecimiento (105).

La Comunidad autónoma vasca dispone o aspira a disponer de instrumentos de actuación similares a los de la Comunidad catalana. Vamos a ocuparnos del Plan de actuación elaborado para el cuatrienio 1985-1988 por la Comisión interdepartamental del Gobierno vasco, que entregó sus propuestas en diciembre de 1984, el concreto Plan de actuación contra la droga 1986 aprobado por el Gobierno vasco, y la Propuesta de anteproyecto de Ley sobre prevención, asistencia y reinserción en materia de drogodependencia que está considerando en la actualidad el ejecutivo vasco (106).

La Propuesta de anteproyecto parte asimismo de las «sustancias que puedan provocar dependencia», siendo especialmente consciente de la necesidad de un enfoque global, que no distinga en lo posible entre drogas legales e ilegales, y, más allá de su inclusión en un mismo texto legal, aspira a una formulación lo menos diferenciada posible de las diversas medidas a adoptar. Se otorga una gran importancia en los tres documentos a las labores de prevención de la demanda, por en-

(103) Véanse el Preámbulo de la ley y arts. 1 a 14, así como págs. 1 a 3, 6 a 8 y 25, entre otras, del Plan de actuaciones.

(104) Véase ésta en «Legislación sobre drogas». Tecnos. 1986.

(105) Véanse arts. 15 a 19 y 24 a 28 y 45 a 49 de la Ley. Estas sanciones están suspendidas en su vigencia al haberse admitido a trámite recurso de inconstitucionalidad promovido por el Presidente del Gobierno.

(106) Del primer y tercer documentos se dispone de ejemplares mecanografiados. Respecto al segundo, es el documento 4/1986 de la Presidencia del Gobierno vasco, emitido en Vitoria en enero de 1986.

La Propuesta de anteproyecto mencionada ha sido preparada, a encargo del Gobierno vasco, por el profesor CUESTA ARZAMENDI en el marco del Instituto vasco de Criminología.

cima de la también atribuida a la asistencia y reinserción; en cuanto a estas últimas destaca la cuidadosa elaboración que la Propuesta hace de los derechos del necesitado de asistencia. En cuanto a las medidas a tomar en estos ámbitos, se mueven dentro de los parámetros de los documentos estudiados en esta sección, aunque podría reseñarse la existencia de escasos recelos hacia las campañas informativas de tipo general, o los proyectos de voluntariado social.

Se aprecia por otra parte una gran disposición a colaborar en las tareas de represión de las drogas ilegales, estimándose tarea prioritaria la puesta en funcionamiento de una Brigada especial dentro de la Policía autonómica, y recogiendo la Propuesta determinadas prohibiciones relativas a la publicidad o promoción indirectas de drogas. Pero donde se aprecian más peculiaridades es, al igual que en la ley catalana, en el sistema de control del alcohol y tabaco diseñado por la Propuesta de anteproyecto: La regulación propuesta, no sólo es más estricta que la vigente estatalmente, sino que asimismo supera a la catalana. Basándose en recomendaciones de organismos internacionales y en diversas legislaciones europeas, resalta la elevación del límite de minoría de edad en bastantes casos a los 18 años, la rebaja a 18 grados de las bebidas alcohólicas especialmente controladas, la equiparación en las limitaciones a su promoción del tabaco al alcohol, el aumento de las limitaciones o prohibición de publicidad para ambas sustancias, las mayores restricciones en la venta y suministro de bebidas alcohólicas, así como en la venta o consumo de tabaco y la prohibición de la publicidad y promoción indirectas. Las sanciones pueden llegar hasta el cese temporal o cierre del establecimiento, local o empresa (107).

Es hora de concluir esta sección del trabajo señalando cómo los documentos analizados nos muestran una amplia aceptación de la idea de que el problema de las drogas debe ser fundamentalmente abordado a partir de la prevención de la demanda, y sin olvidar el aspecto de la asistencia y reinserción. Las medidas que se están proponiendo y/o poniendo en práctica en España en estos ámbitos muestran un claro paralelismo con las que en estos momentos están más acreditadas internacionalmente.

Por lo que se refiere a la reducción de la oferta, los documentos institucionales estudiados no han asumido la polémica relativa a la conveniencia o no de la liberalización del tráfico de drogas. Pese a ello, se aprecia en el nivel estatal bastantes recelos a una aceptación indiscriminada de nuevas medidas represivas, lo que no impide que algunas se estimen imprescindibles, y se está muy seguro en la necesi-

(107) Véase Propuesta de anteproyecto en su Exposición de motivos y, especialmente, arts. 1 a 4, 7-3, 10-20, 25-29, 42, 50-51; Plan de actuaciones cuatrienal, en «Consideraciones de la Comisión interdepartamental sobre las drogas en Euskadi. Programa de lucha contra la droga». Lakua. Diciembre 1984, págs. 56 y ss; Plan de actuación contra la droga. 1986. Documento 4/1986. Presidencia del Gobierno vasco. Vitoria. Enero 1986, en todas sus páginas.

dad de persistir y profundizar en actitudes benévolas hacia los consumidores y traficantes-consumidores.

En las Comunidades autónomas que más han avanzado en este campo se aprecia, aun manteniéndose dentro de las líneas generales acabadas de esbozar, una mayor proclividad hacia actitudes represivas, probablemente derivada de cierto celo competencial, y que se pone especialmente de manifiesto en los sistemas de control del alcohol y el tabaco.

5. TENDENCIAS RECIENTES EN LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA ESPAÑOLAS

En este apartado vamos a abandonar las tesis expuestas en instituciones y organismos oficiales y a preguntarnos por cuáles sean las opiniones más extendidas en los sectores científicos españoles que se ocupan de la problemática de la droga. La aproximación se va a realizar bajo las siguientes coordenadas: Dada la fundamental orientación de este trabajo en torno a la alternativa prevención o represión, los materiales utilizados proceden básicamente de fuentes jurídicas, en especial jurídico-penales y jurídico-internacionales, dado que ha sido en esos ámbitos donde se ha tratado profusamente la cuestión. Ello no excluye aportaciones de fuentes no jurídicas en la medida en que, más allá de análisis descriptivos, hayan tomado partido con detenimiento en la opción valorativa entre prevención o represión. Naturalmente, y como hemos venido haciendo a lo largo del trabajo, se presta atención igualmente al ámbito que se estima debe abarcar la opción represiva, lo que exige a su vez aludir a la actual regulación penal y su aplicación jurisprudencial. En cualquier caso, se ha pretendido realizar una mera síntesis de las corrientes doctrinales más recientes, con especial atención a la situación creada tras la reforma penal de 1983 (107 bis).

Al margen de la polémica de "lege lata" relativa a dónde hay que obtener el concepto de droga, desde una perspectiva conceptual hay acuerdo en la doctrina respecto a que la nota de la dependencia que origina el consumo de drogas es el elemento decisivo; en este sentido resultan frecuentes las remisiones a la OMS, organismo que, aun habiendo ampliado recientemente su definición, la hace pivotar en cualquier caso en torno a la característica indicada (108). Se suele distin-

(107 bis) Dejo fuera de consideración la ley de Peligrosidad y Rehabilitación social y la de Contrabando. La primera, por girar la discusión en torno a la problemática genérica de los estados peligrosos y medidas de seguridad en nuestro ordenamiento jurídico. La segunda, por el afianzamiento en la doctrina y, parcialmente, en la jurisprudencia de las tendencias que reconducen el enjuiciamiento de todas las conductas de contrabando de drogas al art. 344 del Código penal.

(108) Véanse, entre otros, VIVES ANTÓN. «Presupuestos constitucionales de la prevención y represión del tráfico de drogas tóxicas y estupefacientes.» En «Drogas: Aspectos jurídicos y médico-legales». Facultad de Derecho. Palma de Mallorca. 1986. página 265; PRIETO RODRÍGUEZ. «El delito de tráfico y el consumo de drogas en el ordena-

guir entre dos tipos de dependencia, la física, que conlleva el síndrome de abstinencia para el consumidor privado de la droga, y la psíquica; la doctrina, analizando los datos médicos, llega a la conclusión de que ambas dependencias se dan en los opiáceos (entre ellos la heroína), el alcohol y los barbitúricos, mientras que hay dependencia sólo psíquica respecto a derivados de la coca, anfetaminas, tabaco e inhalantes; se niega la dependencia o se acepta en muy escasa medida o con vacilaciones en los derivados del cannabis y alucinógenos (entre ellos el LSD) (109). De un modo u otro, se es consciente de que la distinción entre drogas legales e ilegales no tiene nada que ver con su potencialidad adictiva (110).

Está muy extendida la idea de que la aproximación a la problemática de la droga a través del Derecho penal ha mostrado reiterada y holgadamente su fracaso. Este se debe en primer lugar a que no ha logrado su propósito fundamental, evitar el aumento acelerado del número de consumidores, pero también a que ha terminado causando más daños que ventajas: Marginación social e inducción a la delincuencia en los consumidores, incidencia represiva básicamente limitada a escalones inferiores y medios del tráfico, situación objetivamente beneficiosa para los traficantes dados márgenes comerciales derivados de prohibición, y surgimiento de poderosas organizaciones criminales, entre otros (111). Se concluye la escasa aptitud de los medios del Derecho penal para solucionar el problema de la droga (112),

miento jurídico penal español.» Bosch. 1986, págs. 13-15, 136; MUÑOZ CONDE. «Derecho penal. Parte Especial.» 6.^a edic. 1985. pág. 426; BERISTAIN IPIÑA. «Dimensiones histórica, económica y política de las drogas en la Criminología crítica.» En «Delitos contra la salud pública». Universidad de Valencia. 1977. págs. 55-56; FREIXA. «Drogodependencias: Aspectos sanitarios versus jurídico-políticos.» En «La problemática de la droga en España». Edersa. 1986, pág. 81; del TORO MARZAL. «Tráfico de drogas.» En «El proyecto de Código Penal». Barcelona, 1980, pág. 104.

(109) Véanse PRIETO RODRÍGUEZ. op. cit., págs. 19-21, 36-39, 41-43, 46-51, 53-57; JIMÉNEZ VILLAREJO. «Incidencia de la droga en la criminalidad.» En «Drogas...» op. cit., páginas 135, 144, 146-147, con ligeras variantes.

(110) Véanse PRIETO RODRÍGUEZ. op. cit., pág. 25; GONZÁLEZ ZORRILLA. «Drogas y cuestión criminal.» En «El pensamiento criminológico. II.» Ed. Península. 1983, pág. 182.

(111) Véanse PRIETO RODRÍGUEZ. op. cit., págs. 91, 437-440, 478-479; LUZÓN PEÑA. «Tráfico y consumo de drogas.» En «La reforma penal.» Ed. de Barbero Santos, pág. 64; ABARCA JUNCO. «Un problema de política criminal: La penalización internacional de los estupefacientes.» En Boletín Revista Facultad de Derecho. UNED. núm. 8, 1982, páginas 226-227, 229; de la misma «La fuerza de un mito: El control internacional de narcóticos.» RFDUC. núm. 58, 1980, pág. 164; GARCÍA PABLOS. «Bases para una política criminal de la droga.» En «La problemática...» op. cit., pág. 357; RODRÍGUEZ RAMOS. «Iniciación al consumo de drogas.» En ibidem. págs. 291-292; BERISTAIN IPIÑA. op. cit., pág. 76; BUSTOS RAMÍREZ. «Manual de Derecho penal. Parte Especial.» Ariel. 1986, págs. 276-279; GONZÁLEZ ZORRILLA. op. cit., págs. 197-199. Estos dos últimos autores señalan cómo la ley seca vigente en Estados Unidos durante determinados años fue la causante de que se creara la primera concentración capitalista de la criminalidad moderna surgiendo organizaciones que ya no han dejado de existir.

(112) Véanse QUINTERO OLIVARES. «El fundamento de la reacción punitiva en el tráfico de drogas y los delitos relativos al mismo.» En «Drogas: Aspectos y médico-legales». Facultad de Derecho. Palma de Mallorca, págs. 157-184; CARBONELL MATEU. «Consideraciones técnico-jurídicas en torno al delito de tráfico de drogas.» En «La problemática...» op. cit., págs. 352-353; RODRÍGUEZ RAMOS. op. cit., pág. 293; MARTÍ DE VESES. «El

algo que parece estar muy ligado al hecho de que nos encontramos ante un fenómeno de amplia etiología social que escapa en gran medida del ámbito de acción penal (113). Por otra parte, resulta frecuente aludir al escrupuloso respeto del principio de intervención mínima (114).

En la doctrina española no faltan reflexiones que pretenden rastrear el origen de la extendida actitud prohibicionista internacional. Así, tras señalar la política europea durante los siglos XVIII y XIX consistente en la promoción descarada del consumo de opio en Oriente, dados los beneficios económicos que reportaba el control del tráfico por las potencias occidentales (115), se comprueba cómo desde finales del XIX y principios del XX nacen en Estados Unidos fuertes corrientes prohibicionistas que van a convertir a este país, hasta la actualidad, en el auténtico impulsor de las políticas represivas (116). A la búsqueda de una explicación a tal actitud norteamericana, algunos autores han identificado un conjunto de intereses de tal país, cuyo énfasis ha variado según las épocas, entre los que destacan deseos de asegurar una pautas morales uniformes y coherentes con las dominantes, de impedir el desarrollo de alternativas culturales, de disponer de un medio de descalificación social, de asegurar determinados intereses geopolíticos y económicos. A ello se han unido posteriormente los ligados a las propias necesidades de supervivencia de las organizaciones internacionales creadas con tal fin que, al decir de algún autor, han desempeñado un papel de ocultación del fracaso de la política represiva, de negativa a asumir las nuevas realidades científicas sobre la droga, y de continuo endurecimiento de los Convenios internacionales (117).

La coordinación española con ese enfoque represivo internacional se produjo con la reforma del artículo 344 del Código penal en 1971, y desde entonces hasta 1983 perduró tal actitud del legislador sin fisuras, de modo que se dejaron sin atender determinadas corrientes internacionales posteriores que de un modo limitado propusieron el tratamiento como alternativa a la pena (118). A partir de esa fecha se pro-

derecho internacional público y el consumo y tráfico de drogas y estupefacientes.» En «Delitos contra...» op. cit., pág. 292.

(113) PRIETO RODRIGUEZ. op. cit., págs. 440, 467-478; TORIO LOPEZ. «Problemas político criminales en materia de drogadicción.» En «Delitos contra...» op. cit., pág. 523; GARCÍA PABLOS. op. cit., págs. 357-359.

(114) Así PRIETO RODRIGUEZ. op. cit., pág. 92; VIVES ANTÓN. op. cit., pág. 266; TORIO LÓPEZ. op. cit., pág. 523.

(115) Véase BERISTAIN IPIÑA. op. cit., págs. 69-75; MARTÍ DE VESES. op. cit., págs. 265, 268; PRIETO RODRIGUEZ. op. cit., págs. 475-477.

(116) Véase ABARCA JUNCO. «La fuerza...» op. cit., págs. 148-164; de la misma, «Un problema...» op. cit., págs. 224, 229; MARTÍ DE VESES. op. cit., págs. 266-268; QUINTERO OLIVARES. op. cit., pág. 161; PRIETO RODRIGUEZ. op. cit., pág. 487.

(117) Véase ABARCA JUNCO. «La fuerza...» op. cit., págs. 143-154, 160-165; de la misma, «Un problema...» op. cit., págs. 225-229; GONZÁLEZ ZORRILLA. op. cit., págs. 199-200, 205; MARTÍ DE VESES. op. cit., pág. 275.

(118) Véase PRIETO RODRIGUEZ. op. cit., págs. 111-114, 437; TORIO LÓPEZ. op. cit., páginas 495-497. Sobre la plasmación de tales corrientes en los Convenios internacionales,

duce un cambio de enfoque en nuestro país, como ya hemos visto, más atento a las soluciones preventivas y suavizador de la represión, que es sentido por la doctrina como desacorde con las persistentes tendencias represivas internacionales (119). Pese a ello, el énfasis en las medidas preventivas frente a las represivas es algo arraigado en la doctrina española y que se apoya por la mayor parte de ésta, incluso como una exigencia constitucional (120); también, en líneas generales, se ha considerado favorablemente, respecto a la situación anterior, la reforma penal de 1983 (121).

La doctrina se ha planteado si el apoyo al enfoque preventivo debería ir tan lejos que implicara la derogación de todo tipo de medidas represivas. De un modo general, con independencia de lo mantenido respecto a ciertos tipos de drogas o conductas y que veremos más adelante, la casi totalidad de la doctrina se opone a la despenalización del tráfico de drogas; aun reconociendo los efectos parciales beneficiosos que de ello podrían derivarse, se teme el probable aumento de la adicción que ello implicaría y la ausencia de experiencias a este respecto, así como se estima que sería una medida opuesta a las actuales opiniones sociales y culturales mayoritarias, amén de contradecir los presupuestos de un Estado social (122). No obstante, algún autor es partidario de la despenalización, negando al Estado la legitimidad para controlar tales conductas (123), y algún otro se plantea su procedencia a largo plazo y dentro de un contexto intencional (124). En cualquier caso, existen referencias a la desmesurada atención prestada por las instancias de poder a esta problemática con fines desviadores de

véanse MARATÍ DE VESES. *op. cit.*, págs. 289-290; CARDONA LLORÉNS. «La cooperación internacional en materia de supresión del uso indebido de drogas.» En «Problemática jurídica y psico-social de las drogas». Generalitat valenciana. 1987. págs. 158-161.

(119) Véanse, con independencia de su actitud favorable o no al nuevo enfoque, PRIETO RODRÍGUEZ. *op. cit.*, págs. 61, 92-93, 121; BUSTOS RAMÍREZ. *op. cit.*, pág. 280; MATO REBOREDO. «Actividad policial y drogas.» En «La problemática...» *op. cit.*, págs. 305, 307; MARTÍNEZ BUSTOS. «El tráfico y la posesión de drogas en el art. 344 del Código penal.» Boletín de información del Ministerio de Justicia, núm. 1350. II. 1984. págs. 8-9.

(120) Véanse PRIETO RODRÍGUEZ. *op. cit.*, págs. 264, 437-440, 80; QUINTERO OLIVARES. *op. cit.*, págs. 174, 182, 184; TORIO LÓPEZ. *op. cit.*, págs. 495-496, 518; GONZÁLEZ ZORRILLA. *op. cit.*, págs. 207-208, 214-217; ARROYO ZAPATERO. «Aspectos penales del tráfico de drogas.» Poder Judicial, núm. 11. 1984, pág. 26. Una excepción significativa la constituye las conclusiones obtenidas por SANTOS PASTOR. «Heroína y política criminal. Un enfoque alternativo.» En «La problemática...» *op. cit.*, págs. 225 y ss., en especial 250 y ss., quien, a partir del análisis económico del Derecho, llega a soluciones fundamentalmente represivas.

(121) Véanse, entre otros, PRIETO RODRÍGUEZ. *op. cit.*, págs. 120-121; ARROYO ZAPATERO, pág. 26; BOIX REIG-MIRA BENAVENT. «La reforma penal en relación con la problemática de la droga.» En «Drogas: Aspectos...» *op. cit.*, pág. 28; BUSTOS RAMÍREZ. *op. cit.*, pág. 279.

(122) Véanse BERISTAIN IPIÑA. «Delitos de tráfico ilegal de drogas.» En «La reforma del Código penal de 1983. Tomo V. Vol. 2. Edersa. 1985, págs. 750-751; COBO DEL ROSAL. «Consideraciones generales sobre el denominado "tráfico ilegal de drogas tóxicas o estupefacientes"». En «Delitos contra la salud pública» *op. cit.*, pág. 155; QUINTERO OLIVARES. *op. cit.*, págs. 180, 182; SANTOS PASTOR. *op. cit.*, pág. 250; GARCÍA PABLOS. *op. cit.*, páginas 378-379.

(123) Véase ABARCA JUNCO. «Un problema...» *op. cit.*, pág. 228.

(124) Véase RODRÍGUEZ RAMOS. *op. cit.*, págs. 292-294.

la atención sobre otros problemas sociales y, en último término, a la bondad del uso, que no del abuso, de la droga como instrumento de comunicación, creador de nuevas experiencias y favorecedor de la autorrealización personal (125).

Obviamente la doctrina no puede evitar aludir al diferente trato dispensado a las drogas legales frente a la ilegales y más teniendo en cuenta, como señala algún autor, que no hay dudas de que la propia legislación penal considera droga al alcohol, como se deduce de diversos preceptos, lo que no impide que no persiga su tráfico (126). La adicción al alcohol constituye con mucha diferencia, en opinión de la doctrina, la toxicomanía más extendida y con mayores efectos perniciosos en nuestro país (127). Sin embargo, hay dos elementos fundamentales que explican la existencia de drogas legales: Por un lado, teniendo presente el arraigo de la droga en todas las culturas, el que estamos ante aquellas que han sido asumidas cultural y socialmente en nuestras sociedades occidentales, asunción que impide, en opinión de la doctrina, optar por la vía represiva frente a ellas (128). Por otro lado, la concurrencia de un conjunto de factores, fundamentalmente económicos, pero también geopolíticos y morales, que propugnan una diferenciación uniforme a escala internacional, y sin tener en cuenta las culturas menos poderosas, entre drogas legales e ilegales (129).

El contenido de la prevención se entiende por la doctrina de modo similar a como hemos visto en las instancias oficiales, apoyado en los pilares de reducción de la demanda y asistencia al drogadicto, si bien se ponen más esperanzas en el primer aspecto que en el segundo (130). Se es consciente de los posibles efectos ambivalentes de las campañas de información (131), y se propone una asistencia a drogadictos en condiciones adecuadas (132), sin excluir el suministro de droga o sustitutivos, aunque algún autor previene frente a los posibles efectos

(125) Véase PRIETO RODRÍGUEZ. op. cit., págs. 3-4, 441, BERSTAIN IPIÑA. «Delitos...» op. cit., pág. 803.

(126) Véase PRIETO RODRÍGUEZ. op. cit., págs. 123, 326, 328.

(127) Véanse, entre otros, LORENZO SALGADO. «Las drogas en el ordenamiento penal español.» Bosch. 1983, págs. 22, 203-204; PRIETO RODRÍGUEZ. op. cit., págs. 38, 62-63, 471; BERSTAIN IPIÑA. «Dimensiones...» op. cit., pág. 79.

(128) En esa línea, COBO DEL ROSAL. op. cit., págs. 151-152; TORIO LÓPEZ. op. cit., página 518; CONDE-PUNPIDO. «El tratamiento penal del tráfico de drogas: las nuevas cuestiones.» En «la problemática...» op. cit., págs. 135-136; PRIETO RODRÍGUEZ. op. cit., páginas 90-91, 124, 15, 37; LORENZO SALGADO. op. cit., págs. 3, 24. Estos dos últimos autores recuerdan que la OMS en algún momento pretendió justificar la legalidad del alcohol considerándola una «sustancia entrañable» para la cultura occidental. También BUSTOS RAMÍREZ. op. cit., pág. 275.

(129) Véanse PRIETO RODRÍGUEZ. op. cit., págs. 159-160, 477, 479, 482, 487-488; BERSTAIN IPIÑA. op. cit., págs. 56-57, 78-79.

(130) Véase GARCÍA PABLOS. op. cit., págs. 383-384; GONZÁLEZ ZORRILLA. op. cit., páginas 214-215, 207-208; PRIETO RODRÍGUEZ. op. cit., págs. 8, 68, CALAFAT FAR. «La prevención de las drogas: Teoría y práctica.» En «Drogas: Aspectos...» op. cit., págs. 85-86. Son los dos últimos autores los que relativizan el éxito del tratamiento.

(131) Véanse SANTOS PASTOR. op. cit., pág. 249; CALAFAT FAR. op. cit., págs. 93-94.

(132) Véase PRIETO RODRÍGUEZ. op. cit., págs. 66, 83.

marginantes de tal actitud (133). En cualquier caso, se estima que toda campaña preventiva deberá adoptar un enfoque global, abarcador tanto de las drogas ilegales como de las legales, siendo frecuentes las advertencias respecto a la pérdida de eficacia y credibilidad que la prevención padecerá dada la existencia de un doble tratamiento de las drogas (134).

Cual sea o debiera ser el bien jurídico protegido en los delitos de tráfico de drogas es algo menos pacífico de lo que se cree. A tenor de la regulación actual, en especial debido a las drogas que quedan fuera (alcohol, tabaco) y a algunas que quedan dentro (cannabis), diversos autores consideran que, cuando menos de forma parcial, se están protegiendo determinados contenidos morales y culturales frente a sus opuestos (135). De todos modos, de forma exclusiva u ocupando un lugar predominante, la gran mayoría de la doctrina considera que el bien jurídico es la salud pública de la sociedad, objeto de protección que se suele considerar plausible en el marco de un Estado social y del mantenimiento de la calidad de vida (136).

La doctrina, al partir de la salud pública en lugar de la individual, consideró que lograba sortear la posible crítica de que estaba castigando actos de participación consentida en la puesta en peligro de un bien individual más gravemente que la participación en la lesión de dicho bien, participación esta última que, por lo que se refiere a las autolesiones corporales, quedaba incluso impune: La vinculación a la salud colectiva elude tales comparaciones, dando autonomía plena a los actos de tráfico (137). No obstante, algún autor ha estimado que ello no impide una cuestionable desvalorización indirecta de la salud individual (138). De lo que no hay duda es de que la no inclusión en el

(133) Véanse RODRÍGUEZ RAMOS. op. cit., págs. 293-294; GARCÍA PABLOS. op. cit., páginas 392-294, 395, 396; GONZÁLEZ ZORRILLA. op. cit., págs. 216-217, que establece la matización señalada en texto.

(134) Véanse CALAFAT FAR. op. cit., págs. 91-92; FREIXA. op. cit., págs. 85-88; COBO DEL ROSAL. op. cit., págs. 151-152; PRIETO RODRÍGUEZ. op. cit., págs. 90-91, 124; GONZÁLEZ ZORRILLA. op. cit., pág. 212. Respecto al último inciso, FREIXA y GONZÁLEZ, en especial.

(135) Véanse GARCÍA PABLOS. op. cit., págs. 373-374; PRIETO RODRÍGUEZ. op. cit., páginas 169-171, 175; BERISTAIN IPIÑA. «Delitos...» op. cit., pág. 756; GIMBERNAT ORDEIG. «La reforma del Código penal de noviembre de 1971.» En *Estudios de Derecho penal*, 2.ª edic. Civitas. 1981. págs. 65-66. Más radicalmente, ABARCA JUNTO. «Un problema...» op. cit., páginas 226 y ss.

(136) Véanse entre otros, CÓRDOBA RODA. «El delito de tráfico de drogas.» En *Estudios penales y criminológicos*. IV. Universidad de Santiago. 1981, págs. 11, 13; TORIO LÓPEZ. op. cit., pág. 505; BERISTAIN IPIÑA. «Delitos...» op. cit., págs. 753, 756, 768; BOIX REIG-MIRA BENAVENT. op. cit., págs. 16, 44; GARCÍA PABLOS. op. cit., pág. 371; CARRONELL MATEU. «Consideraciones técnico-jurídicas en torno al delito de tráfico de drogas.» En «La problemática...» op. cit., págs. 338-339; ARROYO ZAPATERO. op. cit., pág. 25; PRIETO RODRÍGUEZ. op. cit., págs. 174-175, 489.

(137) Véanse, en ese sentido, TORIO LÓPEZ. op. cit., págs. 502-506; GARCÍA PABLOS. op. cit., págs. 101-102.

(138) Véase BACIGALUPO. «Problemas dogmáticos del delito de tráfico ilegal de drogas.» En «La problemática...» op. cit., págs. 101-102.

En mi opinión, la crítica no es del todo fundada, pues podría pensarse que la mayor protección de la salud colectiva frente a la individual, incluso asumiendo que la estructura típica de los preceptos que protegen la primera estuviera más alejada del bien ju-

tipo de las drogas legales, con efectos nocivos equiparables a las ilegales, debilita la referencia a la salud pública como objeto de protección (139).

No debe olvidarse, sin embargo, que cuando la doctrina habla de la salud pública resulta muy frecuente explicitar ésta en torno a la limitación a la libertad del consumidor que su uso reiterado conlleva. Esta tendencia, que se ha acentuado en los últimos tiempos, que resulta coherente con el importante papel que la doctrina otorga a la creación de dependencia, y que deja en segundo plano la consideración de los efectos nocivos directamente producidos sobre la salud, resulta frenada en la interpretación de *lege lata* por las propias exigencias de ésta, que obliga a poner al frente a la salud pública siendo la libertad un mero acompañante o un aspecto de ésta (140). Con todo, algún autor recuerda cómo el tipo agravado de difusión entre menores resulta fácilmente explicable en base a la idea de la capacidad de autodeterminación disminuida de éstos (141). Si abandonamos la perspectiva de *lege lata*, no faltan afirmaciones que reivindican el derecho del ciudadano adulto a disponer de su propia salud, o cuestionan tuteladas estatales indebidas (142), y algún autor opta abiertamente por configurar estos delitos como delitos contra la libertad personal, lo que implicaría penar en principio sólo aquellas conductas destinadas a violentar de algún modo la voluntad de los consumidores, en especial de los menores, quedando de lo contrario impune el tráfico entre adultos (143).

Algunos autores quieren ver en la salud pública, en la libertad, o en otros conceptos del mismo rango meros intereses políticos-criminales, lo que quizás pudiera denominarse la *ratio legis* de estos delitos, mientras que el auténtico bien jurídico sería el interés del Estado en el control del tráfico de drogas en todas sus fases (144). En mi opinión, esta tesis supone convertir un interés administrativo, puramente instrumental o formal, en un bien jurídico-penal, en detrimento de objetos de protección materiales, como corresponde al Derecho penal:

rídico, por se de peligro abstracto y no de lesión, que la de los de la segunda, está justificada por la pluralidad de personas afectadas.

(139) Véanse GARCÍA PABLOS. op. cit., págs. 374-375; PRIETO RODRÍGUEZ. op. cit., páginas 162-163.

(140) Véanse CARBONELL MATEU. op. cit., págs. 339-340, 345, 346, 349; COBO DEL ROSAL. op. cit., págs. 150-151, 156, 158-159; CÓRDOBA RODA. op. cit., pág. 11; LUZÓN PEÑA. op. cit., página 68; BERISTAIN IPIÑA. «Delitos...» op. cit., pág. 755; PRIETO RODRÍGUEZ. op. cit., páginas 74, 166-167, 175-176.

(141) Véase PRIETO RODRÍGUEZ. op. cit., pág. 264.

(142) Véanse BUSTOS RAMÍREZ. op. cit., pág. 277; CARBONELL MATEU. op. cit., páginas 339-340; PRIETO RODRÍGUEZ. op. cit., pág. 78; GIMBERNAT ORDEIG. op. cit., págs. 65-67.

(143) Véase BUSTOS RAMÍREZ. op. cit., págs. 277-178, quien, como veremos, introduce alguna otra limitación jurídico-penal.

(144) Así, especialmente, COBO DEL ROSAL. op. cit., págs. 161-164; GONZÁLEZ CUSSAC. «Operatividad de las circunstancias modificativas en el marco del art. 344 del Código penal.» En «Problemática...» op. cit., págs. 226, 242.

CÓRDOBA RODA. op. cit., pág. 14 considera al citado interés como objeto de tutela en el artículo 344, aunque con un rango inferior a la salud pública.

se confunden los medios para asegurar la incolumidad de ciertos bienes jurídicos, entre los que está el intencionamiento estatal en esta materia, con estos mismos (145). Más acertadamente otro autor propone de lege ferenda una punición de estas conductas similar a la que rige para las sustancias nocivas para la salud en el artículo 341, donde la protección de la salud pública exige un control estricto, que no una prohibición, de la producción y comercialización de tales sustancias (146).

No faltan posturas doctrinales que añaden como bien jurídico complementario el de la seguridad colectiva y orden público, afectados por la variada criminalidad a la que induce el consumo de drogas (147). Más interesantes son las escasas referencias a los daños a la estructura económica y aún institucional de nuestra sociedad a los que el surgimiento de las poderosas organizaciones de narcotraficantes está dando lugar, por más que algún autor estime que la represión debe tener como función primordial controlar a tales grupos (148).

La distinción entre sustancias que causan grave daño a la salud y las que no, ha merecido aprobación de la doctrina más significativa, que ha recordado que la jurisprudencia, antes de 1983, ya la venía practicando al realizar la medición de pena (149). Se ha polemizado respecto a si tal distinción supone apartarse de las tendencias existentes en los Convenios u organismos internacionales (150). Interesa destacar que la doctrina propugna como punto de referencia para la mayor o menor nocividad de la sustancia su capacidad para producir dependencia física y psíquica, o sólo la segunda, lo que se explica en virtud de que el criterio decisivo no es el daño que la sustancia pueda causar directamente a la salud, dato sólo ocasionalmente aludido, sino el grado en que el consumo de la sustancia pueda afectar a la capacidad de autodeterminación o libertad de decisión del sujeto (151). En cualquier caso se estima que la distinción no hace más que ajustarse al diferen-

(145) Por otras vías, reconduce el interés aludido a un objeto de protección material, la salud pública, CARBONELL MATEU. op. cit., págs. 338-340.

(146) Véase BUSTOS RAMÍREZ. op. cit., pág. 278. Para captar debidamente su postura, recordar lo dicho un poco más arriba.

(147) Véanse GARCÍA PABLOS. op. cit., págs. 373-374; PRIETO RODRÍGUEZ. op. cit., página 172; BERISTAIN IPIÑA. op. cit., págs. 59, 79-80.

(148) Véanse GARCÍA PABLOS. op. cit., pág. 376; BERISTAIN IPIÑA. «Dimensiones...» op. cit., pág. 59; BOIX REIG-MIRA BENAVENT. op. cit., pág. 15, respecto a último inciso del texto.

(149) Véanse, además de los que seguirán al aludir a aspectos concretos durante la exposición, LORENZO SALGADO. op. cit., págs. 105, 106, 206, 216; GARCÍA PABLOS. op. cit., página 388; PRIETO RODRÍGUEZ. op. cit., págs. 147, 166. En contra, MATO REBOREDO. op. cit., página 308; MARTÍNEZ BURGOS. op. cit., II, págs. 8, 9-10.

(150) Consideran que se da la contradicción, MARTÍNEZ BURGOS. *Ibidem*, págs. 8-9. MATO REBOREDO. op. cit., pág. 308; BUSTOS RAMÍREZ. op. cit., pág. 280. Mantienen tesis opuestas; LORENZO SALGADO. «Reforma de 1983 y tráfico de drogas.» En «La problemática...» op. cit., pág. 41; PRIETO RODRÍGUEZ. op. cit., págs. 147, 143-144.

(151) Véanse CARBONELL MATEU. op. cit., págs. 342-344; ARROYO ZAPATERO. op. cit., página 22; LUZÓN PEÑA. op. cit., págs. 65, 68; PRIETO RODRÍGUEZ. op. cit., págs. 26, 143, 145, 153; GIMBERNAT ORDEIG. op. cit., págs. 65-66.

te contenido de lo injusto según las sustancias traficadas, y a determinadas reflexiones político-criminales (152).

La introducción de la distinción ha permitido a la doctrina sostener que las sustancias que no dañen a la salud en ningún grado, es decir, las inocuas, quedan claramente fuera del tipo (153), lo que no impedirá persistan las diferencias respecto a si el tipo abarca a las sustancias lesivas de un modo insignificante (154). Ahora bien, la referencia a la nocividad ha dado alas a tendencias ya existentes negadoras de la penalización de determinadas sustancias: Si algún autor ha considerado que la mayor parte de la denominada droga blanda merece el calificativo de inocua (155), hay un núcleo importante de autores que estiman que los derivados de la cannabis no satisfacen el concepto médico de droga, son sustancias inocuas o cuando menos de las que no se ha demostrado su nocividad y en cualquier caso no poseen más nocividad que otras sustancias permitidas, además de otros argumentos de oportunidad, todo lo cual lleva a afirmar la conveniencia de su despenalización o, incluso, desde una perspectiva de lege lata, a sostener que no están incluidos en el tipo actual (156). Al margen de esta fuerte tendencia despenalizadora, no hay opiniones doctrinales contrarias a considerar los derivados del cannabis como sustancias que no causan grave daño a la salud a tenor de la terminología del artículo 344, actitud corroborada por la jurisprudencia (157). Esta, sin embargo, no parece por el momento dispuesta a secundar tesis doctrinales que se cuestionan o niegan tajantemente el carácter de droga a los derivados de la coca y al LSD (158).

Por lo que respecta a los comportamientos abarcados, existe acuer-

(152) Respecto a lo primero, BOIX REIG-MIRA BENAVENT. op.cit., pág. 44; TORIO LÓPEZ, op. cit., pág. 520; CONDE PUMPIDO. op. cit., pág. 136. Respecto a lo segundo, BOIX REIG-MIRA BENAVENT. op. cit., págs. 45-46; ARROYO ZAPATERO, op. cit., pág. 22.

(153) Véanse LORENZO SALGADO. «Las drogas...» op. cit., pág. 40; del mismo, «Reforma...» op. cit., 215; CARBONELL MATEU. op. cit., pág. 342; GARCÍA PABLOS. op. cit., pág. 388; PRIETO RODRÍGUEZ. op. cit., págs. 133, 165, 175; ARROYO ZAPATERO. op. cit., págs. 22; CONDE PUNPIDO. op. cit., pág. 132; CÓRDOBA RODA. op. cit., pág. 19.

(154) Véanse las posturas opuestas de CÓRDOBA RODA. op. cit., pág. 19, y LUZÓN PEÑA. op. cit., págs. 66, 67.

(155) Véase CARBONELL MATEU. op. cit., pág. 352.

(156) Aluden a alguno o varios de esos argumentos y optan por su despenalización de lege lata o lega ferenda, MUÑOZ CONDE. op. cit., págs. 427, 428; ABARCA JUNCO. «La fuerza...» op. cit., págs. 162-163; BERISTAIN IPIÑA. «Dimensiones...» op. cit., pág. 56; del mismo, «Delitos...» op. cit., pág. 766; GIMBERNAT ORDEIG. op. cit., págs. 66-67; LORENZO SANGADO. «Las drogas...» op. cit., págs. 108-110, 207; CÓRDOBA RODA. op. cit., pág. 24; PRIETO RODRÍGUEZ. op. cit., págs. 154-160, 175, 489, 450; GONZÁLEZ ZORRILLA. op. cit., págs. 209-214; SANTOS PASTOR. op. cit., págs. 254; LUZÓN PEÑA. op. cit., págs. 67, 68-69, quien asume la conveniencia de despenalización para adultos dada la escasa entidad de su nocividad, que sí se da. Se opone a la despenalización expresamente, por razones de oportunidad, TORIO LÓPEZ. op. cit., págs. 506-508.

(157) Véanse ARROYO ZAPATERO. op. cit., pág. 22; BUSTOS RAMÍREZ. op. cit., pág. 282; MUÑOZ CONDE. op. cit., pág. 428; CONDE PUMPIDO. op. cit., págs. 133-134, BOIX REIG-MIRA BENAVENT. op. cit., págs. 42-44.

(158) DUDAN, ARROYO ZAPATERO. op. cit., pág. 22; MUÑOZ CONDE. op. cit., pág. 428. Decididamente, PRIETO RODRÍGUEZ. op. cit., págs. 151. Sobre la jurisprudencia, véanse BOIX REIG-MIRA BENAVENT. *Ibidem*.

do en la doctrina en que la reforma de 1983 ha reducido el ámbito de las conductas prohibidas (159), lo que no siempre suscita aprobación.

Si dejamos por el momento las conductas de posesión, respecto a las restantes destaca la polémica sobre la impunidad de la donación: La jurisprudencia interpreta el término tráfico como todo desplazamiento oneroso o gratuito, por lo que no tiene problemas para incluir la donación; ésta la lleva tan lejos como para incluir la invitación al consumo sin ulterior transcendencia y la invitación recíproca, si bien en estos últimos casos hay sentencias que consideran atípicas tales conductas si se realizan entre adictos o iniciados (160). Hay algún sector doctrinal que sigue este concepto amplio de tráfico (161), por más que sea opinión muy extendida en la doctrina, defienda o no el citado concepto, que la invitación recíproca es atípica (162). Otro sector doctrinal parte de un concepto de tráfico que abarca desplazamientos a título oneroso además de los gratuitos realizados con fines de creación o ampliación de mercado, lo que permite dejar fuera, además de la invitación recíproca, la invitación al consumo sin fines mercadotécnicos (163). Un tercer sector doctrinal utiliza un concepto de tráfico ligado al ánimo de lucro interpretado estrictamente, dejando fuera toda conducta de donación (164). Al margen de las interpretaciones anteriores, algunos estiman que el término «difundan» del p. 2 permite incluir en él, siempre que se den sus circunstancias específicas, todo tipo de conductas de donación (165). De lege ferenda, las posturas varían desde la conveniencia de penar toda clase de donación (166), hasta la impunidad de la donación excepto si hecha a inimputables o semiimputables (167), pasando por posturas favorables a dejar impune o atenuar toda donación no proselitista (168), o a penar toda donación a menores, además de, atenuadamente, la producida entre adultos relativa a drogas duras (169).

(159) Véanse GARCÍA PABLOS. op. cit., págs. 364-365; MUÑOZ CONDE. «La reforma penal de 1983. Parte Especial.» Destino. 1983. pág. 199; PRIETO RODRÍGUEZ. op. cit., páginas 215-216; BOIX REIG-MIRA BENAVENT. op. cit., 31.

(160) Véase la jurisprudencia en BOIX REIG-MIRA BENAVENT. op. cit., págs. 32-37; FERNÁNDEZ ALBOR. op. cit., págs. 18-19; LORENZO SALGADO. «Reforma...» op. cit., págs. 43-44.

(161) Véanse CONDE PUMPIDO. op. cit., págs. 123-125; LORENZO SALGADO. op. cit., pág. 152; BUSTOS RAMÍREZ. op. cit., pág. 280.

(162) Véanse FERNÁNDEZ ALBOR. «Otra vez sobre la droga.» En «La problemática...» op. cit., págs. 19-20; BERISTAIN IPINA. «Delitos...» op. cit., págs. 770-771; ARROYO ZAPATERO. op. cit., pág. 23; PRIETO RODRÍGUEZ. op. cit., págs. 212-228; BUSTOS RAMÍREZ. op. cit., pág. 280.

(163) Véanse PRIETO RODRÍGUEZ. op. cit., págs. 212-213; FERNÁNDEZ ALBOR. op. cit., páginas. 19-20. Coincide en excluir también esta segunda forma de invitación, ARROYO ZAPATERO. op. cit., pág. 23.

(164) Véanse ARROYO ZAPATERO. op. cit., pág. 23; GARCÍA PABLOS. op. cit., pág. 366; MARTÍNEZ BURGOS. I núm. 1348. op. cit., págs. 4, 5 y 9.

(165) Véanse PRIETO RODRÍGUEZ. op. cit., págs. 213, 217; MARTÍNEZ BURGOS. op. cit., página 6.

(166) Véase MARTÍNEZ BURGOS. I. op. cit., págs. 4, 5 y 9.

(167) Véase CARBONELL MATEU. op. cit., pág. 352.

(168) Véanse GARCÍA PABLOS. op. cit., págs. 366-367, 390-392, aunque eventualmente introduce mayor impunidad respecto a blandas; PRIETO RODRÍGUEZ. op. cit., pág. 489; BOIX REIG-MIRA BENAVENT. op. cit., pág. 39.

(169) ARROYO ZAPATERO. op. cit., pág. 23.

En cualquier caso doctrina y jurisprudencia concuerdan en que son atípicas las conductas de propaganda, información sobre lugares de adquisición, puesta en contacto entre comprador y vendedor y facilitación de lugar a consumidor para guardar droga o útiles (170). No faltan quienes piensan debiera pensarse la propaganda (171).

En cuanto a las conductas de tenencia, la orientada al consumo ha sido desde los años 70 como mínimo considerada ininterrumpidamente como impune, tanto por la jurisprudencia como por la doctrina, por más que, como señaló algún autor, ello no venía ineludiblemente exigido por el texto legal. Se afirma que la reforma de 1983 se ha limitado a plasmar inequívocamente tal opción político-criminal en la dicción legal (172). De lege ferenda se ha podido decir que no ha habido ni una sola voz doctrinal favorable a la punición de esta conducta (173), algo que es esencial pero no absolutamente cierto en los últimos tiempos (174). La impunidad del consumo abarca no sólo a la tenencia, sino también a todos los actos preparatorios de éste, aunque estén incluidos en el tipo, cuando se realizan con finalidad no consumista, tesis ésta mantenida por jurisprudencia o doctrina no sin lamentar que el texto legal no sea más claro al respecto (175). Los argumentos utilizados para defender tal actitud hacia el consumidor mencionan la protección constitucional del libre desarrollo de la personalidad y de la intimidad personal, la ausencia de repercusión sobre el bien jurídico que debe tener en este caso una dimensión de ajenidad en coherencia con la actitud hacia el suicidio y las autolesiones, la situación cercana, aunque no idéntica, a la participación necesaria del consumidor visto como víctima, y en cualquier caso el menor desvalor de acción respecto al del traficante (176). Además, desde pers-

(170) Véanse BOIX REIG-MIRA BENAVENT. op. cit., págs. 31-32; LORENZO SALGADO. «Reforma...» op. cit., pág. 43; ARROYO ZAPATERO. op. cit., pág. 23.

Algún autor considera punible la propaganda en el contexto típico del p.2 del artículo 344. PRIETO RODRÍGUEZ. op. cit., págs. 215-217.

(171) Véanse PRIETO RODRÍGUEZ. op. cit., págs. 215-217; MARTÍNEZ BURGOS. II. op. cit., página 9; GARCÍA PABLOS. op. cit., págs. 392-393, quien lo restringe sólo a las drogas duras en los adultos.

(172) Véanse BOIX REIG-MIRA BENAVENT. op. cit., págs. 16, 27, 56-56; PRIETO RODRÍGUEZ. op. cit., págs. 227-228; COBO DEL ROSAL. op. cit., págs. 157-158; QUINTERO OLIVARES. op. cit., página 171; LORENZO SALGADO. «Las drogas...» op. cit., págs. 121-122, 206; del mismo, «Reforma...» op. cit., págs. 46, 48; ARROYO ZAPATERO. op. cit., pág. 21; FERNÁNDEZ ALBOR. «Reflexiones criminológicas y jurídicas sobre las drogas.» En «Delitos contra...» op. cit., páginas 187-188-198-199; CONDE PUMPIDO. op. cit., pág. 119; CÓRDOBA RODA. op. cit., páginas 26-27.

(173) Véanse buena parte de los autores acabados de citar, y una valoración global de la actitud doctrinal en LORENZO SALGADO. «Las drogas...» op. cit., pág. 130; del mismo, «Reforma...» op. cit., pág. 47; PRIETO RODRÍGUEZ. op. cit., pág. 225.

(174) Véanse a favor punición consumidor, bien es verdad que desde sectores no estrictamente penales, FREIXA. op. cit., págs. 88-89; MATO REBOREDO. op. cit., pág. 309; SANTOS PASTOR. op. cit., págs. 246-247. También MARTÍNEZ BURGOS. II. op. cit., pág. 9.

(175) Véanse BOIX REIG-MIRA BENAVENT. op. cit., págs. 56, 57-58; GARCÍA PABLOS. op. cit., pág. 386; PRIETO RODRÍGUEZ. op. cit., págs. 214, 221, 489; QUINTERO OLIVARES. op. cit., página 160; CÓRDOBA RODA. op. cit., pág. 27; LORENZO SALGADO. «Las drogas...». op. cit., páginas 122-123, 206.

(176) Véanse BOIX REIG-MIRA BENAVENT. op. cit., págs. 16, 52-54; COBO DEL ROSAL. op. cit.,

pectivas de oportunidad, se enfatiza que lo que el consumidor necesita en todo caso es información o tratamiento, pero no contacto con la maquinaria penal, aparte de los beneficios que se derivan para la eficacia policial de que el consumidor no se vea en el mismo barco que los traficantes (177).

La doctrina española es consciente de que respecto a este tema pudiera estar adoptando una postura contraria a la internacionalmente prevalente y que ha podido recibir críticas a ese nivel, pero se reafirma en su actitud, destacando además que los Convenios internacionales, o se refieren sólo al tráfico, o adoptan soluciones ambiguas que cabe interpretar como una consideración del consumo como mero ilícito administrativo, o en cualquier caso dejan abierta la puerta a los sustitutivos penales para el consumidor. Por otra parte, el Derecho comparado europeo, aunque tiende a penar la tenencia para consumo, ofrece una amplia posibilidad de sustitutivos penales, o bien exige poseer unas cantidades no insignificantes, lo que invalida en buena parte su opción (178).

La doctrina está especialmente preocupada por un uso excesivamente mecánico de datos objetivos de cara a la conclusión por los tribunales de que la posesión era con ánimo de traficar: Recuerda que la carga de la prueba recae sobre la acusación, y que no procede partir de criterios generales objetivos desligados de las circunstancias del caso concreto (179). Algún autor, considerando las dificultades que se presentan para deslindar ambos ánimos y el riesgo de abusos hacia el consumidor, unido todo ello a que puede decirse que estamos ante un mero acto preparatorio del tráfico que no pone aún en juego la salud o la libertad, propone la despenalización de toda tenencia (180). En cualquier caso, la posesión para el cultivo (semillas o plantas) o para

cit., págs. 158-159; CARBONELL MATEU. op. cit., pág. 345; LORENZO SALGADO. «Reforma...». op. cit., pág. 47; del mismo, «Las drogas...». op. cit., págs. 131, 121-122; GARCÍA PABLOS. op. cit., págs. 385-386, quien aprovecha para rechazar posturas penalizadoras basadas en análisis economicistas que olvidan las debidas referencias valorativas; GIMBERNAT ORDEIG. op. cit., págs. 68-69; PRIETO RODRÍGUEZ. op. cit., págs. 222-223; QUINTERO OLIVARES. op. cit., págs. 161, 168; VIVES ANTÓN. op. cit., pág. 269; TORIO LÓPEZ. op. cit., pág. 518.

(177) Véanse GARCÍA PABLOS. op. cit., págs. 386, 385; BOIX REIG-MIRA BENAVENT. op. cit., página 16; QUINTERO OLIVARES. op. cit., pág. 174; PRIETO RODRÍGUEZ. op. cit., pág. 222; LORENZO SALGADO. «Reforma...». op. cit., pág. 47; del mismo, «Las drogas...». op. cit., pág. 131; TORIO LÓPEZ. op. cit. págs. 511-512.

(178) Véanse QUINTERO OLIVARES. op. cit., págs. 161, 171-173; CARDONA LLORÉNS. «La cooperación internacional en materia de supresión del uso indebido de drogas». En «Problemática...». op. cit., págs. 163-166, con argumentos respecto al Convenio de 1961 no convincentes; PRIETO RODRÍGUEZ. op. cit., págs. 224, 229-230; LORENZO SALGADO. «Las drogas...» op. cit., págs. 115-118; del mismo, «Reforma...» op. cit., pág. 45; BERISTAIN IPIÑA. «Delitos...» op. cit., págs. 752-753. Para MARTÍNEZ BURGOS. II. op. cit., págs. 4-5, las tendencias internacionales acertadamente tienden a penar tenencia para consumo, en clara oposición a España. Interpretación opuesta en CÓRDOBA RODA. op. cit., pág. 26.

(179) Véanse BOIX REIG-MIRA BENAVENT. op. cit., págs. 59-61, 62-68; CONDE PUMPIDO. op. cit., págs. 126-128; VIVES ANTÓN. op. cit., págs. 278-279; PRIETO RODRÍGUEZ. op. cit., páginas 232-233, 237; LORENZO SALGADO. op. cit., pág. 49. Equivocamente, ARROYO ZAPATERO. op. cit., pág. 23.

(180) Véase BUSTOS RAMÍREZ. op. cit., pág. 281.

la fabricación (materia prima a elaborar o sintetizar) no parece estar incluida en el tipo (181).

La figura del consumidor que, para subvenir a sus necesidades, es asimismo traficante, se contempla con atención por la doctrina: Buena parte de ella sostiene que su responsabilidad debe matizarse, debido a que su conducta está guiada por la dependencia, lo que dará lugar con facilidad a una disminución de la culpabilidad y, en los casos más graves, a su exclusión (182). Con independencia de ello, se exige una regulación específica, dadas sus peculiaridades criminológicas, del traficante-consumidor (183). Así, junto a posturas que plantean la creación de un tipo atenuado (184), surgen otras que insisten en que estamos ante alguien más necesitado de tratamiento que de represión, por lo que procede agotar el uso de las actuales posibilidades de sustitución de pena por medida y, lo que es mejor, crear una disposición específica que, en línea con los Convenios internacionales, ofrezca la suspensión del fallo o la condena condicional al traficante consumidor dispuesto a someterse a tratamiento (185).

A propósito de lo anterior la doctrina, aun reconociendo que la reforma de 1983 ha suavizado las penas (186), se lamenta de que no se hayan introducido reglas específicas de atenuación, a salvo de la distinción entre las diversas drogas, destacándose que hubiera resultado conveniente no sólo para la hipótesis anterior, sino igualmente en relación con la posesión para traficar de escasas cantidades de droga, o para atender a la colaboración con la Administración de Justicia en el descubrimiento de ulteriores responsables (187).

Por lo que respecta a los tipos agravados creados tras la reforma de 1983, la doctrina ha acogido muy favorablemente el referido a la difusión entre menores de 18 años, a lo que no es ajeno el que debe

(181) CONDE PUMPIDO. *op. cit.*, pág. 125, ve dificultosa su inclusión en el tipo.

(182) Véanse BOIX REIG-MIRA BENAVENT. *op. cit.*, págs. 17, 48; ARROYO ZAPATERO. *op. cit.*, págs. 26, 23; TORÍO LÓPEZ. *op. cit.*, pág. 521; LUZÓN PEÑA. *op. cit.*, pág. 69; BACIGALUPO. *op. cit.*, págs. 103-107, especialmente enfático en este punto.

(183) Véanse LORENZO SALGADO. «Las drogas...». *op. cit.*, págs. 111-112; del mismo, «Reforma...». *op. cit.*, págs. 54-48; BOIX REIG-MIRA BENAVENT. *op. cit.*, pág. 16; FREIXA. *op. cit.*, pág. 83; PRIETO RODRÍGUEZ. *op. cit.*, págs. 254, 310-311, 314, 318, 490; CARBONELL MATEU. *op. cit.*, pág. 352; GARCÍA PABLOS. *op. cit.*, págs. 389-390.

(184) Véanse BOIX REIG-MIRA BENAVENT. *op. cit.*, pág. 48; PRIETO RODRÍGUEZ. *op. cit.*, página 490; ARROYO ZAPATERO. *op. cit.*, págs. 23, 26; LORENZO SALGADO. «Las drogas...». *op. cit.*, págs. 111-112, 218.

(185) Véanse BOIX REIG-MIRA BENAVENT. *Ibidem*; VIVES ANTÓN. *op. cit.*, pág. 266; MUÑOZ CONDE. *op. cit.*, pág. 429; PRIETO RODRÍGUEZ. *op. cit.*, págs. 312-315, 317-318, 490; ARROYO ZAPATERO. *Ibidem*; BERISTAIN IPIÑA. «Delitos ...». *op. cit.*, pág. 803; FREIXA. *op. cit.*, página 83; TORÍO LÓPEZ. *op. cit.*, pág. 522; GARCÍA PABLOS. *op. cit.*, págs. 389-390, quien previene, con todo, de las posibles ventajas que para los grandes traficantes pueden derivarse de este trato beneficioso al traficante-consumidor; QUINTERO OLIVARES. *op. cit.* págs. 160, 182, que propone la despenalización.

(186) Véanse GARCÍA PABLOS. *op. cit.*, págs. 364-365; LORENZO SALGADO. «Las drogas». *op. cit.*, pág. 218. En contra, CONDE PUMPIDO. *op. cit.*, pág. 132.

(187) Véanse PRIETO RODRÍGUEZ. *op. cit.*, págs. 254, 262-263, 270, 273, 490; BOIX REIG-MIRA BENAVENT. *op. cit.*, págs. 48-49; LORENZO SALGADO. *Ibidem*; del mismo, «Reforma...». *op. cit.*, pág. 54; LUZÓN PEÑA. *op. cit.*, pág. 69; ARROYO ZAPATERO. *op. cit.*, pág. 24.

interpretarse en función de la menor capacidad de autodeterminación o libertad de los sujetos pasivos, en este caso individuales, algo que va en la línea de las más recientes tendencias doctrinales sobre el bien jurídico en estos preceptos (188). Los alusivos a la difusión en centros docentes, militares y penitenciarios no han sido bien acogidos: Se destaca que ya no atienden a una disminución de la libertad, sino al mero mantenimiento de la disciplina en los dos últimos casos, superponiéndose a la agravación referida a menores de 18 años en el primer caso, de ahí que se pida su desaparición (189); no obstante, algún autor ha manifestado que estas agravaciones siguen orientadas en la especial situación psíquica de las personas integradas en tales centros, y que la referencia a centros docentes va referida a víctimas mayores de 18 años, apoyando su mantenimiento (190). Por lo que respecta a la agravación por pertenencia a organizaciones o por posesión de grandes cantidades, se reconoce su procedencia dada la mayor peligrosidad de tales conductas para el bien jurídico (191), pero se critica la primera de ellas por su estructura excesivamente formal que impedirá su aplicación por dificultades de prueba (192).

La doctrina más reciente estima que deben introducirse nuevas figuras agravadas o sanciones: En primer lugar, respecto a otras situaciones en que se encuentre notablemente afectada la capacidad de autodeterminación de la víctima, sin ser menor de edad, como supuestos equivalentes a la ausencia o disminución de imputabilidad, hipótesis de prevalimiento; procesos de desintoxicación o rehabilitación... (193). Especialmente intensas son las referencias a los grandes traficantes: Parte de la doctrina, acertadamente, ha comenzado a plantearse si en tales casos no debieran aplicarse las pautas político-criminales propias de la delincuencia económica, en lugar de conformarse con agravaciones como las actuales en el marco de la salud pública (194); en cualquier caso, junto a peticiones de agravación de pena para tales conductas (195), se va extendiendo la idea de que es precisa una penalidad específica, no convencional, que atienda a los beneficios derivados del tráfico y contemple sanciones como el embargo y confiscación de bienes de los traficantes, sus familiares o partícipes

(188) Véanse CARBONELL MATEU. op. cit., pág. 347; ARROYO ZAPATERO. op. cit., pág. 23; BUSTOS RAMÍREZ. op. cit., pág. 283; PRIETO RODRÍGUEZ. op. cit., págs. 264-265, 290 quien, acertadamente, considera conveniente una reforma legal que precise que el sujeto activo en estos casos deba superar en edad al pasivo; DEL TORO MARZAL. MARZAL. op. cit., pág. 111, quien estima indebidamente restrictiva la exigencia de la «difusión».

(189) Véanse CARBONELL MATEU. op. cit., pág. 347; ARROYO ZAPATERO. op. cit., pág. 24; BUSTOS RAMÍREZ. op. cit., pág. 283; BERISTAIN IPIÑA. «Delitos...». op. cit., pág. 779.

(190) PRIETO RODRÍGUEZ. op. cit., págs. 266-267.

(191) Véanse ARROYO ZAPATERO. op. cit., pág. 24; BUSTOS RAMÍREZ. op. cit., pág. 283.

(192) Véanse ARROYO ZAPATERO. *Ibidem*; PRIETO RODRÍGUEZ. op. cit., págs. 263, 490; DEL TORO MARZAL. op. cit., págs. 112-113; MARTÍNEZ BURGOS. I. op. cit., pág. 8; BUSTOS RAMÍREZ. *Ibidem*. Parece pensar en el riesgo contrario.

(193) Véanse CARBONELL MATEU. op. cit., pág. 347; PRIETO RODRÍGUEZ. op. cit., páginas 265, 490.

(194) Véanse CARBONELL MATEU. op. cit., págs. 347-348; GARCÍA PABLOS. op. cit., página 398.

(195) Véanse CARBONELL MATEU. op. cit., pág. 352; MARTÍNEZ BURGOS. II. op. cit., pág. 9.

de transacciones financieras con ellos (196). No se han pronunciado la doctrina ni la jurisprudencia sobre la «entrega vigilada», aunque sí lo han hecho sobre la provocación policial (197). La doctrina ha apoyado en ocasiones la introducción del principio de justicia mundial en estos delitos, y un reforzamiento de las posibilidades de cooperación judicial, en especial de la extradición (198).

6. CONCLUSIONES Y PROPUESTA PERSONAL

Paso a continuación a exponer, a partir de los datos más arriba recogidos, mi particular punto de vista sobre toda la problemática estudiada.

I. En el contexto en el que nos movemos debe partirse de un concepto de «drogas» referido a sustancias cuya característica fundamental, al margen de eventuales daños directos a la salud, sea la creación de dependencia respecto a ellas en quienes las consumen. Es esta consecuencia lo que otorga especificidad y autoriza un tratamiento separado al fenómeno social del tráfico y consumo de ciertas sustancias. Los instrumentos de política legislativa y social españoles, tanto centrales como autonómicos, así como la doctrina penal española han asumido con convicción tal punto de partida. No puede decirse lo mismo del Convenio sobre sustancias psicotrópicas de 1971, cuyo artículo 2.4.a) II da pie a la inclusión de sustancias de las que no esté probado su efecto de dependencia, como de hecho está sucediendo (199), ni del Informe Stewart-Clark dirigido al Parlamento europeo, pese a que las definiciones de la OMS siguen girando en torno a la nota de dependencia.

Procede asimismo diferenciar por la diversa entidad de sus efectos, entre las que producen dependencia física y psíquica, o sólo esta última. Entre las primeras hay que incluir a los opiáceos, el alcohol y los barbitúricos, entre las segundas a las anfetaminas, inhalantes y derivados de la coca, descendiendo notablemente y aun no apareciendo la dependencia psíquica en el tabaco, derivados del cannabis y alucinógenos. Distinciones similares a la acabada de realizar son frecuen-

(196) Véanse PRIETO RODRÍGUEZ. op. cit., págs. 269, 272, 489-490; CALAFAT FAR. op. cit., página 87; GARCÍA PABLOS. op. cit., pág. 398; STAMPA BRAUM. «Medidas legislativas contra la criminalidad organizada». En «Drogas: Aspectos...». op. cit., págs. 256, 260.

Sin embargo, críticamente respecto a las actuales medidas imponibles a empresas o sociedades dependientes de organizaciones de traficantes, PRIETO RODRÍGUEZ. op. cit., páginas 287, 289-290, 491.

(197) Véase la postura favorable a ésta de la jurisprudencia, penando en especial a través de la tenencia para traficar, y la tesis contraria del autor del artículo, en RUIZ ANTON. «La provocación policial como forma de reprimir el tráfico ilícito de drogas». En «La problemática...». op. cit., págs. 319 y ss.

(198) Para lo primero, BERISTAIN IPIÑA. «Delitos...» op. cit., págs. 789-790; para lo segundo, CARDONA LLORENS. op. cit., pág. 172.

(199) Véase las propuestas de inclusión en el Convenio de cinco nuevas sustancias, contenidas en el documento E/CN.7/1987/11 de 2 de diciembre de 1986 de la Comisión de estupefacientes de Naciones Unidas.

tes en la doctrina penal española, mientras que el Informe Stewart-Clark evita sacar conclusiones a tenor de la mayor o menor dependencia creada por la droga.

II. Las reiteradas alusiones a normalizar y racionalizar el trato social con las drogas se quedan con frecuencia a medio camino: No basta con una actitud resignada, derivada de la constatación del enraizamiento del consumo de drogas en todo tipo de culturas, y de la convicción de que nunca desaparecerá por completo en nuestras sociedades. Es preciso desarrollar la distinción entre el uso y el abuso de drogas, considerando al primero como un comportamiento susceptible de valoración positiva en la medida que fomente la autorrealización personal y las posibilidades de comunicación intersubjetivas.

III. La política sobre drogas debe dejar de distinguir, lo más rápidamente posible, entre drogas legales e ilegales. Tal distinción no está justificada por su capacidad adictiva, ni por su nocividad a la salud. Tampoco se aprecia una relevante diversidad en las pautas vitales que favorecen unas u otras, más allá de las vinculadas al hecho diferenciador de la prohibición. Las alegaciones basadas en el enraizamiento cultural de ciertas drogas en nuestras sociedades han dejado de tener peso tras la internacionalización de la política de drogas, reclamada por todos: La distinción se convierte en una nueva forma de opresión cultural y económica de los países poderosos que, simultáneamente, obligan a reprimir el tráfico y consumo de drogas connaturales a ciertas culturas pero ajenas a la suya propia, mientras fomentan el consumo de nuevas drogas propias de la cultura occidental. Por otro lado, las evidentes similitudes entre ambos tipos de drogas dificultan la eficacia de cualquier política preventiva que pretenda mantener la distinción. Las diferentes consecuencias respecto a integración social de los consumidores en unas u otras proceden simplemente de su diverso trato legal. Este planteamiento unificador va haciendo progresos en los documentos regionales europeos y en los españoles, pero aún no se ha concretado debidamente en todos los sectores legislativos y ejecutivos.

La tendencia al trato unificado conlleva el riesgo de que se tome como modelo de actuación el seguido hasta ahora con las drogas ilegales, generalizándose aún no la represión penal pero sí duras medidas de control del tráfico y consumo de drogas legales, algo que comienza a esbozarse especialmente en ciertas Comunidades autónomas. La postura debiera ser la inversa: Es la política preventiva respecto a las drogas legales seguida con éxito en diversos países la que debiera condicionar una política unificada hacia las drogas.

IV. Comparto la opinión extendida de que el fenómeno de la droga sólo podrá abordarse con éxito en el marco de una política integrada, que incida sobre todas las fases, desde su producción o cultivo hasta el consumo. En cuanto al modo de incidir en todo ese proceso, estimo que la política represiva hasta ahora fundamentalmente seguida, al margen de objeciones de otro tipo, ha demostrado claramente su fracaso. Procede poner el énfasis en actuaciones de tipo preventi-

vo y asistencial, que incidan sobre la demanda de drogas, y no sobre la oferta como ha venido sucediendo con la política represiva. Con ello no hago más que recoger un estado de ánimo muy difundido en los foros europeos y en las diversas instancias españolas analizadas. El citado enfoque choca frontalmente con la actual política de las Naciones Unidas, claramente orientada a la represión de la oferta. Su influencia se ha dejado sentir en el ámbito europeo y español reforzando a los sectores de opinión y a los países europeos que poseen una actitud más matizada respecto a la colocación en un lugar secundario de la política represiva.

En España, el reforzamiento de las tendencias represivas de Naciones Unidas ha coincidido con un momento de especial esperanza en las opciones preventivas, plasmada a niveles prácticos en el Plan nacional sobre drogas. La paulatina recepción en nuestro país de tales corrientes internacionales, unida a ciertos equívocos y reproches injustos realizados a la legislación española en foros europeos, hace tener un retroceso de la opción preventiva, ya claramente apreciable en las instancias oficiales, en un país donde aún no se había experimentado a fondo tal alternativa ni se habían recogido sus frutos acreditados en otros países con anterioridad.

V. Sobre el contenido de la mayor parte de las medidas preventivas y asistenciales recayentes sobre la demanda hay amplio acuerdo en las diversas instancias europeas y españolas, fruto de la experiencia acumulada en diversos países. No debe olvidarse en cualquier caso que la eficacia en la reducción de la demanda está directamente relacionada con la capacidad para integrar el problema dentro de una oferta de modelos vitales edificada sobre la autonomía personal, y con el grado de actividad no institucional desarrollada por la sociedad civil, al margen de con la mejora general de las condiciones de vida. Hay ciertas medidas, en cualquier caso, que resultan polémicas: Deben rechazarse enérgicamente las pretensiones de realizar una labor educadora preventiva intensa en edades muy tempranas, necesariamente basada casi exclusivamente en componentes emocionales, por el abuso que ello supone de la capacidad de autodeterminación personal, aún no desarrollada ni siquiera a unos niveles mínimamente operativos, sin contar los posibles efectos contraproducentes en la vida futura de esas personas. Es preciso igualmente fijar con esmero los límites a respetar en las actividades de asistencia, sean desintoxicadoras o rehabilitadoras: Entre ellos, debe encontrarse la observancia del derecho a la diferencia, rechazando el uso de pautas valorativas más allá de las estrictamente necesarias para salir de la dependencia. En esa misma línea, debe prestarse atención a los modos de actuar, en ocasiones al parecer demasiado presionantes, de las comunidades terapéuticas. Debe evitarse interpretaciones demasiado rígidas del concepto de asistencia, la cual deberá incluir información o suministro de útiles para asegurar un consumo lo menos nocivo posible de drogas, sin que ello suponga su promoción.

En cualquier caso, la política preventiva y asistencial actualmente diseñada en España está acompañada en líneas generales con las más modernas corrientes europeas.

VI. Más allá del mayor o menor énfasis colocado en actuaciones preventivas o asistenciales frente a las represivas, cuestión adicional es la de la conveniencia de prescindir del enfoque represivo penal o cambiar sustancialmente su configuración. Aquí ya no sólo se trata de lograr una mayor eficacia sino igualmente de razones de principio. El tema, como era de esperar, no ha encontrado eco en los órganos de las Naciones Unidas, atentos sólo a un incremento de la represión, pero desempeña un importante lugar en las preocupaciones del Parlamento europeo. Desgraciadamente planteamientos suficientemente globales de despenalización tienen una nula representación en las instancias oficiales españolas y muy escasa en las doctrinales. Ello quizá pueda explicarse por la sensación de acoso internacional que se vive en España tras la clara primacía otorgada al enfoque preventivo y asistencial en los últimos tiempos y la limitada liberalización, claramente exagerada y malinterpretada en los foros europeos, realizada en 1983. En cualquier caso, la ausencia de una discusión seria al respecto en las instancias oficiales no corresponde con la actitud del grupo parlamentario socialista en el Parlamento europeo.

La despenalización en dichos foros europeos se plantea en términos de eficacia: Se ha comprendido que la problemática de la droga en la actualidad no reside sólo o principalmente en los daños derivados de su consumo sino en el surgimiento de poderosas organizaciones de narcotraficantes que afectan o van a afectar a la organización institucional de muy diversos Estados y aún de todo el mundo democrático; idea también frecuente en los órganos de las Naciones Unidas, pero no en España pese a las reiteradas solicitudes, por otras razones, de endurecer la pena de los grandes traficantes (200). La cuestión en Europa se centra en reflexionar si la despenalización no disminuiría drásticamente los beneficios de los narcotraficantes, privándoles consecuentemente de su poderío económico e institucional. La alternativa se ha rechazado por el momento de forma mayoritaria, aunque sin tomar una decisión definitiva.

Discrepo de buena parte de los argumentos que fundamentan o pronostican la inefectividad de tal medida: Afirmar que la despenalización no contribuiría a disminuir el número de consumidores sino todo lo contrario, supone olvidar que tal opción político-criminal va dirigida básicamente a privar de su poderío a los narcotraficantes y no a reducir el consumo, meta ésta que se propone lograr a través de medidas preventivas, que cabe incluso imaginar serán a la larga más eficaces si ya no están lastradas por un trasfondo represivo o por campañas contrapuestas de promoción bien dotadas económicamente por parte de los narcotraficantes. La descalificación de las limitadas experiencias despenalizadoras realizadas en países como Holanda tropieza con valoraciones opuestas. En el fondo, lo que frena tal alternativa es la ausencia de la suficiente energía política para explicar a la

(200) Excepción significativa es la del Ministro de Justicia, LEDESMA BARTRET, véase supra.

población las ventajas que a medio y largo plazo se derivarían de la opción despenalizadora del tráfico y preventiva del consumo, y para afrontar con la suficiente capacidad de convencimiento los previsibles períodos de impaciencia que surgirían en la sociedad hasta el momento en que se comenzaran a apreciar los efectos de tal opción, con el coste político que conllevarían.

Pero la problemática no debe analizarse exclusivamente en términos de eficacia, es preciso entrar en cuestiones de principio. Para ello hay que preguntarse cuál sea el bien jurídico que se pretende proteger. En una sociedad pluralista no procede considerar tal la salud moral de los ciudadanos, como sin embargo se señala en los actuales Convenios internacionales y se repite en los órganos de las Naciones Unidas, por más que en compañía de otros bienes; si el problema radicara sólo en eso no habría dudas respecto a la despenalización y, todo lo más, la introducción de ciertas medidas blandas de presión social (alta fiscalidad, restricciones espaciales...) como, en mi opinión discutiblemente, se está haciendo respecto a ciertos comportamientos tolerados pero no aceptados plenamente por la sociedad (pornografía, juegos ilícitos...)

La opinión más extendida de que lo que se protege especialmente es la salud pública debe ser reconsiderada: En primer lugar, porque la protección penal de la salud pública está basada, con la única excepción del delito de tráfico de drogas, sobre la idea de no causar menoscabos o impedir mejoras en la salud de una pluralidad de personas que no quieren sufrirlas o dejar de obtenerlos. Por lo demás, resulta una analogía inaceptable con las enfermedades infecciosas afirmar que estamos ante un problema de salud colectiva alegando que el consumo de drogas es contagioso, en cuyo caso sería irrelevante el consentimiento en el daño del agente propagador. Como en cualquier caso estamos ante sustancias similares a las contenidas en los restantes delitos contra la salud pública, deberían estar sometidas en este punto a un trato penal semajante tendente a asegurar el control administrativo de su producción y venta, así como a controlar su calidad, en línea con lo señalado recientemente por algún otro autor español y con alguna propuesta de tipo agravado basado en la adulteración de la droga sugerida por instancias oficiales españolas.

