

ANUARIO
DE
DERECHO PENAL
Y
CIENCIAS PENALES

TOMO XL
FASCICULO III



SEPT.-DICIEMBRE
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.^º

Profesor Titular de Derecho penal de la
Universidad Autónoma de Madrid

Secretario:

LUIS FELIPE RUIZ ANTON

Catedrático de Derecho Penal
de la Universidad de Extremadura

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.

Ultimo fascículo aparecido: Mayo-Agosto 1987.

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 III



SEPTIEMBRE-DICIEMBRE
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

H. de E. Minuesa, S. L.

Ronda de Toledo, 24 - 28005 Madrid

IN MEMORIAM

Semblanza política y penitenciaria de Victoria Kent

CARLOS GARCIA VALDES

Catedrático de Derecho Penal

El pasado día 25 de septiembre fallecía en Nueva York, a los 89 años de edad, Victoria Kent, una de las personalidades más relevantes que ha dado el siglo en España, y seguramente una de sus mujeres más entrañables. Su trayectoria vital e intelectual ha sido, indudablemente, simbólica para todos quienes, en nuestra historia reciente, hemos luchado por la democracia y las libertades, siendo su figura obligado punto de referencia para aquellos que —como era mi caso— nos preocupábamos por los problemas políticos desde perspectivas jurídicas.

En la España de 1974, con todos los problemas que la falta de libertad política generaba para el trabajo intelectual, difundí en la doctrina científica, a través de mi tesis doctoral, la obra y figura de Victoria Kent, en aquel momento ignoradas en la vida oficial española. En noviembre de 1978, inminente la aprobación de la Constitución, tuve el honor de presentar su libro «Cuatro años de mi vida», que la democracia española hacía posible publicar, más de treinta años después de ser escrito, como un símbolo en el proceso de recuperación de las libertades.

En todo momento he entendido, y así lo manifesté públicamente, que su figura encarnaba valores que creo de la mayor trascendencia para la convivencia en democracia y por ello pienso que, en el momento de su muerte, no cabe mejor homenaje que el de mantener vigente su trayectoria vital, su pensamiento, y su obra.

I

Un análisis, aún somero, de la biografía de Victoria Kent permite descubrir en ella los rasgos que la caracterizaron como una mujer verdaderamente excepcional, puestos de manifiesto en los tres grandes compromisos vitales que ella asumió: la liberación de la mujer, la lucha por las libertades políticas y la reforma penitenciaria.

Nacida en Málaga en 1898, vive en esta ciudad su infancia y juventud hasta que, finalizados sus estudios de grado medio, decide marchar a Madrid para cursar la enseñanza universitaria, resolución que, en aquella sociedad de comienzos de siglo suponía un reto por la igualdad de los sexos, reto que ella afronta con éxito al licenciarse en Derecho por la Universidad Central de Madrid y comenzar a ejercer como abogada, siendo la primera mujer dada de alta en el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid.

Fue elegida Diputada en 1931 y 1936, y su actividad pública como abogada y como mujer que asumía la defensa de las libertades públicas y las reivindicaciones sociales motivaron que, en 1931, fuera designada por el primer Gobierno de la República Director General de Prisiones, cargo en el que realizó una emprendedora política de reforma penitenciaria, guiada por las ideas fundamentales de humanizar las prisiones y modernizar el sistema penitenciario.

A mediados de 1937, fue enviada a la Embajada española en París, para hacerse cargo de los hijos de los españoles perseguidos por el nazismo o enviados a los campos de concentración. Pronto figura en las «listas negras» del régimen de Vichy y tiene que pasar a la clandestinidad en ese París ocupado, primero en la Embajada de México (1940) y, posteriormente, en una vivienda cercana al Bois de Boulogne, exilio cruel que ella relata en su libro «Cuatro años de mi vida», escrito en 1947 y que en España no fue publicado, como ya he señalado, sino hasta 1978.

En 1945 marcha a México, donde desarrolla una intensa actividad intelectual, dictando conferencias en la Academia Mexicana de Ciencias Penales, enseñando Derecho Penal en la Universidad, y fundando (1949) e impulsando la Escuela de Capacitación del Personal de Prisiones y Establecimientos Similares. Su dedicación al estudio de los problemas del sistema penal, y particularmente del penitenciario la llevan también, en su exilio, a Argentina, donde colabora con su maestro en España, Jiménez de Asúa. La culminación personal de esta trayectoria fuera de España llegó en 1950, cuando la Sección de Defensa Social de la ONU la contrata para trabajar en Nueva York en torno al problema de las cárceles de mujeres en el mundo.

Pese a desarrollar esa incesante actividad en el continente americano, Victoria Kent seguía sintiendo una viva preocupación por los problemas de España. Plasmación de ese interés fue la creación, en 1954, junto a Salvador de Madariaga, de la revista «Ibérica», foro abierto a la discusión sobre España desde fuera de España, y en el que podían expresarse todos quienes no podían hacerlo en su interior. Victoria Kent dirigió esa revista hasta la muerte de Franco, en 1975.

Esa fecha resulta —como para tantos españoles— trascendental también para Victoria Kent. El cambio político posibilita que, tras treinta y ocho años de exilio, volviera a España, en 1977, y que pasara, de la persecución, al reconocimiento de las instituciones. Prueba de ese reconocimiento fue la concesión, en 1986, por el Ministerio de Justicia, de la Gran Cruz de la Orden de San Raimundo de Peñafort.

El final de su vida transcurrió de nuevo en Nueva York, en la casa

de su amiga hispanista, Louise Crane, donde su estado de salud fue agravándose paulatinamente. Primero, hace un año, una fractura de cadera la condenaba a la silla de ruedas, después, una hemiplejía fue motivo de hospitalización durante seis semanas. En ese mismo Hospital de Lennox Hills, en Nueva York, hace escasos días, un paro cardíaco nos ha arrebatado a Victoria Kent.

II

En la vida política de la Segunda República tuvieron las mujeres un destacado papel. Federica Monseny, Margarita Nelken, Dolores Ibárruri o Clara Campoamor son figuras que, junto a la de Victoria Kent, muestran cómo la actividad política y la liberación de la mujer se entendieron ya entonces complementarias.

El feminismo de Victoria Kent fue posiblemente el más comprometido de todos los que esas mujeres propugnaron, porque no se satisfacía con gestos simbólicos, sino que para ello exigía una plena integración con la defensa de las libertas públicas. Victoria Kent no fue, así, menos feminista por oponerse (en célebre pugna dialéctica con Clara Campoamor) a la introducción del voto femenino en la Constitución, pues ella consideraba que ese voto suponía una potencial amenaza para los intereses de la República, al ser más manejable por ideologías escasamente leales a ésta. Fue, en cambio, feminista plena por defender, con su propio ejemplo, la valía de la mujer en la asunción de responsabilidades públicas.

Así, desempeñó en la vida social de aquella España tareas que tradicionalmente habían estado vetadas a la condición femenina, pertenecientes a los ámbitos profesionales más diversos.

En esa trayectoria es particularmente destacable la actividad desarrollada como abogado, en la que llegó a actuar incluso ante el Tribunal Supremo, en la célebre defensa que realizó de Alvaro de Albornoz, miembro del Comité Revolucionario Republicano, detenido y procesado a raíz de la sublevación de Jaca. Del mismo modo, merece recordarse ahora su actividad estrictamente política, que le llevó, entre otras tantas dedicaciones, a representar a España en el Congreso Internacional de Cooperativas, celebrado en Londres en julio de 1933; a participar en abril de 1934 en la Asamblea de creación de Izquierda Republicana; o a formar parte, también en 1934, del Comité Nacional de Mujeres Antifascistas.

Aún en el exilio, Victoria Kent no dejó de participar activamente en la vida pública española, si bien de manera indirecta. Ya he hecho referencia, en este sentido, a la meritoria tarea de fundación y dirección —durante más de veinte años— de la revista «Ibérica», de tanta trascendencia en aquellos años para el pensamiento libre español.

III

Sin menoscabo de todo ello, la más valiosa dedicación de Victoria Kent a la vida política española, y también a su personal lucha por la

liberación de la mujer, fue sin duda el desempeño de la Dirección General de Prisiones en el primer Gobierno de la República.

Este aspecto de su vida resulta uno de los más conocidos, por cuanto ella misma tuvo ocasión de reseñarlo por escrito en alguna ocasión (así, sus artículos «Una experiencia penitenciaria» en la revista *Tiempo de Historia*, o «La reforma carcelaria republicana», en *Historia 16*). Sabemos así que, designada directamente por Alcalá-Zamora, todos los miembros del Consejo de Ministros elogiaron tal decisión. Su actividad comenzaba, pues, con amplio respaldo político.

Como punto de partida, Victoria Kent, asumiendo los ideales humanistas de Concepción Arenal o Dorado Montero, estimaba que la reforma del sistema penitenciario en España era una de las grandes tareas que debían acometerse, y, por ello, de inmediato comenzó a adoptar decisiones que modificaron los puntos más negros de la sociedad carcelaria española. Con la finalidad evidente de humanizar la pena de privación de libertad, acercando la ejecución de la misma a los niveles de la Europa contemporánea, decidió la retirada «con la mayor urgencia» de las cadenas y grilletes que hasta entonces existían en las celdas de castigo, que para ella constituían «vestigio de épocas de incultura en que se aplicaban para el aseguramiento del preso» (ordenando, en acto de claro contenido simbólico, fundir con parte de ellos un busto de Concepción Arenal); la supresión de más de 100 cárceles de partido, establecimientos inapropiados para el cumplimiento de esa pena privativa de libertad en condiciones mínimamente dignas; la creación de establecimientos penitenciarios nuevos (de los que es ejemplo claro la Cárcel de Mujeres de Ventas); la concesión de permisos de salida temporales de los presos con motivo de circunstancias familiares especiales, con un éxito —que debe rubricarse por cuanto la novedad de la medida generó una amplia crítica— absoluto; la liberación condicional de los penados de intachable conducta que cumpliesen los setenta años y que ofreciesen garantías de hacer vida honrada en libertad, con independencia del delito concreto que hubieran cometido; el incremento de las consignaciones establecidas para la alimentación de los reclusos, y, entre otras medidas, el acondicionamiento de las celdas, con instalación de calefacción, agua caliente, cuartos de baño y mejora de las yacijas.

Idea motriz de esta reforma era entender que, de la misma manera que había que proteger a la sociedad de la comisión de actos delictivos, había también que proteger a los presos frente a los nocivos efectos de la prisión. Para ello, aquellas medidas de mejora material de las prisiones, fueron completadas con otras decisiones que tendían a superar las disfuncionalidades del propio régimen penitenciario. En este sentido, por su trascendencia para el penitenciarismo español, quiero destacar ahora la instalación de buzones para que los reclusos pudieran hacer llegar directamente sus reclamaciones a la Dirección General (suprimiendo la mediación de funcionarios de los que Victoria Kent no albergaba el mejor concepto); el establecimiento de la libertad de culto en las cárceles; la organización de conferencias y actividades culturales en prisión; o la libertad de recibir toda clase de prensa en pri-

sión (con las únicas excepciones de los presos incomunicados y los corregidos con aislamiento celular).

De manera paralela a estas reformas, Victoria Kent sostuvo la necesidad de realizar una amplia modificación del sistema de selección de los funcionarios de prisiones, como medio para mejorar el sistema penitenciario. Para ello, crea el Instituto de Estudios Penales, que se dedica, fundamentalmente, a la preparación de ese personal de prisiones y a la ampliación de sus estudios. Con el mismo sentido, se fundó el Cuerpo Femenino de Prisiones.

Estas decisiones conforman, básicamente (y junto a otros extremos que se contienen en diversos artículos publicados en la revista «Criminalia» entre 1949 y 1954), el pensamiento penitenciario de Victoria Kent, que no llegó a desarrollar por completo por cuanto las reformas introducidas no fueron asumidas por el poder político. El propio Azaña, por ejemplo, hace constar en sus «Memorias Políticas y de Guerra» que Victoria Kent era «demasiado humanitaria», y que este carácter suyo había llegado a provocar la ausencia de disciplina en las prisiones. No es momento ahora de profundizar en las razones políticas que llevaron a su apartamiento de la Dirección General. En todo caso, es indudable que con sólo un año de gestión, Victoria Kent llena con pleno derecho una de las páginas más destacables del penitenciarismo español.

Sobre los conceptos de omisión y de comportamiento

ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG

Catedrático de Derecho penal de la Universidad Complutense de Madrid

I. EL CONCEPTO DE OMISION

1. El Derecho penal tiene por objeto, siempre y únicamente y tal como señala el artículo 1 CP, acciones y omisiones:

Ninguna de estas dos expresiones es un concepto jurídico, en cuanto que en el lenguaje corriente, del que han sido extraídas, se emplean ambas palabras dentro de los más variados contextos, ajenos por completo al mundo del Derecho penal, y, en general, al mundo del Derecho.

Comer o nadar, por ejemplo, son dos acciones que en principio no tienen por qué ser objeto de valoración juridicopenal alguna; como tampoco tienen por qué ser objeto de esa valoración omisiones como la de no llegar puntualmente al trabajo o la de no pedir perdón cuando, previamente y sin querer, se ha dado un pisotón a otra persona.

La acción, el hacer, el comportamiento activo, es un concepto ontológico, no valorativo —pertenece, pues, a la esfera del ser, y no a la del deber ser—, porque abarca tanto comportamientos buenos (dar una limosna), como malos (mentir), como indiferentes (sentarse en un sillón), es decir: porque es un concepto que se puede establecer sin tener que hacer referencia alguna al mundo de los valores. Con el concepto de acción o de hacer se corresponde, como segunda y última manifestación del comportamiento humano, el concepto de no hacer, de comportamiento pasivo: éste es también un concepto ontológico, no valorativo, en cuanto que abarca tanto no haceres buenos (no ridiculizar al tartamudo), como no haceres malos (no dar las gracias a quien nos ha hecho un favor), como no haceres indiferentes (no sentarse en un sillón).

2. La omisión es una *especie* del *género* no hacer, especie que viene caracterizada por que, de entre todos los posibles comportamientos pasivos, se seleccionan (normativamente) sólo aquellos que merecen un juicio axiológico negativo: la omisión es un no hacer que se *debería* hacer (1), o, con otras palabras, la *diferencia específica* de la

(1) En este sentido, de estimar que la omisión es un no hacer desvalorado, cfr., por ejemplo, GALLAS, HARDWIG y SCHMIDHÄUSER, en las citas que se hace de ellos infra nota 6.

omisión frente al género no hacer, al que pertenece, es la de que consiste en un no hacer desvalorado.

Un sector de la doctrina prescinde, no obstante, de esa diferencia específica, y entiende que la omisión es un concepto ontológico (2), esto es: un concepto que se puede formular prescindiendo de la perspectiva del deber ser (valorativa=normativa=axiológica). Así, por ejemplo, *Armin Kaufmann* mantiene que «la omisión está constituida por la concreta capacidad de acción y la ausencia de la realización de esa acción. Es evidente que para ello es completamente indiferente la existencia de un mandato jurídico o de una valoración jurídica. De ahí se sigue, a la inversa, que la existencia de la omisión es independiente de que esté mandada la acción determinada a la que está referido el concepto de omisión. El ordenamiento jurídico no puede, de ninguna manera, hacer nacer mediante exigencias o valoraciones algo que, si no, no existiría; el acento valorativo no hace un Algo de una Nada, sino que únicamente puede hacer de un Algo un Algo valorado» (3).

Si *Armin Kaufmann* tuviera razón, entonces se podría decir que la mujer embarazada que no cede el asiento en el autobús a un joven vigoroso *omite* levantarse, y que el turista que en pleno mes de agosto se dispone a bajar a la playa de Torremolinos desde la habitación de su hotel *omite* ponerse la corbata, pues tanto aquélla como éste, te-

Véase, especialmente ANDROULAKIS, *Studien zur Problematik de unechten Unterlassungsdelikte*, 1963, p. 68: «Un dejar de hacer (Lassung) sólo se convierte en omisión (Unterlassung) cuando la acción dejada de hacer es una que falta, una no existente, a pesar de que debería existir»; a ANDROULAKIS le sigue ROXIN, *An der Grenze von Begehung und Unterlassung, Engisch-Festschrift*, 1969, p. 380 nota 1: «Adhiriéndome a... Androulakis... prefiero hablar de 'dejar de hacer', para poder reservar el concepto de 'omitir' al 'dejar de hacer de una acción que se espera (si bien no necesariamente sobre la base de mandatos jurídicos)».

(2) Además de los autores que se citan en la nota siguiente, no incluyen tampoco en el concepto de omisión el elemento valorativo de la acción esperada o exigida: v. LISZT/SCHMIDT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 26 ed., 1932, pp. 169/170 nota 1, ni KISSIN, *Die Rechtspflicht zum Handeln bei den Unterlassungsdelikten*, 1933, pp. 4-5, ni BAUMANN/WEBER, *Strafrecht AT*, 9.ª ed., 1985, p. 199.

(3) *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, 1959, pp. 49-50. En parecido sentido ya VOGT, *Das Pflichtproblem der kommissiven Unterlassung*, ZStW 63 (1951), p. 383, y GRÜNWALD, *Das unechte Unterlassungsdelikt*, tesis doctoral de Göttingen, 1956, p. 18. Como ARMIN KAUFMANN, WEIZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11 ed., 1969, pp. 200, 202 («Mucho menos aún depende el concepto de omisión de que la acción omitida le estuviera mandada al autor»); ARTHUR KAUFMANN/HASSEMER, *Der überfallene Spaziergänger*, JuS 1964, p. 152 nota 19 (cfr., sin embargo, ARTHUR KAUFMANN, *Die ontologische Struktur der Handlung*, Hellmuth Mayer-Festschrift, 1966, pp. 104-105 nota 81); SCHÖNE, *Unterlassene Erfolgsabwendung und Strafgesetz*, 1974, pp. 7-8; OTTER, *Funktionen des Handlungsbegriffs im Verbrechenaufbau?*, 1973, p. 176; CEREZO, *Curso de Derecho penal español*, 3.ª ed., 1985, p. 279 («La omisión, como ha señalado Armin Kaufmann, es la no acción con posibilidad concreta de acción; es decir, la no realización de una acción finalista que el autor podía realizar en la situación concreta»). SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, 1971, pp. 32 y 43, define la omisión, prescindiendo también de elementos normativos, como la «no ejecución de una acción posible individualmente». MAURACH/GÖSSEL, *Strafrecht AT, Teilband 2*, 6.ª ed., 1984, pp. 134 y ss. y MUÑOZ CONDE, *Teoría general del delito*, 1984, p. 10, consideran asimismo a la omisión un concepto ontológico.

niendo la concreta capacidad de ejecutar la acción de levantarse del asiento o de anudarse una corbata, no obstante no han realizado ninguna de esas acciones. Sin embargo, no es éste ciertamente el sentido que tiene la palabra omisión en el lenguaje corriente, donde no significa sólo —como piensa *Armin Kaufmann* (4)— no hacer algo que es posible hacer, sino no hacer algo posible cuando, sin embargo, se *debería* (sobre la base de normas jurídicas, religiosas, éticas, convencionales, etc.) actuar: de ahí que —porque éso no lo exige norma alguna— no *omita* ceder el asiento (simplemente, *no cede* el asiento) la mujer embarazada de nuestro ejemplo, y si *omita*, en cambio —porque es lo que se espera de él de acuerdo, por lo menos, con principios convencionales—, el joven que en el autobús no se levanta para permitir que la gestante ocupe su sitio, y de ahí también que —porque tampoco lo exige norma alguna— no *omita* ponerse la corbata (simplemente, *no se la pone*) el turista de Torremolinos, el cual, en cambio, *omitiría* ponerse la corbata —porque ello es lo que exigen las normas de etiqueta— si, en vez de dirigirse a la playa, lo hiciera a una recepción de gala.

Ciertamente que *Armin Kaufmann* tiene razón cuando afirma que la omisión exige conceptualmente la capacidad (posibilidad) (5) de ejecutar una determinada acción; pero ésto sólo no basta: es necesario además, para que se pueda hablar de omisión —si es que no se quiere tergiversar el sentido de las palabras—, que esa acción que se *podía* (aspecto ontológico) se hubiera *debido* también ejecutar (aspecto normativo de la omisión) (6).

(4) En sentido parecido de considerar que la omisión consiste únicamente en no ejecutar una acción posible, independientemente de que ello venga exigido o no, RODRÍGUEZ MOURULLO. La omisión de socorro en el Código Penal, 1966, p. 32: «Puede afirmarse que la omisión entraña una voluntad que se manifiesta al exterior a través de un estado de quietud corporal o bien a través de un movimiento corporal. Un estado de quietud corporal o un movimiento revelan, en todo caso, un cierto non facere. Para captar este no hacer no es preciso recurrir todavía a la norma. Frente a un sujeto en estado de quietud corporal o que se encuentra ejecutando una determinada acción, es posible decir que deja de hacer algo. Obsérvese que no es preciso decir algo esperado, algo debido, algo ordenado por la ley. Antes de todo eso —como señala con acierto Dall'Orá—, yo, como observador de la realidad natural, puedo afirmar que el sujeto no hace algo, y resulta evidente que esto no es un juicio de valor, ni un juicio de conformidad o disconformidad a un modelo legal, ni un juicio de antijuridicidad, sino pura y simplemente una constatación empírica.—Cuando encontré en el cine a un alumno constaté un hecho: que en esos momentos no estudia. Pero con ello no formulé todavía necesariamente un juicio de valor. Si en esos momentos debía estudiar o no es una cuestión distinta sobre la que yo no puedo pronunciarme sin antes hacer una referencia a la norma que disciplina sus deberes de estudio». R. MOURULLO sigue manteniendo su posición en Derecho penal PG, 1977, pp. 224 y ss.

(5) Sobre el requisito de la posibilidad, que no pertenece *específicamente* a la omisión, sino al concepto genérico de comportamiento pasivo, véase infra II 6 a).