En segundo lugar, porque progresivamente se va afianzando la idea de que lo decisivo no es el daño directo a la salud sino la pérdida de autonomía personal del consumidor. Esta evolución hacia su consideración como un delito contra la libertad individual, aunque también presente en Europa, es especialmente clara en España, donde el propio concepto de droga, los criterios de distinción entre blandas y duras, los tipos agravados referidos a menores e incluso a determinados centros, las nuevas agravaciones que se reclaman referidas a personas carentes o con disminución de la imputabilidad, o sometidas a procesos de desintoxicación o rehabilitación, la impunidad del consumidor... se construyen en torno a la pérdida de libertad. Aunque la doctrina y ciertas instancias oficiales son conscientes de esta dimensión, sólo algún autor aislado ha propuesto actuaciones político-criminales

consecuentes con ella. En mi opinión, más allá del tratamiento penal propuesto en el párrafo anterior, debieran integrarse en los delitos contra la libertad individual unos tipos que castigaran el tráfico de drogas entre personas carentes de la suficiente libertad de decisión, en las que, por consiguiente, su consentimiento ha de considerarse ineficaz. Allí debiera aludirse a los menores de edad, pero también a adultos con imputabilidad ausente o disminuida, colocados en determinadas situaciones de prevalimiento o intensa presión psíquica, sometidos a procesos de desintoxicación o rehabilitación, o que se encuentran de forma manifiesta sometidos a las consecuencias de la dependencia física y mientras esa situación perdure. Cabría establecer distinciones o supuestos de impunidad a tenor de la clase e intensidad de la dependencia producida por la sustancia. En cualquier caso supone dejar impune todo tráfico entre adultos libres. Sin duda estos tipos penales incidirían básicamente sobre los niveles de tráfico más cercanos a los consumidores.

Los niveles altos del narcotráfico precisan de un tratamiento penal diverso. Ante todo, ellos serán los más directamente afectados por los tipos de control encuadrados entre los delitos contra la salud pública. Pero además es necesario sacar las debidas consecuencias de la extendida opinión en los foros internacionales sobre la amenaza institucional que suponen las organizaciones de narcotraficantes. Ello implica trasladarse al ámbito de los delitos contra el orden socio-económico, posibilidad sólo insinuada por algunos autores españoles. Conocida es la polémica mantenida en España respecto a lo que deba entenderse por orden socio-económico como objeto de protección en el ámbito jurídico-penal (201); para nuestros fines es irrelevante, pues incluso partiendo del concepto más estricto resultan fácilmente encuadrables los comportamientos a los que estamos aludiendo. En efecto, se trata de actuaciones monopolísticas u oligopolísticas que inciden sobre todo los ámbitos de la libre competencia, desde los mecanismos de formación o determinación de los precios hasta la salvaguarda de los derechos de los consumidores, y que conllevan una violación masiva de las leyes de contrabando y control de cambios, por no citar los efectos, más genéricos, producidos sobre todo el sistema financiero. Procede por consiguiente habilitar instrumentos penales que contemplen los comportamientos delictivos de las organizaciones de narcotraficantes desde esta perspectiva, en lugar de conformarse con ino-

(201) Véanse BAJO FERNÁNDEZ. «Manual de Derecho penal. Parte Especial. II». CEURA. 1987, págs. 394-399; RODRÍGUEZ MOURULLO. «Los delitos económicos en el Proyecto del Código Penal». Anuario de Derecho penal y ciencias penales. 1981, págs. 713 y ss.; QUINTERO OLIVARES. «La política penal para la propiedad y el orden económico ante el futuro Código penal español». En «Estudios penales y criminológicos III». Universidad de Santiago, págs. 220-222; MUÑOZ CONDE. «La ideología de los delitos contra el orden socio-económico en el proyecto de Ley orgánica del Código penal». Cuadernos de Policía criminal. núm. 16. 1982, págs. 113 y ss.; del mismo, «La protección del derecho de crédito en los delitos de insolvencia». Inédito; MANZANARES SAMANIEGO. «Los delitos patrimoniales en el proyecto de Código penal de 1980». Cuadernos de política criminal, número 15. 1982. págs. 474-478; BUSTOS RAMÍREZ. op. cit., págs. 307-312.

perantes agravaciones en ámbitos jurídico-penales que no responden a las auténticas características de esta criminalidad.

Mi propuesta supone una despenalización en principio del tráfico controlado de drogas, que deberá seguir penándose en la medida en que atente contra la libertad individual o el orden socio-económico. Tal opción satisface tanto las necesidades de protección de bienes jurídicos como la búsqueda de soluciones más eficaces al problema.

VII. Si, abandonando planteamientos globales sobre la posible configuración de la alternativa represiva, partimos de la situación actual y nos ocupamos de posibles modificaciones parciales, llama la atención la frontal oposición entre los órganos de Naciones Unidas, que están proponiendo una ampliación del concepto de cannabis, o de éstos y la mayoría del Parlamento europeo, que se niegan a distinguir entre droga blanda y dura, y la actitud minoritaria del citado Parlamento así como la de las instancias oficiales y doctrinales españolas que abogan por el mantenimiento de la distinción con energía, llegando en ocasiones, en especial instancias oficiales holandesas e importantes sectores doctrinales españoles, a poner parcialmente en práctica o solicitar la despenalización del tráfico de cannabis. Estimo que la distinción entre drogas de una y otra clase se ajusta no sólo al distinto contenido de lo injusto de las conductas de tráfico sino también al planteamiento realista, desligado de exageraciones e irracionalidades que se demanda de cara a tener éxito en la prevención. Por lo demás, la distinción, dado que gira en torno a la producción de dependencia, así como la despenalización de las blandas que se estime no producen una dependencia de entidad, va en la línea antes apuntada de adaptación al menos de parte de estos tipos a la idea de protección de la libertad individual.

VIII. La persistencia de las instancias oficiales, jurisprudenciales y doctrinales españolas en el mantenimiento de la impunidad del consumo y de las actividades directamente ligadas a él, compartida por algún país europeo y por la postura minoritaria del Parlamento europeo, la considero plenamente acorde con los bienes jurídicos dignos de protección en este ámbito: Ni puede negarse el derecho al uso de la droga ni debe actuarse sobre la víctima de la promoción del abuso de la droga. Por lo demás, el tratamiento diferenciado del consumidor, toxicómano o no, es una idea y una práctica generalizadas con diferente intensidad, como mínimo, en todo el ámbito europeo.

En la medida en que el traficante lo sea para satisfacer sus necesidades derivadas de la dependencia, debe ser tratado del mismo modo que el consumidor toxicómano. De todos modos la transcendencia de su actuación sobre otras personas, a salvo reformas legales de más largo alcance que discriminen según el tipo de personas a las que dirige su actividad, aconseja una penalización no demasiado intensa pero rica en la oferta de sustitutivos penales que giren en torno a la superación de la dependencia. Por diversas vías, a esta conclusión llegan también las instancias oficiales y doctrinales españolas así como las propuestas del Parlamento europeo, sin faltar en ambos ámbitos propuestas meramente despenalizadoras. No se mencionan los sustituti-

vos penales en los proyectos de nuevo Convenio de las Naciones Unidas.

IX. Las pretensiones de las Naciones Unidas de ampliar el concepto de lo que debe entenderse como «tráfico» van más allá de lo aconsejable en cuanto pretenden incluir comportamientos que carecen de las características propias de toda actividad mercantil. La regulación española tras la reforma de 1983 tiene especial cuidado en dejar fuera actividades no mercantiles, lo que es digno de alabanza. No obstante, hay que partir de un concepto de tráfico que corresponda a los actuales procedimientos de la mercadotecnia, lo que supone incluir tanto desplazamientos onerosos como gratuitos realizados con el fin de crear o ampliar mercado. Los restantes desplazamientos gratuitos son impunes. Las actividades de propaganda que no utilicen el mecanismo de la donación son en la actualidad difícilmente incluíbles en el concepto de tráfico, aunque podría forzarse una interpretación en este sentido.

Una regulación acorde con las propuestas político-criminales más arriba expuestas penaría el cultivo y la fabricación sólo en la medida que dieran lugar por su forma de realización a atentados contra el orden socio-económico o contra el control penal de la salud pública. Lo mismo sucedería con el tráfico, donde, consecuentemente, no debiera olvidarse la punición de las técnicas de publicidad engañosa, además de incluirse tipos protectores de la libertad individual en el sentido antes explicado.

X. Las nuevas figuras delictivas propuestas por los órganos de Naciones Unidas merecen una especial reflexión.

En primer lugar la configuración como delito autónomo de los actos preparatorios de fabricar, distribuir o poseer materiales o equipos *destinados* a la producción o fabricación ilícitas de estupefacientes o sustancias psicotrópicas es susceptible ante todo de las críticas propias de toda tipificación sui géneris de actos preparatorios, su excesiva lejanía de la lesión del bien jurídico de forma que difícilmente puede hablarse de que se esté poniendo de algún modo en peligro; además, la poca concreción de las exigencias subjetivas y las dificultades de prueba que cabe esperar del variado destino a que pueden ser asignados tales materiales o equipos (piénsese en una máquina de encapsular), hace temer que no se respete en la aplicación de tal precepto los principios de seguridad jurídica y legalidad. En cualquier caso, no deja de ser disfuncional el castigo de tales actos preparativos mientras que una fase intermedia entre éstos y la producción o fabricación de estupefacientes o sustancias psicotrópicas, es decir, la producción, distribución o posesión de los precursores químicos a partir de los cuales se obtienen los estupefacientes o sustancias psicotrópicas sólo esté sometida a medidas de fiscalización administrativa; el contraargumento de su utilidad para la obtención de productos lícitos es igualmente válido para los materiales o equipos sobre los que se quiere establecer la penalización; una prueba de que se puede ser más consecuente la da el propio Proyecto de Convención respecto a la cannabis al querer ampliar su concepto hasta incluir las semillas, imprescindibles para

su cultivo. Por todo lo dicho no ha de extrañar el escaso eco de esta propuesta ampliatoria de la punición en los foros europeos y aún fuera de ellos. Por lo que respecta a España, su introducción iría en contra de la opinión generalizada de que la posesión de semillas, plantas, materias primas... para cultivar o fabricar drogas es y debe seguir siendo impune en nuestro ordenamientos jurídico.

Respecto a las nuevas conductas cercanas a la receptación propuestas, consistentes en la adquisición, posesión, transferencia o blanqueo del producto derivado directa o indirectamente del tráfico ilícito, hay que reconocer la favorable acogida que ha tenido en el ámbito europeo siempre que se asegure que el receptor deba conocer que el producto procede del tráfico ilícito; también España ha sido sensible a esta idea. Una tal receptación tendría las siguientes peculiaridades respecto al concepto habitualmente manejado de receptación propia en nuestra legislación: En primer lugar, deberá responder en un buen número de ocasiones al supuesto, no abarcado en el 546 bis a), de la receptación sustitutiva, ya que en lo que se está pensando no es solamente en la receptación de los «efectos» del delito, es decir, de las sumas monetarias obtenidas del tráfico de drogas, sino también de la de los bienes obtenidos con ese dinero; en esa línea está la utilización del concepto de «producto» y la referencia a que se derive «directa o indirectamente» del tráfico (202). Por otra parte, el bien jurídico protegido no es el mismo que el del delito de cuyos efectos se aprovecha el receptor, pues no cabe pensar que con esta receptación se esté lesionando la salud pública (203). Asimismo, no se respetaría el límite de que el delito base fuera uno «contra los bienes» pues hoy por hoy lo es contra la salud pública y sólo un concepto muy amplio de aquellos permitiría tal cosa (204). Todo lo anterior no impediría que pudiéramos hablar de que estamos ante una receptación específica, como en los artículos 285, 297 ó 304, pero la propia necesidad que se siente de crear un tipo cercano a la receptación, así como las dos últimas diferencias que se originan frente al 546 bis a), nos recuerdan la inadecuada consideración de estos delitos, cuando se trata de los niveles altos de tráfico, como delitos contra la salud pública y no contra el orden socioeconómico.

El nuevo precepto incidirá igualmente sobre el ámbito de aplicación del artículo 17.1 en los frecuentes supuestos de receptación conjunta, en los que se aprovechan tanto el autor como un tercero, siempre que el interés preponderante de éste sea el adiuuandí y no el lu-

(202) En contra de la receptación sustitutiva, BAIJO FERNÁNDEZ. *op. cit.*, pág. 334; RODRÍGUEZ DEVESA. «Derecho penal español. Parte Especial». 9.ª edic. 1983. pág. 546; BUSTOS RAMÍREZ. *op. cit.*, pág. 249.

(203) Este requisito de la relativa equivalencia de ambos bienes jurídicos lo exigen entre otros BAIJO FERNÁNDEZ. *op. cit.*, págs. 391-392; MUÑOZ CONDE. «Derecho penal...» *op. cit.*, pág. 314.

(204) Rechazarían tal inclusión BAIJO FERNÁNDEZ. *op. cit.*, pág. 334; RODRÍGUEZ DEVESA. pág. 545; MARTOS NÚÑEZ. «El delito de receptación». Montecorvo. 1985, pág. 195 y ss.; RODRÍGUEZ MOURULLO. «Comentarios al Código penal». I. Abril 1976, pág. 921. Podrían quizás aceptarla, BUSTOS RAMÍREZ. *op. cit.*, págs. 240-250; MUÑOZ CONDE. *op. cit.*, pág. 316.

crandi, o cuando no se está, como es aquí el caso, ante un delito contra los bienes (205); también incidirá en las hipótesis normales de auxilio complementario o receptación ajena.

Por otra parte, y al margen de la ampliación que supone la receptación sustitutiva, será habitual en este tipo de conductas que la receptación propia o conjunta se haya pactado de antemano, por lo que la jurisprudencia no aplicará el nuevo tipo sino autoría o participación en el tráfico de drogas (206)

Queda, por último, lo relativo a la nueva regulación que se propone de los grados de participación y ejecución en estos delitos, y que implica un desmesurado adelantamiento de las barreras de protección penal. En primer lugar se propone el castigo del mero «consejo para cometer delito», como algo distinto de los restantes actos preparatorios, conspiración y provocación, también penados, y sin integrarse en los diversos grados de participación, asimismo castigados. En segundo lugar, al referir todos estos comportamientos tanto al delito de tráfico de drogas como a los delitos autónomos que recogen ciertos actos preparatorios o la receptación el ámbito de lo punible se potencia extraordinariamente. Por otra parte, tal referencia no podría hacerse sin más remitiendo a las reglas genéricas del Código sobre grados de ejecución o participación, pues en virtud del artículo 55 no cabe aceptar el castigo de actos preparatorios configurados de modo autónomo, o el encubrimiento de un encubrimiento tipificado expresamente, aunque sí cabe la participación en actos preparatorios autónomos, o diversos grados de ejecución en supuestos de participación autónomos (207); de nuevo habría que forzar los principios generales del Código creando tipos específicos. Eso sin olvidar que en puridad buena parte de las conductas típicas mencionadas en el actual 344 pueden admitir su consideración como actos preparatorios autónomos dada su lejanía a la lesión del bien jurídico salud pública, tema sobre el que no vamos a entrar. Todo lo anterior explica el escaso eco que ha tenido esta propuesta de Naciones Unidas en cualesquiera ámbitos, alegándose que bastan las reglas genéricas de participación y ejecución.

XI. El endurecimiento de las penas ya existentes propuesto por los órganos de Naciones Unidas ha recibido un apoyo matizado. Efectivamente, las referencias a que las multas deben ser proporcionadas a la cuantía de los beneficios obtenidos y a que las penas de prisión deben ser suficientemente intimidatorias, son procedentes en los niveles de tráfico alto y medio, por más que el volumen de ganancias que ac-

(205) Aluden a alguna de estas hipótesis, BAJO FERNÁNDEZ. op. cit., págs. 332-333, 339; MARTOS NÚÑEZ. op. cit., págs. 233-244; RODRÍGUEZ MOURULLO. op. cit., págs. 917, 290-922.

(206) Véase postura jurisprudencial en MUÑOZ CONDE. op. cit., pág. 314; BAJO FERNÁNDEZ. op. cit., pág. 338.

(207) Véase RODRÍGUEZ MOURULLO. «Comentarios al Código penal» Tomo I, págs. 140, 162, y Tomo II, pág. 240. No obstante, aun sin ser un caso exactamente igual pues pone en relación dos delitos autónomos, se acepta por doctrina y jurisprudencia la receptación de la receptación: RODRÍGUEZ DEVESA. op. cit., pág. 544; BAJO FERNÁNDEZ. op. cit., pág. 334; MARTOS NÚÑEZ. op. cit., págs. 199-202.

tualmente se consigue es tal que es difícil que cualquier pena intimidante, y constituye un argumento más a favor de un nuevo enfoque de la represión, en el sentido por nosotros indicado. Lo que ya no parece tan justificada es la pretensión de considerar a todos los comportamientos de tráfico de drogas como delitos graves, posibles de penas correspondientes, o excluidos de los habituales sustitutivos penales o beneficios penitenciarios; tal actitud, rechazada acertadamente por numerosos países europeos, supone no valorar adecuadamente el diverso contenido de lo injusto de tales conductas y es incluso poco eficaz.

Pero la discusión se ha centrado en la propuesta de introducir una amplia regulación del embargo y comiso de los bienes producto del tráfico ilícito. Ello supondrá, ante todo, crear un concepto específico de comiso, distinto del contenido en el artículo 48 del Código penal que no incluye el provecho o la ganancia obtenidos con la comisión del delito, en actitud similar a la adoptada en el artículo 393 (208). Tal ampliación, sostenida de modo general para todo comiso por algún autor (209), chocará en estos supuestos con los importantes recelos que toda norma que pueda aproximarse a la confiscación general de bienes suscita en nuestro ordenamiento jurídico (210), recelos que explican el que ni siquiera con la actual regulación estricta del comiso se agoten, ni con mucho, todas sus posibilidades (211). Sin duda, un comiso así entendido permitirá vincular las medidas procesales que los órganos de Naciones Unidas denominan «congelación» e «incautación» a la figura del embargo, contenido en los artículos 589 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento criminal, ya que se tratará de asegurar las responsabilidades del autor, cuando menos las penales derivadas del comiso (212).

Los temores que suscita esta discutible ampliación del concepto de comiso y embargo, se ven notablemente reforzados, como se ha podido ver en las reacciones de determinados países europeos, al comprobar las escasas garantías que se establecen en su aplicación: Se pretende que el embargo lo puedan decretar autoridades no judiciales, y que éste y el comiso se puedan imponer por autoridades judiciales civiles, se acepta un amplio uso de presunciones o la inversión de la carga de la prueba para probar si el producto procedía del tráfico ilícito y si el interesado lo conocía..., y por si fuera poco se admite el comiso

(208) Véanse MANZANARES SAMANIEGO. «Las penas patrimoniales en el Código penal español». Bosch. 1983. págs. 265-267; CÓRDOBA RODA. «Comentarios al Código penal». Tomo. II. Ariel. 1976. pág. 196; LANDROVE DÍAZ. «Las consecuencias jurídicas del delito». Tecnos. 1985. pág. 114.

(209) Véase MANZANARES SAMANIEGO. op. cit., pág. 352.

(210) Sobre el comiso como una especie del género confiscación, en concreto la confiscación especial; véase MANZANARES SAMANIEGO. op. cit., pág. 251.

(211) Sobre el desuso del comiso en muchos supuestos susceptibles de aplicación, véase CÓRDOBA RODA. op.cit., pág. 198; LANDROVE DÍAZ. op. cit., pág. 113.

(212) En cualquier caso no debe olvidarse la nueva alteración que la regulación propuesta implica sobre los conceptos de comiso y embargo, al abarcar el concepto de «producto» objeto del decomiso también elementos estrictamente pecuniarios, y al tener que referirse el embargo antecedente no sólo a «responsabilidades pecuniarias» como ahora dice nuestra ley procesal.

respecto a bienes o derechos de personas que no han sido condenadas, ni siquiera procesadas, si el tribunal estima que hay pruebas suficientes de que conocían el origen del producto. Todas estas posibilidades alejan definitivamente a la propuesta de principios básicos relativos al comiso y el embargo como, por citar algunos, la imposibilidad de que el comiso se aplique a persona no responsable del delito, o que no pueda bastar para su imposición el que no esté acreditada la pertenencia del bien a un no responsable criminalmente (213).

Subsanada la falta de garantías anterior, quizá estemos ante una sanción penal adecuada a los niveles altos y medios del tráfico. De todos modos, podría reflexionarse sobre una vía alternativa: Se evitarían los riesgos de penar a quienes no son criminales responsables o de crear una confiscación general encubierta, si se fuera suficientemente consciente de que las terceras personas a cuyo nombre están los bienes han participado directamente en el comportamiento delictivo, sea como receptadores (propios, ajenos o conjuntos, en tipo autónomo a crear o no) o, lo que será más frecuente, como partícipes del propio tráfico al haber prometido su actividad encubridora de antemano, y si se sustituyera la pena de comiso por la de multa nunca inferior a los beneficios económicos obtenidos por el tráfico, complementada con la estricta aplicación de las reglas de responsabilidad civil del Código.

XII. Por lo que se refiere al reforzamiento de otros mecanismos procesales, más allá del embargo, como el afianzamiento del principio de justicia mundial, el establecimiento de plazos de prescripción disuasorios, o el ablandamiento de los principios limitadores de la extradición, propuestos por las Naciones Unidas, se observan en el contexto europeo fuertes reticencias respecto a los dos últimos. En concreto por lo que concierne a la extradición, se es consciente de la necesidad de armonizar su práctica y aumentar su frecuencia en el ámbito europeo pero lógicamente no parece haber disposición a pasar por alto los principios trabajosamente establecidos en el Convenio europeo de extradición (214). En España el principio de justicia mundial para estos delitos está aceptado en el artículo 23.4 de la Ley orgánica del poder judicial, mientras que el socavamiento de los principios limitadores de la extradición antes mencionados iría en contra de la reciente ley de extradición pasiva de 1985 (215).

XIII. Un mecanismo de actuación policial especialmente debatido en estos momentos es el de la «entrega vigilada». La propuesta de Naciones Unidas ha sido objeto de suspicacias entre bastantes países, en primer lugar porque se quiere asegurar que la iniciativa y el control los lleve el país en cuyo territorio en cada momento se están realizando los hechos, y en segundo lugar, porque tropieza con determinadas

(213) Recuerdan estos requisitos MANZANARES SAMANIEGO. op. cit., págs. 278-280; 353; CÓRDOBA RODA. op. cit., pág. 199.

(214) Véase un análisis de éstos en CEREZO MIR. «Curso de Derecho penal español. Parte General. I. Introducción. Teoría jurídica del delito». 3.ª Edic. 1985. págs. 221-233.

(215) Véase CEREZO MIR. op. cit., págs. 234-239.

dificultades legales en el denominado sistema jurídico continental. Efectivamente, la abstención policial en estos casos supone en principio la violación de determinados deberes de la policía, contenidos en las leyes procesales penales y orgánicas (216), que incluso podrían dar lugar en casos en que pudieran evitar el delito a una complicidad por omisión si se estima que es posible en general y que concurre la posición y deber de garante (217). Ahora bien, si razones de eficacia lo aconsejasen y se exigiera la autorización judicial para ello, no hay o al menos no debería haber obstáculos legales insalvables para su introducción en nuestro ordenamiento. En cualquier caso no estamos ante un supuesto de provocación policial, que debería ser resuelto por otras vías, pues resulta discutible aceptar de modo general, y más en este caso, la inducción por omisión (218).

Las propuestas de abordaje en alta mar de buques de pabellón extranjero se ven, comprensiblemente, con mucho recelo por países temerosos de los abusos que podría originar a la soberanía nacional si no se arbitra un procedimiento que, sin perder en eficacia, procure garantizar suficientemente tal extremo.

La reiterada afirmación de las instancias oficiales españolas de que es necesario acosar al pequeño traficante dado el rechazo social que suscita su aparente impunidad y el preciso mantenimiento de la seguridad ciudadana, además de ser susceptible de críticas referidas al auténtico objeto de protección en el tráfico de drogas y ya mencionadas, supone, si se persevera en tal modo de actuar, una utilización tosca de los mecanismos de prevención general, y, en último término, la creación de un círculo vicioso ya que la problemática de inseguridad ciudadana y de marginación social está estrechamente ligada a una persecución penal sobredimensionada del tráfico de drogas y sus repercusiones en los niveles más bajos de éste y del consumo.

XIV. En cuanto a nuevas medidas de control y fiscalización, al margen del Derecho penal, las técnicas de sustitución de cultivos no pueden desarrollarse, como sin embargo se ha propuesto repetidamente en el Parlamento europeo, a través de medios coactivos encubiertos. Ello supone olvidar la cuota de responsabilidad de los países consumidores en la difusión de tales cultivos y, lo que es más importante, en la generalización en tales países de las denominadas drogas legales, además de atentar contra su cultura, por no citar su soberanía, argumentos todos ellos ya mencionados en el Parlamento europeo.

La propuesta de imponer sanciones a porteadores comerciales que no tomen precauciones razonables para impedir la utilización de sus medios de transporte para el tráfico ilícito, formulada por Naciones

(216) Véanse arts. 282, 284, y 492 en relación con 490 de la Ley de Enjuiciamiento criminal, así como art. 5 de la Ley de Cuerpos y fuerzas de Seguridad, entre otras.

(217) Véase sobre complicidad por omisión, JESCHECK y MIR PUIG en «Tratado de Derecho penal. Parte General». Vol. II. Bosch. 1981. págs. 858, 863, 967 y 976-977 con abundantes referencias bibliográficas y jurisprudenciales alemanas y españolas.

(218) Véase *Ibidem*. págs. 961-962, 975, y MIR PUIG. «Derecho penal. Parte General». 1985. págs. 345-347.

Unidas, ha sido acogida con muchas precauciones. En efecto, no queda suficientemente claro que son sanciones administrativas, no penales, y puede suponer el inicio de una penalización por imprudencia del tráfico de drogas (219).

La fiscalización del comercio de materiales y equipos susceptibles de ser destinados a la fabricación de drogas, que se propone ex novo por Naciones Unidas, ha sido rechazada por los países industrializados, y supone, aunque ahora en el ámbito administrativo, reforzar la progresiva atención prestada a actos preparatorios cada vez más alejados de la lesión al bien jurídico.

ANEXO

Desde la conclusión de este trabajo se han producido dos acontecimientos que no pueden dejar de mencionarse. En primer lugar, la celebración en Viena, del 17 al 26 de junio de 1987, de la Conferencia internacional sobre el uso indebido y el tráfico ilícito de drogas, de la que cabe decir sumariamente que ha venido a confirmar las tendencias político-criminales de los órganos de Naciones Unidas estudiadas en las páginas precedentes, y a dar un nuevo impulso a los trabajos de elaboración de una nueva Convención acorde con ellas. En segundo lugar, la presentación en el Congreso de los Diputados por parte del Gobierno de un proyecto de Ley Orgánica (121/000045) de reforma del Código penal en materia de tráfico ilegal de drogas, en el que, lamentablemente, se confirman los temores expuestos en este estudio relativos al abandono por las instancias oficiales españolas del enfoque fundamentalmente preventivo, plegándose a las en ocasiones probadas y otras veces presumibles presiones internacionales para que nuestro país abandone la política de racionalidad que, siguiendo la estela de Holanda, le caracterizaba tras la reforma de 1983 y la posterior aparición y ejecución del Plan Nacional de drogas, por citar los dos momentos más significativos.

La desmesurada ampliación de los tipos, en especial a través de la cláusula genérica del tipo básico, y una exagerada elevación de las penas, empeñan definitivamente los posibles aciertos que contiene el proyecto en la regulación, una vez que se ha optado por su introducción, de las nuevas figuras de comiso y receptación, notablemente mejoradas frente a las propuestas de Naciones Unidas, y en menor medida en la ampliación de la remisión condicional de la pena en este ámbito (220).

(219) Sobre la no aceptación del castigo de las conductas imprudentes por la jurisprudencia y la mayoría de la doctrina, véase PRIETO RODRÍGUEZ. op. cit. págs. 182-184; BUSTOS RAMÍREZ. op. cit. pág. 282; CÓRDOBA RODA «El delito...». op. cit. págs. 30-31.

(220) Véase un análisis crítico del Proyecto en *de la Cuesta Arzamendi*. «El marco normativo», en «El libro blanco sobre las drogodependencias de Euskadi». Gobierno Vasco. Vitoria-Gasteiz. 47-49.

El artículo 512 del Código Penal

MANUEL GALLEGO DIAZ

Profesor de Derecho Penal en la Universidad P. Comillas (ICADE)

Las reglas generales que acerca del grado de ejecución del delito establece el Código Penal en el libro I (artículos 3, 49, 51 y 52) encuentran una derogación en el artículo 512 al disponer que «los delitos comprendidos en este capítulo (capítulo I, título XIII, libro II: De los robos) quedan consumados cuando se produzca el resultado lesivo para la vida o la integridad física de las personas, aunque no se hayan perfeccionado los actos contra la propiedad propuestos por el culpable». De no incluir el Código Penal este precepto los delitos complejos de robo con homicidio o de robo con lesiones previstos en el artículo 501 no alcanzarían la consumación hasta que no se produjera conjuntamente la de cada uno de sus dos componentes. En cambio, por virtud del artículo 512 la consumación del complejo se adelanta ya al momento de perfeccionarse la lesión personal con independencia de si lo ha sido o no la patrimonial.

El referido precepto, aún a pesar de haber encontrado acogida, si bien con diferentes manifestaciones, en casi todos nuestros Códigos penales desde 1848, de plantear problemas teóricos y prácticos de indudable interés y de emerger con relativa frecuencia en la jurisprudencia de nuestros tribunales no ha merecido, sin embargo, la debida atención de parte de la doctrina (1).

I

La disposición contenida en el artículo 512 del CP se remonta a una larga tradición de nuestros Códigos Penales, que tal vez venga a

(1) Sobre el artículo 512 del CP hay que citar a JOSÉ MARÍA MARTÍNEZ VAL, «El artículo 512 del Código Penal», en *Revista General del Derecho*, 1958, pp. 702-705; Javier Boix Reig, «La consumación anticipada en el robo con violencia o intimidación», en *La reforma penal y penitenciaria, Universidad de Santiago de Compostela, 1980*, pp. 551-567; A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la parte especial del Derecho Penal*, II, 2.ª ed., puesta al día por CARLOS GARCÍA VALDÉS, Madrid, 1977, pp. 389 y ss.

enlazar con la de nuestro Derecho histórico y del antiguo régimen de equiparar en los delitos muy graves el conato a la consumación castigando aquél también con la pena ordinaria (2). No puede por ello afirmarse enteramente que el artículo 512 que se introduce en la reforma de 1944 sea un artículo nuevo y sin precedentes (3).

Ya el Código de 1822 disponía en su artículo 739 que «los que habiendo ha yecho fuerza o violencia, y habiendo tomado o quitado alguna cosa, hubieren tenido que abandonarla por algún accidente o acaso, o por haber sido rechazados por la fuerza, sufrirán la misma pena que si hubieren completado el delito» (4). Por su parte, un código extranjero de la época, el Código Penal del Brasil de 1830, que fue tenido muy en cuenta por los redactores del Código de 1848, incluía también en el artículo 274 un precepto similar en virtud del cual «la tentativa de rapiña, cuando hubiera habido violencias, pero sin llegar a apoderarse de las cosas de otro, será castigada como el crimen mismo».

Sobre la base de estos precedentes y con referencia a determinados tipos de robo con violencia, el Código de 1848 estableció en su artículo 419 que «la tentativa de robo, acompañada de cualquiera de los delitos expresados en el artículo 415, será castigada como el robo consumado» (5). La remisión al artículo 415 circunscribía el ámbito de aplicación del precepto exclusivamente a los tipos más graves de robo con violencia, concretamente al robo con motivo u ocasión del cual resultaba homicidio, robo acompañado de violación o mutilación causadas de propósito, robo cometido en despoblado y en cuadrilla, si con motivo u ocasión del cual se causaren algunas de las lesiones penadas en el número 1.º del artículo 334 («si de resultas de las lesiones quedare el ofendido demente, inútil para el trabajo, impotente, impedido de algún miembro o notablemente deforme») o el robado fuere detenido bajo rescate o por más de un día. En todos estos supuestos y en atención a la primacía concedida a la lesión personal sobre la patrimonial, la consumación de la parte principal del complejo atraía hacia sí la pena de la consumación del todo, derogando de esta forma las reglas y principios referentes a la tentativa, pues poco importaba, en opinión de Pacheco (6), que un acontecimiento inespera-

(2) Véase FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho Penal de la Monarquía absoluta (siglos XVI, XVII y XVIII)*, Madrid, 1969, pp. 281 y ss.; ANGEL TORIO, «La distinción legislativa entre asesinato y robo con homicidio», en *Estudios penales y criminológicos*, Universidad de Santiago de Compostela, 1984, p. 454.

(3) De otra opinión MARTÍNEZ VAL, *ob. cit.*, p. 702.

(4) En sentido parecido el artículo 1034 del Proyecto de SÁINZ DE ANDINO de 1831 establecía: «Todo acto de violencia dirigido a la perpetración de un robo que deja de verificarse por la resistencia que se oponga al ladrón o por otros obstáculos que le impidan la consumación del delito, será castigado con la pena que a éste corresponda según las circunstancias agravantes que hayan acompañado la violencia cometida»; véase J. R. CASADO RUIZ, *El Proyecto de Código criminal de 1831 de Sáinz de Andino. Estudio preliminar y edición*, Murcia, 1978.

(5) El precepto se mantuvo invariado en el artículo 429 del Código de 1850.

(6) J. F. PACHECO, *El Código Penal concordado y comentado*, III, Madrid, 1849, p. 303.

do, cualquier causa o accidente que no fuera su propio y voluntario desistimiento impidiera la consumación del robo. En todo caso, los comentaristas de aquel código hacían notar a efectos de la aplicación del artículo 419 la necesidad de que constara la intención de robar, de que en la base del complejo estuviera presente una verdadera tentativa de robo y no cualquier otra infracción contra la propiedad (7).

La regulación del problema que ofrecía el Código de 1870 introducía algunas novedades. Su artículo 519 establecía que «la tentativa y el delito frustrado de robo, cometido con el delito mencionado en el número 1.º del artículo 516, serán castigados con la pena de cadena temporal en su grado máximo a cadena perpetua, a no ser que el homicidio cometido la mereciera mayor según las disposiciones de este Código». Además de referirse también al delito frustrado, varias y notables eran, pues, las diferencias que separaban a este precepto de su correspondiente en el código anterior.

En primer lugar, el ámbito de aplicación del precepto es objeto de una sensible reducción al quedar circunscrito exclusivamente al robo con homicidio (artículo 516, núm. 1.º), lo cual no acertaba a explicarse del todo Groizard (8) teniendo en cuenta que los comentaristas de los Códigos de 1848 y 1850 no habían dirigido ninguna censura a la extensión de la regla a otros tipos de robo con violencia. La consecuencia de ello era que las soluciones a que se llegaba ahora en estos otros supuestos no dejaban de ser absurdas e injustas, pues conducían a que la pena resultara mayor cuando se cometían únicamente lesiones que cuando además de la producción de las mismas lesiones se había intentado robar a la víctima. Concretamente, y tomando como referencia el número 2.º del artículo 516 —ejemplificaba Groizard (9)— si un malvado causaba a su enemigo una lesión de cuyas resultas quedaba impotente, imbecil o ciego, según artículo 431, 1.º, la pena correspondiente era la de prisión mayor, pero si, en cambio, hubiera inferido la lesión con motivo u ocasión de tentativa de robo, la pena era entonces la inferior en dos grados (art. 67) a la señalada al delito previsto en el número 2.º del artículo 516, es decir, la compuesta de los grados medio y máximo del presidio correccional y del mínimo del presidio mayor (art. 76, regla 4.ª y escala 1.ª del art. 92), con una extensión, en aplicación del artículo 97, de dos años, cuatro meses y un día a ocho años, pena evidentemente menor que la de prisión mayor, cuya extensión era de seis años y un día a doce años.

En segundo lugar, la penalidad que se señalaba al supuesto del artículo 519 no era ya la correspondiente a la consumación del robo con homicidio, sino una menor, pero en todo caso mayor, a su vez, que la correspondiente a la simple tentativa o frustración del complejo. En efecto, la pena con que se castigaba el robo con homicidio

(7) Véase TOMÁS MARÍA DE VIZMANOS y CIRILO ALVAREZ MARTÍNEZ, *Comentarios al Código Penal*, II, 2.ª ed., Madrid, 1853, p. 464.

(8) A. GROIZARD y GÓMEZ DE LA SERNA, *El Código Penal de 1870 concordado y comentado*, VI, 2.ª ed., Madrid, 1914, pp. 169.

(9) *Ibidem*, pp. 169-170.

(art. 516, núm. 1.º) era la de cadena perpetua a muerte, de modo que, de no existir la disposición del artículo 519, de acuerdo con las reglas generales de aplicación de penas, si consumado el homicidio el robo se frustraba, la pena correspondiente tenía que ser la de cadena temporal, y si quedaba en tentativa la de presidio mayor (arts. 66 y 67, regla 2.ª del art. 76 y escala 1.ª del art. 92). En cambio, la penalidad que establecía el artículo 519 —cadena temporal en su grado máximo a cadena perpetua— era una pena intermedia a las correspondientes a la consumación y ejecución imperfecta del complejo, solución que se consideró justa, ya que, por una parte, al haber quedado el robo en grado de frustración o de tentativa la consumación del homicidio no tenía por qué atraer la pena de la consumación del complejo, y, por otra, tampoco parecía que fuera proporcionada la pena resultante de aplicar al complejo las reglas ordinarias de la tentativa o frustración (10).

En tercer lugar, el precepto preveía ahora que la penalidad en él consignada únicamente resultaba aplicable en tanto que el delito consumado contra la vida no tuviera señalada pena mayor, en cuyo caso debía ser ésta la aplicable. La excepción se refería evidentemente a los supuestos de parricidio y asesinato, impropriamente aludidos en el término homicidio (11).

El Código de 1928 mantuvo una regulación similar al disponer en el artículo 691, párrafo primero, que «la tentativa y el delito frustrado de robo con motivo o con ocasión del cual resultare homicidio, serán castigados con la pena de dieciséis a treinta años de reclusión a no ser que la muerte cometida esté castigada con mayor pena según las disposiciones de este Código». Así pues en el robo con homicidio la ejecución imperfecta de aquél, siempre que se hubiera perfeccionado el atentado a la vida, se castigaba con pena necesariamente inferior a la señalada a la consumación del complejo (art. 688, 1.º: veinticuatro años de reclusión mayor a muerte), aunque mayor a su vez que la correspondiente al homicidio (art. 515: ocho a veinte años de prisión). Ello es de destacar si se tiene en cuenta que este código castigaba la tentativa y la frustración con la misma pena que la consumación u otra inferior al prudente arbitrio del Tribunal (art. 138). Se mantenía asimismo la excepción relativa a la penalidad para el caso de que la muerte estuviera castigada con una pena mayor, aludiéndose así ahora con mayor propiedad a los supuestos de parricidio y asesinato.

Para evitar los absurdos a que daba lugar la regulación del Código de 1870 e impedir, en consecuencia, que la causación de lesiones acompañadas de una tentativa o frustración de robo se castigaran con pena menor que la correspondiente a esas lesiones cometidas por separado, el Código de 1928 agregó un segundo párrafo al artículo 691 por el que se disponía que «en los demás casos, la tentativa y el delito frus-

(10) *Ibidem*, p. 169.

(11) *Ibidem*, p. 170.

trado de robo nunca podrán ser castigados con menor pena que la correspondiente a las violencias ejercidas».

El Código de 1932 no incluía ninguna disposición acerca del particular, por lo que habían de seguirse las reglas generales en materia de ejecución imperfecta del delito. No obstante, la Ley de 20 de junio de 1935 agregó al artículo 5.º de la de 11 de octubre de 1934, referente al robo con violencia o intimidación cometido en determinadas circunstancias (12), un último párrafo por el que se disponía: «Los delitos comprendidos en este artículo quedarán consumados cuando se produzca el resultado lesivo para la vida o la integridad física de las personas que al definir cada uno de ellos se mencionan, aunque no se hayan perfeccionado los actos contra la propiedad aludidos en las correspondientes definiciones delictivas.» La finalidad perseguida por la legislación en que se enmarca el precepto, la redacción literal del mismo y el hecho de que por virtud del artículo 3.º de la Ley de 5 de julio de 1938 (13) continuara el mismo vigente, parecen indicar que este precepto constituye el precedente inmediato del actual artículo 512 del Código Penal que se introduce en la reforma de 1944 (14) y que supone un retroceso respecto de las regulaciones anteriores.

II

El artículo 512 va dirigido tan sólo a proporcionar una regla para la consumación del delito de robo, pero carece de la virtualidad suficiente para poder transmutar en robo cualquier otro delito contra el patrimonio por el mero hecho de que se haya producido un resultado lesivo para la vida o la integridad física de las personas. «Si pensamos —considera atinadamente Martínez Val— que bajo la rúbrica en que figura el artículo 512 se encuentra la imagen del robo, estaremos en el camino recto. Por el contrario, si en vez de advertir que lo primero exigible es que se den los elementos del «delito-tipo robo» queremos poner la primacía de la calificación jurídica en el resultado lesivo para

(12) La Ley de 11 de octubre de 1934 restablecía la pena de muerte para determinados delitos, en especial los cometidos haciendo uso de explosivos. Su artículo 5.º disponía: «El robo con violencia o intimidación en las personas ejecutado por dos o más malhechores, cuando alguno de ellos llevare armas y del hecho resultase homicidio o lesiones de las que se refiere el número primero del artículo primero de esta Ley, será castigado con la pena de reclusión mayor a muerte.

»Cuando resultasen víctimas con lesiones graves comprendidas en los número tercero y siguientes del artículo 423 del Código Penal, el Tribunal, teniendo en cuenta la alarma producida, el estado de alteración del orden público que pudiese existir cuando el hecho se realizare, los antecedentes de los delincuentes y las demás circunstancias que hubieran podido influir en el propósito criminal, podrá aplicar la pena de reclusión mayor o las que respectivamente establece el artículo 494 del vigente Código Penal.»

(13) Este artículo establecía: «Las leyes de 11 de octubre de mil novecientos treinta y cuatro y veinticinco de junio de mil novecientos treinta y cinco continúan en vigor.»

(14) Véase FEDERICO CASTEJÓN, «Génesis y breve comentario del Código Penal de 23 de diciembre de 1944», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, octubre, 1945, p. 470.

la vida o la integridad física, correremos el riesgo de despistarnos» (15). Por ello, cuando la conducta que atente contra la propiedad no merezca la calificación de robo, no podrá entrar en aplicación la disposición contenida en dicho precepto, sin perjuicio, por supuesto, de que iniciado cualquier otro delito contra la propiedad el empleo posterior de violencia para hacer posible, facilitar o asegurar el apoderamiento antes de que la consumación tenga lugar pueda convertir el hecho en robo. En este sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de diciembre de 1946 (A. 1347) establecía en uno de sus considerandos que «en la primera fase de los hechos que la sentencia recurrida estima probados se consigna toda la actuación del sujeto culpable encaminada a sustraer dinero de la casa donde penetró sin ejercer fuerza ni violencia en cosas o personas y de la cual salió dándose a la fuga sin haber logrado su propósito y también sin emplear violencia o intimidación contra nadie, apenas advirtió que era descubierto por una niña que en la vivienda estaba y que unos vecinos acudían a dicho lugar, quedando así frustrado aquel designio criminoso, en cuya ejecución no se indica la concurrencia de algún medio característico del delito de robo que define el artículo 500 del Código Penal ni puede, por tanto, reputarse cometida la modalidad que sanciona el 501 en cualquiera de sus apartados, ni entenderse aplicable el 512, que exclusivamente se refiere a esta clase de infracciones contra la propiedad, y nunca debe ser aplicado a los que se realizan o intentan realizarse sin violencia o intimidación en las personas ni fuerza en las cosas, previstos y definidos, como hurtos en el artículo 514 del mismo Código sustantivo» (16).

Ahora bien, a pesar de la referencia literal y expresa a «los delitos comprendidos en este capítulo», una primera interpretación pone ya de manifiesto que el artículo 512 no puede referirse a todos los robos, sino únicamente a los cometidos con violencia o intimidación, ya que sólo en relación con estos últimos puede resultar afectada la vida o la integridad física de las personas. No puede ocultarse que el resultado lesivo que reclama el precepto puede venir conectado también a un robo con fuerzas en las cosas, pero ello no es todavía suficiente para que entre en aplicación el artículo 512, ya que el mismo exige precisamente la producción de aquel resultado lesivo para la vida o la integridad física que entre a formar parte constitutivamente de alguno de los tipos del capítulo. Adviértase que el precepto no alude a «un» resultado lesivo, en general, para alguno de tales bienes jurídicos, cualquiera que sea, sino a «el resultado lesivo» que en concreto y especi-

(15) *Obra cit.*, p. 703.

(16) En cuanto a los hechos se declaró probado que el procesado cubriéndose la cara con un paño negro, penetró en una casa registrando muebles y objetos con el afán de apoderarse de dinero, mas advertidos los vecinos por una niña, única persona que en la vivienda había, emprendió la huida sin lograr su propósito de sustraer, y perseguido por un vecino se negó a detenerse por lo que éste le descargó un garrotazo para reducirlo, pero el procesado acometió al vecino con un cuchillo infiriéndole dos heridas de las que tardó en curar veintitrés días.

ficamente venga integrado como elemento típico de alguna de las figuras legales del capítulo a que alude el precepto. Y esto evidentemente sólo puede tener lugar en relación con algunas de las modalidades típicas del robo con violencia o intimidación en las personas descritas en el artículo 501, así como también en relación con el artículo 503 (17). Si la conducta dirigida al apoderamiento de la cosa y el resultado lesivo para la vida o la integridad física de las personas se producen de forma independiente sin la conexión típica que describen tales preceptos estamos fuera del ámbito de aplicación del artículo 512. En consecuencia, el robo con fuerza en las cosas no resulta alcanzado por el precepto, salvo que en algún momento de la fase ejecutiva, para hacer posible, facilitar o asegurar el apoderamiento de la cosa, venga a sumarse el empleo de la violencia, en cuyo caso el inicial delito de robo con fuerza en las cosas quedaría ya convertido o transmutado en robo con violencia en las personas (18). Así, por ejemplo, si en un robo con escalamiento el dueño de la casa sorprende al ladrón y éste dispara contra él, matándolo o produciéndole heridas, sin haber consumado el apoderamiento de la cosa, el hecho se convierte automáticamente en un robo con violencia en las personas. Y lo mismo ha de afirmarse respecto de los supuestos en que la violencia surge en la huida y persecución del delincuente acto seguido de la producción del apoderamiento, ya que conforme al criterio de la *illatio*, mantenido por la doctrina y la jurisprudencia, para que se produzca la consumación en los delitos de apoderamiento se precisa que el sujeto tenga la disponibilidad de la cosa (19). En todos estos casos en que el autor comienza a ejecutar una conducta de robo con fuerza en las cosas —o un hurto— y para conseguir o asegurar el apoderamiento se recurre a la violencia se produce un concurso de leyes cuya solución ha de encontrarse en el criterio de la consunción, según el cual el desvalor del robo violento consume el de los actos precedentes constitutivos de tentativa de hurto o robo con fuerza en las cosas (20).

En consecuencia, sólo al robo con violencia o intimidación en las personas, ya sea inicial o sobrevenido, le resulta de aplicación la disposición contenida en el artículo 512. Pero aun con relación a esta modalidad de robo se hace necesario precisar aun más. Al requerir el precepto la producción de un resultado lesivo para la vida o la integración física de las personas quedan ya desplazados de su ámbito de apli-

(17) Véanse QUINTANO, *Tratado...*, II, cit., p. 390, y MARTÍNEZ VAL, *ob. cit.*, pp. 704-705.

(18) Lo mismo puede decirse respecto del hurto; véase, por ejemplo, la sentencia de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo de 16 de enero de 1950 (A. 254).

(19) Véanse L. F. RUIZ ANTÓN, «Los robos con violencia o intimidación en las personas», en *Comentario a la legislación penal*, V, vol. 2.º, Madrid, 1985, p. 1064; G. QUIN-TERO OLIVARES, y F. MUÑOZ CONDE, *La reforma penal de 1983*, Barcelona, 1983, p. 158; A. TORIO, «Motivo y ocasión en el robo con homicidio», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1970, pp. 614-615.

(20) Véase A. TORIO, *Motivo y ocasión en el robo con homicidio*, cit., p. 614.

cación aquellos tipos de robo con violencia o intimidación que, aún suponiendo atentados personales importantes, no impliquen lesión alguna de la vida o de la integridad física, como son los casos de robo acompañado de violación (art. 501, núm. 2.º) o cuando con motivo u ocasión del robo se tomaren rehenes para facilitar la ejecución del delito o la fuga del culpable (art. 501, núm. 4.º), en los que el empleo de la violencia afecta a la honestidad o a la libertad, respectivamente. En cambio, quedan claramente incluidos dentro del ámbito de aplicación del artículo 512 el robo con homicidio tanto doloso como culposo de los números 1.º y 4.º, respectivamente, del artículo 501 y el robo acompañado de mutilación o lesiones de los números 2.º, 3.º y 4.º del mismo artículo, siempre claro está que la relación que medie entre el apoderamiento y la producción del resultado lesivo para la vida o la integridad física sea la que prevé el tipo correspondiente y no quepa, en consecuencia, escindir la actuación delictiva en dos conductas diversas e independientes, una contra la propiedad y otra causante del homicidio, mutilaciones o lesiones.

Por lo que respecta a las torturas inferidas con motivo u ocasión de un robo (art. 501, núm. 4.º) no se puede dar una respuesta unitaria. La palabra tortura se emplea aquí, siguiendo a Ruiz Antón, con un carácter descriptivo, desprovisto de todo valor técnico o normativo, en el sentido de «dolor o sufrimiento intenso de carácter físico o mental, producido mediante violencias o intimidación, y dirigido a hacer posible, facilitar o asegurar el apoderamiento de la cosa objeto del robo» (21). En principio, se podría pensar que el artículo 512 vendría aquí en aplicación siempre que el empleo de torturas causara un resultado lesivo para la vida o la integridad física de las personas, pero habrá que tener en cuenta que si las torturas se emplean como medio de causar la muerte, las mutilaciones o las lesiones expresamente previstas en el artículo 501, el tipo del robo con torturas quedaría desplazado por esas otras figuras típicas. En base a estas consideraciones, el artículo 512 de hecho tan sólo resultará aplicable cuando el empleo de torturas dé lugar a un resultado lesivo contra la integridad física no previsto expresamente en el artículo 501, con lo que, como ha observado Ruiz Antón (22), el empleo de torturas operará como una especie de circunstancia cualificativa del tipo genérico de robo con violencia del número 5.º del artículo 501.

En este último número la violencia o intimidación empleados para posibilitar, facilitar o asegurar el apoderamiento de la cosa consistirán normalmente en malos tratos de obra e incluso en lesiones no previstas de forma expresa en los restantes números, así como en coacciones o amenazas. Es precisamente a esta modalidad de robo del número 5.º del artículo 501 a la que prácticamente queda circunscrito el papel de la intimidación, sin descartar en absoluto su empleo en otros tipos, como en el robo con homicidio cuando a consecuencia de la im-

(21) RUIZ ANTÓN, en *Comentarios a la legislación penal*, vol. 2.º, cit., p. 1101.

(22) *Obra cit.*, p. 1102.

presión sufrida resultara la muerte de la víctima (23). Respecto al empleo de la violencia en el tipo genérico, la misma habrá de revestir al menos la forma de golpes, empujones o malos tratos de obra que sin causar lesión darían lugar a la falta prevista en el artículo 585, 1.º del Código Penal, siempre que tuvieran carácter agresivo y no meramente injurioso o afrentoso (24). Por otro lado, la causación de lesiones de las no previstas en los cuatro primeros números del artículo 501 constituirán el límite máximo del empleo de la violencia incardinable en el número 5.º Por tanto, el artículo 512 resultará también aplicable en relación con la modalidad de robo prevista en este número, siempre que el empleo de la violencia dé lugar a la producción de un resultado lesivo para la integridad física de las personas.

De otro lado, no hay razón alguna que impida extender la aplicación del artículo 512 también a los supuestos de robo documental o extorsión previstos en el artículo 503, ya que esta figura delictiva se encuentra dentro del capítulo a que alude aquel precepto y requiere asimismo el empleo de la violencia o intimidación, que pueden conducir a la producción de un resultado lesivo para la vida o la integridad física de las personas. Lógicamente también habrán de tenerse en cuenta aquí las mismas consideraciones y precisiones efectuadas en relación con las modalidades de robo previstas en el artículo 501. Por ello, cuando a consecuencia de la violencia empleada para conseguir la suscripción, otorgamiento o entrega de la escritura pública o documento se haya producido un resultado lesivo para la vida o la integridad física de las personas, habrá que entender consumada esta modalidad de robo documental con independencia de que lo haya sido el atentado patrimonial (25). Así lo ha reconocido la jurisprudencia del Tribunal Supremo en sentencia, por ejemplo, de 11 de noviembre de 1982 (A. 7100) en la que después de dejar sentado que «el delito quedó consumado desde el momento en que los documentos quedaron fuera del alcance de la tenedora de los mismos y en consecuencia también de su titular legítimo», se precisa luego que «si pudiera ofrecer dudas este requisito la madre política del procesado al querer recuperar la carpeta sufrió lesiones que duraron veinte días que la incapacitaron para el trabajo, por lo que conforme al artículo 512 el robo quedó consumado aunque no se produjera el pretendido delito contra la propiedad».

III

La determinación de lo que haya de entenderse por resultado lesivo para la integridad física de las personas no presenta, en principio,

(23) Véase QUINTANO, *Tratado...*, cit., pp. 373-374.

(24) Véase RUIZ ANTÓN, en *Comentarios...*, cit., pp. 1058-1059.

(25) En este sentido JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal español*, parte especial, 9.ª ed., Madrid, 1983, p. 425; con dudas, QUINTANO, *Tratado...*, cit., p. 382; F. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal*, parte especial, 6.ª ed., Sevilla, 1985, p. 223.

problemas en relación con los números 2.º, 3.º y 4.º del artículo 501, ya que el mismo viene integrado por las mutilaciones o lesiones penadas en los artículos 419 y 420 del Código Penal a las que aquéllos se remiten. La cuestión, en cambio, no aparece tan clara cuando se trata del tipo genérico del número 5.º de aquel precepto al no requerir aquí la ley que el empleo de la violencia o intimidación se tenga que traducir en la producción de unas específicas y determinadas lesiones. Se hace necesario, en consecuencia, precisar qué deba entenderse por resultado lesivo para la integridad física, pues de su producción se hace depender el momento de la consumación del delito al margen del estadio alcanzado en el atentado patrimonial.

El artículo 512, al referirse a la producción de un resultado lesivo para la integridad física, requiere obviamente algo más que la mera presencia del atentado personal que representa ya el empleo de la violencia o la intimidación. Exige además que ello se traduzca en alguna consecuencia material verificable y mensurable cuantitativamente en la salud o en el cuerpo de la víctima, en la misma línea de las lesiones y mutilaciones que incluyen los números 2.º, 3.º y 4.º del artículo 501. De otro lado, no hay que pasar por alto que la *ratio legis* de la consumación anticipada del artículo 512 no puede desconectarse de una particular valoración de la vida o de la integridad física. Todo ello obliga a entender por resultado lesivo para la integridad física una lesión en sentido estricto o técnico, como menoscabo o detrimento de la salud o de la integridad corporal que signifique tanto un daño corporal como una pérdida de parte de la sustancia corporal (26), por lo que, en consecuencia, deberán quedar fuera del ámbito de aplicación del artículo 512 las meras vías de hecho como malos tratos, empujones, forcejeos o golpes y con mayor razón todavía los supuestos en que haya mediado sólo intimidación a través de amenazas o coacciones (27). Deberá tratarse, al menos, de las lesiones previstas en el número 1.º del artículo 583 del Código Penal, no siendo necesario, en consecuencia, que impidan al ofendido dedicarse a sus trabajos habituales o exijan asistencia facultativa. Pretender llevar más lejos el significado de resultado lesivo para la integridad física supondría ya acoger una interpretación extensiva que traspasaría el sentido literal máximo posible del precepto (28).

No obstante, la jurisprudencia no siempre lo ha entendido así. Durante algún tiempo el resultado lesivo para la integridad física se vino identificando con el empleo de cualquier violencia o fuerza material, con un acto constitutivo de verdadera agresión contra la persona del

(26) Véase RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal*, parte especial, cit., p. 122.

(27) Véase QUINTANO, *Tratado...*, II, cit., p. 391. Para que se dé el resultado lesivo para la integridad física «sería necesario que los maltratos inferidos a una de las víctimas, le hubieran causado o producido daño en su integridad física corporal o mental o un detrimento funcional apreciable en su organismo» (sentencia del Tribunal Supremo de 23 de junio de 1979, A. 2768).

(28) Véase en este sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 1968 (A. 1465), a la que se hace referencia más adelante.

robado, en la forma de unos malos tratos o forcejeos, sin necesidad, por tanto, de que la víctima resultara mínimamente herida (29). Tal interpretación, como se ha indicado antes, es insostenible por ir en contra de la letra y de la *ratio legis* del precepto operando en perjuicio del reo.

La sentencia del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 1968 (A. 1465) supone un giro importante en el camino hacia una correcta interpretación del artículo 512. Este —considera la sentencia— «no hay duda que requiere gramatical y normativamente, un acto agresivo, que al menos, dañosamente, lesione o hiera el cuerpo humano, con un resultado material cierto y mensurable cuantitativamente en lo objetivo, según los artículos 420, 422, 582 y 583, número 1.º del mismo cuerpo punitivo (Código Penal), quedando al margen de su dicción, y espíritu, las violencias, malos tratos, forcejeos e intimidaciones consumadas, que aun significando *per se* atentados personales, no contienen resultados lesivos en sentido estricto, según deriva de lo dispuesto en los artículos 585, número 1.º y 496 del CP, y no es posible ampliar, extensivamente, ni por la vía de la analogía, en perjuicio del reo y del humanitarismo interpretativo, la situación prevista, haciéndola abarcar supuestos que su dicción expresa excluye negativamente, al exigir lesión de la integridad física, y que con tales actuaciones no se causan, por lo que en dichos casos de violencias sin efectos lesivos ha de regirse el hecho por las normas ordinarias sobre formas delictuales imperfectas, de frustración o tentativa, dejando a un lado el artículo 512 tan citado, que como se dijo, acoge únicamente el robo violento con resultados personales evidentemente lesivos».

A partir de entonces y siguiendo esta línea interpretativa, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido considerando que, por no constituir lesiones en sentido estricto o técnico, quedan excluidos del ámbito de aplicación del artículo 512 los malos tratos, forcejeos o empujones inferidos a la víctima (sentencia de 23 de junio de 1979, A. 2768) y, con mayor razón, la presencia tan sólo de coacciones o de exclusiva intimidación moral (sentencia de 22 de octubre de 1979, A. 3741). Es suficiente, en cambio, cualquier detrimento de la integridad física o corporal como la causación de lesiones que curaron a la primera asistencia facultativa (sentencia de 20 de septiembre de 1985, A. 4420) o una equimosis en la cara (sentencia de 2 de octubre de 1985, A. 4608), e incluso la causación de lesiones que no hayan necesitado siquiera asistencia facultativa, como puede ser la producción de un hematoma (sentencias de 30 de diciembre de 1985 y 12 de septiembre de 1986, A. 6471 y 4670, respectivamente).

IV

La disposición contenida en el artículo 512 del Código Penal supone una derogación de las reglas ordinarias acerca de la consuma-

(29) Véase, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de enero de 1950 (A. 258).

ción. De no existir dicha disposición los tipos complejos del artículo 501 se consumirían cuando tuviera lugar la producción del resultado lesivo para la propiedad —el apoderamiento— y el resultado lesivo para la vida o la integridad física de las personas, de modo que si no se hubiera llegado a producir el apoderamiento de la cosa sustraída, por más que la violencia empleada para su obtención se hubiera traducido en uno de los resultados lesivos para la vida o la integridad física previstos en alguno de los supuestos típicos del artículo 501, se estaría ante una ejecución imperfecta del complejo. En caso, por ejemplo, de tentativa de robo violento con homicidio consumado habría que castigar por tentativa de robo con homicidio y en aplicación del artículo 52, en relación con la regla 1.ª del artículo 56 y la escala 1.ª del artículo 73, todos del Código Penal, imponer la pena de reclusión menor o de prisión mayor, con la absurda consecuencia de que en este caso —para su evitación precisamente se da entrada a la regla del artículo 512— el supuesto sería igual o incluso menos castigado que si únicamente se hubiera producido un homicidio. Esta sería, en principio, la solución a aplicar en relación con aquellas modalidades típicas del artículo 501 no afectantes al bien jurídico vida o integridad física, en tanto que a ellos por razones obvias no resulta aplicable la disposición contenida en el artículo 512 (30).

Pues bien, en virtud de esta disposición particular o excepcional se considera ya consumado el robo violento cuando tan sólo lo haya sido el componente atentatorio a la vida o a la integridad física, sin esperar a que tenga lugar el apoderamiento de la cosa, la consumación del otro componente del complejo. Se trata, en consecuencia, de un supuesto de consumación anticipada, en cuanto se estima consumado lo que materialmente, desde el punto de vista del complejo delictivo, se encuentra aún en estadio de tentativa o frustración. Ello determina, en opinión de Quintano, una reafirmación de la generalidad del robo violento frente a hurto y un alejamiento, en su totalidad, de las otras figuras de apoderamiento para aproximarse a los delitos contra las personas (31).

Ha de insistirse de nuevo en que la aplicación del artículo 512 requiere necesariamente que se trate de una conducta constitutiva de un robo con violencia o intimidación —y no un robo con fuerza en las cosas ni un hurto— que no haya alcanzado la consumación, la cual tiene lugar, conforme a la teoría de la *illatio*, con la disponibilidad de la cosa sustraída. En tanto ésta no se haya logrado puede hacer su apa-

(30) Como ya se ha indicado los supuestos de robo con violación y robo con toma de rehenes de los números 2.º y 4.º, respectivamente, del artículo 501 del CP quedan excluidos del ámbito de aplicación del artículo 512 en base a la propia dicción literal de este precepto. Las absurdas consecuencias derivadas de la aplicación de las reglas ordinarias de los artículos 3.º y 51 ó 52 ya observadas en relación con el robo con homicidio en la hipótesis de que no existiera el artículo 512 tienen lugar efectivamente respecto de estas otras modalidades típicas ajenas a la vida y a la integridad física, lo cual ha motivado que se haya venido postulando para estos casos la ruptura del complejo; véase QUINTANO, *Tratado...*, II, cit., p. 391.

(31) *Tratado...*, II, cit., p. 389.

rición la violencia —o la intimidación— ya sea para hacer posible o facilitar el apoderamiento o simplemente para asegurarlo, por lo que no hay inconveniente en admitir la posibilidad de que una inicial conducta de hurto o de robo con fuerza en las cosas quede convertida en el transcurso de la ejecución en un robo con violencia o intimidación. De otro lado, tiene que haberse producido un resultado lesivo para la vida o la integridad física de las personas en el sentido que ha quedado ya delimitado. Mas ello no es todavía suficiente. Es necesario que el robo con violencia o intimidación y el resultado lesivo para la vida o la integridad física aparezcan vinculados por la correspondiente relación típica, de modo que el resultado lesivo a que se refiere el artículo 512 sea precisamente el previsto en alguna de las modalidades típicas del artículo 501 y no cualquier otro. Esto vale incluso para aquellos supuestos en que la ley únicamente exige que el robo fuere «acompañado» de mutilaciones o lesiones (art. 501, núms. 2.º y 3.º), pues aun en ellos deberá darse al menos una vinculación temporal y espacial entre el atentado patrimonial y el atentado personal; y en este sentido, por ejemplo, se estará fuera del complejo típico —y consecuentemente del ámbito de aplicación del artículo 512— cuando primeramente se causen lesiones y después surja el propósito de robar con intimidación (32). Igualmente deberá prescindirse de la aplicación del artículo 512 en aquellos supuestos en los que el sujeto haya desistido voluntariamente respecto de la ejecución del robo, pues conforme a las reglas generales del desistimiento en la tentativa faltará ya uno de los componentes del complejo (33). Tal ocurrirá, por ejemplo, si iniciada una conducta de robo con intimidación o con violencia sin causación de lesión alguna, el autor desiste voluntariamente y en la huida causa la muerte o lesiones a una persona.

V

El artículo 512 contempla únicamente el supuesto de que consumado el resultado lesivo para la vida o la integridad física haya quedado, en cambio, sin perfeccionar el ataque a la propiedad, pero deja sin solución la hipótesis contraria, es decir, la de que habiéndose consumado el robo no se haya perfeccionado el atentado a la vida o a la integridad física, como sería el caso de quien habiéndose propuesto dar muerte al propietario de la cosa para apoderarse de ella consiguiera efectivamente la disponibilidad de ésta, pese a que el disparo no alcanzara a aquél.

La doctrina que ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el problema ha propuesto las siguientes soluciones (34):

(32) Véase RUIZ ANTÓN, en *Comentarios...*, vol. 2.º, cit., pp. 1099-1100.

(33) Véase RUIZ ANTÓN, *ibidem*, p. 1092.

(34) QUINTANO, *Tratado...*, II, cit., pp. 390-391.

a) Considerar el hecho como un robo con violencia consumado del número 5.º del artículo 501, en atención a que no se ha producido resultado lesivo alguno. Esta solución no tiene en cuenta que el último número del artículo 501 se refiere únicamente a los robos con violencia o intimidación que no estén comprendidos en los números anteriores y el supuesto de referencia, aunque no se haya consumado, resulta ya subsumible en el número 1.º de ese artículo (35). Lo dicho vale también en principio respecto de los demás supuestos del artículo.

b) Aplicar el número 1.º del robo con homicidio, pero en grado de tentativa, al no haberse producido la muerte propuesta por el culpable. La solución consiste, pues, en aplicar la pena correspondiente al delito complejo de robo con homicidio en grado de tentativa. A favor de ella se inclina Quintano con todas las reservas del caso y siempre que se acredite el plan y firme propósito de matar al robado «pues constando dicho delito, como los demás complejos, del doble elemento comisivo y culpabilístico de robar y matar (o herir), el malograrse uno de ellos, a falta de precepto específico como el del artículo 512, obliga a pronunciarse por la imperfección» (36). La solución es igualmente aplicable respecto de los demás supuestos del artículo 501.

Por lo que respecta a la jurisprudencia del Tribunal Supremo la solución al problema planteado no ha sido siempre uniforme:

a) Las sentencias de 4 de julio de 1905 y 22 de septiembre de 1916 optaron por romper el complejo y penar por separado el robo y el homicidio frustrado o intentado. Se entendía en ambas sentencias que el robo con homicidio del número 1.º del artículo 516 del Código Penal de 1870 devenía inaplicable siempre que no se produjera la consumación del homicidio —resultado éste exigido en todo caso por el precepto— por lo que en esos casos era obligado escindir el complejo y penar por separado el robo y el homicidio frustrado o intentado. Y lo mismo si la imperfección afectaba a ambos componentes del complejo.

b) Las sentencias de 15 de enero de 1934 (A. 97) y 25 de junio del mismo año (A. 1225) declararon que en el supuesto de no llegar a su consumación el apoderamiento o el daño a las personas o ambos a la vez, la pena aplicable sería la correspondiente al grado efectivo de ejecución del complejo delictivo, siempre que la prevista para el grado del delito contra las personas o contra la propiedad no fuera mayor, en cuyo caso ésta serviría de medida a la responsabilidad criminal. En estas sentencias, referidas al Código Penal de 1932 en el que no existía un precepto concordante con el actual artículo 512, se optó, pues, por mantener el complejo en el grado de ejecución alcanzado salvo cuando la pena correspondiente al grado del delito contra las personas o contra las cosas fuera mayor, en cuyo caso debería proce-

(35) Véase en este sentido, entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 1981 (A. 5236), 12 de abril de 1984 (A. 2354) y 8 de octubre de 1985 (A. 4854).

(36) *Tratado...*, II, cit., pp. 390-391.

derse a la ruptura del complejo (37). La misma solución mantuvo la sentencia de 26 de enero de 1979 (A. 191) en base a la *ratio legis* del artículo 512, a la solución prevista para la hipótesis contraria por el Código Penal de 1870 y a la regla contenida en el artículo 68 del Código Penal (38).

c) Las sentencias más modernas —véanse, por ejemplo, las de 30 de diciembre de 1981 (A. 5236), 13 de mayo de 1982 (A. 2668), 12 de abril de 1984 (A. 2354), 30 de mayo de 1985 (A. 2563), 8 de octubre de 1985 (A. 4834) y 28 de mayo de 1986 (A. 2891)— insisten, en cambio, «en la indivisibilidad del complejo, añadiendo que debe mantenerse la conjunción de infracciones tanto si se frustra el homicidio como si lo frustrado se refiere al mencionado homicidio y al apoderamiento de lo ajeno, aunque siempre es indispensable que concurra dolo de muerte. Pudiéndose concluir estimando que, aun cuando las soluciones no hayan sido coincidentes, la última es la que en pura ortodoxia jurídica procede y se debe adoptar, degradando, en caso de frustración delictiva del homicidio, la pena establecida en el número 1.º del

(37) La sentencia de 25 de junio de 1934 establece en uno de sus considerandos que «en atención a los razonamientos anteriores y al hecho de no figurar en el Código vigente una declaración semejante a la que contenía el artículo 519 del Código derogado, se ha declarado ya por esta Sala que las figuras delictivas que la Ley Penal define o enumera representan siempre tipos de delito consumado y es regla general deducida del artículo 3.º del Código punitivo que en principio todas ellas pueden ser degradadas de categoría por no haber llegado a completar su ejecución, y esto sentado los delitos del número primero del artículo 494 del Código Penal no pueden sustraerse a la regla general, pues es posible en ellos que por no haber llegado a su total ejecución, bien el apoderamiento de las cosas o el daño contra las personas, resulten frustrados o reducidos a la categoría de tentativa, tanto por el primero como por el segundo de sus elementos, o por ambos, debiendo ser la penalidad aplicable en tales casos la correspondiente al grado efectivo de ejecución del complejo delictivo siempre que la adecuada al grado del delito contra las personas o contra las cosas no sea de mayor categoría, pues en tales casos debe entenderse disuelto el complejo delictivo creado exclusivamente a los efectos de la penalidad y pensarse separadamente ambos delitos conforme a su respectivo grado de ejecución, aplicando las reglas contenidas en la parte general del Código Penal...»

(38) «La misma *mens legis* —declaraba esta otra sentencia en uno de sus considerandos— debe estar presente, para el caso inverso de que se lograra el propósito lucrativo y se frustrara el violento, concretamente el homicidio, si de este complejo delictivo se trata, o de que se frustraran tanto la muerte como el apoderamiento, en cuyos supuestos, siguiendo igual técnica de severidad debe mantenerse el complejo, de modo que habrá robo homicida en grado de frustración, siempre, naturalmente, que se acredite el dolo de muerte, ya en su forma de dolo directo, ya en la modalidad de dolo eventual, tan típica en estos casos de complejidad; solución que sólo debe ceder en los supuestos en que la punición del grado ejecutivo del delito contra las personas sea más grave, pues entonces, tal pena debe servir de medida a la responsabilidad criminal, tal como tuvo ocasión de señalar esta Sala en su sentencia de 15 de enero de 1934 y había ya aceptado el Código Penal de 1870 al señalar pena propia para el delito con homicidio, en grado de tentativa o frustración, con la salvedad de que el homicidio perpetrado la mereciera mayor; criterio el expuesto que no es en modo alguno arbitrario sino que es el propio del Código vigente, no sólo por la exégesis antes aludida del artículo 512, sino también por virtud del artículo 68 que obliga a preferir en caso de concurso de normas la alternativa de mayor rango punitivo, de suerte que entrando en conflicto las normas de frustración del complejo o la de sus elementos componentes se aplicarán unas u otras de acuerdo con tales preceptos.»

artículo 501, y haciéndola descender en un grado como previene el artículo 51 del CP en relación con el artículo 3.º del mismo cuerpo legal».

Ciertamente la solución dogmática correcta, en principio, es la que deriva de la aplicación de las reglas generales vigentes en materia de ejecución imperfecta del delito. A falta de un precepto específico semejante al del artículo 512, los supuestos de consumación del ataque a la propiedad y no producción del resultado lesivo para la vida o la integridad física de las personas —y lo mismo si se trata de la imperfección de ambos componentes del complejo— deberán ser castigados conforme al grado efectivo de ejecución alcanzado en la realización de la modalidad típica de que se trata. Si el sujeto se había propuesto matar a la víctima para conseguir el apoderamiento de la cosa y efectivamente obtiene la disponibilidad de ésta, a pesar de que el disparo no alcanza a aquélla, el supuesto deberá ser castigado como robo con homicidio doloso del número 1.º del artículo 501 cometido en grado de tentativa, sin que pueda quedar subsumido en el número 5.º, ya que ni el grado de injusto ni el de culpabilidad se corresponden evidentemente con los previstos en el mismo. Tampoco convence plenamente la ruptura del complejo, pues la relación típica entre robo y homicidio prevista en el número 1.º del artículo 501 está en efecto presente por más que no haya llegado a producirse el resultado muerte. Lo mismo puede decirse respecto de aquellos casos en que el sujeto, habiéndose propuesto lesionar al robado, no consigue producirle resultado lesivo alguno. La solución propuesta deberá ceder, sin embargo, en aquellos supuestos en que la sanción correspondiente al grado de ejecución imperfecta estuviera por debajo de la prevista en el número 5.º del artículo 501, en cuyo caso esta pena tendría que servir de medida o límite a la responsabilidad criminal. Piénsese en el supuesto de quien con intención de causar al robado lesiones de las comprendidas en el número 3.º del artículo 420 del CP —supuesto previsto en el número 4.º del artículo 501— no llegara a producir efectivamente resultado lesivo alguno. No dejaría de ser un contrasentido que, habiéndose conseguido el apoderamiento de la cosa con el empleo de violencia o intimidación, el supuesto pudiera llegar a castigarse con pena inferior a la señalada en el último número del artículo 501.

Las soluciones apuntadas van referidas al supuesto de que no se haya producido resultado lesivo alguno para la vida o la integridad física. El supuesto de producción de algún resultado lesivo, pero inferior al propuesto por el sujeto, como sería el caso de quien queriendo matar para robar no consiguiera causar más que lesiones al robado, no encuentra tampoco solución en la regla prevista en el artículo 512. ¿Deberá tratarse como un robo con homicidio intentado del número 1.º del artículo 501 o como un robo con lesiones consumado del número correspondiente de ese mismo precepto? Una antigua jurisprudencia —sentencias del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 1882 y 5 de julio de 1883— entendió que el supuesto debía calificarse como delito complejo de robo con lesiones. En cambio, la jurisprudencia más moderna —sentencias del Tribunal Supremo, entre otras,

de 26 de enero de 1979 (A. 191), 30 de diciembre de 1981 (A. 5236), 12 de abril de 1984 (A. 2354)— se pronuncia a favor de la aplicación del número 1.º del artículo 501 degradando la pena conforme a las reglas generales previstas para el grado de ejecución alcanzado. Esta es la solución correcta, siempre que, por supuesto, conste claramente la intención de matar y siempre además que la pena correspondiente al robo acompañado de las lesiones o mutilaciones que se hayan causado no sea mayor, en cuyo caso ésta última debería ser la aplicable (39).

El caso inverso de quien con intención tan sólo de lesionar para robar causara la muerte de la víctima carece de solución unitaria. Si se tratase de lesiones que dieran lugar a la tipificación del número 5.º del artículo 501 el supuesto podría ser calificado como robo con homicidio culposo del número 4.º del mismo precepto, en el que aquéllas quedarían consumidas. En otro caso habría que calificar el supuesto como robo con lesiones del número correspondiente del artículo 501 en concurso con un homicidio culposo. Todo ello, evidentemente, siempre que la muerte no sobreviniera de modo fortuito (40).

VI

El delito de robo con violencia o intimidación en las personas se estructura en el Código Penal en tipos complejos para los que se combina una penalidad más severa que la que correspondería de penarse por separado las conductas integrantes del complejo, teniendo en cuenta la mayor perversidad o energía criminal que se manifiesta cuando dichas conductas aparecen unidas en una determinada relación (41). Esta realidad criminológica se presenta con particular relieve en el robo con homicidio, figura que conectada con el antiguo latrocinio ha venido gozando de una larga tradición doctrinal y legislativa.

Esta política criminal de carácter defensivo e intimidativo-represiva es la que explica a su vez que el artículo 512, sobre la base de valorar y proteger especialmente el ataque personal a la vida o a la integridad física, incluya una regla de consumación anticipada en relación con aquellos tipos de robo con violencia o intimidación en las personas que supongan un resultado lesivo para aquellos bienes jurí-

(39) Véase en este sentido MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal*, cit., p. 218. La citada sentencia de 12 de abril de 1984 considera recusable tal aditamento «puesto que si ha habido *animus necandi*, no se puede estimar concurrente, aunque el resultado hubiera sido éste, una hipótesis de lesiones graves teniendo que ceder el principio de la gravedad consagrado en el artículo 68 del CP al más imperativo y predominante de la especialidad».

(40) Acerca de la problemática de la preterintencionalidad y el robo con homicidio culposo, véanse: RUIZ ANTÓN, en *Comentarios...*, vol. 2.º, cit., pp. 1082 y ss., y TORIO, *La distinción legislativa entre asesinato y robo con homicidio*, cit., pp. 460 y ss.

(41) Véanse sentencias de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo de 25 de junio de 1934 (A. 1225) y 26 de enero de 1979 (A. 191), ambas relativas al robo con homicidio.

dicos personales y en virtud de la cual el delito se consuma cuando se haya producido ese resultado sin necesidad de que se haya alcanzado la perfección consumativa en el atentado patrimonial.

Esa especial valoración y protección otorgadas en estos delitos a la vida y a la integridad física, de cuyo ataque consumativo se hace depender la consumación del complejo, implica ya, de otro lado, una traslación desde los delitos contra la propiedad a los delitos contra las personas, dotando así al delito de robo con violencia o intimidación en las personas de una evidente sustantividad respecto del resto de los delitos de apoderamiento (42). Pero ello «si —como piensa Martínez Val (43)— teleológicamente es correcto, porque, sin duda, en un orden de valores la vida y la integridad han de tener primacía sobre la propiedad, técnicamente no lo es, porque se mixtifica el objeto jurídico de protección penal (el patrimonio) con la referencia a algunos de los posibles modos o formas de realización del delito (intimidación o violencia en las personas), haciendo depender del evento de esta circunstancia meramente modal nada menos que el grado de la consumación». Particularmente llamativa se hace esta situación dentro del título XIII del libro II del Código Penal en lo que al robo con homicidio se refiere, si se tiene en cuenta el criterio seguido por el derecho histórico y el comparado de considerarle como un homicidio cualificado o una modalidad del asesinato, solución que se mantuvo en nuestro país hasta el Código Penal de 1882 (44). El cambio que se observa a partir del Código de 1848 parece tener su explicación precisamente en esa línea defensiva e intimidativa que se ha querido imprimir a la represión de los robos violentos. En este sentido ha manifestado Torio que la inclusión del robo con homicidio dentro del grupo de los delitos contra la propiedad constituye «un recurso técnico-legislativo dirigido a configurar un medio enérgico de lucha contra la criminalidad patrimonial violenta. Esta decisión permitía en el Código Penal de 1848, y permite todavía en la actualidad, tomar en cuenta la previa condena por un delito contra la propiedad como causa (reincidencia específica) de agravación de la pena, con la posibilidad en el Código Penal de 1848 de imponer la pena capital en el robo con homicidio al autor condenado precedentemente por uno de los delitos comprendidos en el título» (45).

La tendencia defensiva se acentúa con la introducción del artículo 512 en la reforma de 1944 si se tiene en cuenta la regulación que del problema ofrecían los Códigos Penales anteriores. El Código penal de 1932 no incluía ninguna regla de consumación anticipada al respecto y el de 1870 (art. 519) (46) se limitaba a señalar para los su-

(42) Véanse QUINTANO, *Tratado...*, II, cit., p. 389, y BOIX, *La consumación anticipada...*, cit., p. 560.

(43) El artículo 512..., cit., pp. 702-703.

(44) Artículo 611.

(45) *La distinción legislativa...*, cit., p. 452.

(46) La regulación del problema en el Código de 1928 (art. 691) era bastante similar a la del Código de 1870.

puestos de tentativa y delito frustrado de robo cuando con motivo u ocasión del mismo resultara únicamente homicidio —no lesiones— una pena mayor que la correspondiente a la tentativa o frustración del complejo, pero en todo caso inferior a la de la consumación de este último. De otro lado no puede pasarse por alto que el artículo 512 procede de la legislación antiterrorista de 1934 y 1935 por la que se restableció la pena de muerte para determinados delitos, entre ellos el robo con violencia o intimidación en las personas. La introducción de este precepto en 1944 supone, pues, un retroceso y un empeoramiento respecto de las soluciones adoptadas por los Códigos anteriores (47), siendo objeto el mismo de merecidas críticas por parte de la doctrina. La regla de consumación anticipada que incluye —ha señalado Torio— es anacrónica y carece de fundamento. El fin represivo-intimidativo que persigue vulnera la distinción valorativa entre tentativa y consumación adoptada por el Código Penal (48). Sancionar con la misma pena de la consumación un supuesto de tentativa, por más que se venga a valorar especialmente y por encima del ataque al patrimonio el atentado personal a la vida o a la integridad física constituye un planteamiento defensivo contrario a un criterio sancionador en función del injusto realizado que ha de ser rechazado (49). Estos serios inconvenientes no consiguen ser neutralizados por el reconocimiento de que la introducción del artículo 512 en el Código Penal de 1944 lograra poner término al caos casuístico y fluctuaciones de la doctrina jurisprudencial anterior respecto de los supuestos de frustraciones patrimoniales y consumaciones lesivas, en los que unas sentencias rompían el complejo y otras lo mantenían pero en grado de frustración o tentativa (50).

No hay razones para seguir manteniendo en el Código Penal una regla como la del artículo 512 que presenta serios inconvenientes y reparos desde el punto de vista político-criminal (51). La Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código Penal de 1983 optó por prescindir de la misma. En cambio, curiosamente el Proyecto de Código Penal de 1980 incrementaba el carácter defensivo de la institución y ampliaba el número de supuestos subsumibles dentro de ella al establecer en su artículo 244 que «la tentativa de robo en los supuestos previstos en el artículo 242 (tipos de robo con violencia o intimidación en las personas) será castigada con la pena del robo consumado». Con independencia de si esta formulación abarcaba todos los supuestos de tentativa del complejo o si se dejaba fuera de ella la hipótesis contraria a la prevista en el actual artículo 512 —tentativa de homicidio y

(47) Véase BOIX, *ob. cit.*, pp. 560-561.

(48) *La distinción legislativa...*, cit., pp. 474-475.

(49) Véase BOIX, *La consumación anticipada...*, cit., p. 560.

(50) Véase MARTÍNEZ VAL, *El artículo 512...*, cit., p. 702; QUINTANO, *Tratado...*, II, cit., p. 390; EUGENIO CUELLO CALÓN, *Derecho Penal*, II, parte especial, vol. 2.º, 14.ª ed., revisada y puesta al día por CÉSAR CAMARGO HERNÁNDEZ, Barcelona, 1980, p. 875, nota 5.

(51) Ya MARTÍNEZ VAL, *El artículo 512...*, cit., p. 705, manifestaba que el precepto debería suprimirse o al menos modificarse.

consumación del robo, por ejemplo (52)—, al menos quedaba claro que siempre que el robo no llegara a consumarse —se consumara o no el atentado personal— había que aplicar la pena correspondiente a la consumación del complejo. A ello había que agregar además que la regla no afectaba únicamente a los atentados personales a la vida o a la integridad física, como es el caso del actual artículo 512, sino a todos los que integraban las distintas modalidades típicas previstas en el artículo 242, como era el caso del robo acompañado de violación o de toma de rehenes. La formulación que se dio a la regla en el Proyecto de Código Penal de 1980 iba, pues, mucho más lejos que la adoptada originariamente en 1848 y excedía de la propia razón inspiradora de la institución dando un tratamiento igualitario a supuestos muy distintos, lo que la hacía aún más rechazable que la del vigente artículo 512, como se apresuró a poner de manifiesto la doctrina (53), con la consecuencia de su supresión en la Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código Penal de 1983.

Pero los inconvenientes y dificultades no acaban con la supresión del artículo 512. No ha de olvidarse que con la regla en él contenida se ha venido buscando a lo largo de los distintos Códigos Penales neutralizar determinadas consecuencias de la estructuración del robo con violencia o intimidación en tipos complejos. Y es aquí precisamente donde ha de situarse el núcleo del problema. La no consumación del complejo da lugar a situaciones que representan grados de injusto muy distintos según que la imperfección alcance al atentado personal o al patrimonial o a ambos a la vez. Querer someter todas estas situaciones a las reglas generales de la ejecución imperfecta del delito lleva necesariamente a soluciones no aceptables, como sería la de tener que castigar con la misma pena e incluso con pena menor el homicidio consumado con motivo u ocasión de una tentativa de robo que el homicidio consumado aisladamente cometido. Ante consecuencias como ésta el legislador se ha visto en la necesidad de particularizar algunas situaciones impidiendo con distintas soluciones que fueran castigados con pena más leve supuestos que representan un mayor grado de injusto. Concretamente, nuestros Códigos Penales en atención al mayor valor representado por la vida o la integridad física han venido señalando una pena más grave que la que correspondería a la tentativa de complejo para los casos en que la infracción patrimonial no hubiera alcanzado la consumación pero sí la hubiera conseguido el ataque a la vida o a la integridad corporal. El actual artículo 512 ha conseguido por la vía de la consumación anticipada, castigando, en conse-

(52) Para BOIX, *La consumación anticipada...*, cit., pp. 565-567, se equiparaba a la consumación cualquier clase de tentativa ya afectara a uno u otro de los componentes del complejo, ya a ambos a la vez. En cambio, para S. HUERTA TOCILDO, «Los delitos patrimoniales en el Proyecto de Código Penal de 1980», en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 15, 1981, pp. 487-488, el supuesto inverso al del actual artículo 512 —cuando la imperfección afecta al ataque personal— quedaba fuera de aquella regla.

(53) Véase BOIX, *La consumación anticipada...*, cit., pp. 565-567; HUERTA TOCILDO, *Los delitos patrimoniales...*, cit., pp. 487-488.

cuencia, tales supuestos con la misma pena señalada al complejo, solución que, como ya se ha indicado, presenta serios inconvenientes desde el punto de vista político-criminal. Más admisible era, en cambio, la solución que ofrecía el Código de 1870 —como asimismo la del Código de 1928— en el que tales supuestos daban lugar a una pena mayor que la correspondiente a la tentativa del complejo, pero menor en todo caso a la señalada para la consumación del mismo. Mas únicamente devenía aplicable esa solución para el supuesto de robo con homicidio. Haberla hecho extensible al resto de los supuestos hubiera derivado, por otro lado, en un exceso de casuismo.

Ante el dilema de tener que castigar con la pena de la consumación del complejo supuestos que representan grados de injusto muy diversos o tener que proceder a particularizar casuísticamente tales supuestos, se ofrece la solución de prescindir de los tipos complejos que comprende el artículo 501 del CP, dejando un único tipo de robo violento y castigando por separado las conductas realizadas conforme a las reglas del concurso. Al permitir valorar separadamente cada una de las conductas delictivas en función del grado de ejecución efectivamente alcanzado en cada una de ellas esta solución parece más justa y razonable (54). Acaso como excepción y en atención a su tradición histórica y peculiar relieve criminológico, podría mantenerse el tipo complejo de robo con homicidio del número 1.º del artículo 501, pero dentro de los delitos contra las personas y teniendo en cuenta de algún modo en orden a la penalidad las distintas situaciones que la ejecución imperfecta del complejo puede presentar.

(54) Véase en este sentido MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal*, parte especial, cit., p. 218; HUERTA TOCILDO, *Los delitos patrimoniales...*, cit., p. 487; SUÁREZ MONTES, «Observaciones a la penalidad del robo con homicidio en la reforma de 1983», en *La ley*, 4.ª ed., 1983, pp. 1287 y ss.; JOSÉ MANUEL GÓMEZ BENÍTEZ, «Delitos contra el patrimonio (hurtos, robos, estafas e insolvencias punibles)», en *Documentación Jurídica*, vol. 1.º, enero-diciembre de 1983, pp. 697-698.

No hay que olvidar que, en realación con la ejecución imperfecta de los tipos del artículo 501 a los que no es aplicable el artículo 512, para evitar consecuencias no deseables, se ha postulado la ruptura del complejo (véase *ut supra* la n. 30). Y en la misma dirección se ha pronunciado a veces la jurisprudencia en la hipótesis inversa a la prevista en el artículo 512.

El tipo subjetivo del delito imprudente (*)

EBERHARD STRUENSEE

Catedrático de Derecho Penal (Münster i.W.)

A) CONSIDERACIONES PREVIAS

La distinción entre el tipo objetivo y el tipo subjetivo (equiparada hoy de forma inadecuada a la distinción entre atribución objetiva y atribución subjetiva) supone una diferencia en el ámbito de estos conceptos. En el tipo subjetivo se incluyen aquellas «circunstancias determinantes del injusto... que pertenecen al ámbito subjetivo y mundo de representaciones del autor» (1). El tipo objetivo lo forman, por contra, los elementos que, respecto al mundo interior del autor, describen el mundo exterior. Con la distinción de los elementos del tipo que tienen por contenido los procesos conscientes de la psique del autor y aquellos que se refieren a hechos independientes del conocimiento del autor no debe confundirse la objetividad entendida en el sentido de validez general (2). Evidentemente los conceptos referidos a la psique del autor (elementos subjetivos del tipo) tienen la misma pretensión de validez general (objetividad) que los elementos objetivos del tipo, sin que por ello constituyan parte del tipo objetivo.

El doble significado de la objetividad, sin embargo, induce a confusión precisamente en el ámbito de la imprudencia por lo que se refiere a la lesión «objetiva» del cuidado debido (y todavía más respecto a la atribución «objetiva»). Que las normas de cuidado establezcan medidas objetivas, es decir, vinculantes con carácter general, no indica nada sobre la estructura de lo medido, la acción descuidada (3).

(*) El original alemán «Der subjektive Tatbestand des fahrlässigen Delikts» aparecerá en *Juristenzeitung* 1987. Traducción de JOAQUÍN CUELLO CONTRERAS (con la colaboración de JOSÉ LUIS SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO).

(1) RUDOLPHI en *SK (StGB)*, vol. 1.º, 4.ª ed., 1986), antes del párrafo 1, número marginal 36; cfr., además: JAKOBS, *Strafrecht*, parte general, 1983, 7-1, p. 2; JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, parte general, 3.ª ed., 1978, p. 219; STRATENWERTH, *Strafrecht*, parte general (parte primera), 3.ª ed., 1981, número marginal 199; WESSELS, *Strafrecht*, parte general, 16.ª ed., 1986, p. 38.

(2) JESCHECK, *Lehrbuch*, p. 220.

(3) Confróntese ARMIN KAUFMAN, *Welzel-Festschrift*, 1974, p. 409.

Objeto de la siguiente investigación es la cuestión sobre si y en qué medida dicha estructura está atravesada y determinada por elementos subjetivos relevantes. Formulada de forma dogmática: se trata de comprobar si también el delito imprudente posee un tipo subjetivo en sentido estricto (4) que exija un conocimiento por parte del autor con representación de circunstancias de hecho objetivas (al mismo tiempo que una cierta congruencia entre las circunstancias de hecho representadas y realizadas a los efectos del delito consumado).

Como se mostrará en lo sucesivo, esta cuestión no afecta sólo a una fisura todavía abierta dentro de la doctrina final de la acción. De manera diferente también las restantes doctrinas o interpretaciones de la imprudencia como comportamiento injusto —comenzando con los aspectos que hace valer la teoría de la adecuación (5)— tienen dificultades dogmáticas con elementos subjetivos que, en parte, no han sido percibidas aún.

Ni siquiera terminológicamente parece resuelta la problemática del llamado conocimiento especial (*Sonderwissen*), cuya consideración en el juicio sobre la adecuación, la previsibilidad objetiva, finalidad (*Bezweckbarkeit*), evitabilidad o el riesgo permitido se hace valer como necesaria. Con el conocimiento especial se supone, sin percatarse de la contradicción sistemática que ello supone (6), que la lesión objetiva del cuidado se basa en representaciones del autor, de contenido determinado; y, sin embargo, se le reprocha al mismo tiempo a la doctrina final de la acción la irrelevancia del contenido de voluntad a la hora de concebir el injusto de la imprudencia. Este «venire contra *factum proprium*» no merecería quizá atención si el saber especial, como el término sugiere, constituyera sólo un problema mar-

(4) En general sólo se constata un hecho negativo: BAUMANN y WEBER, *Strafrecht*, parte general, 9.º ed., 1985, p. 431; BOCKELMANN, *Strafrecht*, parte general, 3.ª ed., 1979, p. 165; HAFT, *Strafrecht*, parte general, 2.ª ed., 1984, pp. 146 y s. Con la exigencia de la cognoscibilidad indiciaria del resultado se introduce un tipo subjetivo de forma especial: JAKOBS, *Strafrecht*, parte general, 1983, pp. 256 y ss.; MAURACH, GÖSSEL y ZIFF, *Strafrecht*, parte general, Teilb 2, 6.ª ed., 1984, pp. 106 y ss.; SAMSOM, *SK*, apéndice al párrafo 16, número marginal 13 y ss.; *Stratenwerth*, I, parte general, número marginal 1097 y ss.

(5) Confróntese M. L. MÜLLER, *Die Bedeutung des Kausalzusammenhangs im Straf- und Schadensersatzrecht*, 1912, p. 22 y ss.; ENGISCH, *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, 1931, pp. 52 y ss.; del mismo «Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben», en *DJT-Festschrift*, 1960, pp. 416 y ss.

(6) Como a veces se pone de relieve *English, Kausalität*, p. 56, habla de un dualismo chocante, pero inevitable. LORENZ, *Der Masstab des einsichtigen Menschen*, 1967, p. 11, opina que el dualismo es sólo aparente. ROXIN, *Honig-Festschrift*, 1970, p. 147, se dirige contra un sistema que «escinda la materia», y busca la unidad, no «en la materia», «sino en la unidad teleológica de principios de atribución que, con su desarrollo sobre la materia jurídica, pueden proporcionar contenidos sustanciales muy diversos». WOLTER, *GA* 77, 169, n. 116 observa que «esta individualización del juicio de adecuación objetiva no es sistemáticamente consecuente», pero se salva en otro lugar (*Objektive und personale Zurechnung*, 1981, pp. 22 y s.) con una «metodología» que relacione «el pensamiento problemático y sistemático»: «El “sistema abierto” que surge puede soportar también contradicciones u oposiciones.» La «subjetivación» de la teoría de la adecuación la censuran, justamente, desde un punto de vista metodológico, BAUMANN y WEBER, parte general, p. 229.

ginal u ocasional. Pero el factor que resulta valorado como causa no permitida de procesos y resultados adecuados previsibles o perseguidos, de forma objetiva, es una acción del autor que, en el instante decisivo de la valoración ante *actum*, anterior a su ejecución (completa), sólo aparece como un proyecto localizado en la psique del autor. La penetración general de esta forma de ser del objeto de la valoración *ex ante* es un caso significativo de «finalismo inconsciente»; su reconocimiento no puede dejar de afectar, sin dejar rastro, a la doctrina de la atribución objetiva como atribución de lo objetivo.

Estas indicaciones pueden bastar para justificar la investigación que sigue. El próximo apartado (B) se ocupa de las dificultades que la doctrina final de la acción ha tenido y tiene con la imprudencia. Antes de valorar críticamente sus intentos de solución (B, II) habrá que precisar (B, I) la pretensión que aquéllos deben colmar e impregna el concepto y término de «disvalor-acción». En un apartado posterior (C) habrá que entrar en las consecuencias dogmáticas (C, I) y aplicabilidad práctica (C, II) de un concepto final estricto.

B) LA IMPRUDENCIA COMO PIEDRA DE TOQUE DE LA DOCTRINA DEL INJUSTO PERSONAL. PRETENSION Y REALIDAD

La referencia al delito imprudente, caracterizado precisamente mediante la negación de una finalidad dirigida al resultado típico (parágrafo 16, apartado 1, párrafo 2 StGB), proporciona todavía hoy la objeción generalizada frente a la doctrina de la acción final como una doctrina monista del injusto (7). En este apartado deberá mostrarse que la pretensión de la doctrina de la acción final, metodológicamente formulada de forma tan radical, no ha sido colmada por las soluciones presentadas hasta ahora, o no lo ha sido plenamente.

(7) BAUMANN y WEBER, parte general, pp. 207 y ss.; BLEI, *Strafrecht*, I, 18.ª ed., 1983, p. 74; BLOY, *ZStW*, 90, 1978, pp. 640 y ss.; BOCKELMANN, *Strafrecht*, parte general, 3.ª ed., 1979, pp. 47 y s.; CERESO, *ZStW*, 71, 1959, pp. 136 y ss.; EBERT, *Strafrecht*, parte general, 1985, p. 20; HAFT, *Strafrecht*, parte general, 2.ª ed., 1984, pp. 26 y ss.; JESCHECK, *Lehrbuch*, p. 176; del mismo en *LK*, 10.ª ed., 1985, antes del parágrafo 13, número marginal 27; del mismo, *ZStW*, 93, 1981, pp. 16 y ss.; ARTHUR KAUFMANN, *JuS*, 67, 147; KINDHAUSER, *Intentionale Handlung*, 1980, pp. 187 y ss.; LACKNER, *StGB*, 16.ª ed., 1985, antes de parágrafo 13, anotación III, 1 a; LAMPE, *Das personale Unrecht*, 1967, pp. 78 y ss.; MAURACH y ZIPF, *Strafrecht*, parte general, 1, 6.ª ed., 1983, parágrafo 16, número marginal 45; MEZGER, *Rittler-Festschrift*, 1957, pp. 123 y s.; MÜNZBERG, *Verhalten und Erfolg*, 1966, p. 161; NOWAKOWSKI, *JZ*, 1958, pp. 335 y ss., 338 y ss.; del mismo en *Wiener Komm.*, entrega 13, 1982, antes del parágrafo 2, número marginal 11; OTTO, *Grundkurs, Strafrecht, Allg. Strafrechtslehre*, 2.ª ed., 1982, p. 49; ROXIN, *ZStW*, 74, 1962, pp. 529 y s.; SCHONKE, SCHRÖDER y LENCKNER, *StGB*, 22.ª ed., 1985, antes del parágrafo 13, número marginal 33; E. A. WOLF, *Der Handlungsbegriff*, 1964, pp. 13 y s. Por lo que se refiere al problema correspondiente del concepto de omisión de una acción final, cfr. SCHÖNE, *JZ*, pp. 77 y 150; STRUENSEE, *JZ*, 1977, p. 217.

I. LA PRETENSION DE LA DOCTRINA DE LA ACCION FINAL

El análisis estructural de la acción respecto a las tareas y efectos de las normas de comportamiento constituye el fundamento de una doctrina del injusto personal: «La estructura final del comportamiento humano es, sin más, constitutiva para las normas jurídico-penales. Las normas jurídicas son prohibiciones o mandatos del Derecho no aplicables a procesos causables ciegos, sino sólo a acciones que puedan configurar el futuro activamente. Las normas sólo pueden exigir o prohibir el comportamiento futuro» (8). O: «Quien quiera establecer normas del actuar humano presupone la estructura óptica del actuar humano» (9). Sería absurdo prohibirle al Rin desbordarse, o al camión que no atropelle a los peatones (10).

Si el elemento estructural esencial reside en la finalidad de la acción (movimiento corporal), se deduce necesariamente que las normas, como los juicios de valor sobre infracciones de las normas, sólo pueden tener como objeto actos finales. «La acción es, al mismo tiempo, la materia con que se forman los tipos de injusto» (11). De ahí resulta, respecto al contenido de la norma, que las acciones prohibidas o exigidas deben describirse conforme a su finalidad; portador del juicio de disvalor que recae sobre la acción contraria a norma sólo puede serlo el acto con, y a causa de, su finalidad de contenido determinado (12).

La novedad de esta tesis no residía tanto en poner de relieve la estructura final del comportamiento humano. Con ella, como decía Welzel (13), no se aportó tanto un descubrimiento como, «en el mejor de los casos, un redescubrimiento». Nuevas fueron las consecuencias que Welzel extrajo de la finalidad del comportamiento humano para la comprensión del injusto. Se ha dicho, por ello, con razón, que la doctrina de la acción final es, en realidad, una «doctrina final del injusto» (14). El valor, aunque también su problemática, de esta doctrina del injusto reside en la pretensión de formular presupuestos de validez general sobre el contenido de las normas de comportamiento y de su infracción que abarquen a todas las formas del delito y, con ello,

(8) WELZEL, *Das neue Bild des Strafrechtssystems*, 4.ª ed., 1961, pp. 4 y s.; del mismo, *Das Deutsches Strafrecht*, 11.ª ed., 1969, p. 37.

(9) WELZEL, *Aktuelle Strafrechtsprobleme*, 1953, p. 4. Cfr. también JAKOBS, *Welzel-Festschrift*, 1974, p. 307: «A la norma se incorporan las reglas del ámbito en que ha de tener eficacia».

(10) ARMIN KAUFMANN, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, 1954, p. 106.

(11) ARMIN KAUFMANN, *Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert*, 1982, p. 33.

(12) GALLAS, *ZStW*, 67, 1955, p. 38; del mismo, *Bockelmann-Festschrift*, 1979, p. 158; ARMIN KAUFMANN, *Normentheorie*, pp. 106 y s.; ZIELINSKI, *Handlungs- und Erfolgswert*, 1973, pp. 126 y ss.

(13) *Um die finale Handlungslehre*, 1949, p. 7, nota 9.

(14) BAUMANN y WEBER, *Strafrecht*, parte general, p. 206; HIRSCH, *ZStW*, 93, 1981, pp. 844 y ss.; ARMIN KAUFMANN, *Welzel-Festschrift*, 1974, p. 395; MEZGER, *LK*, volumen 1.º, 8.ª ed., 1957, p. 7; ROXIN, *ZStW*, 74, 1962, pp. 548 y s.; SUÁREZ MONTES, *Welzel-Festschrift*, p. 380; ZIELINSKI, *Handlungs- und Erfolgswert*, pp. 81 y *passim*.

tras la prevalencia asistemática de un injusto puramente orientado al resultado, establecer de nuevo una teoría del injusto unitaria y sistemáticamente cerrada.

Con acento algo distinto, o sea, bajo la consideración de las valoraciones que subyacen a las normas de comportamiento y que están lógicamente presupuestas (15), también puede explicarse la conexión acabada de aludir con ayuda del par de conceptos «disvalor de acción» y «disvalor de resultado». El disvalor de acción es hoy —con independencia de que se acepte la doctrina final de la acción— reconocido ampliamente como parte esencial del injusto; encontrando ahí expresión la necesidad de una concepción unitaria del concepto de injusto. El concepto de disvalor-acción se deshace, por lo demás, precisamente cuando se intenta utilizarlo para la interpretación del injusto imprudente. Esto se expondrá detalladamente más adelante. Para caracterizar la posición de partida me remito a las palabras de Rudolphi (16), que en cuanto a claridad respecto a lo principal no deja nada que desear.

El disvalor de acción no puede concebirse sin referencia a un disvalor de hecho (*Sachverhaltsunwert*). «El valor del acto y el valor de hecho son entidades valorativas ciertamente independientes, a separar estrictamente entre sí; y, sin embargo, existe entre ellas una relación de dependencia en cuanto que un valor del acto sólo puede existir en la medida en que la persona persigue con su acción la realización de un valor de hecho» (17). «Esto significa para el disvalor de acción que sólo puede existir si la persona persigue con su comportamiento un disvalor de hecho» (18). Pues «un disvalor de acción sin la más mínima intención de un disvalor de hecho es impensable» (19). Y, finalmente, debe añadirse la consideración metódica según la cual esta relación entre el disvalor-resultado y el disvalor-acción es «previa al Derecho Penal» (20). Lo que significa que sólo hay un concepto unitario del disvalor de acción.

El disvalor de acción así caracterizado se encuentra en una relación con el disvalor-resultado o disvalor de hecho derivada lógicamente. Esta conexión se fundamenta en la finalidad de la acción y se expresa adecuadamente bajo el término «disvalor de intención» (21).

Con estas consideraciones se presenta brevemente el planteamiento metódico y el programa de la doctrina final de la acción desarrollada sobre todo por Welzel.

(15) Confróntese HORN, *Konkrete Gefährdungsdelikte*, 1973, pp. 65 y ss.; ARMIN KAUFMANN, *Normentheorie*, pp. 69 y ss.; del mismo, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, 1959, pp. 1 y ss.; Stratenwerth, *SchwZStr*, 79, 1963, pp. 233 y ss.; ZIELINSKI, *Handlungs- und Erfolgsunwert*, pp. 121 y ss.

(16) Maurach-Festschrift, 1972, pp. 51 y ss.

(17) *Obra cit.*, p. 55.

(18) *Obra cit.*, p. 55.

(19) *Obra cit.*, p. 56.

(20) *Obra cit.*, p. 58.

(21) Confróntese JAKOBS, parte general, 6-76; GALLAS, *Bockelmann-Festschrift*, pp. 57 y s. y 64 y s.; ZIELINSKI, *Handlungs- und Erfolgsunwert*, pp. 124 y ss.

El delito doloso se puede adaptar fácilmente al modelo de norma y acción esbozado de una manera que hoy apenas resulta seriamente discutida: la finalidad jurídicamente desaprobada respecto a su objeto de referencia reside en el dolo; la ejecución de la acción (movimiento corporal) con esta finalidad realiza el disvalor-acción (22). En el delito imprudente se presentan las cosas de otra manera. Puesto que el resultado típico que proporciona la ley no resulta claramente abarcado por la voluntad de acción, comienza, como ha dicho Arthur Kaufmann (23), modificando irónicamente las palabras de Binding, «la búsqueda de la finalidad en la imprudencia».

Antes de comprobar los cambiantes esfuerzos (24) de esta empresa, dentro del concepto de la doctrina final de la acción, adviértase que ello no sólo merece interés desde un determinado planteamiento teórico.

La ley no aporta mucho a la cuestión sobre qué acciones resultan prohibidas en el ámbito de la punibilidad por imprudencia; limitándose a describir el resultado típico y la exigencia de causación imprudente. Que con estos elementos el comportamiento prohibido resulta determinado legalmente en mucha menor medida que en el delito doloso es algo ampliamente compartido (25). El interés más urgente,

(22) JAKOBS (parte general, 6-76) pone de relieve, acertadamente, que entre la intención del sujeto y el disvalor de hecho se encuentra la ejecución de la acción (el movimiento corporal), que abandona la esfera psíquica del autor; denominando a tal aspecto del disvalor de acción «disvalor-objetivación». Nunca se puso en duda que, en contraste con el disvalor-resultado, el juicio de «disvalor-acción» (disvalor-acto, disvalor-intención) tiene por objeto el acto ejecutado, incluida su intención. El momento de ejecución objetiva está siempre incluido en el disvalor-acción, como se hará también en lo que sigue.

Incluir, además, acontecimientos o estados exteriores en el disvalor-acción, a contraponer al disvalor-resultado (así GALLAS, *Bockelmann-Festschrift*, pp. 155 y ss., y JESCHECK, *Lehrbuch*, pp. 19 y ss.), o apelar, complementariamente, a «cualidades secundarias», como perseverancia, minuciosidad, cuidado o semejantes sólo serviría, a los efectos que ahora interesan, para suavizar la agudez de la problemática. Pues aspectos valorativos complementarios no liberan de la tarea de demostrar el, también en un concepto tan amplio de disvalor-acción, imprescindible elemento básico del disvalor-intención en el injusto de la imprudencia. HIRSCH parte de conceptos distintos de disvalor-acción que, en el delito doloso, deberá abarcar el disvalor-resultado (*ZStW*, 93, 1981, pp. 859 y s., y *ZStW*, 94, 1984, pp. 251 y ss.), pero persigue con tal formación conceptual finalidades distintas a las de la presente investigación.

(23) *Das Schuldprinzip*, 1961, p. 166. Es, por lo demás, desconcertante, como en EXNER, *Das Wesen der Fahrlässigkeit*, 1910, seguir las dificultades e intentos de solución que provocó el dogma de la culpabilidad de voluntad en la interpretación de la imprudencia y que se reproducen en el desarrollo de la doctrina final de la acción.

(24) Confróntese sobre ello, detalladamente, a NOWAKOWSKI, *JZ*, 58, pp. 335 y ss. y 388 y ss.; LAMPE, *Das personale Unrecht*, pp. 80 y ss.; WEIDMANN, *GA*, 84, p. 408 y ss.

(25) BOCKELMANN, *Verkehrsstrafrechtliche Aufsätze, 1967, pp. 208 y ss.; zu Dohna, Der Aufbau der Verbrechenlehre*, 4.ª ed., 1950, p. 54 («en la imprudencia remite in toto al Derecho no escrito»); HAFT, *Strafrecht*, parte general, pp. 150 y ss.; JESCHECK, *Lehrbuch*, p. 457; ARMIN KAUFMANN, *ZfR*, 64, p. 46; del mismo, *Welzel-Festschrift*, p. 408; LENCKNER, *Engisch-Festschrift*, 1969, pp. 501 y s.; Schöne, *JZ*, 77, p. 153; SCHÜNEMANN, *JA*, 75, p. 149; STRATENWERTH, *Strafrecht*, I, parte general, número marginal 1101; WEIDMANN, *GA*, 84, pp. 420 y ss.; WELZEL, *Deutsches Strafrecht*, p. 131; del mismo, *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte*, 1961, pp. 14 y ss.; WESSELS, *Strafrecht*, parte general,

tanto práctica como teóricamente, de la dogmática de la imprudencia proporciona, por tanto, la tarea de encontrar criterios para una descripción más precisa del comportamiento prohibido, es decir, de buscar la tipificación del injusto no aportada de manera suficiente por la ley a la hora de aplicar el Derecho en el caso concreto. Está claro que para resolver adecuadamente esta tarea, y ya para formularla correctamente, resulta de importancia eminente asegurarse sobre su objeto. Hasta hoy la búsqueda de criterios de atribución restrictivos ha estado dirigida en lo fundamental por la insatisfacción frente a la teoría de la equivalencia; falta por clarificar la cuestión básica sobre qué se quiere marcar más contundentemente: procesos causales o acciones finales. Welzel, en su primera investigación (26) sobre la materia formuló ya la pregunta sobre si resultaba metódicamente acertado buscar una elección entre condiciones causalmente equivalentes, encontrando la respuesta, en aquel momento todavía no elaborada más ampliamente, de que la situación en la conexión de finalidad de la acción formaba el objeto de valoración decisivo.

II. LAS INTERPRETACIONES DEL INJUSTO DE LA IMPRUDENCIA REALIZADAS HASTA AHORA POR LA DOCTRINA DE LA ACCION FINAL

a) Welzel consideró al principio que, en el delito imprudente, la previsibilidad subjetiva del resultado pertenecía ya al tipo de injusto (27). De aquí llegó a una confusión —innecesaria, como demuestra el concepto de imprudencia de Jakobs y Stratenwerth— entre injusto y culpabilidad. La «finalidad potencial», la evitabilidad final de la lesión del bien jurídico causada, la sometió Niese, partidario él mismo de la doctrina de la acción final, a una crítica profunda que, en cualquier caso, fue decisiva para el delito de comisión imprudente: «La finalidad es una categoría del ser que o “es” o “no es”. Por eso la finalidad posible no es finalidad» (28).

b) Niese introdujo entonces —para aclarar «el problema especial de la acción imprudente en su relación con la finalidad» (29)— una distinción que dura hasta hoy. En el delito doloso el contenido del que-

16.ª ed., 1986, p. 194. De otra opinión JAKOBS, *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt*, 1972, p. 83; del mismo, suplemento de *ZStW*, 74, 1962, p. 21, n. 45: «Los tipos de imprudencia no son “más abiertos” que los tipos dolosos.» BOGNERT, *ZStW*, 94, 1982, pp. 68 y ss. y 74 y ss.; en contra SCHÖNE, *Gedächtnisschrift für Hilde Kaufmann*, 1986, pp. 656 y ss.; WEIDMANN, *ob. cit.*

Resulta indiscutible que la acción imprudente no puede describirse con más precisión desde la finalidad. De otra parte, es respecto a la parte subjetiva como se establece legalmente el presupuesto de que pertenece al dolo el conocimiento de las circunstancias del hecho (parágrafo 16, *StGB*). Por contra, de «cognoscibilidad» —objetiva o subjetiva—, como presupuesto de la imprudencia y de su determinación más precisa, no se habla para nada en la ley.

(26) *ZStW*, 51, 1931, pp. 706 y s. y 718 y ss.

(27) *ZStW*, 58, 1939, pp. 553 y ss. y 560 y ss.

(28) NIESE, *Finalität, Vorsats und Fahrlässigkeit*, 1951, p. 43.

(29) *Obra cit.*, p. 5.

rer de la acción abarca la producción del resultado típico y las restantes circunstancias fáctica que puedan darse. De ahí que caracterice Niese el dolo como «finalidad jurídicamente relevante» (30) que forma una parte del círculo de todas las acciones finales. Las acciones dolosas resultan desaprobadas jurídicamente y sometidas a pena precisamente por su contenido de voluntad (31). Por el contrario, según Niese, los tipos de imprudencia abarcan una «causación del resultado jurídicamente desaprobado a través de una acción no desaprobada en su finalidad»; es decir, que aquéllos abarcan acciones con «finalidad juridico-penalmente irrelevante» (32). Lo que significa que las acciones cuidadosas y las acciones descuidadas no se distinguen por su (descrita o no descrita) finalidad.

Sin notarlo, abandonó Niese el planteamiento metódico de la doctrina final de la acción. Sólo con otras palabras afirma precisamente lo que los críticos de la doctrina final de la acción le objetaron desde el principio: que el delito imprudente no se puede comprender con el concepto final de acción; se trata sólo de *que* se haya querido algo, *qué* se haya querido —el contenido de voluntad— no juega papel alguno. El objetivo de Niese finaliza, por tanto, con una capitulación plena del concepto de acción final frente a la imprudencia (33). Pese a ello, ve Niese el injusto del delito imprudente, no en la simple causación del resultado, sino en el «disvalor de acción que, aquí, no reside en una finalidad juridico-penalmente relevante en sí misma, en el dolo, sino en la infracción del deber objetivo de cuidado» (34).

c) Con esta consideración se generalizó un uso erróneo del concepto «disvalor de acción» en relación con la lesión objetiva del cuidado debido que ha durado hasta hoy (35). Como lesión del cuidado se designan presupuestos que deben añadirse al disvalor-resultado para constituir el injusto de la imprudencia. Con ello parece claro que tales circunstancias adicionales son las que determinan el disvalor de acción del delito imprudente. Así vio también Welzel la contrariedad a cuidado como la prueba de que incluso en el delito imprudente se da el disvalor de acción imprescindibles para fundamentar el injusto (36). En esa medida la cuestión de si la lesión objetiva del deber de cuidado que ha de añadirse a la «simple cuasalidad» entre la acción y el resultado se refiere precisamente al disvalor de acción depende decisivamente de la clase de circunstancias en las que se apre-

(30) *Obra cit.*, pp. 9 y 43 y ss.

(31) *Obra cit.*, p. 56; también, *JZ*, 56, p. 460.

(32) *Obra cit.*, p. 58; también, *JZ*, 56, p. 460.

(33) Confróntese JAKOBS, parte general, 9-8, n. 12: «Pues un dolo no referido al tipo no es otra cosa sino un acto arbitrario en el sentido de la doctrina causal de la acción...»; NOWAKOWSKI, *JZ*, 58, p. 337.

(34) NIESE, *Finalität*, p. 63.

(35) En la lesión del cuidado objetivo se ve, por lo general, el disvalor-acción del delito imprudente; cfr. SCHÖNKE, SCHRÖDER y CRAMER, *StGB*, parágrafo 15, número marginal 122, con amplias remisiones.

(36) WELZEL, *Deutsches Strafrecht*, p. 135; del mismo, *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte*, pp. 1 y ss., y *Das neue Bild des Strafrechtssystems*, 4.^a ed., 1961, pp. 9 y 30.

cie la contrariedad a cuidado. Si, por ejemplo, la infracción del cuidado de un automovilista que ha causado una colisión reside en que ha conducido con las cubiertas gastadas, con los frenos defectuosos o a una velocidad excesiva, tales circunstancias no forman parte por lo general de la representación actual del sujeto actuante. En la medida en que, sin embargo, la caracterización del comportamiento prohibido sólo tiene por objeto el mundo exterior del sujeto actuante, no aporta nada más que una especificación del resultado y de la causalidad que complementa la descripción legal. Agudamente subraya Nowakowski de tal lesión objetiva del cuidado (37): «...no se refiere al disvalor-acción ni al tipo subjetivo, sino al disvalor-resultado». Quien, no obstante, quiere considerar como disvalor de acción las circunstancias no descritas legalmente que han de completar la parte objetiva del injusto imprudente, deberá aclarar que está argumentando con un concepto de disvalor-acción que no tiene nada en común con el disvalor-intención exigido desde el planteamiento teórico de la doctrina final de la acción.

d) Debido a la crítica de Niese prescindió Welzel del recurso a la finalidad potencial buscando, en lo sucesivo, el disvalor-acción en el contenido volitivo real. Tomando, ciertamente, la fórmula de la finalidad jurídicamente indiferente; con lo que favoreció, así —realmente de manera no final—, «malentendidos inevitables». Welzel, sin embargo, nunca consideró irrelevante el contenido de voluntad en su totalidad, sino que atribuyó una función fundadora del injusto a *parte* del contenido de voluntad. Con modificaciones siempre renovadas, aunque también equívocas, fue preparada conceptualmente dicha parte y contrapuesta a la parte irrelevante. «Con la acción imprudente no se atiende de hecho a la meta, sino sólo a la forma y manera de dirigir y realizar la acción; éste es el momento de injusto decisivo en el delito imprudente...» (38). En lugar de la dirección y ejecución de la acción se habla, también en el mismo sentido, de «elección de los medios» y «empleo de los medios» (39).

La separación de la finalidad referida a la meta de la finalidad referida a la ejecución de la acción y a los medios, sin embargo, no es adecuada para delimitar la finalidad relevante para el injusto. Pues la distinción entre meta y medio sólo es posible respecto a una descripción de la meta de la acción incriminada establecida legalmente o de cualquier otra forma, lo que falta en la imprudencia. Por lo demás la distinción es relativa. Al atravesar una curva sin visibilidad por la izquierda se puede ver la meta en llegar puntualmente a una cita (que, a su vez, sirve como medio para ulteriores metas) y el medio en conducir. O la meta reside en un adelantamiento más rápido y el medio en el recorte de la curva. De la misma manera, sin embargo, puede considerarse el recorte de la curva como meta, y la dirección del auto hacia la parte izquierda de la calzada como el medio. O se puede ver la

(37) JZ, 58, p. 390.

(38) WELZEL, *Deutsches Strafrecht*, p. 131.

(39) WELZEL, *JuS*, 66, p. 424.

modificación de la posición de las ruedas delanteras como meta y la correspondiente modificación de la posición del volante como medio, etc. La finalidad referida a los medios no es una clase especial de estructura final, ni siquiera un simple fragmento del conjunto total de la estructura final de la acción (40); no pudiendo, por tanto, cubrir el ámbito de la finalidad relevante para la imprudencia.

e) A diferencia de Welzel busca Armin Kaufmann la relevancia del contenido de voluntad no en una parte estructuralmente limitada de la conexión final, sino que aclara de forma totalmente general que la imprudencia comisiva gira «en torno a acciones queridas en las que precisamente el contenido de voluntad es jurídicamente relevante» (41). Explicándolo con el ejemplo de un automovilista que ha desplazado su automóvil al carril contrario por medio de un potente frenazo: aunque de esa manera se haya producido el mismo accidente que se habría producido con una maniobra de adelantamiento nadie pregunta por la contrariedad a cuidado del adelantamiento, sino sólo por la de un acto final; aquí, por ejemplo, el de frenar (42). Con esta reflexión se da un paso esencial y directamente aclaratorio para superar la supuesta irrelevancia del contenido de voluntad: las reglas de cuidado sobre adelantamientos tienen validez sólo respecto a adelantamientos queridos, las reglas sobre frenazos sólo para frenazos queridos. Con ello se muestra que siempre se supone una finalidad con contenido determinado cuando se forman reglas de cuidado (43), pudiéndose designar a esta finalidad de contenido determinado también como finalidad jurídicamente relevante. No obstante, esta clase de relevancia no distingue todavía suficientemente a las acciones cuidadosas de las descuidadas. La finalidad jurídicamente relevante sólo forma, en el sentido de Kaufmann, un marco dentro del cual puede haber la contrariedad a cuidado; pero no es aún finalidad desaprobada jurídicamente, única que podría fundamentar el disvalor de acción del delito imprudente.

f) Jakobs parte de «que la determinación del contenido del acto volitivo no puede resultar directamente de la determinación de la meta sino sólo, indirectamente, a través de la propiedad de la falta de cuidado» (44). Ciertamente es «la finalidad de la ejecución de la acción y de aquellas consecuencias de la ejecución de la acción... que, al mismo tiempo, son condiciones del resultado a evitar mediante el cuidado» la portadora de la propiedad «contrariedad a cuidado» (45). Pero esta finalidad, en sí misma, no es finalidad jurídicamente desaprobada sino que sólo forma, junto con otras propiedades del sujeto, lo que uni-

(40) Así, sin embargo, la objeción de ARTHUR KAUFMANN (*Jus*, 67, p. 149) contra Welzel.

(41) *ZfR*, 64, p. 46; del mismo, *Welzel-Festschrift*, pp. 409 y ss.

(42) *Welzel-Festschrift*, p. 410.

(43) También JESCHECK (*Lehrbuch*, p. 176) reconoce que el «contenido de voluntad puede ser determinante para la medida de la contrariedad a cuidado».

(44) *Studien*, p. 74.

(45) *Obra cit.*, pp. 74 y s.

do a la base de voluntad actual constituyen la cognoscibilidad individual de las consecuencias de la acción, el hecho negativamente valorado «contrariedad a cuidado». La falta de cuidado es, según esto, no una propiedad que afecte sólo a la finalidad de la acción, es decir, al proyecto, sino una propiedad que afecta al sujeto («cognoscibilidad individual»); la cognoscibilidad individual sólo describe las condiciones residentes en el sujeto para que no se produzcan acciones, pero no puede describir las acciones que no deben producirse. El objeto de la norma del delito imprudente muestra, así, una estructura distinta que el objeto de la norma del delito doloso (47).

g) Tampoco las recientes consideraciones de Hirsch sobre la relación de finalidad e imprudencia allanan el camino hacia la finalidad jurídicamente desaprobada. Acertadamente parte Hirsch de que la finalidad de la acción imprudente se relaciona «con un acontecimiento previo al resultado» (48); sin embargo, llega a la conclusión de «que respecto a la valoración jurídica, aquí, a diferencia de lo que ocurre en el delito doloso, no sólo interesa la voluntad de acción sino que, junto a ello, juega un papel esencial precisamente la previsibilidad de un resultado no final» (49). La previsibilidad (objetiva) es designada como una «*propiedad de la acción*» no abarcada por la finalidad de la acción (50), sobre cuya relación con el contenido de voluntad sólo se conoce en la medida en que «debe ser valorada en atención al hacer voluntario dado» (51). También aquí, por tanto, queda abierta la posibilidad de que acciones con el mismo contenido de voluntad puedan ser cuidadosas o contrarias a cuidado según que manifiesten la «propiedad» adicional de la previsibilidad objetiva, cuyo fundamento de valoración no lo forma solamente el contenido de voluntad.

h) El planteamiento más consecuente se encuentra en Zielinski (52). El es el primero en construir el disvalor de acción de la imprudencia sobre el disvalor de la meta perseguida. Si la pretensión metódica de la doctrina final de la acción no ha de fracasar ante el delito de imprudencia (inconsciente), es éste el paso necesario y únicamente consecuente.

Zielinski parte de que las normas de cuidado, como reglas generales, abarcan comportamientos peligrosos, típicos o abstractos, como atravesar finalmente un cruce en rojo (53). Esta exigencia de peligro-

(47) El conocimiento de la causación del resultado típico (dolo) no es un supuesto de la cognoscibilidad individual (=error del tipo evitable=dolo potencial). El conocimiento es actualidad, la cognoscibilidad es la ausencia del conocimiento actual respecto a un objeto; cfr. sobre esto SCHÖNE, *JZ*, 77, pp. 154 y s.; conocimiento y cognoscibilidad, por tanto, tampoco caen bajo un concepto superior común como el de «dirigibilidad» o «evitabilidad» (así, sin embargo, JAKOBS, *Studien*, pp. 34 y ss. y 47; del mismo, *Welzel-Festschrift*, pp. 314 y ss., y parte general, 6-27 y 9-4).

(48) *ZStW*, 93, 1983, p. 857.

(49) *Obra cit.*, p. 859.

(50) *Obra cit.*, p. 860.

(51) *Obra cit.*, p. 858.

(52) *Handlungs- und Erfolgswert*, pp. 152 y ss.

(53) *Obra cit.*, pp. 171 y ss.

sidad situacional se puede describir de manera que el sujeto actuante no ha tomado medida adicional alguna para eludir la peligrosidad. De contrariedad a cuidado actúa, de esta manera, quien cruza en rojo sin tomar conciencia del tráfico existente, quien arroja tejas desde el tejado sin cerrar el paso peatonal, quien opera sin desinfectar los instrumentos, etc. Remitiéndose a formulaciones lingüísticas, denomina Zielinski a la falta de medidas de cuidado la *ohne-zu-Komponente*, en que se recoge la peligrosidad situacional de las acciones abstractamente peligrosas. Pero, puesto que sólo la concreta peligrosidad para el objeto del bien jurídico constituye el específico contenido de injusto de los delitos imprudentes, le corresponde a la *ohne-zu-Komponente* la función realmente fundamentadora del injusto (54). Por otra parte, Zielinski no quiere considerar dogmáticamente a la *ohne-zu-Komponente* como la descripción de una acción sino que la entiende como el denominado elemento del deber jurídico (55), que no necesita situarse en la conexión final. De esta manera quiere Zielinski formular normas generales desde la finalidad de la acción, lo que sólo se consigue, según él, respecto de acciones abstractamente peligrosas. Las normas, al mismo tiempo, sin embargo, sólo han de prohibir acciones de peligro concreto.

El elemento del deber jurídico de la *ohne-zu-Komponente*, donde Krümpelmann ve una de las «aportaciones más fructíferas de la nueva dogmática de la imprudencia» (56), me parece a mí, por el contrario, que invalida una de las aportaciones más fructíferas de Zielinski. Considerado desde el problema de partida, fundamentar el disvalor de acción del delito imprudente sobre el disvalor de la meta perseguida (57), la construcción de Zielinski del disvalor de acción no lleva a feliz término. Pues, de una parte, la *ohne-zu-Komponente* ha de asumir la función auténticamente fundamentadora del injusto, y, de otra, debe permanecer fuera de la conexión final (58). No obstante, sigue siendo mérito de Zielinski haber formulado por primera vez, de una forma dogmáticamente precisa, la meta teórica que él cree haber alcanzado ya: «Tampoco el delito de imprudencia inconsciente es otra cosa que un delito doloso no descrito típicamente» (59).

i) La valoración crítica de las interpretaciones del delito imprudente sobre la base de la concepción final de la acción proporciona la prueba sobre la afirmación realizada al principio (*B* antes de *D*) de que hasta ahora no ha sido posible mostrar la identidad, a postular consecuentemente, de la estructura de la parte subjetiva del injusto del delito doloso y el delito imprudente. A continuación, por tanto, habrá de probarse si la pretensión de la doctrina final de la acción de cons-

(54) *Obra cit.*, p. 174.

(55) *Obra cit.*, pp. 179 y ss.

(56) *Bockelmann-Festschrift*, p. 446.

(57) ZIELINSKI, *Handlungs- und Erfolgswert*, p. 154.

(58) De esta manera, pues, no parece un simple *lapsus linguae* que ZIELINSKI hable ulteriormente de «acciones jurídicamente neutras en su finalidad» (*ob. cit.*, p. 182).

(59) *Obra cit.*, p. 191; en lo sustancial, también WEIDEMANN, *GA*, 84, pp. 423 y ss.

tituir una interpretación monista del injusto es sostenible en sus consecuencias teóricas y prácticas.

C) LOS EFECTOS DE UNA DOCTRINA PERSONAL DE LA ACCIÓN CONSECUENTE SOBRE EL DELITO IMPRUDENTE

I. LAS CONSECUENCIAS DOGMATICAS

Punto de partida de las siguientes reflexiones es el simple hecho de que, en el caso del delito imprudente, la finalidad del agente no abarca el resultado típicamente reflejado en la ley. En esta «conexión» reside, como con razón dice Stratenwerth, «precisamente el punto de partida para una concepción del delito imprudente dogmáticamente adecuada» (60). Sólo queda extraer las consecuencias correctas.

a) *El concepto de disvalor-hecho (Sachverhaltsunwert) del delito imprudente*

Mientras que la opinión dominante, debido a la ausencia de una relación intencional entre la acción y el resultado, niega la relevancia jurídica del contenido de voluntad, resulta del postulado disvalor de intención la negación opuesta: el resultado típico no puede contener aquel disvalor de hecho que subyace al disvalor de invención de la acción imprudente, sin que pueda ayudar siquiera la forma metafórica de hablar sobre el «resultado imprudentemente perseguido» (61). Si se quiere mantener la exigencia de un disvalor de acción unitariamente estructurado, deberá prepararse otro hecho disvalorado con el que se relacione la finalidad de la acción descuidada. Si esto es posible, resultará que el delito imprudente se distingue del delito doloso no sólo en el disvalor de acción, sino también en el disvalor de hecho que fundamenta aquel disvalor. El resultado legalmente descrito se encuentra, respecto a la fundamentación del injusto, a mayor distancia que en el delito doloso (62), puesto que entre él (el resultado típico) y el disvalor de acción se encuentra el otro disvalor de hecho buscado, que aparece como motivo del supuesto legislador (63) y debe proporcionar la descripción, ausente, del disvalor de acción y de hecho del delito imprudente.

El hecho buscado consiste en una determinada constelación de circunstancias objetivas que resultan negativamente valoradas porque el ordenamiento jurídico conecta a ellas la prognosis de una posible lesión del bien jurídico (causación del resultado típico) prohibiendo, por tanto, la producción final de tal constelación. La posibilidad del resul-

(60) *SchwZtStr*, 81, 1965, p. 205.

(61) RUDOLPHI, *Maurach-Festschrift*, pp. 60 y 65.

(62) ARMIN KAUFMANN, *Welzel-Festschrift*, p. 411, n. 50.

(63) ATMIN KAUFMANN, *ob. cit.*, p. 409.

tado, en sí misma, no es, por lo demás, elemento de la descripción conceptual (contenido conceptual), sino que permanece como motivo para la formación de los factores que ocasionan el resultado. En esta construcción reside el problema axiológico de la imprudencia, un problema que no se puede resolver mediante un cálculo de probabilidades: «Está "a priori" excluido transformar consideraciones axiológicas en prognosis intelectuales de hecho» (64).

La formación de descripciones conceptuales de hechos disvalorados afecta a un ámbito de tareas donde los esfuerzos para determinar la falta objetiva de cuidado y la doctrina de la atribución objetiva, especialmente bajo los términos «riesgo permitido, no permitido» o «peligro intolerable», ya han proporcionado resultados muy valiosos. Por lo demás, sus fundamentaciones y resultados aparecen como un conglomerado de elementos objetivos y subjetivos que necesitan de una revisión dogmática y, al menos, una diferencia teórica.

Ya el hecho de limitar el *concepto* del buscado disvalor de hecho a las circunstancias conocidas en el momento de actuar, o cognoscibles para cualquiera, carece de fundamento. Pues la cuestión de qué acumulación de factores ocasionantes del resultado supera el límite de la tolerancia, o sea, forma un síndrome de riesgo, puede plantearse y resolverse, sin más, en atención a cualquier elección (65) de condiciones en el sentido de cualquier ley causal. El concepto definitivo abarca una parte de factores puramente objetivos de una relación conforme a una ley natural entre la acción y el resultado. Y es independiente de «si el sujeto actuante o cualquier persona reconoce el peligro y, por tanto, independiente de si el sujeto actuante o cualquier persona tiene o no por segura la producción de un acontecimiento» (66). Pues el objeto debe constatarse con independencia de su conocimiento (o de la cognoscibilidad objetiva o individual). Las directrices decisivas para construir las normas de cuidado particulares deberán establecerse, por tanto, como en el delito doloso, indirectamente, mediante la descripción de hecho objetivos. Una vez establecidas, se tiene ya el objeto de referencia de la finalidad jurídicamente desaprobada, y al intérprete del Derecho no le queda más que subsumir el caso concreto, de donde resulta si se ha actuado descuidadamente o no. Como ya se ha señalado frecuentemente, no se encuentran —o no se encuentran fácilmente— los conceptos de síndrome de riesgo suficien-

(64) ARMIN KAUFMANN, *ZfR*, 64, p. 49; cfr. también RUDOLPH, *SK*, antes del párrafo 1, número marginal 55.

(65) El mismo criterio de la elección no es ni contenido del concepto de disvalor de hecho (síndrome de riesgo) que se busca, ni proporciona la medida de valor para decidir la cuestión sobre si lo elegido es suficientemente peligroso. Incluso la pronosticabilidad del resultado es criterio de la elección, y afecta al proceso de la formación conceptual, no al contenido de él.

(66) Así, acertadamente, SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht*, parte general, 2.^a ed., 1975, pp. 8-33. En contradicción con esto, sin embargo, se dice en obra citada: «La constatación del peligro está, así, relacionada con el momento de actuar...» También, del mismo, *Studienbuch*, 2.^a ed., 1984, pp. 5-42. El juicio *ex ante* es sinónimo del carácter decisivo del conocimiento o desconocimiento.

temente elaborados y especializados que se buscan. La subsunción presupone, por tanto, necesariamente, la labor conceptual. Puesto que la elaboración de conceptos de disvalor de hecho, la formación del tipo, tiene que fundamentarse, se mezclan en esta tarea —de manera prácticamente inevitable— dos aspectos que teóricamente deben mantenerse estrictamente separados: el concepto formado, como producto independiente que ha de analizarse y el proceso de su elaboración, de modo cuasi legislativo.

La construcción conceptual es necesaria, sin embargo, sólo en la medida en que permita valorar el correspondiente caso particular. Para ello interviene aquí un prácticamente necesario y metodológicamente permitido «trasladar de aquí para allá la atención entre la premisa mayor y el hecho de la vida» (67) que ahorra construcciones superfluas. A la acumulación del concepto con los motivos de su formación se añade, pues, el engranaje de dos pasos distintos en lo fundamental: la formación de la norma y su aplicación al caso concreto.

La interdependencia de estos problemas no se puede resolver, pero sí aclarar. A ello se dedicará el análisis del procedimiento práctico en la formación de normas de cuidado que sigue, respecto al cual, y en relación con el objetivo de la investigación, se dirigirá la atención especialmente al papel de la finalidad de la acción y las implicaciones dogmáticas relacionadas con ella.

b) *El papel de la finalidad en la formación del tipo*

La elaboración de un disvalor de hecho propio en el delito imprudente parece primariamente pensada para poder constatar la realización del tipo objetivo y, sólo en segunda línea, para poder constatar el objeto de la finalidad. Sobre la primera cuestión gira una parte de la discusión que se orienta bajo la denominación conjunta de atribución objetiva; la segunda cuestión, como se expuso, no ha sido planteada hasta ahora ni siquiera por el finalismo.

Aunque se hace valer, precisamente, como una evidencia incuestionable, ordenar el «riesgo permitido» y su realización en el tipo objetivo, resulta ello dudoso. En primer lugar es cuestionable si a la producción del resultado típico que, según el Derecho positivo, es presupuesto de la punibilidad, resulta necesario añadir la constatación, además, de las circunstancias de un síndrome de riesgos. Pues a toda producción del resultado precede, necesariamente, una situación que incluye en sí misma la posibilidad (peligro) de la causación del resultado (68). Si estos peligros intermedios o riesgos fuesen intolerables, re-

(67) ENGISCH, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, 3.^a ed., 1963, p. 15.

(68) ARZT y WEBER, *Strafrecht*, parte especial, entrega segunda, 1983, número marginal 77; BAUMANN y WEBER, *Strafrecht*, parte general, p. 229, n. 43; DEMUTH, *VOR*, 73, pp. 445 y s.; del mismo, *Der normative Gefahrbegriff*, 1980, pp. 82 y ss.; HORHN, *Konkrete Gefährungsdelikte*, pp. 51 y ss.; del mismo, *SK*, antes del párrafo 306, número marginal 5; LACKNER, *StGB*, párrafo 315c, anotación 5 a); MAURACH y SCHRÖDER, *Strafrecht*, Parte Especial, 6.^a ed., 1981, p. 7; SCHÖNKE, SCHRÖD y CRAMER, *StGB*, 19.^a ed., 1978, antes del párrafo 306, número marginal 13 y s.; SCHRÖDER, *ZStW*, 81,

sultaría ya también realizado, siempre, el tipo objetivo con la causación del resultado (69). Pero esta cuestión no necesita ser decidida; pues resulta prácticamente superada en la medida en que, unánimemente, la práctica totalidad de la doctrina dominante, en Derecho penal (70) y en Derecho civil (71) —por lo demás de forma teóricamen-

1969, p. 12; SCHÜNEMANN, *JA*, 75, p. 749; SPENDEN, *Stock-Festschrift*, 1966, p. 104. No de otra manera WOLTER, *Objektive und personale Zurechnung*, 1981, pp. 224 y 233 y s., que distingue la presencia del peligro de su atribución «objetiva».

(69) Con ello se presupone la distinción entre los momentos que especifican más precisamente el resultado o la lesión del bien jurídico y aquellos que se refieren a los eslabones intermedios del nexo causal entre la acción y el resultado. El concepto de riesgo —el permitido o el no permitido— se debería reservar para aquellas delimitaciones típicas del proceso causal que resultan de tener en cuenta lo limitado de la capacidad humana de conocer y pronosticar. Entonces no se contarían dentro de la problemática del riesgo los erróneamente tratados como «disminución de riesgo» (cfr. RUDOLPHI, *SK*, antes del parágrafo 1, número marginal 58, con remisiones) impedir el resultado o disminuirlo (acertadamente, PUPPE, *ZStW*, 92, 1980, pp. 883 y ss.; de la misma, *ZStW*, 95, 1983, p. 282; ARMIN KAUFMANN, *Jescheck-Festschrift*, pp. 254 y ss.), incluso el consentimiento en la lesión o peligro ajenos excluyente de la tipicidad (cfr. sobre ello ROXIN, *Gallas-Festschrift*, 1973, pp. 250 y ss.) y la autolesión autorresponsable. En qué medida también la autopuesta en peligro bajo la propia responsabilidad delimita ya el concepto de resultado, y no sólo el proceso causal, depende de que excluya la punibilidad sin atender al saber del autor; cfr. sobre ello el texto en lo que sigue.

(70) BOCKELMANN, *Strafrecht*, parte general, p. 68; BURGSTALLER, *Das Fahrlässigkeit im Strafrecht*, 1974, pp. 38 y 65 y s.; del mismo en *Wiener Kommentar*, entrega segunda, 1979, parágrafo 6, número marginal 36 y 55; ENGISCH, *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, 1931, pp. 55 y s.; del mismo, *DJT-Festschrift*, pp. 428 y s.; P. FRISCH, *Das Fahrlässigkeitsdelikt und das Verhalten des Verletzten*, 1973, p. 89; W. FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, 1983, pp. 132 y ss., 160 y 489; HAFT, *Strafrecht*, parte general, p. 155; HIRSCH, *LK*, 10.ª ed., 1981, parágrafo 230, número marginal 6; del mismo, *ZStW*, 94, 1982, p. 274; HONIG, *Frank-Festgabe*, vol. I, 1930 (reedición, 1969), pp. 183 y ss.; JAKOBS, parte general, 7-32, n. 52 y 7-49; del mismo, *Studien*, pp. 55 y s.; JESCHECK, *Lehrbuch*, pp. 230 y 468 y ss.; ARMIN KAUFMANN, *Jescheck-Festschrift*, p. 260; MAURACH y ZIFF, *Strafrecht*, parte general, 1, parágrafo 18, número marginal 33; MAURACH y GÖSEL, *Strafrecht*, parte general, 2, parágrafo 43, número marginal 13; ROXIN, *Honig-Festschrift*, p. 147; RUDOLPHI, *SK*, antes del parágrafo 1, número marginal 54 y s.; F. C. SCHRÖEDER, *LK*, 10.ª ed., 1985, parágrafo 16, número marginal 28; SCHMOLLER, *ÖJZ*, 82, p. 453, n. 58; SCHÖNKE, SCHRÖDER y CRAMER, *StGB*, parágrafo 15, número marginal 139 y ss.; SCHÖNKE, SCHRÖDER y LENCKNER, *StGB*, antes del parágrafo 13, número marginal 87 y 93; STRATENWERTH, I, parte general, número marginal 222 y s. y 1098; WALDER, *SchwZStr*, 93, 1977, p. 146; WELZEL, *Deutsches Strafrecht*, p. 132; WESSLS, *Strafrecht*, parte general, pp. 53 y 57; WOLTER, *GA*, 77, pp. 269, 272 y 274. Tampoco BAUMANN, WEBER, *Strafrecht*, parte general, pp. 224 y ss., pueden evitar, pese al rechazo en lo fundamental de la teoría de la adecuación, en casos excepcionales «de total improbabilidad de la causalidad», tomar «un préstamo de la teoría de la adecuación», de donde extraer un «momento subjetivo» (cfr. el ejemplo de la p. 226, n. 33).

(71) BGH, *Z*, 3, pp. 261 y 266 y s.; DEUTSCH, *Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt*, 1963, pp. 126 y ss.; ESSER y SCHMIDT, *Schuldrecht*, vol. I, parte general, 6.ª ed., 1984, p. 529; HUBER, «Verschulden, Gefährdung und Adäquanz», en *Wahl-Festschrift*, 1973, pp. 332 y ss.; LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrecht*, vol. I, parte general, 13.ª ed., 1982, pp. 405 y ss. y 408; MÜNZBERG, *Verhalten und Erfolg als Grundlagen der Rechtswidrigkeit und Haftung*, 1966, pp. 150 y ss., 185 y s. y 256 y ss.; PALANDT y HEINRICH, *BGB*, 45.ª ed., 1986, prefacio al parágrafo 249, anotación 5 b) aa); SOERGEL, SIEBERT y SCHMIDT, *BGB*, 11.ª ed. (estado: otoño, 1967), parágrafo 249, número marginal 17; STAUDIGER y MEDICUS, *BGB*, 12.ª ed., 1983, parágrafo 249, número marginal 35; TRAEGER, *Der Kausalbegriff im Strafrecht und Zivilrecht*, 2.ª impresión, 1929, pp. 159 y ss.; WEITNAUER, «Zur Lehre von adäquaten Kausalzusammenhang. Versuch einer Ehrenrettung», en *Oftinger-Festschrift*, 1969, p. 338.

te infundada—, hace depender la autorización del riesgo y el riesgo mínimo no permitido apelando a la previsibilidad objetiva y adecuación desde el alcance del saber del autor. En los casos donde se consideran «saberres especiales» resulta esto claro. Con ello no se trata sólo de situaciones excepcionales que exijan la inclusión de elementos subjetivos en la base del juicio de riesgo. Más bien se trata —prescindiendo incluso del al principio señalado pasar por alto el *status* del factor de riesgo acción—, con el saber especial, de fundamentar la valoración, necesariamente, en el saber total del autor. Pues que el hecho reconocido por el «observador objetivo» se complete con el especialmente conocido, o que el conocido por el autor se añada a las circunstancias reconocibles objetivamente, resulta indiferente: la situación de riesgo a valorar nunca va más allá del ámbito de conocimiento del sujeto actuante.

De la relevancia del saber especial resulta, de otra parte, necesariamente, la relevancia del desconocimiento de aquellos factores de riesgo que pueden ser objeto del saber especial. Las implicaciones para el concepto y construcción del «riesgo no permitido» no han sido todavía pensadas hasta sus últimas consecuencias. A ellas remiten los ejemplos que siguen.

Así se ofrece, en primer lugar, un caso de la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal (BGH) que considera la «autopuesta en peligro libre y responsablemente aceptada» (72). El acusado consiguió tres jeringuillas con las que su amigo H (y él mismo) pudo inyectarse una mezcla de heroína que el propio H se preparó; la inyección produjo la muerte de H. El BGH desestimó la punibilidad del acusado por homicidio imprudente con la siguiente fundamentación: «Quien sólo provoca, hace posible o facilita el acto de autopuesta en peligro libre y responsablemente querida y efectuada (dolosa o imprudentemente), toma parte en un acontecimiento que —en la medida en que se cuestiona la punibilidad por homicidio, o lesiones— no constituye un hecho típico ni, por tanto, punible» (73).

Aunque esta decisión, por considerar la autopuesta en peligro libremente responsable de la víctima, es saludada como «un paso en la línea de la doctrina de la atribución objetiva» (74), contiene, en realidad, una limitación de importancia sistemática significativa, sólo marginalmente manifestada y apenas considerada. Es cierto que la fundamentación sugiere la impresión de que, con la autopuesta en peligro libremente responsable, falta ya un elemento del tipo objetivo del párrafo 222, *StGB*, precisamente el «resultado», como subraya el mismo BGH en este punto (75). Sin embargo, continúa el BGH, tras el párrafo arriba citado: «La punibilidad sólo puede comenzar allí donde el

(72) BGH, 32, p. 262.

(73) Lugar citado, p. 265.

(74) ROXIN, *NSIZ*, 84, p. 411; también FÜNFSINN, *StV*, 85, p. 57; KIENAPFEL, *JZ*, 84, pp. 751 y s.; SEIER, *JA*, 84, p. 533; H. W. SCHMIDT, *MDR*, 85, p. 1; STREE, *JuS*, 85, pp. 179 y 181; críticamente HORN, *JR*, 85, p. 513.

(75) BGH, 32, pp. 262 y 265.

mismo participe, debido a su conocimiento reflexivo de los hechos, comprende mejor el riesgo que quien se pone en peligro a sí mismo» (76). Según esto, no se opone a la responsabilidad del acusado la ausencia del resultado típico, pues el simple añadido del «conocimiento reflexivo de los hechos» sólo puede llevar a la punición allí donde ya se den las circunstancias objetivas (el «disvalor de hecho»).

Que el comportamiento del acusado «no es un acontecimiento típico» se sigue, por tanto, del desconocimiento de factores relevantes de riesgo objetivamente existentes, es decir, de la ausencia del disvalor de acción. La atribución del resultado fracasa, pues, no por la ausencia de circunstancias objetivas sino que sólo resulta delimitada por exigencias de la parte subjetiva del sujeto actuante.

Otros ejemplos de esta clase se pueden añadir a voluntad: la enfermera que pone de buena fe una inyección mortal preparada por el médico, no realiza el tipo del parágrafo 222, *StGB*, ya que estaba autorizada a confiar en la orden médica (77). La madre que sin saber nada da de comer a su hijo el alimento infantil envenenado a escondidas por su amigo, no infringe ningún deber de cuidado. Tampoco se comporta descuidadamente quien da a probar la bebida o los bombones destinados a él, sin saber que están envenenados. El cartero que sin saberlo entrega la carta-bomba, no comete un homicidio ni unas lesiones imprudentes. El ciclista que, para no tener que aparecer en rojo se agarra al poste del semáforo, ocasionado un accidente de circulación porque el poste, deteriorado en su base, cae sobre el cruce de la calzada, no actúa imprudentemente si desconocía el estado del poste. En todos estos casos no se realiza el tipo (ni la atribución del resultado) por la sencilla razón de que el sujeto actuante desconoce los factores de riesgo existentes.

En los ejemplos aludidos la autorización del riesgo resulta claramente de una consideración de lo limitado del saber del autor. La opinión dominante coloca (*steckt*) —u oculta (*versteckt*)— esta consideración en la elección *ex ante* de la base fáctica del juicio de riesgo. Estando obligada a ello por desconocer una categoría dogmáticamente independiente para lo subjetivo en el injusto imprudente (78).

En su lugar, el «observador objetivo» no sólo incorpora, como pa-

(76) Lugar citado, p. 265; también BGH, *StV*, 85, p. 56; BGH, *NStZ*, 85, p. 251; JÄHNKE, *LK*, 10.^a ed., 1981, parágrafo 222, número marginal 21.

(77) Confróntese BGH, 6, pp. 282 y 288 y s.