(6) Como aquí ya GALLAS, Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen, ZStW 67 (1955), p. 9: «No tiene ningún sentido decir de un invitado a una reunión social que transcurre en la mejor de las concordias que ha 'omitido' dar una bofetada al anfitrión, a pesar de que en todo momento tuvo el dominio del hecho potencial final de hacerlo»; HARDWIG, Die Zurechnung, 1957, p. 134 nota 332: «El que no haya hecho algo que hubiera podido hacer, no por ello ha omitido algo. Si yo ahora no fumo un cigarrillo

Rodríguez Mourullo y Córdoba (7) han acudido al Derecho positivo español para intentar demostrar que la omisión es un concepto no normativo: dado que el artículo 1 CP habla de «omisiones penadas por la ley», de ahí deducen esos autores, a contrario, que, como existen también omisiones no penadas por la ley, éstas poseen, por consiguiente, «una realidad prejurídica, es decir, anterior a la norma» (8). Contra esto hay que decir que identificar realidad prejurídica con realidad anterior a la norma (ontológica) supone identificar a la parte (norma jurídica) con el todo (norma) (9); pues fuera del mundo (valorativo) de la norma jurídica no está sólo, como sugieren R. Mourullo y Córdoba, el mundo (no valorativo) del ser, sino ese mundo y también, por supuesto, el mundo (valorativo) de todas las restantes normas distintas de la jurídica. Como se ha tratado de demostrar párrafos más

llo, a pesar de que podía fumarlo y de que lo sé, no por ello he omitido fumarlo. Pero si, a pesar de que podía y de que me apetecía, me he propuesto no fumar, entonces he omitido fumar. Sólo en referencia a un complejo de normas un no hacer se convierte en un omitir»; *el mismo*, Vorsatz bei Unterlassungsdelikten, ZStW 74 (1962), pp. 29/30; SCHMIDHÄUSER, Strafrecht AT, 2.ª ed., 1975, p. 654: «Si la cuestión se contempla, en primer lugar, como problema terminológico, es seguro que el lenguaje corriente sólo habla de omisión cuando no se responde a una expectativa; nadie diría que el estudiante S ha omitido limpiar los rieles del tranvía y que, en lugar de ello, ha ido a clase».

Por lo demás, la doctrina ampliamente dominante está de acuerdo en que la omisión es un concepto normativo y en que, por consiguiente, sólo se omite una acción cuando ésta es esperada o viene exigida; cfr., por ejemplo, BINDING, Die Normen und ihre Übertretung, 2, 2.ª ed., 1914, p. 106; v. HIPPEL, Deutsches Strafrecht, II, 1930, p. 153; MEZGER, Strafrecht, Ein Lehrbuch, 2.ª ed., 1933, pp. 130, 132, 137; KIELWEIN, Unterlassung und Teilnahme, GA 1955, p. 229; NOVOA, Curso de Derecho penal chileno I, 1960, pp. 277, 343; *el mismo*, Los delitos de omisión, Doctrina penal 1983, p. 34; ANDROULAKIS, *op. cit.*, pp. 68 y ss.; BOCKELMANN, Betrug verübt durch Schweigen, Eberhard Schmidt-Festschrift, 1961, p. 451; *el mismo*, Strafrecht AT, 3.ª ed., 1979, p. 136; v. BUBNOFF, Die Entwicklung des strafrechtlichen Handlungsbegriffs von Feuerbach bis Liszt unter besonderer Berücksichtigung der Hegelschule, 1966, p. 150; QUINTANO, Curso de Derecho penal I, 1963, p. 213; MAURACH, Deutsches Strafrecht AT, 4.ª ed., 1971, p. 586; HERZBERG, Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip, 1972, pp. 184-185; SAX, Zur rechtlichen Problematik der Sterbehilfe durch vorzeitigen Abbruch einer Intensivbehandlung, JZ 1975, p. 139; ETCHEBERRY, Derecho penal I, PG, 2.ª ed., 1976, p. 143; BLOY, Finale und soziale Handlungslehre, ZStW 90 (1978), pp. 619/620; JESCHECK, Lehrbuch des Strafrechts AT, 3.ª ed., 1978, p. 177; *el mismo*, Leipziger Kommentar 10.ª ed., 1978 y ss., antes del § 13 nota marginal 85; ALBERTO A. CAMPOS, Derecho penal, 1980, p. 94; SAINZ CANTERO, Lecciones de Derecho penal, PG, II, 1982, p. 275; FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Derecho penal fundamental, 1982, p. 405; MAURACH/ZIPP, Strafrecht AT 1, 6.ª ed., 1983, p. 182; BLEI, Strafrecht AT, 18 ed., 1983, p. 74; GÓMEZ BENÍTEZ, Teoría jurídica del delito, 1984, p. 60; BUSTOS, Manual de Derecho penal español PG, 1984, p. 278; MIR, Derecho penal PG, 2.ª ed., 1985, p. 136; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE, 22 ed., 1985, p. 155; COBO/VIVES, Derecho penal PG, 2.ª ed., 1987, p. 265; HUERTA, Problemas fundamentales de los delitos de omisión, 1987, pp. 294, 299, 307/308; RUDOLPHI, SK, I, 5.ª ed. (cerrada en 1987) antes del § 13 nota marginal 4.

(7) Cfr. Comentarios al Código Penal, I, 1972, pp. 4-5.

(8) RODRÍGUEZ MOURULLO, *op. cit.*, p. 24; véase también p. 27. Contra R. MOURULLO ALGA SILVA, El delito de omisión. Concepto y sistema, 1986, p. 143, con una argumentación que no acabo de entender, que lo que se deduce del artículo 1 CP es, más bien, lo contrario: que sólo existen las omisiones jurídicamente típicas.

(9) También HUERTA, *op. cit.*, pp. 288-289, 293, 307, identifica valorativo con jurídico, confundiendo, con ello, prejurídico con ontológico. En parecido sentido, asimismo, ZAFFARONI, Manual de Derecho penal PG, 1.ª ed., mexicana, 1986, pp. 359, 482 («Todos los intentos de fundar una omisión antes de la tipicidad han fracasado»).

arriba, la omisión es siempre un no hacer en contra de lo *exigido* por alguna norma: esta norma es la juridicopenal cuando de lo que se trata es de la omisión delictiva (de la penada por la ley), y es alguna de las restantes y numerosas normas extrapenales (religiosas, éticas, convencionales, etc.) cuando de lo que se trata es de las demás omisiones (de las no penadas por la ley) (10).

3. De acuerdo con lo expuesto hasta ahora, por consiguiente, puede definirse la omisión como aquel comportamiento pasivo consistente en la no ejecución de una acción determinada que, sobre la base de alguna norma, se esperaba que el sujeto realizara. Ciertamente que además de esta característica conceptual de tratarse de la no realización de una acción esperada, la omisión tiene otros requisitos; pero todos ellos pertenecen ya al género: comportamiento pasivo, y no presentan en la especie: omisión, ninguna clase de particularidad. Por ello, pasamos a ocuparnos ahora con mayor detenimiento del comportamiento y de sus dos formas de manifestarse: activa y pasivamente.

II. EL CONCEPTO DE COMPORTAMIENTO

1. El hombre no es un mero ser inteligente que dispone de un aparato psíquico, esto es: no es un mero ser espiritual, sino uno que se relaciona con el mundo exterior mediante el comportamiento (= conducta=acción en sentido amplio). Esa relación sólo puede consistir en alguna de estas dos actitudes: o bien *hace* (comportamiento activo), e incide en ese mundo exterior poniendo en marcha cadenas causales, o bien *no hace* (comportamiento pasivo), dejando que las cosas sigan su curso o que permanezcan como estaban. Mientras que la capacidad de hacer es limitada, porque la persona no puede desplegar muchas actividades al mismo tiempo, en cambio la de no hacer afecta en cada momento a un número prácticamente infinito de posibilidades.

Por ejemplo: cada vez que una persona toma un libro (hace) en una biblioteca que dispone de 100.000 volúmenes, está dejando de coger (no hace) los 99.999 restantes; cada vez que en una agencia de viajes se compra (se hace) un determinado billete de avión o de ferrocarril o de barco, se están dejando de comprar (no se hace) otros numerosísimos pasajes que podrían conducir a multitud de destinos nacionales o internacionales.

Si la persona, por consiguiente, sólo tiene dos alternativas para relacionarse fuera de sí misma, entonces para determinar el contenido

(10) Por supuesto que muchas veces la omisión es desvalorada no por una, sino por varias normas a la vez. Ello es lo que sucede —o debería suceder— siempre con las omisiones delictivas, las cuales, además de a la desvaloración juridicopenal, están sometidas —también y por lo menos— a la desvaloración ética, pues un requisito necesario —aunque no suficiente— para que un comportamiento sea tipificado es el de que sea un comportamiento inmoral (sobre esto cfr., mi artículo: «Moral y Derecho», publicado en el diario «El País», de 6 de enero de 1987, p. 24).

de esa relación será necesario tener en cuenta tanto sus actividades como sus abstenciones.

Ejemplos: el comportamiento masoquista puede consistir tanto en la autoflagelación (comportamiento activo) como en (comportamiento pasivo) *no* tomar un analgésico con el que se puede evitar un dolor agudo. Una persona se comporta como un aficionado al deporte cuando acude a presenciar su ejercicio en un estadio y, también, cuando *no* apaga el receptor de televisión *ni* cambia de canal en el momento en que empieza a retransmitirse un partido de fútbol. El comportamiento valeroso de un torero viene determinado no sólo por que se dirige hacia el astado, sino también por que *no* sale huyendo cuando éste se aproxima. El comportamiento de un automovilista se define por cómo incide (pisa el acelerador, mueve el volante) y, asimismo, por cómo *no* incide (*no* levanta el pie del acelerador, *no* frena) en los mecanismos de conducción. El deseo de adelgazar se puede manifestar en el mundo exterior tanto haciendo ejercicio físico (comportamiento activo) como *no* comiendo frutos secos (comportamiento pasivo). Una actitud despreciativa hacia otra persona se pone de manifiesto no sólo escribiéndole una carta grosera, sino también *no* contestando a una correspondencia reiterada. Un comportamiento libidinoso consiste en lo que una persona hace y en lo que *deja* que sobre su propio cuerpo haga la otra persona. La calidad y la clase de educación que recibe un niño sólo puede entenderse tomando en consideración las intervenciones prohibitivas y las *no* intervenciones permisivas de los padres. Existen dos maneras de ganar un punto al tenis: devolviendo la pelota fuera del alcance pero dentro del campo del contrario o *dejando* pasar la que va a caer fuera de las líneas laterales o de fondo del terreno propio.

2. Sin embargo, y naturalmente, para que exista una relación (11) de la persona como ser espiritual frente al mundo exterior es preciso: en primer lugar, que esté *consciente* (12); y, en segundo lugar, que, ade-

(11) Algunos autores, como ARMIN KAUFMANN, *Die Dogmatik*, 1959, p. 86, ANDROULAKIS, *Studien*, 1963, pp. 52 y ss., y OTTER, *Funktionen*, 1973, p. 130, hablan del comportamiento como de una «toma de posición». La expresión «toma de posición» me parece, no obstante, demasiado solemne para abarcar a la inmensa mayoría de los comportamientos que en cada momento realizamos. Ciertamente que uno toma posición cuando se matricula en una concreta Facultad universitaria o contrae matrimonio con una determinada persona o cuando lucha clandestinamente contra un régimen totalitario; pero, por lo general, las conductas que realizamos cotidianamente son mucho más triviales (cruzar o no cruzar las piernas cuando se está sentado, acercar un centímetro el plato cuando se come o no, acercarlo, meterse o no meterse la mano en el bolsillo cuando se pasea) como para que pueda hablarse, con propiedad, de toma de posición.

(12) De ahí que no estemos ante un comportamiento, por ejemplo, cuando el sujeto duerme, pues en este caso sus movimientos (o sus no movimientos) no son emanaciones del Yo. Sobre todo ello, cfr., FREUD, *Das Ich und das Es*, *Gesammelte Werke*, tomo XIII, p. 243: Existe «una organización que en una persona acopla los acontecimientos espirituales y a la que llamamos el Yo de ésta. La *consciencia* está vinculada a este Yo, éste domina los accesos a la motilidad, es decir: a la descarga de las excitaciones en el mundo exterior; el Yo es aquella instancia espiritual que ejerce un control sobre todos sus procesos parciales, que se va a dormir durante la noche y que todavía entonces maneja la censura de los sueños» (subrayado añadido); *el mismo*, *Abriss der*

más de estar consciente, sea *físicamente posible* una actitud (hacer o no hacer) distinta de la que en concreto se adoptó.

Si, para acudir a dos ejemplos que ya conocemos, una persona *no* toma un analgésico para calmar sus dolores o *no* se levanta en un transporte público para ceder su asiento a una embarazada, pero, o bien está dormido, o bien, estando despierto, se encuentra atado y no puede soltar sus ligaduras (esto es: está sometido a una vis absoluta), entonces, y porque ambas inactividades no responden a una actitud de un ser espiritual, de ahí que ya no pueda hablarse de que el sujeto (que, consciente y físicamente libre, tal vez sea un hedonista o una persona extremadamente educada) se está *comportando* masoquista o descortesemente: por definición, no existe una *relación* del Yo con el mundo exterior cuando aquél se encuentra desconectado o cuando, sin encontrarse desconectado, no tiene capacidad de motilidad. Del mismo modo que, como acabamos de ver, una *inmovilidad* durante el sueño o una físicamente imposible de evitar no es un comportamiento, tampoco lo es —porque tampoco revela una actitud de un ser espiritual frente al mundo exterior— un *movimiento* realizado en estado inconsciente o físicamente imposible de evitar: si el diestro se acerca al toro en estado de sonambulismo o porque le llevan a la fuerza entre varias personas, éso no puede calificarse ya de *comportamiento* valeroso.

3. Lo expuesto hasta ahora sobre el concepto del comportamiento coincide en líneas generales con las tesis de la peyorativamente llamada doctrina «causal» de la acción (13), la cual, no obstante, precisa de algunas correcciones ampliatorias y modificativas. Ello es así, entre otras razones, porque, independientemente del concepto de acción que se defienda, la doctrina dominante ha puesto de manifiesto, con razón, que deben ser calificadas de comportamientos determinadas actividades, a pesar de que no se puede decir de ellas que sean «queridas» en el sentido que daba a esta expresión la doctrina causal de la acción (ni, mucho menos aún, que sean dirigidas finalmente en el sentido de la teoría «final» de la acción): como la psique tiene una capa-

Psychoanalyse, Gesammelte Werke, tomo XVII, p. 68: «A consecuencia de la relación preformada entre percepción sensorial y acción muscular, el Yo es el que tiene la disposición sobre los movimientos voluntarios».

(13) Entre cuyos representantes figuran, por ejemplo, RADBRUCH, *Der Handlungsgriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*, 1904 (cito de la reimpresión de 1967), pp. 95 y ss., 129 y ss. y *passim*; BELING, *Die Lehre von Verbrechen*, 1906 (cito de la reimpresión de 1964), pp. 8 y ss. («así, la acción debe ser definida abstrayendo de todo el contenido del actuar —también hacia el aspecto externo—, abstrayendo, con otras palabras, de todo lo que hace de una acción una acción jurídicopenalmente relevante», p. 14); *el mismo*, *Grundzüge des Strafrechts*, 11 ed., 1930, p. 12; v. LISZT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 21 y 22 ed., 1919, p. 116: «acción es comportamiento voluntario hacia el mundo exterior; más exactamente: modificación, es decir, causación o no evitación de una modificación (de un resultado), del mundo exterior mediante comportamiento voluntario»; MEZGER, *Strafrecht, Ein Lehrbuch*, 2.ª ed., 1933, pp. 91 y ss.; ANTON, *Derecho penal PG*, 1949, pp. 159 y ss.; JIMÉNEZ DE ASÚA, *La ley y el delito*, 7.ª ed., 1976, pp. 213-214; BAUMANN/WEBER, *Strafrecht AT*, 9.ª ed., 1985, pp. 186 y ss. («comportamiento sustentado por la voluntad», p. 191).

cidad de atención más reducida que los movimientos que simultáneamente puede llevar a cabo, muchos de ellos (14) se realizan *automáticamente* (andar, conducir un vehículo) sin que a cada uno de dichos movimientos les acompañe una voluntad actual de ejecutarlos; así, de la persona que pasea por la calle con un amigo, conversando con él y, al mismo tiempo, prestando atención a los escaparates de las tiendas no puede decirse que tiene una voluntad actual de dar cada uno de los pasos con los que se mueve, no obstante lo cual debe afirmarse que su paseo es también un comportamiento, pues a pesar de que el movimiento está siendo dirigido «inconscientemente» (15), en cualquier momento el sujeto tiene la posibilidad de intervenir con la consciencia y, por ejemplo, dejar de andar o tomar una dirección distinta de la que hasta entonces llevaba (16), es decir: estamos ante un comportamiento porque se dan los dos requisitos a que nos hemos referido más arriba: porque no existe la desconexión del Yo que se da en las situaciones de inconsciencia, y porque ese andar no es un movimiento necesariamente condicionado físicamente en cuanto que el pa-

(14) O, tal vez, «la mayoría», como afirma LENCKNER (véase la cita infra nota 16).

(15) Esta es la denominación que utiliza la dogmática actual (véase infra nota 16), aunque sería más preciso hablar de «preconscientemente». Para FREUD, en el aparato psíquico hay que distinguir entre lo inconsciente, lo consciente y lo preconsciente, escribiendo sobre esto último (Das Ich und das Es, *Gesammelte Werke*, tomo XIII, p. 240): «Lo consciente es, en primer lugar, un término puramente descriptivo que hace referencia a la percepción más inmediata y segura. Pero la experiencia nos enseña, a continuación, que un elemento psíquico, por ejemplo, una representación, generalmente no está consciente de manera permanente. Lo característico es, más bien, que el estado de lo consciente pase rápidamente; la representación que ahora es consciente deja de serlo en el momento siguiente, pero puede volver a serlo bajo determinadas condiciones fáciles de establecer. Lo que fue en el entretanto no lo sabemos; podemos decir que estaba *latente*, y con ello queremos decir que en todo momento fue *concienciable* (*bewusstseinsfähig*). También si decimos que era *inconsciente* hemos dado una descripción correcta. Este inconsciente coincide entonces con *latente-concienciable* (*latentbewusstseinsfähig*)» (subrayados en el texto original). Sobre esta distinción entre lo inconsciente (que, en principio, tiene cerrado el paso a lo consciente) y lo preconsciente (que en cualquier momento puede acceder a la consciencia), cfr., también FREUD, *Einige Bemerkungen über den Begriff des Unbewussten in der Psychoanalyse*, *Gesammelte Werke*, tomo VIII, pp. 433 y ss.

(16) Sobre las acciones automatizadas, cfr., por ejemplo, STRATENWERTH, *Unbewusste Finalität?*, *Welzel-Festschrift*, 1974, p. 300: «posibilidad de intercalación consciente en la dirección —que se está desarrollando inconscientemente— del propio comportamiento»; JESCHECK, *Lehrbuch*, 1978, p. 175 considera que son acciones también las automatizadas, «porque aquí el desarrollo que hacia el exterior aparece como mecánico descansa en una dirección (originariamente aprendida) del inconsciente»; MAURACH/ZIFF, *Staufrecht AT I*, 1983, p. 186: La acción «semiautomatizada» es «una reacción 'petrificada' que ya no necesita ser dirigida por la consciencia actual del actuar, pero que, sin embargo, sigue siendo 'dominable'»; SCHÖNKE/SCHRÖDER/LECKNER, *StGB*, 1985, pp. 121-122: «Numerosos, por no decir la mayoría de los comportamientos cotidianos se desarrollan... de tal manera que los procesos de dirección se encuentran por debajo del umbral de la consciencia... La frontera con la no-acción sólo se sobrepasa cuando ya no existe una dirección inconsciente, es decir, cuando está excluida la posibilidad de una intercalación consciente en la dirección que se está desarrollando inconscientemente»; SILVA, *La función negativa del concepto de acción. Algunos supuestos problemáticos (movimientos reflejos, actos en cortocircuito, reacciones automatizadas)*, *ADPCP* 1986, pp. 913, 925 y ss.

seante tiene capacidad de concienciar en su Yo la actividad automática y realizar otra conducta (17).

4. Si se me permite interrumpir momentáneamente mis consideraciones sobre el concepto de comportamiento, éste podría definirse ya como la relación del Yo consciente y físicamente libre con el mundo exterior manejando procesos causales (esto es: incidiendo en o alterando los procesos causales o dejando que éstos sigan su curso o que no se inicien) (18). Modificando en parte el llamado concepto «causal» de la acción, ello significa que lo decisivo para que exista un comportamiento no es que la actividad, como tal, sea «querida», sino que se realice encontrándose el Yo en estado consciente y manteniendo, al mismo tiempo, su capacidad de motilidad: de ahí que sean comportamientos las actividades automatizadas y de ahí que sea un comportamiento, también, el movimiento de quien, queriendo alcanzar un frasco que contiene una sustancia inocua, equivoca la trayectoria de su mano, vierte el recipiente de al lado y derrama un material altamente inflamable provocando un gravísimo incendio (19). En este último caso tanto la doctrina causal como la final de la acción tendrían serias dificultades para fundamentar la existencia de un comportamiento —y, con ello, de un delito imprudente de incendio: todo delito debe ser, por lo menos, comportamiento—, pues la concreta dirección de la

(17) *Físicamente* posible es una constatación fáctica que no tiene nada que ver con *psicológicamente* posible: si, volviendo otra vez a uno de nuestros ejemplos, la persona que sufre está atada, entonces del hecho de que no tome un calmante no se puede deducir si es un masoquista o no; en cambio, si no ingiere el analgésico a pesar de que tiene las manos libres, ello pone ya de manifiesto una determinada relación (comportamiento) con el mundo exterior —en este caso: una relación masoquista— porque *físicamente* le era posible aliviar su sufrimiento, lo cual sólo significa que estamos ante un comportamiento, pero no —porque ello pertenece ya a un plano distinto— que el masoquista sea *psicológicamente* libre y que, si lo quisiera, tendría capacidad para dejar de serlo. Que la presencia de la libertad física (y, con ello, la presencia de un comportamiento) no tiene nada que ver con la libertad psicológica (esto es: con el libre albedrío) puede aclararse, aún más, teniendo presente la correcta tesis dominante de que el movimiento efectuado bajo miedo insuperable es, no obstante, un comportamiento; ello es así porque, como al coaccionado le es *físicamente* posible otra actitud, la decisión que toma —doblegándose o no a la amenaza— supone ya una relación como ser espiritual con el mundo exterior: si el novio de una muchacha, amenazado de muerte por los delincuentes, prefiere no intervenir para tratar de evitar la violación, ello significa que adopta un *comportamiento* de autoconservación en vez de uno heroico, pero no que hubiese tenido capacidad psicológica (libertad) para actuar de modo distinto a como lo hizo.

(18) ARTHUR KAUFMANN (Hellmuth Mayer-Festschrift, 1966, p. 105) escribe, aunque refiriéndose, no al comportamiento pasivo en general, sino al concepto más restringido de omisión, lo siguiente: «En el hacer activo el agente se sirve de la causalidad del propio cuerpo (utilización de la causalidad propia); en el omitir el agente se sirve de un proceso causal ajeno que se encuentra fuera de aquél (utilización de la causalidad ajena). Por consiguiente, hacer y omitir son ambos, en el justo y mismo sentido 'acciones', en cuanto que la persona se sirve de un proceso causal».

(19) Sobre los errores de la acción (Vergreifen) como especie de los actos fallidos (Fehlleistungen), cfr., FREUD, Zur Psychopathologie des Alltagslebens, Gesammelte Werke, tomo IV, pp. 179-211; Vorlesungen zur Einführung in die Psychoanalyse, Gesammelte Werke, tomo XI, pp. 73 y ss.

mano ni fue «querida» ni «finalmente dirigida» (20); por el contrario, para la tesis que aquí se mantiene la fundamentación de la cualidad de comportamiento de las actividades automatizadas y de las erradas «ab initio» no presenta problema alguno: pues lo decisivo no es que el movimiento concreto sea «querido» o «final», sino, primero, que la instancia del Yo se encuentre consciente y, segundo, que el movimiento realizado no esté condicionado físicamente de manera necesaria: como ambos presupuestos concurren tanto en un caso como en otro, de ahí que deba afirmarse que estamos en presencia de conductas.

5. El concepto de comportamiento que se propone sirve asimismo para fundamentar por qué los movimientos reflejos tampoco constituyen —como, con razón, mantiene la doctrina absolutamente dominante (21)— conductas. La razón de ello no se encuentra, sin embargo, y tal como piensa la doctrina causal de la acción, en que dichos movimientos no sean «queridos» —acabamos de ver que existen movimientos no queridos que, no obstante, sí que son conductas—, sino en que frente a un determinado estímulo el movimiento reflejo aparece *necesariamente condicionado*, o, con otras palabras, en que no es *físicamente* posible actuar de otra manera.

6. a) Para terminar estas consideraciones sobre el concepto de comportamiento quisiera hacer unas referencias específicas al no hacer, esto es: al comportamiento pasivo. De él hay que decir, en primer lugar y aplicando los principios hasta ahora establecidos, que, por supuesto, no existe comportamiento cuando el Yo estaba desconectado ni, tampoco, cuando la pasividad estaba físicamente condicionada de manera necesaria; no obstante y a diferencia de lo que sucede en el comportamiento activo, no siempre es la incapacidad del Yo de traducirse en movimientos corporales la que convierte en imposible la ejecución de una determinada acción: en la pasividad esa incapacidad del Yo consciente puede venir determinada no sólo (y como en la actividad) por la vis absoluta y, consiguientemente, por la falta de control de la persona sobre sus movimientos físicos, sino por que —a pesar de controlar sus movimientos— *carece de conocimientos* para ejecutar una determinada acción (acudiendo a un ejemplo expuesto con anterioridad, no puede hablarse de «comportamiento» pasivo despreciativo si la persona a la que se le dirige la correspondencia no la contesta porque no sabe escribir), o por que esa acción no se puede llevar tampoco a cabo *al no permitirlo los datos objetivos de la situación* (es irrealizable tomar un analgésico si esta medicina no se en-

(20) Este supuesto se diferencia de los casos habituales de imprudencia en que en éstos por lo menos existe un (primer) sector del comportamiento que es «querido» —o que ha sido finalmente dirigido—, a saber y por ejemplo: la conducción del automóvil o la opresión del gatillo de la escopeta por el cazador para matar a una pieza, que, no obstante, provocan una consecuencia indeseada como lo pueden ser el atropello de una persona o que el disparo alcance a alguno de los oteadores. En cambio, en el ejemplo del frasco inflamable derramado el movimiento de la mano no es querido ni final *desde un principio*, porque la mano se mueve en una dirección distinta de la prevista.

(21) Cfr. por todos, JESCHECK, Lehrbuch, 1978, p. 178.

cuentra en ninguna de las casas del pequeño pueblo aislado donde vive el que sufre los dolores). En todos estos casos, pues, a pesar de que el Yo consciente tiene intacta su capacidad de motilidad no existe, sin embargo, un comportamiento pasivo porque la ausencia de conocimientos o la situación objetiva condicionan físicamente de manera necesaria la pasividad concreta (22).

La doctrina dominante en la ciencia penal exige también como requisito conceptual de la omisión el de que al sujeto le hubiera sido *posible* realizar la acción mandada (23). De acuerdo con ello y por con-

(22) En parecido sentido, BAUMANN/WEBER, *Strafrecht AT*, 1985, p. 199: «Comparable con la vis absoluta es la absoluta imposibilidad de actuar que descansa en otras circunstancias. No puede haber diferencia entre que alguien... sea impedido de intervenir activamente porque está maniatado o porque no pueda emprender nada al encontrarse, por ejemplo, demasiado alejado del acontecimiento causante del daño».

(23) Cfr., por ejemplo, RADBRUCH, *Der Handlungsbegriff*, 1904, p. 141; TRAEGER, *Das Problem der Unterlassungsdelikte im Straf- und Zivilrecht*, Enneccerus-Festgabe, 1913, pp. 8-9 (cfr., sin embargo, infra nota 36); v. HIPPEL, *Deutsches Strafrecht II*, 1930, p. 153; SAUER, *Kausalität und Rechtswidrigkeit der Unterlassung*, Frank-Festgabe I, 1930, pp. 213-214 («Con ello se muestra el verdadero motivo por el que no es punible el que no sabe nadar cuando omite la prestación de socorro; justamente no 'omite' en sentido jurídico, porque no estaba en situación de actuar»); *el mismo*, *Das Unterlassungsdelikt*, GS 1940, p. 315; ENGISCH, *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, 1931, p. 31; FRANK, *StGB*, 18 ed., 1931, p. 17; v. LISZT/SCHMIDT, *Lehrbuch*, 1932, p. 170 nota 2; KISSIN, *Die Rechtspflicht*, 1933, p. 2; DROST, *Der Aufbau der Unterlassungsdelikte*, GS 1937, p. 3; DAHM, *Bemerkungen zum Unterlassungsproblem*, ZStW 59 (1939), pp. 179-180; ZU DOHNA, *Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4.^a ed., 1950, p. 21; GALLAS, ZStW (1955), p. 9 nota 28; BOLDT, *Zur Struktur der Fahrlässigkeits-Tat*, ZStW 68 (1956), p. 347; GRÜNWALD, *Das unechte Unterlassungsdelikt*, 1956, pp. 9, 10, 124; HARDWIG, *Zurechnung*, 1957, p. 105; *el mismo*, ZStW 74 (1962), p. 29; ARMIN KAUFMANN, *Dogmatik*, 1959, pp. 28, 35 y passim; BOCKELMANN, *Eb. Schmidt-Festschrift*, 1961, p. 451; *el mismo*, *Strafrecht AT*, 1979, p. 136; ARTHUR KAUFMANN, *Eb. Schmidt-Festschrift*, 1961, p. 215; *el mismo*, *Hellmuth Mayer-Festschrift*, 1966, p. 104; RANFT, *Zur Unterscheidung von Tun und Unterlassen im Strafrecht*, JuS 1963, p. 344; HELLMUTH MAYER, *Strafrecht AT*, 1967, p. 75 nota 3; LAMPE, *Das Problem der Gleichstellung von Handeln und Unterlassen im Strafrecht*, ZStW 79 (1967), p. 483; ROXIN, *Literaturbericht*, ZStW 80 (1968), pp. 699, 701-702; RÖDIG, *Die Denkform der Alternative in der Jurisprudenz*, 1969, pp. 86/87; WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 1969, pp. 200, 201 («Los habitantes de Berlín no pueden 'omitir' la salvación de alguien que se está ahogando en el Rin. Omitir no quiere decir sólo: no hacer, sino no hacer una acción posible para la persona concreta»); MAURACH, *Deutsches Strafrecht AT*, 1971, p. 587; SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen*, 1971, pp. 30, 33; HERZBERG, *Die Unterlassung*, 1972, p. 199 y passim; BACIGALUPO, *Lineamientos de la teoría del delito*, 1974, p. 152; SCHMIDHÄUSER, *Lehrbuch*, 1975, p. 678; *el mismo*, *Studienbuch*, 1982, pp. 396-397; HRUSCHKA, *Strukturen der Zurechnung*, 1976, p. 62; RODRIGUEZ MOURULLO, *Derecho penal PG*, 1977, p. 311; SCHÖNE, *Unterlassungsbegriff und Fahrlässigkeit*, JZ 1977, p. 150; JESCHECK, *Lehrbuch*, 1978, pp. 179, 500; *el mismo*, LK, 1978 y ss, notas marginales 85 y 86 antes del § 13 (téngase en cuenta, no obstante, que para JESCHECK, dentro del concepto de omisión hay que examinar sólo si, en general, la acción era posible o no para un hombre medio, mientras que la posibilidad concreta del omitente concreto es ya, no una característica del concepto, sino de la tipicidad de la omisión); BEHRENDT, *Die Unterlassung im Strafrecht*, 1979, p. 132; FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho penal*, 1982, p. 405; BLEI, *Strafrecht AT*, 1983, pp. 312, 315; NOVOA, *Fundamentos de los delitos de omisión*, 1984, pp. 70-71; BUSTOS, *Manual PG*, 1984, pp. 278, 280 MUÑOZ CONDE, *Teoría general del delito*, 1984, p. 29; CEREZO, *Curso*, 1985, p. 279; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE, *StGB*, 1985, p. 155; WESSELS, *Strafrecht AT*, 15 ed., 1985, p. 208; RUDOLPHI, *SK I*, 1987, nota marginal 2 antes del § 13; HUERTA, *Problemas*, 1987, pp. 294, 308.

De esta doctrina dominante se apartaba BAUMANN, para quien la posibilidad de rea-

siguiente, no podría hablarse de que quien está en Madrid *omita* lanzarse al agua para salvar a un bañista que en esos momentos se encuentra en apuros, a cientos de kilómetros de distancia, en el mar Mediterráneo; ni tampoco podría decirse que omite la persona que, aunque está próxima a ese bañista apurado, no acude en su auxilio porque simplemente no sabe nadar. Como en ninguno de los dos casos era posible —bien por la distancia, bien por la incapacidad de nadar— realizar la acción exigida, de ahí que se afirme que no estemos en presencia de las correspondientes omisiones.

No obstante, y aunque existe práctica unanimidad en considerar a la posibilidad de acción un elemento de la omisión, la fundamentación de por qué ello es así no es uniforme. En la doctrina vinculan la posibilidad de acción, como característica conceptual de la omisión, con el requisito supuestamente común a cualquier clase de comportamiento de la «voluntariedad», entre otros: *Sauer* (24), *v. Liszt/Schmidt* (25), *Kissin* (26), *Mezger* (27), *Drost* (28), *Georgakis* (29), *Dahm* (30), *Vogt* (31) y *Maurach* (32). Otros autores, sobre la base de sus teorías sociales o finales de la acción, afirman que cuando es imposible realizar una determinada acción, falta el elemento del comportamiento —común a la acción y a la omisión— de la «dominabilidad» (33), de la «evitabilidad» (34) o de la «capacidad de acción» (35). Un ulterior sector doctrinal identifica posibilidad de actuar con posibilidad de impedir un determinado resultado; de ahí que, si se entiende que la cau-

lizar la acción no era un elemento del concepto, sino de la *antijuridicidad* de la omisión: «La imposibilidad de la actuación sólo tiene significado en el campo de la antijuridicidad, ya que el ordenamiento jurídico mal puede exigir, como debidos, comportamientos imposibles» (*Strafrecht AT*, 8.ª ed., 1977, p. 203; véanse también pp. 242 y 280). Esta tesis de BAUMANN no encontró ninguna acogida (en contra, por ejemplo, ROXIN, *ZStW* 80 (1968), p. 699, 701-702; RÖDIG, *op. cit.*, p. 87; HERZBERG, *op. cit.*, p. 199; RUDOLPH, *op. cit.*, nota marginal 2 antes del § 13), y ha sido abandonada posteriormente por el propio BAUMANN (cfr., BAUMANN/WEBER, *Strafrecht AT* 9.ª ed., 1985, p. 199, citada supra nota 22).

(24) Cfr., FRANK-FESTGABE, 1930, pp. 213-214.

(25) Véase *op. cit.*, pp. 169-170.

(26) Cfr. *op. cit.*, p. 2.

(27) Véase *op. cit.*, p. 133.

(28) Véase GS 1937, p. 3.

(29) Véase *Hilfspflicht und Erfolgsabwendungspflicht im Strafrecht*, 1938, p. 26.

(30) Cfr., *ZStW* 59 (1939), pp. 179/180.

(31) Cfr., *ZStW* 63 (1951), pp. 382/383.

(32) Véase *Deutsches Strafrecht AT*, 1971, p. 587 (en relación con pp. 187 y ss).

(33) Cfr., por ejemplo, ARTHUR KAUFMANN, *Eb. Schmidt-Festschrift*, 1961, pp. 214-215: «En este elemento de la dominabilidad del proceso causal real que lleva al resultado coinciden, como "acciones", hacer positivo y omitir: en el hacer positivo tiene que ser dominante para el autor la causalidad propia, en la omisión, un acontecimiento causal ajeno que el autor no ha provocado... Por consiguiente, lo que convierte a la mera no evitación del resultado en "omisión" y, con ello, en "acción" es el dominio del omitente sobre el proceso causal: el *poder-evitar* el resultado». Cfr., además, en parecido sentido, JESCHECK (*Lehrbuch*, 1978, pp. 176 y ss, y LK, notas marginales 28 y 29 antes del § 13).

(34) Cfr., por ejemplo, HERZBERG, *op. cit.*, pp. 170-171, 177, 199-200 y *passim*.

(35) Cfr., entre otros, ARMIN KAUFMANN, *op. cit.*, pp. 8-9, 27, 83 y ss. y *passim*; WELZEL, *op. cit.*, pp. 31/32, 200-201.

salidad en la omisión viene caracterizada por la probabilidad rayana en la certeza de que la acción omitida hubiera evitado el resultado, se afirma que el elemento que falta, cuando no existía posibilidad de evitar el resultado, sea el de la *causalidad* de la omisión (36).

Frente a todas estas fundamentaciones doctrinales reitero: en primer lugar, que la posibilidad de acción no es una característica *específica* de la omisión (que es el marco dentro del cual la doctrina dominante se ocupa de dicha característica); y, en segundo lugar, que el que un movimiento o un no-movimiento no estén condicionados físicamente de manera necesaria es una característica *genérica* del comportamiento (tanto del activo como del pasivo) y, en consecuencia, tiene que serlo también de todas sus especies, entre ellas, de la omisión, que es una manifestación (desvalorada) del comportamiento pasivo. En cambio, ni la «voluntariedad» (37), ni la «dominabilidad» o «evitabilidad» (38) ni la «capacidad de acción» (39) son requisitos concep-

(36) Cfr., en este sentido, TRAEGER, *Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht*, 1904, p. 63 (posteriormente [supra nota 23] TRAEGER, desvinculándolo de la causalidad, entendió que la posibilidad de ejecución era un elemento conceptual de la omisión); NAGLER, *Die Problematik der Begehung durch Unterlassung*, GS 1938, pp. 72-73; SPENDEL, *Zur Unterscheidung von Tun und Unterlassen*, Eb. Schmidt-Festschrift, 1961, p. 190: «No se puede hablar de una 'no evitación del resultado' ni, con ello, tampoco de una causalidad de la omisión, allí donde al omitente no le era posible en absoluto la evitación»; PUPPE, *Der Erfolg und seine kausale Erklärung im Strafrecht*, ZStW 92 (1980), p. 905: «... una omisión sólo entra en consideración como causa, cuando hubiera sido posible la correspondiente acción, esto es, cuando al menos en el mundo exterior se hubieran dado sus presupuestos».

(37) Cfr., supra III 3 y 4.

(38) En cuanto que se formulan como elementos *normativos* de un concepto (social) de acción que ha de ser rechazado (cfr., GIMBERNAT, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, 1966, pp. 115 y ss; ¿Qué es la imputación objetiva?, *Estudios penales y criminológicos*, tomo X, 1987, pp. 173 y ss; e infra IV 2 b).

(39) ARMIN KAUFMANN, *Die Dogmatik*, 1959, p. 83, después de establecer como característica positiva de la omisión la capacidad de acción, se formula la pregunta de si «también es esencial a la acción ese poder de hecho potencial final», pregunta a la que responde así: «En efecto, no se puede negar que en toda acción está contenida la 'capacidad de acción', que en toda dominación del hecho está contenido el 'dominio potencial del hecho'. Una persona no puede demostrar más contundentemente que le es posible una determinada acción que precisamente ejecutándola. Por consiguiente, la capacidad de acción no sólo es un presupuesto esencial de la omisión, sino también algo esencial a la acción. El que ello no precise ser especialmente destacado para el concepto de acción deriva de la evidencia de la conexión. Donde se ha actuado sería absurdo plantear la cuestión de la posibilidad de acción». Frente a todo ello hay que decir que en la acción lo decisivo y lo que *se corresponde con la característica* de la omisión —y, en general, del comportamiento pasivo— *de la posibilidad física de actuar* no es que el hecho realizado —por ejemplo, sentarse en un sillón— fuera también posible —y que era posible, afirmaría ARMIN KAUFMANN, es evidente en cuanto que el sujeto de hecho se ha sentado—, sino precisamente si, sobre la base del hecho ejecutado: sentarse, físicamente era posible *otro* distinto del efectuado. Con otras palabras, y partiendo con ARMIN KAUFMANN y con la doctrina dominante de que la posibilidad física de actuar es una característica esencial de la omisión: así como el comportamiento pasivo lo es porque el sujeto pudo físicamente realizar la correspondiente acción, así también lo es el comportamiento activo porque el sujeto pudo *físicamente* no, como piensa ARMIN KAUFMANN, realizar el hecho que llevó a cabo, sino precisamente otro distinto del que llevó a cabo.

tuales del comportamiento; de ahí que tampoco puedan servir para fundamentar la ausencia de éste (40).

b) Finalmente hay que destacar que la contraposición entre comportamiento activo y pasivo no reside necesaria —ni siquiera predominantemente— en que aquél consista en un hacer, en una actividad, en un movimiento corporal, y éste, por el contrario, en una inmovilidad (41). Ciertamente que es imaginable que la persona masoquista aquejada de dolores y hasta que éstos pasen definitivamente, adopte una actitud de absoluta inmovilidad, echándose en la cama y resolviendo no accionar ni un músculo del cuerpo; pero por supuesto que ello es inusual: lo normal es que esa persona, mientras no toma un calmante, se dedique a desarrollar cualquier otro tipo de actividad vinculado a una multitud de movimientos corporales, del mismo modo que el comportamiento pasivo hipocalórico de no tomar frutos secos rara vez consistirá en una inmovilidad, sino que, al mismo tiempo que *no* se efectúa esa acción, el sujeto, por lo general, estará *haciendo* otra cosa, como, por ejemplo, beberse un vaso de leche descremada. De lo expuesto se sigue, por consiguiente, que, si bien es cierto que alguna vez el comportamiento pasivo puede coincidir con una absoluta inmovilidad del sujeto, en la práctica totalidad de las ocasiones éste estará realizando alguna clase de hacer positivo (42). Por ello, la inac-

(40) Los que en estos casos niegan la *causalidad* de la omisión para el resultado se apoyan en la doctrina absolutamente dominante que entiende la omisión impropia como la pasividad de un garante que, mediante la acción omitida, habría evitado el resultado con una probabilidad rayana en la certeza. En una próxima publicación espero poder demostrar que esa concepción de la comisión por omisión es insostenible.

(41) Como se ha mantenido por algún sector de la doctrina en referencia a esa especie (desvalorada) del comportamiento pasivo que es la omisión. Cfr., M. E. MAYER, *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, 2.ª ed., 1923, p. 108 («La voluntad puede manifestarse no sólo moviendo el cuerpo, sino también dejándolo inmóvil... El reposo corporal querido [junto con su resultado] se denomina omisión y es lo contrapuesto a hacer...») y p. 109 («... el concepto de omisión niega el de actividad...»); BELING, *Grundzüge des Strafrechts*, 11 ed., 1930, p. 12 («Se entiende por 'acción'... un 'comportamiento corporal voluntario', bien sea un 'hacer' [acción positiva], esto es, un movimiento corporal, por ejemplo, alzar la mano, movimiento para hablar, etc., bien sea un no hacer [omisión], esto es, distensión muscular»); ZU DOHNA, *Der Aufbau der Verbrechenlehre*, 4.ª ed., 1950, p. 14 («Al delito no le es esencial un aspecto externo manifiesto. Este falta en los delitos propios de omisión. En cambio, los delitos de actividad se manifiestan en un movimiento corporal sin resultado, los delitos de comisión por omisión en un resultado sin movimiento corporal, y la gran masa de los delitos de resultado en una unión de movimiento corporal y resultado»). Véanse también, COUSIÑO, *Derecho penal chileno* PG, I, 1975, p. 325; MAURACHI/GÖSSEL, *Strafrecht AT 2*, 1984, pp. 138 y 140.

(42) En referencia a la omisión eso es lo que opinan, con razón y entre otros, RADBRUCH, *Der Handlungsbegriff*, 1904, p. 135: «Para ser culpable de una omisión no hace falta no hacer nada, basta sólo hacer algo distinto de lo mandado»; ENGISCH, *Die Kausalität*, 1931, p. 29 nota 1: «El concepto de omisión es plenamente relativo y transitivo, y no absoluto ni intransitivo (pues en otro caso la omisión sería inmovilidad, reposo corporal)»; *el mismo*, *Der Arzt im Strafrecht*, *MonKrimBl* 1939, p. 424 nota 29; ARMIN KAUFMANN, *op. cit.*, p. 25: «El omitir no niega al actuar como tal, sino sólo a un actuar en una determinada dirección, a una acción absolutamente concreta»; NOVOA, *Curso I*, 1960, p. 277: «Nótese que se abstiene de hacer lo que una norma ordena, no solamente aquel que se mantiene en estado de inactividad o de falta de movimiento muscular; también infringe la norma imperativa el que hace algo que es diferente de lo que la regla

tividad corporal, al no concurrir en todos —ni siquiera en la mayoría de— los supuestos de comportamiento pasivo no puede ser tampoco una de sus características conceptuales.

III. CONCLUSIONES

Sobre la base de todo lo expuesto anteriormente, formulo, en referencia a los conceptos de comportamiento y de omisión, y resumiendo, las siguientes tesis:

Primera. La persona se relaciona con el mundo exterior mediante el manejo de procesos causales: bien sea poniéndolos en marcha (comportamiento activo), bien sea dejando que sigan su curso —o que no se inicien— dichos procesos (comportamiento pasivo); de ahí que una concepción del comportamiento que sólo tuviera en cuenta su aspecto activo y prescindiera del pasivo sería incapaz de aprehender en su integridad la conducta que en cada caso concreto está llevando a cabo una determinada persona.