(78) Sorprendentemente obtiene también JAKOBS (*Strafrecht*, parte general, pp. 7-47 y ss.) el riesgo relevante aun con ayuda del punto de vista *ex ante* y del saber especial, pese a construir la cognoscibilidad individual, como tipo subjetivo del delito imprudente, sobre el «estado de conocimiento dado actualmente» (*Studien*, p. 85). Lo realmente defectuoso es la determinación del objeto del delito doloso por medio del juicio *ex ante* y el saber especial; así, sin embargo, implícitamente, todos aquellos que incluyen el juicio de adecuación sobre la «atribución objetiva» en el tipo objetivo del delito doloso (así, también: JAKOBS, *Strafrecht*, parte general, pp. 8-44, y W. FRISCH *Vorsatz und Risiko*, 1983, pp. 119 y ss., confrontar no obstante, también, las pp. 130, 134 y 138). De esta forma se confunden el conocimiento y la cognoscibilidad con su objeto, lo que JAKOBS, teóricamente, en otro lugar, acertadamente evita (*Strafrecht*, parte general, pp. 7-29).

liativo, el saber especial sino que también, en los casos de «imprevisibilidad objetiva» de los factores de riesgo relevantes, debe tener en cuenta el desconocimiento del sujeto actuante: ¡en el juicio *ex ante* considera de antemano el error sobre el tipo de imprudencia! Este privilegio de la ignorancia, como tipo de autorización de riesgos (79), pasa desapercibido porque el punto de vista *ante actum* separa sólo un momento estructural formal-temporal de la finalidad que predetermina la ejecución de la acción y el proceso causal, de manera que pierde de vista a la finalidad como verdadero objeto de la valoración.

La opinión general no dispone de una receta dogmáticamente fundada que permita elaborar la mixtura del juicio *ex ante*, o conforme a la cual poder analizar sus puntos esenciales. La consideración del saber especial y el, en ella implícito, reconocimiento de un error sobre el tipo de imprudencia, sin embargo, presupone una descripción típica, un presupuesto conceptual de aquellas circunstancias que, al menos, deben ser abarcadas por la finalidad de la acción (80). Pues

(79) Que existe un grado de riesgo moderado determinado de manera puramente objetiva afecta, en primer lugar, a la cuestión terminológica sobre qué círculo de aspectos limitativos de la tipicidad se incluye bajo esta expresión (véase *ut supra* la n. 68). Si se limita, como se sugirió antes, a la consideración de la restringida capacidad humana de conocimiento, se cuestionará, con posterioridad —si es posible y adecuado establecer—, además, una frontera entre circunstancias, en general, objetivamente, irreconocibles en lo fundamental, de una parte, y circunstancias sólo individualmente desconocidas, de otro. Lo que sería necesario si la incalculabilidad del rayo, de la caída del avión, el accidente de tráfico o el actuar posterior de un tercero condujeran siempre a un riesgo permitido. Sin embargo, también respecto a tales acontecimientos dispone el agente —dado el estado actual de la Meteorología, con la excepción, quizá, de la caída del rayo—, a veces, de informaciones especiales (cfr. BOCKELMANN, *Strafrecht*, parte general, p. 68; WESSELS, *Strafrecht*, parte general, 16.^a ed., p. 57); además, a veces, es la incalculabilidad, básica o accidentalmente, de los acontecimientos (por ejemplo, peligro de alud, cuarentena de los primeros astronautas) lo que motiva la prohibición.

(80) Sustancialmente, por lo demás, se aprecia la exigencia de un mínimo de intencionalidad que vaya más allá de la mera voluntariedad de la acción cuando se exige, por lo que se refiere a la cognoscibilidad individual del resultado —con independencia del lugar donde se la ordene—, un «motivo» para la utilización del poder cognoscitivo situado en el conocimiento actual del autor. Así, pone de relieve NOWAKOWSKI (*JZ*, 58, p. 389): «También de la imprudencia inconsciente se puede extraer un “disvalor de acción”, consistente en que la decisión de actuar fue tomada bajo circunstancias que contienen una referencia cualificada a la posibilidad de un... menoscabo para el bien jurídico.» SCHMIDHÄUSER exige la «vivencia actual de puntos de referencia suficientes», y habla de un «conocimiento parcial del hecho» (*Strafrecht*, parte general, 2.^a ed., pp. 10-100 y s.; *Studienbuch*, parte general, 2.^a ed., pp. 7-106, y *Schaffstein-Festschrift*, pp. 143 y s.). Según JAKOBS, «el estado actual de conocimiento» debe «permitir la conclusión sobre el peligro de lesión» (*Studien*, p. 85).

El defecto sistemático reside en que el círculo de circunstancias del hecho fundamentadoras del motivo no se puede delimitar (normativamente). De ahí que ni para la doctrina dominante ni para el sistema de JAKOBS (quien, desde su planteamiento, debe suponer el «motivo de evitación dominante» en cada acción) resulte posible determinar normativamente el actuar prohibido ya mediante una finalidad mínima, sustancialmente determinada. Que el ciclista que se apoya en el mástil del semáforo no «debe» conocer su deterioro, ni siquiera aunque puede reconocerlo sin más —motivo de evitación supuesto en cada acto (así, también, en lo sustancial F. C. SCHRÖEDER, *LK*, parágrafo 16, número marginal 138)— resulta de que las circunstancias actualmente conocidas no son valoradas como relevantes para el riesgo. La doctrina dominante y JAKOBS

si a los tipos de imprudencia debe quedarles, necesariamente, un ámbito de aplicación práctica, deberá constatarse la intención imprescindible mínima de factores relevantes de riesgo y, así, al mismo tiempo, especificarse aquel círculo de circunstancias cuyo desconocimiento resulta privilegiado como error sobre el tipo.

Este tipo subjetivo del delito imprudente, no tipificado legalmente o sólo en parte tipificado, en los delitos cualificados por el resultado, es la contrariedad a cuidado de la acción.

Sólo la doctrina del injusto personal, que exige una finalidad dirigida al disvalor de hecho objetivo, ofrece un concepto no forzado y teóricamente fundamentado para la inclusión de un tipo subjetivo. Sólo sobre esta base, entonces, se podrá aclarar también la inevitable, pero perceptible, superposición de los diferentes círculos de problemas en la comprobación de la contrariedad a cuidado. Puesto que el correspondiente concepto del disvalor de hecho decisivo debe ser, antes que nada, encontrado, y puesto que, además, la exigencia del disvalor del acto obliga a elaborar conceptos de disvalor que satisfaga la concreta finalidad del sujeto actuante, resulta adecuado incluir, desde el principio, en la formación del concepto, para el caso concreto, sólo circunstancias conocidas por el autor. En esta medida, el procedimiento práctico sobre la base del concepto final del injusto es (parcialmente [81]) idéntico a la práctica de la valoración *ex ante* dominante. Sin embargo, sólo el punto de vista de la elección desde la finalidad permite mostrar por qué la formación del tipo debe fundamentarse en un material cuya amplitud (conocimiento especial) y límite (error sobre el tipo de imprudencia) vengan marcados por el saber del autor.

Sobre el desconocimiento de esta relación descansa, también, la tesis sustentada recientemente por Herzberg, según la cual la delimitación entre el dolo y la imprudencia consciente debe verse como un «problema del tipo *objetivo* del delito doloso» (82). Sobre la base de las investigaciones de Frisch (83), observa una escala gradual de riesgos no permitidos que permiten ya una distinción en los tipos objetivos de los delitos de resultado, peligro e imprudencia, trasladando así la diferencia entre el dolo de lesión, el dolo de peligro y la imprudencia consciente a los objetos de referencia objetiva (84).

Esta frontera, sin embargo, no discurre de ninguna manera ya por el ámbito del tipo objetivo. Lo que se demuestra con el ejemplo que

resuelven su defecto sistemático, una vez más, mediante la —intrasistemáticamente defectuosa— consideración del saber especial y el juicio *ex ante* en el concepto de riesgo permitido.

(81) Sólo parcialmente; porque la consideración *ex ante*, por lo demás, amplía la base fáctica del juicio de riesgo, más allá del conocimiento del autor, hasta los factores objetivamente cognoscibles; véase, no obstante, *infra*, II a).

(82) HERZBERG, *JuS*, 86, pp. 249 y 259 y ss.

(83) W. FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, 1983.

(84) La frontera material de la imprudencia y el dolo ha de discurrir entre el actuar bajo el peligro «cubierto» y el peligro «no cubierto» (parte citada, pp. 254 y ss.), de manera que ni siquiera se realiza el tipo objetivo del delito doloso si el autor produce el resultado por medio de un peligro «cubierto» (*ob. cit.*, p. 253).

Herzberg introduce contra la consideración realizada por Armin Kaufmann acerca de la innecesariedad de criterios generales complementarios sobre la atribución de lo objetivo, que deban añadirse a la causalidad en el delito doloso (85): «Quien con golpes en la cabeza, deportivamente correctos, le ocasiona a su contrincante en el ring un derrame cerebral mortal, no realiza ni el tipo objetivo ni el subjetivo del párrafo 222, incluso si, maliciosamente, persiguió tal objetivo» (86). El reproche de que Kaufmann argumenta circularmente (87), se vuelve en contra como un bumerang: golpes en la cabeza al rival en el ring son «deportivamente correctos» en la medida en que el boxeador golpee con desconocimiento de la especial constitución de su contrincante, que provoca el derrame cerebral. En consecuencia, el tipo del delito doloso (y el del delito imprudente) no se realiza, precisamente, porque existe un error sobre el tipo (doloso e imprudente). La confusión resulta del desconocimiento de la intencionalidad: «El tipo subjetivo no es objetivo, porque ha de referirse al tipo objetivo» (88). O de otra forma: objeto del juicio de riesgo lo son, ciertamente, los factores representados *como* objetivos, pero precisamente sólo los representados, no los sin más siempre realizados objetivamente con la producción del resultado (89).

c) *Balance provisional*

El resultado de las investigaciones anteriores se puede resumir de la siguiente forma:

1) El tipo subjetivo del delito imprudente (la contrariedad a cuidado) consiste en el conocimiento por el sujeto actuante de una parte típicamente relevante de las condiciones del resultado de las que, según la valoración del ordenamiento jurídico, surge un peligro intolerable («riesgo no permitido»).

(85) ARMIN KAUFMANN, *Jescheck-Festschrift*, 1985, p. 251.

(86) HERZBERG, *JuS*, 86, p. 260, n. 48; también, *JR*, 86, p. 7.

(87) HERZBERG, *JR*, 86, p. 7.

(88) JAKOBS, *Strafrecht*, parte general, pp. 9-7, n. 10, al final.

(89) Con esta corrección dogmática no se dice nada en contra de lo adecuado de la idea fundamental de HERZBERG, de retrotraer el dolo y la imprudencia a grados distintos del «riesgo no permitido». Sólo que, con ello, se trata de una escala a colocar sobre la base fáctica *perseguida* del riesgo no permitido. Además, el principio no está pensado hasta sus últimas consecuencias: el escalonamiento de peligros en el ámbito de aplicación de una única ley causal resulta, cuantitativamente, conforme al número de condiciones que se presuponen para los distintos grados de peligro. El dolo se distingue, así, de la imprudencia consciente en que tiene por contenido más condiciones del resultado, más circunstancias básicas, en que se *sustantiviza* la prognosis subjetiva del resultado. Al revés, la imprudencia consciente, pese a tener por posible la producción del resultado, se manifiesta como un caso del error sobre el tipo excluyente del dolo, porque el autor no conoció factores de riesgo en el ámbito de relevancia para el dolo. La graduación del riesgo relevante para el dolo y para la imprudencia (así como la formación de algunos escalones intermedios tales como dolo de peligro y temeridad) es un problema axiológico; cfr. ARMIN KAUFMANN, *Jescheck-Festschrift*, p. 267, n. 31; también HERZBERG, *ob. cit.*, p. 255, pero de forma distinta, p. 254). Entre el dolo y la imprudencia no discurre, pues, ninguna frontera estructural.

2) La doctrina dominante considera el tipo subjetivo sin aludir a las consecuencias dogmáticas, en la medida en que basa la contrariedad a cuidado en un juicio *ex ante* y en el llamado conocimiento especial del autor. La consideración del saber especial se corresponde, como la cara opuesta, necesaria, con el error sobre el tipo de imprudencia que impide la punibilidad. Siendo ya considerado en la elección *ex ante* de la base del juicio y ocultándose, como ignorancia tolerada, bajo el ropaje del riesgo permitido.

3) El fundamento teórico del tipo subjetivo lo proporciona una doctrina del injusto personal consecuentemente desarrollada que resuelve el conglomerado del juicio *ex ante*, haciéndolo innecesario: la finalidad de la acción anticipa ya aquello que —como se ha mostrado— resulta necesario, y —como todavía se mostrará— constituye también objeto suficiente del juicio de valor.

II. LAS CONSECUENCIAS PRACTICAS: ¿FAVORECIMIENTO DEL DESCONOCIMIENTO Y DE LA DESATENCIÓN?

En lo que sigue deberán considerarse algunas objeciones que pueden surgir de la exigencia resultante, desde la doctrina de la acción final, sobre la finalidad dirigida al hecho objetivamente disvalorado. ¿No se hace retroceder la punibilidad por imprudencia de una forma político-criminalmente exagerada? ¿No se dirigen el significado y finalidad de las normas de cuidado precisamente a abarcar el actuar descuidado, falta de atención, con desconocimiento de las circunstancias relevantes de riesgo cognoscibles? ¿No resulta justamente temida la «resignación de la norma» (90) frente a la contingencia de lo individualmente conocido?

a) ¿Conocimiento del autor o circunstancias objetivamente cognoscibles como base del juicio de riesgo?

Antes de buscar una respuesta a las preguntas anteriores de manos de algunos ejemplos típicos o neurálgicos, deberá aclararse una vez más dónde reside la diferencia del planteamiento aquí seguido frente a la doctrina dominante. Mientras que la doctrina final de la acción sólo puede basar el juicio de contrariedad a cuidado sobre circunstancias (91) conocidas por el autor (92), reúne la posición asentada en un punto de vista *ex ante* su objeto de valoración no sólo conforme a la medida del saber del autor, sino que le añade, además, las

(90) SCHÜNEMANN, *Schaffstein-Festschrift*, 1975, p. 166.

(91) No se trata de la inclusión de otros factores de riesgo individualmente cognoscibles, ni de la cognoscibilidad individual del resultado típico; tampoco de la consideración de especiales capacidades de acción ni del conocimiento de reglas y leyes latente, pero no valorado como previsión actual.

(92) Este era, también, el punto de vista de VON KRIES, *Krit. Vierteljahresschrift für Philosophie*, año XII, 1888, pp. 228 y ss.

circunstancias cognoscibles para un observador objetivo. Se trata, por tanto, de una antigua diferencia, conocida en la historia de la teoría de la adecuación (93), y quizá sólo aparente. La cognoscibilidad objetiva de hechos adicionales puede comprenderse ya como producto de la aplicación de reglas de experiencia y leyes naturales al conocimiento del autor (94). Si, por contra, con la cognoscibilidad objetiva hubiese que suponer algo distinto, la necesidad de ampliar la base fáctica del observador objetivo no sería plausible. Si la figura-medida formada con el conocimiento nomológico óptimo no puede pronosticar un riesgo no permitido sobre la base de la situación conocida por el autor, entonces ningún hombre real será capaz de ello.

Ya estas reflexiones teóricas en el esquema lógico de la teoría de la adecuación aclaran que seguir el concepto de injusto personal no lleva consigo ninguna laguna en la punición. En qué escasa medida están fundamentados tales miedos de reducción motivados político-criminalmente lo muestra, complementariamente, una breve consideración metódica: la estructura final de la acción y la exigencia del disvalor-acción pueden limitar materialmente la creación de normas de cuidado en tan escasa medida como la exigencia del dolo puede impedirle al legislador la creación de nuevos tipos de lesión de la propiedad o daño patrimonial; aquéllas no proporcionan ni modifican medida alguna, sino que sólo predeterminan el material a normar.

La siguiente consideración de ejemplos sobre la posible modificación de los límites de la autorización del riesgo y sobre la llamada imprudencia de conocimiento ha de aclarar y confirmar las apreciaciones teóricas anteriores.

b) *¿Obligación de privilegiar el error?*

El desconocimiento de factores relevantes de riesgo conduce, si, por su parte, es relevante, a un error sobre el tipo de imprudencia: que sea relevante lo decide la formación del tipo, es decir, el conjunto de factores de riesgo determinantes que constituyen el disvalor de hecho. Como lo muestra el siguiente ejemplo del hemofílico.

En el caso del Tribunal del Reich (RG) 54, 349, el acusado alcanzó en la cabeza, con una piedra, al escolar G que se acercaba, ocasionándole una herida insignificante; puesto que G era hemofílico, murió el mismo día. Resulta incuestionable que una herida, en otro caso insignificante, respecto a un hemofílico constituye un hecho que representa un peligro concreto para su vida. Ahora bien, quien lesiona levemente a otro, sin conocer la enfermedad de la hemofilia, desconoce

(93) Confróntese ENGISCH, *Kausalität*, pp. 55 y s.; VON HIPPEL, *Deutsches Strafrecht*, II, 1930, p. 148.

(94) Así P. FRISCH, *Das Fahrlässigkeitsdelikt und das Verhalten des Verletzten*, p. 89. Incluso circunstancias que habría conocido el observador objetivo, en la situación del autor, en base a la percepción sensorial, atención, cuidado y examen, son resultado de la aplicación de reglas de experiencia en una situación de partida que proporciona el motivo para la observación, el cuidado, examen o semejantes.

precisamente la circunstancia que fundamenta el peligro para la vida y, con ello, el disvalor de hecho. Se trata, por tanto, de un error que excluye el disvalor-intención, es decir, de algo no contrario a cuidado en relación con la vida de otro. La conclusión se corresponde plenamente con una valoración ampliamente aceptada de este ejemplo (95). El RG, por lo demás, estimó en el caso de la hemofilia punibilidad por homicidio imprudente. La decisión distinta, encubierta, de la cuestión axiológica no estuvo prejuzgada por la exigencia de un disvalor de acción. Pero se basa en un disvalor de hecho distinto al que lleva, con la primera solución, a la del error sobre el tipo. Como síndrome de riesgo aparece, según el RG, únicamente la circunstancia de que se le ha producido a alguien una herida leve y, consecuentemente, tal lesión dolosa debe considerarse como contraria a cuidado respecto a la vida de otro. La relación con otras personas, por tanto, según la valoración del RG, está sometida genéricamente a exigencias igual de estrictas que aquellas a las que está sometido el comportamiento de quien conoce la hemofilia.

Otro ejemplo: el automovilista que —circulando por un lugar en que está autorizado hacerlo a la velocidad generalmente permitida— lesiona mortalmente a un niño porque, oculto entre los coches aparcados, saltó de pronto a la calzada —antes de poder detener el coche— no actúa, según la opinión general, descuidadamente (96), ya que desconoce el factor de riesgo decisivo. Si hubiese tenido un conocimiento positivo o hubiese percibido muestras de que hay niños corriendo entre los coches o jugando ocultos tras ellos, habría de valorarse la situación de otra forma. Por lo demás, la pregunta sobre la medida de las exigencias de cuidado es, también aquí, un problema normativo. Sería pensable considerar ya descuidado y prohibido conducir a la velocidad permitida en el centro de las ciudades cuando se sabe que se hace junto a automóviles aparcados u objetos que impiden mirar a los lados. Si así fuese, el disvalor de hecho y de acción se volvería a fundamentar mediante una parte de la realidad más pequeña y menos significativa para el peligro del bien jurídico.

Estos ejemplos muestran que la creación de normas de cuidado no resulta limitada por la exigencia de un disvalor de intención. Pero el mismo hace posible dar cumplida cuenta sobre las medidas establecidas. Pues donde aparentemente no se exige el conocimiento de circunstancias relevantes de riesgo se trata, en realidad, de retroceder a un disvalor de hecho y de acción distintos, y de fundamentar la contrariedad a cuidado sobre un peligro de resultado menos sustantivo,

(95) Confróntese RUDOLPHI, *JuS*, 69, pp. 551 y 553; BGH, 14, p. 52.

(96) En la literatura y en la jurisprudencia se encuentra esta constatación la mayoría de las veces sólo respecto a un comportamiento alternativo conforme a Derecho en el examen de la contrariedad a norma del resultado. Cfr. SCHÖNKE, SCHRÖDER y CRAMER, *StGB*, parágrafo 15, número marginal 162, 165 y 167; detalladamente: NIEWENHUIS, *Gefahr und Gefahrverwirklichung im Verkehrsstrafrecht*, 1984, pp. 86 y ss.; BGH, *VRS*, 20, p. 129; 26, p. 203, y 54, p. 436; BGH, 33, pp. 61 y 63 (sobre ello: EBERT, *JR*, 85, p. 456; KRANZ, *NJW*, 85, pp. 28 y 29; PUPPE, *JZ*, 85, p. 283).

es decir, de formar una norma más pobre en elementos y que, por tanto, interviene más drásticamente.

c) *La llamada imprudencia de conocimiento*
(*cuidado interno*)

Lo mismo vale para aquellos casos en que la imprudencia se fundamenta sobre una ausencia de conocimiento o una ausencia del «cuidado interno» (97). Al sujeto actuante se le han ocultado aquí determinados factores de riesgo que, con la pertinente atención, examen adecuado a deber o determinadas indagaciones de la situación por su parte, o de los medios de la acción, se le habrían hecho presentes.

El automovilista desatento que atropella a un niño que jugaba al lado de la calzada entre coches aparcados y saltó a la calzada, comete un homicidio imprudente si un conductor prudente habría notado la presencia del niño y evitado el accidente. Se comporta descuidadamente quien, al cambiar de carril en la autopista, produce una colisión porque no se ha percatado de la situación del tráfico (98). Y el médico que ocasiona la muerte del paciente al practicar una anestesia total cuya contraindicación se habría comprobado con un reconocimiento previo actúa, de igual manera, imprudentemente respecto a la vida (99).

Resulta claro que en tales casos la posibilidad de superar el desconocimiento mediante información previa no merece el privilegio del riesgo permitido. De otra parte, cabe plantear si las componentes decisivas del disvalor de hecho fundamentadoras del injusto no están situadas precisamente fuera de la finalidad, de manera que la infracción no incluya hecho disvalorado alguno, no habiéndose perseguido el disvalor del hecho dado (100).

Sin embargo, el intento, explicable, de derivar la lesión de la norma de la cognoscibilidad —aquí evidente— de determinados factores de riesgo induce a error (101). Pues allí donde el examen cuidadoso hubiese proporcionado el conocimiento de la ausencia de peligro o, al menos, la representación de un riesgo permitido (como, por ejemplo, en el caso de la miocarditis del BGH 21, 59) decaería ya la contrariedad a cuidado del actuar. Lo que significaría la introducción de

(97) Confróntese ENGISCH, *Untersuchungen*, pp. 269 y ss. y 307 y ss.; del mismo, *DJT-Festschrift*, p. 430; JESCHECK, *Lehrbuch*, parte general, p. 468.

(98) BGH, 5, p. 271 y 274 y ss.

(99) BGH, 21, p. 59.

(100) De ahí resultan también los esfuerzos de ZIELINSKI (*Handlungsund Erfolgswert*, pp. 171 y ss.) por mostrar la *ohne-zu-Komponente* en el actuar sin la obtención de información pertinente o sin emplear precauciones de seguridad como elemento del deber jurídico, lo que ciertamente proporciona la descripción de la acción, pero no necesita ser abarcado por el saber.

(101) Sobre las incongruencias que supone la aceptación de un deber de obtener el conocimiento (por ejemplo, SCHRÖEDER, *LK*, parágrafo 16, número marginal 138), cfr. ARMIN KAUFMANN, *Dogmatik*, pp. 11 y s. y 144 y ss.; del mismo, *Eb. Schmidt-Festschrift*, pp. 329 y s.; HORN, *Verbotssirrtum und Vermeidbarkeit*, 1969, pp. 61 y ss.

«la consideración *ex post* sobre el concepto de cuidado» (102). Si, por el contrario, se toma en serio la consideración *ex ante*, sólo se llega, también en estos casos, a una «prognosis subjetiva anticipada» (103). Al juzgador objetivo *ex ante* le está disponible, en definitiva, el proyecto del sujeto actuante a considerar, pero no el conocimiento adicional de la situación que habría obtenido un prudente, atento, cuidadoso automovilista, médico, etcétera.

Esto parece aún evidente si, en el momento de la acción, la situación no puede ser mejor aclarada como, por ejemplo, al adelantar antes de la cumbre de una montaña o antes de una curva sin visibilidad. Aquí, ya el mero adelantamiento antes de la cumbre de la montaña, abarcado por la finalidad, se incluye en el juicio de disvalor porque la situación es cognoscible. Esta conclusión no cambia porque quien adelanta puede examinar la situación del tráfico, pero no puede asegurarse de la maniobra de adelantamiento. Su acción sigue estando dirigida por una intención jurídicamente desaprobada, incluso aunque no sea consciente de la imprevisibilidad de la situación. Que exista un defecto relevante de clarificación de los hechos sólo se sigue de las reglas de la experiencia que el juzgador ideal aplica al proyecto de acción que, por tal defecto, valora como peligroso.

La peculiaridad de la imprudencia de conocimiento no reside, por tanto, en el contenido de la norma de prohibición sino, en todo caso, en su motivo: riesgos comprobables no resultan tolerados. De donde se sigue: lo que caracteriza al hecho portador del juicio de disvalor no es la falta de atención, examen o indagación, sino el actuar en una situación abierta, incierta, respecto a determinados factores de riesgo, también para el juzgador *ex ante*, sean o no sean clarificables con más precisión. En consecuencia, también aquí, la acción prohibida ha de caracterizarse por la finalidad existente y no, como habitualmente se hace, por la finalidad ausente. De esta manera supera el concepto de imprudencia, también por lo que se refiere al cuidado interno, el estadio de padecimiento de una ausencia: sobre la contrariedad a cuidado decide lo que el sujeto actuante conoció, no lo que no conoció. También la imprudencia de conocimiento se integra, así, en el concepto de la doctrina del injusto personal.

D) RESUMEN Y PERSPECTIVA

Como exige el concepto de la doctrina final de la acción, aunque hasta ahora no se había conseguido plenamente, al finalidad jurídicamente desaprobada (concepto personal del injusto) constituye también el injusto del delito imprudente. Con ello muestran el injusto doloso y el injusto imprudente una estructura homogénea. Objeto de re-

(102) JAKOBS, *Studien*, pp. 63 y s. Lo que muestra, por lo demás, que las expresiones «cognoscibilidad» y «previsibilidad», ya en su sentido lingüístico, no se adaptan a la valoración *ex ante*.

(103) ARMIN KAUFMANN, *Jescheck-Festschrift*, p. 256.

ferencia de la finalidad es un hecho-disvalor situado en la esfera previa a la producción del resultado típico (síndrome de riesgo); su elaboración (tarea axiológica de la formación del tipo), una vez producido el resultado, sólo es necesaria como medida del tipo subjetivo (contrariedad a cuidado).

Sustancialmente, aunque no elaboradas teóricamente, las consecuencias dogmáticas resultantes de ahí han sido aceptadas. La previsibilidad objetiva, la adecuación, el riesgo no permitido o la falta de cuidado, como requisitos del injusto imprudente, se construyen sobre el falsamente designado «saber especial» y el punto de vista ante *actum* —o sea, sobre el proyecto de acción en la psique del autor— su bordinando, así, al concepto de injusto la finalidad de la acción. La ausencia de «saber especial» conduce necesariamente al error sobre el tipo de imprudencia que excluye la punibilidad, y que forma, como tal, imperceptiblemente, el tipo de autorización de riesgo que privilegia el error.

En relación con qué factores relevantes de riesgo merece la impunidad (autorización de riesgo) el desconocimiento, es una cuestión normativa de la formación del tipo no prejuzgada por la estructura del injusto; el temor de que la creación de normas de cuidado deba capitular ante la ignorancia del sujeto actuante está, por razones metodológicas, fuera de lugar.

Decisivo (en el sentido estricto de la palabra) es el tipo subjetivo del delito imprudente como relación entre la finalidad y una parte, normativamente elegida, de un círculo mínimo de condiciones del resultado, también para la atribución objetiva; más precisamente: la atribución de circunstancias objetivas, es decir, del resultado (*Erfolg*) como resultado (*Resultat*) de factores intermedios conscientes. Se trata de la atribución de lo objetivo al tipo subjetivo, de congruencia. Esta tesis, no desarrollada aquí en detalle (104), puede ilustrarse, como panorámica, sólo brevemente, de manos de la sentencia del BGH 11, 1, que ha desencadenado la moderna discusión sobre la atribución.

El conductor de un camión adelantó a un ciclista a una distancia de 75 cm., cayendo el ciclista bajo el remolque, a consecuencia de lo cual murió. La suposición de que un adelantamiento a la distancia de 1 a 1,5 metros habría sido un comportamiento alternativo conforme a Derecho (cuidadoso) se basa en que el conductor del camión no conocía la elevada embriaguez del ciclista (1,96 por mil). Si hubiese conocido la embriaguez (por ejemplo, si por lo llamativo de su vestimenta hubiese reconocido en el ciclista a la persona embriagada que abandonó la taberna un cuarto de hora antes que él), no habría debido adelantar, ni siquiera a la distancia de 1 a 1,5 metros (105). El caso, y,

(104) Confróntese, sobre ello, mi conferencia (de próxima publicación) «Objektive Erfolgszurechnung und Fahrlässigkeit».

(105) Confróntese RANFT, *NJW*, 84, p. 1428, n. 31, que, sin embargo, no extrae las consecuencias dogmáticas resultantes.

con ello, la discusión originada en torno a él, depende claramente sólo del desconocimiento del camionero respecto a la embriaguez del ciclista. Con el desconocimiento de este factor de riesgo, la problemática de la atribución «objetiva» no habría merecido consideración. En esa medida se muestra, por tanto, la doctrina de la atribución «objetiva» como una doctrina errónea o como una doctrina del error.

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

CAUSACION DE LA PROPIA MUERTE Y RESPONSABILIDAD PENAL DE TERCEROS

(A propósito de la STS 8 julio 1985,
ponente Cotta y Márquez de Prado)

JESUS-MARIA SILVA SANCHEZ

Prof. Titular de Derecho Penal. Universidad de Barcelona

I. INTRODUCCION

1. El procesado J. A. conoció, hacia el mes de marzo de 1979, en una discoteca, a la joven M. A. De este modo surgió entre ambos una amistad que pronto se intensificó hasta el punto de convivir y mantener relaciones íntimas en el domicilio del varón. Con todo, dicha convivencia se vio marcada por frecuentes discusiones, en algunas de las cuales se llegaba a las manos; concretamente, consta que en una ocasión M. A. abofeteó a J. A., propinándole éste, por su parte, algunos golpes. Esta situación acentuó las depresiones y melancolía de M. A., quien, «...tras una fuerte discusión sostenida el 15 de junio de 1979, sobre la una de la madrugada del día siguiente, de modo y forma no exactamente determinados, presa de una grave crisis, a presencia del procesado, ingirió una gran dosis del herbicida Madem, que aquél poseía, sin que conste que éste la forzara o indujera a ello...». El procesado, conocedor de la toxicidad del producto y del consiguiente peligro para la vida de M. A., intentó atajar los vómitos, diarreas, disminución del

(*) Abreviaturas utilizadas. *ADPCP*: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales; *BGH*: Bundesgerichtshof; *CPC*: Cuadernos de Política Criminal; *GA*: Goldammer's Archiv für Strafrecht; *JA*: Juristische Arbeitsblätter; *JBl*: Juristische Blätter; *JR*: Juristische Rundschau; *JuS*: Juristische Schulung; *JZ*: Juristenzeitung; *MDR*: Monatsschrift für Deutsches Recht; *NJW*: Neue Juristische Wochenschrift; *NSZ*: Neue Zeitschrift für Strafrecht; *RFDUM*: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid; *ZStW*: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.

pulso y debilidad generalizada con remedios caseros, así Dapaz y Efortil en fuertes dosis. Sin embargo, no recabó ayuda de terceros, especialmente médicos, ni en la madrugada ni en las horas de la mañana del siguiente día; al contrario, se durmió y, posteriormente, acudió normalmente al trabajo. Llegado de nuevo a su domicilio hacia las 18 horas con los padres de M. A., procedió, tras algunas gestiones infructuosas, al traslado de ésta a la cercana Ciudad Sanitaria Provincial. M. A. ingresó cadáver a las 18.45 horas, habiendo fallecido por congestión visceral a consecuencia de los carbonatos e insecticidas órgano-fosforados contenidos en el herbicida ingerido.

2. El Tribunal Provincial condenó a J. A. como autor de un delito de *imprudencia temeraria con resultado de muerte* a la pena de 3 años de prisión menor, más accesorias, costas e indemnización de 3.500.000 pesetas a los herederos de M. A. En el recurso de casación, la defensa, mediante una argumentación imprecisa, trata de negar que la discusión habida constituyera motivo suficiente para que la víctima se envenenase ingiriendo el herbicida. Asimismo se alude, sin fundamentar la afirmación, a que el recurrente tampoco creó la situación por una omisión voluntaria. En conclusión, pues, se sostiene por la representación del recurrente que el efecto letal sobre M. A. se produjo sin que en él tuviera intervención alguna J. A. Sin embargo, el TS no acoge las mencionadas alegaciones, sino que ratifica la resolución de la Audiencia Provincial. Ello, por estimar que la muerte de M. A. «fue debida a que aquél (J. A.) se limitó a suministrarle unos remedios caseros para atajar el mal, no obstante conocer la toxicidad del producto que había ingerido en su presencia». Todo ello, junto al posterior abandono, pondría de manifiesto los caracteres de supina negligencia y notable descuido con que obró el procesado, «...y la relación directa de que por ella se produjo el dañoso evento fatal».

3. El supuesto de hecho referido plantea una multiplicidad de aspectos cuyo denominador común viene dado por tratarse de problemas derivados de la intervención de un sujeto en la causación, por parte de otro, de su propia muerte. Esta especial circunstancia obliga a dilucidar con cierto detenimiento buen número de cuestiones. En particular, si J. A. interviene realizando un tipo comisivo u omisivo, doloso o imprudente y de autoría o participación. El TS elude la mayoría de estos temas. Su apelación al criterio, reiteradamente criticado, del «crimen culpae» y su afirmación de que concurre una «imprudencia con resultado de muerte» dejan simplemente entrever la apreciación de un *homicidio culposo*, por emplear la terminología usual en la doctrina. Por otra parte, de la selección de hechos que el Tribunal practica en su argumentación parece desprenderse también que la referida imprudencia se estima de naturaleza omisiva y no comisiva. Pero, en tal caso, sorprende que no se haga alusión alguna a la concurrencia en la persona de J. A., de una *posición de garante*. Pues, pese a que tal proceder responde a la más reiterada práctica de nuestro TS en materia de *comisión por omisión imprudente* (1), es lo cierto que

(1) Cfr. GIMBERNAT, Introducción a la Parte General del Derecho Penal español, Ma-

la doctrina dominante española y extranjera (2) —y el propio TS, en lo que a delitos dolosos se refiere (3)— exigen la constancia del carácter de garante del sujeto para hacer a éste responsable por un resultado en comisión por omisión (4). A continuación se tratará de analizar dogmáticamente el caso desde todas las perspectivas posibles, con el fin de determinar si le asiste o no la razón al Tribunal Supremo en la solución dada por éste al problema planteado. Prácticamente nada, en cambio, será posible comentar a propósito de la fundamentación que le pudiera servir de base, dada la práctica ausencia de la misma. En efecto, ésta únicamente pretende poner de relieve la existencia de una conducta *negligente* en J. A. conectada causalmente con el resultado producido. A ello será preciso también hacer alguna alusión en lo que sigue.

II. ¿ES UN SUICIDIO —EN SENTIDO JURIDICO-PENAL— LA CONDUCTA DE M. A.?

II.1. Rasgos generales del concepto jurídico-penal de suicidio

1. Como antes se ha apuntado, si hay algo que, ya en una primera lectura de los *Antecedentes de hecho*, resulta evidente, es que en el caso en cuestión se produce la imputación a un sujeto de una muerte que otro se ha causado a sí mismo. Ello podría hacer pensar espontáneamente en un inicio del análisis del supuesto por la vía del suicidio y, más concretamente, de las conductas de intervención en éste que nuestro Ordenamiento tipifica en el art. 409 CP (5). Sin embargo,

drid, 1979, pp. 139 y ss.; CORCOY, Criterios jurisprudenciales en torno al delito imprudente. Tesina mecanografiada. Barcelona, 1984, pp. 99 y ss.; MIR PUIG, Derecho Penal PG, Barcelona, 1985, p. 257.

(2) Por mucho que luego, al aludir a las clases de posiciones de garantía, unos autores adopten la perspectiva de la teoría formal del deber jurídico (o de las fuentes) y otros, la perspectiva material de la teoría de las funciones. Sobre ello, MIR, PG, pp. 262-263 y ss.

(3) Cfr. por ejemplo, SILVA SÁNCHEZ, El delito de omisión. Concepto y sistema. Barcelona, 1986, p. 224 nota 325.

(4) Aunque, a mi juicio, la posición de garante, en su concepción usual como expresión de un deber de naturaleza jurídico-pública, no sea suficiente para la equiparación, siendo preciso que la situación de garantía revista caracteres especiales: cfr. SILVA, El delito, pp. 343 y ss.

(5) Art. 409 CP: «El que prestare auxilio o induzca a otro para que se suicide, será castigado con la pena de prisión mayor; si se lo prestare hasta el punto de ejecutar él mismo la muerte, será castigado con la pena de reclusión menor».

En el Código penal alemán, a diferencia del español, las conductas de participación en el suicidio son impunes. A partir de ahí, cabe constatar la existencia de una significativa discusión sobre la naturaleza jurídico-penal del suicidio, es decir, sobre si éste es un hecho no antijurídico, no culpable, o incluso meramente no punible. La mayoría de la doctrina ha optado por lo primero. Pero *Schmidhäuser* ha sostenido que se trata de un hecho meramente inculpable, y *Schilling* una teoría próxima, con el propósito de fundamentar «*praeter legem*» la punición en Alemania de las formas de participación en el suicidio. En nuestra doctrina más reciente, es básico sobre la naturaleza del hecho-suicidio desde una óptica constitucional DEL ROSAL BLASCO, La participación y el auxilio ejecutivo al suicidio: un intento de reinterpretación constitucional del art. 409 CP, ADPCP 1987, pp. 73-97.

tal proceder sería a todas luces precipitado. Pues, en todo caso, la polémica existente acerca de cuándo nos hallamos ante un «suicidio» a los efectos del Código penal deviene práctica unanimidad cuando se trata de afirmar que no toda «causación de la propia muerte» es un «suicidio» (6). La cuestión es algo más compleja. Pero, dado que la misma es de obligada resolución antes de entrar en el examen de una hipotética responsabilidad de J. A. por la muerte de M. A., será conveniente empezar por una digresión en torno al concepto jurídico-penal de suicidio. Ello, con el fin práctico de dilucidar si, en el caso que nos ocupa, puede hablarse de un auténtico suicidio a los efectos de nuestra disciplina.

2. El suicidio ha sido definido como «muerte querida por una persona imputable» (7). Rasgos característicos de esta definición son, en primer lugar, que, para hablar de suicidio, no es precisa una autoagresión por el suicida, sino que basta con la *aceptación* de la propia muerte —voluntad de morir—, con independencia de si la muerte es causada o no por el propio sujeto (8). Y, en segundo lugar, que, al referirse a la exigencia de imputabilidad, se conforma con que la misma sea plena o disminuida, excluyendo el «suicidio» tan sólo en los casos de total inimputabilidad (9). Personalmente expresaría las cosas de modo diferente. En efecto, entiendo que son cuatro los problemas fundamentales que han de resolverse al proceder a una caracterización completa del suicidio, diferenciándolo de otros procesos de producción de la muerte de un sujeto. Por un lado, (A) si el suicidio se reduce a los supuestos de causación de la propia muerte por el suicida o abarca también los casos en que el sujeto se deja «morir» o «matar». Por otro lado, (B) en qué medida es elemento del concepto de suicidio el *dominio del hecho*, es decir, la *autoría* del sujeto respecto al proceso de producción de su muerte. En tercer lugar, (C) cuáles de las modalidades de dolo resultan abarcadas por la exigencia de que la muerte del sujeto sea querida por éste. Por último, (D) y puesto que es generalmente compartido que el suicidio implica la *responsabilidad* del sujeto que decide sobre su muerte, se trata de determinar conforme a qué criterios y en qué términos queda fijada la mencionada «responsabilidad» (10).

3. En lo que a la primera de ellas se refiere, es obligado reconocer que tradicionalmente suele entenderse por suicidio la causación activa de la propia muerte y no el mero «dejarse morir» (o «matar»). Suicidio es, así, el *suicidio activo* y no es usual contemplar la posibilidad de un «suicidio pasivo», por llamarlo de algún modo. Suicidio, éste último, que se produciría en los casos de rechazo de medicación o asistencia sanitaria en enfermedades o accidentes, o, por ejemplo,

(6) A la inversa, habría que decir también, como después pondremos de relieve, que el suicidio no precisa ser «causación» de la propia muerte. Vid. infra 4.

(7) TORÍO LÓPEZ, La noción jurídica de suicidio, Separata del Libro-homenaje al Dr. Serrano y Serrano. Vol. II. Estudios varios. Valladolid, 1965, pp. 653-668, p. 663.

(8) TORÍO, La noción, pp. 658 y 663.

(9) TORÍO, La noción, p. 666.

(10) Ello, con independencia de que tal «libre responsabilidad» sea elemento del concepto de suicidio, lo que, como veremos, es discutible.

por la no ingestión de alimentos en las huelgas de hambre o de sed (11). ¿Es razonable ampliar el concepto de suicidio a estos supuestos que acabamos de mencionar? No se me ocurre argumento alguno en contra de ello. Ni gramatical, ni dogmático-estructural, ni sistemático, ni político-criminal. Por lo demás, el auxilio o inducción a la realización de hechos de suicidio pasivo me parece punible en idéntica medida que si el hecho es de suicidio activo: es decir, por expresarlo con otras palabras, que estimo tan merecedora de discusión la punición en un caso como en el otro. Esta ampliación del concepto de suicidio, sin embargo, no puede llegar al extremo sostenido por *Torío*, para quien lo definitorio del concepto de suicidio es la *aceptación* de la propia muerte, sea cual sea la causa (12). Esta tesis, a mi juicio, debe por de pronto afrontar dificultades de cierta relevancia en el plano gramatical. Pues *suicidarse* (*seoccidere*) es un término que incorpora inequívocas connotaciones de *autoría*; y por ello el verbo se conjuga en forma reflexiva. Suicidarse es matarse a uno mismo, es una conducta en la que autor y víctima coinciden. De ahí que no quepa confusión alguna entre el homicidio y el suicidio (13), ni entre el homicidio consentido y el suicidio —al menos en el plano teórico. La doctrina alemana lo ha puesto acertadamente de relieve acudiendo al criterio del «dominio del hecho» (14): en el suicidio, el dominio del hecho

(11) Sobre la distinción entre suicidio activo y pasivo, cfr., por ejemplo, SILVA, La responsabilidad penal del médico por omisión, *La Ley* 27-1-1987, pp. 1-6, p. 4 y nota 54, donde se hace referencia, además, al contradictorio tratamiento que el BGH otorga a la ausencia de intervención de terceros en uno y otro caso.

(12) TORÍO, La noción, p. 658.

El caso límite del suicidio es, según creo, aquél en que un tercero realiza la acción ejecutiva de la muerte con aprobación de la víctima y ésta todavía dispone, tanto simultáneamente como con posterioridad, de la posibilidad de decidir entre la producción o no del resultado. Un sector doctrinal habla, a propósito de estos casos, de «homicidio consentido»: así HERZBERG., *Beteiligung an einer Selbsttötung oder tödlicher Selbstgefährdung als Tötungsdelikt*, *JA* 1985, pp. 131-138, 177-184, 265-272 y 336-344, p. 133 y ss. Otros autores, en cambio, entienden que, si la víctima dispone de la posibilidad de decidir con posterioridad, sobre la producción de la muerte, se da todavía un proceso de «autodisposición» del sujeto respecto a su vida que sigue pudiéndose incluir en el suicidio: así, ESER, en Schönke-Schröder, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 22.^a ed., München, 1985, § 216 n.º 11; ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 4.^a ed., Hamburg, 1984, p. 571; recientemente, NEUMANN, *Die Strafbarkeit der Suizidbeteiligung als Problem der Eigenverantwortlichkeit des «Opfers»*, *JA* 1987, pp. 244-256, p. 255. Personalmente, entiendo que, en la medida en que el plan haya sido elaborado por el propio suicida y éste controle y dirija la aportación ejecutiva del tercero (y además disponga de la posibilidad de anular con posterioridad la aportación del mismo) nos hallamos ante una estructura análoga a la de la *coautoría* en los supuestos de comisión de delitos. Con lo que, según veremos, también aquí podría hablarse de «auxilio ejecutivo al suicidio». Ello, en mi opinión, incluso aunque el «suicida» no dispusiera de la posibilidad posterior de anular la contribución del tercero, a que aluden los autores alemanes mencionados. Lo decisivo no es este *dominio negativo*, sino el *dominio positivo* que se expresa en el control directo de la ejecución del hecho.

(13) A mi juicio, es esta confusión la base de doctrinas como la *Schmidhäuser* o *Schilling*.

(14) Cfr. recientemente por toda esta doctrina, DÖLLING, *Fahrlässige Tötung bei Selbstgefährdung des Opfers*, *GA* 1984, pp. 71-94, p. 76: participación en el suicidio y homicidio consentido se distinguen según el criterio objetivo del dominio del hecho; el dominio del hecho lo tiene quien interpone la última causa irreversible de la muerte. So-

lo tiene el suicida; en el homicidio consentido, un tercero. La expresión «homicidio-suicidio» podría encerrar, pues, una «contradictio in terminis». En efecto —se diría— un hecho o es homicidio o es suicidio, pero no ambas cosas a la vez. Ello vale, desde luego, como regla general. Pero cabría establecer una excepción. Esta vendría dada por el caso en que suicida y tercero poseen —«aparentemente»— un *dominio del hecho compartido*, en otras palabras, aquél en que se da una situación de «aparente» —luego se puntualizará lo que esto significa— coautoría entre ambos (15). Pero sobre ello habrá que detenerse más adelante, al analizar las repercusiones de lo expuesto en la interpretación del art. 409,II CP (16).

4. Ya sabemos que el suicidio es un hecho en el que el sujeto, con dominio del hecho (aun compartido), causa su propia muerte o se deja morir. Pero, evidentemente, con ello no hemos expresado todavía lo más característico del hecho suicida. Pues para que se dé un auténtico suicidio es preciso que el autor «quiera» su propia muerte (17). Sólo esto permite distinguir el suicidio de la autopuesta en peligro o de hechos que ni siquiera revisten esta naturaleza (18). A propósito de ello, los problemas no surgen en cuanto al dolo directo de primer grado. Que hay suicidio cuando, a los elementos mencionados, se une la *intención* de morir parece claro. No tan evidente es, en cambio, si puede hablarse de suicidio en los casos en que el sujeto muestra una estructura subjetiva análoga a la del *dolo directo de segundo grado* (advierde su muerte como consecuencia necesaria) o incluso sólo a la del *dolo eventual* (advierde su muerte como consecuencia probable). A este respecto no existe unanimidad. Así, un sector doctrinal limita el suicidio a los casos de intención de morir (19) y otro, por su parte, lo

bre la posición del BGH, que acoge ahora este criterio, cfr. BRANDTS-SCHLEHOFER, Die Täuschungsbedingte Selbsttötung im Lichte der Einwilligungslehre, JZ 1987, pp. 442-448, p. 442. Alude en España a esta doctrina alemana, GIMBERNAT, Inducción y auxilio al suicidio, en Estudios de Derecho Penal, Madrid, 1976, pp. 163-177, p. 176.

(15) Hay suicidio siempre que el sujeto de cuya muerte se trata tiene dominio del hecho, aunque sea «dominio funcional del hecho», en los casos en que dicho sujeto se sirve de un tercero. El homicidio-suicidio se dará en los supuestos de un «aparente» (sobre esto *infra*) dominio del hecho compartido o en aquéllos en que el suicida se sirve de un instrumento doloso para cometer el hecho. Cfr. al respecto HERZBERG, JA 1985, p. 137.

(16) Vid. *infra* II.2.

(17) Sobre esto, y en lo que sigue, cfr. DIEZ RIPOLLÉS, La huelga de hambre en el ámbito penitenciario, CPC 1986, pp. 603-659, p. 608 y ss., con abundante información bibliográfica.

(18) Realmente, el concepto de dominio de hecho recoge ya —dada su naturaleza objetivo-subjetiva— este elemento del *querer* la propia muerte.

Aunque Luzón se ha servido del mismo —objetivándolo plenamente— también para la definición de la autoría en los delitos imprudentes. Cfr. LUZÓN PEÑA, Autoría e imputación objetiva en el delito imprudente: Valoración de las aportaciones causales, en Derecho Penal de la Circulación, Barcelona, 1985, pp. 85-106.

(19) Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, Manual de Derecho Penal (Parte Especial). Delitos contra las personas, Madrid, 1986, p. 90; así como las obras del mismo Bajo, de Jorge Barreiro, de Roldán Barbero, Bueno Arís y Rodríguez Morullo, citadas por DIEZ RIPOLLÉS, CPC 1986, p. 609 notas 17, 18 y 19.

amplía hasta el *dolo eventual* (20). Personalmente, me inclino por esta segunda opción. Pues, en efecto, si el dolo eventual basta para estimar que se *quiere* matar a otro (homicidio doloso), no me parece que existan razones suficientes para afirmar que, con tal configuración subjetiva, el sujeto *no se quiere* matar a sí mismo. Del mismo modo que lo que caracteriza al suicidio —*jurídicamente*— es el dominio del hecho por parte del propio suicida, lo relevante en el plano subjetivo es, no el *deseo de morir*, sino la «conducción» del proceso que ha de llevar a la muerte. Y para eso basta con el dolo eventual (21).

5. Para el final queda el examen del elemento probablemente más polémico del concepto de suicidio. Pues éste no requiere sólo dominio del hecho y dolo. Además, exige ser realizado por un sujeto responsable (de «freie Verantwortlichkeit» suele hablar la doctrina alemana) (22). El término «responsabilidad», sin embargo, apenas es expresión de nada. Pues ¿qué estados excluyen tal responsabilidad? ¿sólo la plena inimputabilidad? ¿o también la imputabilidad disminuida? ¿cuándo puede afirmarse que quien ha producido su propia muerte es un sujeto responsable? En España la cuestión no ha merecido excesiva polémica doctrinal. Ello, hasta cierto punto, tiene explicación en el hecho de que la intervención de terceros en un «suicidio» sea punible —aunque en medida a veces diferente— tanto si el sujeto que produce su muerte es responsable como si no lo es. En Alemania, en

(20) DIEZ RIPOLLÉS, CPC 1986, pp. 609-610; ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal*, Barcelona, 1981, p. 375 (citado por DIEZ RIPOLLÉS, CPC 1986, p. 610 nota 22).

(21) Tal afirmación no implica desconocer que, psicológicamente, los casos en que falta la específica *intención* de morir son diferentes a los anteriores. Pero ello no me parece suficiente para distinguirlos jurídicamente. Por lo demás, la impunidad del médico que no trata al Testigo de Jehová puede fundamentarse perfectamente aunque se afirme que el hecho de éste de *dejarse morir* es un suicidio. Sobre el caso de la huelga de hambre y lo justificado de incluirla en el concepto de suicidio, cfr. WAGNER, *Selbsttund und Selbstmordverhinderung*, Karlsruhe, 1975, p. 11 y nota 8, con el ejemplo de los miembros de la banda Baader-Meinhof.

(22) La exigencia de «capacidad» del sujeto es doctrina dominante en España. Cfr. sobre ella TORIO, *La noción*, p. 659 y ss., con referencia a *Quintano, Rodríguez Devesa y Del Rosal/Cobol/Rodríguez Mourullo*. Sin embargo, OLESA MUÑIDO, *Inducción y auxilio al suicidio*, Barcelona, 1958, pp. 44-45 y 131, no la requiere; y tampoco BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho Penal*, PE, Barcelona, 1986, pp. 44-45: «...no se pueden agregar otras características extrañas, como el de imputable, ya que éste es un concepto jurídico penal con efecto en otros niveles (no en el del bien jurídico y la tipicidad correspondiente), esto es, por ejemplo, en la autoría mediata respecto del homicidio que puede estar en conexión con un pretendido suicidio».

Realmente, es posible que tengan razón *Olesa* y *Bustos*. El art. 409 tipifica formas de participación que, en principio, sólo requiere elementos de injusto en el hecho principal (aunque en el suicidio no puede hablarse de injusto, entiéndase ello analógicamente aquí) y no la culpabilidad. Teóricamente, pues, aun la participación en el suicidio de un inculpaible sería punible por el art. 409. Lo que ocurre es que se da una relación de «concurso de leyes», pues el mencionado hecho será además punible como autoría mediata de homicidio-asesinato-parricidio. Se trata, en el Derecho español, de una relación de subsidiariedad tácita del 409 respecto al 407/406/405. La subsidiariedad es expresa, por ejemplo, en el CP italiano, art. 579. En cualquier caso, con todo, que la «libre responsabilidad» sea o no elemento del concepto de suicidio no modifica el hecho de que constituye un factor esencial en la determinación de si un sujeto responde como partícipe en el suicidio (impune en Derecho alemán) o como autor mediato de asesinato, en general.

cambio, donde la intervención en el primer caso es impune, el tema ha sido examinado con gran detenimiento. En primer lugar, para que resulte mayoritariamente rechazada la tesis que niega la libre responsabilidad en todos los casos de producción de la propia muerte por un sujeto (23). Y, en segundo lugar, para matizar cuándo puede hablarse de libre responsabilidad y cuándo no, y qué baremo ha de seguirse para fijar la frontera entre lo uno y lo otro en los casos de suicidio. A este respecto, pueden advertirse en la doctrina alemana dos posturas bien diferenciadas. Por un lado, se halla la corriente, cuyo representante más caracterizado podría ser *Roxin*, que propugna, para decidir si se da una «libre responsabilidad», acudir, también en el caso del suicidio, a los criterios del § 20 StGB, donde se describen las causas de inimputabilidad (24). Habría, pues, un verdadero suicidio siempre que el sujeto no estuviera incurso en ninguna de esas causas, con la relevante conclusión de que también lo habría en la producción de la propia muerte por semiimputables (25). Por otro lado, existe un segundo sector doctrinal, representado significativamente por *Herzberg*. Este exige, para poder hablar de «libre responsabilidad», que en la conducta de quien produce su propia muerte se den los requisitos que el § 216 StGB establece a propósito de la «petición seria» que constituye el elemento esencial de la atenuación del homicidio consentido en Derecho alemán (26). Ciertamente, suele a veces apuntarse la existencia de una postura intermedia, a cuyo frente se situaría *Eser* (27), quien, partiendo de las tesis de *Herzberg*, intentaría llegar a soluciones conciliadoras. En general, sin embargo, me parece posible incluirle en este segundo grupo. Característica general del mismo es que, a los efectos de la determinación de la libre responsabilidad del suicida, no se trata de si el mismo es imputable o no, sino de si conserva la capacidad de consentir (28).

(23) Sostiene esta posición BRINGEWAT, *Unbeachtliche Selbstötungswille und ernstliches Tötungsverlangen -ein Widerspruch*, en ESER (ed.), *Suizid und Euthanasie*, Stuttgart, 1976, pp. 368-377, p. 368, donde afirma que la posibilidad de libre responsabilidad del suicida constituye una ficción insostenible desde la perspectiva médico-empírica; en contra de ello, TORIO, *La noción*, p. 664, propugnando un análisis caso por caso; y SILVA, *La Ley 23-1-1987*, pp. 4 y ss., aunque advirtiendo que gran número de suicidios se producen en situaciones psicopatológicas. Reconoce esto último también ROXIN, *Die Mitwirkung beim Suizid -ein Tötungsdelikt?*, en *Festschrift für E. Dreher zum 70. Geburtstag*, Berlín-New York, 1977, pp. 331-355, pp. 349-350. Existe actualmente una tendencia creciente a estimar que, dado el síndrome presuicidal, la mayoría de los suicidios no serían «libremente responsables»: MEYER, *Ausschluss der Autonomie durch Irrtum*, Köln, 1984, p. 232.

(24) ROXIN, *Dreher-F*, p. 346, donde señala que la frontera entre la responsabilidad e irresponsabilidad del suicida se halla determinada por los §§ 20 y 35 (estado de necesidad exculpante) del StGB; BOTTKE, *Probleme der Suizidbeteiligung*, GA 1983, pp. 22-37, p. 33; alude a esta corriente CHARALAMBAKIS, *Selbst-Tötung aufgrund Irrtums und mittelbare Täterschaft*, GA 1986, pp. 485-507, p. 489-490. En España parece situarse en esta línea la doctrina dominante; por todos, TORIO, *La noción*, p.p. 665, 666 y 667.

(25) Expresamente en este sentido HIRSCH, *Comentario a la sentencia BGH 18-7-1978*, JR 1979, pp. 429-423, p. 432.

(26) HERZBERG, JA 1985, p. 336 y ss.; BRANDTS-SCHLEHOFER, JZ 1987, p. 442.

(27) ESER, en Schönke-Schröder, 22.ª ed., n.º 36 ante § 211 y § 216 n.º 8.

(28) ESER, *ibidem*.

6. Ya en otra ocasión pude expresar mi adhesión, si bien en *forma matizada* y sin entrar a fundamentarla, a las tesis de *Herzberg y Eser* (29). Aquí la reiteraré, aludiendo a los argumentos determinantes de las posturas contrapuestas. Ello, aunque tampoco ahora, dado el limitado espacio de que dispongo, reciba la cuestión el examen exhaustivo que sin duda merece. De cualquier manera, la acogida aquí —en sus efectos— de la tesis de *Herzberg* no debe entenderse como un reconocimiento de la idea de que son los criterios de la relevancia del consentimiento los que deciden sobre la libre responsabilidad del suicida. Ciertamente, en materia de imputabilidad, tales criterios conducen *también* a la solución que estimo correcta. Sin embargo, considero que a idéntica conclusión puede llegarse aplicando los principios de la autoría mediata de modo diferente a como propone el primer sector mencionado (30). Este afirma, en efecto, que la «libre responsabilidad» del suicida sólo se excluye en los casos en que éste es menor de edad (§ 19 StGB), plena enajenación o trastorno mental (§ 20 StGB) o en estado de necesidad exculpante (§ 35 StGB). Pues entiende que, en tales situaciones, y sólo en ellas, debe apreciarse autoría mediata de quien auxilia o induce, *incluso respecto a las consecuencias del acto suicida que eventualmente hayan recaído sobre terceros*. Tal es el criterio que *Bottke* propone como supuesta prueba de la corrección de su solución: el suicidio se estimaría *libremente* cometido cuando pudiera hacerse responsable al suicida de las consecuencias de su acto sobre terceros, en el caso de que las mismas se produjeran (31). A mi juicio, sin embargo, los principios generales de la autoría mediata no coinciden necesariamente con el tenor de la observación de *Bottke*. En efecto, según ellos, cabe la posibilidad de que el instrumento sea responsable (parcialmente) (32) y de que, no obstante, se aprecie una estructura de autoría mediata (33). Ciertamente, si existe un *dominio funcional del hecho* por parte del hombre de detrás, también podrá afirmarse la concurrencia de una autoría mediata con *instrumento parcialmente imputable* (34). Con todo lo anterior trato de poner de

(29) SILVA, La Ley 23-1-1987, p. 4.

(30) HERZBERG, JA 1985, p. 336, informa sobre el particular.

(31) HERZBERG, JA 1985, p. 339, lo comenta.

(32) Hay casos de autoría mediata en los que la responsabilidad, incluso plena, del *hombre de delante* no excluye la del «hombre de detrás». Son situaciones de *Täter hinter dem Täter* (autor detrás del autor). Sobre ello, asentado sobre la idea básica de que el *principio de responsabilidad* (Verantwortungsprinzip) no siempre es el decisivo para distinguir entre autoría mediata y participación cfr. ROXIN, Täterschaft, 4.ª ed., pp. 611 y 612.

(33) Y, a la inversa, como dice MUÑOZ CONDE, Derecho Penal PE, 6.ª ed., Sevilla, 1985, p. 54, cabe la posibilidad de una situación de inimputabilidad en la que no haya dominio funcional por el hombre de detrás y, por tanto, tampoco autoría mediata.

(34) Es lo cierto que ROXIN, Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, 10.ª ed. (ed. jescheck/Russ/Willms) Berlín-New York, 1985, § 25 n.º 68 admite la autoría mediata tanto en casos en que el instrumento se halla en error de prohibición vencible (culpabilidad atenuada) como en los de semiimputables en que es la conciencia del injusto y no la capacidad de autocontrol la disminuida (§ 25 n.º 86). Lo mismo podría aplicarse, según entiendo, a los supuestos de suicidio, cuando el suicida, dada su situación personal, no comprende exactamente la trascendencia objetiva de su hecho. Así, reciente-

manifiesto que la solución de *Roxin, Bottke*, etc., me parece excesivamente esquemática. Sobre todo, cuando la mayor parte de la literatura psiquiátrica advierte sobre el carácter esencialmente patológico del hecho suicidal (35). El excesivo esquematismo de aquella postura radica en hacer coincidir la ausencia de libre responsabilidad en el suicida con la plena inimputabilidad o inculpabilidad. Ello parece ignorar la enorme pluriformidad de situaciones de exención incompleta y atenuación. Estas, en efecto, representan grados muy diferentes de disminución de responsabilidad. A mi juicio, la frontera entre el hecho cometido en forma responsable y aquél que no lo es se hallará, pues, en algún lugar en el seno del mencionado espectro de situaciones. Desde luego, una pequeña perturbación o leve situación de coacción no serían suficientes para excluir la libre responsabilidad del suicida. Pero, a medida que se vayan intensificando, ello será cada vez más discutible. Fundamentalmente, si se tiene en cuenta la posibilidad, ya mencionada, de que el suicida, todavía parcialmente imputable, realice su conducta sin valorar normalmente su trascendencia personal y social.

7. Aceptado que el suicidio empieza a no ser «libremente responsable» en algún punto de la *semiimputabilidad*, se trata de dilucidar qué criterio puede ser válido a los efectos de hallar el mencionado punto. En Alemania, como hemos observado, la corriente que defiende esta tesis entiende que el suicida es «responsable» cuando cabe advertir en él una decisión reflexiva de la misma naturaleza que la que se expresa en la «petición seria» requerida por el homicidio consentido del § 216 StGB (36). Sin embargo, tampoco la aplicación automática de esta idea me parece satisfactoria, dada la diversidad esencial de los casos de suicidio (dominio del hecho) y de *petición* de homicidio. Creo, por ello, preferible proceder al análisis caso por caso, decidiendo sobre la base de si concurre o no un «dominio funcional del hecho» por parte del *interviniente* en el suicidio ajeno. Tal situación se dará, a mi juicio, en general, en los casos en que el suicida carece de —o tiene esencialmente perturbada— la capacidad natural de comprensión y juicio (37). Así, por ejemplo, si actúa presa de un *humor momentáneo* o de una *depresión pasajera*, como sucede en los «Apellsuizide», en que el acto no tiene otro sentido que el de una petición de socorro o atención al entorno (38). Por el momento, es preciso conformarse con criterios rectores de esta naturaleza, a la espera de su concreción por la vía de «grupos de casos».

mente, NEUMANN, JA 1987, p. 250. Sin embargo, en contra de afirmar la autoría mediata del interviniente en caso de suicidio de semiimputables, CHARALAMBAKIS, GA 1986, p. 500. Por su parte, afirma la ausencia de «libre responsabilidad» del suicida en los casos de imputabilidad disminuida el § 215 (2) del *Alternativ Entwurf eines Gesetzes über sterbehilfe*. Stuttgart-New York, 1986.

(35) Sobre ello, SILVA, *La Ley* 23-1-1987, p. 4.

(36) Sobre la misma, HERZBERG, JA 1985, pp. 337 y 340.

(37) «natürliche Einsichts- und Urteilsfähigkeit», ESER, Schönke-Schröder, 22.ª ed., § 216 n.º 8.

(38) ESER, *ibidem* y n.º 36 antes del § 211.

8. En lo anterior se han examinado las dos teorías más relevantes sobre el concepto de «libre responsabilidad» del suicida en el ámbito de la imputabilidad, optándose por la más restrictiva. Las mencionadas doctrinas, sin embargo, trascienden al concreto ámbito de la imputabilidad. Ello determina que también en otros ámbitos surjan situaciones conflictivas. Un ejemplo significativo es, a este respecto, el de la relevancia del *error en los motivos* del suicida y el consiguiente tratamiento del interviniente como partícipe o autor mediato. En Alemania, dado que la alternativa a la autoría mediata es la impunidad, razones político-criminales vienen conduciendo a un sector de la doctrina, de incidencia creciente, a considerar que el «error en los motivos», en la medida en que afecte al «sentido de la acción» (39), o sea «referido al bien jurídico» (40), elimina la «libre responsabilidad» del suicida (41), convirtiendo al *hombre de detrás* en autor mediato. En España, sin embargo, donde la afirmación de la «libre responsabilidad» en estos casos no impide la punición del interviniente, *Muñoz Conde* ha sostenido recientemente la tesis opuesta (42), tesis que, por lo demás, cuenta hoy en Alemania con un valedor tan cualificado como *Roxin* (43). Por mi parte, entiendo que, como sucedía con los semiimputables, algunos casos de error en los motivos pueden dar lugar a autoría mediata del interviniente en el suicidio que provoca el mencionado error. A ello se llega sin duda si se considera algo que ya antes he indicado. Concretamente, que, a mi juicio, lo decisivo para la responsabilidad de terceros en el suicidio no es la aplicación automática de los criterios de *seriedad* en el consentimiento que establece el § 216 StGB sino, más bien, la decisión de en qué casos es posible construir una autoría mediata en virtud de un auténtico *dominio funcional del hecho* (44). Dominio que puede concurrir en muchos casos de error

(39) Cfr. por ejemplo, ROXIN, *Täterschaft*, 4.ª ed., p. 229.

(40) La noción de «error en los motivos referido al bien jurídico» por oposición al error en los motivos «normal» se entiende si se compara el caso de quien mata a otro porque le han dicho que el mismo había sido el causante de su ruina (lo que era falso) y de quien se mata a sí mismo por creer erróneamente que padece una enfermedad incurable. La referencia al bien jurídico viene dada en este último caso por el hecho de que uno acaba con su propia vida y es esa *vida* la que carece de sentido para él, la que ha perdido la calidad requerida por él, tras aparecer como vida de enfermedad irreversible.

(41) Sobre esto, últimamente, BRANDTS-SCHLEHOFER, *JZ* 1987, p. 444, 445 y 447, añadiendo que la «referencia al bien jurídico» se determina no conforme a un baremo de lo objetivo-razonable, sino conforme a una medida subjetiva de la víctima.

(42) Cfr. MUÑOZ CONDE, *Provocación al suicidio mediante engaño: un caso límite entre autoría mediata en asesinato e inducción y ayuda al suicidio*. Mecanografiado inédito, 1986, p. 18.

(43) También, en efecto, en este sentido se manifiesta últimamente ROXIN, *LK* 10.ª ed., § 25 n.º 83: casos de engaño sobre el padecimiento de una enfermedad incurable o sobre que se va a producir un doble suicidio. Antes, en cambio, era de otra opinión: cfr. *Täterschaft*, 4.ª ed., p. 225 y ss. y 227.

ROXIN, *Comentario a la sentencia del BGH 5-7-1983, NSTZ* 1984, pp. 70-73, p. 72, se muestra a favor de la mencionada irrelevancia pese a que dé lugar a lagunas de punibilidad en Derecho alemán. Para evitarlas en el futuro, propone la introducción de un precepto que sancione la participación en el suicidio, pero sólo por «selbstsüchtige Begünstigen» (p. 73). Es decir, por móviles egoístas.

(44) Cfr. NEUMANN, *JA* 1987, p. 256.

en los motivos del suicida (45). Para concluir, corroborando lo anterior, considero importante señalar que, en mi opinión, es perfectamente posible sostener que un «error en los motivos» determinado excluye la *seriedad* del consentimiento a los efectos del § 216 StGB y que, no obstante, no afecta a la *libre responsabilidad* del suicida. Ambas cosas son, en efecto, diferentes. En un supuesto se trata de afirmar el dominio funcional del hecho por un tercero; en el otro, de reconocer como válido el consentimiento a la intervención practicada por un tercero (46).

II.2. *Excurso: consecuencias de lo anterior en la interpretación del inciso II del art. 409 CP*

1. Del concepto de suicidio configurado en el apartado anterior se desprende, según creo, una consecuencia de cierta relevancia para la interpretación del inciso segundo del art. 409. La doctrina tradicional ha estimado que en éste se describía una conducta susceptible de ser calificada de tres modos diferentes: auxilio ejecutivo al suicidio; homicidio consentido y homicidio-suicidio (47). Sin embargo, ello, como antes pusimos de relieve, implica desconocer que un suicidio es un hecho por el que un sujeto produce su propia muerte y en un homicidio, en cambio, se mata a otro (48). En el art. 409,II, pues —se di-

(45) La argumentación de NEUMANN, JA 1987, pp. 251-252, resulta más que convincente. Mientras que en los supuestos de «delitos», el Ordenamiento jurídico ha delineado una interpretación del hecho que oponer al sentido individual que el mismo pueda tener para el sujeto, en el suicidio no es así. No hay ninguna norma que configure el contenido del suicidio. Así pues, resulta decisiva la imagen del suicidio a tal respecto. Ello amplía las posibilidades de dominio funcional y de responsabilidad del hombre de detrás. De todos modos, el propio desarrollo de la postura de NEUMANN, JA 1987, pp. 253-254, prueba que la discusión en torno al problema del error en los motivos en los casos de suicidio dista mucho de estar cerrada.

(46) Sobre la diferencia entre ambas situaciones, ROXIN, *Täterschaft*, 4.^a ed., p. 604. No comparto su opinión BRANDTS-SCHLEHOFER, JZ 1987, p. 444.

(47) Sobre las tres denominaciones y su identificación, TORIO, *La noción*, p. 653; DEL ROSAL-COBO-RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho Penal PE (Delitos contra las personas)*, Madrid, 1962, p. 276; también GIMBERNAT, *Estudios*, p. 163, entendiendo que el art. 409,II describe un homicidio en el que la víctima está de acuerdo en que el autor le quite la vida, lo que denomina homicidio consentido u homicidio-suicidio. Crítico sobre la denominación de homicidio consentido, BAJO, PE, p. 94.

(48) El tema de la distinción entre homicidio y suicidio es de singular relevancia con el fin de poner de manifiesto que el suicidio no es una forma de homicidio: que el homicidio no es matar a un hombre (lo que englobaría los casos en que uno se mata a sí mismo) sino matar a un hombre distinto del autor (de quien tiene el dominio del hecho). Ello no plantea problemas en Derecho español por la redacción del art. 407 CP (El que matare a otro...). Y en Derecho alemán, donde el § 212 StGB (Wer einen Menschen tötet...) es más ambiguo, lo ha puesto de manifiesto BOTTKE, GA 1983, p. 26. Es la identificación de uno y otro, y el entender que el suicidio es una clase de homicidio, lo que sirve de base a las tesis de *Schmidhäuser* y *Schilling*. Estos autores proponen castigar las formas de intervención en un suicidio, pese a la ausencia de un precepto específico en Derecho alemán que las incrimine, por la vía de estimar que se trata de intervenciones en un homicidio. Cfr. SCHMIDHÄUSER, *Selbstmord und Beteiligung am Selbstmord in strafrechtlicher Sicht*, en *Festschrift für H. Welzel zum 70. Geburtstag*, Berlin, 1974, pp. 813 y 814-815, estimando que el suicidio es un homicidio cometido bajo el amparo de una causa de exculpación; SCHILLING, *Abschied vom Teilnahmeargument bei der*

ría en principio—, nos hallamos ante un homicidio o ante un suicidio, pero jamás ante los dos, pues ello es imposible, y de ahí que la expresión *homicidio-suicidio* encierre una *contradictio in terminis* (49). Contra esta consideración, de índole puramente estructural, no cabe objeción alguna. En particular, no cabe señalar que en aquel inciso nos hallamos ante un auténtico homicidio consentido en el que la ley, sin embargo, afirma la presencia de un suicidio (50). Ello, sin duda, apoyaría la tesis de *Torío* de que lo esencial del suicidio es la *aceptación* de la propia muerte, con independencia de quien la produzca. Pero ya antes nos hemos distanciado de dicha posición. Ahora se insistirá sobre ello. En el inciso primero del art. 409 la cuestión no admite duda alguna. Hay un *autor*, el suicida, que es quien posee dominio del hecho sobre el proceso de producción de su muerte y, precisamente por ello, se tipifican conductas de participación (auxilio e inducción), a las que les falta dicho dominio del hecho. El *suicidio* como hecho implica, pues, dominio del hecho por el suicida. Ahora bien, la propia ley indica, a propósito del art. 409,II que seguimos estando ante un suicidio y que la conducta del tercero sigue siendo un auxilio («si se lo prestare —*el auxilio para que se suicide*— hasta el punto...»). Todo ello indica que el suicida conserva el dominio del hecho y que es por completo inadecuada la denominación de «homicidio consentido» aplicada a este caso (51). Sentado esto, la cuestión que interesa discutir, con el fin de completar el análisis del tema, es la de si puede haber auxilio ejecutivo (*ejecutar él mismo la muerte...*) sin que el que lo preste tenga, a su vez, dominio del hecho; si cabe que un tercero ejecute la muerte del suicida sin ser autor. El tema se ha planteado en España de modo más general a propósito de la cláusula del art. 14,1.º CP. Sobre ella, hay quien ha entendido que expresa una forma de participación (52) y quien, por contra, piensa que expresa una

Mitwirkung zur Selbsttötung, JZ 1979, pp. 159-167: la participación en el suicidio es, a la vez, *autoría mediata de homicidio*. Una crítica a la primera postura se halla en ROXIN Dreher-F, pp. 336-337 y HERZBERG, JA 1985, p. 132; y a la segunda, en HIRSCH, JR 1979, p. 431 y HERZBERG, JA 1985, p. 134.