Segunda. La instancia espiritual de la persona de la que depende la consciencia y que domina la motilidad es el Yo. En consecuencia, no puede hablarse de conducta cuando el Yo está desconectado (por ejemplo, durante el sueño) ni cuando, estando consciente, no tiene, sin embargo, acceso a la motilidad porque la actividad o la inactividad concretas están condicionadas *físicamente* de manera necesaria (vis absoluta, movimientos reflejos); en el comportamiento pasivo, el condicionamiento físico necesario de un no hacer determinado (y, por consiguiente, la no existencia de conducta) puede tener su origen también en que la ausencia de conocimientos o los datos objetivos de la situación hacen físicamente imposible la ejecución de la correspondiente acción.

Tercera. Para afirmar la existencia de un comportamiento no es preciso (como lo ponen de manifiesto las acciones automatizadas y las erradas ab initio) que el sujeto «quiera» cada uno de sus movimientos o de sus no movimientos: lo único decisivo es que se lleven a cabo mientras el Yo se encuentra en estado consciente y que dichos movimientos o inmovilidades no estén condicionados físicamente de forma necesaria.

Cuarta. El concepto de comportamiento que aquí se defiende es uno *genérico* (43) que abarca tanto a los activos como a los pasivos,

obligatoria exigía»; RÖDIG, *Die Dekform*, 1969, p. 82: «Que el que omite algo, en lugar de lo omitido hace otra cosa, eso no sólo es una posibilidad. Es, más bien, una necesidad»; MIR, *Derecho penal PG*, 1985, pp. 251, 252.

(43) El establecimiento de un concepto *genérico* de comportamiento es una tarea intelectual perfectamente legítima, que WELZEL (y ahora también OTTER, *Funktionen*, 1973, pp. 149 y ss.) pareció querer poner en cuestión en una determinada etapa del accedentado y contradictorio desarrollo de su teoría final, cuando afirmaba (*Strafrecht*, 8.ª ed., 1963, p. 31; *Das neue Bild des Strafrechtssystems*, 4.ª ed., 1961, p. 4 [el pasaje que se cita a continuación desapareció en las ediciones posteriores del Manual de WELZEL]: «no existen, por consiguiente, acciones finales 'en sí' o 'absolutas', sino sólo en relación

tanto a los axiológicamente indiferentes como a los valiosos como a los desvaliosos (dentro de estos últimos, los *comportamientos* juridicopenalmente relevantes constituyen, en virtud del principio de intervención mínima, una especie numéricamente insignificante). Desde el punto de vista de su intencionalidad o, en su caso, de su previsibilidad, las consecuencias que produce un comportamiento pueden ser queridas, previsibles o imprevisibles. Por lo que se refiere a estas últimas y de acuerdo con nuestro concepto de comportamiento, es elemental que *si un comportamiento* (esto es: un hacer no condicionado necesariamente ejecutado por una persona cuyo Yo se halla en estado consciente) *causa un resultado imprevisible*, ello sólo puede significar lo que de hecho significa: que el resultado era imprevisible, pero no que lo que era un comportamiento (porque reunía todos sus requisitos) de pronto deje de serlo (44).

Quinta. Finalmente y por lo que se refiere a la omisión: Esta, como comportamiento pasivo que es, tiene como requisitos conceptuales todos los que integran el concepto genérico (45), y, además, como *única* diferencia específica frente a su género, la de tratarse de la no realización de una acción que (sobre la base de cualquier clase de norma) se esperaba que el sujeto realizara.

IV. POSICIONES DISCREPANTES

A la doctrina aquí mantenida de que el concepto de comportamiento es uno axiológicamente indiferente que abarca tanto al activo como al pasivo, se oponen, por una parte, los que opinan que es imposible integrar al comportamiento activo y al pasivo en un supraconcepto; y, por otra, los que defienden, como la hoy dominante doctrina social de la acción, que ese supraconcepto existe, pero que tiene carácter normativo. De estas opiniones discrepantes paso a ocuparme a continuación:

a las consecuencias determinadas por la voluntad de realización. Esta relación con determinadas consecuencias establecidas por la voluntad caracteriza el contenido de sentido de una acción final como, por ejemplo, 'construir', 'escribir', 'matar', 'lesionar', etc.». Frente a ello hay que decir que en la realidad no existen ni cepillos de dientes, ni sartenes, ni árboles «en sí», sino sólo cepillos de dientes, sartenes y árboles completamente individualizados, lo cual no impide subir, mediante la abstracción, desde el objeto concreto hasta su concepto genérico; de la misma manera que, tal como se ha hecho aquí, nada impide partir de los concretos comportamientos (masoquistas, libidinosos, deportivos, despreciativos, valerosos, de conducción de automóviles, de adelgazamiento, educativos), examinar sus características y, sobre esa base, establecer cuáles son los requisitos abstractos que tienen que concurrir en cualquier clase de hacer o de no hacer para que puedan ser calificados de comportamientos.

(44) De otra opinión, la doctrina social de la acción. En contra, véase ya GIMBERNAT, *Cualificados*, 1966, pp. 115 y ss.

(45) La omisión es una especie del género comportamiento pasivo, y éste es la especie —a su vez y frente a un concepto más amplio— del género comportamiento sin más (que abarca tanto al pasivo como al activo). El *genus proximus* es, al mismo tiempo, género del concepto inferior y especie del superior, según se vaya bajando o subiendo en la escala conceptual.

1. La supuesta imposibilidad de construir un supraconcepto común a acción y omisión: Radbruch

a) Exposición de la tesis de Radbruch

En 1904 se inicia con *Radbruch* una tendencia consistente en negar la posibilidad de reconducir la conducta activa y la pasiva al concepto superior común de comportamiento. Para *Radbruch* la acción tiene tres elementos: una voluntad, un hecho y una relación de causalidad entre ambos (45a). Según la teoría causal de la acción —de la cual *Radbruch* es uno de sus fundadores—, ello quiere decir que el *hecho* tiene que ser *querido* [sin que importe el contenido de esa voluntad, pues ese contenido es algo que afecta sólo a la *culpabilidad* de la acción (46)] y que es la voluntad la que tiene que haber causado el movimiento corporal que, a su vez, causa el resultado. La omisión, prosigue *Radbruch* su argumentación, se caracteriza precisamente porque ni hay hecho (47), ni es necesario que haya voluntad (48), ni exist-

(45a) Cfr., *Der Handlungsbegriff*, 1904, pp. 75-76 y *passim*.

(46) Cfr., *RADBRUCH, op. cit.*, pp. 129 y ss.

(47) Véase *op. cit.*, p. 137: «Y finalmente hay que negar también la existencia de un hecho en la omisión. Para nosotros hecho es el comportamiento corporal del autor en relación de causalidad con el resultado. Naturalmente que no puede ser negado que el autor, mientras omite la acción a la que está obligado, se comporta corporalmente de alguna manera, y no hace nada o hace otra cosa. Lo único que se niega es que ese comportamiento pertenezca a la omisión como, por ejemplo, su aspecto externo. En la omisión propia el autor es punible no porque ejecutase un movimiento corporal distinto del mandado o porque no ejecutase ningún movimiento corporal, sino únicamente porque no ejecutó el comportamiento corporal mandado; y en los delitos impropios de omisión el resultado hay que reconducirlo, no a otros comportamientos corporales diferentes o a la absoluta inmovilidad del autor, sino únicamente a la no ejecución del movimiento corporal mandado».

(48) A veces, ciertamente, la no ejecución de la acción mandada puede ser querida: por ejemplo, el autor omite *conscientemente* retirar un frasco de veneno que está al alcance de niños pequeños sabiendo o previendo que ello puede traer las consecuencias fatales que posteriormente se producen; pero en la imprudencia inconsciente por omisión —por ejemplo, el guardabarreras, absorto en la lectura de una novela, olvida que tiene que bajar las barreras— el autor ni ejecuta un hecho ni tampoco *quiere* no ejecutarlo porque no sabe —o porque ha olvidado— que podría realizar la acción omitida. Para la teoría causal defendida por *RADBRUCH*, en la acción, en cambio —también en la constitutiva de una imprudencia inconsciente—, hay *siempre* un hecho *querido*, pues el agente quiere por lo menos el comportamiento corporal —por ejemplo, encender un cigarrillo en una gasolinera— que desencadena el resultado imprudentemente no previsto —la explosión—. Sobre todo ello, véase *RADBRUCH, op. cit.*, pp. 134-136: «Si, por consiguiente, también una omisión... *puede* ser querida, por otra parte no es conceptualmente *necesario* que sea querida. —... Para poder rechazar mediante una decisión de voluntad la ejecución de un movimiento corporal, lo primero que se precisa es haberse lo representado. Pero sólo en el proceder doloso *tiene* que haber surgido la representación de poder realizar el movimiento corporal a fin de evitar el resultado punible. Ciertamente que en el proceder imprudente *puede* haber surgido, asimismo, la representación de ejecutar el movimiento corporal, bien sea para impedir el resultado punible, bien para otros fines —en ese caso, la no realización del movimiento corporal es querida—, pero no es *necesario* que haya surgido. —... Pues para una resolución de voluntad negadora es necesaria la representación de lo que se niega; pero nadie querrá afirmar, con *Landsberg*, que toda persona que no hace nada o que hace algo, se representa simultáneamente todo lo que podría hacer en su lugar y que se decide en contra de ello» (todos los subrayados en el texto original).

te una relación de causalidad entre esa voluntad —en el caso de que concurra— y la ausencia de movimiento, la cual, a su vez, no está tampoco en relación de causalidad con resultado alguno (49). A la vista de todo ello, *Radbruch* establece su famosa tesis (50): «Por consiguiente, la omisión no sólo no tiene en común con la acción los elementos de voluntad, hecho y causalidad entre ambos, sino que precisamente se agota en su negación. Si en lugar de aquellos elementos poseyera otros elementos positivos, entonces todavía habría esperanzas de poder conciliarla con la acción. Pero tan cierto como es que no se puede subsumir en un supraconcepto afirmación y negación, a y no-a, tampoco es posible encuadrar a la acción y a la omisión en tal supraconcepto, llámese éste acción en sentido amplio, comportamiento humano o como quiera llamársele» (51).

La idea de *Radbruch* de la imposibilidad de reconducir acción y omisión a un supraconcepto sigue siendo defendida por un amplio y cualificado sector de la doctrina moderna, dentro del cual se pueden mencionar, entre otros, a: *Gallas* (52), *Grünwald* (53), *Quintano* (54),

(49) Cfr., RADBRUCH, *op. cit.*, p. 132: «Otros han demostrado suficientemente que no puede existir causalidad entre la ausencia de un movimiento corporal y un acontecimiento positivo; no tengo nada que añadir a sus argumentos. En cambio, suele pasar desapercibido que tampoco puede admitirse una relación causal entre la voluntad de omitir un movimiento corporal y la no ejecución de ese movimiento corporal... La causalidad enlaza modificación con modificación y, por consiguiente, la no producción de una modificación no puede ser efecto ni causa. De la misma forma que la ausencia de una acción [Radbruch escribe en este lugar, equivocadamente, «omisión»] no puede ser causal para un acontecimiento, tampoco puede ser causal un acontecimiento para esa ausencia de movimiento corporal. La relación causal falta no sólo entre el comportamiento corporal y el resultado, sino también entre el querer y el comportamiento corporal: falta, por consiguiente, la relación causal entre voluntad y hecho».

(50) *Op. cit.*, p. 140.

(51) Un poco más adelante (*op. cit.*, pp. 141-142) RADBRUCH vuelve a formular su tesis con estas palabras: «Tan cierto como que no es posible subordinar bajo un supraconcepto común un concepto y su opuesto contradictorio, afirmación y negación, a y no-a, tan cierto es que acción y omisión deben permanecer desvinculadas una al lado de la otra».

(52) ZStW 67 (1955), pp. 8-9 («Todos los intentos de encontrar un momento común al delito de comisión y al de omisión... al que —tal como exige la pretensión sistemática de un concepto general de acción— pudiera vincularse inicialmente la valoración jurídicopenal, todos los intentos, por consiguiente, que se encuentran en la línea de un concepto de 'acción en sentido amplio', están condenados al fracaso. Pues no es posible extraer, al menos de la estructura del delito propio de omisión, un sustrato previamente dado a la valoración jurídica. Un sustrato 'natural' sólo podría residir en un acontecimiento voluntativo en la persona del omitente. Pero prescindiendo de otras objeciones, ello falta en el caso del delito inconscientemente imprudente de omisión. Para la constatación de que alguien ha 'omitido' algo lo único constitutivo es, por el contrario, la no coincidencia de la realidad fáctica con una imaginada —el 'hacer esperar'—»); p. 11 («Tampoco el concepto de 'comportamiento humano', al que se hace referencia continuamente como una posible salida del dilema, es capaz de establecer una comunidad —previa a la valoración jurídica— entre delito de comisión y de omisión. Un omitente se 'comporta' sólo en tanto en cuanto 'omite', en tanto en cuanto no responde a la expectativa de actuar de una determinada manera. A las distintas posibilidades de cómo fundamentar tal expectativa se corresponden, por consiguiente, las mismas posibilidades de concebir como 'comportamiento' la no ejecución de la acción correspondiente. De acuerdo con lo dicho más arriba, un no hacer se convierte para el

v. *Bubnoff* (55), *Arthur Kaufmann* (56), *Lampe* (57), *Roxin* (58), *Otter* (59), *Cury* (60), *Cerezo* (61), *Schönkel/Schröder/Stree* (62), *Huerta* (63) y *Cobo/Vives* (64).

b) Crítica

Anteriormente hemos expuesto (65) que fuera del campo de los valores —y con ello del Derecho penal (66)—, expresiones como la de ga-

enjuiciamiento jurídico en una omisión —y, con ello, en un 'comportamiento'— sólo cuando contradice la expectativa del ordenamiento jurídico (el mandato de acción). Por consiguiente, el acto de valoración jurídica precede lógicamente a la calificación como 'comportamiento', y no a la inversa»).

(53) Das unechte Unterlassungsdelikt, 1957, p. 18 («Con la definición de la omisión como la no ejecución de una acción determinada queda contrapuesta a la acción en la relación de no-a con a. Ello significa que no hay un supraconcepto común para la acción y la omisión. No hay cualidades comunes para todos los sustentadores de cualidades de desvalor juridicopenales»), p. 19 («Si la omisión, como objeto de la valoración mediante las normas del delito de omisión, se relaciona con la acción como no-a con a, entonces no es posible una aplicación inmediata de las doctrinas que se refieren al delito de acción»).

(54) Curso I, 1963, p. 212: «... la acción y la omisión son conceptos concretos y no abstractos, coordinados pero no unificables».

(55) Die Entwicklung, 1966, p. 87: «El concepto de acción no puede acoger al mismo tiempo a su negación.—En efecto, la diferencia estructural de los delitos de omisión no permite tal supraconcepto... Pero no es propio de la omisión el elemento —entendido en sentido causal— del movimiento corporal. También hay que poner en cuestión su causalidad en el sentido así indicado. Y, finalmente, aunque pueda aportar algo común el momento de la voluntad en el caso de la omisión querida y dolosa, ello falta en la omisión inconscientemente imprudente».

(56) Cfr., Einleitung a la reimpresión de RADBRUCH, de 1967, de Der Handlungsbegriff, pp. X, XI; Hellmuth Mayer-Festschrift, 1966, p. 90. No obstante y contradictoriamente con esta opinión, ARTHUR KAUFMANN mantiene, al mismo tiempo, la posibilidad de integrar acción y omisión en el supraconcepto de la doctrina social de la acción, de la que se declara partidario (cfr., ARTHUR KAUFMANN, Das Schuldprinzip 1961, p. 165 nota 216 y pp. 181-182; Eb. Schmidt-Festschrift, 1961, p. 214 nota 50, y la cita que de ARTHUR KAUFMANN se hace infra nota 82).

(57) Cfr., ZStW 79 (1967), p. 481.

(58) Véase Einige Bemerkungen zum Verhältnis von Rechtsidee und Rechtsstoff in der Systematik unseres Strafrechts, Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch, 1968, p. 261.

(59) Véase Funktionen, 1973, p. 137.

(60) Véase Derecho penal, Parte General I, 1982, pp. 205-206.

(61) Véase Curso, 1985, p. 277.

(62) Véase StGB, 1985, p. 154.

(63) Cfr. Problemas, 1987, p. 305 y passim.

(64) Véase Derecho penal PG, 1987, p. 259.

(65) II 1.

(66) Pero también dentro de éste, como lo ponen de manifiesto (cfr., NOVOA, Fundamentos de los delitos de omisión, 1984, p. 49, quien se refiere a los preceptos del Código Penal argentino que se corresponden con los del CP español que se citan a continuación) las tipificaciones del artículo 362 («El funcionario público culpable de *connivencia* en la evasión de un sentenciado, preso o detenido...»), o del artículo 360 («... el abogado o procurador que, con abuso malicioso de su oficio, o negligencia o ignorancia inexcusable, perjudicare a su cliente...»), pues a este último se le puede perjudicar igualmente presentando un escrito que carezca de los mínimos requisitos formales y de fondo como no presentando un escrito para proponer la práctica de una diligencia de prue-

nar un punto al tenis, cuidar las calorías o comportarse como aficionado al fútbol abarcan, sin más y sin necesidad de forzar para nada el sentido de las palabras, tanto a realizaciones como a no realizaciones de acciones: a la vista de todo ello, lo primero que hay que decir sobre la tesis de *Radbruch* es que la cuestión no es ya la de *si* es posible —porque la realidad demuestra que sí lo es—, sino la de *cómo* es posible que por comportamiento o por conducta el lenguaje corriente entienda tanto relaciones activas como pasivas con el mundo exterior.

En lo que sigue paso a examinar el único problema (no el de *si*, sino el de *cómo* es posible ese supraconcepto) que, por consiguiente, ha quedado en pie, problema que hay que resolver aplicando simplemente el concepto de comportamiento que hemos establecido anteriormente. La argumentación de *Radbruch* podría reducirse al siguiente silogismo: La acción consiste en voluntad, hecho y relación de causalidad entre ambos, y la omisión *se agota* en no existir (al menos, en no existir necesariamente) voluntad, ni hecho, ni relación de causalidad entre los dos; luego la omisión es la negación (no a) de la afirmación (a): acción, y no tiene, por tanto, nada en común con ella.

Ciertamente que en la acción existe un hecho [por el que *Radbruch* entiende tanto el movimiento corporal como, además, el resultado que aquél causa (67)] y que ese «hecho» no concurre en la omisión (68), caracterizada por la no realización de un movimiento que, en consecuencia, no puede estar en relación de causalidad con ningún resultado del mundo exterior. Lo que ya no es una característica de la ac-

ba que demostraría un hecho —conocido por el abogado— que acreditaría la inocencia del procesado. Para una exhaustiva investigación de los tipos en los que en el CP alemán «la ley emplea sólo una común descripción de comportamiento para la evitación omitida y para la producción del resultado», cfr., SCHÖNE, *Unterlassene Erfolgsgewandungen und Strafgesetz*, 1974, pp. 37, 175 y ss. y *passim*.

(67) Véase supra nota 47.

(68) MIR, *Derecho penal PG*, 1985, pp. 134 y ss., y SILVA, *El delito de omisión*, 1986, pp. 136 y ss., mantienen que en la omisión, desde el punto de vista de la conducta, lo relevante es lo que el sujeto «hace» («no existen causas específicas de ausencia de comportamiento humano en la omisión», MIR, *op. cit.*, p. 253) mientras omite: si ese «hacer» es una conducta, el problema queda con ello resuelto: «En el ejemplo que propone este autor (sc. Jescheck), el espectador berlinés que contempla por televisión un accidente deportivo muy alejado en el espacio, pese a su evidente falta de capacidad de intervención, *creo que realiza una acción humana: contemplar la televisión*» (MIR *op. cit.*, p. 253, subrayados añadidos). Con esta teoría MIR y SILVA no resuelven, sino que eluden el problema, pues es perfectamente compatible que una persona, al mismo tiempo, se esté comportando (en referencia a determinadas actividades e inactividades) y no comportando (en referencia a otras), como sucede en el caso propuesto por OTTER, *Funktionen*, 1973, p. 199, de quien no actúa porque bajo vis absoluta es empujado por una persona contra un tercero a quien lesiona, y, al mismo tiempo, actúa, porque, mientras le empujan, pide socorro: que en este caso la petición de auxilio constituya una conducta es compatible con que la causación de las lesiones, sin embargo, no sea reconducible a conducta alguna. De la misma manera, en el ejemplo de MIR, de que contemplar la televisión sea una conducta no se deduce nada sobre si también lo es el no intervenir para impedir el accidente (esa inactividad, que hay que examinar *por separado*, no es, a la vista de la *imposibilidad física* de actuar, un *comportamiento* pasivo). Por lo demás, contra la tesis de MIR y de SILVA tiene plena vigencia lo expuesto por RADBRUCH en la cita que se recoge supra nota 47.

ción, sin embargo, y tal como lo ponen de manifiesto los comportamientos activos automatizados y los fallidos (69), es que cada movimiento corporal responda a una decisión específica de la voluntad; por el contrario, aunque esa decisión no concorra, existe una acción siempre que el Yo, por hallarse consciente, pueda intervenir para controlar el movimiento corporal que se está desarrollando automática o fallidamente. De ahí se sigue, sobre esas bases y aplicando los principios que rigen también para la acción, que la omisión inconscientemente imprudente debe ser calificada asimismo de comportamiento; pues también ahí existe un Yo no desconectado que puede controlar el movimiento que no se ha llevado a cabo. Con otras palabras: Que en una clase de omisión (a saber: en la inconscientemente imprudente) la no realización de la acción mandada no sea *querida* es tan cierto como irrelevante, pues que el movimiento corporal sea querido no es tampoco un requisito necesario del comportamiento activo.

La característica de que el Yo no esté desconectado no es la única que debe concurrir tanto en el hacer como en el no hacer para que pueda hablarse de comportamiento: el comportamiento activo y el pasivo y tal como se ha expuesto, tienen también *en común*, como ulteriores requisitos conceptuales, que *ambos* suponen una relación con el mundo exterior consistente en el *manejo* de procesos causales (70) y que *ambos*, finalmente, no deben estar condicionados físicamente de manera necesaria (71).

(69) Como complemento de todo ello, cfr., nuevamente, STRATENWERTH, *Welzel-Festschrift*, 1974, p. 290: «Es indudable que en el automovilista experimentado el comportamiento de conducción está ampliamente 'automatizado'. En el caso normal, los procesos automatizados del comportamiento son absolutamente adecuados. El movimiento de frenado al acercarse a un obstáculo, por ejemplo, constituye evidentemente la reacción normalmente correcta. Hasta qué punto se realiza inconscientemente se pone de manifiesto cuando un automovilista habitual, que excepcionalmente viaja en el asiento del acompañante, intenta pisar enérgicamente el (inexistente) freno cuando repentinamente surge un peligro. En determinadas circunstancias, sin embargo, la reacción automatizada puede ser extremadamente inadecuada, como, por ejemplo, el frenado cuando el coche patina. Y el conductor de automóviles sabe que requiere nuevamente una cierta práctica desconectar la reacción automatizada en aquellas situaciones en las que sería peligrosa».

(70) Permitásememe insistir en ideas ya expuestas. Teniendo en cuenta: primero, que en el mundo exterior existen procesos causales externos a una persona; y, segundo, que ésta, a su vez, tiene capacidad de poner en marcha procesos causales propios, el manejo de esos procesos (y, con ello, el comportamiento de una persona) ha de manifestarse de alguna de estas dos maneras: activa (iniciando o modificando procesos causales) o pasivamente (dejando que los ya iniciados sigan su curso o que los potenciales no se lleguen a iniciar). Dos últimos ejemplos de que para comprender y definir una conducta es preciso prestar atención a sus aspectos activos y pasivos. Para saber cuál es el comportamiento (y la calidad) de un jugador de ajedrez hay que considerar no sólo el movimiento que hace en cada momento, sino también los que no ejecuta: cuanto menor sea el número de las variantes mejores no ejecutadas y mayor la cifra de las jugadas peores no realizadas, mejor será el ajedrecista. La conducta de los intelectuales citados a declarar en los años 50 y 60 ante el Comité McCarthy de Actividades Anti-americanas es imposible de definir sin tener en cuenta lo que aquellas personas, en cada caso, hicieron y no hicieron: comparecer o *no* comparecer, comparecer y delatar o *no* comparecer y *no* delatar a los compañeros con los que compartían o habían compartido la misma ideología política.

(71) Como con razón afirma RÖDIG, *Die Denkform*, 1969, p. 91; «de la circunstancia

Por consiguiente y resumiendo, hay que oponer a *Radbruch*: Como no podía ser de otra manera —porque el lenguaje corriente utiliza un concepto de comportamiento (luego, existe) que contiene tanto elementos activos como pasivos—, hay características comunes que permiten agrupar las dos formas de manifestarse la conducta en una definición también común (72). Ello es consecuencia de que, por una parte y en contra de lo que piensa la doctrina causal de la acción (y, con ella, *Radbruch*), la voluntariedad no concurre en todas las modalidades de acción, por lo que es irrelevante que no concorra tampoco en una particular forma (la inconscientemente imprudente) de omisión; y ello es consecuencia, también, de que la omisión —y, en general y elevándonos más en la escala conceptual, el comportamiento pasivo— tiene una serie de características (Yo consciente, manejo de la causalidad, inactividad físicamente libre) que permiten establecer un concepto de ella con requisitos positivos (73).

2. La supuesta necesidad de que tenga carácter normativo el supraconcepto común a acción y omisión: la teoría social de la acción

a) Exposición

La doctrina social de la acción surge, entre otras razones, para tratar de superar el «inmenso» (74) efecto de las objeciones formuladas por *Radbruch* contra la posibilidad de un supraconcepto de comportamiento, objeciones a las que, con el paso del tiempo, se incorporó una nueva: no pueden encontrar acogida en un concepto unitario uno que es de naturaleza ontológica (la acción) y otro que tiene naturaleza normativa (la omisión) (75).

de que existan algunas características que a un concepto le corresponden y al otro no, no se puede deducir que lo mismo es el caso en referencia a todas las características. Por consiguiente, *Radbruch* no nos aporta la prueba de lo esencial».

(72) «Ciertamente sería muy extraño que no fuera posible, mediante la formación de un supraconcepto apropiado, establecer algunas características comunes para hacer y omitir» (ENGISCH, *Gallas-Festschrift*, 1973, p. 164 nota 1).

(73) En contra de lo que acabo de afirmar aquí y a lo largo de este trabajo, *RADBRUCH*, *op. cit.*, p. 140 (citada supra IV 1 a), parece dar a entender que la omisión no sólo no tiene las características de voluntad, hecho y relación de causalidad entre ambos, sino que, como «se agota» precisamente en no tenerlas, carece de cualquier clase de requisitos positivos. Contra *RADBRUCH* escribe, con razón, *RÖDIG*, *op. cit.*, p. 92: «Si a la 'omisión' no le corresponden ninguna clase de características, entonces no es que sea 'una nada' o una 'nada negativa': entonces y en ese caso es que no es ni siquiera un concepto. Los 'conceptos' que no tienen características no son conceptos».

(74) Cfr., *RÖDIG*, *op. cit.*, p. 90. «El efecto de esta teoría de *Radbruch* es inmenso».

(75) En este sentido, cfr., por ejemplo, *GALLAS*, *ZStW* 67 (1955), pp. 12-13; v. *BUBNOFF*, *Die Entwicklung*, 1966, p. 150 («En sentido jurídico omitir es la no ejecución de una acción exigida, es decir, mandada por el ordenamiento jurídico. Al concepto de omisión le es inmanente una valoración. Elemento constitutivo es la expectativa de acción [en

En otras publicaciones, una de ellas de este mismo año y a las que aquí me remito en su integridad (76), he expuesto y criticado el contenido de la doctrina social de la acción, por lo que en este lugar sólo me voy a ocupar —críticamente también— del procedimiento que sigue esta teoría para agrupar acción y omisión en un único concepto. No obstante y previamente, quisiera hacer una referencia —rápida y de carácter descriptivo— a la evolución que ha experimentado el concepto social en los últimos años.

La normativización del concepto de acción —como rasgo más característico de la doctrina social (77)— ha encontrado un ulterior de-

el campo normativo], que, a su vez, es característica valorativa. En la omisión no existe un sustrato real prejurídico a las valoraciones juridicopenales, tal como lo exige el concepto general de acción. La omisión es en la relación ontológica una Nada. Sólo en el campo normativo alcanza significación, por lo que sólo aquí es posible una equiparación con el hacer positivo. Como principio hay que constatar —y esto rige también para el concepto general de acción entendido finalmente— que cualquier teoría de la acción que se construya previamente sobre datos ontológicos, no puede adecuarse en ningún caso a la forma fenomenológica de la omisión. En el campo pretípico no existe ninguna base común para el actuar y el omitir», p. 150 nota 2 («Los intentos de solución con el concepto de 'comportamiento humano' o en la línea de la 'acción en sentido amplio' [Mezger...] carecen de valor práctico. Entre otras cosas, Mezger no explica de qué manera es posible vincular en tal concepto de acción los elementos normativos con los ontológicos»); BACIGALUPO, Delitos impropios de omisión, 1970, p. 71 («Pretender una unidad entre acción y omisión es pretender una unidad de acción y tipicidad»); ROXIN, Literaturbericht, ZStW 82 (1970), pp. 681/682; SAX, JZ 1975, p. 139 nota 19 («Esta diferencia esencial entre hacer y omitir parece hacer imposible equiparar a ambos bajo un supraconcepto común. Todos los intentos realizados hasta ahora de demostrar lo contrario desembocan en destilar los elementos esenciales de ambos hasta que se obtiene lo que a ambos es 'común', es decir, hasta que se reduce el omitir a un supuesto ontológico o hasta que se transforma al hacer en un supuesto normativo, consiguiéndose así 'destilaciones' con 'iguales propiedades', pero que, desgraciadamente, también tienen la 'propiedad' de no tener ya nada que ver con hacer y omitir»); JESCHECK, Lehrbuch, 1978, p. 177 (citado infra nota 82); WESSELS, Strafrecht AT, 15 ed., 1985, p. 23 («El supraconcepto del 'comportamiento' abarca hacer activo y omitir. Al contrario de lo que sucede desde una perspectiva ontológica, hacer y omitir, contemplados *normativamente*, no son contraposiciones incompatibles, sino únicamente distintas formas de manifestación del comportamiento sustentado por la voluntad», subrayado en el texto original); HUERTA, Problemas, 1987, p. 293 («Evidentemente, con este distinto enfoque de acción y omisión —naturaleza prejurídica de la primera, normativa de la segunda— se dificulta enormemente, por no decir que se imposibilita, la construcción de un superconcepto de acción que las abarque a ambas», p. 305 («La esencial diferencia entre una y otra forma de conducta humana impide que acción y omisión tengan cabida bajo un mismo manto conceptual»).

(76) Cfr., GIMBERNAT, Cualificados, 1966, pp. 75 y ss., 115 y ss.; Estudios penales y criminológicos X, 1987, pp. 170 y ss.

(77) Desde 1966 —y completando la exposición de mi libro Delitos cualificados por el resultado y causalidad, 1966, pp. 75 y ss.— se han reafirmado en —o adherido a— la doctrina social de la acción, entre otros, los siguientes autores: ARTHUR KAUFMANN, Hellmuth Mayer-Festschrift, passim; R. MOURULLO, Derecho penal PG, 1977, pp. 209 y ss.; BLOY, Finaler und sozialer Handlungsbegriff, ZStW 90 (1978), pp. 619/620; JESCHECK, Lehrbuch, 1978, pp. 176 y ss.; *el mismo*, LK, nota marginal 28 antes del § 13 («acción es... 'comportamiento humano socialmente relevante'», siendo «un comportamiento siempre —y sólo entonces— socialmente relevante cuando ha tenido efectos en el mundo circundante del autor mediante la *lesión* de intereses de otras personas», subrayados añadidos); MAURACH/ZIPF, Strafrecht AT 1, 6.^a ed., 1983, pp. 181/182; GÖSSEL, Zur Lehre vom Unterlassungsdelikt, ZStW 96 (1984), pp. 326/327 («Tanto hacer como omitir son

sarrollo en, por una parte, el llamado concepto negativo de acción de Herzberg (78), Behrendt (79) y Jakobs (80): estos autores, y precisamente para encontrar un concepto unitario, convierten a toda acción en una omisión, y con ello y siendo la omisión un concepto normativo (desvalorado) (81), a toda acción en un concepto también y necesariamente desvalorado (82), con lo cual, y en consecuencia, se niega la calidad de comportamiento a las actividades axiológicamente indiferentes o valiosas.

De acuerdo con lo que se acaba de exponer (83), *el comportamien-*

acciones; sólo se diferencian en su forma, según que la *lesión* conscientemente perseguida del bien jurídico se alcance mediante la actividad o la inactividad corporales», subrayados añadidos); MIR, Derecho penal PG, 1985, pp. 133, 136; Wessels, Strafrecht AT, 1985, pp. 23/24; SILVA, El delito de omisión, 1986, pp. 124 y ss.

(78) Véase HERZBERG, Die Unterlassung, 1972, p. 174 («acción es el no evitar evitable de un resultado en posición de garante»), p. 177 y passim; *el mismo*, Der Versuch beim unechten Unterlassungsdelikt, MDR 1973, p. 91.

(79) Die Unterlassung im Strafrecht, 1979, pp. 93, 96, 145 («... un sujeto actúa cuando, a pesar de que podía, no interrumpe un comportamiento peligroso para otros»), pp. 155 y ss.

(80) Véase Strafrecht AT, 1983, p. 120: «Comportamiento es la evitabilidad de una diferencia de resultado», entendiéndolo JAKOBS por «evitabilidad»: «dolo o imprudencia» (p. 637). En parecido sentido ahora BACIGALUPO, Principios de Derecho penal español, 1984, p. 41: «acción es un comportamiento exterior evitable».

(81) Véase supra I 2.

(82) Que la teoría social opera con un concepto desvalorado de acción es algo que sus representantes reconocen ya abiertamente: cfr., ARTHUR KAUFMANN, Hellmuth Mayer-Festschrift, 1966, p. 90 nota 43: «El 'reproche' de Welzel de que la teoría de la acción de Maihofer es, en realidad, una teoría de la imputación, es un cumplido»; JESCHECK, Lehrbuch, 1978, p. 177: «Las formas con las que tienen lugar la confrontación del hombre con su mundo circundante (finalidad en el hacer positivo y dirigibilidad en la omisión) no se pueden unificar en el plano de la contemplación ontológica, ya que la omisión no es una finalidad, sino que se caracteriza por la aplicación esperada de energía. Ambas formas, sin embargo, pueden ser reunidas en un concepto de acción unitario si se consigue encontrar un punto de vista supraordenado de naturaleza valorativa que unifique en el campo normativo lo que en el campo del ser son elementos incompatibles» (subrayado en el texto original); HERZBERG, Die Unterlassung, 1972, p. 184 («... el concepto juridicopenal de acción es justamente uno juridicopenal, y no uno prejuridico»), p. 185 («La imaginable objeción de que el concepto negativo de acción es demasiado estrecho e hipernormativo, de que no se ajusta a innumerables actividades cotidianas que cualquier persona califica, con razón, de acciones no pone al descubierto ninguna debilidad real de nuestra concepción. Si se me permite hacer uso de un ejemplo aducido en una conversación privada: Ciertamente, sería extraño e inadecuado llamar a comer en la mesa un no evitar evitable en posición de garante. Pero ¿qué daño puede haber en ello si ese hacer se halla en el caso normal fuera del concepto juridicopenal de acción?»); BEHRENDT, Die Unterlassung, 1979, p. 156: «Sin embargo, no se ha alcanzado una ontologización plena del concepto de acción. Pero ella ni es imaginable ni tampoco deseable. El concepto de acción del Derecho penal tiene que cumplir una tarea normativa y por ello nunca podrán faltar en él completamente elementos normativos»; JAKOBS, *op. cit.*, p. V: El concepto de acción se convierte en un concepto del cual «no se puede decir absolutamente nada sin contemplar la tarea del Derecho penal».

(83) Véase supra notas 77 y 82, y también, por mencionar a uno de los primeros y más caracterizados representantes de la teoría social, MAIHOFFER Der Handlungsbegriff im Verbrechenssystem, 1953, p. 72: «'acción' es comportamiento humano que está dirigido a provocar la lesión de bienes protegidos por el Derecho penal; más brevemente: 'acción' es el comportamiento dirigido a la provocación de lesiones de bienes sociales; o, simplemente, teniendo presente la dirección del efecto: 'acción' es el comportamiento dirigido a la lesión de bienes sociales».

to, según la doctrina social de la acción y prescindiendo de los distintos matices entre unos y otros autores, *consiste en la lesión dolosa o imprudente de bienes jurídicos*. Como resulta obvio, sin embargo, que ese concepto coincide —en sus rasgos fundamentales— con lo que hoy se entiende mayoritariamente por «realización del tipo», de ahí que un sector de la doctrina, encabezado por *Roxin* y en lo que podría considerarse la más reciente manifestación de la teoría social, haya decidido, recogiendo opiniones anteriormente formuladas por el último *Radbruch* (84) y por *Gallas* (85), llamar a las cosas por su nombre —lo que siempre es de agradecer—: ese supuesto concepto (social) de acción no es tal concepto de acción, sino, en el fondo, el de «acción típica», careciendo prácticamente de relevancia teórica el concepto de acción sin más (86).

(84) Cfr., *Zur Systematik der Verbrechenslehre*, Frank-Festgabe, tomo I, 1930 (cito de la reimpresión de 1967), p. 155: «... la realización típica —y no la acción— es el concepto fundamental de la teoría del delito al cual deben ser referidos todos los restantes elementos del delito».

(85) Véase *ZStW* 67 (1955), p. 12: «De lo dicho se sigue que lo más pronto que los delitos de comisión y de omisión pueden reducirse a un común denominador es en el terreno del tipo de lo injusto».

(86) Cfr., *ROXIN, Zur Kritik der finalen Handlungstheorie* (este artículo fue publicado por primera vez en 1962), *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, 1973, pp. 88-89; *el mismo*, *Literaturbericht*, *ZStW* 80 (1968), pp. 699-700: «Y sin embargo, mantengo que es absolutamente correcto el punto de partida de Baumann: la idea de la estructura normativa y de la referencia típica tanto del concepto final como del social de acción (prescindiendo de que los representantes de estas teorías muchas veces lo nieguen). Pero a este diagnóstico correcto se le hace seguir una terapia errónea. En vez de sacar la conclusión de que no son momentos voluntativos pretípico-subjetivos o factores causales objetivos y neutros al valor, sino sólo puntos de referencia normativos los que pueden suministrar una base común para todos los comportamientos delictivos, Baumann intenta 'superar' la referencia valorativa —que él ha percibido correctamente— de los conceptos finales y sociales de la acción, terminando consecuentemente en un concepto de acción ciertamente desnormativizado, pero al precio de carecer completamente de contenido»; *el mismo*, *Radbruch-Gedächtnisschrift*, 1968, pp. 262 y ss. («lo injusto debería ser caracterizado como comportamiento personalmente imputable, antisocial-prohibido, con lo que la cualidad de acción —previa a lo injusto y su evidente presupuesto— ni siquiera necesitaría una mención expresa», p. 263); *el mismo*, *Literaturbericht*, *ZStW* 82 (1970), p. 681; v. *BUBNOFF*, *Die Entwicklung*, 1966, pp. 149 y ss.; *ARTHUR KAUFMANN*, *Einleitung a la reimpresión de RADBRUCH, Der Handlungsbegriff*, p. XII; *SCHÜNEMANN*, *Grund und Grenzen*, 1971, p. 31: «No hace falta entrar a examinar si la tesis de Radbruch de la incompatibilidad categorial de acción y omisión resiste los ataques que se le han dirigido en los últimos años, pues estamos de acuerdo con Roxin en que en el lugar superior de la sistemática juridicopenal debe figurar un principio normativo de imputación»; *OTTER*, *Funktionen*, 1973, p. 137 nota 568 («Lo más pronto que se puede encontrar algo común entre acción y omisión es en el campo de la tipicidad, es decir, en el campo normativo»), 138-139, 172, 199 («Como desde una perspectiva juridicopenal son relevantes no acciones en sí, sino sólo comportamientos prohibido o mandados y éstos están descritos por el legislador en tipos, de ahí que, desde un principio, la acción sólo interese como acción típica»); *SCHMIDHÄUSER*, *Strafrecht AT, Lehrbuch*, 2.^a ed., 1975, p. 177; *GÓMEZ BENÍTEZ*, *Teoría jurídica del delito*, 1984, pp. 49-50; *BUSTOS*, *Manual de Derecho penal español, Parte General*, 1984, p. 175 («La acción en el injusto tiene sentido en cuanto es una acción típica, es decir, se puede atribuir desde el bien jurídico a la situación que describe un tipo legal»), 184; *OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA*, *Derecho penal PG*, 2.^a ed., 1986, pp. 23/24 («A nuestro juicio es tarea vana la de buscar un concepto unitario de acción, a un tiempo comprensivo de las ideas de conducta activa y conduc-

b) *Crítica*

A lo largo de este trabajo se han demostrado varias cosas. Primero, que la omisión es un concepto *desvalorado*, y que cuando esa desvaloración tiene un contenido específicamente jurídico-penal, la omisión se convierte en omisión típica. Además, que la no realización de acciones también puede poner de manifiesto una conducta neutra al valor (*no* apagar el receptor de televisión porque el aficionado quiere presenciar la retransmisión de un partido de fútbol, *no* tomar frutos secos una persona que tiene un peso razonable, constituyen comportamientos pasivos en principio axiológicamente neutrales) e incluso una conducta valiosa (*no* comparecer o comparecer y *no* declarar ante el Comité MacCarthy; *no* devolver la pelota que se va por milímetros fuera de la pista de tenis para, como *buen* jugador, anotarse un punto; *no* intervenir con prohibiciones inadecuadas para *no* crear en el niño una perjudicial «represión sobrante» (87)). Y, por último, que en el movimiento corporal pueden manifestarse, igualmente y como en el comportamiento pasivo, una conducta típica (estafar) o desvaliosa pero atípica (mentir) o valiosa (ayudar a un ciego a cruzar la calle) o neutra al valor (sentarse en un sillón).

De acuerdo con todo ello, el concepto de comportamiento que hemos establecido se bifurca, según como sea el manejo de los procesos causales, en activo y pasivo, y de ahí arrancan, hacia abajo, dos escalas conceptuales (88): si añadimos la diferencia específica de que el comportamiento merece *un juicio de desvalor* (89), aparecen, respectivamente, los conceptos de acción desvaliosa y de omisión (90), y si añadimos la ulterior diferencia específica de comportamiento me-

ta omisiva, de hecho doloso y hecho imprudente. Entendemos que la manifiesta incapacidad de ese concepto para servir de punto de partida y necesaria referencia en la explicación jurídica del delito, obliga a una diversificación inicial del sistema que lleva a examinar, individualizadamente, las estructuras peculiares de cada uno de los cuatro modelos delictivos apuntados. Con este enfoque, el estudio del concepto general de acción se sustituye por la reflexión sobre el concepto de acción típica o, mejor, de conducta típica», 37; HUERTA, Problemas, 1987, p. 308: «Ello supone el abandono, por innecesario, de un concepto superior de acción que sirva de base y de enlace a las restantes características del delito, y su sustitución por una teoría del tipo en la que la acción —u omisión— no tengan otro sentido que el de 'acción típica'... Y si lo decisivo es la imputación, ello implica la tesis de la normatividad del concepto jurídico-penal de acción»; COBO/VIVES, Derecho penal PG, 2.ª ed., 1987, p. 254 («Como secuela de lo anterior, la sistemática adoptada no toma en consideración la exigencia de una conducta como un elemento autónomo. Renuncia, por lo tanto, a resolver toda una serie de problemas desde la perspectiva del concepto general de acción, adoptando, en cambio, como punto de partida, la acción típica», p. 259.

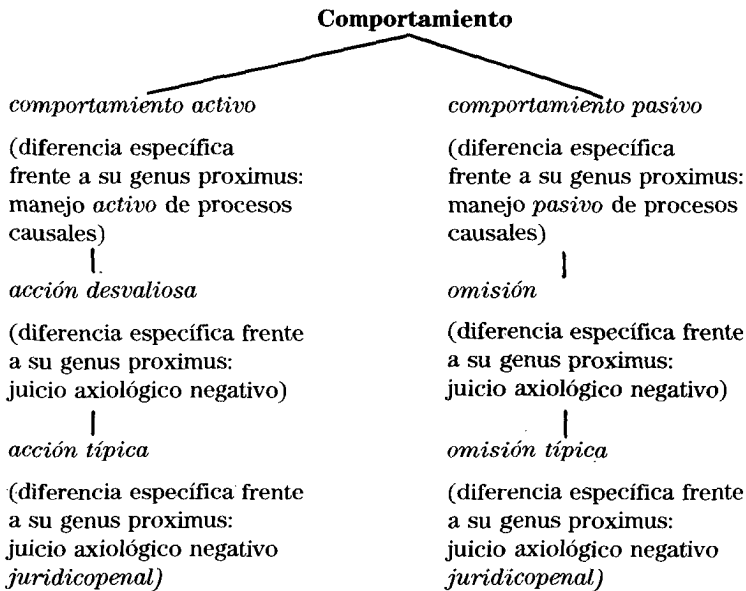
(87) Cfr., MARCUSE, Eros y civilización, México 1965, pp. 50 y ss.