(49) GIMBERNAT, Estudios, p. 172, entiende que no es un suicidio pues la víctima no se mata. Pero lo cierto es que el texto dice expresamente que se trata de auxiliar a un suicidio y lo que no dice es que la víctima no se mate, sino que la muerte la ejecuta un tercero. Lo que deja abierta la posibilidad de que en la ejecución de la muerte intervengan los dos: de que también *se mate* el suicida, lo que justificaría el que la ley siga hablando de suicidio.

(50) TORÍO, La noción, p. 654; El mismo, Instigación al suicidio, homicidio consentido y eutanasia como problemas legislativos, en Estudios penales y Criminológicos IV (1979-1980), Santiago de Compostela, 1981, pp. 169-202, pp. 188-189. Por su parte, QUINTANO, Tratado de Derecho penal PE, I, Delitos contra las personas, Madrid, 1962, p. 338, practica una equiparación entre el art. 409, II CP y el § 216 StGB.

(51) De todos modos, en Alemania, HERZBERG, JA 1985, pp. 136-137, en los casos en que tanto el suicida como el tercero tienen dominio del hecho, entiende aplicable el § 216 (Tötung auf Verlangen), en lugar de concluir la impunidad. Pero en España, aun de seguir esta opinión, el art. 409,II sigue siendo ley especial frente al art. 407, también podría decirse que el art. 409,II contempla los casos de homicidio consentido en que el consentimiento llega hasta un dominio del hecho por parte de la víctima o suicida.

(52) GIMBERNAT, Autor y cómplice en Derecho Penal, Madrid, 1966, pp. 219 y 270 ss., que le llama «coautor ejecutivo»; QUINTERO, Los delitos especiales y la teoría de la par-

situación de coautoría (53). Desde la perspectiva de esta segunda postura, y entendiendo que el art. 409 es una subespecie de aquella situación, considero que el llamado «auxilio ejecutivo al suicidio» describe un supuesto en que el suicida mantiene el dominio del hecho (por eso hay un suicidio y no meramente un homicidio) pero el tercero que ejecuta también lo tiene (54): se da una situación análoga a la del «dominio del hecho compartido», «cuasi-coautoría» entre ambos sujetos (55).

2. Sin embargo, ya esta denominación pone de relieve que, bajo la apariencia de un dominio del hecho compartido, el suicida y el tercero no dominan el mismo hecho, *sino cada uno el suyo*. Con otras palabras, esta situación, que inicialmente parece de coautoría, plantea el problema de que a cada uno de los sujetos coautores le falta una condición esencial de la autoría del hecho del otro. Ello impide hablar de coautoría. Más bien, habrá un homicidio del tercero al que contribuye —no sólo consiente— la propia víctima. Y un suicidio a cuya ejecución contribuye un tercero. Ambas estructuras se hallan en relación de concurso de leyes, concurso que se resuelve por el principio de especialidad. Este determina la prevalencia del art. 409,II sobre el 407, 406 ó 405, en los que la concurrencia de dominio (contribución al hecho) por parte de la víctima no se toma en consideración (56).

3. Como se habrá advertido, todo ello es bastante más que un mero homicidio consentido. La víctima, en efecto, no se limita a consentir, sino que mantiene hasta el final el dominio del hecho (57). Ello explica probablemente mejor que la simple concurrencia de consentimiento el privilegio de que disfrutaban estas situaciones (pena atenua-

ticipación, Barcelona, 1974, pp. 80 y ss., le llama «coautor material»; RUIZ ANTÓN, El agente provocador en Derecho Penal, Madrid, 1982, pp. 101 y ss., 129 y ss.; El mismo, La doctrina jurisprudencial sobre el delito de quiebra cometido culpablemente y la teoría de la participación, la Ley 1983-I, pp. 193-199, pp. 197 y ss.: se entiende que la función del precepto es castigar al individuo que toma parte directa en la ejecución del hecho y, sin embargo, no puede asumir la condición de autor. Para BUSTOS, PE, p. 48 el art. 409,II es una subclase del art. 14,1.º y éste una forma de participación.

(53) MIR, PG, pp. 330-331.

(54) Plantea la cuestión en términos de alternatividad, sin embargo, NEUMANN, JA 1987, p. 245: dominio del hecho o del suicida o del tercero, aunque con ello lo que pretende conseguir es la impunidad del tercero siempre que el suicida tenga dominio del hecho, solución que creo posible alcanzar —en Alemania— aun afirmando el dominio del hecho también de dicho tercero.

(55) Así, la expresión homicidio-suicidio sería apropiada para designarla.

(56) Hasta aquí estoy de acuerdo con *Gimbernat* en que el art. 409,II (aplicándose las agravantes genéricas) puede desplazar a los demás delitos contra la vida. Pero no porque en él se contemple el consentimiento, sino porque en él se toma en consideración el dominio del hecho del suicida. En los demás casos —consentimiento que no da lugar al dominio del hecho—, el art. 409,II no puede desplazar a otros delitos contra la vida por la sencilla razón de que no es aplicable: no hay un suicidio, y, entonces, resulta que el consentimiento, no contemplado en los demás delitos contra la vida, es irrelevante en Derecho español. Sobre la opinión de GIMBERNAT, vid. Estudios, pp. 173 y 175. Por lo demás, sobre el dominio del hecho por el suicida, aunque sea compartido (*Mit-herrschaft*), como elemento característico de las situaciones de intervención en el suicidio, a diferencia del homicidio consentido, cfr. ROXIN, *Täterschaft*, 4.ª ed., pp. 572 y 573.

(57) En sentido similar, MUÑOZ CONDE, PE, 6.ª ed., pp. 55-56; BUSTOS, PE, pp. 48-49; en Alemania ESER, Schönke-Schröder, 22.ª ed., § 216 n.º 11 (vid. supra nota 12).

da para los casos en que se dieran las circunstancias del asesinato o el parricidio). No cabe olvidar, en efecto, que nuestro Ordenamiento es singularmente reticente respecto al consentimiento, no otorgándole relevancia atenuatoria ni en la generalidad de los casos de lesiones, lo que convertiría en una incongruencia sistemática su reconocimiento en el homicidio. La conclusión de todo lo anterior es de la máxima importancia. Sólo en los casos en los que el suicida mantiene el dominio del hecho hasta el final es aplicable el art. 409,II. En los demás supuestos de ejecución de su muerte por un tercero serán el 405, 406 ó 407 los tipos aplicables (58). El lugar sistemático del homicidio consentido «*stricto sensu*» en Derecho español no es, pues, el art. 409,II, sino, según los casos, uno de aquellos otros preceptos. Esta consecuencia es importante fundamentalmente en lo que se refiere a un sujeto que, habiendo consentido en que otro llegue a ejecutar su muerte, se halla inconsciente y, por tanto, sin posibilidad alguna de control del proceso, en el momento en que el tercero procede a hacerlo. En este caso, no puede aplicarse el art. 409,II sino que procede la aplicación de los arts. 405/406/407 según las circunstancias.

II.3. *Aplicación de los elementos generales del concepto jurídico-penal de suicidio al caso concreto*

1. La decisión de si la conducta de M. A. puede calificarse de suicidio en el sentido antes expuesto debe afrontar, por orden cronológico, dos problemas bien diferentes. En primer lugar, y en lo que se refiere a la fase de ingestión del herbicida, se plantea la cuestión de la «libre responsabilidad». En efecto, ninguno de los restantes elementos (causación, dolo, dominio del hecho) parece ofrecer aquí problemas de entidad. Sí, en cambio, el estado acentuado («grave crisis») de *depresión y melancolía* en que la joven se encontraba. ¿Significa esto que no puede hablarse de «libre responsabilidad» a propósito de su conducta? Entre melancolía y suicidio existe una relación estrecha. Ello quiere decir que los estados melancólicos o depresivos se hallan con frecuencia en la base de tendencias suicidas (59). Por otro lado, la literatura psiquiátrica forense atribuye a la melancolía *extrema* efectos de inimputabilidad y a formas menos intensas efectos de notable disminución de la imputabilidad (60). Ahora bien, estas afirmaciones deben matizarse en un doble sentido. Por un lado, para sostener que no siempre hay en la base de las conductas suicidas forzosamente una

(58) De todos modos, el TS ha venido aplicando el art. 409,II en supuestos en los que es, al menos, discutible que el suicida mantuviera el dominio del hecho, siendo sólo evidente el acuerdo: así, por ejemplo, STS 15-12-1977 (A.4898) en que, dados dos amantes, él le inyecta a ella el producto tóxico. La cita MUÑOZ CONDE, *Provocación*, p. 5.

(59) CODÓN-LÓPEZ SAIZ, *Psiquiatría jurídica penal y civil*, 3.^a ed., Burgos, 1968, I, pp. 321, 327 y 330; *Handwörterbuch der Psychiatrie* (Ed. Battagay, Glatzel, Pöldinger, Rauchfleisch) Stuttgart, 1984, pp. 107 y 108.

(60) CODÓN-LÓPEZ SAIZ, *Psiquiatría*, p. 331.

depresión en sentido estricto (61). Y, además, para afirmar que una «depresión» en sentido amplio (así, los estados de abatimiento o aflicción) no bastan para excluir la libertad del suicida. Pues este «decaimiento» sí que se da en la práctica totalidad de suicidios, por lo que acoger el planteamiento anterior implicaría afirmar que no hay suicidios «libres»; con todo lo que ello implica también para el homicidio consentido (62).

2. Lo anterior impide llegar, ante la ausencia de informaciones precisas en los Antecedentes de Hecho del caso (63), a consecuencias concretas sobre el carácter del comportamiento de M. A. Es cierto que todo parece indicar que se trata de un *Appellsuizid*, en el que la doctrina sostiene unánimemente la ausencia de libertad. La situación previa, el medio empleado (que provoca una muerte lenta, con relativa facilidad de evitación siempre que se adopten los medios correctos para ello), y la aparente intensidad de la perturbación parecen apoyar este punto de vista. De todos modos, aunque esto sea menos verosímil, tampoco es posible, con los datos de que disponemos, excluir que se trate de un suicidio reflexivo. De ahí que, a la hora de analizar la responsabilidad de J. A. planteemos tanto la hipótesis principal de que sea un suicidio *no libre* el que no impidió, como la posibilidad contraria. Las dos variantes se confrontarán con la solución jurisprudencial con el fin de determinar si la misma es correcta.

III. ¿ES J. A. RESPONSABLE POR COMISION ACTIVA DE LA MUERTE DE M. A.?

III.1. *En el supuesto —menos verosímil— de que la conducta de M. A. pudiera calificarse como «libremente responsable»*

1. Pese a que, como hemos indicado, el TS centra su análisis de la responsabilidad de J. A. en la última fase (omisiva) del hecho (64), es lo cierto que, de modo previo, se producen ciertas conductas que, acaso, podrían fundamentar una responsabilidad comisiva del mismo por la muerte de M. A. Concretamente, son relevantes a este respecto tanto la *tenencia del herbicida* como la *discusión* habida entre ellos poco antes de ingerir M. A. el tóxico. Dado que en ambas conductas nada hay que permita inferir la existencia de dolo —ni siquiera eventual— su análisis obligaría a afrontar, en todo caso, el problema de la responsabilidad de terceros por hechos imprudentes ante conductas

(61) Sobre esto, vid. ROJO/GINER/LEAL, Suicidio y depresión en *López-Ibor Aliño* (ed.), *Las depresiones. Progresos en su diagnóstico y tratamiento*. Barcelona, 1977, pp. 125-134, 134.

(62) BRANDTS-SCHLEHOFER, JZ 1987, p. 442.

(63) Sólo se habla de una «depresión y melancolía acentuada» y que actuó «presa de una grave crisis».

(64) «...la muerte (...) fue debida a que aquél se limitó a suministrarle unos remedios caseros para atajar el mal (...) abandonándola después a su suerte...».

suicidas en las que, en esta primera subvariante, concurra una libre responsabilidad por parte de la víctima.

2. Sin embargo, la propia imprudencia de J. A. es todo menos evidente. En efecto, el análisis de la fase comisiva del supuesto no muestra, a mi juicio, elementos suficientes para hablar, a propósito de la misma, de imprudencia. Ciertamente es que en esta materia inciden de modo especial las dificultades, frecuentemente comentadas, relativas a la concreción de la norma de cuidado. Pero, en todo caso, conviene tener en cuenta dos elementos. En primer lugar, la relativa imprevisibilidad de la conducta suicida de M. A. Esta, si bien, según consta en los Antecedentes de Hecho, había manifestado ya con anterioridad un carácter melancólico y depresivo, no había intentado nunca suicidarse, ni siquiera manifestado una eventual voluntad de hacerlo. Además, tampoco resulta claro que su estado melancólico, previo a la discusión, fuera de una extrema intensidad, que pudiera hacer pensar en la posibilidad del suicidio. En conclusión, parece lo más satisfactorio excluir la existencia de una imprudencia (65). En lo que se refiere a la tenencia del herbicida, a las consideraciones anteriores hay que añadir que ésta, a diferencia de si se tratara de un medio inequívocamente lesivo, entra —como la de tantos otros tóxicos de habitual uso doméstico— dentro de lo «socialmente adecuado». Esta «adecuación social» sólo decaería ante la probabilidad seria de un intento de suicidio, situación que, según entiendo, no concurre en el supuesto comentado. En conclusión, en la «fase comisiva» no me parece que concurren elementos suficientes para fundamentar la sanción penal de J. A. (66).

3. En cualquier caso, la exclusión de la existencia de una imprudencia temeraria en el supuesto fáctico, no implica eludir el problema teórico representado por la contribución activa imprudente a un suicidio. En la subvariante que ahora contemplamos —suicidio «libre»— la doctrina se muestra unánime en afirmar la impunidad del interviniente imprudente, por mucho que los argumentos varíen de un autor a otro (67). Así, en Alemania, la mayoría de los autores apelan al argumento «a maiore ad minus» derivado de la impunidad de la par-

(65) Claramente, en lo que se refiere a una imprudencia temeraria. La apreciación de una imprudencia simple ofrecería menos dificultades.

De todos modos, ROXIN, Sobre el fin de protección de la norma en los delitos imprudentes, en Problemas básicos del Derecho penal (trad. Luzón Peña), Madrid, 1976, pp. 181-199, p. 183 afirma que existe imprudencia en un caso hasta cierto punto similar al que ahora comentamos: acompañar a beber a una mujer, de quien se sabe que tras ingerir alcohol cae en estados de depresión, teniendo en el salpicadero del coche una pistola. Aunque, en cualquier caso, este ejemplo de Roxin me parece más grave.

(66) Otros problemas que surgirían en este ámbito de cuestiones serían el de la propia relación de causalidad, mucho más difícil de probar cuando por medio hay un momento de decisión, más o menos «libre», de otro sujeto (causalidad psíquica) y el de la imputación objetiva, excluida por muchos autores en casos de esta configuración.

(67) Cfr. por todos HIRSCH, JR 1979, p. 430.

tipificación dolosa en el suicidio en aquel país (68). Otros aluden al criterio del *fin de protección de la norma* (69). Otros, a la *prohibición de regreso* (70). Y, en fin, otros a la ausencia de lesión del bien jurídico (71). Por lo que se refiere a España, es unánime también la doctrina partidaria de la impunidad, fundamentalmente sobre la base del argumento de que el art. 409 no se puede cometer por imprudencia (72). En la subvariante que nos ocupa (suicidio «libre»), pues, aunque hubiéramos concluido la existencia de imprudencia en la conducta de J. A., ésta sería impune por constituir una mera *participación imprudente*.

III.2. *En el supuesto —más verosímil— de que la conducta de M. A. no se calificara de «libremente responsable»*

1. Como en la subvariante anterior, la impunidad de J. A. resulta del hecho de que, a nuestro juicio, no puede estimarse que su conducta sea constitutiva de una imprudencia temeraria. De todos modos, en el caso de que sí pudiera estimarse, las cosas cambiarían sustancial-

(68) Cfr. en este sentido, BOCKELMANN, *Literaturbericht. Strafrecht BT*, ZStW 66 (1954), pp. 11-134, p. 117; SCHÜNEMANN, *Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte*, JA 1975, pp. 715-724, p. 720; ESER, Schönke-Schröder, 22.ª ed., n.º 35 y 36 antes del § 211. Sobre la postura del BGH, conforme con la doctrina dominante, y las tesis discrepantes (Schmidhäuser) o escépticas (Kohlhaas, Geilen), cfr. BLOY, *Die Beteiligungstypus als Zurechnungstypus im Strafrecht*, Berlin, 1985, p. 146.

Sin embargo, no cabe desconocer la existencia de un grupo de autores que rechazan la virtualidad del mencionado argumento, alegando que en el caso de la contribución imprudente al suicidio se trataría de autoría y no de participación. Así, WELP, *Comentario BGH 16-5-1972*, JR 1972, pp. 426-429, p. 428; SPENDEL, *Fahrlässige Teilnahme an Selbst- und Fremdtötung*, JuS 1974, pp. 749-756. Ello, en la medida en que la doctrina dominante alemana estima suficiente para la autoría imprudente una contribución al hecho con infracción del deber de cuidado. Tal conclusión les obliga a fundamentar de modo diferente la impunidad de la causación imprudente de un suicidio. Críticos también, aunque con otros argumentos, SAX, *Zur rechtlichen Problematik der Sterbehilfe durch vorzeitigen Abbruch einer Intensivbehandlung*, JZ 1975, pp. 137-151, p. 145; y NEUMANN, JA 1987, p. 248.

(69) ROXIN, *Problemas básicos*, pp. 183 y ss. y 185.

(70) WELP, JR 1972, p. 429.

Aunque no es éste el lugar idóneo para ello, hay que señalar que la discusión entre partidarios y críticos de la teoría de la «prohibición de regreso» dista mucho de estar zanjada (cfr. JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal* (trad. Mir/Muñoz Conde) Barcelona, 1981, p. 788. En Alemania el tema se ve considerablemente influido por la estimación de la imprudencia previa al delito doloso de un tercero como «tipo de autoría». Así, algunos sostienen la punición de esa imprudencia que ha provocado o facilitado el delito doloso (cfr. *Jescheck Tratado*, p. 788, nota 53). En España, donde se mantiene la distinción entre autoría y participación imprudente (en delitos dolosos o imprudentes), esta participación es una posibilidad teórica que unos estiman punible (cfr. por ejemplo los citados por Luzón, *Derecho penal de la circulación*, p. 96 nota 18 y 19) y otros no. Es esta segunda posición la que ha recibido una argumentación más profunda y detallada, concretamente por Luzón, *Derecho penal de la circulación*, pp. 92 y ss., especialmente 97-99, derivándolo de la regulación de las formas de intervención en el delito en el CP y de su propia naturaleza de causas de extensión de la pena.

(71) SAX, JZ 1975, p. 146.

(72) OLESA, *Inducción*, p. 104; QUINTANO, *Tratado*, I, p. 347; DEL ROSAL/COBO/RODRÍGUEZ MOURULLO, PE, pp. 270-271; BAJO, PE, p. 92.

mente respecto a lo señalado antes a propósito de un suicidio con «libre responsabilidad». En efecto, del argumento «a maiore ad minus» no se desprende ahora la impunidad, sino, al contrario, la posibilidad de sanción. Dado que, si concurriera dolo en J. A., habría que concluir la existencia de una autoría mediata dolosa, siempre que se diera dominio funcional, otro tanto, salvadas las distancias, corresponde señalar para el caso de imprudencia. Así, podría tener sentido afirmar la existencia de una autoría mediata imprudente, por supuesto, siempre que se advirtiera un auténtico dominio (funcional) objetivo del proceso, un verdadero control (73). La afirmación de responsabilidad en estos casos no parece que dé lugar a discrepancias (74). Estas discrepancias sólo surgirán como repercusión de la discusión, ya antes exhaustivamente comentada, acerca de cuándo un suicidio ha sido responsablemente cometido y cuándo no (75). Aclarado esto, no cabría duda sobre la autoría (mediata) imprudente de J. A. sobre la muerte de M. A. (76).

(73) Esto, en todo caso, podría afirmarse a propósito de la discusión, si en ésta se advirtiera una imprudencia, pero no a propósito de la tenencia del herbicida, que no parece suficiente para fundamentar el mencionado «dominio». Sobre el *dominio objetivo y positivo* que es preciso para fundamentar la autoría mediata, cfr. LUZÓN, Derecho penal de la circulación, p. 95, 102, 103, para un caso en el que entiende que se da ausencia de libertad.

(74) Sobre tal responsabilidad imprudente del hombre de detrás, cfr. BOCKELMANN, ZStW 66 (1954), p. 117; BLOY, Die Beteiligungsform, pp. 146-147 nota 91, por citar dos puntos cronológicos extremos en la convicción generalizada de la doctrina alemana. En España, por ejemplo, OLESA, Inducción, p. 104. Tampoco la imputación objetiva, una vez que se determinase la causalidad (ámbito de relativa dificultad) daría lugar a problemas sustanciales, según creo.

(75) Sin embargo, ROXIN, Problemas básicos, p. 185, absuelve en un caso similar sobre la base del criterio del fin de protección de la norma. Ello debe de tener su origen en la consideración de que la suicida es, pese a su estado de depresión, imputable, lo que, según la doctrina general, aquí examinada, excluiría la autoría mediata.

(76) Deseo aprovechar la ocasión para aclarar una aparente discrepancia —producida a propósito del comentario de la STS 27-1-1984— entre Luzón (cfr. obra citada en nota 18) y yo (cfr. mi trabajo, Límites en la responsabilidad por imprudencia. La Ley 1984-4, pp. 1040-1046, y la referencia a él en Luzón, Derecho penal de la circulación, p. 106). Considero que Luzón tiene razón cuando señala la necesidad de distinguir entre autoría y participación imprudente, aunque personalmente todavía no esté completamente convencido de la impunidad de ésta última. Creo también que, en general, el problema del carácter de autoría o participación habría de analizarse de modo previo al de la imputación objetiva. Como se ve, pues, la coincidencia es amplia. Las discrepancias, que se reflejan en la absoluta disparidad de las soluciones dadas al caso, radican, más bien, en la contrapuesta valoración de los hechos. En efecto, a diferencia de lo que entiende Luzón: A) no consideré que el conductor tuviera «dominio objetivo» de la segunda conducta, en la medida en que no es su *hecho imprudente* el que la desencadena, sino un resultado, cuya causación imprudente o no era, a los efectos de tal segunda conducta, irrelevante. B) Además, dicho dominio objetivo decaería en la medida en que no consideré que la mujer víctima del atropello fuera inimputable, ni nada parecido, puesto que de la redacción de los hechos se desprende mucho menos el trastorno que la *precipitación* por comunicar la noticia. Por otro lado, el supuesto trastorno no podía venir provocado por un temor a ser atropellado (el primer proceso lesivo ya había finalizado), sino por el horror ante la visión del cuerpo tendido (lo que, de nuevo, desmentiría el dominio objetivo). C) Por último, considero que el fin de protección de la norma lesionada por el conductor no puede abarcar la evitación de las conductas que terceros realicen al ver el resultado del primer proceso. Concretamente: no creo que dicho fin de protección pretenda evitar (a diferencia de Luzón, p. 104) que otros peatones salgan despavoridos al ver que otras personas han sido atropelladas (p.ej. para comunicar la noticia).

IV. ¿ES J. A. RESPONSABLE POR OMISION DE LA MUERTE DE M. A.?

IV.1. *Cuestiones generales sobre la intervención omisiva en un suicidio*

1. En lo anterior se ha partido de que, de la valoración de los hechos, no se desprenden datos suficientes para fundamentar una responsabilidad comisiva imprudente de J. A. por la muerte de M. A. A continuación, se trata de examinar si es posible que concurren bases sobre las que asentar una responsabilidad omisiva. El tema de la intervención omisiva en situaciones de suicidio es uno de los más discutidos en la doctrina. Con todo, cabe advertir una práctica unanimidad en afirmar, para ciertos casos, la responsabilidad de quien no impide el suicidio o sus efectos, a título de homicidio en comisión por omisión (si concurre en él una posición de garantía *en condiciones suficientes para la equiparación*) (77), o bien de omisión del deber de socorro, si no se da tal posición. Estos casos son los de suicidio cometido en «ausencia de libre responsabilidad», por un lado, y los de suicidio inicialmente «libre» en el que se produce un cambio de sentido, por el otro: así, aquéllos en que el suicida se arrepiente, pide socorro, etc. (78). Tal constatación nos permitiría resolver con cierta rapidez la problemática planteada por el caso que comentamos. En efecto, antes se ha llegado a la conclusión de que es lo más probable que en nuestro supuesto nos encontremos ante un suicidio *no libre*. Con ello, sólo restaría examinar si en J. A. se dan los elementos precisos para una responsabilidad en comisión por omisión, o simplemente debe imputársele una omisión del deber de socorro. Sin embargo, ya antes dejamos también abierta la posibilidad de que el suicidio de M. A. fuera «libre» y analizamos la correspondiente variante. Ello obliga a repetir el esquema en lo que a omisión se refiere, entrando, en la medida de lo posible en la discusión, hoy ya difícilmente abarcable, que al respecto existe. A continuación procederemos a ello.

2. En la discusión sobre la responsabilidad omisiva de quien no impide un suicidio cometido con libre responsabilidad es posible distinguir —salvando matices de menor trascendencia— tres posturas fundamentales. Existe, por un lado, una sólida doctrina, dominante en

(77) Como es sabido, en los delitos de resultado la doctrina dominante entiende que la concurrencia de una posición de garantía es suficiente para la equiparación. Por mi parte, he sostenido que tampoco aquí es así, y que siempre es preciso que a la posición de garantía (como posición de responsabilidad agravada) se unan otras circunstancias para hablar de una omisión equiparable a la comisión. Cfr. SILVA, *El delito*, pp. 339 y ss., 359 y ss., especialmente, pp. 369, 370 y 371.

(78) Cfr. por todos, ROXIN, *Täterschaft*, 4.ª ed., p. 476; ESER, Schönke-Schröder, n.º 40 antes del § 211; BOTTKE, GA 1983, p. 33; HERZBERG, *Täterschaft und Teilnahme. Eine systematische Darstellung aufgrund von Grundfällen*, München, 1977, p. 84; especialmente sobre la unanimidad en los casos de «cambio de sentido» ZINZOLL, *Solidaritätspflichten bei der Selbsttötung*, Tesis, Bonn, 1984, p. 91. Aunque, por supuesto, en todo este ámbito vuelve a reproducirse la discusión en torno a cuándo un suicidio es *libre* y cuándo no.

Alemania occidental, que se muestra partidaria de la impunidad, tanto si quien no impide dicho suicidio es un garante como si no lo es (79). Se excluye, pues, la responsabilidad por omisión del deber de socorro y por «comisión por omisión». Los argumentos en favor de la misma son diversa índole. Así, por un lado, se sostiene que la impunidad de la participación activa en el suicidio debe llevar, asimismo, a la impunidad de la no-evitación del mismo so pena de defraudar, mediante la sanción de esta última, la voluntad de la ley en relación con la primera (80).

Por otro lado, se alude a la falta de un tipo sobre el que fundar la equiparación o al valor de la libre decisión del suicida (81). También se argumenta que el suicidio libre no es «Unglücksfall» a los efectos del § 323 c StGB (delito de omisión del deber de socorro) (82). En fin, se entiende que, aunque fuera un «Unglücksfall», en todo caso faltaría la exigibilidad de la actuación de evitación, por el significado de la libre decisión del suicida, o por la imposibilidad de modificar las circunstancias que le han llevado a adoptarla (entre otras razones) (83).

3. Una segunda corriente doctrinal, con apoyo en la jurisprudencia alemana, sostiene el deber de los garantes de impedir suicidios, aun cuando éstos sean libres (84). La consideración que le sirve de base, aparte un considerable escepticismo en cuanto a la posibilidad efectiva de un suicidio libre, es la de que el garante es siempre *autor* del delito de omisión (y no «partícipe por omisión»), con lo que el argumento relativo a la impunidad de la participación activa no le afectaría. En efecto, si el garante es siempre autor y tiene obligación de

(79) Cfr. las referencias a dicha doctrina dominante en CZINCZOLL *Solidaritätspflichten*, p. 87; BOTTKE, *Suizid und Strafrecht*, Berlín, 1982, p. 295 nota 1458; BOTTKE, GA 1983, p. 33. Tal impunidad, con independencia de que la tentativa sea ya acabada y el suicida haya perdido el dominio de los acontecimientos, siempre que no se produzca el «cambio de sentido»: BOTTKE, *Suizid*, p. 313; CRAMER, *Schönke-Schröder*, 22.^a ed., § 323 c n.º 7. Claramente para un caso de inconsciencia, DREHER, *Comentario Schwurgericht*, Berlín, 8-6-66, JR 1967, pp. 269-271, p. 270; GRÜNWARD, *Die Beteiligung durch Unterlassen*, GA 1959, pp. 110-123, pp. 120-121, entiende que el caer en inconsciencia el suicida ni afecta al dominio del hecho ni a la libre decisión, a diferencia de los casos de «cambio de sentido».

(80) Lo cual sería evidente si se admite como posición de garante la ingerencia: BOTTKE, GA 1983, p. 24; HIRSCH, JR 1979, p. 432; WELP, JR 1972, p. 429. Pero otro tanto puede afirmarse en lo que se refiere a la omisión de socorro. En este sentido, BOTTKE, *Suizid*, p. 314; GROPP, *Suizidbeteiligung und Sterbehilfe in der Rechtsprechung*, NSZ 1985, pp. 97-103, p. 100.

(81) CZINCZOLL, *Solidaritätspflichten*, p. 87.

(82) Por todos, BOTTKE, *Suizid*, pp. 300-301; CHARALAMBAKIS, GA 1986, p. 506; NEUMANN, JA 1987, pp. 254-255.

(83) Así CZINCZOLL, *Solidaritätspflichten*, pp. 278 y 281, exceptuando algunos casos. Ya antes, SAX, *Tatbestand und Rechtsgutsverletzung*, JZ 1976, pp. 9-16; 80-85 y 429-439, p. 80 y 81; SCHMIDT, R., *Der Arzt und sein lebensmüder Patient*, JZ 1984, pp. 866-869, p. 868; DÖLLING, *Suizid und unterlassene Hilfeleistung*, NJW 1986, pp. 1011-1017, p. 1016.

(84) Eventualmente, el argumento se extiende a la omisión de socorro. Así, por ejemplo, un clásico de esta dirección es GEILEN, *Suizid und Mitverantwortung*, JZ 1974, pp. 145-154, p. 145; por lo demás, las referencias a esta corriente doctrinal se hallan en BOTTKE, *Suizid*, p. 249 nota 1452; CZINCZOLL, *Solidaritätspflichten*, p. 88; GROPP, NSZ 1985, pp. 99 y 103. Se suele citar dentro de esta corriente a *Schmidhäuser*, *Bringewalt*, *Schwalm*, etc.

impedir incluso suicidios «libres», al no hacerlo se convierte en autor de la mencionada muerte en comisión por omisión (85). En la actualidad, esta tesis se sostiene fundamentalmente por Herzberg en forma algo matizada. La postura de Herzberg parte de que es preciso distinguir dos clases de garante. Si el garante lo es por ostentar una función de protección de un bien jurídico (*Beschützergarant*), la no evitación de la lesión le convertirá en autor aunque dicha lesión fuera causada por un proceso delictivo activo (86). Si, en cambio, es garante por una función de control de una fuente de peligro (*Überwachungsgarant*), dado un proceso delictivo activo, la no evitación le convertiría en partícipe (87). Pues bien, Herzberg aplica esta sustancial bipartición al caso de la no evitación del suicidio libre. Con ello, el *Überwachungsgarant* quedaría impune por directa repercusión de la impunidad de la participación activa (88). Mientras, el *Beschützergarant* respondería de la muerte del suicida (89). Contra ello no cabría alegar la impunidad de la participación activa, ni el absurdo de que se castigara al garante que no actúa y no, en cambio, al que además ayuda activamente al suicidio. Según Herzberg, el *Beschützergarant* que ayuda al suicidio es ya, desde ese momento, autor en comisión por omisión de la muerte, si ésta se produce, en virtud de la estructura de la «omisión por comisión» (90).

4. Por último, una tercera corriente hace responsables a los garantes (9) si la no evitación del suicidio se produce en un momento en que el suicida había perdido el dominio del hecho (por caer en inconsciencia, etc.), produciéndose, así, un cambio de dominio (*Tat herrschaftswechsel*) (92). Naturalmente, también esta postura entronca con una concepción general acerca de la distinción entre autoría y participación en los delitos de omisión. Concretamente, con aquélla que entiende que si hay un actuante que detenta un dominio del hecho práctico, el dominio del hecho potencial del omitente hace de éste

(85) Cfr., sobre los presupuestos de esta posición, ROXIN, *Täterschaft*, p. 473. Esta postura resulta, pues, de dos bases: la primera, el sostener el «concepto indiferenciado de omitente» según el cual todo garante que no impide un resultado lesivo de un bien jurídico es autor, sea dicho resultado producido por un fenómeno natural o un delito comisivo (esta tesis la comparte ROXIN, junto con ARMIN KAUFMANN, GRINWALD, RUDOLPHI, STRATENWERTH, CRAMER, etc., e implica la irrelevancia de consideraciones de dominio del hecho para distinguir entre autoría y participación por omisión). La segunda base, completamente independiente de la anterior, es que también hay deber de evitar suicidios «libres».

(86) Cfr. HERZBERG, *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*, Berlin, 1972, p. 261.

(87) HERZBERG, *Die Unterlassung*, p. 260.

(88) HERZBERG, *Die Unterlassung*, p. 267.

(89) HERZBERG, *Die Unterlassung*, p. 266; EL MISMO, *Täterschaft*, pp. 88-89; EL MISMO, JA 1985, pp. 178-179 y 180 y ss., argumentándolo. Naturalmente, tal responsabilidad se daría en los términos del 216 StGB: homicidio a petición de la víctima. Crítico sobre esto BOTKE, *Suizid*, p. 284.

(90) Sobre esto cfr. SILVA, *El delito*, pp. 164 y ss.

(91) Y, eventualmente, a los no-garantes por omisión de socorro.

(92) Sobre ella, vid. las referencias en BOTKE, *Suizid*, p. 295 nota 1454 y CZINCZOLL, *Solidaritätspflichten*, p. 90. Crítico, ROXIN, *Täterschaft*, 4.ª ed., pp. 474-475 y 627.

tan sólo participe (93) (impune aquí por el argumento de la participación activa). Mientras que, desde el momento en que dicho actuante pierde el dominio, por caer en inconsciencia, por ejemplo, pasa a ser el omitente la figura central del proceso y, en definitiva, el autor.

5. En la doctrina española actual se suele partir de la punibilidad de la intervención omisiva en el suicidio libre. Una mayoría, según creo, de autores afirma, en todo caso, la imposibilidad de realización por omisión del auxilio ejecutivo al suicidio. Para ello, unos se basan en el argumento, del que antes me he distanciado, de que el art. 409, II CP parte de que no es el suicida quien se mata, sino un tercero, lo que no se cumpliría en este caso (95). Otros, por su parte, en que la *ejecución* implica una conducta material activa que impide la comisión por omisión (96). Excluida también la responsabilidad por homicidio, asesinato o parricidio, pues éstos parten de que la víctima muera contra su voluntad (97), lo que tampoco se daría aquí, sólo resta el auxilio omisivo al suicidio del art. 409, II CP (98). En esto suele coincidir la doctrina (99). Y otro tanto se señala en cuanto a la posibilidad de la omisión de socorro (100).

6. Personalmente, entiendo que, ante una situación de suicidio no libre, el garante que no impide su producción ha de responder, si se dan todos los restantes criterios de la equivalencia, por homicidio en comisión por omisión (o el delito contra la vida que, por las circunstancias, corresponda) y el no garante (o garante sin posibilidad de equivalencia) por omisión del deber de socorro. Ahora bien, dado un suicidio libre, me distancio de la doctrina dominante española y sostengo la impunidad, tanto para el garante como para el no garante que no lo impide (101). Ello, no por creer que el suicidio no constituya situación de peligro típico a los efectos de los delitos de omisión. Tal cosa, pese a las dificultades que plantea la afirmación del carácter «desamparado» del sujeto a los efectos de la aplicación del art. 489 bis CP (102), podría todavía sostenerse de modo general (103). Ocurre, sin embargo, a mi juicio, que, en lo que se refiere al delito de omisión pura del art. 489 bis CP, es «inexigible» la prestación de socorro a

(93) Cfr. sobre esta tesis SILVA, El delito, pp. 223-225 y nota 325.

(94) Que en los casos de suicidio no libre hay responsabilidad, se da evidentemente por sentado. Sobre el debate, por ej., RODRÍGUEZ MOURULLO, Omisión del deber de socorro y auxilio al suicidio, RFDUM V 1961, pp. 333-360, pp. 339 y ss.

(95) GIMBERNAT, Estudios, p. 172; también excluyen la comisión por omisión del auxilio ejecutivo DEL ROSAL/COBO/RODRÍGUEZ MOURULLO, PE, pp. 279; en cambio, contempla tal posibilidad MUÑOZ CONDE, PE, 6.ª ed., p. 56.

(96) BAJO, PE, p. 94.

(97) *Supra* me he separado también de esta opinión.

(98) GIMBERNAT, Estudios, p. 172.

(99) DEL ROSAL/COBO/RODRÍGUEZ MOURULLO, PE, pp. 267-268; OLESA, Inducción, p. 87; BAJO, PE, p. 91.

(100) GIMBERNAT, Estudios, p. 168, sobre que el bien jurídico del art. 489 bis (solidaridad humana) se lesiona también no socorriendo a quien decide poner fin a su vida.

(101) Cfr. La Ley 23-1-1987, p. 4.

(102) DEL ROSAL, ADPCP 1987, p. 97; Díez RIPOLLÉS, CPC 1986, p. 644 y 645, que niegan el deber de socorro con este argumento.

(103) La Ley 23-1-1987, p. 4 y notas 58 y 59.

quien no lo desea (se le puede «socorrer», pero no hay deber de hacerlo por falta de exigibilidad) (104). Y, en lo que se refiere a la comisión por omisión, el deber de garantía resulta «cancelado» por la libre decisión del suicida, que supone algo así como una liberación del garante del compromiso que le vinculaba al otro sujeto (105). Esto valdría incluso para las situaciones de inconsciencia subsiguientes a un suicidio cometido con libre responsabilidad (106).

No me parece decisivo, a este respecto, el que la impunidad del auxilio omisivo al suicidio diera lugar a un «abuso del poder del Estado que, so pretexto de respetar la voluntad suicida del contrario político, podría conseguir su eliminación respetando su voluntad suicida, pese a los deberes públicos de asistencia derivados de las especiales relaciones de poder» ((107). Según entiendo, operan aquí también las reglas generales y el problema esencial viene dado por la dificultad de la determinación de si la decisión de no ingerir alimentos es efectivamente libre o no.

IV.2. *Análisis del caso concreto*

1. Las consideraciones anteriores resolverían el problema de la presunta responsabilidad omisiva de J. A. si el suicidio de M. A. pudiera ser calificado de «responsable». Sin embargo, ya antes pusimos de relieve que ésta era la posibilidad menos verosímil, dadas las circunstancias del caso. Dado, pues, que lo más probable es que nos hallemos ante un suicidio «no-libre» y que, por lo tanto, quepa una respon-

(104) Cfr. La Ley 23-1-1987, p. 4 y notas 63 y ss., con una explicación más detallada y remisión a mi obra *El delito de omisión. Concepto y sistema*, donde expongo el papel que, a mi entender, desempeña la exigibilidad en los delitos de omisión. DEL ROSAL, ADPCP 1987, pp. 96-97 se sitúa en una línea similar argumentando desde la perspectiva constitucional. Cfr. también DIEZ RIPOLLÉS, CPC 1986, pp. 630-631.

Los casos en que *Del Rosal* admite la punición, que serían aquéllos en que el tercero ha contribuido a la formación de la voluntad suicida (por auxilio moral, por ej.) habría que estimarlos, a mi juicio, «comisivos». Se trata, en efecto, de actos concluyentes, que ni siquiera tendrían por qué provenir de garantes. Cfr. SILVA, *El delito*, p. 354, con consideraciones a propósito de los delitos de mera actividad que, salvadas las distancias, son también aplicables aquí.

(105) Cfr. La Ley 23-1-1987, p. 4 y notas 60, 61 y 62, con referencias a *Kreuzer* y *Sowada* en el mismo sentido: Entiendo que el fundamento de la responsabilidad del garante es, en todo caso, el compromiso de afrontar los riesgos que amenazan al otro sujeto. Este compromiso puede romperse por ambas partes y el suicidio *libre* me parece una forma idónea de hacerlo.

(106) Cfr. ROXIN, *Täterschaft*, 4.^a ed., p. 474: si el principio es respetar la voluntad del suicida, ello vale también para los casos en que éste, con posterioridad, se halla inconsciente o desamparado. A este respecto, para evitar falsas interpretaciones, o la impresión de que se ha producido un cambio de opinión, deseo añadir a lo que señalo en La Ley 23-1-1987, p. 5 y notas 76 y ss. Allí sostengo un deber de intervención en casos de inconsciencia, en efecto, pero *estoy contemplando casos de inconsciencia de los que se desconoce si el comienzo de la acción suicida fue libre o no*. Que me refiero a ellos, se desprende, desde luego, del contexto. En lo relativo a situaciones de inconsciencia subsiguientes a un suicidio *libre*, sostengo, ahora como antes, la ausencia de deber de intervenir, tanto para garantes como para no-garantes. Cfr. sin embargo DIEZ RIPOLLÉS, CPC 1986, p. 657 y ss., afirmando deber de intervenir en tales casos de inconsciencia.

sabilidad omisiva, conviene examinar si concurren en el caso los elementos necesarios para afirmarla. Comenzaremos por analizar la posibilidad de una comisión por omisión, que, evidentemente, requiere una posición de garantía del sujeto.

2. Sobre la relación entre J. A. y M. A. no se da en los Antecedentes de Hecho una información detallada. Simplemente, que se trataba de una amistad, intensificada hasta el punto de convivir y tener relaciones íntimas en el domicilio del varón. Además, puede colegirse que dicha relación duró desde el mes de marzo hasta el 15 de junio. Como se ve, no es mucho. En todo caso, es suficiente para advertir que, dejando aparte el actuar precedente (107), la única fuente de posición de garante que aquí cabe considerar es la *convivencia* o *estrecha comunidad de vida* (Wohngemeinschaft, enge Lebensgemeinschaft) (108). Esta, sin embargo, no es admitida, en general, por sí sola, como fundamento suficiente de una posición de garantía: ello, ya se la rechace expresamente (109), ya se le exijan determinados requisitos (110), ya se afirme su posible eficacia en combinación con otras fuentes de la posición de garantía (111). Tan sólo la jurisprudencia alemana parece admitirla sin objeciones (112). Pero siempre dando pie a

(107) Dado el carácter discutido de esta fuente de posición de garante, y puesto que hemos negado una imprudencia previa de J. A. que pudiera conformarlo, prescindiremos de plantear su posible incidencia autónoma en la determinación de la responsabilidad de este sujeto. En cualquier caso, es inevitable que el actuar precedente de J. A. —aun calificado como no imprudente— influya sobre la valoración global que merezca la situación en cuanto generadora de posición de garante. Aparte, y respecto a la no-evitación de la muerte, podría hablarse de un «omitir precedente», que un sector de la doctrina estima asimismo fuente de posición de garante, y que vendría dado por la no-evitación de la ingestión del herbicida, si es que ello fue posible.

(108) Cfr. un caso similar en GROPP, NSTZ 1985, p. 99 nota 27: «Lieselotte-Fall», en el que un médico rompe relaciones amorosas con una joven, suicidándose ésta con un tóxico sin que aquél impida el óbito. Se discute tanto la naturaleza de la relación como la ingerencia (por no tener cerrado el armario de las medicinas).

(109) Así, por ej., GEILEN, Garantenpflichten aus ehelicher und eheähnlicher Gemeinschaft, FamRZ 1961, pp. 147-160, p. 153 y 157; SCHÜNEMANN, Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte, Göttingen, 1971, pp. 355 y 356; DOERING, Strafrechtliche Garantenpflicht aus homosexueller Lebensgemeinschaft?, MDR 1972, pp. 664-665, p. 665; LANDSCHEIDT, Zur Problematik der Garantenpflichten aus verantwortlicher Stellung in bestimmten Räumlichkeiten, Berlin, 1985, pp. 143-144.

(110) Fundamentalmente, *duración*, o estar *dirigida a la ayuda recíproca*: OTTO/BRAMMSEN, Die Grundlagen der dtrafrechtlichen Haftung des Garanten wegen Unterlassen, Jura, 1985, pp. 530-542, p. 530; ya antes HERZBERG, Die Unterlassung, p. 344-346; BÄRWINKEL, Zur Struktur der Garantieverhältnisse bei den unechten Unterlassungsdelikten, Berlin, 1968, pp. 178 y 182; ARZT, Zur Garantenstellung beim unechten Unterlassungsdelikt JA 1980, pp. 553-561, 647-654, 712-717, p. 713; STREE, en Schönke-Schröder, 22.ª ed., § 13 n.º 17 y 25; JESCHECK, LK 10.ª ed., § 13 n.º 21 y 25; BOTTKE, Suizid, p. 274. O que dé lugar a *confianza*: BLEI, Garantenpflichtbegründung beim unechten Unterlassen, Festschrift für H. Mayer zum 70. Geburtstag, Berlin, 1966, pp. 119-143, p. 140.

(111) Ya sea la *ingerencia*, ya la *asunción de funciones de protección*: GEILEN, FamRZ 1961, p. 160; ARZT, JA 1980, p. 713; KIENAPFEL, Die Garantenpflichten (§ 2 StGB) System, Voraussetzungen und Grenzen, JB1 1975, pp. 13-22, 80-86, p. 85; RUDOLPHI, Häusliche Gemeinschaft als Entstehungsgrund für Garantenstellungen?, NSTZ 1984, páginas 149-154, 151 y 153; LANDSCHEIDT, Zur Problematik, pp. 144 y 150-151.

(112) Cfr. al respecto, ZEICHNER, Die Entwicklung der Rechtssprechung zur Garan-

la sospecha de si no habrá tomado en consideración otros elementos trascendentes a la mera relación fáctica de convivencia.

3. Prescindiré de un análisis «interno» de la discusión alemana. En cualquier caso, ésta pone de manifiesto, de nuevo, algo que he tratado de expresar con más detenimiento en otro lugar. Ello es que el fundamento material de la equiparación de una omisión con la comisión activa del delito correspondiente no puede ser otro que la existencia de un «compromiso específico» (113). Sólo si un sujeto adopta el compromiso específico de constituir una barrera de contención para riesgos determinados que amenazan a concretos bienes jurídicos se convierte en dueño absoluto del acontecer típico. Y entonces es posible afirmar que el no-actuar (el retirar la barrera de protección, permitiendo la realización del riesgo) revela una identidad estructural y normativa con la comisión activa: se da una «comisión por omisión» (114). Que esto es así, si bien casi nadie lo reconoce expresamente, lo prueba el intento generalizado, aunque más o menos inconsciente, de encontrar «momentos de asunción» o de «génesis de confianza» en casi todas las situaciones de garantía. Intento que es claramente perceptible en lo que se refiere a la «enge Lebensgemeinschaft».

4. Pues bien, me parece altamente improbable que en la relación entre J. A. y M. A. se diera, de uno u otro modo, un «compromiso» de la naturaleza indicada. Y, desde luego, nada así se desprende de la redacción de hechos, sino más bien lo contrario, dada la brevedad de la relación: unos tres meses. Ello vendría a excluir la comisión por omisión en este caso (115). Naturalmente, sin embargo, lo anterior no significa que «materialmente» no quepa atribuir a J. A. una responsabilidad «más intensa» sobre la suerte de M. A. que la que correspondería a cualquier tercero presente en el momento del suicidio. Pensando en estas situaciones, y en otras bastante más conflictivas, he propuesto la introducción de una categoría intermedia entre las *omisiones puras generales* (como la omisión de socorro) y la *comisión por omisión*. Se trata de la categoría que denomino de *omisiones puras de garante*. Estas, de *lege ferenda*, habrían de contemplarse mediante la creación de un tipo agravado sobre el del art. 489 bis CP. De *lege lata*, sin embargo, no cabe más solución que sancionarlas por este último precepto (116). Y eso es lo que ocurre con el comportamiento de J. A.: dado que no constituye comisión por omisión, sólo parece posible encuadrarlo en la omisión del deber de socorro del art. 489, I CP. Sentado esto, queda examinar si la mencionada omisión de socorro sería dolosa o imprudente. A este respecto, creo que nos hallamos ante un

tenstellung aus enger Lebensgemeinschaft seit der Gründung des Reichsgerichts. Tesis. Kiel 1973, p. 212.

(113) SILVA, El delito, pp. 369 y ss.

(114) SILVA, El delito, p. 371.

(115) Ello nos libera de examinar la relación de imputación objetiva (la llamada «causalidad hipotética») que tampoco es evidente: en efecto, en ningún momento se alude en los hechos a que el traslado de la suicida al hospital en el primer momento hubiese evitado su muerte.

(116) SILVA, El delito, pp. 344 y ss.

caso límite entre la culpa consciente (117) y el dolo eventual (118), cuya resolución no acometeré aquí. En todo caso, poderosas razones abogan en favor de la segunda solución: no se me ocurre, en efecto, qué podría mover a J. A. a *confiar* en que el resultado letal no se produciría y a dejar, consiguientemente, de realizar el oportuno traslado al centro hospitalario (119).

V. CONCLUSION

La solución del caso pasaría, pues, por hacer responsable a J. A. de una omisión del deber de socorro (120), dolosa o imprudente (121). El fallo del TS es, por tanto, criticable, por su afirmación de que se ha producido una *imprudencia con resultado de muerte*, que remite implícitamente a una «comisión por omisión» imprudente de homicidio (122). Esta no existe, como se ha tratado de mostrar. Con todo, más criticable aún resulta: 1) que no se justifique la concurrencia en J. A. de una posición de garantía en la medida y circunstancias suficientes para la comisión por omisión; 2) que no se examine el problema de la imputación objetiva del resultado a la omisión, imprescindible desde el momento en que se parte de que existe una comisión por omisión; 3) que no se analice la posibilidad de un dolo eventual en lugar de la imprudencia admitida. Es decir, en definitiva, que el fallo prácticamente carezca de fundamentación. Pero este tema, por sí solo, merecería un nuevo comentario...

(117) Esta, en todo caso, es innegable, pues en los antecedentes de hecho se hace constar que conocía el carácter tóxico del producto ingerido.

(118) Este, por un lado, parece que podría excluirse en virtud de la teoría de la «manifestación objetiva de la voluntad de evitación» (Armin Kaufmann), pues consta que J. A. intentó atajar los vómitos con remedios caseros. Además, está el hecho de que al día siguiente, volviera al lugar con los padres de M. A. Pero, por otro lado, la impresión del dolo eventual se refleja en el hecho de haberse dormido y haber ido luego a trabajar.

(119) Cfr. CORCOY BIDASOLO, En el límite entre dolo e imprudencia ADPCP 1985, pp. 961-975, pp. 970 y ss.; ZUGALDIA, La demarcación entre el dolo y la culpa: el problema del dolo eventual. ADPCP 1986, pp. 395-422.

(120) *De lege ferenda*, agravada o cualificada. *De lege lata*, dentro del marco típico del art. 489 bis CP.

(121) La omisión de socorro imprudente es punible en Derecho español, a diferencia de lo que ocurre en el Derecho alemán: cfr. MUÑOZ CONDE, 6.ª ed., p. 159. Aunque el TS no la haya apreciado nunca, según dice CORCOY, Criterios, p. 99.

(122) Descartada la imprudencia activa, a la que, por lo demás, el TS ni siquiera hace alusión alguna.

Jurisprudencia Constitucional

**PUBLICADA EN ENERO-MARZO 1987 Y CON APLICACION
EN MATERIA PENAL**

ANTONIO GONZALEZ-CUELLAR GARCIA
Universidad Autónoma. Madrid

I) CONSTITUCION

ARTÍCULO 3.2 y 24.2

Derecho a expresarse en euskera. Indefensión

«Se denuncia también indefensión alegándose los artículos 24.2 y 3.2 de la Constitución, en relación con los artículos 6.1 y 3 del Estatuto de Autonomía del País Vasco y el artículo 231.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Sin embargo, esta alegación carece de consistencia dado que la indefensión que se denuncia se produjo por negarse a expresarse salvo en euskera. Aún si se admitiesen las reservas del recurrente respecto a la peculiar fórmula que propuso la Junta de grabar sus declaraciones en euskera, la actitud de la Junta como tal sólo sería reprobable constitucionalmente a la luz del artículo 24, si la misma hubiera en concreto impedido el ejercicio del derecho de defensa del recurrente. Es cierto que la Constitución reconoce el derecho al uso del euskera, derecho reconocido también en el Estatuto de Autonomía del País Vasco, al que se remite la Constitución, y en la Ley de normalización del euskera, pero, como ha declarado nuestra Sentencia 82/1986, de 26 de junio de 1986, se trata de un derecho de aplicación progresiva, en función de las posibilidades de la Administración en cada momento, y no puede ser exigido en su totalidad de forma inmediata. No se da además el presupuesto que el artículo 6.3 del Convenio de Roma establece para reconocer el derecho «a ser asistido gratuitamente de un intérprete», el no comprender o hablar la lengua empleada en la Audiencia, el castellano, que ha de presumirse en todo ciudadano español, pero cuyo conocimiento consta además, como se deduce de los bien argumentados escritos personales del recurrente. De todo lo anterior se infiere que su falta de declaración oral ante la Junta, por no querer expresarse en castellano, no puede ser alegada aquí como indefensión ocasionada por el Organismo penitenciario.»

(Sentencia de 21 de enero de 1987. RA 940 y 949/85.—«BOE» de 10 de febrero de 1987.—Ponente: Miguel Rodríguez-Piñero.)

ARTÍCULO 9.3

Principio de irretroactividad

V. Sentencia de 12 de marzo de 1987 sobre —*Prisión provisional*— Artículo 504 LECr.

ARTÍCULO 15

Penas o tratos inhumanos o degradantes

V. Sentencia de 21 de enero de 1987 sobre —*Faltas y Sanciones*— Artículo 42 Ley General Penitenciaria.

ARTÍCULOS 17.1, 25.1, 53.1 y 81.1

Penas privativas de libertad. Ley Orgánica

«La cuestión referente a la inconstitucionalidad de las penas privativas de libertad que imponía el artículo 7.1 de la Ley 40/1979, de 10 de diciembre, fue materia de las Sentencias 140/1986 (“Boletín Oficial del Estado” núm. 295, de 10 de diciembre de 1986) y 160/1986 (“Boletín Oficial del Estado” núm. 313, de 31 de diciembre de 1986). En estas Sentencias el Tribunal Constitucional sostuvo que la imposición de una pena privativa de la libertad que no resulte de una Ley Orgánica vulnera el artículo 17.1, CE y que, consecuentemente, el artículo 7.1 de la Ley 40/1979, de 10 de diciembre, de Régimen Jurídico del Control de Cambios, es contrario a la Constitución, ya que dicha Ley carece del carácter de orgánica. Esta decisión tiene los efectos generales previstos en el artículo 38, LOTC, en razón de lo dispuesto en el artículo 55 de la misma, pues ha sido adoptada por el procedimiento reservado a las cuestiones de inconstitucionalidad. El Tribunal Constitucional sostuvo en la Sentencia 160/1986 que “el derecho a la libertad y a no ser privado de ella mas que en los casos y en la forma previstos en la Ley, reconocido en el artículo 17.1, CE, se extendía a las privaciones de libertad impuestas por una condena penal”, y que “la fijación, mediante una norma penal, de los casos y la forma en que esa privación procede, constituye, en cuanto a la libertad, un desarrollo del derecho fundamental a la libertad, en el sentido del artículo 81.1 de la CE, por lo que debería sumir el carácter de Ley Orgánica”. Estos precedentes son aplicables a la presente demanda de amparo.

En el suplico de la demanda y al formular las alegaciones correspondientes al artículo 52, LOTC, el recurrente solicita que se declare no sólo su derecho a no ser condenado a las penas de tres años de prisión, sino también a no ser condenado a la pena de multa de 78.676.952 pesetas. Debe señalarse a este respecto, de acuerdo con lo decidido por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 140/1986, que la vulneración del artículo 17.1, CE, no extiende sus consecuencias a la pena de multa que le ha sido impuesta al demandante de amparo, pues en tal caso no estaríamos en presencia de una pena que suponga en sí misma una restricción de la libertad y por ello una lesión de un derecho fundamental susceptible de amparo.»

(Sentencia de 13 de febrero de 1987. RA 457/86.—«BOE» de 4 de marzo de 1987.—Ponente: Carlos de la Vega Benayas.)

ARTÍCULO 17.1 y 4

Privación de libertad. Prisión provisional

V. Sentencias de 12 de marzo de 1987 sobre—*Prisión provisional. Principio de irretroactividad*— Artículo 504 LECr.

ARTÍCULO 24.1

Derecho a la tutela judicial efectiva

«Una línea jurisprudencial ya consolidada de este Tribunal ha establecido que la *reformatio in peius* o empeoramiento de la condición jurídica de un apelante condenado en la primera instancia de un proceso penal, como consecuencia exclusiva de su recurso de apelación, vulnera el derecho reconocido en el artículo 24 de la Constitución (cfr., por todas, la sentencia 84/1985, de 8 de julio). Ha de hacerse, por ende, aplicación de dicha doctrina al presente caso, en que la condena a la pena de multa de 15.000 pesetas impuesta por el Juzgado de Distrito fue elevada a 25.000 pesetas por el Juzgado de Instrucción, sin que ninguna de las partes del recurso de apelación lo hubiera solicitado, y otorgarse, de acuerdo con lo que dice el Ministerio Fiscal, el amparo por este motivo.»

(Sentencia de 28 de enero de 1987. RA 966/85.—«BOE» de 10 de febrero de 1987.—Ponente: Luis Díez-Picazo.)

«La interdicción de la *reformatio in peius* en el ámbito del proceso civil no está impuesta, como es sabido, por ninguna norma procesal concreta. La doctrina y la jurisprudencia la suelen construir como una consecuencia necesaria del principio *tantum devolutum quantum appellatum*, proyección a su vez del principio dispositivo que inspira toda la organización del proceso civil, cuyo objeto son derechos que sólo a la voluntad de las partes compete hacer valer.

No siendo aquel el objeto propio del proceso penal, cuya organización no responde tampoco, por esto, al principio dispositivo, es claro que no podría concluirse que también en éste está prohibida la *reformatio in peius* por ser contradictoria con la naturaleza propia de la institución procesal penal, a la que no repugna. La interdicción, limitada, de la *reformatio in peius* requiere por eso un precepto legal concreto que limite en este sentido la plenitud del efecto devolutivo externo propio del recurso. Este precepto, contenido en el artículo 902 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, limita la libertad de la Sala de Casación que, en su virtud, no podrá imponer en segunda Sentencia pena superior a la señalada en la Sentencia casada o a la que correspondería conforme a las peticiones del recurrente, en el caso de que se solicitase pena mayor. La consagración legal de la prohibición de la *reformatio in peius* (reducida en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por razones obvias, al supuesto de la casación, pero que por razones no menos obvias ha de entenderse válida también en el de la apelación) está

así en función, como ha tenido ocasión de recordar este Tribunal (Sentencia 134/1986, de 29 de octubre, fundamento jurídico 1.º) de la necesidad de preservar el principio acusatorio “para alcanzar la mayor independencia y equilibrio del Juez, sin que éste pueda anular o sustituir las funciones atribuidas al Fiscal o a las partes ofendidas o interesadas en ejercer la acusación”. Noy hay, por el contrario, en la Ley previsión alguna, ni en sentido afirmativo ni en sentido negativo, respecto de la posibilidad de reformar la posición jurídica del apelante cuando éste no sea precisamente el condenado en la primera instancia.

Es bien cierto, en efecto, que las acciones nacidas de un delito o falta podrán ejercitarse junta o separadamente (artículo 111 LECr) y que la extinción de la acción penal no conlleva la de la acción civil (artículos 115 y 116 LECr) y viceversa (artículo 117 id.) pero no es menos cierto que la opción por una u otra vía implica consecuencias que no pueden ser ignoradas, pues el ejercicio de la acción civil dentro del cauce del proceso penal no elimina ni podría eliminar la participación que en éste tiene el Ministerio Fiscal, cuya posición debe ser tenida en cuenta, en paridad con las de las partes, a la hora de determinar si todos los intervinientes en el proceso, salvo, claro está, el apelante, se aquietaron, aceptando el contenido de la Sentencia pronunciada en primera instancia. Debe añadirse a esta diferencia nacida del cauce procesal seguido, que aún en el caso de que la exigencia de responsabilidad civil se haga mediante una acción de esta naturaleza, la determinación del *quantum* de la indemnización se deja, como no podía ser de otra forma (artículos 103 y 104 Código Penal) al prudente arbitrio judicial. Con estas precisiones y salvedades no hay inconveniente en aceptar que, como pretenden los recurrentes, también en lo que toca a las indemnizaciones por daños resultantes de delito o falta, rige en el ámbito del proceso penal la regla prohibida de la *reformatio in peius*.

La conexión entre la regla mencionada y los derechos fundamentales consagrados en nuestra Constitución es fácilmente perceptible. No hemos de entrar ahora en la prohibición expresa de agravamiento de la situación del apelante en primera instancia cuya relación con el derecho a la segunda instancia en el orden penal que resulta de la conexión entre los artículos 24.1 y 10.2 de la Constitución, e incluso con el derecho a ser informado de la acusación (artículo 24.2 CE) es clara. También en el orden civil, el derecho a la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos que consagra el artículo 24.1 de nuestra Ley fundamental y que comprende, como hemos visto repetido, el derecho de usar todos los recursos legalmente previstos, resulta violado cuando en la tramitación o la resolución de éstos se producen infracciones de las normas procesales que afectan al contenido mismo del derecho.

El desconocimiento de aquellos preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil que citábamos en el comienzo del anterior fundamento tendría, sin duda, esta trascendencia constitucional, pues al eludirse el principio de rogación de la justicia civil o el de congruencia de las Sentencias, la parte en cuyo perjuicio opera esa alusión queda en situación de indefensión, en contra de lo que el artículo 24.1 de la Constitución establece. Este artículo no constitucionaliza la regla que prohíbe la *reformatio in peius* cuya elaboración doctrinal puede dotarla de contenido más o menos amplio, pero al proscribir la indefensión excluye toda posibilidad de reforma de la situación jurídica definida en la primera instancia que no sea consecuencia de una pretensión frente a la cual, aquél en cuyo daño se produce tal reforma, no tenga ocasión de defenderse, salvo, claro está, el daño que eventualmente resulte como consecuencia de la aplicación de normas de orden público, cuya recta aplicación es siempre deber del Juez, con independencia de que sea o no pedida por las partes.

En esta conexión necesaria ante la prohibición de la *reformatio in peius* y la interdicción constitucional de la indefensión la que presta, por tanto, transcendencia, constitucional a las infracciones de tal regla que, en consecuencia, no existirá cuando la Sentencia de apelación, aunque pueda considerarse constitutiva de una *reformatio in peius* según un entendimiento muy amplio de esta categoría, se produce al término de un debate en el que frente al apelante se han podido sostener otras pretensiones de las que éste pudo defenderse y que liberan al Juez de los límites establecidos por lo ya acordado en la primera instancia. Es esta la situación que se produce en procesos en los que, como el que ha dado lugar al presente recurso, se apela de una Sentencia penal para pedir sólo el incremento de la indemnización concedida por el Juez de instancia, cuando, aún sin adherirse a la apelación, el Ministerio Fiscal introduce en el debate una pretensión no concorde con la acordada y abre así la posibilidad de que el Juez fije el *quantum* de lo debido en razón de consideraciones objetivas en las que los argumentos de los indemnizados pueden ser tenidos en cuenta.»

(Sentencia de 11 de febrero de 1987. RA 465/86.—«BOE» de 4 de marzo de 1987.—Ponente: Francisco Rubio Llorente.)

Indefensión

V. Sentencia de 20 de febrero de 1987 sobre—*Juicio de faltas*—. *Citación*— Artículo 965 y 969 LECr.

ARTÍCULO 24.2

Derecho a juez ordinario

«El recurrente basa su argumentación fundamentalmente en la doctrina sentada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su importante Sentencia de 28 de junio de 1984 (caso CAMPBELL y FELL). Esta Sentencia, que recoge doctrina sentada en otras anteriores, admite la existencia de un régimen disciplinario especial en materia carcelaria, y ello por consideraciones de seguridad, del interés del orden, de la necesidad de pronta represión de la mala conducta de los detenidos, y por la responsabilidad que las autoridades deben tener sobre la disciplina dentro de sus establecimientos. Estas razones y la existencia de un régimen disciplinario especial no significan que la justicia se detenga en la puerta de las prisiones, ni el privar a los detenidos “en los casos apropiados de la protección del artículo 6 del Convenio de Roma”. En función de ello la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos trata de trazar una frontera entre lo penal y lo disciplinario, frontera que delimita también el propio alcance del artículo 6 del Convenio de Roma. Para trazar esta frontera, el Tribunal de Estrasburgo ha estimado que no basta la calificación de una medida como penal o disciplinaria por la legislación interna, sino que también otorga gran importancia a la naturaleza de la sanción, el que ésta exceda o no de los “problemas de pura disciplina”, y a la naturaleza y grado de severidad de la sanción impuesta. Cuando ésta tenga consecuencias especialmente graves “el objeto y el fin del Convenio exigen que la imposición de una medida de tal gravedad deba ser acompañada por las garantías del artículo 6”.

En los presentes casos, es claro que se trata de procedimientos disciplinarios de acuerdo a la Legislación Penitenciaria española, también es claro que el tipo de infracciones, y el alcance con que han sido contempladas, es de naturaleza puramente disciplinaria, afectan sólo al orden en la prisión, y únicamente han sido examinadas desde la sola perspectiva "de los requerimientos de la disciplina de la prisión"

En relación con el grado de severidad de la sanción impuesta debe observarse que también ha afirmado la Comisión que "la severidad del castigo impuesto por sí solo no introduce a la infracción sancionadora dentro de la esfera penal".

Del artículo 6 del Convenio de Roma, no se deriva el que las sanciones impuestas al recurrente de amparo hubieran tenido que ser impuestas por un órgano independiente e imparcial, y, en consecuencia, no resulta aplicable aquí en toda su integridad, como el recurrente pretende el artículo 24.2 de la Constitución.»

(Sentencia de 21 de enero de 1987.—«BOE» de 10 de febrero de 1987.—Ponente: Miguel Rodríguez-Piñero.)

Derecho a la asistencia de letrado

«Sobre el asesoramiento y asistencia de Letrado, hay que recordar la doctrina sentada en la Sentencia 74/1985, de 18 de junio de que la asistencia de Letrado debe ser permitida "en forma y grado estimables como proporcionados a la falta, a la sanción y al procedimiento". No se trata, según resulta de dicha Sentencia, de un derecho a la asistencia letrada, entendida como un derecho pleno a la asistencia de Letrado, incluyendo el derecho a la asistencia jurídica gratuita en caso de necesidad si se carece de los medios suficientes para ello, pues tal derecho, como resulta del artículo 6.3 de la Convención Europea de Derechos Humanos sólo existe claramente en los procesos judiciales, y además no en todos los casos, sino cuando los intereses de la justicia lo requieran.

En consecuencia nada hay que reprochar constitucionalmente a la negativa a designar un Letrado de oficio. Cuestión distinta es la de si le ha negado comunicación con Letrado de su elección, impidiéndosele así el asesoramiento para poder preparar adecuadamente la defensa en el procedimiento disciplinario. "La posibilidad de asesorarse durante la tramitación del expediente", resulta ya del artículo 131.1 e) del reglamento Penitenciario. El recurrente sostiene que se le ha impedido esa asistencia y con ello se le ha ocasionado indefensión. Del examen de las actuaciones cabe deducir que la solicitud de la asistencia de Letrado ha existido, y que no ha contado efectivamente con ella. Se le ha impedido contar con el asesoramiento técnico adecuado para preparar la defensa que por sí mismo había de realizar en el expediente disciplinario. En los presentes recursos debe reconocerse así que al recurrente se le ha impedido la asistencia de Letrado, lo que le ha ocasionado indefensión, y, con ello, se ha infringido el derecho reconocido en el artículo 24 de la Constitución.»

(Sentencia de 21 de enero de 1987. RA. 940 y 949/85.—«BOE» de 10 de febrero de 1987.—Ponente: Miguel Rodríguez-Piñero.)

V. Sentencia de 30 de enero de 1987 sobre —*Refundición de condenas*— Artículo 988 LECr.

Derecho a ser informado de la acusación

«La congruencia entre los hechos probados, objeto de acusación, y objeto de condena es completa salvo por lo concerniente al apartado c) del resultando primero. En él se afirma como probado que el día 8 de octubre de 1982 “los cinco procesados golpearon en distintas partes del cuerpo a José Luis Ruíz Batista, al que causaron hematomas que tardaron en curar siete días, sin defecto ni deformidad”. Ahora bien, estos hechos nunca fueron objeto de acusación en el proceso.

Al analizar en el considerando tercero de su Sentencia la Sala Segunda del Tribunal Supremo este punto, reconoce que es así y añade que el Ministerio Fiscal apoyó sólo en este punto el recurso de casación, entendiendo que respecto a él se produjo “hipercongruencia o incongruencia por exceso”, por no “haber sido objeto de acusación” los hechos del apartado c). No obstante, el Tribunal Supremo ni acogió en este punto el recurso de casación ni estimó vulnerado derecho fundamental alguno, porque —dice— “dada la inoperatividad ante la regla 2.ª del artículo 70 del Código Penal, no es procedente acordar su estimación parcial, ante el perjuicio que sufriría la justicia material por un defecto formal no productor de consecuencias penales”.

No es posible respaldar ni el exceso en que incurrió la Audiencia ni el razonamiento expresado por el Tribunal Supremo para, advertido aquél, no casar en este punto la Sentencia de la Audiencia y repetir su fallo en la segunda Sentencia de casación. La justicia no es un valor ajeno y contrario al ordenamiento positivo, sino uno de los valores superiores del mismo (artículo 1.1 de la Constitución Española). No es lícito sacrificar el cumplimiento de una norma constitucional (“todos tienen derecho... a ser informados de la acusación formulada contra ellos”, artículo 24.2 de la Constitución Española), en aras de una “justicia material”, que entendida como algo contrapuesto a la Constitución, sería un concepto metajurídico inadmisibles para el juzgador. Lo que la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo denomina incongruencia por exceso cometida al condenar a un procesado por unos hechos [los individualizados en el apartado c)] que no fueron objeto de acusación constituye una violación de una de las garantías principales del proceso penal configurada en nuestra Constitución como derecho fundamental de todos. Se trata, ciertamente, de una garantía formal, pero es a través del respeto y del celoso cumplimiento de tales garantías como se ha de perseguir en el proceso la justicia. La vulneración del principio acusatorio cometida por la Audiencia Provincial y confirmada por la Sentencia de casación tiene sustantividad propia y merece el amparo de este Tribunal.»

(Sentencia de 19 de febrero de 1987. RA. 1092/85.—«BOE» de 4 de marzo de 1987.—Ponente: Francisco Tomás y Valiente.)

«Respecto a la no comunicación, junto al pliego de cargos, del contenido de las denuncias formuladas contra él debe señalarse que, desde la perspectiva constitucional, lo que es exigible en todo caso es el conocimiento de los hechos imputados, para poder defenderse sobre los mismos, y tal exigencia puede ser cumplida suficientemente, si tales hechos se reflejan en el pliego de cargos, y si son sólo esos hechos contenidos en el pliego de cargo los que se imputan, por lo que el conocimiento de tales denuncias no constituye una exigencia constitucional, salvo que las mismas se pretendan utilizar como material probatorio de cargo, en cuyo caso estarán sometidas al régimen de acceso a los medios de prueba que puedan corresponder al imputado. Pero, lo que aquí

se denuncia, en abstracto, es sólo la falta de comunicación de tales denuncias, lo cual, a efecto de conocimiento de los cargos imputados, no puede estimarse que le haya ocasionado indefensión.»

(Sentencia de 21 de enero de 1987. RA 940 y 949/85.—«BOE» de 10 de febrero de 1987.—Ponente: Miguel Rodríguez-Piñero.)

Derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa

«También se alega por el recurrente el no haber podido utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa. La Sentencia 74/1985 de 18 de junio ha admitido, en caso de sanción en Centro penitenciario la existencia de un derecho a una actividad probatoria de descargo. Y, en los presentes recursos se constata la falta de práctica de prueba en descargo propuesta por el recurrente, denunciada también en la fase de recurso ante el Juez de Vigilancia. No existe un derecho absoluto al uso de todos los medios de prueba, incluso en el proceso penal donde sería plenamente aplicable el artículo 24.2 de la Constitución. Este Tribunal, ha afirmado reiteradamente que el artículo 24.2 de la Constitución permite que el Órgano judicial competente pueda, en uso de su libertad razonable, negarse a admitir un medio de prueba propuesto por el enjuiciado sin que por ello y sin más se lesione su derecho del artículo 24.2, que no obliga a admitir todos los medios de prueba que cada parte entienda pertinentes a su defensa, sino los que el juzgador valore libre y razonablemente como tales (Sentencia 36/1983, de 11 de mayo). Y también ha afirmado que “ha de considerarse válida la decisión adoptada... en tanto no se ofrezcan razones suficientes para destruirla en el proceso de amparo” (Sentencia 51/1985, de 10 de abril).