(88) Sobre la formación del concepto y sobre las escalas conceptuales, cfr., LARENZ, Metodología de la ciencia del Derecho (traducción de GIMBERNAT), 1966, pp. 334 y ss.

(89) Por no interesar dentro del contexto de este trabajo, prescindo de la especie del comportamiento (activo o pasivo) que merece un juicio valorativo positivo.

(90) Mientras que tanto en castellano (omisión) como en alemán (Unterlassung) hay una palabra que quiere decir: comportamiento *pasivo* desvalorado, en ninguno de los dos idiomas existe un vocablo análogo, de uso tan familiar, con el que pueda expresarse el concepto: comportamiento *activo* desvalorado.

recedor de un juicio de desvalor *juridicopenal* surgen en los peldaños inferiores de las dos escalas los conceptos de acción y omisión típicas. El concepto genérico y las dos escalas conceptuales que, añadiendo diferencias específicas, arrancan de él hacia abajo podrían representarse, por consiguiente, así:



Como hemos visto, la doctrina social de la acción, para formar un supraconcepto que abarque tanto al ontológico de acción (comportamiento activo) como al normativo de omisión propone, como única solución imaginable, la de unificar ambos conceptos, como comportamiento típico, en los dos últimos peldaños de las respectivas escalas conceptuales. Sin embargo, como la búsqueda del concepto común no se realiza, como debiera ser elemental, subiendo, sino bajando en las escalas conceptuales, el resultado de todo ello no es, en realidad, un supra—, sino un infraconcepto; pues como se elabora añadiendo al concepto de acción las diferencias específicas de: sometimiento a un juicio de desvalor *juridicopenal*, quedan fuera de ese supuesto «supraconcepto», necesariamente, todas las acciones atípicas. Frente a todo ello, el procedimiento que se propone aquí es justamente el contrario: prescindir de las diferencias específicas de sometimiento a un juicio de desvalor, ascender en ambas escalas conceptuales hasta llegar a la correlación: comportamiento activo-comportamiento pasivo, y, una vez en ese peldaño, prescindir de las diferencias específicas: activo-

pasivo, que quedan subsumidas en la característica: «manejo de procesos causales», para llegar así, finalmente y mediante un nuevo ascenso, al auténtico supraconcepto de comportamiento.

V. CONSIDERACIONES FINALES

La concepción que aquí se mantiene coincide con la causal en que establece un concepto de acción con características extravalorativas, y se diferencia de ella: en que, primero, renuncia, porque no está en situación de abarcar ni a los comportamientos automatizados ni a los fallidos, al requisito conceptual de la voluntariedad; y en que, segundo, del principio del no condicionamiento *físico* del comportamiento, deduce que falta una conducta no sólo cuando estamos ante movimientos reflejos o ante haceres o no haceres sometidos a una vis absoluta, sino también —y en referencia concreta al comportamiento pasivo— cuando, por la incapacidad del sujeto o por los datos objetivos de la situación, era *físicamente imposible* la ejecución de un movimiento (91).

Frente al procedimiento habitual de la doctrina de contraponer, desde un principio, un concepto ontológico (el de acción) a otro normativo (el de omisión), a lo largo de este trabajo se ha puesto de manifiesto que los dos conceptos *correlativos* con los que había que operar eran los axiológicamente neutros de comportamiento activo y comportamiento pasivo: en contra de lo que a veces parece sugerir la doctrina dominante, la no realización de acciones no sólo tiene relevancia dentro del campo del Derecho penal, sino que esa no realización constituye también una referencia imprescindible para determinar el contenido de conductas valiosas y neutras al valor.

Para los que sean sensibles a esa clase de objeciones, podría alegarse contra nuestras tesis que éstas —en cuanto que se mueven dentro del marco del concepto «causal» de la acción— están «anticuadas» y que, en consecuencia, han sido «superadas» por las modernas teorías «final» (92) o «social» de la acción. Sobre ello quiero decir dos cosas.

En primer lugar que, como he tratado de demostrar en otras publicaciones (93), hay que distinguir entre concepto causal y teoría cau-

(91) Análogamente, sin embargo, BAUMANN/WEBER (cfr., supra nota 22).

(92) La teoría final de la acción, de la que me he ocupado críticamente en otros trabajos (cfr., GIMBERNAT, *Cualificados* 1966, pp. 105 y ss.; *Estudios de Derecho penal*, 2.ª ed., 1981, pp. 138 y ss.; *Estudios penales y criminológicos X*, 1987, pp. 169 y ss.), se puede interpretar de dos maneras: si se identifica finalidad con voluntariedad, entonces coincide con el concepto causal; si se identifica finalidad con dolo, entonces es una doctrina *normativa* de la acción, esto es: de la acción *típica*, con el inconveniente frente a la otra doctrina de la acción típica (la social) de que ésta, por lo menos, abarca dentro de su concepto («dominabilidad», «evitabilidad») de acción típica tanto a las dolosas como a las imprudentes, mientras que aquélla ni siquiera es capaz de explicar la acción típica *imprudente*.

(93) Cfr., por ejemplo, GIMBERNAT, *Estudios*, 1981, pp. 108 y ss., 141 y ss., 162 y ss.

sal del delito: es perfectamente compatible defender aquél y mantener, no obstante y como yo lo mantengo, una teoría del delito que integre al dolo y a la imprudencia en el tipo, y que rechace la concepción tradicional —y todavía dominante— de entender la culpabilidad como «reprochabilidad».

En segundo y último lugar, que frente a la teoría causal de la acción, la normativización de ésta no supone un avance, sino un retroceso en el tiempo; pues dicha teoría causal surge —a finales del siglo pasado y comienzos del presente— precisamente para combatir el confucionismo que había creado la hasta entonces dominante teoría hegeliana que identificaba acción con imputación (94). Esa nada moderna concepción hegeliana es la que sorprendentemente ha reaparecido ahora bajo la nueva denominación de teoría social de la acción (95).

(94) Sobre la teoría hegeliana de la acción, cfr., entre otros: RADBRUCH, *Der Handlungsbegriff*, 1904, pp. 85 y ss.; MEZGER, *Strafrecht*, 1933, pp. 102/103; v. BUBNOFF, *Die Entwicklung*, 1966, pp. 36 y ss.

(95) El origen de la teoría social de la acción hay que buscarlo en 1927 cuando el civilista LARENZ publica su monografía sobre «La teoría de la imputación de Hegel y el concepto de la imputación objetiva. Una contribución a la filosofía del idealismo crítico y a la teoría de la 'causalidad jurídica'» (*Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung. Ein Beitrag zur Philosophie des kritischen Idealismus und zur Lehre von der 'Juristischen Kausalität'*), monografía en la cual se vuelven a identificar acción con imputación; pocos años después, y bajo la influencia de LARENZ, HONIG (*Kausalität und objektive Zurechnung, Frank-Festgabe I*, 1930, pp. 174-201) establece para el Derecho penal las bases de esta renormativización de la acción sobre los resucitados presupuestos del concepto hegeliano (para más detalles sobre el origen de la teoría social, cfr., GIMBERNAT, *Cualificados*, 1966, p. 76).

Consideraciones sobre la reforma del Libro III del Código Penal (*)

ANTONIO GONZALEZ-CUELLAR GARCIA

Profesor Titular de Derecho Penal. Fiscal excedente

I. PLANTEAMIENTO

El Derecho penal español ha conocido diversas reformas tendentes a su puesta al día para acomodarlo a las normas constitucionales, a los modernos criterios técnicos y a la situación de la sociedad española. La Ley Orgánica de 25 de junio de 1983 constituye el mejor exponente de lo afirmado y ha contribuido eficazmente a la modificación de nuestro viejo texto penal y a su adaptación a los presentes momentos. Aunque algunas concretas materias quedaron pendientes de resolver —así, entre otras, la inconstitucionalidad de algunas presunciones como la declaración de habitualidad de los dueños, gerentes o encargados de establecimientos abiertos al público del art. 546 bis a) del Código Penal (1) o la duda sobre la inconstitucionalidad del arresto sustitutorio por impago de las multas (2)— en general, y sin perjuicio de la necesidad del futuro desarrollo legislativo para la plena implantación del principio de culpabilidad, erradicando las secuelas subsistentes del *versari in re illicita*, la legislación positiva ha operado

(*) Comunicación presentada en las Jornadas de Estudios Penales en homenaje al Profesor José Antonio Sainz Cantero, celebradas en Granada durante los días 11 al 14 de marzo de 1987. Este trabajo ha sido completado con algunas notas y puesto al día para su publicación.

(1) Las sentencias del Tribunal Supremo de 25 de abril y 23 de noviembre de 1985 han zanjado esta cuestión, declarando la inconstitucionalidad del citado precepto penal en aplicación de la disposición derogatoria tercera de la Constitución.

(2) La Fiscalía General del Estado elevó una moción al Gobierno con fecha de 25 de febrero de 1987 sobre «las dificultades en la aplicación de la figura del arresto sustitutorio regulada en el artículo 91 del Código Penal». Este escrito propone la desaparición de la privación de libertad derivada del impago de las multas penales con lo que se equiparan las consecuencias de las sanciones pecuniarias administrativas y penales y, con carácter subsidiario, la sustitución del arresto sustitutorio carcelario por el arresto sustitutorio domiciliario.

El Juzgado de Instrucción núm. 9 de Madrid promovió cuestión de inconstitucionalidad en el procedimiento oral 48/87, por supuesta inconstitucionalidad del art. 91 del Código Penal al entender que estaba en contradicción con los arts. 1.1, 9.2, 14 y 17 de la Constitución. Los argumentos del Juzgado se resumen en la siguiente forma:

con eficacia tanto sobre la parte general como en el ámbito de la parte especial, pero nula o escasa incidencia ha ejercido en el contenido del Libro III, que regula las faltas. Pudiera pensarse que carece de importancia que un Código contenga mayor o menor número de faltas, en razón a la escasa entidad del ilícito que contienen, su benévola punición y la circunstancia de estar encomendada su persecución a órganos judiciales diferenciados y de inferior rango, pero esta idea no puede compartirse en atención a diversos motivos que pueden sintetizarse en dos, aunque el primero de ellos debe considerarse principal y prioritario, como sostiene la mayoría de la doctrina (3). El principio de intervención mínima del derecho penal (4) obliga a que éste actúe únicamente cuando estemos ante graves ataques a bienes jurídicos relevantes y esenciales para el funcionamiento de la comunidad, en conflictos que no pueden ser resueltos por otras ramas del derecho —última ratio como esencia del derecho penal (5)—, por lo que las faltas penales pueden en muchas ocasiones ser desplazadas del Código y

«a) Parece contradecir el principio de igualdad y no discriminación entre las personas, consagrado por el art. 14 de la C.E. La privación subsidiaria de libertad por impago de multa tiene lugar incluso si la insolvencia no proviene de causa imputable al reo, por lo que el arresto es consecuencia inmediata de la condición económica del penado.

b) Podría contravenir, por las mismas razones, los principios de culpabilidad y proporcionalidad de la pena, implícitos en las exigencias de la Justicia, como valor fundamental proclamado por el art. 1.1 de nuestra Ley Fundamental; implica la sustitución de la pena que el legislador estima más adecuada por otra más aflictiva, sin otra finalidad que la expiativa, con base en el sólo hecho objetivo del impago por insolvencia, como absoluta indiferencia de si ha sido fortuito o buscado intencionadamente por el reo.

c) Al parigular, como fungibles, libertad y patrimonio, parece subvertir la escala de valores resultantes de las posiciones de los arts. 17 y 33 de la Carta Constitucional.

d) Al hacer recaer los efectos desocializadores de la privación de libertad sobre los estrafos más desfavorables de la Sociedad, podría contrariar los principios de organización social contenidos en el art. 9.2.»

(3) En este sentido, PERIS RIERA, J. M.: *El proceso despenalizador*, Valencia, 1983. En la p. 37 afirma: «Si se considera que la falta es, en realidad, un delito configurado por el legislador respecto de hechos que son de por sí inocuos, ese mismo legislador puede configurar diversamente el comportamiento considerado hasta ese momento como delito y proteger de otra manera los bienes y valores que aquel comportamiento comprometa; si cabe una tutela indirecta y la protección a esos bienes y valores puede ser realizada con medios no penales, éstos debieran activarse porque, serán sin duda más eficaces». En la p. 40 del mismo texto: «Otra cosa bien distinta es indicar que, si partiendo de razones de orden esencial, se consigue demostrar que no sólo es prudente sino que resulta de gran conveniencia y justicia, abordar un proceso despenalizador, éste tendrá que desarrollarse con todas sus consecuencias, y si después resulta que una de esas consecuencias es la disminución de supuestos en que deben decidir los jueces penales, disminuyéndose con ello su trabajo y aumentando así la agilidad en resolver los casos de mayor relevancia social, entonces lo que se considera inaceptable es partir de esas consecuencias para justificar el movimiento».

(4) MUÑOZ CONDE, F.: *Introducción al Derecho Penal*, Barcelona, 1978, p. 59.

(5) Por la dureza de sus recursos, que suponen la privación o restricción de los más preciados bienes del individuo (vida, libertad, honor, derechos profesionales), el Derecho Penal debe considerarse como la última *ratio legis* afirma RODRIGUEZ MOURULLO, G., *Derecho Penal, Parte General*, Madrid, 1977, p. 20. Con otras palabras mantienen el mismo criterio COBO DEL ROSAL M., y VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho Penal, Parte General*, Valencia, 1987, p. 64: Si recurriendo a medios no penales puede garantizarse una eficaz pro-

quedar reducidas a ilícitos administrativos o incluso fuera del ámbito de protección del derecho. En segundo lugar se impone un proceso de descriminalización —el término se utiliza en un sentido amplio— por razones prácticas pues los órganos judiciales, ya sobrecargados de asuntos importantes, tienen que dedicar gran parte de su tiempo, incluso numerosos órganos con dedicación exclusiva, a solucionar procesos de escasa importancia que en ningún caso afectan esencialmente a la convivencia social (6).

Para desarrollar la materia conviene plantear el orden del estudio a realizar en la siguiente forma: señalar la situación actual y el contenido de la regulación de las faltas en los últimos intentos de reforma; en segundo lugar, examinar las posibilidades que ofrece un proceso de descriminalización y despenalización, con especial atención a los problemas que pueden plantear las normas constitucionales, y, finalmente, partiendo de la necesaria unidad de fines del derecho sustantivo penal, procesal penal y orgánico de los Tribunales (7), establecer los condicionamientos procesales y orgánicos necesarios para acometer una descriminalización de las conductas contenidas en el Libro III del Código Penal.

II. SITUACION ACTUAL DEL LIBRO III

El Libro III ha permanecido sin variaciones esenciales hasta nuestros días, con pequeños retoques producto de la Ley Orgánica de 25 de junio de 1983. Esta ley modificó los artículos 573 núm. 4.º, 576 núm. 2.º, 577 núm. 2.º, 583 núms. 2.º y 3.º, 584 núms. 1.º y 4.º y 587 núms. 1.º y 3.º y dejó sin efecto los artículos 575, 580 núm. 1.º, 593 párrafo último y 596 segundo párrafo; la lectura de los preceptos alterados o suprimidos demuestra que no se dio ningún paso importante en el proceso de despenalización. Tampoco puede destacarse la derogación del

tección del orden jurídico, no se debe acudir a la pena. El Derecho Penal solamente interviene en última instancia, cuando los restantes medios de que el Derecho dispone han fracasado en su función de tutela. MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho Penal*, Barcelona, 1976, p. 126, advierte sobre el peligro del Estado intervencionista que tiende a la tipificación de nuevas conductas y el necesario respeto al carácter secundario del Derecho Penal.

(6) BUENO ARUS, F.: «La despenalización en la PANCP», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Monográfico, Madrid, 1983, p. 150: «Con tales procesos se pretende que la ley dispense su protección a los bienes jurídicos verdaderamente merecedores de la misma y, a la vez, mejorar el funcionamiento de la Administración de Justicia, descargando a los jueces y tribunales del conocimiento de asuntos que hoy obstruyen su trabajo y que, con mejor razón y eficacia, podrían estar atribuidos a los operadores de Derecho Civil o Administrativo».

(7) RUIZ VADILLO, F.: «El ejercicio de la abogacía en la jurisdicción penal», en *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, núm. 6/1986, noviembre-diciembre, p. 70; y GONZÁLEZ-CUÉLLAR GARCÍA, A.: «Reforma del proceso penal», en *Reforma Política y Derecho*, Colección Temas Constitucionales, 6. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1985, p. 57.

núm. 1.º del artículo 566 por Ley Orgánica 2/84, de 26 de marzo fuera de los concretos efectos que produce.

Escaso interés tendría una exposición lineal de los artículos comprendidos en el Libro III (8). Parece más positivo un análisis de los preceptos desde la perspectiva de la naturaleza de la infracción y razón última de su inclusión en el catálogo de las faltas. Se pueden clasificar las faltas atendiendo a criterios que permitan obtener consecuencias utilizables en futuras decisiones descriminalizadoras:

A) Aquellas infracciones con un contenido de antijuricidad igual a tipos de delitos castigados en el Libro II, y cuya distinción con los mismos radica en meras diferencias cuantitativas que no varían la idéntica esencia. Pueden citarse las faltas de hurto, estafa y apropiación indebida como clásicos ejemplos de este grupo. También cabe incluir las lesiones, en que la configuración de sus tipos penales viene a establecer prácticamente delitos cualificados por el resultado.

B) En un segundo grupo están las faltas que se diferencian de los delitos en un componente cuantitativo pero que no es un simple *accidente* como en el supuesto anterior (la diferencia de la peseta en el hurto o del día en las lesiones), sino que llega a constituir una distinción cualitativa. Así, en el escándalo público del artículo 431 se encuentra un componente «grave escándalo o trascendencia» frente a la ofensa «leve» del artículo 567 núm. 3.º, o la desobediencia «grave» a la Autoridad o a sus agentes del artículo 237 frente a la *levedad* en la desobediencia del artículo 570 del Código Penal.

C) Las faltas que tienen una naturaleza claramente administrativa deberían hallarse indudablemente, salvo que otras razones aconsejen decisiones distintas, en el campo del derecho administrativo, como las contenidas, entre otras, en los artículos 577-4.º y 581-4.º.

D) Faltas cuya inclusión en el área del derecho penal fue aconsejada en su día por razones de política criminal y que se mantienen por solucionar con presunta rapidez y economía (argumentos ahora al menos dudosos) conflictos de contenido civil. En este caso están comprendidas las faltas de imprudencia de los artículos 586-3.º y 600 del Código.

(8) QUINTERO OLIVARES, G.: «La reforma penal en España», en *Documentación Jurídica*, Monográfico dedicado a la propuesta de Anteproyecto del nuevo Código Penal, V. I., enero-diciembre 1983, p. 19: «Finalmente el Libro III, de las Faltas, presenta como nota más característica la brevedad del mismo. Especialmente si se le compra con el actual Libro III se apreciará una drástica reducción de las conductas constitutivas de falta. Ello responde al interés del legislador en dar cumplimiento al principio de intervención mínima, que resulta abiertamente contradictorio con el actual volumen del Libro III y, más concretamente, con el contenido substancial de muchas de las infracciones que describe, que fácilmente puede constatarse que nunca deberían exceder la esfera de la infracción administrativa a lo sumo...; la PANCP se ve obligada a mantener las faltas más importantes... Con ello, no obstante, no se renuncia a que algún día se pueda reducir aún más la esfera de las infracciones penales y desaparezcan, en consonancia con ello, la totalidad del Libro III, medida que hoy sería precipitada e inadecuada».

E) Un último grupo en el que se encuentran faltas que reflejan la punición de determinadas actitudes contra la moral, familia, etc., que en su momento «mereció» la inclusión en el Libro III pero cuya conservación no está justificada en la actualidad en el Derecho penal; pueden citarse, las blasfemias del núm. 1.º del artículo 567, el baño faltando a las reglas de decencia del artículo 577 núm. 1.º, o determinadas actitudes tipificadas en el artículo 584.

Los antecedentes inmediatos de intentos de reforma están contenidos en el Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal publicado en el B.O.C.G. de 17 de enero de 1980 y en la Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código Penal de 1983. Ambos textos presentan grandes similitudes por lo que el examen será realizado partiendo del texto de 1983. El Anteproyecto suprimió las faltas actualmente reguladas en los artículos 566-3.º, 4.º, 5.º y 6.º, 567, 570-1.º, 2.º y 3.º, 571, 572, 573-3.º y 4.º, 574, 576-2.º y 3.º, 577, 578, 579, 581, 583-2.º, 4.º, 5.º y 6.º, 584 salvo en los textos incorporados a otros preceptos, 586-2.º, 587-2.º y 4.º, 588, 589, 590, 591, 594 y 596, y tipificó algunas nuevas conductas como la utilización indebida de vehículos de motor, cuyo valor no exceda de 30.000 pesetas —art. 593—, defraudación de energía eléctrica cuando el valor no exceda de 30.000 pesetas —art. 596—, ruidos excesivos —artículo 604-4.º—, o maltrato cruel de animales —art. 607—. La eliminación de numerosas faltas supone una mejora pero el Anteproyecto no adopta posiciones que permita afirmar que se han introducido las avanzadas soluciones que la sociedad española necesita.

III. DESPENALIZACION Y DESCRIMINALIZACION

Los términos de despenalización y descriminalización son utilizados por la doctrina respondiendo a distintos conceptos (9). Unas veces se hacen equivalentes en su significado, haciendo referencia a todo proceso por el que los tipos desaparecen de las leyes penales tanto se transformen en ilícitos administrativos como queden fuera del ordenamiento jurídico; otras, la despenalización se utiliza como proceso de desjuridización en la aplicación de las sanciones criminales (10) y la descriminalización como la transformación del ilícito penal en administrativo (11). Gran parte de la doctrina entiende como Giordano (12) que la despenalización es el cambio de la infracción penal en simple infracción administrativa, frente a la descriminalización por la que el ilícito criminal desaparece del ordenamiento jurídico dejando de ser sancionado; en estos casos, la desaparición del derecho penal no viene acompañada por la inclusión en otro orden —civil o administrativo.