Aún cuando no puede entenderse aplicable enteramente el artículo 24.2 a los procedimientos disciplinarios, ni extenderse sin más para los mismos la doctrina constitucional correspondiente al proceso penal, no puede desconocerse la relevancia constitucional del derecho a la utilización de pruebas pertinentes para la defensa, para el caso de la disciplina penitenciaria. Ello se deduce también a contrario sensu del artículo 24.2 de la Constitución que garantiza al condenado a pena de prisión el goce de los derechos fundamentales “a excepción de los que se vean expresamente limitados por... la Ley Penitenciaria”. Esta, sin embargo, no sólo no limita aquel derecho, sino que incluso lo reconoce y refuerza, no sólo a través de la intervención posterior del Juez de Vigilancia Penitenciaria que puede decidir la práctica de las pruebas que le hubieran sido denegadas en el anterior expediente disciplinario, sino que también dentro de dicho expediente se exige la motivación de la denegación, por no pertinencia o relevancia, de las pruebas propuestas (artículo 130.2 del Reglamento Penitenciario). Reconocido el derecho constitucional a la utilización de los medios de prueba para su defensa, como ya implícitamente admitiera la sentencia 74/1985, de 18 de junio, el problema que tendríamos que examinar es que si, en el proceso de amparo se han ofrecido razones suficientes para “destruir” la decisión administrativa adoptada de no concesión de pruebas. De los razonamientos del recurrente, que además basada su defensa en una versión muy distinta de los hechos, y de la falta de motivación de la negativa a la práctica de pruebas propuestas por el recurrente, se permite deducir que no se ha respetado, en los expedientes disciplinarios origen de los presentes recursos, el derecho constitucional del recurrente a utilizar los medios pertinentes para su defensa, teniendo en cuen-

ta además la especial gravedad de las imputaciones que se le hacían, y de las sanciones que podían serle impuestas, y efectivamente se le pusieron.»

(Sentencia de 21 de enero de 1987. RA 940 y 949/85.—«BOE» de 10 de febrero de 1987.—Ponente: Miguel Rodríguez-Piñero.)

Derecho a un proceso público

«No tienen consistencia las alegaciones del recurrente sobre el carácter público del proceso porque, como se viene afirmando, no es aplicable en su integridad el artículo 24.2 de la Constitución a los procedimientos administrativos disciplinarios, y no puede decirse que para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del artículo 24 los procedimientos disciplinarios tengan que ser públicos. Además, incluso para las actuaciones judiciales la regla del carácter público del proceso puede sufrir excepciones, como establece nuestra legislación, y como admite también el artículo 6.1 del Convenio de Roma. Estas razones pueden también justificar, en el caso del régimen penitenciario, el carácter no abierto al público de las secciones de audiencia en el procedimiento disciplinario. En consecuencia no se ha producido en este punto una violación del artículo 24.2 de la Constitución.»

(Sentencia de 21 de enero de 1987. RA 940 y 949/85.—«BOE» de 10 de febrero de 1987.—Ponente: Miguel Rodríguez-Piñero.)

Derecho a un proceso con todas las garantías. Derecho administrativo sancionador

«Las alegaciones en relación con la tramitación del expediente disciplinario se realizan por el recurrente, con invocación también del artículo 24.2 de la Constitución, en lo relativo al derecho a un proceso con todas las garantías. Ya la Sentencia 18/1981, de 8 de junio, afirmó que “los principios inspiradores del orden penal, son de aplicación, con ciertos matices, al derecho administrativo sancionador”, y ello ha de ser entendido, no sólo en un sentido material sino también procedimental. No se trata sin embargo, de la plena aplicación inmediata y total del artículo 24.2 de la Constitución al régimen disciplinario, como aclara ya la Sentencia 21/1981, de 15 de junio, sino tan sólo de que, de acuerdo a una interpretación finalista de la Constitución “los principios esenciales reflejados en el artículo 24 de la Constitución en materia de procedimiento, han de ser aplicables a la actividad sancionadora de la Administración, en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del precepto... con el alcance que requiere la finalidad que justifica la previsión constitucional” (Sentencia 18/1981, de 8 de junio). Así lo ha venido reconociendo la jurisprudencia constitucional en lo que se refiere a los derechos de defensa, a la presunción de inocencia y a la actividad probatoria (Sentencia 73/1985, de 14 de junio y 74/1985, de 18 de junio), derechos que han de ser reconocidos con especial rigor en los casos de las sanciones disciplinarias de los internos penitenciarios.»

(Sentencia de 21 de enero de 1987. RA 940 y 949/85.—«BOE» de 10 de febrero de 1987.—Ponente: Miguel Rodríguez-Piñero.)

Presunción de inocencia

«El derecho a la presunción de inocencia, como con reiteración ha establecido la doctrina de este Tribunal, se sitúa en el marco de los hechos, respecto de los cuales pueden producirse consecuencias en el orden penal, y de la prueba de los mismos, colocándose la carga de llevar a cabo ésta en los órganos a quienes se encomiendan la puesta en marcha del procedimiento penal y en los acusadores y se concreta en la necesidad de que exista prueba constitucionalmente legítima de tales hechos. No concierne por ello el mencionado derecho constitucional a las valoraciones jurídicas o calificaciones que los Juzgadores puedan establecer, a partir de los hechos que, tras las actividades probatorias, queden establecidos como probados.»

(Sentencia de 28 de enero de 1987. RA 966/85.—«BOE» de 10 de febrero de 1987.—Ponente: Luis Díez-Picazo.)

«Se alega también en el recurso, y con más insistencia, la vulneración del artículo 24.2 CE. La presunción de inocencia sólo puede ser destruida por una Sentencia condenatoria que, para considerar ciertos los hechos que se imputan al inculcado, ha de tener apoyo en pruebas de cargo, practicadas con los requisitos legales, que el Juez aprecia con entera libertad, pero de las que no cabe prescindir. No se puede, ciertamente, valorar lo que no existe, imponiéndose en tal caso la absolución.

En el supuesto que aquí, se plantea, y pese a la peculiaridad del proceso regulado por Ley especial aplicada, aparece manifiesto que la Sentencia no tiene apoyo en una actividad procesal que pueda calificarse en verdad de probatoria, con la eficacia que la legalidad exige.

El objeto y fin del proceso por peligrosidad social es el de la prueba y sanción (medida de seguridad) de una conducta antisocial, no de un hecho aislado, o bien la de una probada inclinación al delito. De las Sentencias impugnadas no resulta, en cambio, más que una apreciación escueta y sin cita de elemento alguno probatorio, del hecho policial de haber sido el recurrente sorprendido en un vehículo portando una partida de droga. No hay más constatación que la del atestado policial, con el efecto limitado de mera denuncia que indica el artículo 297 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Es evidente que, aún estimándolo probado, —y no consta la ratificación policial en el juicio— ello no constituiría tampoco prueba sobre la personalidad (conducta, antecedentes adversos, no existentes) peligrosa del recurrente, como por otra parte exige el artículo 2 de la Ley especial, es decir, apreciación de la peligrosidad social; apreciación que, como es lógico, ha de hacerse sobre datos explícitos y explicitados. En este sentido, la afirmación de la Sentencia recurrida de que “El expediente exterioriza la peligrosidad social legalmente exigida”, está ayuna del mínimo soporte probatorio, así como no es correcta la otra de que el recurrente dice la sentencia de la Audiencia Nacional —no diera “una explicación satisfactoria de la operación realizada” (la del viaje con droga), pues es obvio que no es el inculcado el que ha de probar su inocencia.

Hay, pues, una violación del derecho a la presunción de inocencia, que no deja de existir, como dice la Sentencia 159/1985, de 27 de noviembre, por la circunstancia de que los mismos hechos entonces enjuiciados fuesen declarados probados y, como tales, constitutivos de delito en el proceso penal subsiguiente, pues la presunción de inocencia habrá de seguir considerándose desconocida aún en el caso en que, omitida la ne-

cesaría actividad probatoria en un proceso, la resolución del mismo se hubiere adecuado a la verdad jurídica, debidamente determinada después en otro proceso diferente.»

(Sentencia de 19 de febrero de 1987. RA 1126/85.—«BOE» de 4 de marzo de 1987.—Ponente: Carlos de la Vega Benayas.)

«Se declara, con respecto al posible valor de prueba testifical de las reclamaciones de los funcionarios de la Policía Judicial en el atestado policial, que “sólo puede hablarse de prueba cuando tal actuación testifical se reitera y reproduce en el juicio oral, de modo que pueda realizarse la oportuna confrontación de la otra parte” (fundamento jurídico núm. 2), doctrina que en el presente supuesto no hace sino corroborar el valor de prueba de las declaraciones en el juicio oral de los miembros del equipo de atestados que comparecieron como testigos.

(Sentencia de 12 de marzo de 1987. RA 1171/85.—«BOE» de 24 de marzo de 1987.—Ponente: Antonio Truyol Serra.)

ARTÍCULO 25.1

Principio de legalidad. Normas penitenciarias

«Sin entrar aquí en el tema más general del alcance de la reserva de Ley en las sanciones administrativas, debe tenerse en cuenta que la referencia a la legislación vigente en el artículo 25.1 de la Constitución, tiene un alcance diferente, al menos, en lo que se refiere a la tipificación del ilícito, cuando se trata de la determinación de contravenciones “faltas”, en el seno de una relación de sujeción especial, como es la de los internos en establecimientos penitenciarios. En estos casos la reserva de Ley cumple principalmente una función de garantizar la seguridad jurídica, de modo que los internos puedan disponer de informaciones suficientes sobre las normas jurídicas aplicables en un determinado caso, y la norma debe formularse con la suficiente precisión para que el interno pueda prever razonablemente las consecuencias que puedan derivar de una determinada conducta. El interno se integra en una institución preexistente y que proyecta su “autoridad” sobre quienes, al margen de su condición común de ciudadanos, adquieren el *status* específico de individuos sujetos a un poder público que no es el que, con carácter general, existe sobre el común de los ciudadanos. En virtud de esa sujeción especial, y en virtud de la efectividad que entraña ese sometimiento singular al poder público, el *ius pluriendi* no es el genérico del Estado, y en tal medida la propia reserva de Ley pierde parte de su fundamentación material, dado el carácter en cierto modo insuprimible de la potestad reglamentaria, expresiva de la capacidad propia de autoordenación correspondiente, para determinar en concreto las previsiones legislativas abstractas sobre las conductas identificables como antijurídicas en el seno de la institución.

Claro está que también a estas relaciones de sujeción especial sigue siendo aplicable el artículo 25.1, y, obviamente el principio de legalidad del artículo 9.3 de la Constitución. Pero ello en este caso no puede tener el mismo alcance que en la potestad sancionadora general de la Administración ni mucho menos que respecto a las sanciones penales. Desde luego una sanción carente de toda base normativa legal devendría, in-

cluso en estas relaciones, no sólo conculcadora del principio objetivo de legalidad, sino lesiva del derecho fundamental considerado, pero esa base normativa legal también existiría cuando la Ley, en este caso la Ley General Penitenciaria (artículos 42 y siguientes), se remita, en la especificación y gradación de las infracciones, al Reglamento. Ello permite reconocer la existencia de la necesaria cobertura de la potestad sancionadora en una norma con rango de Ley, y por ello debe rechazarse esta pretensión del recurrente.»

(Sentencia de 21 de enero de 1987. RA 940 y 949/85.—«BOE» de 10 de febrero de 1986.—Ponente: Miguel Rodríguez Piñero.)

Principios de legalidad y de «non bis in idem»

«Como se dijo en la Sentencia 23/1986, de 14 de febrero, recaída en un asunto sustancialmente igual, el planteamiento anterior cuestiona, en términos generales, la constitucionalidad de toda medida de seguridad que no subsiga, en su imposición, a la condena penal por delito, con relevancia especial en el caso por la integración del estado peligroso del artículo 2.8 de la LP y RS en un “tipo de hecho” propio del campo de la pena, es decir, de “hechos” ya recogidos y sancionados por el artículo 344 del Código Penal.

Se entronca así la cuestión —añade la Sentencia citada— con el principio de legalidad penal consagrado en el artículo 25.1 CE, a cuyo tener ha de entenderse que no caben medidas de seguridad sobre quien no haya sido declarado culpable de la comisión de un ilícito penal, y también —dada la identidad de hechos definidos en los artículos 2.8 y 344 citados— con el principio *non bis in idem*, enlazado con los principios de legalidad y tipicidad, que impide la concurrencia de penas y medidas de seguridad sobre tipos de hecho igualmente definidos, aunque se pretenda obviarlos diciendo que en un caso se sanciona la “culpabilidad” y en el otro la “peligrosidad”. En este sentido, la imposición de medidas de seguridad antes de la condena penal y la concurrencia sobre un mismo hecho de pena y medida son, pues, contrarias al principio de legalidad penal, ya que no cabe otra condena —y la medida de seguridad lo es— que la que recaiga sobre quien haya sido declarado culpable de la comisión de un ilícito penal.»

(Sentencia de 19 de febrero de 1987. RA 1126/85.—«BOE» de 4 de marzo de 1987.—Ponente: Carlos de la Vega Benayas.)

ARTÍCULO 25.2

Facultad sancionadora de la Administración

V. Sentencia de 21 de enero de 1987 sobre —Sanciones— Artículo 42 y siguientes Ley General Penitenciaria.

II. LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

ARTÍCULOS 172, 173 Y 175

Citaciones

V. Sentencia de 20 de febrero de 1987 sobre —*Juicio de faltas*— Artículos 965 y 969 LECr.

ARTÍCULO 297

Atestado policial

V. Sentencia de 12 de marzo de 1987 sobre —*Presunción de inocencia*— Artículo 24.2 CE.

ARTÍCULO 504

Prisión provisional. Principio de irretroactividad

«Ciertamente, es necesario reiterar ahora que, aún reconocido su carácter de simple medida cautelar que, sin prejuzgarlo, tiende a asegurar el resultado final del proceso, la prisión provisional es una decisión judicial de carácter excepcional que incide negativamente en el *status* de libertad personal del inculpado y, por lo mismo, es con toda evidencia restrictiva del derecho fundamental reconocido en los apartados 1 y 4 del artículo 17 de la Constitución, como restrictivas de este derecho son también con la misma evidencia las Leyes orgánicas que establecen las condiciones de aplicación y la duración máxima de aquella medida cautelar para los diferentes delitos, en función de las penas privativas de libertad previstas para los mismos y de las circunstancias que concurren en la causa. Dicho de otro modo, la predicada naturaleza procesal o adjetiva de tales normas y el alcance meramente preventivo o cautelar de la prisión provisional no pueden en modo alguno ocultar la efectiva limitación de la libertad personal del inculpado en una causa penal. De ahí que este Tribunal no pueda compartir el modo de razonar de los órganos judiciales que aísla la decisión relativa a la prisión provisional como si se tratara únicamente de un acto procesal más, orientado sólo a la preparación y aseguramiento del buen fin de la causa criminal, sin reparar en la incidencia más o menos restrictiva que para la libertad del procesado o inculpado tenga la ley aplicada por el Juez al adoptar aquella decisión.

Esta conclusión inicial resulta corroborada, en lo que ahora importa, por una consideración no sólo formal, sino también sustancial del problema planteado. Desde este último punto de vista debe subrayarse, ante todo, la analogía que existe entre la privación provisional de la libertad, adoptada por el Juez como medida cautelar, y la que es producto de una sanción penal por Sentencia que pone fin a un proceso. Se trata, en efecto, de situaciones que afectan de la misma manera, en sentido negativo, a la libertad del inculpado aunque difieran desde luego entre sí por el título jurídico que autoriza al Estado a establecer la privación de libertad, y el alcance de la misma, en uno y otro

caso. La propia ley penal ha tenido en cuenta esta similitud de efectos que para el inculpado tienen unas y otras medidas de negación de su libertad, al disponer en el artículo 33 del Código Penal que “el tiempo de prisión preventiva sufrida por el delincuente durante la tramitación de la causa se abonará en su totalidad para el cumplimiento de la condena, cualquiera que sea la clase de pena impuesta”. No es posible ignorar, por lo demás, que la exigencia constitucional de Ley orgánica tanto para establecer penas privativas de libertad como para fijar medidas cautelares que afectan el mismo bien jurídico es una manifestación adicional de la referida semejanza sustancial que para el reo tienen ambas determinaciones legales.

Descartada, por tanto, la línea de razonamiento seguida por las resoluciones judiciales impugnadas, y teniendo presentes las consideraciones que se acaban de hacer, habrá de admitirse sin dificultad que en la interpretación y aplicación de las normas reguladoras de la prisión provisional debe tenerse en cuenta, ante todo, el carácter fundamental del derecho a la libertad que tales normas restringen y la situación excepcional en que la prisión provisional coloca al imputado en una causa penal. En esa dirección, este Tribunal ha venido reiterando en distintas ocasiones que, “en materia de derechos fundamentales, la legalidad ordinaria ha de ser interpretada de la forma más favorable para la efectividad de tales derechos” (Sentencia 34/1983, de 6 de mayo; en el mismo sentido, Sentencias 17/1985, de 9 de febrero, y 57/1985, de 29 de abril), doctrina que, por lo que al caso presente concierne, significa que las decisiones judiciales aquí cuestionadas, sin menoscabo de la ley, deberían haber optado por una interpretación más favorable a la libertad del inculpado. La pertinencia del *favor libertatis* resultaba tanto más obligada en un supuesto como el presente en el que, habiéndose planteado un problema de sucesión de leyes en el tiempo y careciendo la *lex posterior* de todo precepto transitorio que determinara su prisión provisional acordadas con anterioridad, los órganos judiciales, ante la duda razonable que esa circunstancia debía por fuerza suscitar acerca del alcance temporal *pro praeterito* o *pro futuro* que había de darse a una y a otra de las dos leyes en conflicto, debieron elegir y aplicar sin duda la menos restrictiva de la situación excepcional de prisión provisional o, lo que es igual, la más favorable a la libertad del recurrente en amparo.

Las conclusiones que acaban de alcanzarse obligan a resolver el presente recurso en un sentido favorable a la concesión del amparo. Pues, en efecto, dentro del procedimiento penal en el que se dictó el Auto de prisión provisional del inculpado, confirmada y consolidada en el posterior Auto de procesamiento, y ante la petición de libertad provisional formulada por el procesado, hoy recurrente en amparo, las resoluciones judiciales aquí combatidas han denegado dicha petición por aplicación de la Ley más restrictiva de la libertad personal de aquél, cuya entrada en vigor tuvo lugar con posterioridad a la formalización procesal de la prisión preventiva acordada frente al mismo, lo que comporta *eo ipso* la lesión del derecho fundamental a la libertad personal que el artículo 17 de la Constitución reconoce a todas las personas, incluidas las que se encuentren sujetas a un proceso penal.

Si examinamos, finalmente, la cuestión promovida por el recurrente desde el plano de la irretroactividad de las normas restrictivas de derechos individuales que el artículo 9.3 de la Constitución proclama, y cuya vulneración implicaría también la violación de su derecho fundamental a la libertad *ex* artículo 17.1 del propio Texto constitucional, el resultado a que habría de llegarse no podría ser distinto del alcanzado hasta aquí. Ello es efectivamente así porque, como hemos declarado en nuestra reciente Sentencia 140/1986, de 11 de noviembre, el derecho a la libertad y seguridad reconocido en el citado precepto constitucional “incluye todas sus garantías previstas en diversos precep-

tos constitucionales (el mismo artículo 17, los artículos 25.1, 53.1 y 2 y 81.1), cuya vulneración supone la del mismo derecho". Es evidente que la sola vulneración del mencionado principio de irretroactividad no es por sí sola susceptible de amparo constitucional. Pero no por ello cabe excluir que la prohibición de aplicaciones retroactivas de normas restrictivas de derechos individuales opere con carácter general como una garantía constitucional frente a las limitaciones indebidas del derecho a la libertad personal, garantía que, en el caso de autos, habría sido asimismo desconocida o vulnerada por las resoluciones judiciales impugnadas al aplicar indebidamente, como ya se ha visto, una ley posterior más restrictiva a un inculpado en situación de prisión preventiva acordada con arreglo a una ley anterior más benigna. Ello ha significado otorgar a la nueva ley una eficacia hacia el pasado que para el hoy recurrente ha comportado la prolongación de la situación excepcional de prisión, por encima del límite máximo establecido en la ley aplicable en el momento en que se acordó su privación de libertad, plazo máximo que representaba para el mismo la garantía constitucional del derecho fundamental a la libertad, de conformidad con lo dispuesto en el apartado 4, en relación con el apartado 1, del artículo 17 de la Constitución.»

(Sentencia de 12 de marzo de 1987. RA 32/87.—«BOE» de 24 de marzo de 1987.—Ponente: Jesús Leguina Villa.)

«No cabe duda, como afirma la Sentencia 28/1985, de 27 de febrero, que el legislador puede modificar los plazos máximos de la prisión provisional; el problema es si esta modificación puede ser aplicable a las situaciones en curso, y por tanto a los acusados presos bajo la vigencia de una Ley que establecía límites menos severos para la restricción de la libertad. Es cierto que el Auto de este Tribunal de 18 de diciembre de 1985 ha negado la existencia de un derecho irrevocable del acusado a esa menor restricción de la libertad, pero el problema, tal y como se plantea en el presente recurso, consiste en la falta de cobertura legal de la detención que exige el artículo 17. Ello nos ha de llevar necesariamente a examinar el problema de la aplicación en el tiempo de los cambios de regulación de los límites legales de duración de la prisión provisional durante la tramitación del proceso penal.

Los órganos judiciales han partido del carácter procesal, y no sancionador de la prisión provisional, y de las decisiones judiciales relativas al mantenimiento de la misma, en cuanto que dirigidas tan sólo a la preparación y aseguramiento del buen fin de la causa criminal. Sin embargo, el que la prisión provisional no sea una sanción ni pueda utilizarse como tal, no significa que no suponga en sí misma una restricción de libertad, y que la decisión del Juez al respecto no incida sobre el estatuto de libertad del inculpado. Poniendo en conexión la presunción de inocencia y la inviolabilidad de la libertad personal, nuestra jurisprudencia ha señalado que "al consistir la libertad provisional en una privación de libertad, debe regirse por el principio de excepcionalidad" (Sentencia 41/1982, de 2 de julio). Este carácter excepcional exige la aplicación del criterio hermenéutico del *favor libertatis* lo que supone que la libertad del imputado en el curso del proceso debe ser respetada, salvo que se estime indispensable por razones de cautela o de prevención especial la pérdida de libertad y ello dentro de los límites legales establecidos al efecto; dicha excepcionalidad tiene también su reflejo, en caso de sucesión de normas, en la decisión de la Ley aplicable al adoptar el Juez una decisión de mantener la situación de prisión provisional, y la consiguiente denegación de la libertad.

Como ha dicho la Sentencia del Pleno de este Tribunal de 10 de marzo de 1987 (Recurso de amparo 1280/1985) se desconocerían las garantías constitucionales frente a limitaciones indebidas del derecho a la libertad personal al aplicarse una Ley posterior más restrictiva a un inculpado en situación de prisión preventiva acordada con arreglo a una Ley anterior más benigna, pues ello podría suponer la prolongación de la situación excepcional de prisión más allá del límite máximo establecido en la Ley aplicable en el momento en que se acordó su privación de libertad, plazo máximo que representa para el afectado la garantía constitucional del derecho fundamental a la libertad, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado cuarto en relación con el apartado primero del artículo 17 de la Constitución.

En consecuencia, a la solicitud de libertad del hoy solicitante de amparo, no le debió ser aplicada la reforma del artículo 504 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal operada por la Ley Orgánica 10/1984, de 26 de diciembre, sino que debería haberse examinado y decidido teniendo en cuenta los límites establecidos en la Ley vigente, más favorable, en el momento de perder la libertad e iniciarse su situación de prisión provisional, es decir, en este caso, de acuerdo con la redacción de dicho artículo contenida en la Ley Orgánica 7/1983. Al no haberlo hecho así los Autos impugnados, se ha desconocido el derecho del recurrente a la libertad reconocido en el artículo 17.1 de la Constitución, por lo que procede otorgar el amparo solicitado en base a este precepto y anular los Autos de la Audiencia Nacional aquí impugnados.»

(Sentencia de 12 de marzo de 1987. RA 34/87.—«BOE» de 24 de marzo de 1987.—Ponente: Miguel Rodríguez-Piñero.)

ARTÍCULO 732

Conclusiones definitivas. Modificación de las provisionales. Indefensión

«En efecto, en los escritos de conclusiones definitivas no se acusó por hechos nuevos, sino que se amplió la acusación a los procesados por causa de unos hechos que sólo entonces, tras la amplia prueba de cargo practicada en el juicio oral, los acusadores consideraron probados y, por tanto, objeto de su acusación. Es jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo que el verdadero instrumento procesal de la acusación es el escrito de conclusiones definitivas y por ello ha dicho reiteradamente que toda sentencia penal ha de resolver sobre las conclusiones definitivas de las partes y no sobre las provisionales. La pretendida fijación de la acusación en el escrito de calificaciones provisionales privaría, por un lado, de sentido al artículo 732 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y, por otro lado, haría inútil la actividad probatoria practicada en el juicio oral. Dice la Sentencia de la Audiencia, y dice bien, que “todos los hechos objeto de las acusaciones definitivas fueron, de una parte, materia de la investigación sumarial y de debate en las sesiones del juicio oral y, de otra, se recogieron en el Auto de procesamiento que esta Sala dictó en uso de las facultades que le están conferidas, por lo que la Sentencia que se dicta se estima congruente y procesalmente correcta”. Haciendo nuestras tales afirmaciones y razones, hemos de concluir que no hubo quiebra alguna del principio acusatorio, pues se condenó por aquello de lo que se acusó en tiempo y forma oportunos en los escritos de calificaciones definitivos.»

(Sentencia de 19 de febrero de 1987. RA 1092/85.—«BOE» de 4 de marzo de 1987.—Ponente: Francisco Tomás y Valiente.)

ARTÍCULO 792

Sentencia. Reformatio in peius

«Se invoca también, subsidiariamente en la demanda de amparo la violación por la Sentencia dictada en apelación de la interdicción de la *reformatio in peius* que, de conformidad con la doctrina declarada por este Tribunal Constitucional, está incluida en el artículo 24 de la Constitución. En este caso, el problema consiste en que el solicitante de amparo ha visto reducida, en virtud de la segunda Sentencia, su pena privativa de libertad de seis meses y un día de prisión menor a dos meses y un día de arresto mayor, y las indemnizaciones fijadas en favor de los perjudicados por los tres fallecimientos han aumentado, en virtud de la misma Sentencia, de 4.000.000 a 5.000.000 de pesetas cada una; siendo cierto, a la vista de la Sentencia de la Audiencia Provincial y de las actuaciones, que el único apelante fue el solicitante de amparo, que los perjudicados sólo comparecieron como apelados y que el Letrado de éstos se limitó a pedir la confirmación de la Sentencia apelada; como también lo es que no existe constancia de que el Ministerio Fiscal haya interesado la fijación de indemnizaciones superiores a 4.000.000 de pesetas por cada estirpe de perjudicados.

Ahora bien, de lo dicho se desprende una peculiaridad del caso que consideramos consistente en que la reforma introducida por la Sentencia de la Audiencia Provincial en la condena ha afectado tanto al pronunciamiento sobre la pena de privación de libertad cuanto al concerniente a las indemnizaciones en favor de los perjudicados, aunque lo ha hecho en sentido opuesto, ya que, como hemos visto, aquélla ha sido sustancialmente disminuida, mientras éstas se han incrementado en una cuarta parte, “con cargo —se dice— a la fianza prestada en la pieza de responsabilidad civil”. Ello suscita la cuestión de si se ha producido aquí realmente la *reformatio in peius* alegada. La respuesta resulta inequívocamente negativa en lo que se refiere a la pena de privación de libertad, que ha mejorado objetivamente la situación del recurrente, y también viene a serlo la que atiende a la fijación de las indemnizaciones; pues independientemente de que el incremento se hace “con cargo a la fianza prestada en la pieza de responsabilidad civil” y no supone una intervención directa en el patrimonio del recurrente, no empeorando, por consiguiente, su situación personal la modificación introducida por la Audiencia en la Sentencia condenatoria, tal incremento aparece como una actualización de la valoración de la Entidad del daño por el Tribunal sentenciador, en el sentido del artículo 103 del Código Penal, como se desprende de la referencia que la Sentencia recurrida hace, en su considerando segundo, al “tiempo transcurrido”. Tal decisión, por lo demás equitativa en la medida en que compensa la carga que el recurso significó para la parte apelada, no puede considerarse, en conclusión, como una modificación peyorativa por parte de la Audiencia de la Sentencia del Juzgado de Instrucción.»

(Sentencia de 12 de marzo de 1987. RA 1171/85.—«BOE» de 24 de marzo de 1987.—Ponente: Antonio Truyol Serra.)

ARTÍCULO 902

Reformatio in peius

V. Sentencia de 11 de febrero de 1987 sobre —*Derecho a la tutela judicial efectiva*— Artículo 24.1 CE.

ARTÍCULOS 965 y 969 y 3,7 Y 15 DEL DECRETO DE 21 DE NOVIEMBRE DE 1952

Juicio de faltas. Citación

«En cuanto al fondo del asunto, se centra éste en determinar si se vulneró el derecho del recurrente a la defensa (artículo 24.1 de la Constitución) al no ser debidamente citado para su comparecencia en el juicio verbal de faltas ante el Juzgado de Distrito, y al no serlo tampoco una testigo propuesta por el mismo recurrente. Las citaciones correspondientes se practicaron en aplicación del artículo 172 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación con el 175 de la misma Ley, que autoriza a entregar a otras personas la cédula correspondiente, caso de no ser habido el interesado en su domicilio y de no encontrarse en él nadie “a uno de los vecinos más próximos”. La Ley no exige, por tanto, la citación directa a la persona interesada, cuando no sea posible en el momento de practicarla, sino que, en aras de una mayor rapidez en la administración de la justicia, permite realizarla a otras personas, pero con la evidente finalidad de que éstas la hagan llegar al citado “inmediatamente que regrese a su domicilio” bajo apercibimiento de multa caso de no hacerlo (artículo 173 de la LECrim) y con el riesgo de que se le pueda exigir responsabilidad si en la omisión de la entrega mediase culpa o negligencia (artículo 1.902 del Código Civil). Los requisitos que exige la Ley para practicar la citación a persona distinta de la interesada ofrecen, por tanto, una relevancia constitucional y son garantías de que el citado conocerá a tiempo la citación y podrá comparecer en el momento fijado y actuar en su defensa. En el presente caso, y según resulta de los datos que figuran en autos y que se recogen en el antecedente núm. 7, la citación del interesado se hizo a quien dijo ser vecina y llamarse de determinada manera, sin que se especifique cual era el domicilio de la vecina ni si se trataba de “uno de los vecinos más próximos” de que habla la Ley ni tampoco se identifica a esta vecina más que por el nombre y un apellido, sin que figure el segundo apellido, ni el número de su documento nacional de identidad u otro medio fehaciente de identificación. Es decir, no consta en la diligencia correspondiente que la citación se hiciese a persona suficientemente identificada y que fuese realmente “uno de los vecinos más próximos”. Y dado que en el resto de las actuaciones tampoco aparecen datos que acrediten el cumplimiento de los requisitos legales o que a pesar de esa ausencia el interesado conocía la citación, hay que concluir que se vulneró el derecho a la defensa consagrado en el artículo 24.1 de la Constitución, consideraciones análogas han de hacerse respecto de la citación a la testigo, pues al no constar que se practicara en la forma debida, se privó al recurrente de un medio de prueba pertinente para su defensa.

A la conclusión anterior no obsta que el recurrente compareciere en la apelación y pudiera formular en ella las alegaciones que estimase pertinentes para la defensa. El procedimiento en materia de juicio de faltas establece una doble instancia y el derecho a la defensa debe ser reconocido constitucionalmente en ambas, porque, como este Tri-

bunal ya ha tenido ocasión de señalar, las garantías constitucionales del proceso son exigibles en todas y cada una de las fases del mismo. Tener derecho a una doble instancia como aquí ocurre supone tener derecho a ser oído y poder defenderse en ambas, y verse privado de hacerlo en una, acarrea la privación de una garantía fundamental, que es precisamente la de poder defenderse ante dos tribunales distintos.»

(Sentencia de 20 de febrero de 1987. RA 835/84.—«BOE» de 4 de marzo de 1987.—Ponente: Angel Latorre Segura.)

ARTÍCULOS 977 y 13 y 15 DEL DECRETO DE 21 DE NOVIEMBRE DE 1952

Juicio de faltas. Apelación. Reformatio in peius

V. Sentencia de 28 de enero de 1987 sobre —*Derecho a la tutela judicial efectiva*— Artículo 24.1 CE.

ARTÍCULO 988

Refundición de condenas. Acumulación

«La LECr. ofrece un cauce procesal para examinar si procede o no la refundición conjunta de penas impuestas en causas distintas por razón de su posible conexión.

En efecto, el ya aludido artículo 988 de la citada Ley dice en su apartado 3.º.

“Cuando el culpable de varias infracciones penales haya sido condenado en distintos procesos por hechos que pudieron ser objeto de uno sólo, conforme a lo previsto en el artículo 17 de esta Ley, el Juez o Tribunal que hubiera dictado la última Sentencia, de oficio, a instancia del Ministerio Fiscal o del condenado, procederá a fijar el límite del cumplimiento de las penas impuestas conforme a la regla segunda del artículo 70 del Código Penal. Para ello reclamará la hoja histórico-penal del Registro Central de Penados y Rebeldes y testimonio de las Sentencias condenatorias y previo dictamen del Ministerio Fiscal, cuando no sea el solicitante, dictará Auto en el que se relacionarán todas las penas impuestas al reo, determinando el máximo cumplimiento de las mismas. Contra tal Auto podrán el Ministerio Fiscal y el condenado interponer recurso de casación por infracción de Ley.”

Ciertamente este precepto se refiere de manera expresa a una resolución a adoptar por el órgano judicial sin audiencia del condenado, salvo que éste sea el solicitante. Sin embargo, la trascendencia de la resolución no se le ocultó al legislador, que incluso prevé la posibilidad de acudir al Tribunal Supremo por medio del recurso de casación por infracción de Ley. Ello supone que no nos encontramos ante una decisión que tome automáticamente el órgano judicial, sino ante una cuestión que puede llegar a ser debatida ante el mismo Tribunal Supremo. En esas circunstancias el precepto de la LECr, ha de ser integrado para ajustarlo al derecho de defensa que consagra el artículo 24.1 de la Constitución en el sentido de que, como dice el Ministerio Fiscal en sus últimas alegaciones, el interesado debe ser oído antes de dictarse la resolución judicial, y ha de serlo con asistencia de Letrado (artículo 24.2 de la Constitución), y que ha de tramitarse el procedimiento indicado en el citado precepto de la LECr cuando el interesado lo pida, dándole la posibilidad, en la hipótesis de que la resolución judicial sea denega-

toria, de acceder a la casación. Todo ello también es consecuencia del principio de igualdad de las partes en el proceso penal, como recuerda asimismo el Ministerio Fiscal en las mismas alegaciones. En el presente caso ese principio exige que, interviniendo el Fiscal en el procedimiento de liquidación y refundición de penas, sea oído también el condenado con asistencia letrada.»

(Sentencia de 30 de enero de 1987. RA 202/84.—«BOE» de 10 de febrero de 1987.—Ponente: Angel Latorre Segura.)

III. CODIGO PENAL

ARTÍCULO 70

Acumulación de penas

V. Sentencia de 30 de enero de 1987 sobre —*Refundición de condenas*— Artículo 988 LECr.

ARTÍCULOS 103 y 104

Responsabilidad civil. Indemnización

V. Sentencia de 11 de junio de 1987 sobre —*Derecho a la tutela judicial efectiva*— Artículo 24.1 CE.

IV. LEYES ESPECIALES

LEY GENERAL PENITENCIARIA

ARTÍCULO 42

Trato inhumano o degradante. Aislamiento en celda

«La tercera línea argumental, aunque sin insistir mucho sobre ello, menciona el artículo 15 de la Constitución que prohíbe “penas o tratos inhumanos o degradantes” norma que ha de ser puesta en conexión con el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

No cabe duda que cierto tipo de aislamientos en celdas “negras”, el confinamiento absolutamente aislado o cerrado es una forma de sanción que envuelve condiciones manifiestamente inhumanas, atroces y degradantes, y por ello han venido siendo vedados en los más modernos sistemas penitenciarios. De ahí las restricciones que la Ley y el Reglamento Penitenciario establecen para la aceptación, residual, de este tipo de sanción. Según el artículo 42 de la Ley General Penitenciaria, en principio “no podrá exceder de catorce días” (aunque con posible incremento en la mitad de su máximo en los casos de repetición de la infracción) y, además, en caso de acumulación de sanciones

de este tipo no podrá excederse de cuarenta y dos días consecutivos. Además sólo será de aplicación “en los casos en que se manifieste una evidente agresividad o violencia por parte del interno, o cuando éste, reiterada y gravemente, altere la normal convivencia en el centro”. Su ejecución se somete también a condiciones muy estrictas: La celda ha de ser de análogas características a las restantes del establecimiento normalmente en el comportamiento que habitualmente ocupe el interno; se cumplirá con informe y vigilancia médica; se suspende en caso de enfermedad; no se aplica a las madres gestantes; el recluso disfrutará de una hora de paseo en solitario; puede recibir una visita semanal; y sólo se le limita la posibilidad de recibir paquetes del exterior, y de adquirir ciertos artículos del economato (artículos 43 de Ley General Penitenciaria y 112 del Reglamento General Penitenciario). Esta regulación legal restrictiva supone, por un lado, que este tipo de sanción no es una más de las que están a disposición de las autoridades penitenciarias, sino que sólo debe ser utilizada en casos extremos, y en segundo lugar que esta sanción se reduce a una confinación separada, limitando la convivencia social con otros reclusos, en una celda con condiciones y dimensiones normales, llevar una vida regular, y que se le pueda privar de aquellos beneficios (biblioteca, posesión de radio, etc) abiertos a los demás internos.

La Comisión de Estrasburgo en bastantes casos ha tenido ocasión de examinar quejas relativas a este tipo de confinamiento aislado, y su posible colisión con el artículo 3 del Convenio de Roma. De acuerdo a la Comisión el confinamiento solitario, debido a exigencias razonables, no constituye, de por sí un tratamiento inhumano o degradante, sólo cuando por las condiciones (alimentación, mobiliario, dimensiones de la celda), circunstancias (de acceso a biblioteca, periódicos, comunicaciones, radio, control médico) y duración, se llegue a un nivel inaceptable de severidad, y si ha dicho que un confinamiento prolongado solitario es indeseable, ello ha sido en supuestos en los que la extremada duración de tal confinamiento superaba, mucho más allá, el máximo legal previsto de cuarenta y dos días en nuestra legislación penitenciaria. No es la sanción en sí, sino el conjunto de circunstancias y condiciones de su aplicación, incluyendo su particular forma de ejecución, el carácter más o menos estricto de la medida, su duración, el objeto perseguido y sus efectos en la persona en cuestión, los que podrían hacer en concreto de esa sanción una infracción del artículo 3 del Convenio de Roma (decisión Adm. Com. Ap. 8.395/1978, de 16 de diciembre de 1981).»

(Sentencia de 21 de enero de 1987. RA 940 y 949/95.—«BOE» de 10 de febrero de 1987.—Ponente: Miguel Rodríguez-Piñero.)

Sanciones

«El artículo 25.3 de la Constitución prescribe, ciertamente, que la “Administración Civil no podrá imponer sanciones que, directa o indirectamente, impliquen privación de libertad”, pero esta prevención constitucional no puede dejar de ponerse en relación, para comprenderla rectamente, con el contenido del derecho fundamental garantizado en el artículo 17.1 de la misma Constitución reconocido también en el artículo 5.1 del Convenio de Roma, que preservan el común *status libertatis* que corresponde, frente a los poderes públicos, a todos los ciudadanos. Tal *status* sin embargo, queda modificado en el seno de una situación especial de sujeción como la presente, de tal manera que, en el ámbito de la institución penitenciaria, la ordenación del régimen al que que-

dan sometidos los internos no queda limitado por el ámbito de un derecho fundamental que ha perdido ya, en ese ámbito específico, su contenido propio, según claramente se deriva, por lo demás de lo dispuesto en el apartado segundo de este citado artículo 25. La libertad que es objeto del derecho fundamental resultó ya legítimamente negada por el contenido del fallo de condena, fallo que, por lo mismo, determinó la restricción temporal del derecho fundamental que aquí se invoca.

Así lo ha reconocido también la Comisión de Estrasburgo cuando ha afirmado que las condiciones normales de la vida en prisión "no constituyen una privación de libertad con independencia de la libertad de acción de que el prisionero pueda gozar dentro de la prisión. De este modo las medidas disciplinarias aplicables contra el que está cumpliendo una Sentencia no pueden considerarse constitutivas de privación de libertad, porque tales medidas son tan sólo modificaciones de su detención legal", por lo que tales medidas "no están cubiertas por los términos del artículo 5.1" (Dec. Adm. Com. Ap. 7.754/1977, de 9 de mayo de 1977). Al estar ya privado de su libertad en la prisión, no puede considerarse la sanción como una privación de libertad, sino meramente como un cambio en las condiciones de su prisión; como ha dicho nuestra doctrina "no es sino una mera restricción de la libertad de movimientos dentro del establecimiento añadida a una privación de libertad impuesta exclusivamente por Sentencia judicial".

Tampoco pueden considerarse privación de libertad las consecuencias indirectas que las sanciones disciplinarias, del tipo que sean, pueden tener en la pérdida de beneficios de remisión de penas, pues ello no supone ninguna "privación de libertad" sobre y por encima de la originaria impuesta por el Tribunal, y además la pérdida de remisión no viene impuesta por la Junta, sino que tiene su origen en la pérdida de uno de los requisitos legales que la normativa legal establece para poder obtener el beneficio de la remisión de pena.»

(Sentencia de 21 de enero de 1987.—«BOE» de 10 de febrero de 1987.—Ponente: Miguel Rodríguez-Piñero.)

ARTÍCULO 44.2

Falta de comunicación de las denuncias

V. Sentencia de 21 de enero de 1987 sobre —*Derecho a ser informado de la acusación*— Artículo 24.2 CE.

Expediente disciplinario: derecho a un proceso público

V. Sentencia de 21 de enero de 1987 sobre —*Derecho a un proceso público*— Artículo 24.2 CE.

Expediente disciplinario: derecho a expresarse en euskera

V. Sentencia de 21 de enero de 1987 sobre —*Derecho a expresarse en euskera*— Artículo 3 y 24.2 CE.

Faltas y sanciones

V. Sentencia de 21 de enero de 1987 sobre —*Principio de legalidad*— Artículo 25.1 CE.

ARTÍCULO 76

Juez de Vigilancia Penitenciaria

«La Ley General Penitenciaria ha optado por una composición meramente administrativa de los órganos que intervienen en la disciplina penitenciaria, subrayando con ello el carácter “técnico” de la Administración Penitenciaria, pero ha asegurado la judicialización de la ejecución de las penas a través del sistema de control judicial (previo o posterior, según los casos), y cuyo adecuado funcionamiento es no sólo la garantía de conformidad a la Ley de la actividad penitenciaria, sino también de la protección de los derechos fundamentales de los detenidos. Esta importante función tiene su reflejo en el artículo 76 de la vigente Ley General Penitenciaria que atribuye al Juez de Vigilancia “salvaguardar los derechos de los internos y corregir los abusos y desviaciones que en el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario puedan producirse”, sino también del propio artículo 94 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que alude junto al “control jurisdiccional de la postestad disciplinaria de las autoridades penitenciarias”, al “amparo de los derechos y beneficios de los internos”. Es claro así, que los Juzgados de Vigilancia constituyen una pieza clave del sistema penitenciario, para garantizar el respeto de los derechos fundamentales de los internos, y que, por ello, debe garantizarse y exigirse, también constitucionalmente, la actuación de estos órganos judiciales especializados.»

(Sentencia de 21 de enero de 1987. RA 940 y 949/85.—«BOE» de 10 de febrero de 1987.—Ponente: Miguel Rodríguez-Piñero.)

ARTÍCULO 76.2 d)

Aislamiento en celda: Competencia del Juez de Vigilancia Penitenciaria

«En el presente caso se ha eludido la aprobación por el Juez de las sanciones a través de la consideración aislada de diversas infracciones en un único incidente, incluyendo también una separación de expediente y de otro lado a través de una interpretación de la Ley General Penitenciaria, tendente a reducir la intervención del Juez de Vigilancia Penitenciaria. Sin entrar en el análisis del sentido del artículo 42.5 de la Ley General Penitenciaria, en relación con los principios del concurso real y de la acumulación jurídica —aunque la doctrina estima que mientras no exista ruptura de nexo causal entre los actos, deberían estimarse globalmente como subsumibles en un único supuesto de infracción y no, como en el presente caso se ha hecho, con carácter sustantivo e independiente— lo cierto es que el artículo 76.2 d), está redactado de forma tajante, y sin reserva o excepción alguna, sin que, a la luz de la Constitución sea aceptable la interpretación, que tiene su origen en la Orden circular de la Dirección General

de Instituciones Penitenciarias de 17 de noviembre de 1981 de que la necesidad de aprobación por el Juez de Vigilancia "sólo se producirá en los casos de repetición de la infracción que conlleven un incremento de la sanción pertinente hasta la mitad de su duración máxima", pero no en el caso de cumplimiento sucesivo de varias sanciones de aislamiento. Según la citada Dirección General "este segundo caso no requiere —al menos, según el tenor literal de los preceptos indicados— aprobación alguna del Juez de Vigilancia. Con todo, son estos mismos Jueces quienes por vía de recurso o de petición o queja de los internos, confirmarán o modificarán en su día la anterior exégesis".

Sin embargo, esa interpretación, aparte de tener el riesgo de permitir la elusión de la exigencia legal de aprobación judicial a través de la transformación, más o menos artificiosa, de un único incidente en una diversidad de expedientes y en una distinción de faltas, supone desconocer el papel que nuestro sistema jurídico confiere al Juez de Vigilancia y su función específica de "amparo" de los derechos de los internos. Las normas legales, según ha señalado este Tribunal en reiteradas ocasiones, deben interpretarse "de conformidad con la Constitución y en el sentido más favorable para la efectividad del derecho fundamental" (Sentencia 77/1984, de 7 de junio), en este caso, el reconocido en el artículo 24 de la Constitución. Si debe elegirse entre los posibles sentidos de la Ley, aquel que sea más conforme con las normas constitucionales (Sentencia del Tribunal Constitucional 19/1982, de 5 de mayo), más aún debe hacerse esto en aquellos casos donde la regla legal es clara y tajante, y se pretende su desvirtuación mediante una interpretación escasamente razonable y dudosa, como se deduce incluso del propio sentido duxitativo de la resolución de la Dirección General, que hace reservar a una posterior corrección jurisprudencial de esa interpretación.

La Junta de Régimen y Administración de la Prisión de Basauri, aunque haya tenido en cuenta la interpretación contenida en la citada Resolución, al imponer directamente al interno unas sanciones que, en su conjunto, superan el plazo máximo de catorce días de aislamiento en celda, no ha respetado el mandato del artículo 76.2 de la Ley General Penitenciaria, y ha desconocido, por ello la competencia que esa Ley Orgánica del Poder Judicial confieren al Juez de Vigilancia. Se ha privado así al recurrente de una garantía judicial que le confiere el ordenamiento vigente, y es la de la aprobación previa de esas sanciones, con conocimiento pleno y no el necesariamente limitado del control posterior por vía del recurso, por parte del órgano judicial competente al respecto, que debería haber aprobado, en su caso, la imposición de las sanciones. La actuación de la Junta ha supuesto así la exclusión por omisión de la garantía de intervención judicial en estos casos en el momento final del procedimiento sancionador. Se ha lesionado, en consecuencia, el derecho a la tutela judicial del artículo 24 de la Constitución, pues como ha dicho la Sentencia 70/1984, de 11 de junio, la lesión de los derechos fundamentales reconocidos en dicho artículo se produce cuando se priva al ciudadano de la posibilidad de impetrar la protección judicial de sus derechos o intereses, o cuando se le crea un obstáculo que la dificulte gravemente. Esta actividad del Juez de Vigilancia, aunque insertada en el seno de un procedimiento disciplinario administrativo, constituye una garantía de prestación judicial que, como tal, debe entenderse también amparada por el derecho reconocido en el artículo 24.1 de la Constitución, que consagra el derecho del ciudadano a "obtener la tutela de los órganos jurisdiccionales del Estado" (Sentencia 22/1982, de 12 de mayo) derecho que, en el presente caso, no le ha sido respetado al recurrente.»

(Sentencia de 21 de enero de 1987. RA 940 y 949/85.—«BOE» de 10 de febrero de 1987.—Ponente: Miguel Rodríguez-Piñero.)

V. REGLAMENTO PENITENCIARIO

ARTÍCULO 130.2

Motivación de la denegación de pruebas en el expediente disciplinario

V. Sentencia de 21 de enero de 1987 sobre —*Derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa*— Artículo 24.2 CE.

ARTÍCULO 131.1 e)

Asesoramiento de letrado

V. Sentencia de 21 de enero de 1987 sobre —*Derecho a la asistencia de letrado*— Artículo 24.2 CE.

VI. LEY ORGANICA DEL PODER JUDICIAL

ARTÍCULO 94

Juzgados de Vigilancia Penitenciaria

V. Sentencia de 21 de enero de 1987 sobre —*Juez de Vigilancia Penitenciaria*— Artículo 76. Ley General Penitenciaria.

VII. LEY DE PELIGROSIDAD Y REHABILITACION SOCIAL

ARTÍCULO 2.8

Tráfico ilegal de drogas

V. Sentencia de 19 de febrero de 1987 sobre —*Principios de legalidad, non bis in idem y presunción de inocencia*— Artículos 24.1 y 2 CE.

VIII. LEY 40/79, DE 10 DE DICIEMBRE, SOBRE REGIMEN JURIDICO DE CONTROL DE CAMBIOS

ARTÍCULO 7.1

Penas privativas de libertad. Penas de multa. Ley ordinaria

V. Sentencia de 13 de febrero de 1987 sobre —*Penas privativas de libertad*— Artículo 17.1. CE.

El caso del diario «Egin»: Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 12 de diciembre de 1986

JAVIER MIRA BENAVENT

Universidad de Alicante

RESUMEN DE LOS HECHOS

1. La sentencia 159/1986, de 12 de diciembre, del Tribunal Constitucional (1), otorga amparo al demandante (director del diario *Egin*), que había sido condenado como autor de dos delitos de apología del terrorismo por la sentencia de la Audiencia Nacional de 13 de diciembre de 1982, confirmada más tarde por la del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 1983 (2); en consecuencia, el Tribunal Constitucional declara la nulidad de ambas sentencias.

2. Los hechos que originaron la condena del director del diario *Egin* pueden ser resumidos de la siguiente manera, según se desprende del relato fáctico de la sentencia del Tribunal Supremo que transcribe el de la Audiencia Nacional: se declara probado que en el número del diario *Egin* correspondiente al día 4 de abril de 1982 se insertó un comunicado de ETA (m) en el que, bajo el titular «ETA (m) expone sus razones para haber dado muerte al doctor C.», dicho grupo armado hace «autopanegírico y autoloable de su comportamiento (*sic*) y esgrime argumentos tendentes a legitimar dicho asesinato». Posteriormente, en el número del mismo diario correspondiente al día 9 de mayo de 1982, se incluyó otro comunicado, ésta vez bajo el título editorial «Para ETA (m) su último atentado supone un incremento cualitativo de la campaña contra Lemóniz», en el que dicho grupo «vuelve a hacer autoloa y autopanegírico de su comportamiento y aduce argumentos para pretender justificar el asesinato que efectuó en la persona de don Angel P. M.», ingeniero de dicha Central nuclear. En el Resultando fáctico se transcriben fragmentos de ambos comunicados

(1) B.O.E. núm. 313 (suplemento), de 31 de diciembre de 1986. Ponente: GLORIA BEGUÉ CANTÓN.

(2) Jurisprudencia Criminal, núm. 1.774.

que patentizan la defensa y justificación que ETA (m) realiza de estas dos muertes.

Finalmente también se declara probado que el procesado José Félix A. B. era «la persona que en las fechas de inserción de los referidos artículos periodísticos desempeñaba el cargo de Director del periódico «Egin» y que como tal autorizó y consintió su publicación y difusión. Ha resultado desconocida la persona, portavoz de «ETA-militar» que suministró al periódico «Egin» los dos comunicados de esta banda armada» (*Resultando* núm. 1 de la sentencia del TS).

3. La sentencia de 13 de diciembre de 1982 de la Audiencia Nacional estimó que los indicados hechos probados eran constitutivos de dos delitos de apología del terrorismo previstos en el artículo 1 del Real Decreto-Ley 3/1979, de 26 de enero, de los que era responsable en concepto de autor el procesado (director del diario *Egin* en la época de los hechos), condenándolo a dos penas de prisión menor y accesorias. La sentencia del TS de 31 de diciembre de 1983 confirma este fallo en base a una línea argumental, análoga a la de la sentencia recurrida, que puede resumirse en los siguientes puntos: a) En el 2.º Considerando se estima que el derecho recogido en el artículo 20, apartado 1.º d) de la CE (derecho a comunicar libremente información veraz por cualquier medio de difusión) no ha sido vulnerado por la sentencia de la AN en el caso que se enjuicia, puesto que «la libertad de expresión no es absoluta, sino limitada, pues bajo el pretexto de una libertad, podrían ser desconocidas las demás, resultado manifiestamente antidemocrático»; «la falta de respeto de la Ley —añade el Considerando citado—, si ésta es penal, puede constituir infracciones delictivas», ya que «a través del derecho de información se pueden cometer delitos...*aunque la noticia que produce la infracción sea verídica, y sin que valga la exculpación de que la noticia no hace otra cosa que transcribir lo que otros han dicho o hecho*, pues por la especial configuración de la autoría en los delitos de imprenta, en el artículo 15 del Código Penal, el legislador ha querido, para evitar graves impunidades, castigar, escalonada y subsidiariamente, al autor material del texto delictivo, a los directores de la publicación, a los editores y a falta de los anteriores a los simples impresores»; b) En el tercero de los Considerandos se concluye diciendo que «la apología del terrorismo, es un delito, para el que se exige como requisito necesario la publicidad, por lo que la prensa es el medio más adecuado para su comisión. Afirmado que los dos comunicados de ETA (m) tienen el carácter de apología del terrorismo, *con su inserción en el periódico «Egin» se consuma el delito*, del que, efectivamente, siguiendo la normativa sobre autoría sería autor o autores quienes los redactaron, pero por aplicación de los artículos 13 y 15 del Código Penal, *al ser desconocidos aquéllos, la responsabilidad recae en el director de tal publicación*, y por tanto, en el procesado» (3).

4. Según consta en el Antecedente núm. 3 de la STC que comenta-

(3) Todos los subrayados son añadidos.

mos, la demanda de amparo interpuesta por el sentenciado ante el Tribunal Constitucional se fundamenta en la presunta violación de los derechos reconocidos en los artículos:

a) 20, párrafo 1.º apartado d, de la CE (derecho a comunicar información veraz), puesto que, según se alega, la simple reproducción de dos comunicados de ETA (m) no supera los límites de la libertad de información, al no ser su contenido «fruto de opiniones expresadas por el solicitante de amparo ni por cualquier otro periodista del diario *Egin*, y que por parte de estos no existió alabanza o panegírico de la conducta de dicha organización, autora en exclusiva de los textos considerados delictivos, sino tan sólo registro de noticias cuya veracidad quedó acreditada en el proceso penal»; y b) 25.1 (principio de legalidad), por los siguientes motivos: a') vulneración del principio de reserva absoluta de Ley Orgánica, por carecer la normativa aplicada al caso, esto es, el Real Decreto-Ley 3/1979, de 26 de enero, sobre protección de la seguridad ciudadana, del rango normativo necesario para establecer delitos y penas privativas de libertad; b') interpretación del concepto de apología del terrorismo extendiendo el ámbito incriminatorio de esta infracción al hecho de reproducir comunicados de bandas terroristas, siendo así que la prohibición de analogía y de la interpretación extensiva ha de considerarse implícita en el principio de legalidad; y c') vulneración del principio de tipicidad, puesto que la norma incriminadora de la apología no delimita de forma precisa la conducta punible.

COMENTARIO

La sentencia del Tribunal Constitucional de 12 de diciembre de 1986, que seguidamente paso a comentar, anula las sentencias condenatorias de la AN y del TS; pero no acoge todos los motivos aducidos en la petición de amparo, por lo que conviene centrar el objeto de análisis del presente comentario.

1. El TC estima, en primer lugar, que «no cabe aducir, como fundamento de la demanda de amparo, la vulneración del artículo 25.1 de la Constitución por falta de rango de la norma penal tipificadora del delito de apología del terrorismo»; y esto porque, aún admitida la inconstitucionalidad del Real Decreto-Ley 3/1979, de 26 de enero, la conducta enjuiciada se podría subsumir sin problema en los artículos 268 y 216 bis a), uno, del CP, que en sus nuevas redacciones establecen incluso penas más graves. En definitiva, concluye el TC, «la inconstitucionalidad pretendida no sólo sería inoperante, sino que perjudicaría manifiestamente al reo» (Fundamento jurídico núm. 3). No voy a entrar en el tema de la reserva de ley en materia penal (4), por más que

(4) Sobre la exigencia constitucional de la necesidad de reserva absoluta de Ley Orgánica en materia penal, y la imposibilidad de recurrir en ningún caso a la vía del De-

en este caso la actuación del TC sea altamente criticable al dar por buena la aplicación de una norma manifiestamente inconstitucional por razones de economía procesal (5).

2. Tampoco voy a tratar la cuestión de la posible vulneración del Principio de tipicidad por parte de la norma incriminadora de la apología del terrorismo, extremo que también desestima el TC dada la forma en que es planteado por la parte recurrente. Es en este punto donde hay que hacer una serie de precisiones:

a) El recurrente estima que se ha vulnerado el Principio de tipicidad ya que «no es posible deducir de la norma penal aplicada si la publicación de un comunicado de una organización terrorista, a la que el director del periódico es ajeno, constituye o no la realización del comportamiento prohibido por el delito de apología del terrorismo» (Fundamento jurídico núm. 4). Pero es que una cosa es el deber que incumbe al legislador de conformar los preceptos sancionatorios con la máxima claridad posible, y otra muy distinta, como razona el TC a continuación, el propio contenido de la norma o la forma en que ésta ha sido «aplicada o interpretada por los Tribunales a la luz de los mandatos contenidos en la Constitución y singularmente de los que establecen derechos y libertades públicas»; pues es precisamente el contenido de la propia norma, o su interpretación o aplicación a un caso concreto, lo que puede vulnerar los derechos fundamentales de la persona. En tales casos, concluye el TC en el fundamento jurídico citado, el juicio constitucional tendría como punto de referencia el derecho fundamental vulnerado y no el principio de legalidad en su vertiente de ley penal estricta.

b) En el caso que nos ocupa, lo que motivó el fallo condenatorio fue, en primer lugar, la consideración de que la apología del delito es un límite absoluto e incuestionable de la libertad de expresión y del derecho a comunicar información, límite que según la AN y el TS no puede ser franqueado bajo ninguna circunstancia; y en segundo lugar, y fundamentalmente, la aplicación automática de las normas de autoría contenidas en el artículo 15 CP, mecanismo que permitió a la AN y al TS considerar directamente autor del delito de apología del terrorismo al director de la publicación en que se incluyeron los comunicados de ETA (m), toda vez que no fueron hallados los autores reales del texto apologético. Pero esto no quiere decir que la norma incriminadora de la apología o la norma contenida en el artículo 15 CP vul-

creto-Ley o de la Ley Ordinaria, véase, por todos, COBO/BOIX: «Garantías constitucionales del Derecho sancionador», en *Comentarios a la legislación penal*, Tomo I, EDESA, Madrid 1982, págs. 191 ss; BOIX REIG: «El principio de la legalidad en la Constitución», en *Repercusiones de la Constitución en el Derecho Penal*, Universidad de Deusto 1983, págs. 53 ss; y del mismo: «De nuevo sobre el principio de legalidad (Perspectiva constitucional)», *en prensa*, donde este autor estudia las últimas posiciones del TC en esta materia.

(5) Sobre esta cuestión, véase el voto particular recogido al final de la Sentencia, en el que, con razón, se estima que «ni el principio "pro reo" ni una calificación defectuosa de los hechos por la acusación pública, permiten aplicar una Ley derogada y, por tanto, inexistente», por ser contrario a los artículos 9.1, 25 y 117.1 de la CE.

neren por sí mismas las exigencias de certeza y claridad dimanantes del principio de legalidad: ambas normas son, a mi modo de ver, clarísimas. La única duda que podemos plantearnos es la relativa a si tales normas son compatibles con las exigencias constitucionales en materia de libertad de expresión, o, en todo caso, si la interpretación de las mismas llevada a cabo por la AN y por el TS en las sentencias antes citadas respeta dichas exigencias.

3. Por tanto, las cuestiones que realmente plantea el «caso Egin» son sobre todo dos:

PRIMERA. La mera reproducción de dos comunicados en los que una organización armada hace apología, justifica y defiende alguna de sus actividades delictivas, *¿supera los límites del derecho a comunicar libremente información veraz por cualquier medio de difusión reconocido en el artículo 20, párrafo 1.º apartado d) de la CE?* O dicho de otro modo: el castigo de la mera reproducción de tales comunicados, cuando la misma no va acompañada de juicios de valor que demuestren que el diario asume el contenido apologético de los mismos, *¿respeta las exigencias derivadas del precepto constitucional antes señalado?*, *¿realiza un supuesto semejante el contenido de injusto de la apología del delito?*

SEGUNDA. El director de una publicación que se limita a ordenar la inserción en la misma de dos comunicados de ETA (m) cuyo contenido es claramente apologético, *¿basta para que, en base al artículo 15 CP, pueda ser reputado autor de la infracción cometida el que posteriormente resulte que no sean identificados ni hallados los autores reales del texto delictivo?* O lo que es lo mismo: la interpretación que en el «caso Egin» realizan las sentencias de la AN y del TS de la norma contenida en el artículo 15 CP, *¿respeta el principio de legalidad contenido en el artículo 25.1 de la CE?*, *¿supone por el contrario interpretar el artículo 15 CP como una hipótesis de responsabilidad por hecho de otro, posibilidad vedada por el citado y por otros preceptos constitucionales?* Y lo que es más importante en este caso, *¿respetaría una interpretación de tales características las exigencias dimanantes de la libertad de expresión consagrada en el artículo 20 CE?*

Paso a comentar por separado ambos grupos de problemas; y también en qué medida han sido resueltos por el TC en su sentencia de 12 de diciembre de 1986.

LIBERTAD DE EXPRESION Y APOLOGIA DEL DELITO

I

1. El primero de los grupos de cuestiones a que acabo de referirme es planteado por el TC como un problema de relaciones «entre la libertad de información y el límite derivado del interés público que sub-

yace a las normas penales»: de lo que en definitiva se trata, pues, es de fijar los criterios que deben presidir la solución de las tensiones que sin duda se originan entre la libertad de expresión y la apología del delito, toda vez que el actual legislador español parece que ha asumido decididamente la punición de esta controvertida figura delictiva (6).

En el caso del diario *Egin* se produce un conflicto entre:

a) el *interés* que protege la norma incriminadora de la apología del terrorismo, que para el TC no es otro que el interés político y social en la erradicación de la violencia terrorista (Fundamento jurídico núm. 7); y

b) el *interés* que subyace al derecho a comunicar información veraz, información que en este caso consiste en dar noticia de la existencia de dos comunicados en los que ETA (m) defiende y justifica la perpetración de dos acciones delictivas.

El TC perfila con mucho más detalle este segundo punto del conflicto, destacando (Fundamento jurídico núm. 6) 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 conducta previa 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»; pues «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». Se cita, además, reiterada jurisprudencia constitucional que pone 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».

2. ¿Cómo debe solucionarse semejante problema?

Para el TC (Fundamento jurídico núm. 7), el citado conflicto de intereses «no puede resolverse otorgando a priori un superior rango jerárquico al interés protegido por la Ley Penal frente a la libertad de información» (7). Por el contrario: hay que ponderar rigurosamente los dos extremos que chocan en este asunto; y para ello, el TC, aparte de tener en cuenta las consideraciones ya vistas sobre los intereses en juego, alude a dos principios generales de interpretación:

a) «es cierto, como señalan Sentencias impugnadas, que los de-

(6) No sólo ha mantenido después de la reforma de 25 de junio de 1983 los artículos 216 bis a) y 268 CP, sino que además ha introducido un concepto de apología del delito en el artículo 10 de la Ley de bandas armadas de 26 de diciembre de 1984 que ha desbordado cualquier previsión razonable en la materia y al que me referiré después.

(7) Subrayado añadido.

rechos 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»; de ahí la exigencia de que

b) “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 ello, continúa el TC, “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” (Fundamento jurídico núm. 6).

Junto a estos dos criterios que deben ser utilizados con carácter general para resolver cualquier conflicto surgido entre la libertad de expresión y otros intereses, el TC hace especial hincapié en una circunstancia que concurre concretamente en el caso que nos ocupa, y que es considerada por el Fundamento jurídico núm. 8 como un aspecto esencial de la cuestión planteada: y es sencillamente «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*» (8).

3. Como corolario a todos estos razonamientos, el TC estima finalmente en el Fundamento jurídico núm. 8 que en las Sentencias recurridas ha resultado vulnerado el artículo 20, párrafo 1.º apartado d). de la CE 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 comparte 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...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 transcribir sin más la información, aunque ésta por su contenido pueda revestir significado penal*» (9).

II

1. La Sentencia del TC de 12 de diciembre de 1986 que venimos comentando es acreedora de : una *alabanza*, porque me parece, y con

(8) Subrayado añadido.

(9) Primer subrayado en el original; los demás añadidos.

esto adelanto ya mi opinión, que la decisión de otorgar en este caso amparo al demandante es correcta desde un punto de vista de justicia material y jurídicamente adecuada, además, a los principios constitucionales que deben presidir la interpretación de las normas penales restrictivas de la libertad de expresión; y también de una *crítica*, puesto que el TC no entra a considerar lo que en definitiva es el fondo del asunto, es decir, la cuestión relativa a si la punición de la apología del delito es compatible en última instancia con las exigencias de nuestro ordenamiento constitucional en materia de libertad de expresión.

En efecto; el TC se extiende con relativa amplitud sobre cuestiones tales como el papel que desempeña la libertad de información en una sociedad pluralista y cuál debe ser su extensión y contenido constitucional; pero no aborda, como cabía esperar de la progresiva lectura de los Fundamentos jurídicos de la Sentencia, la vertiente contraria de la cuestión: es decir, el problema de los límites del ámbito de punición de la apología del delito en el marco de un Estado de Derecho respetuoso con las libertades individuales.

Cabría oponer a esta crítica que la función del recurso de amparo se circunscribe únicamente a la protección de los derechos y libertades fundamentales susceptibles del mismo; y que la decisión del TC en este marco ha de limitarse, por imperativo del artículo 54 LOTC, a concretar si se han vulnerado o no derechos fundamentales susceptibles de amparo y a preservar o restablecer los mismos.

Ciertamente la STC de 12 de diciembre de 1986 se limita a declarar, en cumplimiento del último precepto citado, que en el «caso Egin» se ha producido una vulneración del derecho a comunicar libremente información veraz reconocido en el artículo 20, párrafo 1.º apartado d), de la CE, por lo que se anulan las decisiones judiciales de la AN y del TS que originaron dicha violación. Pero también es cierto que el TC plantea la cuestión, a primera vista, como un conflicto de intereses contrapuestos, cuya solución debería pasar necesariamente por averiguar si el ejercicio del derecho a transmitir libremente información veraz reconocido constitucionalmente en el artículo 20 CE, se halla sometido en todo caso a los límites impuestos por la legislación penal, o si, por el contrario, toda restricción que se haga del mismo debe estar debidamente fundamentada. Y lo que precisamente se critica aquí es que el TC se haya limitado a considerar tan sólo uno de los intereses en conflicto, cuando lo mínimamente lógico hubiera sido detenerse en todos y cada uno de los extremos del problema: de esta manera, el TC nos enseña mucho sobre la importancia del derecho a comunicar información veraz en un Estado democrático y pluralista; pero no nos dice absolutamente nada acerca del otro interés en litigio, es decir, el interés que subyace a la norma incriminadora de la apología, ni si este interés es de la suficiente entidad como para fundamentar restricciones de tipo penal al ejercicio de la libertad de expresión (10).

(10) El TC podía incluso haber tratado, en sede de recurso de amparo, la posible inconstitucionalidad de la norma incriminadora de la apología por incompatibilidad con

En definitiva: la STC de 12 de diciembre de 1986 se limita a declarar que, en el conflicto de intereses repetidamente citado, el derecho a transmitir información veraz se encuentra situado por encima del interés propio de la apología del delito; pero no sabemos si esto se debe a que dicho derecho es absoluto y debe situarse siempre por encima de la Ley penal, o porque no concurren en este caso las circunstancias necesarias que fundamentan la limitación de un derecho constitucional. La pregunta relativa a en qué supuestos y por qué y hasta qué punto puede extenderse el castigo de la apología del delito en detrimento de la libertad de expresión es una cuestión que queda flotando en los razonamientos de la Sentencia que venimos comentando, pero sin hallar una respuesta precisa. Y era lógico esperar que el TC abordara, al menos con carácter general, tal punto por las razones que acabo de exponer.

A pesar de ello, la insatisfacción que en este punto provoca la Sentencia de 12 de diciembre de 1986 no es, sin embargo, absoluta, puesto que de ella pueden extraerse una serie de conclusiones de la suficiente importancia como para intentar contestar con cierta base a la pregunta antes mencionada. Por este motivo puede afirmarse que la Sentencia del TC de 12 de diciembre de 1986 es importante no sólo por la decisión finalmente adoptada, sino sobre todo por las conclusiones que de ella pueden inferirse en orden a resolver el problema relativo al fundamento, justificación y límites punibles de la controvertida figura delictiva de la apología.

A intentar perfilar dichas conclusiones se dedican las líneas que siguen.

2. Ya hemos visto que lo que ha motivado la concesión de amparo por la vulneración del artículo 20, párrafo 1.º apartado d), de la CE ha sido

a) dos consideraciones de tipo *general* sobre la libertad de expresión, que, resumidas, son:

- la libertad de información encierra un *interés esencial* para una sociedad democrática y pluralista, cual es la formación de una opinión pública libre como condición necesaria para el ejercicio de otros derechos inherentes al funcionamiento del sistema constitucional;
- los límites a que ha de someterse el ejercicio de los derechos y libertades públicas *no son absolutos*, sino que deben ser interpretados con *cráterios restrictivos* y en el *sentido más favorable* a la eficacia y a la esencia de tales derechos;

la libertad de expresión, ya que el artículo 55.2 LOTC lo permite, al menos a nivel de discusión; aunque, de haberse estimado en el recurso de amparo que efectivamente la norma penal incriminadora de la apología vulnera por sí misma algún derecho fundamental, la Sala, al tiempo de conceder el amparo, hubiera tenido que elevar el tema al Pleno del Tribunal, que es el que en estos casos, y en base al artículo 55.2 LOTC, puede declarar la inconstitucionalidad en una nueva sentencia.

b) y una consideración de tipo *particular* derivada del caso concreto que se enjuicia,

— y es que la información aparecida en el diario *Egin* y que originó toda la controversia consiste en la mera reproducción de los dos comunicados de ETA (m), *no acompañada de juicios de valor que demuestren que el periodista asume o comparte el contenido apologético de los mismos.*

Esta última consideración particular derivada del caso concreto enjuiciado parece que es la que, en última instancia, determina la decisión final del TC. Para comprobar tal afirmación no hay más que recordar que el Fundamento jurídico núm. 8 considera que dicha circunstancia es un *aspecto esencial* de la cuestión planteada; que es éste extremo el que permite al TC afirmar que se ha producido una limitación injustificada de la libertad de comunicar libremente información veraz, toda vez que la Ley penal ha sido aplicada *con abstracción de que el informador asuma o no comparta la actividad delictiva*; y que la Sentencia acaba diciendo precisamente que, en principio, *debe excluirse la voluntad delictiva de quien se limita a transmitir sin más la información, aunque ésta por su contenido pueda revestir significado penal.*

3. ¿Qué significa todo esto?, ¿Qué cabe deducir de todos estos razonamientos?

Lo único que el TC dice claramente es que el director del diario *Egin*, al reproducir en su periódico como noticia relativa a su existencia dos textos claramente delictivos, *pero sin identificarse o compartir el contenido de los mismos*, se ha limitado a ejercitar dentro de los límites máximos permitidos un derecho reconocido constitucionalmente; y que la decisión de la AN y del TS de castigar penalmente este comportamiento vulnera, por tanto, dicho derecho constitucional.

De este dato podemos deducir sin problemas y con carácter más general que la conducta del periodista que se limita a reproducir o publicar en un medio de difusión un escrito delictivo, *pero sin adherirse o asumir su contenido*, se mantiene dentro de los márgenes permitidos por el ejercicio del derecho a comunicar información veraz consagrado en el artículo 20, párrafo 1.º apartado d), de la CE. Esta es la causa principal, además, de que no pueda castigarse con una pena el caso que venimos comentando, pues es obvio, y así lo ha señalado con razón MIR PUIG, que «no es propio de un Derecho penal democrático castigar conductas que supongan en realidad el ejercicio de derechos políticos que no cabe negar al ciudadano» (11).

Ya hemos logrado aislar la circunstancia decisiva de todo este asunto: el hecho de no asumir o no compartir el contenido delictivo de textos publicados o difundidos es lo que mantiene a cualquier periodista

(11) MIR PUIG, SANTIAGO: *Introducción a las bases del Derecho penal. Concepto y método*, Barcelona 1976, pág. 152.

dentro de los límites del derecho a comunicar información veraz. Ahora bien, este logro es más aparente que real, porque por sí mismo no es capaz de aportar demasiadas luces para esclarecer los problemas que antes planteábamos; pues ¿qué es lo que hace que la circunstancia aludida sea decisiva para que el periodista no se extralimite en el uso de la libertad de expresión?, ¿por qué no se puede castigar con una pena al periodista que no comparte el contenido delictivo de los textos que publica o difunde? Al fin y al cabo, y sin entrar todavía en las cuestiones de participación que plantea todo delito cometido a través de la imprenta, cabría pensar con cierta lógica que el periodista, aún sin compartir lo que publica, contribuye de forma notable a la divulgación de la conducta delictiva; razón ésta por la que podría estimarse que el derecho a comunicar información veraz debería limitarse a dar la noticia relativa a la existencia de tales textos, pero sin reproducir su concreto contenido delictivo (12). De la misma forma que tampoco sería demasiado aventurado pensar, al menos a primera vista, que dichos periodistas prestan apoyo o solidaridad moral o ideológica a los grupos «terroristas» que emiten comunicados defendiendo sus acciones, al facilitarles el acceso a la opinión pública a través de los medios de comunicación de masas (13).