(9) Puede consultarse sobre esta materia a PERIS RIERA, J. M.: *El proceso despenizador*, cit., pp. 25 a 33.

(10) ANCEL, M.: *La nueva defensa social*, Buenos Aires, 1961, pp. 118 a 126.

(11) MANTOVANI, F.: *Diritto Penale. Parte Generale*. Padova, 1979, p. 22.

(12) GIORDANO, V.: «La depenalización in genere a la sua influenza sulla futura normativa», en *Consiglio de Stato*, 1968, pp. 880 y 881.

Ruiz Vadillo (13) recientemente abogaba por entender la descriminalización como operación por la que se destipifica o priva de carácter delictivo a ciertos hechos y despenalización a la consistente en reducir la extensión de las penas o degradarlas.

Pese a las dificultades señaladas, parece adecuado utilizar, siguiendo a la mayor parte de la doctrina, *despenalización* como transformación del ilícito penal en administrativo y *descriminalización* como la operación que coloca fuera del ordenamiento sancionador determinadas conductas, afectando tanto al derecho penal como a los restantes órdenes jurídicos. La doctrina italiana se orienta en esta dirección (14) cuando considera la cuestión al estudiar las leyes despenalizadoras de 3 de mayo y 9 de octubre de 1967, la ley de 10 de octubre de 1977 y la ley de 24 de noviembre de 1981.

En España no ha existido un verdadero proceso descriminalizador ni despenalizador (15). Ya se hizo mención a la escasa incidencia de la reforma de 1983 en el ámbito de las faltas. Tampoco se encuentra un criterio orientador de una política despenalizadora en el campo de los delitos. Únicamente pueden citarse casos concretos: así, la derogación de determinados tipos de estupro y raptó por la Ley 46/87, de 7 de octubre; la desaparición de la punición del adulterio y amancebamiento —artículos 449 a 452— por Ley 22/78, de 26 de mayo o la derogación del artículo 340 bis c) —delito de conducción sin permiso— efectuada por la Ley Orgánica 8/83, de 25 de junio, que también dejó sin contenido el Título VI, denominado «De los juegos ilícitos», después que fuera modificado por R.D.L. de 25-2-1977.

Con estos antecedentes estamos ante una situación de la justicia penal que exige un enérgico proceso descriminalizador y despenalizador, tanto por razones sustanciales como prácticas (16). Las primeras, como ya quedó expuesto, obligan a que el Derecho penal intervenga únicamente en los casos extremos como imponen los principios del Derecho penal de mínima intervención y última ratio, comúnmente admitidos, y la motivación práctica confirma la razón teórica pues el elevado número de procesos criminales, dilatada tramitación y retraso en las decisiones judiciales imponen rigurosas medidas que remedien los problemas pendientes (17).

La reforma del Libro II —delitos y sus penas— queda fuera de este

(13) RUIZ VADILLO, E.: «El futuro inmediato del Derecho Penal, las tendencias descriminalizadoras y las fórmulas de sustitución de las penas privativas de libertad de corta duración», en *Poder Judicial*, n.º 7, septiembre 1987, pp. 25 a 36.

(14) Ver un detenido examen de la normativa italiana sobre despenalización, su estructura y problemática, en PERIS RIERA, J. M.: *El proceso despenalizador*, cit., pp. 54 a 169.

(15) Sobre las últimas reformas legislativas puede consultarse BUENO ARUS, F.: «La despenalización en la PANC», cit., pp. 150, 151 y 152.

(16) Una importante aportación a esta materia la realiza RUIZ VADILLO, E.: «La descriminalización y la reforma penal», en *Poder Judicial*, n.º 5, diciembre 1982, pp. 21 a 46.

(17) SAINZ CANTERO, J. A.: «El Proyecto de Código Penal en la luz del Movimiento Mundial de Reforma de las Leyes Penales» en *Reforma Penal y Penitenciaria*, Universidad de Santiago de Compostela, 1980, pp. 172 y ss., ya advertía que todas las reformas en curso se orientan hoy en día a sacar del ámbito del Derecho Penal conductas que tradicionalmente venían siendo consideradas infracciones penales.

estudio, que afecta solamente al Libro III —las faltas—. Antes de exponer en grandes líneas cuáles pueden ser los criterios de modificación, conviene reflexionar sobre las dudas que parte de la doctrina española presenta sobre la viabilidad constitucional de un auténtico proceso de despenalización.

Parte de la doctrina española (18) entiende que el Texto Constitucional origina graves dificultades para despenalizar las conductas tipificadas en el Código Penal. La anterior afirmación puede ser rechazada en base a los siguientes argumentos:

— Los derechos y libertades fundamentales, dada su naturaleza e importancia en la configuración del Estado de Derecho, deben gozar de protección penal aunque no lo establezca expresamente ninguna norma constitucional. La defensa de los restantes bienes jurídicos puede realizarse tanto con la amenaza de sanciones penales como administrativas, según decida el legislador por razones de política criminal, salvo cuando la Constitución conceda expresamente la especial protección del derecho penal, como es el caso señalado en el art. 45.3 C.E. para la defensa del medio ambiente.

— Determinadas clases de penas quedan reservadas al ámbito del Derecho penal. El artículo 25.3 prohíbe a la Administración civil imponer sanciones que, directa o indirectamente, impliquen privación de libertad, por lo que las penas privativas de libertad pertenecen exclusivamente al Derecho penal. Por el contrario, no existe ninguna reserva constitucional para que la Administración imponga otra clase de penas.

— El art. 25.1, aplicable al Derecho penal y al administrativo sancionador, establece que «nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o sanción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento». La reserva de ley formal para tipificar conductas y sanciones administrativas es opinión unánime en la doctrina —García Enterría y Tomás Ramón Fernández (19), Serrano Alberca (20)—

(18) Oposición extrema a la posibilidad de despenalizar sustenta CLIMENT CONZÁLEZ, C.: «Proceso despenalizador y Constitución», Comunicación presentada a las *Jornadas de estudio sobre la Justicia Penal en España*, organizadas por el Consejo General del Poder Judicial en marzo de 1987. En la p. 6 del texto mecanografiado —no publicado— puede leerse: «nos hallamos ante la práctica imposibilidad de aceptar y, en definitiva desarrollar, cualquier medida despenalizadora en torno a este listado de derechos (sección primera del Cap. II del Título Primero —incluido el art. 14— de la C.E.)».

(19) GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ, TOMÁS-RAMÓN: *Curso de Derecho Administrativo*, II, Madrid, 1982, p. 164: «La atribución a la Administración de la potestad de sancionar tiene que realizarse precisamente a través de ley formal».

(20) SERRANO ALBERCA, J. M.: *Comentarios a la Constitución por Garrido Falla y otros*, Madrid, 1980, p. 322, insiste en la misma línea afirmando que «las sanciones de protección del orden general afectan a todos los ciudadanos, tienen el mismo fundamento que las infracciones penales y suponen una delimitación de lo lícito, de la libertad. Estas infracciones están por ello sometidas al principio de reserva de la ley del art. 53.1, tanto más cuanto a diferencia de los delitos y faltas penales, no son impuestas por los jueces. En la regulación de estas infracciones, el intérprete debe inclinarse hacia la reserva de la ley que limita casi absolutamente el uso de los reglamentos, incluso de aquellos dictados en desarrollo de la ley. No cabe en esta materia aplicar el art. 603.1 del C.P.» El

y exigencia de la Jurisprudencia (21). Ahora bien, la exigencia de ley no es obstáculo para que utilizando esta vía sean regulados determinados ilícitos como infracciones administrativas, siempre que se respeten las prohibiciones enumeradas en los apartados precedentes.

— La afirmación de que el artículo 55.1 al establecer la obligatoriedad de un proceso ante los Tribunales ordinarios basado en los principios de preferencia y sumariedad para que el ciudadano pueda recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14, sección 1.ª del Capítulo segundo, y objeción de conciencia, impide un proceso despenalizador por el que determinadas conductas fuesen sancionadas por la Autoridad administrativa, no puede ser compartida pues el precepto únicamente obligaría a que cualquier resolución administrativa que afecta a las libertades y derechos antes citados pueda ser objeto del recurso ante los Tribunales ordinarios pero el artículo 55.2 no impone que las sanciones tengan que ser impuestas de modo directo y primario por los tribunales y jueces penales.

— Incluso puede mantenerse que el contexto de la propia Constitución y especialmente la definición de Estado social y democrático del artículo 1.º y la descripción de la justicia y libertad como valores primordiales del ordenamiento jurídico conducen a la conclusión de que el Derecho penal, máximo limitador de los derechos de los ciudadanos que resultan imputados en los procesos penales, debe quedar reducido a actuar en los casos límites en que los efectos de protección de los bienes jurídicos no se logren de un modo menos costoso.

En consecuencia, hay que entender que no existen obstáculos generales para desarrollar un proceso descriminalizador y despenalizador.

Salvadas las posibles objeciones precedentes, hay que preguntarse sobre las pautas básicas para la reforma del Libro III del Código y la respuesta debe limitarse a apuntar unos criterios generales, sin descender a un casuismo impropio del presente trabajo. Estas orientaciones deben seguir el mismo orden que fue utilizado para clasificar las faltas cuando fue considerada la situación actual del Libro III:

A) Las faltas cuya naturaleza es idéntica a los tipos delictivos paralelos, tales como hurtos, estafas y apropiaciones indebidas, deben

mismo autor cita en apoyo de su tesis el argumento de que la enmienda *in voce* presentada en el Senado por el Sr. Sánchez Agesta proponiendo que los delitos se establecieran por Ley, mientras que las infracciones y sanciones administrativas lo fueran por el ordenamiento jurídico, dentro de cuyo ámbito se encuentran los Reglamentos, no fue aceptada (Diario de Sesiones del Senado, n.º 14, pp. 1896 y ss.).

(21) El Tribunal Supremo reiteradamente manifiesta que la atribución a las Administraciones Públicas de la potestad para sancionar ha de realizarse a través de la ley formal y en este sentido estricto ha de ser entendida la palabra «Legislación» —STS de la Sala 3.ª de 10-10-1986 y 20-1-1987—, aunque existe respeto al principio de legalidad cuando «el R.D. que tipifica una infracción es desarrollo de lo establecido en una ley, en que específicamente se dispone la regulación reglamentaria conforme a los criterios señalados en la ley» (STS. Sala 3.ª de 23-1-1986).

Como resumen final puede citarse la STC 42/1987, de 7 de abril («B.O.E.» de 5 de mayo de 1987) en cuyo fundamento jurídico se afirma «... el término *legislación vigente* contenido en el art. 25.1 es expresivo de una reserva de ley en materia sancionadora».

desaparecer y quedar integrados en los respectivos delitos (22). Los aspectos orgánicos y procesales que suponen esta transformación deberán ser brevemente estudiados en el apartado posterior.

En cuanto a las lesiones y siguiendo el criterio que imperó en el Anteproyecto de Nuevo Código Penal de 1983 hay que integrar como delito las lesiones cuya curación sea superior a la cifra que se determine y que puede oscilar sobre los siete u ocho días (23).

B) El segundo grupo ofrece dificultades para una política criminal adecuada. Pudiera pensarse, aunque la solución exige una mayor reflexión, que puedan quedar descriminalizadas las conductas de ofensa leve a la moral, buenas costumbres y decencia pública y continuar sancionadas las desobediencias leves a la autoridad o sus agentes o conductas similares a éstas.

C) Todo el contenido de faltas agrupadas en el tercer grupo deben transformarse en ilícitos administrativos (24), salvo las excepciones que el estudio concreto demuestre que deben perdurar en el campo del ilícito penal.

D) Las faltas propias del cuarto grupo imponen un doble correctivo. Primero, despenalización para que la autoridad administrativa sancione la ilicitud y en segundo lugar, establecer un sistema de proceso civil abreviado (25) para dirimir las responsabilidades civiles. La

(22) En el mismo sentido, RODRIGUEZ RAMOS, L.: *Reducción y supresión del Libro III del Código Penal*, trabajo presentado en las Jornadas de Estudios penales en homenaje al profesor José Antonio Sainz Cantero, celebradas en Granada durante los días 11 al 14 de marzo de 1987, sin publicar, p. 11 del texto mecanografiado.

(23) Art. 149.1 del Anteproyecto de 1983: «El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, será castigado como reo del delito de lesiones con la pena de prisión de seis meses a dos años, siempre que la lesión requiera para su sanidad ocho o más días de asistencia médica o provoque inutilidad para el trabajo por igual tiempo».

Art. 588 del Anteproyecto de 1983:

1. El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro una lesión no definida como delito en este Código, será castigado con la pena de arresto de tres a seis fines de semana o multa de uno a tres meses, siempre que la lesión requiriere para su sanidad menos de ocho días de asistencia médica o provocare inutilidad para el trabajo por igual tiempo, y con la pena de arresto de dos a cuatro fines de semana o multa de quince a treinta días si se causare lesión que no precisare asistencia facultativa o sólo exigiere la primera asistencia y no produzca incapacidad laboral.

2. El que golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión será castigado con la pena de arresto de uno a tres fines de semana o multa de diez a treinta días.

(24) La distinción entre ilícito penal y administrativo ha sido abundantemente estudiada. Pueden citarse: MATTES, M.: *Problemas de Derecho Penal administrativo*, Madrid, 1979; MONTORO PUERTO, M.: *La infracción administrativa*, Barcelona, 1975; PARADA VÁZQUEZ, J. R.: «El poder sancionador de la Administración y la crisis del sistema judicial», en *Revista Administración Pública*, n.º 67, y en «Evolución y Constitucionalización de las infracciones administrativas», en *Revista Poder Judicial*, n.º 4, septiembre, 1982; CASABO RUIZ, J. R. en *Comentarios al Código Penal*, V. II, Barcelona, 1972, pp. 77 y ss.; COBO DEL ROSAL, M., y VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho Penal, Parte General*, 2.ª ed., Valencia, 1987, pp. 35 a 40; y POLAINO NAVARRETE, M.: *Consideraciones sobre los problemas que plantea el Libro III del Código Penal*, ponencia presentada en las Jornadas de Estudios penales en homenaje al profesor José Antonio Sainz Cantero.

(25) CEREZO MIR, J.: «Observaciones a la propuesta de Anteproyecto de nuevo Código Penal», en *Documentación Jurídica*, Monográfico dedicado a la propuesta de Anteproyecto de nuevo Código Penal, V. I., enero-diciembre 1983, p. 55, aboga por la des-

principal dificultad se encuentra en la regulación de un procedimiento o modalidad arbitral rápida y eficaz para dirimir los conflictos con las Compañías de seguros que garantizan las responsabilidades originadas por el uso de vehículos de motor, con el fin de evitar que la despenalización de las faltas de los artículos 586-3.º y especialmente del artículo 600 del Código Penal empeore la situación de la víctima.

E) El conjunto de faltas recogidas en este apartado, que se corresponde con las descritas en el epígrafe II E), no responde a ningún criterio válido que permita mantenerlas como ilícitos penales, siendo deseable su desaparición del catálogo de las faltas e incluso que las conductas, hasta este momento descritas en esos tipos, queden en el futuro desprovistas de todo reproche jurídico.

Puede concluirse, como resumen de los anteriores criterios, que mediante un proceso combinado de transformación de faltas en delitos, despenalización de otras que pasarían al ámbito administrativo y descriminalización de conductas, el contenido del Libro III del Código Penal quedaría notablemente reducido, permaneciendo únicamente los tipos que no pudieran sufrir algunas de las transformaciones indicadas.

IV. REFORMAS ORGANICAS Y PROCESALES

La posibilidad de llevar a la práctica lo expuesto en los anteriores apartados está condicionada a unos determinados presupuestos orgánicos y procesales, cuya existencia y adecuado funcionamiento son imprescindibles para lograr la reforma del Libro III del Código Penal.

1. Organización judicial

La Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985 ha modificado la organización de Tribunales y Juzgados, que en lo referente a la jurisdicción penal queda configurada de la siguiente forma:

- Sala Segunda —de lo Penal— del Tribunal Supremo (26).
- Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (27).
- Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia (28).

penalización de los daños culposos, estableciendo un proceso civil rápido y simplificado. La restante doctrina española mantiene idéntica postura.

(26) El artículo 55 de la LOPJ establece que el Tribunal Supremo estará integrado por cuatro Salas: Civil, Penal, Contencioso-Administrativo y Social.

El artículo 56 de la Ley fija las competencias de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

(27) La Audiencia Nacional está integrada por las Salas de lo Penal, de lo Contencioso y de lo Social (artículo 64 de la LOPJ).

El artículo 65 establece las competencias de la Sala de lo Penal.

(28) Los Tribunales Superiores de Justicia no tienen precedente en nuestra organización judicial, que, hasta 1985, culminaba su organización territorial por medio de las Audiencias Territoriales. La LOPJ crea los Tribunales Superiores de Justicia y hace des-

- Audiencias Provinciales (29).
- Juzgados Centrales (30).
- Juzgados de Instrucción (31).
- Juzgados de Menores (32).
- Juzgados de Paz (33).

Únicamente debemos considerar los aspectos referentes a las faltas, circunstancia que acota los órganos judiciales a estudiar.

La situación actual (34), continuación de la existente en el momento de la entrada en vigor de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en lo sucesivo designada como LOPJ), comprende una serie de órganos judiciales competentes para el conocimiento y enjuiciamiento de las faltas que es muy diferente a la regulación establecida por la LOPJ.

El Juzgado de Distrito era la pieza básica en que reposaba el tra-

aparecer las Audiencias Territoriales. La disposición transitoria segunda de la LOPJ fija el plazo de un año desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica para que se constituyan los Tribunales Superiores y desaparezcan las Audiencias Territoriales, que entre tanto subsistirán. El Gobierno ha incumplido el plazo para la remisión del proyecto de ley de creación de los Tribunales Superiores de Justicia.

El Anteproyecto de la ley de demarcación y planta judicial remitido a informe del Consejo General del Poder Judicial establece un plazo de tres meses desde la entrada en vigor de la ley para el nombramiento de los Magistrados de las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores, para proceder seguidamente el Consejo General del Poder Judicial a declarar constituidos los Tribunales Superiores de Justicia.

La competencia de las Salas de lo Civil y Penal de estos Tribunales Superiores, en cuanto Sala de lo Penal, viene señalada en el artículo 73.3 de la LOPJ.

(29) Las Audiencias Provinciales, continúan como órganos colegiados con jurisdicción sobre la provincia, a tenor del artículo 80.4 de la LOPJ y su competencia en materia penal está determinada por el artículo 82. 1.º, 2.º, 4.º, 6.º y 7.º de la misma ley.

(30) Artículo 88 LOPJ: «En la villa de Madrid podrá haber uno o más Juzgados Centrales de Instrucción, con jurisdicción en toda España, que instruirán las causas cuyo enjuiciamiento corresponda a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional y que las fallarán cuando la ley lo disponga».

(31) El partido es el ámbito jurisdiccional del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción (artículo 84 LOPJ). La ley de planta y demarcación puede establecer, como órganos distintos, en aquellos partidos en que fuese conveniente, los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción según dispone el artículo 89 de la LOPJ. El Juzgado de Instrucción tiene asignadas sus competencias penales en el artículo 87 de la LOPJ y destaca, para el presente estudio, «la instrucción y fallo de las causas por delito o falta en que así se establezca por la ley» [art. 87.1 b) LOPJ].

(32) Los Juzgados de Menores tendrán normalmente un ámbito jurisdiccional que abarcará a la provincia, aunque el artículo 96 LOPJ autoriza tanto uno mayor como inferior.

La competencia principalmente se extiende al enjuiciamiento de los delitos y faltas cometidos por menores según dispone el artículo 97 LOPJ.

(33) Los Juzgados de Paz funcionarán en los municipios donde no existan Juzgados de Primera Instancia e Instrucción (artículo 99 LOPJ).

El artículo 100.2 señala su competencia en materia penal: «Conocerán en primera instancia de la sustanciación, fallo y ejecución de los procesos por faltas que les atribuye la ley...».

(34) La disposición transitoria tercera, uno, primera, de la LOPJ otorga al Gobierno el plazo de un año, siguiente a la prolongación de la Ley de demarcación, para la conversión de los Juzgados de Distrito en Juzgados de Primera Instancia e Instrucción o, en su caso, de Paz.

La disposición trigésimo cuarta de la LOPJ ordena que «mientras que no se apruebe la ley de planta, los órganos jurisdiccionales continuarán con la organización y competencias que tienen a la fecha de entrada en vigor de esta ley».

bajo para el enjuiciamiento de las faltas. El artículo 14.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en lo sucesivo citada como LECr.) otorga la competencia para el conocimiento y fallo de los juicios de faltas al Juzgado de Distrito del término en que la falta se haya cometido y el artículo 962 de la LECr hace recaer en la justicia municipal —en la actualidad sustituida por la justicia de distrito— la competencia para la primera instancia. La apelación se encomienda al Juzgado de Instrucción del partido al que corresponde el Juzgado de Distrito que dictó la sentencia en primera instancia a tenor del artículo 975 de la LECr (35).

Los Juzgados de Paz sólo conocen de las faltas de escasa importancia que la ley determina (36).

La excepción a las reglas señaladas radica en la atribución de la competencia para el fallo en primera instancia a un órgano de superior categoría en razón al fuero personal del autor. Sin formular un juicio sobre estos fueros y su posible inconstitucionalidad (37), hay que resaltar que el supuesto de mayor trascendencia se encuentra en el artículo 8.1 de la Ley Orgánica 2/86, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que otorga la competencia a los Jueces de Instrucción para la instrucción y fallo de los juicios de faltas cometidos por sus miembros en el ejercicio de sus funciones.

La distribución de competencias reseñada sufre una importante modificación en la LOPJ. La simple enumeración de los órganos judiciales con competencia penal, ya descrita en anteriores párrafos, advierte sobre la ausencia en el organigrama penal de los Juzgados de Distrito, cuya competencia asumen los Juzgados de Instrucción. El artículo 87 l.b) de la LOPJ atribuye a los Juzgados de Instrucción «la instrucción y fallo de las causas por delito o falta en que así se establezca por la ley».

Los Juzgados de Paz —artículo 100.2 LOPJ— siguen conociendo de determinados juicios de faltas en primera instancia, cuando la ley lo establezca.

La apelación de las sentencias dictadas en primera instancia por los Juzgados queda reservada a las Audiencias Provinciales a tenor del artículo 82.2. LOPJ (38). Ahora bien, la expresión utilizada «cuando así lo establezca la ley» puede interpretarse en el sentido de que

(35) La tramitación de los juicios de faltas está regulada por el Decreto de 21 de noviembre de 1952.