Resumo la cuestión: el TC no dice qué propiedades o virtudes tiene el hecho de no compartir el contenido delictivo de un texto para evitar que el periodista que lo divulga sobrepase los límites del ejercicio de la libertad de expresión; y para impedir, por esta razón, la aplicación de una pena. Tiene que existir alguna razón más profunda que el TC omite mencionar, pero que aclare de forma satisfactoria este punto. Porque conformarnos con el nivel de explicación que el TC ofrece de este asunto, vendría a significar algo así como aceptar lisa y llanamente que «el director del diario *Egin* no se extralimita en el ejercicio de la libertad de expresión porque respeta sus límites»; lo cuál

(12) En este sentido, véase el Antecedente núm. 1, párrafo 3.º, de la Sentencia que comentamos, que extracta la sentencia de la AN de 13 de diciembre de 1982: para la AN, la postura deontológica de un periodista frente a un comunicado de un grupo terrorista debe ser la de publicar la noticia relativa a su existencia, «debiendo abstenerse, por el contrario de difundir cuanto suponga alabanza y panegírico, pues esto último es materia delictiva y, por consiguiente, su divulgación rebasa y desborda los límites de aquellos derechos constitucionales que amparan el libre ejercicio de su profesión» (Subrayado añadido).

(13) Tesis muy parecida a la que, como veremos más adelante, mantiene LAMARCA PÉREZ respecto del fundamento de la pena en la apología del delito. Hay que tener muy presente, además, que se trata de dos comunicados de la organización armada (ETA) (m); y que el periódico que los difunde es precisamente el diario *Egin*, de tendencias abertzales muy radicalizadas. Y esta circunstancia es la que podría explicar, a mi modo de ver, la razón por la cual este tipo de comunicados ha aparecido en otras ocasiones en otros periódicos sin que ello haya motivado la intervención de la justicia penal, dato este último que incluso reconoce la propia STC de 12 de diciembre de 1986 (véase el Fundamento jurídico núm. 8, párrafo 3.º último inciso). Todo lo cual induce a pensar, al menos desde mi punto de vista, que a través de la vía de una criminalización puramente secundaria, se ha intentado, en este caso, obstaculizar el ejercicio de ciertos derechos fundamentales únicamente de aquellas publicaciones que sirven de órgano de expresión de determinadas opciones ideológicas.

sería casi tanto como admitir la validez de esas proposiciones puramente descriptivas en virtud de las cuales «el vino embriaga porque tiene una embriagadora propiedad» o «el fuego quema porque tiene propiedades ígneas». Y no parece serio pensar que el TC se entregue alegremente a este tipo de lógica.

¿Existe alguna posibilidad de desbloquear esta situación desde la propia STC de 12 de diciembre de 1986? Creo que sí; y que la respuesta a este silencio del TC es bastante sencilla.

Mi opinión es la siguiente: si se dice que el ejercicio que se hace en el «caso *Egin*» del derecho constitucional a comunicar libremente información veraz no debe ceder ante el Derecho penal y, por tanto, no merece ningún castigo, eso sólo puede ser porque, sencillamente, *comportamientos como los anteriormente descritos, en los que no se comparte lo que se publica, no lesionan ni ponen en peligro un bien jurídico relevante*. O dicho de una forma mucho más concreta y adecuada al caso objeto del presente comentario: *porque semejantes comportamientos no realizan el contenido de injusto propio de la apología del terrorismo*.

Esta es la única razón que puede explicar que no se considere punible la conducta de quien se limita a reproducir dos comunicados de ETA (m), pero absteniéndose de formular juicios de valor que demuestren que el periodista asume el contenido apologético de los mismos; y no se le ocurre otra explicación, pues todo delito comporta necesariamente daño o peligro para un bien jurídico determinado, y no es imaginable delito que no lo realice (14).

De esta forma, la lesión o la puesta en peligro de un bien jurídico digno de protección penal se erige en el límite infranqueable de la libertad de expresión, de tal manera que la imposición de una pena sólo estará fundamentada cuando la exteriorización de una idea o de una opinión o de una noticia implique necesariamente un daño para alguno de estos bienes. Sólo en estos casos podrá subordinarse la libertad de expresión a los intereses de la Ley penal, como sucede por ejemplo en el delito de injurias o en la provocación para cometer delito, y como debe suceder también *necesariamente* en la apología del delito. Y en el caso que nos ocupa, hay que convenir por lo dicho que la circunstancia de no compartir el contenido delictivo de lo que se publica es la que convierte en inocuo para el bien jurídico protegido de la apología del delito el ejercicio que, en el «caso *Egin*», se hace del derecho constitucional a comunicar información veraz; o al menos, que semejante daño sería tan insignificante o tan remoto, que no estaría legitimado el recurso a la pena, dada la vigencia del Principio de intervención mínima, el carácter fragmentario del Derecho penal y la importancia que tiene el derecho a comunicar información veraz en el seno de una sociedad democrática y pluralista para la formación de la opinión pública.

(14) Véase por todos Cobo/Vives: *Derecho Penal. Parte General*, Universidad de Valencia 1984, pág. 273.

De todo lo cual se desprende finalmente que el aparente conflicto de intereses al que aludíamos más arriba deba ser resuelto a favor del interés subyacente al derecho constitucional de comunicar libremente información veraz: si no hay pena es que no hay lesión ni peligro para el interés que subyace a la norma incriminadora de la apología; y si no hay ofensa para dicho interés, no está justificado *en ningún caso* restringir o comprimir el ejercicio de la libertad de expresión.

4. Acabamos de ver cuál debe ser el límite penal de la libertad de expresión; y también que el castigo de la apología, como el de cualquier otra manifestación de una opinión, sólo puede encontrar fundamento en su posible capacidad de lesionar o poner en peligro un bien jurídico penalmente protegido.

Queda por aclarar, por tanto, la razón por la cual el director del diario *Egin*, al no compartir el contenido de los textos publicados, no lesiona ni pone en peligro el bien jurídico protegido en la apología del delito; es decir, ¿por qué semejantes comportamientos no realizan el contenido de injusto propio de la apología?

La legislación penal española, dejando aparte el caso concreto de la vigente Ley de bandas armadas, nunca ha definido qué comportamientos integran el tipo de la apología del delito, sino que a la hora de tipificar estas conductas se ha limitado siempre a utilizar fórmulas tales como «el que *hiciera apología* de determinados delitos o de sus culpables», o «la misma pena se impondrá al *reo de apología* de los delitos...». Ante esta carencia de concepto legal de apología, tanto la doctrina (15) como la jurisprudencia (16) han estado siempre de acuerdo en delimitar el contenido típico de esta figura a partir del significado gramatical del término apología (17), coincidiendo la mayoría de los autores en que el núcleo típico consiste «en la *alabanza*, el *elogio* o la *exaltación* de acciones delictivas o, en el caso del artículo 268, también de sus culpables» (18). Esta es la razón por la que la mayoría de la doctrina distingue entre lo que es alabanza o defensa de un delito y lo que es una simple *aprobación* del mismo, mereciendo destacarse en este punto la opinión de RODRIGUEZ DEVESA, según el cual «la mera satisfacción que no se oculta o la simple aprobación de un delito, *en tanto no se mezclen con ellas la alabanza o argumentos defendiendo las razones que el autor tuvo para perpetrarlo*, no se castigan» (19).

Pues bien: el director del diario *Egin* no alaba, ni elogia, ni exalta

(15) Véase, por todos, DEL ROSAL BLASCO, BERNARDO: *La provocación para cometer delito en el Derecho español*, Madrid 1986, pág. 185, que ofrece un amplio panorama doctrinal sobre esta cuestión.

(16) Véanse, por todas, la STS de 17-I-1969, R. A. 234; y la propia STS de 31-XII-1983, J. C. 1774.

(17) «Discurso de palabra, o por escrito, en defensa o alabanza de personas o cosas», *Diccionario de la Lengua española*, R. A. E. 19.^a edic., Madrid 1970.

(18) Como acertadamente dice DEL ROSAL BLASCO, BERNARDO: *La provocación...*, cit., página 185, resumiendo así las diversas posiciones doctrinales.

(19) RODRIGUEZ DEVESA, J. M.^a: *Derecho Penal Español, Parte Especial*, 9.^a edic. Madrid 1983, pág. 625. Subrayado añadido.

ninguna acción delictiva, sino que se limita a comunicar a través de su periódico la existencia de dos comunicados en los que *otras personas* defienden y justifican la perpetración *de sus propios delitos*. Esto quiere decir que el director del diario *Egin* no ejecuta la conducta típica de la apología del delito, o lo que es lo mismo, *no realiza el tipo objetivo de esta figura delictiva*, puesto que no alaba, ni elogia, ni exalta la comisión de ningún delito ni a sus culpables; y si no realiza el tipo objetivo de la apología del delito, *tampoco realiza su contenido de injusto*, y no lesiona ni pone en peligro, por tanto, el bien jurídico tutelado por esta figura (20).

Lo máximo que se podrá decir de la conducta que comentamos es que constituye una aprobación o adhesión tácita o presunta a la comisión de los delitos defendidos en los comunicados; o que favorece la estrategia de las organizaciones armadas al facilitarles el acceso a los medios de comunicación de masas. Pero estos son comportamientos que, dejando aparte la problemática que plantea el artículo 10 de la actual Ley de bandas armadas, quedan fuera del ámbito de la conducta típica de la apología del delito por las razones que acabo de exponer; y está por ver, además, como veremos más adelante, que semejantes comportamientos deban ser castigados en una sociedad democrática.

Queda aclarada, por tanto, la razón por la que, en mi opinión, la STC 159/86, de 12 de diciembre, considera como aspecto esencial de la cuestión la circunstancia de no asumir o no compartir el contenido de las noticias que se publican en un periódico: es éste extremo el que hace que el periodista no realice el tipo de la apología del delito, convirtiendo el ejercicio del derecho constitucional a comunicar información veraz en *atípico para el Derecho penal*.

5. Por todo lo expuesto, el caso que venimos comentando no puede aparecer, al menos en mi opinión, como un supuesto de colisión de intereses a resolver en el marco de la justificación penal; perspectiva desde la cual, la lesión del bien jurídico protegido propio de la apología del delito estaría justificada como consecuencia del ejercicio legítimo del derecho constitucional a comunicar información veraz, en base al artículo 8 núm. 11 del CP en relación con el artículo 20, núm. 1 párrafo d), de la CE: se estaría justificando así una lesión *efectivamente producida* en un bien jurídico.

Semejante punto de vista ha sido mantenido muy recientemente por JAÉN VALLEJO, que también ha comentado la STC que es objeto del presente trabajo (21). Para este autor, de la STC de 12 de diciem-

(20) Hay que recordar, además, que para las sentencias de la AN y del TS, la responsabilidad penal del director de *Egin* no se derivaba de sus propios actos, sino de una interpretación del artículo 15 CP que convierte a este precepto en un supuesto de responsabilidad objetiva o por hecho de otro; cuestión que trataremos brevemente al final de este comentario.

(21) JAÉN VALLEJO, MANUEL: «La relación entre la libertad de expresión y el derecho al honor en la jurisprudencia constitucional», comunicación presentada a las *Jornadas de Estudios penales en homenaje al Prof. JOSÉ ANTONIO SAINZ CANTERO*, Granada del 11 al 14 de marzo de 1987. También BACIGALUPO alude varias veces a la STC 159/86, de 12

bre de 1986 y de otras resoluciones del TC sobre la misma materia, se deduce que la libertad de expresión y, muy singularmente, el derecho a informar propio de los periodistas goza de una garantía institucional que necesariamente habrá de tenerse en cuenta en la ponderación que debe realizarse en cada caso ante un eventual conflicto con otros derechos; de tal manera —continúa JAEN VALLEJO— que «la libertad de expresión goza de una posición especial en el conjunto de los derechos constitucionales reconocidos y, por ello, en aquellos supuestos en que el ejercicio de aquella libertad tenga por objeto la participación en la formación de opinión pública en asuntos de interés para la colectividad en general., el artículo 20.1 a) y d) operará como causa de justificación, sin que tenga relevancia la eventual lesión del honor que pueda producirse...» (22). Y no sólo del honor, sino que habrá que pensar que, para JAEN VALLEJO, el citado artículo 20.1. a) y d) también actuaría como causa de justificación ante eventuales lesiones de otros bienes jurídicos, pues este autor deriva sus conclusiones de dos resoluciones del TC especialmente: de la STC 104/86 (conflicto entre libertad de expresión y derecho al honor: crítica humorística a una autoridad); y, fundamentalmente, de la STC 159/86, que es la que venimos comentando (conflicto entre el derecho a comunicar información veraz y el interés subyacente al castigo de la apología del delito).

En definitiva: nos encontraríamos ante el marco propio de una causa de justificación: la lesión de un bien jurídico se habría realmente producido, pero el hecho que la produce ha de ser conceptuado como jurídicamente correcto debido a la concurrencia de intereses que se consideran preferentes, prevalentes o preeminentes.

Sin embargo, no creo que los hechos que venimos comentando constituyan un supuesto de causa de justificación a resolver mediante la vía del ejercicio legítimo de un derecho; ni tampoco que el TC haya enfocado este caso desde semejante perspectiva. Esta afirmación puede encontrar base, al menos en mi opinión, en las siguientes consideraciones :

Para poder aplicar la exigente del ejercicio legítimo de un derecho habría sido necesario que se diera la estructura básica propia de esta causa de justificación, a saber: a) una colisión entre dos valores o intereses fundamentales, que en el caso que nos ocupa son el derecho constitucional a comunicar información veraz por un lado, y el interés o bien jurídico que protege la norma incriminadora de la apología por otro; de tal manera que el ejercicio del citado derecho constitucional implicara necesariamente la realización del tipo de la apología del delito, produciendo un daño en el bien jurídico de esta figura delictiva. Y b) un examen detenido de todas las circunstancias concurrentes en el caso y, fundamentalmente, de los dos intereses en con-

de diciembre, en su ponencia presentada a las mismas Jornadas titulada «Colisión de derechos fundamentales y justificación en el delito de injurias».

(22) JAÉN VALLEJO, MANUEL: *ob. Cit.*, págs. 8 y 9.

flicto, de forma que pudiera llegar a afirmarse que el derecho a comunicar información veraz constituye el bien o interés preponderante que debe prevalecer sobre el interés lesionado o puesto en peligro; sólo de esta manera, el derecho recogido en artículo 20.1. d) de la CE serviría de fundamento para la aplicación de la circunstancia recogida en el núm. 11 del artículo 8 de CP, por considerarse que su ejercicio es, en una sociedad democrática y pluralista, más importante que la protección del bien jurídico protegido en la apología del delito.

Conviene estudiar detenidamente y por separado ambos aspectos:

a) Por lo que se refiere al primero de ellos, no creo que pueda decirse que el caso que comentamos constituya un supuesto de causa justificación, porque, al menos en mi opinión, la conducta del director del diario *Egin* no realiza el tipo de la apología del delito, y por tanto no lesiona ni pone en peligro el bien jurídico protegido de esta figura delictiva. Y ya sabemos que presupuesto necesario para la aplicación del ejercicio legítimo de un derecho, y de cualquier otra causa de justificación, es la previa y efectiva lesión de un bien jurídico protegido penalmente: si nada se lesiona, nada hay que justificar.

Esta es la principal razón que impide solucionar el caso a través de la vía de la eximente de ejercicio legítimo de un derecho. Ya he expuesto, además, los argumentos en base a los cuales mantengo que la conducta del director del diario *Egin* no realiza el tipo de la apología del delito, y no parece necesario reproducirlos en este lugar. Basta con insistir una vez más en que nos encontramos ante un supuesto de ejercicio del derecho constitucional a comunicar información veraz; ejercicio que es irrelevante para el Derecho penal porque no coincide con la realización del tipo de la apología del delito y no daña, por consiguiente, ningún bien jurídico.

b) En cuanto al segundo de los aspectos propios de la estructura de la eximente de ejercicio legítimo de un derecho (es decir, la ponderación de los dos derechos o intereses fundamentales en conflicto para decidir cuál de ellos debe finalmente prevalecer), conviene precisar lo siguiente.

La STC 159/86, de 12 de diciembre, nos presenta el «caso *Egin*», efectivamente, como un conflicto en el que se contraponen dos intereses fundamentales: el derecho reconocido en el artículo 20.1 d) de la CE y el interés protegido por la norma incriminadora de la apología del delito; e incluso llega a decir la STC que semejante conflicto de intereses «no puede resolverse otorgando a priori un superior rango jerárquico al interés protegido por la Ley penal frente a la libertad de información» (F. J. 7), sino que su solución «exige una rigurosa ponderación de cualquier norma o decisión que coarte su ejercicio» (F. J. 6 último párrafo).

A pesar de tales declaraciones, la STC 159/86, de 12 de diciembre, *no realiza tal ponderación*: se limita únicamente a considerar que el derecho a la libertad de expresión y a comunicar o recibir libremente información veraz garantiza un interés constitucional consistente en la formación y existencia de una opinión pública libre; que los citados

derechos se convierten en uno de los pilares de una sociedad libre y democrática; y 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» (F. J. 6 párrafo 4).

De esta forma, sabemos cual es la importancia del derecho ejercitado, pero no sabemos nada acerca de la importancia del presunto bien jurídico lesionado.

La capacidad de justificación de la eximente que tratamos estriba, como hemos visto, en que el Derecho considera que el ejercicio legítimo de un derecho es más importante y debe prevalecer, en determinadas ocasiones, sobre la lesión de un bien jurídico penalmente protegido; de ahí que se requiera una ponderación de los dos valores que entran en conflicto. Así, por ejemplo, el ejercicio legítimo de la libertad de expresión podría justificar, bajo determinadas condiciones, ciertos ataques al honor de otra persona; pero es mucho más difícil que el ejercicio del citado derecho pueda justificar una incitación directa a la rebelión o al asesinato del Jefe del Estado a través de una proclama incendiaria en un periódico, porque estos dos bienes se suelen estimar superiores al derecho mencionado; de la misma forma que el derecho de corrección permite a los padres y tutores corregir leve y moderadamente a los hijos y pupilos, pero no justifica en absoluto el uso de malos tratos y mucho menos posibles lesiones o detenciones ilegales. En estos últimos supuestos se entiende que, *una vez ponderados los dos intereses en conflicto*, la protección penal del bien jurídico es más importante que la lesión del mismo consecuencia del ejercicio de un derecho.

La STC 159/86 no realiza la citada ponderación de intereses, porque no dice ni cuál es el bien jurídico que se intenta proteger a través de la apología del delito, ni tampoco por tanto cuál sería su importancia y su posición jerárquica respecto de otros derechos o intereses con los que pudiera entrar en conflicto (23). De esta forma, no puede llegar a saberse si el bien jurídico protegido en la apología es de la misma importancia que, por ejemplo, el honor, con lo cual el ejercicio legítimo del derecho a la información si justificaría, bajo ciertas condiciones *que tampoco especifica la STC 159/86*, ataques al mismo; o si, por el contrario, se trata de un bien jurídico que debe aparecer siempre como preferente ante cualquier otro interés, sin que quepa justificar ninguna lesión.

Así pues, la STC 159/86, al guardar silencio sobre el bien protegido en la apología del delito, no realiza la ponderación de intereses que requiere la eximente de ejercicio legítimo de un derecho; y por esta razón, tampoco puede afirmarse que el TC haya planteado el caso que comentamos desde semejante perspectiva.

6. Esto no quiere decir, ni mucho menos, que piense que el bien

(23) La STC 159/86 se limita a decir que el interés subyacente en el castigo de la apología del terrorismo es el interés político y social en la erradicación de la violencia terrorista (F. J. 7). Lo cual viene a ser como no decir nada.

jurídico protegido en la apología del delito sea de tal importancia que no se permita ni justifique ningún ataque contra el mismo. Lo único que quiero poner de relieve es que la STC 159/86 ni siquiera ha intentado averiguar el bien jurídico protegido en esta figura delictiva, y que, por tanto, no ha seguido la vía del ejercicio legítimo de un derecho: la conducta comentada no merece pena porque ni siquiera es típica.

Afrontar la cuestión del interés protegido en la apología del delito y su importancia en el seno de una sociedad democrática, hubiera llevado al TC al terreno de una ardua discusión sobre la naturaleza jurídica de la apología del delito, y a decantarse, a no ser que hubiera inaugurado una tercera vía de solución, por cualquiera de las dos posiciones que hoy en día dividen a la doctrina: considerar que la apología es un delito autónomo cuyo bien jurídico protegido sería el orden o la paz pública (24); o considerar que se trata, por el contrario, de un acto preparatorio más o menos equiparable a la provocación para cometer delito del artículo 4.3 del CP, que se debe conectar por tanto con cualquiera de los tipos específicos de la Parte Especial (25).

Sin entrar a aceptar o rechazar en este lugar una u otra posición, creo que desde ambas tesis se puede llegar a unas mismas conclusiones: las dos ofrecen una fundamentación razonable para el castigo de la apología del delito (para unos la lesión del orden público, y para otros la posible eficacia incitadora que conlleva la alabanza de un delito); pero creo que desde las dos posturas se podría coincidir también en que semejante fundamentación no sirve en un Estado democrático de Derecho para justificar la punición de lo que no es más que la expresión de una opinión, por lo que desde ambas perspectivas se podría cuestionar igualmente la constitucionalidad del castigo de la apología del delito debido a los riesgos gratuitos que supone para la libertad de expresión: desde la primera, por el carácter indefinido y abstracto del bien jurídico que se supone debe proteger la apología del delito (la paz pública), lo que origina un no siempre justificado adelantamiento de las barreras penales en detrimento de la libertad de expresión (26); y desde la segunda, porque la vigencia de esta figura obliga

(24) Opinión mantenida en España principalmente por MANZANARES SAMANIEGO, JOSÉ LUIS: *Estudio de la Ley Orgánica 4/1980, de 21 de mayo, de reforma del Código penal en materia de delitos relativos a las libertades de expresión, reunión y asociación*, Madrid 1982, pag. 172; y por GONZÁLEZ GUITIÁN, LUIS: «La apología en la reforma penal», en *V jornadas de Profesores de Derecho Penal*, R. F. D. U. C. M. monográfico núm. 6 (1983), páginas 396 y 397.

(25) Opinión que creo es la mayoritaria en España. Véase, especialmente, del ROSAL BLASCO, BERNARDO: *La Provocación...*, cit., págs. 192 a 195. Otros autores que también mantienen básicamente esta opinión, pero con ciertas matizaciones en cada caso son: ARROYO ZAPATERO, LUIS: «La reforma de los delitos de rebelión y de terrorismo por la Ley Orgánica 2/1981, de 4 de mayo», en *CPC* núm. 15 (1981), pag. 393; CARBONELL MATEU, JUAN CARLOS: «Apología de los delitos contra la seguridad del Estado», en *Comentarios a la legislación penal*, tomo II (El Derecho penal del Estado democrático), Madrid 1983, pag. 242; COBO VIVES: *Derecho Penal*, PG, cit., pag. 605; y RODRÍGUEZ MOURULLO, GONZALO: «Las fases de ejecución del delito», en *El Proyecto de Código Penal*, Barcelona 1980, páginas 9 y 10.

(26) Cfr. GONZÁLEZ GUITIÁN, LUIS: «La apología...», cit., págs. 397 y 398.

a castigar provocaciones indirectas o encubiertas a la comisión de uno o varios delitos, con lo que el peligro de daño para los bienes jurídicos protegidos en la Parte Especial sería todavía más remoto o lejano incluso que en la figura de provocación del artículo 4.3 del CP (27).

Si el TC hubiera abordado la tarea de delimitar el bien jurídico protegido en la apología del delito, tarde o temprano hubiera tenido que plantearse, al menos teóricamente, la cuestión de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de esta figura delictiva. Y eso es algo que, en mi opinión, el TC ha intentado rehuir con este significativo silencio; lo cual no deja de ser, por otro lado, más que una apreciación puramente subjetiva por mi parte.

Como la STC 159/86 no lo aborda, el estudio del interés jurídico que trata de proteger la figura de la apología del delito, así como el de las dos posturas doctrinales mencionadas, es una cuestión que cae fuera del objeto de este trabajo, por lo que se deja para otro momento y para otro lugar.

7. De todas las conclusiones que se derivan de la STC 159/86, de 12 de diciembre, la más importante sin duda es que el fundamento de la punición de la apología del delito sólo puede ser su *capacidad para lesionar o poner en peligro bienes jurídicos que merezcan la protección del ordenamiento punitivo*; exigencia ésta que ya había sido puesta de relieve en el plano doctrinal, y muy acertadamente a mi modo de ver, por DEL ROSAL BLASCO (28).

Esta concepción de la apología concuerda, además, con un Derecho penal basado en una clara distinción entre Moral y Derecho, en el que la pena no debe servir para dar protección a valores puramente ideológicos o morales (29). La apología del delito consiste, ya lo hemos visto, en manifestar una opinión tendente a alabar o ensalzar una acción tipificada como delito en el Código penal, o a sus culpables; es decir, consiste en elogiar un hecho que la sociedad considera como intolerable desde el momento en que lo ha tipificado como delito. Y como con razón ha expuesto GONZALEZ GUITIAN, «por muy reprochable que, desde el punto de vista ético pueda parecer el elogio de un delito, lo que no es más que una opinión no debe formar parte del catálogo de delitos que integran un texto punitivo» (30). Una apología con semejante contenido de injusto no puede formar parte del Código penal de un Estado que, como el nuestro, consagra constitucionalmente la libertad de expresión como uno de los pilares básicos de la democracia y del pluralismo político: para que una opinión pueda ser castigada con una pena debe dañar un bien jurídico digno de protección

(27) En este sentido, cfr. del ROSAL BLASCO, BERNARDO: *La provocación...* cit., págs. 194 y 195.

(28) DEL ROSAL BLASCO, BERNARDO: *La provocación...*, cit., págs. 191 y 194.

(29) Véase COBO/VIVES: *Derecho Penal*, PG, cit. págs. 273 y ss.; y MIR PUIG, SANTIAGO: *Introducción...*, págs. 135 ss y 152.

(30) GONZÁLEZ GUTIAN, LUIS: «Algunas consideraciones sobre el concepto de apología en el Código Penal y el el Proyecto de 1980», en *Estudios Penales y Criminológicos*, tomo IV (1981), SANTIAGO DE COMPOSTELA, pág. 286.

penal; y que *pueda* no significa, ya lo hemos visto, que *deba ser* siempre castigada. Pero esa es otra cuestión.

Esta forma de entender la apología obliga a realizar las siguientes consideraciones:

a) la tesis mantenida en el presente texto, y que he intentado derivar de la STC 159/86, obliga a rechazar de plano la opinión que recientemente ha mantenido LAMARCA PEREZ en torno al concepto y al fundamento de la apología del delito. Para esta autora, la apología del delito «consiste sencillamente en manifestar públicamente en términos de elogio o exaltación, un apoyo o solidaridad moral o ideológica con determinadas acciones delictivas» (31); siendo el fundamento de su punición el que la apología, al menos la del terrorismo o de la rebelión, acentúa las consecuencias dañosas de estas conductas delictivas, contribuyendo a «legitimar, no ya a justificar, la acción delictiva» y «la estrategia de los propios grupos armados» (32).

La tesis mantenida por LAMARCA PEREZ, además de convertir el juicio de antijuricidad en algo puramente formal y vacío de cualquier contenido material, nos conduce a una total confusión entre lo que pudieran ser conductas potencialmente lesivas para un bien jurídico, y lo que no son más que meras expresiones de una opinión, que por muy inmoral o reprobable que pueda parecer, no merece ser castigada penalmente. «Así debe ser —ha manifestado DEL ROSAL BLASCO— si no queremos, por la vía del castigo de las meras adhesiones ideológicas, limitar el ya muy limitado ámbito de la libertad de expresión» (33). Además, LAMARCA PEREZ, al mantener que el problema de la apología debe resolverse «en el estricto marco del Derecho positivo, evitando en la medida de lo posible cualquier interpretación creativa» (34), ofrece un punto de vista altamente discutible sobre cuál debe ser la labor del jurista que interpreta una norma restrictiva de derechos fundamentales.

Por tanto, me sumo a la crítica que DEL ROSAL BLASCO ha realizado en este punto: los planteamientos formulados por LAMARCA PEREZ, objeta acertadamente el autor citado, constituyen, desde el punto de vista ideológico, «una idea sumamente reaccionaria, porque nos conduce a la construcción de un concepto de bien jurídico, no al servicio de los fines que éste debe cumplir —y entre los que se encuentra quizá como más importante, la de limitar el *ius puniendi* estatal—, sino al servicio del aparato represivo del Estado» (35).

b) La postura que se ha venido manteniendo respecto del fundamento de la punición de la apología del delito, obliga también a denunciar la manifiesta inconstitucionalidad en que incurre, al menos en mi opinión, el «concepto» de apología que ofrece el artículo 10 de la

(31) LAMARCA PÉREZ, CARMEN: *Tratamiento jurídico del terrorismo*, Centro de publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid 1985, pág. 291.

(32) LAMARCA PÉREZ, CARMEN: *Tratamiento...*, cit., págs. 291 y 292.

(33) DEL ROSAL BLASCO BERNARDO: *La provocación...*, cit., pág. 191.

(34) LAMARCA PÉREZ, CARMEN: *Tratamiento...*, pág. 291.

(35) DEL ROSAL BLASCO, BERNARDO: *La provocación...*, cit., pág. 191.

Ley Orgánica 8/1984, de 26 de diciembre, sobre bandas armadas y elementos terroristas. DEL ROSAL BLASCO ha puesto ya de manifiesto que en esta disposición se sobrepasan lo que son los límites objetivos de la apología del delito, al elevar a la categoría de punibles las meras aprobaciones, adhesiones o apoyos, «no ya sólo de los hechos delictivos o de sus culpables, sino de las *actividades* de los grupos o bandas armadas o terroristas y de sus individuos» (36). La vulneración del derecho constitucional a la libertad de expresión es más que manifiesta, pues en estos supuestos se está castigando meras opiniones y adhesiones ideológicas que deberían carecer de relevancia jurídico-penal por las razones expuestas a lo largo de todo este trabajo.

LIBERTAD DE EXPRESION Y ARTICULO 15 DEL CODIGO PENAL

1. El segundo grupo de cuestiones que plantea la STC 159/86, de 12 de diciembre, hacía referencia a las relaciones entre libertad de expresión y responsabilidad criminal en los delitos cometidos a través de la imprenta.

En efecto: ya vimos al principio de este comentario que tanto la AN como el TS consideraron en sus Sentencias que serían autores de los comunicados apologéticos insertados en el diario *Egin* quienes los redactaron, pero por aplicación de los artículos 13 y 15 del CP, al ser desconocidos aquéllos, la responsabilidad recae en el director de tal publicación.

Las preguntas que se derivaban de tal planteamiento ya dijimos que eran las siguientes: la interpretación realizada por la AN y el TS del artículo 15 CP, ¿respeta el principio de legalidad contenido en el artículo 25.1 de la CE?, ¿o supone por el contrario interpretar el artículo 15 CP cómo una hipótesis de responsabilidad objetiva o por hecho de otro, posibilidad vedada por el citado y por otros preceptos constitucionales? Y lo que es más importante, ¿respetaría una interpretación semejante las exigencias dimanantes de la libertad de expresión consagrada en el artículo 20 de la CE?

Nos encontramos, pues, ante una cuestión sumamente importante: ¿de qué serviría declarar que el periodista que no asume el contenido delictivo de las noticias que publica se limita a ejercitar un derecho constitucional atípico para él Derecho penal, si después se le imputa la responsabilidad criminal de los hechos mencionados a través del artículo 15 CP?

Veamos como resuelve el TC semejante problema.

2. La STC 159/86 considera que las sentencias recurridas de la AN y del TS vulneran en este punto el artículo 25.1 de la CE, porque, «al aplicar automáticamente las normas sobre autoría del Código penal, sin tener en cuenta la específica naturaleza constitucional del hecho

(36) DEL ROSAL BLASCO, BERNARDO: *La provocación...*, cit., pág. 194.

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» (F. J. núm. 8).

Por consiguiente, parece que el TC contesta negativamente a las preguntas antes mencionadas: la interpretación realizada por la AN y el TS de artículo 15 CP *no respeta* el principio de legalidad contenido en el artículo 25.1 de la CE, de la misma forma que *tampoco respeta* las exigencias derivadas de la libertad de expresión consagrada en el artículo 20 de la CE.

Sin embargo, el TC no explica los caminos por los cuales ha llegado a esta conclusión, con lo que ha dejado pasar la oportunidad de pronunciarse sobre los controvertidos artículos 13 y 15 del Código penal. Por eso es necesario criticar una vez más la STC 159/86, de 12 de diciembre, puesto que el TC no explica por qué rechaza la interpretación que en este caso realizan las sentencias recurridas de la AN y del TS del artículo 15 del CP; es decir, no fundamenta la razón por la que considera que dicha interpretación vulnera el Principio de Legalidad contenido en el artículo 25.1 de la CE. La crítica, además, viene respaldada en esta ocasión por el hecho de que este nuevo silencio del TC incide sobre uno de los puntos clave de este asunto, ya que la aplicación del artículo 15 del CP, en la forma que se hizo, fue lo que permitió a la AN y al TS considerar que el director del diario *Egin* era criminalmente responsable en concepto de autor de los delitos enjuiciados, toda vez que no fueron conocidos los autores reales del texto de los dos comunicados apologéticos: es decir, nos encontramos ante la circunstancia que permitió aplicar una pena a quién, como acabamos de ver, se limita a ejercitar un derecho reconocido constitucionalmente sin realizar, además, ningún tipo penal. La cuestión, por tanto, merecía alguna atención.

No obstante, y puesto que debe existir alguna razón que fundamente la decisión adoptada en este punto por el TC, parece razonable formular, al menos como opinión personal, alguna hipótesis con la que intentar explicar la concesión de amparo por este motivo. A formular semejante hipótesis se dedican las breves líneas que siguen.

3. La AN y el TS consideraron que los dos delitos de apología del terrorismo se consumaron con la publicación de los dos comunicados de ETA (m) en el diario *Egin*; y que serían autores de los mismos quienes los redactaron. «Pero por aplicación de los artículos 13 y 15 del Código Penal, al ser desconocidos aquéllos, la responsabilidad recae en el director de tal publicación, y por tanto, en el procesado» (STS 31-XII-1983, CDO. núm 3).

La decisión de la AN y del TS en este punto se inscribe así en una larga tradición interpretativa, según la cual el artículo 15 del Código penal español consagra una ficción de autoría, pues las diferentes personas que menciona el precepto pasarían sucesiva y automáticamente a responder del delito desde el momento en que los autores reales del texto no fueren conocidos, no estuvieren domiciliados en España o estuvieren exentos de responsabilidad criminal: se trataría por consiguiente de una responsabilidad subsidiaria que, de forma automática,

supliría a otra principal, independientemente de la contribución a la realización del injusto.

Los mismos autores que han interpretado de semejante forma el artículo 15 del CP se han preocupado también de denunciar, y muy duramente además, las consecuencias que se derivan de concebir esta norma como un supuesto de autoría ficticia; así, se ha dicho que el artículo 15 del CP da lugar a supuestos de responsabilidad objetiva, al permitir la aplicación de penas a personas que en muchos casos no participan en el hecho delictivo; que establece una responsabilidad por actos ajenos y no por actos propios; que quebranta el principio de personalidad de las penas; que consagra presunciones *iuris et de iure* de autoría; que rescuita la figura del editor responsable; etc. (37).

Semejantes críticas ponen sobradamente de manifiesto que el hacer entrar de forma automática en el círculo de la autoría de imprenta a las diferentes personas que menciona el artículo 15 del CP originaría en muchos casos una imputación objetiva de responsabilidad criminal, dando lugar a que se castigara a una persona por hechos que ha cometido otra. Por eso la interpretación del artículo 15 del CP como una ficción de autoría vulnera de forma clara el artículo 25.1 de la CE y otros preceptos constitucionales que impiden la responsabilidad por hecho de otro; y esto es lo que puede explicar que la STC 159/86 haya concedido amparo por este motivo, anulando consecuentemente las sentencias de la AN y del TS que interpretaron y aplicaron el artículo 15 del CP de semejante forma.

Pero es que además, la interpretación tradicional del artículo 15 del CP también resulta altamente insatisfactoria desde el punto de vista de la libertad de expresión, ya que podría fomentar la censura interna en la prensa periódica sobre todo; pues los editores y directores de tales publicaciones, ante la amenaza de sufrir una pena por ausencia de otro si los autores de un texto no son hallados o resultaren finalmente exentos de responsabilidad criminal, podrían impedir la publicación de todo aquello que considerasen pudiera ser delictivo. De esta forma, la organización de la libertad de imprenta sobre la base de un sistema represivo, que garantiza mejor su ejercicio al responderse en él *después de la difusión* de los delitos que pudieran cometerse, quedaría convertido en la práctica en un sistema preventivo, en el que la censura actuaría de forma solapada por otros cauces desvirtuando la prohibición constitucional de la misma. Esta fue, además, una de las finalidades prácticas de la antigua figura del editor responsable, creada por nuestras leyes de prensa e imprenta del siglo XIX junto a otros mecanismos para contrarrestar *de facto* la prohibición constitucional de censura previa, y poder controlar así el ejercicio de la libertad de expresión por parte de la muy activa prensa política; figura

(37) Véase VIVES ANTÓN, TOMÁS, S.: *Libertad de prensa y responsabilidad criminal (La regulación de la autoría en los delitos cometidos por medio de la imprenta)*, Madrid 1977, págs. 73 ss., en donde este autor realiza un estudio en profundidad de los diferentes autores que han visto en el artículo 15 del CP un supuesto de autoría ficticia, y de las críticas que los mismos han efectuado por esta razón.

que por ésta razón fue prohibida expresamente por el artículo 22 de la Constitución de 1869, junto con la censura y el depósito.

Esto no quiere decir que los artículos 13 y 15 del CP sean inconstitucionales, sino tan sólo que la interpretación tradicional de los mismos, segunda por la AN y el TS en el enjuiciamiento del «caso *Egin*», vulnera alguno de los derechos recogidos en los artículos 20 y 25.1 de la CE. Frente a semejantes planteamientos, VIVES ANTON ha propuesto una interpretación diferente de la problemática que aquí nos ocupa, «procurando entender los artículos 13 y 15 en un sentido que los armonice con el resto de la regulación del Código; es decir, tratando de llevar a cabo una interpretación sistemática de los mismos» (38); interpretación que el autor trata de fundamentar no sólo en la voluntad que animó al legislador, sino sobre todo en el sentido objetivo de la regulación legal (39). La solución propuesta por VIVES ANTON para los artículos 13 y 15 del CP supera, a mi modo de ver, las críticas tradicionales realizadas a estos preceptos (responsabilidad objetiva, presunciones, etc.), y supone, además un equilibrio entre las exigencias derivadas de la libertad de expresión y la diferente contribución a la realización del injusto de las distintas personas que intervienen en un delito cometido a través de la imprenta.

La aplicación de las tesis de VIVES ANTON al «caso *Egin*» es algo que excede de las pretensiones del presente trabajo, limitado como ya se dijo a comentar la Sentencia de 12 de diciembre de 1986 del Tribunal Constitucional y alguno de los problemas que ésta plantea.

(38) VIVES ANTÓN: *Libertad de prensa...*, cit. pág. 82.

(39) VIVES ANTÓN: *Libertad de prensa...*, cit., págs. 85 ss, en donde se desarrolla la interpretación que realiza este autor de los artículos 13 y 15 del CP; veáanse sobre todo las págs. 90 y 91.

SECCION DE BIBLIOGRAFIA

Revista de libros

BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio: «Honor y libertad de expresión». Madrid, Tecnos, 1987, 127 pp.

«Los dos rasgos que caracterizan el conflicto entre la libertad de expresión y el honor en nuestra sociedad son, probablemente, su frecuencia y la incertidumbre de su solución» (p. 13). La búsqueda de esta solución es el motivo que tomó Ignacio Berdugo para desarrollar la lección magistral que, sobre el honor y la libertad de expresión, supuso el último ejercicio del concurso que le valió la cátedra de Derecho Penal de la Universidad de Salamanca. Su monografía, publicada ahora por Tecnos, aborda el estudio de esta problemática desde dos aspectos fundamentales, que a su vez configuran los tres bloques en que se divide este estudio: en primer lugar, se plantea el análisis del tipo del injusto en general, para observar con posterioridad las causas de justificación referidas a los delitos contra el honor.

Respecto del primer punto, el «contenido del tipo del injusto» (pp. 15 y ss.), Ignacio Berdugo hace un breve recorrido acerca de las posiciones que la doctrina ha mantenido sobre aquél; recorrido necesario en tanto «el contenido de las causas de justificación aparece vinculado a la teoría que se sostenga sobre el tipo del injusto» (p. 33), al tiempo que se muestra partidario de la teoría de los elementos negativos del tipo.

Tras este breve resumen acerca de los puntos sobre los que se centra la discusión del tipo del injusto, y la toma de posición del autor, la obra aborda el estudio de las causas de justificación en los delitos contra el honor, haciendo referencia, en primer lugar, a las causas de justificación en general, analizando los aspectos que presenta la legítima defensa (pp. 35 y ss.), el estado de necesidad (pp. 44 y ss.) y el consentimiento (pp. 47 y ss.), para dedicar la tercera y más amplia parte del libro a una «Especial consideración del ejercicio legítimo de un derecho» como causa de justificación (pp. 53 y ss.); esto es, plantea en este punto lo que viene a ser el eje sobre el que gira la obra: «el conflicto entre honor y libertad de expresión».

En el estudio de «las causas de justificación en concreto» hace una breve pero esclarecedora exégesis de los problemas que se plantean respecto a la concurrencia o no de aquéllas. En este punto, considero de especial relieve las siguientes conclusiones:

1. Cabe la defensa del bien jurídico honor en tanto dure la agresión, y siempre y cuando la respuesta sea «racional», con limitación especial por razón del bien jurídico protegido.
2. Finalizada la agresión nos encontramos con la retorsión, que, «en ningún caso cabe como justificante» (pp. 44).

3. La concurrencia del estado de necesidad en los delitos contra el honor plantea el problema de diferenciarlo, en su aplicación, de la eximente 11 del artículo 8.º, que será previa a aquél.

4. «El consentimiento del titular excluye la lesión del bien jurídico tutelado (p. 52).

Tras todas estas consideraciones que, no obstante su interés, suponen una introducción al tema central de esta monografía propiamente dicho, se refiere Berdugo a los problemas que plantea en nuestro ordenamiento la coexistencia de dos derechos, al honor y a la libertad de expresión, que lejos de ser pacífica ha originado en los últimos tiempos gran cantidad de conflictos en los tribunales de justicia.

Respecto a este punto, comienza el autor su estudio refiriéndose a cómo, tras el desarrollo de los derechos fundamentales contenidos en nuestra Constitución, es «aceptada por la doctrina y la jurisprudencia constitucional la ausencia de derechos fundamentales ilimitados» (p. 53), si bien señala que la fórmula tradicionalmente aceptada de que «tu derecho termina donde empieza el derecho de los demás» supone la preexistencia de unos «límites naturales» a los derechos, tesis que, según Ignacio Berdugo, «descubre una visión realista de nuestro sistema social y la evolución experimentada en los criterios de interpretación constitucional» (p. 53).

A partir de esta afirmación se abren nuevas vías de solución de los conflictos planteados entre estos dos concretos derechos (honor y libertad de expresión), que pasan por la utilización, bien de criterios de interpretación de la norma constitucional, bien del mecanismo que ofrecen las causas de justificación en Derecho Penal.

Descartada *ab initio* la interpretación del artículo 20.4 de la Constitución, según la cual el derecho a la libertad de expresión estaría configurado como un derecho de segundo orden, supeditado por ende a los demás derechos, y para preservar el principio de «unidad del texto constitucional», el autor se pronuncia por la necesidad de abordar el estudio previo de cada uno de estos derechos por separado, para conseguir una interpretación que, como requiere el Tribunal Constitucional, «busque y fije el equilibrio y no la jerarquización entre los derechos en concurrencia, pues todos ellos son bienes del ordenamiento que importa conservar y armonizar en la medida de lo posible».

Tras el examen de los conceptos honor e intimidad, por un lado, y libertad de expresión, por otro, ofrece Berdugo una «propuesta de interpretación del artículo 20.4», dentro de la cual se toma nota de la solución ofrecida por la jurisprudencia constitucional alemana, con la denominada «Teoría de la interacción», teoría que, a juicio del autor, sería trasladable a nuestro derecho para la correcta interpretación del artículo 20.4. Y en segundo lugar afirma que podría utilizarse para el mismo fin el criterio de la «ponderación» como medio para solucionar los posibles conflictos entre derechos, tal y como consagra el Tribunal Constitucional en la sentencia de 17 de julio de 1986.

Abandonando el marco estrictamente constitucional, Berdugo aborda el estudio de estas situaciones conflictivas dentro del ámbito del Derecho Penal. Para ello comienza con una visión comparatista de nuestra regulación con la contenida en otros ordenamientos penales de diferentes países, fundamentalmente los modelos de Europa central (con especial consideración del Código Penal alemán) y el Código Penal italiano.

Por lo que se refiere a nuestro ordenamiento, comienza Berdugo por observar la inexistencia en nuestro Código Penal de un precepto semejante al parágrafo 193 del vigente Código Penal alemán, que se refiere a la «defensa de intereses legítimos», sin que

a él pueda compararse la relevancia que la ley penal otorga en determinados supuestos (arts. 456 y 461 del CP) a la *exceptio veritatis*.

Así pues, es necesario encontrar un criterio que, con carácter general, pueda servir al principio de seguridad jurídica en la solución de estos conflictos.

Apunta, en primer lugar, cómo la vía del *animus iniuriandi* ha sido la tradicionalmente utilizada por nuestra doctrina y jurisprudencia para dar una respuesta a estos supuestos, exigiendo la concurrencia de un «elemento subjetivo del injusto en los delitos contra el honor» (p. 75) exigencia que se ha mantenido tras la entrada en vigor de la Constitución. Sin embargo, como señala el autor, recogiendo la postura al respecto de García Pablos, parece que la discusión no debe desenvolverse «en el ámbito subjetivo de los móviles». Por tanto, continúa, «la exigencia del carácter legítimo del ejercicio se entiende como una referencia a la actuación dentro de los límites del correspondiente derecho» (p. 79).

Para llegar a la solución del conflicto habrá que observar necesariamente los condicionamientos que configuran la existencia del mismo, condicionamientos referidos al honor y la intimidad (pp. 81 y ss.) y a la libertad de expresión (pp. 83 y ss.), a partir de lo cual se puede apreciar la aparición de algunos supuestos en los que prevalece la libertad de expresión frente al derecho al honor, bien por darse «la presencia de un bien jurídico distinto de la propia libertad de expresión», bien porque concurra un bloque de causas distintas.

Dentro del primer caso, Berdugo realiza una interpretación de la *exceptio veritatis* (pp. 86 y ss.) para continuar señalando los «supuestos incluíbles en la eximente 11 del artículo 8.º»:

1. Los tradicionalmente incluídos en dicha eximente (si bien discutidos por la doctrina en la actualidad): «el deber de declarar como testigo y el de emitir informes por parte de los funcionarios públicos y dentro del ejercicio del oficio, la práctica de la abogacía» (pp. 93 y 94).

2. Otros supuestos en los que «es indudable la presencia de este derecho en otros sectores de la vida social» (art. 50 de la LSA y facultades análogas en las normativas reguladoras de asociaciones públicas y privadas) (p. 95). Respecto al «examen de otras áreas en las que la libertad de expresión puede ocupar una posición preferente» (pp. 95 y ss.), Berdugo centra la exposición de estos supuestos en tres grupos de casos:

A. «Los casos previstos en el artículo 8.º de la Ley de 5 de mayo de 1982 (interés histórico, científico o cultural relevante)» (pp. 96 y ss.).

B. «El debate político» (pp. 98 y ss.), tanto en la actividad parlamentaria como en la «lucha electoral», y la crítica política (en relación, esta última, con la «libertad de expresión de los ciudadanos referida a la actividad política»).

C. «La libertad de información» (pp. 107 y ss.), dentro de la cual alude ampliamente a la situación que el tema plantea en Estados Unidos y la República Federal de Alemania.

La obra finaliza con la toma de posición del autor respecto a los problemas anteriormente señalados. Afirma la preeminencia de la libertad de expresión siempre y cuando se respete el «único límite respecto a las afirmaciones de hechos», que radicaría «en la verdad subjetiva». Además, la forma de presentación de la información tendrá que reflejar el grado de cumplimiento del deber de veracidad» (p. 120), y fuera de los casos en que la información se refiere a los hechos, «la posición preferente de la libertad de expresión reposa en su contribución a la formación de la opinión pública», sin que la

existencia del derecho a la libertad de expresión deba «supeditarse a la condición de periodista» (p. 121).

En el caso de que no concurriera alguno de los requisitos exigidos para poder hablar de un derecho a la libertad de expresión propiamente dicho, el conflicto existente habría de resolverse a favor del honor o la intimidad, dando lugar a un delito contra el honor si, «aparte de las exigencias generales a todo delito», se incorporase el elemento subjetivo del *animus iniuriandi*, quedando abierta, en caso contrario, la vía del ilícito civil (conclusiones equivalentes a las que se llegaría con la utilización de elementos como la *actual malice* y la ligereza, respectivamente), aplicando la teoría general del error en los casos en que exista una «creencia errónea de actuar al amparo del ejercicio legítimo de un derecho» (p. 126).

La obra, sin duda, presenta un doble mérito: por una parte, la elección del tema es extraordinariamente afortunada, dado el incuestionable valor práctico que un estudio riguroso de los delitos contra el honor —y su conflicto con la libertad de expresión— presenta en la actualidad; por otra, la polémica que pueda suscitar la prevalencia de uno de los derechos sobre el otro, en ningún momento ensombrece la rigurosa y diáfana concepción que del tema tiene Ignacio Berdugo y que plasma magistralmente en su libro con la claridad de ideas que le es propia.

Silvia VALMAÑA OCHAÑA
Universidad de Alcalá de Henares

FARRE TREPAT, Elena: «La tentativa de delito». Barcelona, Bosch, 1986, 516 pp.

Los problemas que suscita el estudio de los aspectos relacionados con el *iter criminis* son, quizá, algunos de los más complicados de la teoría del delito. Pero probablemente el mayor mérito de esta importante obra que nos ocupa ha sido abordar el análisis de la tentativa de delito desde una perspectiva global o, al menos, casi global, puesto que tanto la autora como Santiago Mir, en el prólogo, señalan el hecho de que esta monografía no se refiera al tema, de especial importancia dentro de la tentativa, del desistimiento voluntario. Omisión, pues, a todas luces deliberada, dada la existencia en nuestro país de un importantísimo estudio que sobre el mismo ha llevado a cabo Francisco Muñoz Conde.

Comienza esta obra con una revisión del «Fundamento de la punición de la tentativa de delito» (pp. 3 y ss.), para lo cual Elena Farré acomete el estudio de las teorías existentes al respecto (objetiva, subjetiva y mixta), inclinándose, para buscar soluciones acordes con el marco constitucional en que se mueve el Derecho Penal español actual, por una «posición mixta que, sin embargo, ponga el acento en la parte objetiva del hecho» (p. 37).

Se refiere en el capítulo II del libro (pp. 39 y ss.), a la «Naturaleza jurídica de la tentativa de delito», exponiendo las dos posturas en que se divide la doctrina respecto de la tipicidad o no de la tentativa, concluyendo, con la mayor parte de los autores, con la consideración de ésta como figura típica, si bien señalando que «no existe acuerdo sobre la forma de concebir esta tipicidad» y que la solución habrá de venir necesaria-

mente «condicionada por el concepto de tipo que se sostenga y por el contenido que se atribuya al mismo» (p. 58).

Con el capítulo II comienza la segunda parte de esta monografía, dedicada al estudio de la «Estructura típica del delito intentado».

En él, la autora se ocupa del análisis de la parte subjetiva del delito intentado (pp. 61 y ss.), siendo, en este bloque, especialmente digna de mención la exposición que la autora hace de los problemas que se suscitan en casos de «tentativa y dolo eventual» (pp. 78 y ss.), respecto de los cuales sostiene que «no corresponde dar a la impunidad o punición de la tentativa con dolo eventual un tratamiento diferenciado del que corresponde a la tentativa con dolo directo», por considerar que aquél «constituye estructuralmente una clase más de dolo» (pp. 94 y 95) y que, como se vio con anterioridad, el fundamento de la punición de la tentativa radica en una peligrosidad *ex ante* que la tentativa origina para el bien jurídico.

Tras abordar los problemas suscitados respecto de la compatibilidad de la tentativa con otros elementos que integran la parte subjetiva del tipo (voluntad condicionada, dolo alternativo e imprudencia), dedica la autora los capítulos IV y V a recoger la parte objetiva del tipo del delito intentado.

Estudia en estos dos capítulos el comienzo y fin de la tentativa o, en otras palabras, los límites temporales en que se desarrolla la tentativa de delito; cuestión ésta que, pese al interés que tradicionalmente ha despertado en doctrina y jurisprudencia, no ha sido, sin embargo, resuelto de manera absolutamente satisfactoria por las teorías elaboradas al efecto.

En este punto, Elena Farré considera que cabe interpretar el artículo 3.3 del Código Penal a la luz de la «formulación que se ha estimado como la más correcta, es decir, aquella que considera ya como constitutivos de la tentativa a los actos que, no siendo típicos, se encuentran estrechamente unidos a la acción típica, sin acciones intermedias esenciales» (p. 230). Y respecto de la terminación de la tentativa, se refiere a ella en dos aspectos diferenciados: «la no realización de todos los actos ejecutivos necesarios para que se produzca la consumación» (pp. 233 y ss.) y «la realización parcial de los actos ejecutivos» (pp. 253 y ss.), puesto que, como señala la autora, nuestro Código da la clave para determinar la terminación de la tentativa de delito al exigir «la realización de todos los actos ejecutivos necesarios para que se produzca la consumación» (p. 272).

La tercera parte del libro se dedica a «La tentativa inidónea» (pp. 277 y ss.). Aquí Elena Farré acomete el estudio de este tema con una profundidad digna de una monografía separada. Tras realizar una exégesis del tratamiento legislativo de esta cuestión, y de las diferentes posturas doctrinales al respecto, tanto en Alemania como en Derecho Penal español, dedica la autora el capítulo VII a establecer la distinción, no siempre clara, entre delito putativo y tentativa inidónea (pp. 405 y ss.), partiendo para ello del análisis conceptual del delito putativo y su impunidad, para pasar posteriormente a referirse a los criterios existentes para su diferenciación con la tentativa inidónea (pp. 414 y ss.), optando finalmente por el criterio que se establece acudiendo a la distinción entre error de tipo y error de prohibición, si bien señala la necesidad de realizar algunas matizaciones importantes a la «fórmula de la inversión del error» (pp. 451 y 452).

Cierra su trabajo con una cuarta parte, dedicada a la «Penalidad de la tentativa de delito» (pp. 455 y ss.), para cuyo estudio establece dos cuestiones: el «ámbito de punición de las formas de imperfecta ejecución» (pp. 457 y ss.) y la «medida de la puni-

ción de la tentativa» (pp. 471 y ss.), para finalizar con una breve referencia a la tentativa en los delitos de consumación anticipada (pp. 494 y ss.).

Esta obra, como la misma autora señala, coincide fundamentalmente con la tesis doctoral «Problemas fundamentales de la tentativa en el Derecho Penal», por la que Elena Farré, hoy ya profesora titular, obtuvo el grado de doctora con la máxima calificación de apto *cum laude*. Se trata de una monografía extensa, repleta de rigor científico y que pone de manifiesto la fina intuición jurídica de su autora. Como dice Santiago Mir en el prólogo, «la seriedad, la claridad de ideas propia de la verdadera inteligencia y la honestidad científica son cualidades del presente libro...».

Silvia VALMAÑA OCHAÍTA

JORGE BARREIRO, Agustín: «El allanamiento de morada». Madrid, Tecnos, 1987, 119 pp.

La editorial Tecnos acaba de publicar la monografía que sobre «El allanamiento de morada» ha realizado el profesor titular de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Madrid, Agustín Jorge Barreiro.

El tema, como señala el autor, ha tomado en nuestros días una gran actualidad debido al problema de la ocupación de viviendas por parte de grupos marginales. Sin embargo, no es éste un delito de reciente aparición, sino que ya desde el Derecho romano «el ataque a la morada» se incriminó como delito de injurias, siendo en la Edad Media cuando se plantea el estudio del allanamiento de morada desde otros puntos de vista, más próximos a los actuales.

Respecto de la posición sistemática de la figura que nos ocupa, observa Jorge Barreiro que, no obstante la «acertada situación sistemática del delito de allanamiento de morada» (p. 20), resulta «muy desafortunada —desde un punto de vista sistemático— la inclusión, en el capítulo V del título XII, del artículo 492 bis», por la Ley de 24 de abril de 1958, en la que se recoge una figura de allanamiento cometido por funcionario público.

Tras estas consideraciones preliminares, comienza el autor el estudio del delito, fijando las posiciones doctrinales existentes respecto del bien jurídico protegido.

Descarta en primer lugar, con Quintano, la concepción de «la libertad de voluntad» como objeto jurídico del allanamiento, mostrándose menos crítico con la tesis que lo considera como violación del «derecho a la inviolabilidad del domicilio», si bien de manera matizada como un derecho a la «libertad individual localizada». Sin embargo, no se conforma con esta limitación del bien jurídico protegido, pues, señala que «la libertad personal resulta excesivamente formalista y no permite concretar el bien jurídico» (p. 28). Piensa que hay que destacar en este delito la «intimidad», como aspecto de la libertad personal en abstracto, para centrar el problema de esclarecer al máximo el bien jurídico protegido.

En el tercer y más amplio capítulo de los que componen este estudio, el autor se dedica a observar la configuración típica del allanamiento de morada.

Dentro del tipo objetivo son especialmente dignos de mención dos aspectos: el concepto de morada (pp. 44 y ss.) y la conducta típica (pp. 59 y ss.).

En primer lugar, aborda el estudio de la morada descartando su equiparación con «casa» (referida exclusivamente a inmuebles) y «domicilio» de las personas (concepto civilista del artículo 40 del Código civil como «lugar de su residencia habitual»), y señalando a continuación las notas que integran dicho concepto de morada. Así:

1.º «Ha de tratarse de un espacio cerrado o en parte abierto, separado del mundo exterior, que muestre la voluntad del morador de excluir a terceras personas» (p. 47).

2.º «La morada podrá ser mueble o inmueble, de mayor o menor consistencia» (p. 48).

3.º «Espacio destinado al desarrollo de las actividades propias de la vida privada, profesional o familiar» (p. 49). Así, se entenderán «morada» las dependencias de uso privado de las «casas públicas» a que se refiere el artículo 492.

4.º «Que el uso de la morada sea actual.»

5.º «Es indiferente el título que otorgue al morador el disfrute de la morada con tal que sea legítimo, ya que el Derecho no puede tutelar situaciones antijurídicas» (p. 50).

6.º «Que se trate de la sede real de la persona» (p. 60).

Y es en este punto donde señala la solución al problema de la «ocupación de viviendas deshabitadas» como delito de allanamiento de morada. A este respecto, responde negativamente el planteamiento de la cuestión como delito de allanamiento de morada, en la línea de nuestra doctrina y jurisprudencia, señalando como figuras delictivas más próximas a este tipo de situaciones la de coacciones o la de usurpación.

En segundo lugar, y por lo que se refiere a la conducta típica, señala que las acciones u omisiones constitutivas de este delito deben reunir una serie de características (pp. 66 y ss.).

1.º «Conflicto de voluntades.»

2.º Voluntad del morador manifestada «al exterior, ya expresa o tácitamente».

3.º Prohibición «coetánea o inmediata del hecho del ingreso (no consentido) en la morada ajena».

4.º «Ha de darse una voluntad real» del morador (lo que destruye cualquier voluntad presunta a efectos de tipificación de una conducta).

Tras el estudio de la cuestión referente al conflicto de titularidades y al tipo agravado del artículo 490.2 del CP, Agustín Jorge Barreiro pasa a analizar el tipo subjetivo, señalando la inexistencia de elementos subjetivos en la actual redacción del tipo de allanamiento, y por tanto la posible incriminación de este delito a título de imprudencia, señalando que «la tesis jurisprudencial mayoritaria (...) de exigir un elemento subjetivo en el delito de allanamiento de morada, debe rechazarse porque carece de base legal (...) y resulta artificioso al desconocer que estamos ante un delito "instrumental" (...), que requiere, más que un dolo de propósito, un dolo de consecuencias necesarias» (p. 84). Tras resolver aspectos problemáticos sobre concurrencia de causas de justificación (donde señala el elemento perturbador que se contiene en el art. 491), grado de ejecución del delito (respecto de lo cual afirma el distinto tratamiento del allanamiento activo, en el que caben tentativa y consumación, y el pasivo, que no admite grados de imperfecta realización) y de tipo concursal.

Agustín Jorge Barreiro dedica el último capítulo del libro al estudio del artículo 191

del CP y del, como ya hemos señalado, incorrectamente situado 492 bis 2, que contiene casos de «violación del domicilio por parte del funcionario público» (pp. 93 y ss.).

Resalta, en primer lugar, cómo lo que caracteriza al artículo 191 del CP es «el ejercicio de una función pública abusiva en la violación del domicilio» (p. 94), siendo este concepto de domicilio el mismo que ya se vio al estudiar la «morada»; esto es, protege contra ataques injustos el bien jurídico «intimidad personal». Difiere por tanto en este punto del objeto jurídico del artículo 292 bis 2 del CP, donde, como hace constar el autor, «se está protegiendo un fuero privilegiado de naturaleza distinta al domicilio o a la intimidad domiciliaria del ciudadano» (pp. 93 y 94).

Y dentro del estudio de las «modalidades delictivas previstas en el artículo 191» establece como formas comisivas la «entrada ilegal» (pp. 94 y ss.), el «registro ilegal» (pp. 101 y ss.) y las «vejaciones injustas o daños innecesarios con ocasión de registro lícito» (pp. 104 y ss.), finalizando con unas consideraciones sobre la penalidad de estas figuras, interpretadas a la luz del nuevo 204 bis *a*) del CP, si bien afirma que la fórmula contenida en este artículo «no es la forma idónea para conseguir este objetivo» (p. 107), estableciendo, para evitar los inconvenientes que se presentan al respecto, una propuesta de *lege ferenda*: «bien acudir a un tratamiento punitivo unitario del allanamiento de morada (...) y que sería compatible con la aplicación de la agravante décima del artículo 10 del CP, o bien (...), dentro de la figura única del allanamiento recoge un supuesto agravado para cuando el allanamiento se lleve a cabo con abuso de funciones públicas» (p. 109).

Finaliza esta obra con unas breves consideraciones de política criminal, donde recoge los aspectos más destacados del libro.

Libro que, por otra parte, viene a cubrir un importante vacío en lo que se refiere al estudio doctrinal de esta figura, lo que Agustín Jorge Barreiro hace con extremado rigor jurídico no exento de una gran sencillez en la exposición, que lo hace asequible para cuantos se interesen por el tema.

Silvia VALMAÑA OCHAÍTA

Revista de revistas

GOLTDAMMER'S ARCHIV FÜR STRAFRECHT (GA)

Cuaderno 8, agosto 1985, pp. 341-380

Schünemann, B.: Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars. 1. Teil: Tatbestands- und Unrechtslehre.

1. El texto de Schünemann objeto de la presente recensión constituye la primera parte de un trabajo que se completa en la misma revista, en cuaderno de junio-julio de 1986. En dicho trabajo se contempla la totalidad de la Parte General del Derecho penal. Así, mientras que la primera parte se centra en la doctrina relativa al tipo y al injusto, quedan para la segunda, en principio, los temas de la culpabilidad y la política criminal (GA, 1986, pp. 293-352. 2. Teil: Schuld und Kriminalpolitik), por mucho que en ella se estudien bastantes otras cuestiones. Punto de referencia del examen del estado de la ciencia penal de lengua alemana que en estos textos se produce son sus —quizá— máximos exponentes: el *Leipziger Kommentar* en la República Federal y el *Wiener Kommentar* en Austria. Sentado esto, hay que decir que el artículo de Schünemann —como una recensión que, en definitiva, es— pone de relieve una característica naturaleza mixta, a caballo de la descripción y de la toma de posición. Ello, sin que la primera sea completa ni la segunda suficientemente fundamentada. Realizar la recensión de una recensión constituye una tarea de cierta complejidad. En efecto, existe el peligro de ir más allá que el propio autor recensionado, tanto en el análisis crítico del *estado de la cuestión*, como en la exposición de las propias argumentaciones. Entiéndase, pues, lo anterior en descargo de lo que sigue, en donde, pese a tratarse de conservar al máximo los rasgos definitivos del género, puede haberse caído en alguna ocasión en la tentación mencionada.

2. Antes de entrar en el análisis concreto de los temas expuestos por Schünemann conviene, sin embargo, situar a los autores del *Leipziger* y el *Wiener Kommentar* en el marco general de posturas doctrinales. A juicio de Schünemann, los autores que se ocupan de las principales cuestiones estructurales en el *Leipziger Kommentar* (Jescheck, Hirsch, Schröder) son fiel expresión de la doctrina dominante en Alemania. Esta se caracteriza *positivamente*, en efecto, por haber asumido la mayoría de los postula-

dos del finalismo. Ello, ya sea por participar del pensamiento finalista en sentido estricto (así, Hirsch o Schröder), ya por haber asumido la doctrina welzeliana del injusto personal, pese a discrepar de su presupuesto ontológico —el concepto final de acción— y de su principal consecuencia —la teoría estricta de la culpabilidad— (así, Jescheck máximo exponente de la doctrina dominante en Alemania, de signo ecléctico). *Negativamente*, la referida doctrina dominante viene caracterizada por su total oposición frente al finalismo radical —subjetivista— de Armin Kaufmann y sus discípulos (Horn, Zielinski, etc.) y frente a la sistemática funcionalista de Roxin y los suyos (a los que habría que añadir otros autores, como Frisch o Günther).

3. El concepto de acción se entiende por Schünemann como expresión de un «movimiento corporal dominable» (*beherrschbare Körperbewegung*). Este es, pues, interpretado en un sentido que abarca tanto la finalidad actual como la potencial. Así, se rechaza por un lado la idea de Welzel de reducir la acción a los supuestos de finalidad actual y, por el otro, el planteamiento de la teoría social de la acción, relativo a que ésta exige la «relevancia social» del proceso. Esto último sería, siempre según Schünemann, o bien tautológico, o bien restrictivo en exceso, al incorporar elementos que sólo son propios de la tipicidad. La conclusión es adoptar una perspectiva crítica frente a la *teoría social*, acogida tanto en el *LK* (Jescheck) como en el *WK* (Nowakowski). La tesis de Schünemann, que éste estima próxima, con todo, al concepto social, pretende ser expresión de una elaboración teleológica del concepto de acción, a partir de la idea de qué es posible prohibir bajo pena. Sólo lo que es «dominable» podría ser influido por las normas; sólo ello, pues, podría dar lugar al concepto jurídico-penal de acción. Apelando a tal *dominabilidad general*, entiende Schünemann que su concepto de acción puede cumplir perfectamente la misión de excluir los procesos irrelevantes *a priori* para el enjuiciamiento jurídico-penal. Pero las consecuencias pueden ser sorprendentes. Pues —a su juicio— a partir de aquella idea es posible rechazar una exclusión general de los movimientos reflejos del ámbito del concepto de acción, pues algunos de ellos son *contenibles* y, por ello, dominables voluntariamente. A mi entender, esta última afirmación de Schünemann pone de relieve el error de considerar suficiente un control potencial para aseverar la naturaleza de acción de un proceso. Un reflejo «dominable» no deja por ello de ser un proceso carente de la naturaleza de acción. A este respecto, quizá resulte útil la distinción de Jakobs entre control por vía interna (motivatoria) y control por vía externa. Si el proceso cuya naturaleza de *reflejo* se debate es controlable internamente de modo actual, ya no podrá hablarse realmente de *reflejo*: pues el «reflejo», como respuesta exclusivamente fisiológica a un determinado estímulo, no es susceptible de tal dominio interno por el sujeto. De modo que, si el sujeto podía dominarlo internamente, ya no será apropiada la denominación «reflejo», pues en su origen habrá un principio de control voluntario. Sin embargo, cabe imaginar dos posibilidades distintas de «dominar» un reflejo, y quizá en ellas esté pensando Schünemann. Por un lado, cabe probablemente dominar el reflejo cuando se sabe que va a producirse y el sujeto, pese a ello, no adopta, pudiendo, todas las medidas necesarias para prevenirlo y contenerlo. Se da aquí una estructura de «*actio libera in causa*» (*actio libera in omittendo*). Pero eso no niega la concurrencia del reflejo en la fase última del proceso. Ocurre simplemente que, en la fase previa, hay una conducta del sujeto —una acción— con la que éste realiza un tipo de omisión, en la medida en que su significado típico es el de no adoptar las precauciones dirigidas a la contención del reflejo en el momento en que éste se produzca. Por otro lado, cabe incluso que el control del reflejo pueda tener lugar simultáneamente, es decir, mediante una conducta paralela del sujeto

que podría haber impedido que el reflejo trascendiera al exterior y no lo hace. Pero, de nuevo, esto no afecta en sí al proceso reflejo, que seguirá siendo un proceso privado del carácter de acción. Más bien, afectará a otro proceso con origen en el mismo hombre, que sí revestiría carácter de acción y daría lugar a la realización de un tipo omisivo, en la medida en que todo sujeto es garante cualificado de los procesos que surgen en su cuerpo y, sin embargo, éste no lo ha controlado. En definitiva, pues, adoptar el criterio de la *dominabilidad* como determinante del carácter de acción significa acoger un criterio ambiguo y en absoluto capaz para decidir cuándo un proceso debe ser excluido de antemano de la consideración del Derecho Penal y cuándo no. En particular, plantea significativos problemas a la hora de decidir si un proceso cualquiera da lugar a responsabilidad comisiva u omisiva. Por otra parte, reducir el concepto de acción a los casos de movimiento corporal ha de afrontar también algunas objeciones relativas al tratamiento penal de la pasividad, que, aunque no sea actividad, sí puede ser acción si es voluntaria, como Mir, y yo siguiéndole, hemos tratado de demostrar.

4. La relación entre tipo y antijuridicidad suscita para Schünemann dos problemas fundamentales. El primero, la opción por una sistemática bipartita o tripartita. El segundo, la valoración de la reciente doctrina de la «antijuridicidad penal» y las «causas de exclusión del injusto penal» que, con base en planteamientos anteriores, ha propuesto H. L. Günther. La primera cuestión plantea el espinoso tema de la aceptación o rechazo de la teoría de los elementos negativos del tipo. Sobre tal extremo no es posible comentar aquí todos los argumentos contrarios de Hirsch (que se ocupa del mismo en el *LK*), así como tampoco la totalidad de los contraargumentos de Schünemann, defensor de aquella doctrina en su versión clásica. Importa, por ello, insistir sobre el aspecto valorativo relativo a la equivalencia axiológica —o no— de atipicidad y justificación, y sobre el aspecto normológico referente a si la teoría de los elementos negativos del tipo desprecia la diferencia entre prescripción (mandato y prohibición) y permisón. El primer aspecto me parece el decisivo en la discusión. En cambio, entiendo que el segundo debe resolverse claramente en favor de la teoría de los elementos negativos del tipo. En primer lugar, coinciden en sentido similar las más modernas orientaciones de la teoría general del Derecho, que ponen de relieve que la permisón no constituye, en sí misma, una norma autónoma, sino que simplemente se justifica por la delimitación del ámbito de aplicación de una verdadera norma —prescriptiva— previamente dada (cfr. por todos a Hernández Marín, *El Derecho como dogma*, Madrid, 1984, pp. 60 y ss.). Pero, además, se dan consideraciones específicas de la teoría de las normas en Derecho Penal. A partir de éstas es, en efecto, posible sostener que tanto las conductas atípicas como las justificadas tienen en común el no infringir prescripción alguna. Decir, con la expresión del finalismo, que el sujeto que actúa justificadamente infringe una prohibición, pero que, más tarde, por la intervención excepcional de la permisón, resulta que no infringe el deber jurídico concreto es, simplemente, un contrasentido. Pues no se entiende cómo es posible que el Derecho pretenda evitar algo (prohiba algo) que, a la vez, está permitiendo o incluso ordenando. La conclusión es, pues, que desde el punto de vista —formal— de la teoría de las normas, lo atípico y lo justificado son equivalentes en el sentido de no infringir la prohibición. Más importante es, como antes señalé, el argumento relativo a la diferencia valorativa, es decir, material, axiológica, entre atipicidad y justificación. Y a este respecto parece que no hay dudas. La diferencia radica básicamente en el hecho de que la conducta justificada pone en peligro de modo relevante un bien jurídico y la conducta atípica, en cambio, no. Para Schünemann ello no es significativo, por cuanto, para un Derecho Penal dirigido a la protección de bie-

nes jurídicos, lo evidente es, en todo caso, que ni las conductas atípicas ni las justificadas son «socialmente dañosas». Pero, pese a que esto pueda ser cierto, no lo es menos que, mientras que sobre la conducta atípica no se formula ningún juicio valorativo de naturaleza penal, sobre una conducta atípica, pero justificada, sí se pronuncia un juicio de valor: el de relevancia jurídico-penal. Este, según la postura que estimo correcta, no constituye ningún «juicio provisional de desvalor», ni nada similar. Pero, indudablemente, obliga a proceder con el mayor cuidado a la hora de determinar si ese hecho —por de pronto, relevante— está o no prohibido. Lo que en absoluto ocurre, naturalmente, con la conducta atípica. Sin embargo, tal diferencia, que, sin duda, existe, no es directamente determinante en el plano sistemático. En éste es, en cambio, lo decisivo que una cosa es la «situación antijurídica» y otra la «antijuridicidad de la situación»; que una cosa son los elementos del supuesto de hecho prohibido y otra diferente la prohibición en sí. Y que el error sobre lo primero ha de ser tratado de modo diferente que el error sobre lo segundo. Sentado esto, dirían los partidarios de la tesis contraria, también habría que distinguir entre errores sobre la parte positiva y errores sobre la parte negativa de aquella situación. Y probablemente tienen razón. Pues no puede ser idéntico el deber de examen que se requiere al sujeto en relación al tipo positivo que en relación al tipo negativo. Cuando se trata de analizar este último hay ya algo evidente: que el proceso controlado por el sujeto es un proceso peligroso para un bien jurídico. De ahí que se pueda y deba exigir del sujeto el mayor cuidado al examinar la concurrencia de los presupuestos de la situación justificante. Ello conducirá a que la invencibilidad y vencibilidad varíen aquí en sus baremos —por consideraciones de exigibilidad— respecto al error de tipo positivo. En conclusión, las presentes consideraciones parten, en primer lugar, de una distinción sistemática de base axiológica entre errores sobre el supuesto de hecho prohibido y errores sobre la prohibición. En segundo lugar, de una distinción metodológica en el tratamiento del error sobre el tipo positivo y del error sobre el tipo negativo, derivada de la diferencia valorativa entre atipicidad y justificación. La primera debe quedar muy clara. Además, que sus consecuencias en cuanto a la punición no constituyen «desafueros valorativos» —como algunos pretenden— lo prueba el que la doctrina dominante alemana las haya acogido —sin aceptar la teoría de los elementos negativos del tipo— por la vía de la teoría restringida de la culpabilidad. Que su fundamentación sistemática tampoco es tan aberrante lo prueba el que incluso el finalismo distinga entre «ausencia de la situación justificante» y «ausencia de permisión» (prohibición). Así, la suposición errónea de la prohibición o de la ausencia de permisión da lugar a delito putativo, también para aquél. En cambio, la suposición errónea de la ausencia de una situación justificante da lugar a tentativa inidónea (directa o analógicamente aplicada en su estructura), y, para un sector, incluso a un delito doloso consumado. Ello, por estimar que la concurrencia del elemento subjetivo de justificación es esencial para la propia justificación. Todo lo cual pondría de manifiesto que la consecuente, la satisfactoria, es la construcción sistemática derivada de la teoría de los elementos negativos del tipo (mejor, teoría de los elementos negativos del supuesto de hecho —*Tatbestand*— prohibido).

5. La segunda de las cuestiones de la teoría de la antijuridicidad que suscita discusión tiene, pese a sus antecedentes relativamente remotos, un origen reciente. Se trata de la doctrina que Günther ha propuesto en su escrito de habilitación publicado en 1983 (*Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss*). Origen de esta teoría es una concepción material y no formal del tipo. Este, pues, no se limitaría a expresar, en términos del principio de legalidad, un injusto específico. Más bien, se caracterizaría en

sentido material por ser el producto de valoraciones contrapuestas, llegando, en conclusión, a expresar un *injusto agravado*, cualificado, con una especial dañosidad social: merecedor de ser conminado en abstracto con pena. A partir de ahí, es posible sostener la existencia, junto a las verdaderas (propias) causas de justificación, de causas de justificación impropias (propias causas de exclusión del injusto penal). Estas se diferenciarían de aquéllas por no eliminar completamente lo injusto del hecho. Simplemente, lo reducirían en medida suficiente como para que el mismo dejara de ser un injusto agravado. Y el injusto penal se caracteriza en la tipicidad como injusto agravado, injusto merecedor de pena. De modo que, eliminado tal carácter, subsistirá ciertamente una medida de injusto, pero no será suficiente para hablar de un injusto merecedor de pena, no será un *injusto penal*. La tesis de que la antijuridicidad penal puede desaparecer en virtud de causa que no excluyen «toda» la antijuridicidad de la conducta ha sido sometida a fuerte controversia. Hirsch, en el *LK*, toma decididamente postura en contra por entender que la mencionada doctrina priva a la categoría de la antijuridicidad de su significado propio: la infracción del Ordenamiento jurídico en su conjunto. La cuestión puede ser, sin embargo, meramente terminológica: a juicio de Schünemann, ello podría resolverse denominando a tales causas «causas de exclusión de la tipicidad», «causas de exclusión de la dañosidad social» o incluso «causas de tolerabilidad» (*Tolerierbarkeitsgründe*). Materialmente, en cambio, la existencia de estas causas que guardan proximidad con otras de otros sectores del Ordenamiento, pero que en Derecho Penal muestran aspectos peculiares, no puede ser negada. Como dice Schünemann, si la antijuridicidad es condición necesaria, pero no suficiente de la dañosidad social cualificada que demanda la intervención del Derecho Penal, del mismo modo cabe que la dañosidad social indiciada por el tipo (parte positiva del supuesto de hecho) se elimine tanto por propias causas de justificación como por esas que él denomina «causas de tolerabilidad». Hasta aquí, el estado de la cuestión. Sin embargo, la teoría de las causas de exclusión del injusto penal podría quizá resultar más satisfactoria entendida desde una perspectiva algo diferente a la propuesta por el propio Günther. La idea de «exclusión del injusto penal» puede, en efecto, constituir un verdadero principio rector de la interpretación de todas las causas de justificación. Un «principio regulativo» que podría incluso verse como una acogida de criterios de exigibilidad en el injusto. Según ello, una vez reducido el injusto en medida relevante, no sería exigible bajo prohibición penal un determinado comportamiento del sujeto. Expresado de otro modo, se trataría de algo similar a la introducción de consideraciones derivadas del principio de insignificancia en el examen del tipo negativo. Si, tras la intervención parcial de la causa de justificación, resta un injusto penalmente insignificante, decaerá la prohibición penal. Esta concepción de la teoría de las causas de exclusión del injusto penal, no como descripción de *nuevas* causas autónomas, en general de creación jurisprudencial (situaciones análogas al estado de necesidad, al consentimiento...), sino como *principio regulativo*, permitiría probablemente superar muchas de las críticas que se le han dirigido; así, quizá, las de Roxin (en el libro-homenaje a Oehler) relativas a la inseguridad jurídica derivada de la creación analógica, por ejemplo.

6. El siguiente aspecto que ocupa la atención de Schünemann —siempre con la mirada puesta en el *LK* y el *WK*— es el de los principios de la imputación del resultado. La exposición de éstos en ambos comentarios sería —a su juicio— por un lado, reflejo de las dificultades con que en Alemania ha tropezado la superación del naturalismo y de la causalidad como criterio suficiente de imputación; por el otro, expresión de una auténtica «dogmática de la imputación» —la austriaca— dado su menor anclaje natu-

ralista. A título de ejemplo, se entra en el examen de los *topoi* del «comportamiento alternativo adecuado a Derecho» y del «fin de protección de la norma». En el primero de estos temas, y una vez superada la visión del *Reichsgericht*, que lo contemplaba en el círculo de cuestiones de la relación de causalidad, se dan dos posiciones claramente enfrentadas. Una, más clásica, sostiene que, en el caso de que el «comportamiento alternativo» con seguridad o probabilidad rayana en la seguridad hubiera causado el resultado, no es posible imputar éste al comportamiento típico. Lo contrario; para esta postura, conduciría a transformar los tipos de lesión en tipos de peligro y, además, a ignorar el principio de *in dubio pro reo*. Sin embargo, frente a tal concepción, por la que se inclina Schöchler en el *LK*, defiende Schünemann la «teoría del incremento del riesgo», creada por Roxin y acogida por Burgstaller en el *WK*. Según ella, bastaría con que el comportamiento típico elevara, frente al comportamiento alternativo, las probabilidades de producción del resultado para imputar éste a aquél. Siempre, por supuesto, sobre la base de la constatación de la relación de causalidad. La argumentación de Schünemann, que parte de la constatación de la necesidad político-criminal del criterio del incremento del riesgo, se dirige básicamente contra las objeciones relativas a la vulneración del principio de *in dubio pro reo* y al desconocimiento de la naturaleza de los delitos de resultado. A tal fin, propone una reformulación normativa de aquel criterio, a partir de la noción del fin de protección de la norma. Según ello, tendría sentido extender la imputación del resultado a las situaciones en que simplemente se ha incrementado el riesgo de producción del mismo, pues, una vez acogido un nivel mínimo de riesgo permitido, objeto de las normas no puede ser más que la reducción de riesgos a una medida soportable y en absoluto la total exclusión de tales riesgos. Pero si el fin de las normas es la reducción del riesgo a medidas aceptables o, dicho de otro modo, la creación de posibilidades de salvación para el bien jurídico, la exclusión de la imputación sólo se producirá cuando, desde la perspectiva *ex post*, la norma de cuidado lesionada se revela como inútil.

7. A mi juicio, tal enfoque no logra superar algunas de las dificultades ínsitas en el planteamiento del incremento del riesgo. En primer lugar, se halla la vinculación de un problema de imputación del resultado con otro de contenido de la norma. En efecto, por mucho que *ex post* se advierta que la norma sigue teniendo sentido, ello lo único que pondrá de relieve es que el hecho realizado es injusto (antinormatividad, injusto de la conducta, momento de creación del riesgo). Y esto es absolutamente cierto: aunque una conducta alternativa adecuada a Derecho también hubiera dado lugar al resultado, tiene sentido decir que la conducta que incrementa el riesgo de producción del mismo es antinormativa, injusta. Pero ello no afecta a la imputación del resultado: incremento del riesgo *ex ante* más causalidad en absoluto es igual a imputación del resultado. Para ésta es preciso determinar un segundo momento de realización del riesgo en el resultado; naturalmente, presupuesto que se entienda, como quien esto suscribe, que el resultado no afecta a lo injusto del hecho y que su imputación se halla al margen de la antinormatividad. Schünemann no logra fundamentar tal imputación; y de eso es precisamente de lo que se trata. Su esquema conduce, desde luego, a poner de relieve que la conducta del sujeto ha infringido la norma (lo cual es evidente si *ex ante* se ha incrementado el riesgo) y que además ha causado el resultado; pero sigue sin demostrar *si* y *en qué casos* el resultado es expresión de ese incremento del riesgo y no del riesgo permitido que se halla en la base. Esto último no lo consigue por que, como algún autor ha observado, en el criterio del incremento del riesgo, tal como lo manejan quienes lo defienden, se da una insatisfactoria mezcla de momentos *ex ante* y *ex post*. Si los di-

sociamos, cosa que ellos prácticamente no hacen, se pone de relieve su insuficiencia. Porque resulta que *ex ante* siempre que se da una infracción del deber de cuidado será porque se produce un incremento del riesgo; en efecto, si no se incrementa el riesgo por encima de los mínimos permitidos *ex ante*, no podrá hablarse de infracción del cuidado debido. En definitiva, pues, infracción del cuidado e incremento del riesgo vienen a coincidir en el momento *ex ante*. Pero éste no es el decisivo: el decisivo para la imputación del resultado es el momento *ex post*. Y en él, el criterio del incremento del riesgo recurre a análisis básicamente estadísticos con el fin de decidir si la conducta a examen era más peligrosa que (incrementaba la posibilidad de producción del resultado respecto a) la permitida (el comportamiento alternativo adecuado a Derecho). Sin embargo, tal análisis estadístico en nada ayuda para la perspectiva *ex post*. En ésta, lo decisivo es si en el caso concreto (y no según una regla general estadística) es posible probar que el resultado constituye expresión, constatación, del incremento del riesgo provocado *ex ante*. Y la cuestión es, entonces, cómo proceder a esa prueba. A mi juicio, ello implica negar la imputación salvo que se determine que, con una probabilidad rayana en la seguridad, el comportamiento alternativo adecuado a Derecho (es decir, el riesgo permitido) no habría dado lugar a dicho resultado. Sólo ello es lo adecuado al principio de *in dubio pro reo*. Y, pese a las apariencias, es algo sustancialmente distinto de lo que sostiene la doctrina dominante alemana en materia de comportamientos alternativos adecuados a Derecho. Para ésta, en efecto, habrá imputación salvo que se pruebe con probabilidad rayana en la seguridad que el comportamiento alternativo habría causado también el resultado. Pero tal postura significa vulnerar el principio *in dubio pro reo*, ya que se carga con la prueba a quien pretende negar la imputación y, sin embargo, lo que habría que hacer es probar positivamente la existencia de la relación de imputación. La doctrina tradicional es, con todo, explicable. En efecto, tiene su fundamento en la concepción naturalista según la cual la causalidad es, en principio, base suficiente de la imputación y son las excepciones las que deben probarse. En nuestra opinión, por contra, la causalidad es, por principio, insuficiente y todos los factores fundadores de la imputación deben probarse positivamente: en particular, la existencia de una auténtica relación de riesgo. En otro orden de cosas, y para concluir, es preciso poner de relieve que, cuando se habla de problemas de comportamiento alternativo en la imprudencia, por supuesto se debe partir de que la alternativa viene dada por un comportamiento del propio sujeto (amparado por el riesgo permitido) que asimismo causaría el resultado. En absoluto tiene sentido introducir aquí el comportamiento de terceros que, de no haberlo hecho el sujeto, habría causado el resultado. Pues, por supuesto —y a diferencia de lo sostenido por algún sector de la doctrina alemana— dicha conducta de terceros en absoluto afecta al establecimiento de la relación de riesgo entre la conducta descuidada del sujeto y el resultado, como prueba del riesgo *ex ante*.

8. La siguiente cuestión en nuestro índice viene dada por los problemas del criterio del fin de protección de la norma, acogido en el *WK* y por Jescheck en el *LK* y rechazado, en cambio, por Schröder en este último comentario. Tal criterio aparece como una necesaria corrección en los casos en que, habiéndose infringido una norma de cuidado y siendo previsible una lesión del bien jurídico con derivación de la misma, cabe todavía excluir la imputación del resultado por razones diferentes a las examinadas en el párrafo anterior pero que, en definitiva, continúan respondiendo a que dicho resultado no es «prueba» del riesgo creado *ex ante* con la infracción de la norma de cuidado. No me detendré aquí en las dos concepciones básicas acerca del criterio del fin de

protección de la norma: la primera, que lo convierte en criterio central de imputación, y la segunda que lo añade a todos los demás con el fin de restringir todavía más el marco de la imputación del resultado. Simplemente señalaré que es difícil determinar cuál es el ámbito de protección de una norma de cuidado, que en la mayoría de los casos es complicado definir el propio alcance de tales normas, cuanto más el dilucidar qué resultados son abarcados por ellas y cuáles quedan al margen de las mismas. Por otro lado, y esto sería una crítica global, alguien podría decir que no está tan claro el porqué una norma no ha de querer evitar todos los resultados lesivos que, de modo previsible, se deriven de su infracción. La respuesta a esta cuestión es, sin embargo, evidente, como en otro lugar, he tratado de poner de relieve. La norma no puede tratar de evitar los resultados que, por mucho que en el caso se hayan derivado directamente de su infracción y, es más, no se habrían producido de no haberse infringido la norma, en general son independientes de tal infracción, no entran dentro de lo que en principio la norma puede querer evitar, no dependen de ella. Cabe, con todo, que haya quien piense que no es de recibo la no imputación del resultado a conductas que infringen una norma de cuidado y de las que, de modo adecuado, se deriva un resultado lesivo; pues en ellas se darían los momentos de creación de riesgo y de realización de éste en el resultado. La réplica debe hallarse de nuevo, sin duda, en la idea de riesgo permitido. Según ésta, de los múltiples riesgos que *ex ante* contiene una conducta —idea ésta que he desarrollado extensamente en otro lugar— varios son permitidos, es decir, irrelevantes desde la perspectiva típica (por las razones que sea), con lo que ellos, de por sí, no dan lugar a que la conducta infrinja la norma de cuidado. Pues bien, si el realizado en el resultado es un riesgo de éstos, uno permitido, con el que no se infringe el deber de cuidado, parece obvio que dicho resultado —expresión de un riesgo ajeno a la infracción del cuidado— no puede imputarse a tal infracción del deber que, por otra parte (como reflejo de la creación de un riesgo relevante) no se ha realizado en resultado alguno. Todo lo anterior abonaría, como regla general, la acogida del mencionado criterio del fin de protección de la norma. Un ejemplo de las situaciones que pueden tener lugar lo constituyen las de daños indirectos. La conducta peligrosa puede contener en sí el riesgo de diversas lesiones —unas directas y otras indirectas— de bienes jurídicos. Sentado esto, es razonable sostener que el deber de cuidado sólo se infringe con el riesgo de daño directo y que el riesgo de daño indirecto es típicamente irrelevante; ello, porque el daño indirecto se vincula con el resultado de daño directo, con independencia de que dicho daño haya respondido, en su concreta producción, a un riesgo relevante o no. Carece de sentido, pues, que la norma de cuidado abarque el riesgo de daño indirecto, en la medida en que el respeto de dicha norma no es garantía de que el daño indirecto se evite. Su producción no es algo que la norma pueda evitar y de ahí que quede fuera de su ámbito de protección.

9. Con ello finaliza la sucinta referencia de Schünemann a alguno de los *topoi* de la imputación objetiva y comienza su análisis del dolo, que, como es sabido, un significativo sector de la doctrina alemana examina a caballo del tipo subjetivo y de la culpabilidad. El contenido central de sus consideraciones sobre el dolo se sitúa en el siempre polémico tema del dolo eventual. A tal respecto, advierte Schünemann, con una claridad que se echa en falta en la mayoría de los autores, cómo la solución de este problema puede verse influida por el cambio producido acerca de la naturaleza del dolo: de forma o requisito de la culpabilidad a elemento del tipo de injusto, postura ésta, por lo demás, acogida tanto en el *LK* como en el *WK*. El aspecto volitivo (que Schünemann prefiere llamar emocional) pierde importancia con la transposición sistemática;

incluso puede parecer —así, Schünemann— que no debe desempeñar papel alguno en el dolo como elemento de lo injusto. La conclusión es que dolo eventual y culpa consciente no se diferencian en el injusto, sino en la culpabilidad. A ello se llega a través de la adopción de una *concepción material* de la teoría de la «doble posición del dolo» (línea de Nowakowski), que muestra algunas diferencias con la teoría puramente formal, defendida —por ejemplo— por Jescheck y dirigida, en lo esencial, a resolver el problema del error sobre los presupuestos de una causa de justificación. En virtud de la mencionada concepción material, es posible advertir en la culpabilidad los elementos *emocionales* que justifican una responsabilidad individual más elevada (la del dolo eventual). Con todo ello, Schünemann se separa de las posturas abiertamente cognoscitivas sobre el dolo eventual. A ellas les reprocha, tomando como ejemplo el planteamiento de Frisch, la incoherencia a la hora de tratar casos como el del sujeto con confianza irracional —esto es, sin base alguna en la realidad— en una salida favorable. Sin embargo, ello no significa que desconozca los problemas de todo tipo que plantea la determinación de lo que en la vertiente emocional es preciso para el dolo. Problemas materiales y procesales que pueden llegar a hacerla impracticable como criterio de distinción. A la vista de lo anterior, Schünemann propone, de *lege ferenda*, un trío de formas de imputación subjetiva: a) dolo directo de primer y segundo grado, b) dolo eventual y culpa consciente y c) culpa inconsciente. Ello, por estimar que la diferencia de necesidad de pena existente entre la «intención» y el «dolo eventual» es muy superior a la que existe entre éste y la culpa consciente. Esta última diferencia podría considerarse en la medición de la pena, a la vez que algunos delitos podrían ampliarse, en cuanto a las formas de comisión, al mencionado grupo intermedio. De *lege lata*, con todo, sigue manteniendo la doble consideración del aspecto cognoscitivo del dolo en el injusto y del aspecto emocional en la culpabilidad, exigiendo, para la apreciación del dolo eventual, la combinación de un mínimo de conocimiento con un mínimo de actividad emocional.

10. El planteamiento de Schünemann es criticable como, a mi juicio, cualquiera que fundamente la sanción en la valoración de elementos emocionales o de la actitud interna del sujeto. Esto es precisamente lo que sucede en su tesis de *lege lata* sobre el dolo eventual. Tesis que, por lo demás, según entiendo, en poco se diferencia de la doctrina dominante sobre el tema, empeñada en la búsqueda de un elemento volitivo en tal clase del dolo. En cambio, la tesis de *lege ferenda* de Schünemann es radicalmente diferente, hasta el punto de llegar a equiparar completamente (salvo en la medición concreta de la pena dentro de los tipos) dolo eventual y culpa consciente. A mi juicio, la solución no se halla ni en uno ni en otro extremo. Aunque ésta no es la ocasión, ni dispongo de tiempo para desarrollarlo, un planteamiento correcto de la diferenciación entre dolo eventual y culpa inconsciente ha de partir —a mi juicio— de la comprensión de que: 1) lo esencial en el dolo es el conocimiento (conocimiento del riesgo concurrente *ex ante* en la conducta, pues es ésta el objeto del dolo); 2) la voluntad de la acción no es factor propio del dolo, sino precisamente de aquélla, de la acción (ya dé ésta lugar a un tipo doloso, y a uno imprudente); 3) la persecución del resultado (*Absicht*, intención), que también suele caracterizarse como «voluntad», es un elemento subjetivo del injusto característico de una clase de dolo, pero, por un lado, no sustituye a la necesidad de conocimiento y, por el otro, su verdadera relevancia sólo vendrá dada por un incremento del riesgo objetivo para el bien jurídico: no por un «especial desvalor subjetivo»; 4) los llamados «elementos subjetivos del injusto» constituyen realmente una realidad bipolar, compuesta de un elemento *objetivo de sentido* (riesgo para el bien

jurídico) y un elemento subjetivo, que no es otra cosa que el dolo (conocimiento), y 5) lo característico de la culpa consciente es que, por determinadas razones, el sujeto no llega a conocer completamente el riesgo que encierra su conducta (por ejemplo, por introducir en sus análisis una valoración equivocada de sus capacidades, conocimientos, elementos concomitantes, etc.: el caso límite y discutible es aquel en que el elemento introducido sea la creencia en la propia fortuna, supersticiones u otros factores de naturaleza irracional). Espero poder desarrollar más detalladamente y contrastar estas hipótesis en otro lugar.

11. Los dos últimos temas del trabajo vienen constituidos por la justificación y los delitos de omisión. El primero de ellos se ve marcado por la confluencia en el *LK* de los análisis de un autor partidario de la teoría objetiva del injusto, como es Spendel, y de otro, Hirsch, situado en el finalismo clásico. Esta discrepancia se manifiesta en múltiples cuestiones, incluso en algunas en las que, en principio, no tendría por qué ser así; por ejemplo, en el alcance de la legitimación de los agentes de la autoridad para recurrir a preceptos generales de justificación, como la legítima defensa o el estado de necesidad (en este extremo Spendel adopta una postura ampliatoria e Hirsch una más restrictiva). Schünemann examina con especial detalle el tema de las restricciones éticosociales de la legítima defensa y el problema, más global, del elemento subjetivo de justificación. En la primera cuestión, y pese a constatar la relativa oposición de Spendel en el *LK*, Schünemann se muestra completamente favorable a las mismas, por entender que responden a una convicción jurídica generalizada en nuestro ámbito cultural, que se derivan de los principios inspiradores de la legítima defensa y que en absoluto puede afirmarse que infrinjan el mandato de terminación, dada la mayor amplitud con que aparecen otras causas de justificación, como el estado de necesidad. Pero probablemente despierta mayor interés la discusión en torno al elemento subjetivo de justificación. La necesidad del mismo ha sido rechazada por el objetivista Spendel; por su parte, quienes requieren su concurrencia discrepan, según acojan la tesis finalista (Hirsch en el *LK*) o la opuesta, defendida por Nowakowski en el *WK*. Mientras que para Hirsch es preciso que la propia intención, tendencia subjetiva, se dirija a la justificación, para la otra corriente basta con que los fundamentos de la justificación se hayan acogido en la decisión de actuar, salvo que el legislador expresamente requiera motivos o fines determinados. Esta última es la concepción acogida por Schünemann, quien, además, justifica tal opción como algo inevitable desde la perspectiva de la teoría de los elementos negativos del tipo. Es ésta, por otro lado, la única que, a su juicio, explica la aplicación de los preceptos de la tentativa a las situaciones en que falta el elemento subjetivo de justificación. La doctrina dominante, por contra, sólo puede hablar de aplicación analógica de aquellos preceptos, solución con importantes dificultades dogmáticas, sin olvidar la contradicción que implica con la resolución del error sobre los presupuestos de una causa de justificación en la culpabilidad (dolo en la culpabilidad: teoría formal de la doble posición). En efecto, es, a su juicio, una contradicción afirmar que, en el caso de concurrencia de la situación objetiva de justificación y ausencia del elemento subjetivo, falta el desvalor del resultado, y, a la vez, sostener que, en caso de suposición errónea de tal situación, se da todo el desvalor de la acción, faltando simplemente la culpabilidad dolosa. La solución de Schünemann es convincente. Y, es más, no me parece descabellado sostenerla en el Derecho vigente español. Ciertamente se ha sostenido la imposibilidad de aplicación directa de los preceptos de la tentativa, alegando que en estos casos ya hay «delito», pues el elemento subjetivo de justificación es presupuesto de su ausencia. Pero esto también ocurre en la tentativa y en la frustración «tradicio-

nales»: también en ellas hay «delito». Pues el «delito» se da desde el momento en que se infringe una norma penal imperativa con una conducta que pone en peligro relevante un bien jurídico en forma no justificada. Sólo que tal delito no es el consumado: y a éste se refieren, sin duda, los enunciados legales del artículo 3.º del CP, entre otros. Pues bien, tal *delito* falta no sólo por la no producción del resultado lesivo del bien jurídico, sino también por la concurrencia *ex post* de una situación objetiva de justificación: tal concurrencia sería algo así como un presupuesto objetivo de no punibilidad de la conducta o, a la inversa, por expresarlo mejor, la no concurrencia *ex post* de la situación objetiva de justificación será condición objetiva de punibilidad por el delito consumado. Ello es diferente de lo que sucede con la apariencia *ex ante* de la situación objetiva de justificación, que afecta a lo injusto objetivo de la conducta. Si la situación es, desde la perspectiva *ex ante*, justificante, aunque al sujeto le falte el elemento subjetivo de justificación nos hallaremos ante una estructura de tentativa irreal, impune por falta de injusto. Si, en cambio, la apariencia *ex ante* es no justificante, habrá injusto y sólo dependerá de la efectiva concurrencia *ex post* de la situación justificante el que se castigue por tentativa o por consumación (presupuesto, siempre, que falte el elemento subjetivo de justificación).

12. La recensión de Schünemann llega a su fin con el tema de los delitos de omisión, concretamente, de comisión por omisión. A este respecto, reitera la necesidad, asumida por doctrina (*LK*) y práctica, de proceder a una restricción; restricción que él supone haber realizado con su fórmula del «dominio sobre el fundamento del resultado» como criterio de la posición de garantía. De todos modos, constata que la doctrina dominante alemana no ha aprovechado, en general, las posibilidades restrictivas del § 13, *StGB*, a diferencia de la austriaca (*WK*), que suele hacerlo tanto por la inclusión de la teoría formal del deber jurídico en la determinación de las posiciones de garante, como en virtud de un examen separado de la equivalencia (*Gleichwertigkeit*) entre comisión y omisión, a realizar también en los delitos puros de resultado. A su juicio, sin embargo, tampoco la tendencia dominante en Austria resulta convincente, pues la perspectiva formalista es rechazable y, además, tampoco dicha doctrina ha desarrollado los criterios de equivalencia como debería haber hecho. La propuesta de Schünemann se resume en la superación de las construcciones moralistas de la posición de garante para conformar un esquema lógico-objetivo, a la vez que en la aplicación general del criterio de correspondencia (*Entsprechung*) establecido por el § 13, *StGB*.

13. No es este el momento de reiterar las críticas —que he expuesto en otro lugar— a un precepto como el § 13, *StGB*, que se conforma para sancionar la comisión por omisión de los tipos de la parte especial con una mera correspondencia de aquélla con la comisión activa. Simplemente, de poner de manifiesto que el mismo parece insatisfactorio y que, en Derecho español, en que afortunadamente no se ha incluido todavía un precepto similar, las cosas deberían orientarse de modo diferente. Concretamente, exigiendo una verdadera «identidad estructural y normativa» de la omisión con la comisión activa para poder hablar de comisión por omisión. Para lo cual no basta con una posición o situación de responsabilidad agravada del sujeto —posición de garantía—, sino que es precisa una situación de *específico compromiso* de actuar como *barrera de contención de determinados riesgos para determinados bienes jurídicos*: sólo esto puede dar lugar a tal identidad requerida. Claro es que también podríamos llamar «posición de garantía» a este último complejo, y dar así terminológicamente la razón a la doctrina dominante, que entiende que aquélla es presupuesto necesario y sufi-

ciente de la comisión por omisión (dejando aparte los problemas de imputación objetiva del resultado). Pero, entonces, ¿qué decir de esas situaciones de responsabilidad agravada insuficientes para la comisión por omisión, pero que deben dar lugar a una reacción penal más grave que la propia de la omisión de socorro, por ejemplo? De ahí que me parezca preferible distinguir entre posiciones de garante que dan lugar a *omisiones de garante* y posiciones de garante cualificadas: sólo estas últimas darán lugar a responsabilidad en *comisión por omisión*.

JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ

Profesor titular de Derecho Penal. Universidad de Barcelona

«NEUE JURISTISCHE WOCHENSCHRIFT»

Revista semanal, año XXXIX, tomo II (fascículos 27 a 52, pp. 1635 a 3226). C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung. Múnich y Frankfurt, 1986.

JURISPRUDENCIA

A) TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

«Rechtsmässigkeit der Unterbringung eines Geisteskranken in geschlossener Anstalt-Fall Ashingdane» (Conformidad a Derecho del internamiento de un enfermo mental en un establecimiento cerrado. Caso Ashingdane). Sentencia del 28 de mayo de 1985 (caso Ashingdane), pp. 2173-2176.

«Pflicht der unverzüglichen Vorführung vor ein nationales Gericht nach der Menschenrechtskonvention» (La obligación de presentación inmediata ante un tribunal nacional según la Convención de derechos humanos). Sentencia del 22 de mayo de 1984 (caso de Jong Baljet y Van den Brink contra Holanda), pp. 30-12-3014.

B) BUNDESVERFASSUNGSGERICHT (Tribunal Constitucional Federal)

«Aussetzung einer lebenslangen Freiheitsstrafe» (Suspensión de una pena privativa de libertad perpetua). Resolución del 24 de abril de 1986, pp. 2241-2242.

«Steuerliche Abzugsfähigkeit von Parteispenden» (Deducibilidad fiscal de donativos a los partidos). Sentencia del 14 de julio de 1986, pp. 2487-2497.

«Strafverfolgung trotz rechtswidriger Festnahme im Ausland» (Persecución penal a pesar de la detención antijurídica en el extranjero). Resolución del 3 de junio de 1985, pp. 3021-3022.

«Nichtverlängerung einer Aufenthaltserlaubnis wegen Straffälligkeit» (Negativa a prorrogar un permiso de residencia por responsabilidad penal del sujeto). Resolución del 21 de julio de 1986, p. 3022.

C) BUNDESGERICHTSHOF (Tribunal Supremo Federal)

«Vorlegen von Scheinrechnungen» (Presentación de cuentas simuladas). Sentencia del 22 de noviembre de 1985, pp. 1696-1698.

«Missbräuchliches Wählen der Notrufnummer 110» (El marcar abusivamente el número de urgencias 110). Resolución del 27 de enero de 1986, pp. 1698-1699.

«Verneinung einer besonders schweren Falls wegen werminderter Schuldfähigkeit» (Negación de un caso especialmente grave por disminución de la capacidad de culpabilidad). Resolución del 27 de febrero de 1986, pp. 1699-1700.

- «Tatprovokation durch polizeilichen Lockspitzel» (Provocación del hecho por un agente provocador policial). Resolución del 8 de noviembre de 1985, p. 1764.
- «Fehlen der Vorlagevoraussetzungen in V-Mann-Fall» (Falta de los requisitos de propuesta en el caso del infiltrado). Resolución del 7 de noviembre de 1986, pp. 1764-1766.
- «Zur Strafbarkeit von Sitzblockaden» (Acerca de la punibilidad de los bloqueos por sentada). Resolución del 24 de abril de 1984, pp. 1883-1884.
- «Zum Mord "aus Mordlust"» (Acerca del asesinato «motivado por el placer de matar»). Sentencia del 15 de abril de 1986, pp. 2120-2121.
- «Folge einer von Vereidigung gemachten Falschaussage» (Consecuencia de un falso testimonio realizado antes de prestar juramento). Sentencia del 21 de abril de 1986, pp. 2121-2122.
- «Unzulässige Tonbandaufnahmen» (Grabaciones magnetofónicas ilícitas). Sentencia del 9 de abril de 1986, pp. 2261-2265.
- «Standesverfehlung durch Erschleichen von Aufenthaltserlaubnis» (Falta deontológica por la obtención fraudulenta de permiso de residencia). Sentencia del 4 de marzo de 1985, p. 2265.
- «Tateinheit zwischen Brandstiftung und Diebstahl; Vollendung des Versicherungsbetruges» (Concurso ideal entre incendio y hurto; consumación de la estafa de seguros). Sentencia del 29 de enero de 1986, p. 2265.
- «Abgrenzungen im Versuchsbereich» (Delimitaciones en el ámbito de la tentativa). Sentencia del 10 de abril de 1986, pp. 2325-2326.
- «Berechnung des Blutalkoholgehalts bei fehlender Blutprobe» (Cálculo del contenido de alcohol en sangre en ausencia de muestras de sangre). Sentencia del 6 de marzo de 1986, pp. 2384-2385.
- «Beleidigung von Jugendlichen durch sexuelle Handlungen» (Injurias a jóvenes mediante actos sexuales). Sentencia del 14 de mayo de 1986, pp. 2442-2443.
- «Garantenstellung des unfallbeteiligten Kraftfahrers» (Posición de garante del conductor de un vehículo implicado en un accidente). Sentencia del 6 de mayo de 1986, pp. 2516-2517.
- «Unrichtige Annahme einer Beleidigung» (Apreciación errónea de una injuria). Sentencia del 8 de abril de 1986, pp. 2517-2518.
- «Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln» (Ejercicio no permitido del comercio con estupefacientes). Sentencia del 24 de junio de 1986, pp. 2584-2585.
- «Ruhe der Verfolgungsverjährung» (Interrupción de la prescripción de la persecución). Resolución del 2 de mayo de 1986, p. 2586.
- «Fahruntüchtigkeit bei Radfahrern» (Incapacidad para conducir en los conductores de bicicletas). Resolución del 17 de julio de 1986, pp. 2650-2651.
- «Vorfahrtsrecht der Radfahrer» (Preferencia de paso de los conductores de bicicletas). Resolución del 15 de julio de 1986, pp. 2651-2652.
- «Gerechtfertigter Schusswaffengebrauch mit nicht genehmigter Waffe» (Utilización justificada de arma de fuego con arma sin licencia). Sentencia del 19 de marzo de 1986, pp. 2716-2718.
- «Bestimmtheit der Tat» (La exigencia de un hecho determinado). Sentencia del 21 de abril de 1986, pp. 2770-2772.

- «Unterbringung bei schwerer anderer seelischen Abartigkeit» (Internamiento en caso de otra anomalía psíquica grave). Sentencia del 6 de marzo de 1986, pp. 2893-2895.
- «Erwerb von Betäubungsmitteln zum Eigenverbrauch» (Adquisición de estupefacientes para el propio consumo). Sentencia del 22 de enero de 1986, pp. 2895-2896.
- «Versuch und Vollendung bei Betäubungsmittelhandel» (Tentativa y consumación en el comercio de estupefacientes). Sentencia del 12 de agosto de 1986, p. 2896.
- «Einheitliche Tat bei Falschgeldbeschaffung und Vertriebsversand» (Unidad de hecho en el caso de adquisición de dinero falso y su expedición). Sentencia del 20 de junio de 1986, p. 2960.
- «Rechtsbeugung durch Amtsträger» (Prevaricación de funcionario). Sentencia del 29 de julio de 1986, p. 3093.
- «Führung des Titels "Dipl.-Ing." eines Rechtsanwalts» (Utilización del título «ingeniero» por un abogado). Sentencia del 26 de mayo de 1986, pp. 3150-3151.
- «Strafaussetzung bei Exhibitionismus» (Suspensión de la pena en caso de exhibicionismo). Sentencia del 7 de agosto de 1986, pp. 3217-3218.

D) OTROS TRIBUNALES PENALES

- «Verherrlichung von Gewalt» (Apología de la violencia). OLG Koblenz. Sentencia del 26 de septiembre de 1985, pp. 1700-1701.
- «Ausgestaltung von Läden für Videovermietung» (Ampliación de tiendas para el alquiler de videos). Bay-ObLG. Sentencia del 11 de marzo de 1986, p. 1701.
- «Mitteilungspflichten von Kindergeldempfänger» (Deberes de comunicación de los receptores del subsidio por hijos). OLG Stuttgart. Sentencia del 25 de julio de 1985, pp. 1767-1769.
- «Unzulässige Entziehung der Fahrerlaubnis» (Retirada no permitida del permiso de conducir). LG Wuppertal. Sentencia del 30 de enero de 1986, p. 1769.
- «Kein Entzug der Fahrerlaubnis wegen Trunkenheitsfahrt mit dem Fahrrad» (No se retira el permiso de conducir por conducir bebido una bicicleta). LG Mainz. Resolución del 18 de junio de 1985, p. 1769.
- «Annahme des Aussagenotstandes» (Admisión del estado de necesidad en la declaración). OLG Düsseldorf. Resolución del 19 de febrero de 1986, p. 1822.
- «Führen eines Kfz» (Conducción de un automóvil). Bay-ObLG. Resolución del 17 de febrero de 1986, pp. 1822-1825.
- «Parteifinanzierung durch Spenden an Staatsbürgerliche Vereinigung» (Financiación de un partido a través de donativos a una asociación de ciudadanos). LG Hamburg. Sentencia del 6 de marzo de 1986, pp. 1885-1887.
- «Unzulässige Revision» (Revisión improcedente). OLG Düsseldorf. Resolución del 26 de septiembre de 1985, p. 1887.
- «Berücksichtigung der Religion eines Strafgefangenen» (Toma en consideración de la religión de un preso). OLG Koblenz. Resolución del 2 de octubre de 1985, pp.
- «Lehrerpflichten bei Klassenausflug» (Deberes del profesor en una excursión escolar). OLG Köln. Sentencia del 29 de octubre de 1985, pp. 1947-1948.

- «Verbotsirrtum bei Fahrerflucht» (Error de prohibición en la fuga de un conductor). OLG Düsseldorf. Resolución del 10 de diciembre de 1985, p. 2001.
- «Einleitung von Abwasser durch Restaurationsschiff» (Vertido de aguas residuales por un barco-restaurante). OLG Köln. Sentencia del 26 de noviembre de 1985, pp. 2002.
- «Hausfriedensbruch in städtischen Tiefgarage» (Allanamiento de morada en un garage subterráneo municipal). Bay-OBLG. Sentencia del 28 de febrero de 1986, p. 2065.
- «Vorfahrtrechtsverlust bei Fahren auf falschem Radweg» (Pérdida del derecho de preferencia de paso cuando se circula por un carril de bicicletas que no es el debido). OLG Celle. Resolución del 4 de abril de 1985, pp. 2065-2066.
- «Beschädigung eines Rettungsfahrzeuges» (Daños en un vehículo de salvamento). OLG Düsseldorf. Sentencia del 10 de diciembre de 1985, pp. 2122-2124.
- «Fortdaumde Unterlassung der Überwachung der Beladung» (Omisión continuada de la supervisión de la operación de carga). Bay-OBLG. Resolución del 29 de agosto de 1985, p. 2124.
- «Immunität eines Sonderbotschafters. Fall Tabatabai» (Inmunidad de un embajador especial. Caso Tabatabai). OLG Düsseldorf. Resolución del 20 de marzo de 1986, pp. 2204-2205.
- «Vollendung des Diebstahls im Selbstbedienungsladen» (Consumación del hurto en tiendas de autoservicio). OLG Düsseldorf. Resolución del 3 de agosto de 1985, p. 2266.
- «Umweltgefährdung durch Silagesaft» (Puesta en peligro del medio ambiente por los rezumes del grano almacenado en un silo). OLG Celle. Sentencia del 11 de febrero de 1986, pp. 2326-2328.
- «Auswirkung schwieriger Lebenssituation» (Repercusiones de una situación vital difícil). OLG Köln. Sentencia del 21 de mayo de 1985, p. 2328.
- «Begründung der Strafzumessung» (Fundamentación de la determinación de la pena). OLG Köln. Resolución del 25 de noviembre de 1985, pp. 2328-2329.
- «Einnahme von Lexotanil» (Ingestión de lexotanil). OLG Celle. Sentencia del 2 de diciembre de 1985, pp. 2385-2386.
- «THC-Anteil im Cannabis-Harz» (Proporción de THC en la resina de cannabis). OLG Frankfurt, p. 2386.
- «Nötigung durch Sitzstreik» (Coacciones por medio de huelga en forma de sentada). OLG Köln. Sentencia del 22 de julio de 1986, pp. 2443-2445.
- «Nötigung durch Sitzstreik» (Coacciones por medio de huelga en forma de sentada). AG Schwäbisch Gmund. Sentencia del 12 de junio de 1986, pp. 2445-2446.
- «Beschimpfung der Bundeswehr» (Injurias al Ejército federal). OLG Düsseldorf. Sentencia del 17 de marzo de 1986, pp. 2518-2519.
- «Erschleichung von Mutterschaftsgeld» (Obtención fraudulenta de la subvención por maternidad). OLG Karlsruhe. Resolución del 30 de abril de 1986, pp. 2519-2520.
- «Schutz des Sozialgeheimnisses gegen Beschlagnahme» (Protección del secreto social frente a embargo). LG Braunschweig. Resolución del 13 de junio de 1986, pp. 2586-2587.
- «Missbräuchliche Benutzung einer Codekarte» (Utilización abusiva de una tarjeta codificada). OLG Schlesing. Resolución del 13 de junio de 1986, pp. 2652-2653.
- «Missbräuchliche Benutzung einer Codekarte» (Utilización abusiva de una tarjeta codificada). AG Stuttgart. Sentencia del 19 de febrero de 1986, p. 2653.

- «Untreue durch Einkäufe zu Repräsentationszwecken» (Gestión desleal consistente en la realización de compras con fines de representación). OLG Hamm. Resolución del 21 de junio de 1985, p. 2653.
- «Zulässige Überquerung einer Fahrstreifenbegrenzung» (Cruce permitido de la delimitación del carril de una calle o carretera). Bay-OBLG. Resolución del 30 de septiembre de 1985, pp. 2718-2719.
- «Unterbrechung der Verfolgungsverjährung; prozessualer Tatbegriff» (Interrupción de la prescripción de la persecución; concepto procesal de hecho). AG Gemünden. Sentencia del 20 de febrero de 1986, p. 2719.
- «Verwendung des Familiennamens des Lebensgefährten» (Utilización del apellido de la persona con que se convive maritalmente). OLG Celle. Sentencia del 8 de abril de 1986, pp. 2772-2773.
- «Strassenwerbung für die Scientology Church» (Publicidad callejera de la Scientology Church). OLG Hamburg. Resolución del 4 de marzo de 1986, p. 2841.
- «Verhältnis des Führens einer Waffe zur damit verübten Tötung» (Relación entre el porte de un arma y el homicidio ejecutado con ella). OLG Zweibrücken. Resolución del 12 de diciembre de 1985, pp. 2841-2842.
- «Tagessatzhöhe bei Strafgefangenen» (Cuantía de la cuota diaria en el caso de presos). Bay-OBLG. Resolución del 24 de abril de 1986, p. 2842.
- «Unwesentlicher Aufklärungsbeitrag des Angeklagten» (Contribución del acusado inessential para el esclarecimiento). OLG Köln. Sentencia del 17 de diciembre de 1985, pp. 2896-2897.
- «Sexualbezogenes Handeln der Beleidigung» (Actuación con connotaciones sexuales como injuria). OLG Zweibrücken. Resolución del 5 de julio de 1985, pp. 2960-2961.
- «Auskunftsersuchen der Steuerfahndung» (La solicitud de información de la inspección fiscal). OLG Hamm. Resolución del 4 de junio de 1985, pp. 2961-2962.
- «Auslieferung trotz Einbürgerungsauftrag» (Extradición a pesar de solicitud de nacionalización). OLG Karlsruhe. Resolución del 5 de marzo de 1986, pp. 3035-3036.
- «Gefahr ausländischer Strafverfolgung» (Peligro de persecución penal extranjera). LG Freiburg. Resolución del 16 de diciembre de 1985, pp. 3036-3037.
- «Unzulässige Kenntnisgabe vom Inhalt beschlagnahmter Unterlagen an Dritte» (Ilícita puesta en conocimiento de un tercero del contenido de documentos incautados). OLG Koblenz. Resolución del 30 de mayo de 1986, pp. 3093-3096.
- «Kombination von Urlaub und Ausgang» (Combinación de vacaciones y salida). OLG Hamm. Resolución del 22 de agosto de 1985, p. 3096.
- «Anforderungen an schriftliche Begründung einer Disziplinarmaßnahme» (Exigencia de fundamentación por escrito de una medida disciplinaria). OLG Hamm. Resolución del 23 de diciembre de 1985, p. 3096.
- «Anlassen des Motors bei Trunkenheit» (Puesta en marcha del motor en estado de embriaguez). AG Freiburg. Sentencia del 26 de febrero de 1986, pp. 3151-3153.
- «Hin —und Herfahren innerhalb einer Ortschaft» (Conducción reiterada de un vehículo de un lado a otro en una población). AG Cochem. Sentencia del 3 de febrero de 1986, pp. 3218-3219.
- «Aussetzung lebenslanger Freiheitsstrafe» (Suspensión de pena privativa de libertad perpetua). OLG Hamm. Resolución del 13 de enero de 1986, p. 3219.

HERZBERG, Rolf-Dietrich: «Der Fall Hackethal: Strafbare Tötung auf Verlangen?» (El caso Hackethal: ¿homicidio punible a petición de la víctima?), pp. 1635-1644.

Herzberg realiza un interesante estudio partiendo de un caso que los medios de comunicación alemanes han aireado con todo detalle en aquel país. Por el interés del mismo reproduzco aquí el supuesto de hecho para después exponer brevemente la opinión del catedrático de Bochum, sin olvidar nunca en este contexto que en la República Federal de Alemania no existe un tipo penal equivalente al artículo 409 del CP que castigue la inducción y el auxilio al suicidio (es decir, la participación en un suicidio), sino sólo el § 216, *StGB*, que castiga con una pena relativamente baja (privación de libertad de seis meses a cinco años) al que mata a otro determinado por la petición expresa y sería de la víctima, es decir que recoge un caso de homicidio consentido u homicidio-suicidio (un caso, no cualquiera), en definitiva una conducta de autoría en la muerte de otro. El caso fue el siguiente: la señora E sufría un cáncer incurable en la cara que le producía impedimentos y sufrimientos horribles, con los cuales quería acabar mediante la muerte. Desde casa pidió al profesor Hackethal que la ayudara a morir. Estando éste de acuerdo, la señora E fue el 16 de abril de 1984 a la clínica dirigida por Hackethal, acompañada por su amiga K y su conocido, el doctor E. Se acordó que el 18 de abril tomaría allí un veneno de acción rápida y moriría. La señora E dejó claro con su firma en un llamado «testamento del paciente» que, una vez perdido el conocimiento, no quería ser reanimada. El profesor Hackethal obtuvo de su conocido A un veneno que la señora E debería tomar mezclado con agua. Como sus impedimentos hacían a E difícil beber por sí misma, se entrenó con agua pura en presencia y bajo la dirección del profesor Hackethal. El día 18 éste dio al doctor E el veneno, explicándole en qué proporción debía mezclarse con el agua y enviándole a la habitación de la clínica donde esperaba la señora E con su amiga K. Esta última cogió el veneno y lo mezcló con agua, pasándole el vaso a la enferma, a la vez que la rodeaba con su brazo. La señora E bebió todo el contenido del vaso y murió un cuarto de hora después. El profesor Hackethal permaneció durante todo el suceso en su despacho. La Fiscalía presenta acusación en el *LG Traunstein* contra el profesor Hackethal como autor de homicidio a petición de la víctima (§ 216, *StGB*) y contra A, el doctor E y la señora K como cómplices en ese mismo delito.

Herzberg parte de la base de que para que esa calificación fuera correcta sería necesario que la conducta del profesor Hackethal fuera de autoría, es decir que él mismo hubiera matado a la víctima (si bien a petición suya). Si, por el contrario, la acción de matar fue realizada por la propia señora E, es decir, si ésta se suicidó, sólo cabría hablar de participación en el suicidio, impune en Alemania, por la propia falta de antijuridicidad penal del suicidio (en España, la participación en el suicidio se castiga automáticamente en el art. 409 del CP); el que la conducta de dar un veneno a la víctima que ésta toma libre y responsablemente sea impune, y sin embargo el disparar contra la víctima a petición expresa y sería de ésta no lo sea, le parece a Herzberg no una filigrana jurídica, sino una consecuencia lógica de una correcta valoración de los hechos (si bien el establecer fronteras es a veces una tarea dolorosa). Pero además señala el autor del artículo que incluso cuando una conducta puede ser calificada como constitutiva de autoría de homicidio a petición de otro, tal conducta podría estar justificada o disculpada, como cualquier hecho, y especialmente si se trata de un comportamiento omisivo.

Analiza entonces Herberg si nos encontramos ante un caso de autoría mediata activa o de coautoría activa, negando ambas posibilidades partiendo de la teoría del dominio del hecho, que él considera correcto, aunque discutiendo las fundamentaciones y conclusiones de algunos de sus partidarios en este tema y rechazando la argumentación del fiscal en el caso analizado. Para Herzberg, ni E actúa como instrumento no libre ni Hackethal domina el hecho y, menos aún, interviene en la ejecución del mismo. Inmediatamente después se plantea Herzberg si estamos ante un caso de autoría omisiva (comisión por omisión) por existir un deber médico de garantía; también esta posibilidad es negada por el autor que, con matizaciones personales, acepta que existe autoría omisiva no basada en el dominio del hecho, sino en la posición de garante, pero que niega que tal posición concurriera en el profesor Hackethal, pues la relación médico-paciente no da origen a una posición de garante perpetua para el médico y aquí la señora E nunca se puso en manos del médico (profesor Hackethal) para que éste salvara su vida, sino desde un principio para que la ayudara a morir y aquél por tanto nunca tomó bajo su tutela o protección la vida de la muerta, requisito necesario para considerarlo garante de la misma. (Sobre la supuesta posición de garantía de los médicos y su alcance muy interesante me parece el artículo de Silva Sánchez «La responsabilidad penal del médico por omisión», en *La Ley* 1632 [23-I-87], 1-6, en concreto sobre el suicidio, 4-5.) Pero aunque por cualquier vía afirmaremos la autoría del profesor Hackethal, habría que decir que su actuación estaría justificada por el § 34, *StGB* (el llamado estado de necesidad justificante) y sería por ello impune, en opinión de Herzberg (y esto es, según él, algo que se olvida a menudo: el hecho de que una acción de matar a petición de otro sea de autoría no excluye que pueda estar justificada o disculpada por causas distintas del consentimiento de la víctima que sólo juega en el § 216 como causa de disminución del injusto y no de exclusión del mismo). La razón radicaría en que la terminación con los dolores y sufrimientos físicos y psíquicos del enfermo pesaría excepcionalmente más en una ponderación de intereses que el valor de una vida que el propio enfermo considera como pura fuente de sufrimientos con la que quiere acabar. Herzberg hace hincapié en que este menor valor viene dado por el consentimiento y el concepto que el enfermo tiene de su propia vida, pues, si tal consentimiento no existe, la vida del enfermo, por penosa que sea, nunca podrá pesar menos que la liberación del sufrimiento. Ahora bien, si el propio profesor hubiera disparado una bala, por ejemplo, ya no habría la misma justificación, por no tratarse de un «medio proporcionado» (con lo cual se estaría respetando, más que la ponderación de intereses, los tabúes tácitos existentes). Esto es correcto para Herzberg pues así se justificarían sólo los casos que, aunque se califiquen de autoría, en realidad son de participación o están en el límite entre ambas calificaciones (no otros, como el de disparar, que son claramente de autoría. Sin embargo, casos como el del médico que inyecta el veneno al paciente a petición suya y por imposibilidad de éste de hacerlo podrían estar justificados). En definitiva, lo ideal sería que lo que en realidad es participación en un suicidio (caso planteado) no se transforme en autoría ficticiamente y así no sea necesario acudir a la justificación. Pero tampoco es lícito acudir a lo que, en opinión de Herzberg, hace a menudo la doctrina: hablar de participación allí donde en realidad hay autoría para evitar el castigo: la impunidad habrá de venir, si es posible, entonces sólo de la justificación o la exclusión de la culpabilidad.

Por último, Herzberg hace unas amplias consideraciones generales sobre la «ayuda a la muerte» (*Sterbehilfe*) que son de interés, igual que lo que aquí hemos expuesto (sin ocultar, claro está, lo discutible de muchas de las soluciones de Herzberg). Citaremos

sólo los títulos de los epígrafes que el autor dedica a estas consideraciones generales, para no hacer aún más larga esta crónica: 1) ¿La vida como valor jurídico absoluto?, 2) El argumento del peligro de abuso, 3) ¿Cambio legislativo?, 4) ¿Relativización socialmente inadmisibles de la protección de la vida? y 5) El punto de vista psicológico social. ¿Tabú o fundamentación moral de la prohibición de la ayuda a la muerte?

ISENSEE, Josef: «Abtreibung als Leistungstatbestand der Sozialversicherung und der gundgesetzliche Schutz des ungeborenden Lebens» (El aborto como supuesto de hecho de las prestaciones de la Seguridad Social y la protección constitucional de la vida no nacida), pp. 1645-1651.

No estamos ante un artículo de contenido penal, pero podría justificarse aquí su mención, por lo que en él se contiene de distinción entre lo penalmente antijurídico, lo que es antijurídico en otras «ramas» del Derecho y la influencia de lo primero en lo segundo.

HOERSTER, Norbert: «Rechtsethische Überlegungen zur Freigabe der Sterbehilfe» (Reflexiones etico-jurídicas acerca de la permisión de la ayuda a la muerte), pp. 1786-1792.

Se trata de una colaboración al tema de la sección de Derecho Penal de la LVI Asamblea de Juristas (Deutscher Juristentag). En el artículo se aconseja el estudio del tema de la ayuda a la muerte de enfermos incurables sin desligarlo del marco más amplio de la protección de la vida humana y así, desde una perspectiva etico-jurídica, se analizan aspectos como la «indisponibilidad» de la vida humana, la vida humana como bien individual, el consentimiento de la víctima y las que el autor llama restricciones paternalistas de la autodeterminación. A continuación intenta el autor sacar de lo anterior unas consecuencias para la regulación de la ayuda a la muerte, tomando posición, frente a las consideraciones etico-jurídicas realizadas, entre otros, por Otto y por Herzberg en el artículo reseñado ampliamente más arriba y frente a los motivos que habitualmente se citan para justificar, no sólo de *lege lata*, sino también de *lege ferenda*, el castigo de la llamada ayuda a la muerte. Por fin, Hoerster hace una propuesta para reformar el actual § 216, *StGB*, que quedaría como sigue: «§ 216. Homicidio consentido. (1) El consentimiento de quien se deja matar no excluye la antijuridicidad, a no ser que éste sufra una enfermedad que, según juicio médico, sea incurable y afecte a su vida posterior de tal modo que ésta no aparezca según los criterios habituales ya como digna de ser vivida. (2) El homicidio no justificado pese al consentimiento del que muere será castigado con pena privativa de libertad de seis meses a cinco años. (3) La tentativa es punible.»

ACHENBACH, Hans: «Das Zweite Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität» (La Segunda Ley de represión de la criminalidad económica), pp. 1845-1841.

Achenbach explica el proceso de elaboración de esta ley aprobada el 15 de mayo de 1986 y que entra en vigor el 1 de agosto de 1986 (es decir, pocos días después de

la publicación de este artículo en la *NJW*) y expone su contenido, con referencia especial, entre otras cosas, a las ampliaciones realizadas para la lucha contra la criminalidad en el campo de los computadores, eurocheques, cheques y tarjetas de crédito.

TIEDEMANN, Klaus: «Die strafrechtliche Vertreter- und Unternehmenshaftung» (La responsabilidad penal del representante y de la empresa), pp. 1842-1846.

Este artículo recoge, ampliado con notas a pie de página, el texto de la conferencia que Tiedemann pronunció en un coloquio de Derecho Penal comparado en Marbella el 25 de abril de 1986 y en la que explicaba la ampliación de la responsabilidad mencionada en el título operada por la Segunda Ley de represión de la criminalidad económica, ampliación que el autor considera en ciertos puntos insuficiente y falta de claridad conceptual.

DEUTSCH, Erwin: «Des Menschen Vater und Mutter. Die Künstliche Befruchtung beim Menschen. Zulässigkeit und zivilrechtliche Folgen» (Padre y madre del hombre. La fecundación artificial en el ser humano. Admisibilidad y consecuencias jurídico-civiles), pp. 1971-1975.

Aunque el contenido del trabajo está eminentemente referido al Derecho civil, las alusiones al Derecho Penal son frecuentes y justifican su recogida aquí.

WEIDEMANN, Jürgen: «Erstellen fingierter Fremdkostenbelege durch den faktischen Betriebsinhaber: Urkundenfälschung?» (El suministro de justificantes fingidos de gastos a terceros por el titular de hecho de una empresa: ¿falsificación de documentos?), pp. 1976-1978.

AMELUNG, Kunt: «Bemerkungen zum Schutz des "befriedeten Besitzums" in § 123, StGB» (Observaciones acerca de la protección de la "posesión pacífica" en el § 123, StGB), pp. 2075-2082.

Amelung investiga en la historia del Derecho y de las ideas en lo relativo al § 123, *StGB* (allanamiento de morada), buscando una interpretación del concepto de «posesión pacífica» contenido en el mismo y una solución a los problemas concretos que plantea, desde la protección de plazas de aparcamiento a la ocupación de casas.

HUBER, Bertold: «Die Entwicklung des Ausländer- und Arbeitserlaubnisrecht im Jahre 1985» (El desarrollo del Derecho de extranjeros y permisos de trabajo en el año 1985), pp. 2150-2160.

Trabajo similar al publicado por el autor para el año 1984 en *NJW 1985*, páginas 2061-2071 (recogido por mí en *ADPCP 1986*, p. 349), con interés penal en lo relativo a expulsión de extranjeros y derecho de asilo.

MANN, F. A.: «Strafverfahren gegen einen völkerrechtswidrig Entführten» (Proceso penal contra un secuestrado en contra de las reglas del Derecho de gentes), pp. 2167-2668.

MEINBERG, Volker: «Amtsträgerstrafbarkeit bei Umweltbehörden» (Punibilidad de quienes ejercen cargos públicos, en el caso de las autoridades del medio ambiente), pp. 2220-2228.

El tema de la punición de los funcionarios y autoridades por sus actuaciones respecto a bienes de los protegidos por el Derecho Penal del medio ambiente no presenta demasiadas complicaciones cuando las agresiones a esos bienes se producen en o por instalaciones públicas (talleres, centrales, etc.), pues en tal caso el funcionario que dirige tales instalaciones es el destinatario directo de las normas de los §§ 324 y ss., *StBG* (utilizando, cuando sea necesario el § 14, relativo al actuar por otro). El problema se produce en el caso de los funcionarios encargados de otorgar permisos y los encargados de la supervisión de actividades que pueden afectar al medio ambiente, pues en la práctica el castigo es difícil por dos razones: la amplitud del margen de decisión de esos funcionarios, que hace poco controlable su actuación y sus resoluciones, y, en segundo lugar, la dificultad de probar el aspecto subjetivo en estas infracciones. El autor opina además que hoy por hoy no se puede exigir una mayor responsabilidad penal, para lo que sería necesario que la ecología tomara de verdad carta de naturaleza en el sistema público de valores y que las autoridades de *administración* del medio ambiente se definieran claramente como autoridades de *protección* del medio ambiente. Sólo entonces se podría acudir a la última ratio del Derecho Penal para garantizar esta función.

KLUTH, Winfried: «Indikationsfeststellung und ärztlicher Beurteilungsspielraum» (Apreciación de la indicación y margen médico de apreciación), pp. 2348-2350.

A menudo se dice que la indicación social se utiliza abusivamente para hacer posibles abortos legales. Esto se relaciona con la posibilidad de dejar una relativamente libre apreciación de la indicación por los médicos. En el tema ha entrado recientemente una sentencia de la sexta sala civil del BGH de 9 de julio de 1985. Kluth estudia las exigencias constitucionales respecto al proceso para determinar la concurrencia o no de una indicación y llega a la conclusión de que no debe considerarse lícito un margen de apreciación (espacio de juego —*Spielraum*—) para el médico.

EISENBERG, Ulrich: «Zur Frage der sachlichen Zuständigkeit des Jugendsschöfengerichts bei Anordnung der Unterbringung» (Acerca de la cuestión de la competencia fáctica del Tribunal de escabinos de menores para ordenar el internamiento), pp. 2408-2411.

JANKNECNT, Hans: «Sitzstreik als Nötigung?» (¿Huelga en forma de sentada como coacciones?), pp. 2411-2412.

HERZBERG, Dietrich: «Beendeter oder unbeendeter Versuch: Kritisches zur neuen Unterscheidung des BGH» (Tentativa acabada o inacabada: observaciones críticas a la nueva distinción del BGH), pp. 2467-2471.

De la mano de seis ejemplos, el catedrático de Bochum se adentra en el difícil campo de la distinción entre tentativa inacabada y tentativa acabada (parcialmente coincidentes con nuestras tentativa y frustración) para criticar la nueva postura jurisprudencial, del BGH, al respecto. El caso puede ser el de quien dispara a otro un tiro a la cabeza y lo considera como no mortal y entonces deja de disparar (omite simplemente seguir disparando). Si se considera que aquí hay tentativa inacabada cabrá desistimiento; si no, no. Este Tribunal intenta sustituir su antiguo criterio del plan del autor por el de la «esperanza del resultado por parte del autor tras la terminación de su actuación» (*Erfolgserwartung des Täters nach Abschluss seines Handelns*). Piensa el autor que el criterio no es concluyente en sí y sobre todo es insostenible este criterio en casos en que el sujeto actúa con dolo condicionado. Para Herzberg la solución correcta sólo puede venir dada por la consideración de que hay tentativa acabada y, por tanto, no cabe desistimiento.

TIEDEMANN, Klaus: «Das Parteifinanzierungsgesetz als strafrechtliche *lex mitior*» (La ley de financiación a los partidos como *lex mitior* penal), pp. 2475-2479.

KISKALT, Hans: «Helm ab zum Gebet» (Quitense el caso para la oración), pp. 2479-2480.

El autor reflexiona sobre la constitucionalidad, en concreto sobre la adecuación a la libertad de cultos y creencias, de la voz de mando «Descúbranse para la oración» y la música militar con letra religiosa que la acompaña en el ceremonial del *Grosser Zapfenstreich* (*Gran retreta*). Estudia, por tanto, si un soldado puede permanecer cubierto tras esa orden sin que se le castigue por desobediencia según las leyes militares y, posteriormente, afirmando la impunidad del soldado, si quien da la orden puede ser castigado según el § 32 de la Ley penal militar (*WStG*) por abuso de la potestad de dar órdenes para fines ilícitos.

WEBER, Reinhold: «Nachweis der Kausalität zwischen Nichtanschnallen des Kraftfahrzeuginsassen und dessen Verletzung» (prueba de la causalidad entre el hecho de no ponerse el cinturón de seguridad el ocupante de un vehículo y su lesión), pp. 2667-2676.

TAUPITZ, Jochen: «Rechtliche Bindungen des Arztes: Erscheinungsweisen, Funktionen, Sanktionen» (Vinculaciones jurídicas del médico: formas de aparición, funciones, sanciones), pp. 2851-2861.

Es éste un artículo que recogemos pese a no ser su contenido penal, por las evidentes conexiones que alguno de los temas que el autor plantea guardan con el Derecho Penal (por ejemplo, responsabilidad civil derivado de delito).

FORSTER, Balduin; RENGIER, Rudolf: «Alkoholbedingte Schuldunfähigkeit und Rauschbegriff des § 323), StGB aus medizinischer und juristischer Sicht» (Incapacidad de culpabilidad y concepto de embriaguez del § 323 a), StGB, desde un punto de vista médico y jurídico), pp. 2869-2872.

«Embriaguez completa. 1) Será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con multa el que dolosa o imprudentemente se coloque en una situación de embriaguez mediante la ingestión de bebidas alcohólicas u otros medios embriagadores, cuando cometa en ese estado un hecho antijurídico y no pueda ser castigado por él porque era incapaz de culpabilidad a consecuencia de la embriaguez o porque esto no puede excluirse. 2) La pena no podrá ser más grave que la que correspondería al hecho cometido en estado de embriaguez. 3) ...» Los autores del artículo intentan una definición interdisciplinaria de lo que sea embriaguez que dé solución satisfactoria, tanto médica como jurídicamente, a alguno de los problemas que plantea el § 323 a), StGB, que acabamos de traducir. La propuesta que realizan es la siguiente: «Embriaguez es un estado de intoxicación considerable y agudo causado por bebidas alcohólicas o/y otros medios embriagadores, que por sí sólo (o mediante la concurrencia de factores adicionales) hace disminuir al menos de manera relevante la capacidad de entendimiento o de control (en relación con el hecho cometido en este estado).»

SCHRADER, Henning: «Der Begriff "Vertrieb von Betäubungsmitteln" und das Bestimmtheitsgebot» (El concepto «distribución de estupefacientes» y el mandato de certeza), pp. 2874-2876.

El § 6, 5 del StGB incluye entre los casos en los que es aplicable el Derecho Penal alemán independientemente del lugar de comisión del delito, y en virtud de tratarse de bienes jurídicos internacionalmente protegidos, la distribución (*Vertrieb*) ilícita de estupefacientes. Como en ningún sitio está definido qué ha de entenderse por distribución, han surgido diferentes interpretaciones, criticadas por el autor del artículo, que a su vez plantea la contrariedad del precepto en cuestión al mandato de legalidad y certeza o precisión de los tipos penales contenidos en el § 1 del StGB y en el artículo 103, II GG (*Ley Fundamental, Constitución de la República Federal de Alemania*).

RANFT, Otfried: «Die Rechtsprechung zum sog. Subventionsbetrug [§ 264, StGB] Eine kritische Bestandsaufnahme» (La jurisprudencia relativa a la llamada estafa de subvención [§ 264, StGB]. Un inventario crítico), pp. 3163-3174.

La interpretación del § 264 del StGB y su relación con los preceptos correspondientes de la Ley de subvenciones (*Subventionsgesetz*) plantean numerosos problemas a la jurisprudencia. El autor del artículo selecciona los principales y comenta críticamente las soluciones jurisprudenciales.

Excepcionalmente y debido a lo candente (hoy en Alemania y probablemente pronto en España) del tema penal tratado, recogemos en esta ocasión la noticia de la celebración de la LVI Asamblea Alemana de Juristas (*Deutscher Juristentag*) entre los días 9

y 12 de septiembre de 1986 en Berlín, de la cual nos informa la *NJW* en este volumen, páginas 3063-3075. En la sección penal se discutió el tema de la «ayuda a la muerte» (*Sterbehilfe*). Del contenido de la discusión sobre el mismo tenemos un resumen en las páginas 3065-3066, y de las resoluciones acordadas, en las páginas 3073-3074, con el resultado de las votaciones por las que se aprobó cada resolución, dividido todo ello en cuatro grandes apartados de relevante interés: I) Generalidades, II) Regulación legal de la ayuda a la muerte, III) «Testamento del paciente» y «abogado del paciente» y IV) Participación en el suicidio de otro.

MIGUEL DÍAZ Y GARCÍA

Encargado de Curso de Derecho Penal. Universidad de León

NOTICARIO

CONGRESO INTERNACIONAL DE CRIMINOLOGIA

Como resultado de la reunión de la Comisión Científica y del Consejo de Dirección de la «Sociedad Internacional de Criminología», el viernes 29 y el sábado, 30 de mayo, en París, se ha decidido que el próximo *Congreso Internacional de Criminología* se celebre en Hamburgo, del 4 al 9 de septiembre de 1988, sobre el tema **Perspectivas de la Criminología: desafíos de la criminalidad y estrategias de acción.**

Los aspectos administrativos y financieros corren a cargo del Secretario General de la Sociedad, Georges PICCA. El Comité Local está formado por los Profesores SESSAR y SACK como Presidentes, con los Profesores KRÜGER, PONGRATZ y VILLMOW. El Profesor KERNER actuará de coordinador entre el Comité Local y la Sociedad Internacional de Criminología.

Los temas de las sesiones plenarias (con traducción simultánea) son:

Lunes: «Criminología y ciencias humanas» (Criminologie et sciences humaines - Criminology and Sciences of Man).

Martes: «Violencia y carreras criminales» (Délinquants violents et persistants - Violence and Criminal Careers).

Miércoles: «Criminalidad y abuso de poder» (Criminalité et abus de pouvoir - Crime and Abuses of Power).

Jueves: «Crisis de la pena: perspectivas de futuro» (Crise de la peine: significations et perspectives - Crisis of Penal Sanctions: New Perspectives).

Otras reuniones se realizarán a las tardes (sin traducción simultánea) sobre los temas siguientes:

1. «Investigación sobre la policía» (Recherches sur la police - Police Research).
2. «Perspectivas feministas en Criminología» (Participation et intégration des femmes dans la recherche criminologique - Feminist Perspectives in Criminology).
3. «Historia social del crimen y de la sanción» (Crime et sanctions comme éléments de l'histoire sociale - Social History of Crime and Punishment).
4. «Victimología y victimación» (Victimologie et victimisation - Victimology and Victimization).
5. «Alcohol, drogas y control criminal» (Alcool, drogues et contrôle du crime - Alcohol, Drugs and Crime Control).
6. «Criminalidad profesional y organizada» (Criminalité professionnelle et organisée - Organised and Professional Crime).
7. «Nuevas dimensiones de la criminalidad transnacional» (Nouvelles dimensions de la criminalité transnationale - Developments in Transnational Crime).
8. «Filosofía del control criminal» (Philosophies de la prévention du crime - Philosophies of Crime Control).
9. «Medios de comunicación, crimen y opinión pública» (Médias, crime et opinion publique - Media, Crime and Public Opinion).

10. «Privatización del sistema penal» (Privatisation du système pénal-Privatisation of the Criminal Justice).

11. «Delincuencia juvenil y justicia de menores» (Criminalité juvénile et justice des mineurs - Juvenile Crime and Juvenile Justice).

12. «Estadística en Criminología» (Méthodes et moyens de mesure en criminologie - Methods and Measurement in Criminology).

La preparación de cada uno de estos temas y la dirección de la reunión correspondiente será confiada a un especialista con un grupo de penalistas. Estas reuniones se desarrollarán en la Universidad de Hamburgo.

El Congreso se celebrará en el **Hamburg Congress Center** y en la Universidad de Hamburgo, que se encuentra muy próxima. Las lenguas oficiales del Congreso son: alemán, inglés, francés y castellano. Habrá traducción simultánea en las Sesiones Plenarias de la mañana, y para la discusión principal del Grupo respecto a los sub-temas, así como para las sesiones de apertura y clausura.

La ciudad de Hamburgo subvenciona probablemente con unos ciento cincuenta mil marcos los gastos del Congreso. La **German Research Foundation** (Fundación alemana de investigación), con sesenta mil marcos, y el Ministerio Federal de Justicia, de Bonn, con ciento cincuenta mil marcos. Se piensa que el precio de inscripción de los congresistas será alrededor de 350 DM. Se calcula que asistan unos 800 congresistas y 150 acompañantes. Estos, como los estudiantes, tendrán una matrícula especial.

El Congreso de Dirección ha señalado el Tribunal que ha de decidir en Hamburgo, durante el Congreso, el premio a Etienne DE GREEF, es decir, a la obra científica de un criminólogo de tendencia clínica. El Jurado está compuesto por Presidentes Honorarios de la «Sociedad Internacional de Criminología», de la Comisión Científica, y cuatro miembros del Consejo de Dirección: Tullio BANDINI, Antonio BERISTAIN, Christian DEBUYST y Katalin GONCZOL.

El Tribunal ha de entregar el 1.º de julio de 1988 la lista de los candidatos que señala el Tribunal o uno de sus miembros. El Tribunal decidirá el premio (por mayoría simple de votos) durante el Congreso en Hamburgo. Los miembros de la «Sociedad Internacional de Criminología» pueden comunicar a cualquiera de los miembros de este Tribunal el nombre de la persona que consideren deba optar a este premio.

La Dirección de la Sociedad Internacional de Criminología ha aceptado la dimisión presentada por el Profesor Manuel Cobo del Rosal como Delegado de la Sección Española, así como su deseo de que sea nombrado para sustituirle al Profesor Antonio García-Pablos de Molina. Agradecemos al Profesor Cobo del Rosal en nombre de todos los miembros de la «Sociedad Internacional de Criminología» por sus atinadas e inteligentes labores durante el período que ha sido Delegado de la Sección Española.

ANTONIO BERISTAIN

NUEVO CATEDRATICO DE DERECHO PENAL

Tras haber superado las pruebas de acceso al Cuerpo de Catedráticos de Universidad, ha obtenido la Cátedra de Derecho Penal D. Juan Terradillos Basoco, en la Universidad de Cádiz. Facultad de Derecho de Jerez.

INDICE

Págs.

SECCION DOCTRINAL

<i>La exigente de obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo</i> , por José Cerezo Mir	273
<i>Provocación al suicidio mediante engaño: un caso límite entre autoría mediata en asesinato e inducción y ayuda al suicidio</i> , por Francisco Muñoz Conde	301
<i>Revisión de algunos aspectos de los delitos contra la inviolabilidad del domicilio (art. 191 del Código Penal)</i> , por Emilio Octavio de Toledo y Ubieto	319
<i>La política sobre drogas en España, a la luz de las tendencias internacionales. Evolución reciente</i> , por José Luis Díez Ripollés	347
<i>El artículo 512 del Código Penal</i> , por Manuel Gallego Díaz	401

CRONICAS EXTRANJERAS

<i>El tipo subjetivo del delito imprudente</i> , por Iberhard Struensee .	423
---	-----

SECCION DE JURISPRUDENCIA

<i>Comentarios a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo</i> , por Jesús-María Silva Sánchez	451
<i>Jurisprudencia Constitucional</i> , por Antonio González-Cuéllar García	479
<i>El caso del diario «Egin»: Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 12 de diciembre de 1986</i> , por Javier Mira Benavent	505

SECCION DE BIBLIOGRAFIA

<i>Revista de libros</i>	529
<i>Revista de revistas</i>	537

NOTICIARIO

Congreso Internacional de Criminología	563
Nuevo Catedrático de Derecho penal	565