(36) El artículo 4.º de la Ley 3/1967, de 8 de abril, atribuye a los Jueces de Paz el conocimiento de las faltas comprendidas en el Cap. II del Tit. I del Libro III del Código Penal —contra el orden público—, del Título III —contra los intereses generales y régimen de las poblaciones— con excepción de los comprendidos en los artículos 572 y 576, y de los descritos en los artículos 583, 585, 588, 590 y 594.

(37) Cuestión de inconstitucionalidad se encuentra pendiente ante el Tribunal Constitucional por la posible inconstitucionalidad del art. 8.6 de la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

(38) Artículo 82.2.º, párrafo 2.º LOPJ: «Las apelaciones de las resoluciones dictadas por los Juzgados de Instrucción en juicio de faltas, cuando así lo establezca la ley, se fallarán definitivamente en turno de reparto por un Magistrado de la Audiencia Provincial, que actuará como Tribunal unipersonal».

el recurso de apelación cabe limitarlo en el futuro (39) a determinadas faltas; aquellas que protegen bienes de mayor trascendencia social, impongan determinadas penas como la de arresto menor o estén acompañadas por responsabilidades civiles gravosas para los obligados a su abono. El conocimiento de la segunda instancia está encomendada por el artículo 82.2, párrafo 2, LOPJ a un Magistrado de la Audiencia Provincial que actúa como Tribunal unipersonal.

El problema que la nueva organización judicial presenta es grave ya que agudiza la difícil situación existente. El número de juicios de faltas (40) que asumirán los Juzgados de Instrucción y las apelaciones que conocerán las Audiencias Provinciales (41) supone un aumento considerable de trabajo y además una diversificación de sus funciones, ya complejas en la actualidad. Es cierto que aumentarán el número de Juzgados de Instrucción por la conversión de los anteriores Juzgados de Distrito, pero las dificultades expuestas pueden obligar a que los órganos judiciales competentes dediquen una escasa atención al enjuiciamiento de las faltas, hasta tal punto que la tutela judicial en los juicios de faltas sea inferior a la que actualmente se presta.

Una solución que la LOPJ no impide, aunque el planteamiento legal dificulta extraordinariamente, como tendremos ocasión de comprobar, consistiría en atribuir la competencia en un elevado número de faltas, que ya estarían reducidas en virtud del proceso de despenalización, a los Juzgados de Paz. La indudable mejora que supondría descargar parte del trabajo de los Juzgados de Instrucción y la potenciación de la participación popular, se encuentra obstaculizada por el hecho de que en las poblaciones donde los Juzgados de Instrucción soportan mayor trabajo no se podría hacer realidad la solución apuntada pues el artículo 99.1 LOPJ ubica los Juzgados de Paz donde no existen Juzgados de Instrucción. Un segundo inconveniente puede encontrarse en el quebranto del principio de igualdad entre los ciudadanos, ya que los habitantes de las ciudades y zonas rurales pobladas, donde existen Juzgados de Instrucción, tendrían una justicia técnica, mientras que los residentes en los restantes lugares quedarían sometidos a una justicia lega, no técnica. Es cierto que esta desigualdad también sucede en la actualidad, pero el escaso número de faltas, y la pequeña

(39). El Pacto internacional de derechos civiles y políticos, firmado en Nueva York el 12 de diciembre de 1966 («B.O.E.» de 30 de abril de 1977) en su artículo 15.5 obliga a los Estados firmantes a que «toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior conforme a lo prescrito por la ley». La expresión delito permite que todas o algunas sentencias dictadas en juicios de faltas queden excluidas de la posibilidad de recurso de apelación.

(40) La Memoria de la Fiscalía General del Estado cifra en 1.240.655 el número de faltas incoadas durante el año 1986 en todo el territorio nacional. Quedaban pendientes al comienzo del año la cifra de 375.445 juicios y al terminar, la de 463.768. Durante 1986 terminaron por sentenciar un total de 437.262 juicios y 717.121 por otras resoluciones.

(41) La citada Memoria de la Fiscalía General del Estado señalaba un total de 40.282 sentencias dictadas en juicios de faltas recurridos en apelación, de las que 1.930 fueron recurridos por el Fiscal, 15.088 por los perjudicados y 33.264 sentencias por el acusado.

entidad de las mismas, atribuidas a los actuales Juzgados de Paz —las citadas (42) en el artículo 4.º de la Ley 3/67, de 8 de abril— hace intrascendente la cuestión. Puede apuntarse un último remedio, aunque su puesta en práctica exigiría la reforma de la LOPJ, consistente en la creación de los Juzgados de barrio en los lugares donde funcionen Juzgados de Instrucción, que tendrían unas competencias análogas a las que la LOPJ establece para los Juzgados de Paz.

2. Procedimientos criminales

La situación actual de los procedimientos penales no es la más adecuada para afrontar ningún tipo de reformas sustantivas. La antigüedad de nuestras leyes procesales, su falta de adecuación a la realidad presente y la diversidad de modelos procesales están perturbando la tutela judicial efectiva —artículo 24 de la Constitución— a que tiene derecho todo ciudadano (43).

La naturaleza de este trabajo impide detenerse en el estudio de la reforma de los procesos por delito. Únicamente conviene señalar, como insistentemente apunta la doctrina (44), que especial urgencia presenta la derogación de los artículos 790 a 792 de la LECr. que regulan «el procedimiento para delitos cuyo fallo compete a los Juzgados de Instrucción», redactados por la Ley de 8 de abril de 1967, e igual premura ofrece la desaparición de la Ley Orgánica 10/80, de 11 de noviembre, de enjuiciamiento oral de delitos dolosos, menos graves y flagrantes, ya que ambas leyes unifican el órgano instructor y el sentenciador.

En cuanto al procedimiento que regulará la tramitación de los juicios de faltas deberá estar basado en los siguientes principios:

a) La persecución de las faltas —también de los delitos menos graves castigados con penas pecuniarias u otras de menor gravedad— estará regida por el principio de la oportunidad (45), admisible en nuestro derecho, aunque la cuestión es sumamente controvertida, siempre que la decisión esté fundada en criterios predeterminados.

(42) Ver nota 36.

(43) Sobre la necesidad de modificar nuestras leyes procesales, ver GONZÁLEZ-CUÉLLAR GARCÍA, ANTONIO: «Reformas del proceso penal», en *Reforma política y derecho*, cit., pp. 55 a 79. Madrid, 1985.

(44) Entre otros, LLERA SUÁREZ-BARCENA, E.: «El procedimiento para el enjuiciamiento de delitos menos graves en el Anteproyecto de reforma de la LER», en *Justicia 86*, pp. 65 a 80, y MARTÍN-GRANIZO FERNÁNDEZ, M.: «Notas sobre la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de octubre de 1984 —De Cubber—», en *Poder Judicial*, 2.ª época, núm. 4, diciembre 1986, pp. 85 a 95.

(45) Puede consultarse a GIMENO SENDRA, V.: «Los procedimientos penales simplificados. Principio de "oportunidad" y proceso penal monitorio», en *Justicia 87*, n.º II, pp. 355 a 376.

Sobre los antecedentes de estos criterios en el derecho alemán, GÖSSEL, K. H.: «Principios fundamentales de las formas procesales descriminalizadoras, incluidas las del procedimiento por contravenciones al orden administrativo y las del proceso por orden penal, en el proceso penal alemán», en *Justicia 85*, núm. IV/1985, pp. 877 a 892.

b) El Ministerio Fiscal asumirá la labor investigadora de los delitos y faltas, en estas últimas en cuanto sea necesario (46). Los jueces y tribunales deben limitarse a cumplir su labor constitucional de «juzgar y hacer ejecutar lo juzgado» a tenor del artículo 117.3 de la Constitución.

c) Los jueces ejercerán la potestad exclusiva de adoptar las medidas que afecten a los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos, así como controlar el ejercicio reglado del principio de oportunidad efectuado por el Ministerio Fiscal, para que el ciudadano goce de la tutela judicial efectiva.

d) Las faltas no deben estar castigadas con penas únicas, especialmente cuando éstas sean privativas de libertad.

e) El juicio de faltas seguirá siendo predominantemente oral.

f) El principio acusatorio, ausente en la literalidad de nuestras leyes procesales en la regulación del juicio de faltas, deberá estar expresamente respetado en la futura regulación sobre la materia, siguiendo los criterios señalados por la jurisprudencia constitucional (47).

g) La apelación de las sentencias dictadas en primera instancia puede ser limitada en la forma detallada anteriormente.

V. CONCLUSIONES

Como resumen de lo expuesto, podemos concluir:

1.º) Resulta imprescindible, tanto por razones de fondo como para descargar el trabajo de los órganos judiciales, desarrollar un proceso despenalizador y descriminalizador, especialmente de las conductas castigadas en la actualidad como faltas en el Libro III del Código Penal.

2.º) La reforma sustantiva debe ir acompañada, para que tenga éxito, de una adecuada modificación del proceso penal. El juicio de faltas estará basado en los principios de oportunidad, acentuación de la actividad del Ministerio Fiscal, control judicial de cuantas medidas puedan afectar derechos o libertades de los ciudadanos, juicio verbal ante el órgano judicial competente, plena vigencia del principio acusatorio y recurso de apelación limitado contra las sentencias dictadas en primera instancia.

3.º) La organización judicial diseñada por la Ley Orgánica del Poder Judicial presenta graves dificultades para lograr la tutela judicial efectiva en esta materia. Las posibles medidas correctoras son complejas y, en ocasiones, conllevan soluciones de *lege ferenda*.

(46) LÓPEZ BORJA DE QUIROGA, J.: «El principio "El que instruye no debe juzgar" desde un punto de vista axiológico», en *Revista Poder Judicial*, junio 1983; LORCA GARCÍA: *Derecho procesal penal*, Madrid, 1973, p. 99; RUIZ VADILLO, E.: «La actuación del Ministerio Público en el proceso penal», en *Jornadas de Estudio sobre la Justicia Penal*, organizadas por el Consejo General del Poder Judicial, marzo 1987, texto mecanografiado, pp. 41 y ss.

(47) El Tribunal Constitucional ha declarado vigente el principio acusatorio en el juicio de faltas, entre otras, STC de 18 de abril y 4 de octubre de 1985.

Prevención del suicidio y sanción interna

HORACIO ROLDAN BARBERO

Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad de Córdoba

De los muchos enfoques posibles del suicidio, he elegido para este breve ensayo uno eminentemente jurídico-penal. Esta clara demarcación jurídica del presente estudio contiene, sin embargo, una cierta provocación a lo que normalmente se conoce por «derecho penal». Se trata de lo siguiente: frente al hecho aparential —el suicidio es una conducta *impune*—, sacar a flote todos esos aspectos estigmatizantes que, ya desde las mismas normas penales, ya desde normas ancladas en otros marcos jurídicos, hacen cuando menos temblar el inicial dictamen de la atipicidad del hecho suicida.

Cometido de este trabajo es, pues, rastrear por esas desvalorizaciones más o menos visibles, diseminadas por diferentes sectores normativos, para definir el puesto que ostenta el suicidio en el plano *jurídico*. Se verá así que el juicio desaprobatorio contra un hecho y contra su autor no sólo se canaliza a través de un acto de externalización del Poder —en su versión más rigurosa, el consistente en la previsión y subsecuente imposición de una pena—, sino que también se puede diluir, ocultar al primer golpe de vista y sólo ser divisado tras una paciente labor de enlace.

Las páginas siguientes deberán entenderse, por lo demás, como muestras expositivas de una recompuesta conciencia jurídica, y en absoluto —como podría acaso argüir algún malpensante— en la temeraria línea de una interpretación extensiva o analógica de los presupuestos penales.

I

En esta búsqueda por las interioridades de la *norma*, merece la pena comenzar por el recuerdo de cuando el suicidio dejó de ser un delito visible.

El proceso de impunidad de la conducta suicida se inició en el caso español —de manera armoniosa a la mayoría de los países europeos— con el nacimiento de la codificación ochocentista. Si dejamos de lado el espurio texto penal de 1822, decapitado antes de regir, fue el Cód-

go de 1848 el primero en apartar la automuerte del catálogo de delitos. Hasta entonces, una ley del siglo XIV, inalterada durante toda la época absoluta, informó la penalidad contra el que había dispuesto de sí mismo. Al suicida se le castigaba con la confiscación de bienes, pero sólo en el caso de que no tuviera herederos descendientes. Por costumbre, a dicha pena se le había sumado la infamante de colgar el cadáver, si el que se arrebataba la vida había sido previamente condenado a muerte (1). De todos modos, la ley sobre la confiscación de bienes debió entenderse ya abolida *de derecho* en todas aquellas fases de la primera mitad del siglo XIX regidas por un texto constitucional, pues en todas las Constituciones de ese período (Const. de 1812, 1837 y 1845) expresamente se prohibía la incautación penal del patrimonio.

Un inmovible silencio ha mediado siempre, en cambio, respecto a una posible penalidad para la tentativa de suicidio. Dicha falta de regulación podría explicarse —aparte de por otras razones que se apuntarán más tarde— por la prevalente concepción, durante el Antiguo Régimen, sobre la responsabilidad *objetiva*, según la cual si en el hecho no había resultado tangible, decaía la necesidad de reenviar a la subjetividad del agente.

A menudo se ha hecho contrastar la lenidad de este sistema penal —como el de otros países de la Europa continental— con el imperante durante mucho tiempo en Inglaterra. Todavía en los primeros años del siglo XIX se atravesaban en ese país los cuerpos de los suicidas con una estaca, antes de ser enterrados en una encrucijada, lugar considerado idóneo para evitar una temida reanimación del muerto. También estuvo en vigor en Inglaterra hasta 1873 el comiso de los bienes y ¡hasta 1961! se castigó, como *misdemeanour*, la tentativa suicida (2).

En dirección opuesta a la progresiva impunidad del hecho principal, cundió la medida en algunos países europeos, desde principios del siglo XIX, de tipificar la *participación* en el suicidio. En la legislación española se penalizó desde el Código de 1848 el auxilio y, desde el de 1928, también la inducción; asimismo, desde el primero de los Códigos citados se elevó a la categoría delictual el llamado auxilio ejecutivo al suicidio, variante punitiva, en cualquier caso, más emparejada con el problema del homicidio consentido.

Con la decisión de dejar impune el suicidio y, en cambio, regular como subrogado las formas de participación, la automuerte se separó formalmente de los hechos punibles; mas sería ilusorio pensar que por eso se despojó de toda su impronta maculante.

(1) J. MARCOS GUTIÉRREZ, *Práctica criminal de España*, Madrid, 1806, T. III, p. 65; F. GARCÍA GOYENAJ. AGUIRRE, *Febrero, o librería de jueces, abogados y escribanos*, 2.ª ed. corregida y aumentada por J. AGUIRRE y J. M. MONTALBÁN, Madrid, 1845, T. VIII, p. 165.

(2) Cfr., por ejemplo, G. SIMSON, *Die Suizidtat. Eine vergleichende Betrachtung*, München, 1976, p. 44.

II

Del mismo artículo 409 del CP queda claro que la autoaniquilación no es un hecho indiferente al legislador penal. La punición del auxilio y la inducción a una conducta inocua carecería de sentido político-criminal (3). Si son castigadas esas formas de participación al suicidio es porque el acontecimiento-base se desvalora social y, de manera subrepticia, también jurídicamente. La misma teoría general sobre la participación predispone a ese entendimiento. Se dice: si la acción principal no es antijurídica (y manejo aquí este término en un sentido bifronte: como elemento analítico de la teoría jurídica del delito y como conducta merecedora de sanción legal), mal podrá detraerse una responsabilidad para cooperadores e inductores. Este principio opera, de todos modos, en el derecho español a modo de corrección hermenéutica a la peligrosa equiparación a autoría regulada en el artículo 14 del CP. Según este precepto —como se sabe—, se *consideran* autores —aparte del *propio* definido en cada tipo legal de los Libros II y III del CP (4)— los coejecutores directos, los inductores (y forzadores) y los llamados cooperadores necesarios. Quiere decirse que, de no mediar una regla limitadora de carácter supralegal (5), podría responsabilizarse en todo caso al inductor al margen del inducido y al cooperador necesario con independencia del autor material. Las consecuencias rigurosas de la falta de todo principio corrector se plasmariam, desde otro punto de vista, en una ominosa libertad del legislador para establecer tipos especiales de participación abstrayéndose de la juridicidad o antijuridicidad del hecho principal. Mas este inicial arbitrio tropezaría con otro principio regulador de los cometidos jurídicos: el del carácter fragmentario del Derecho penal, conforme al cual el hacedor de normas penales está supeditado a la trascendencia de los intereses a defender y a la gravedad del ataque contra los mismos. Significa esto que, para los que influyen en los destinos del derecho español, la participación al suicidio merece por sí sola la consideración de conducta suficientemente disvaliosa para ser codificada como delito. Pero seguramente no encontraremos ningún caso de participación punible en el CP (prostitución, tráfico de drogas...) que no parta de una tabuización del hecho principal. Lo mismo sucede con el suicidio. Ocurre, sí, que por razones funcionales el repudio al acto propiamente dicho se verifica desde otras instancias, reservándose a la vía penal la criminalización de las conductas partícipes. Al realizar un viaje por el conjunto de las fuentes de donde brota la antinormatividad, encontraremos en regiones escondidas el rechazo a la automuerte. Tras ese hallazgo se comprenderá mejor cómo el legislador, pese a las aparien-

(3) De esta opinión, aunque otorgándole una proyección filosófica distinta a la que se desarrollará en este trabajo, F. F. OLESA, *Inducción y auxilio al suicidio*, Barcelona, 1958, pp. 9 y ss.; el mismo. «El suicidio y su investigación criminológica», en *Los delincuentes mentalmente anormales*, Madrid, 1961/62, pp. 478 y ss.

(4) Sobre esta interpretación del autor propio, en primer lugar, E. GIMBERNAT, *Autor y cómplice en Derecho Penal*, Madrid, 1966, pp. 215-221.

(5) Legalmente se limita, en cambio, en el derecho alemán, §§ 26 y 27.

cias, ha guardado también una elemental accesoriadad en la participación al suicidio: deduciéndola, no de un hecho antijurídico desde el punto de vista penal, sino de un hecho de *latencia antinormativa*. Sólo, pues, mediante miramientos de gabinete se podrá seguir manteniendo que el suicidio es una conducta indiferente al Derecho penal.

De otro lado: la teoría de los bienes *irrenunciables*, en cuya cima se encuentra justamente el bien *vida humana*, corrobora el aserto de la sombra delictual que acompaña al suicidio. Entre matarse a sí mismo y hacerse matar en el caso, por ejemplo, de enfermedad grave o incurable, no hay una sustancial diferencia axiológica y, sin embargo, sólo en la segunda variable procede, de acuerdo con el artículo 409, aplicar una pena. [Obviemos aquí una incursión a las honduras de sí, en ciertas dramáticas situaciones, el que acorta la agonía de un enfermo irremediable a voluntad de éste actuaría amparado por un estado de necesidad, lo que, en mi opinión, podría admitirse en atención a la magnificencia de derechos constitucionales tales como la dignidad humana —art. 10—, la libertad ideológica —artículo 16,1— y la libertad en general —artículo 17,1—, que contrapesarían el supuesto deber —como reverso al derecho a la vida del art. 15— de no delegar en otro el acortamiento de la aflicción (6)]. ¿Por qué se aplica por principio una pena sólo en este último supuesto? Pues porque en él hay destinatario a quien la norma pueda dirigirse. En el suicidio, por contra, desaparece con su vida el sujeto a sancionar. Pensárase que la auto-muerte es un delito *oculto*, que si acaso fuera época propicia cabría todavía contra ella una infamante penalidad *post mortem*, mas en la actualidad no puede infligirse por virtud del principio de la eficacia de la pena acompasado al espacio temporal de la existencia.

Uno se imagina entonces que la desvalorización del suicidio está como contenida en una esclusa, y por eso no inunda el terreno de la norma penal. Pero la cantidad de agua condensada es tan grande que el depósito necesita de orificios laterales por donde aflojar la presión. La imposibilidad de aplicar una pena a un cuerpo sin vida se simbolizaría en la esclusa; los orificios laterales representarían la premura de descargar el enervamiento en los partícipes.

Norma de museo —casi de ciencia-ficción en lo que se refiere a la inducción (7)— más que de práctica real, el artículo 409 recompensa

(6) L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Libertad de amar y derecho a morir*, 3.ª ed., Santander, 1929, pp. 168-170, se pronunció ya en tales situaciones de «homicidio piadoso» en favor del perdón judicial, a conceder según los motivos particulares y la falta de peligrosidad del agente.

Ahora, J. J. QUERALT, *Derecho Penal. Parte Especial*, Barcelona, 1986, T. I, pp. 8-9, plantea el problema desde el punto de vista de la colisión de deberes —deber de respetar la vida y deber de respetar la libertad—, pronunciándose por la preeminencia de este último. De *lege lata* cree, sin embargo, que con la redacción del art. 409 es difícil llegar a la exención completa.

(7) A. TORIO, «Instigación y auxilio al suicidio, homicidio consentido y eutanasia como problemas legislativos», en *Estudios penales y criminológicos*, IV, Univ. de Santiago de Compostela, 1981, p. 176, escribe: «La causación de la resolución de suicidarse en persona mentalmente madura y psíquicamente sana difícilmente puede tener realidad... Incluso cabe decir que la acción de quien pretende suscitar en otro una decisión

la rabia de la impotencia. ¿Cuáles son sus límites?, ¿qué debe entenderse por auxilio?, ¿qué por inducción? Para estas preguntas siempre habrá una respuesta teórica. Pero la cotidianeidad creará inquietudes sin tasa.

Como cualquier trabajo sobre la etiología suicida puede advenir, en una gran parte de las autoaniquilaciones concurren agentes externos a modo de cooperadores o motivadores. El futuro suicida no vive en una campana de cristal preservado de todo contagio exterior, y su acto final es consecuencia muchas veces de esa infelicidad que comunican sus semejantes. Es por eso que jurídicamente hay que poner un freno a la preocupante malla de hilos causales. La administración de justicia se hipertrofiaría si se procediera contra todos esos coadyuvantes, hipótesis ésta que, sin embargo, parece alentada por las reglas del Proyecto de 1980 y de la Propuesta de Anteproyecto de 1983, que con sumo cuidado han individualizado la forma mínima de la participación, la complicidad (8). Pero una fiscalización exhaustiva de los partícipes no se desea, pues se presiente que las ondas de la prospección —máxime con la posibilidad reconocida en doctrina y jurisprudencia del auxilio omisivo (9)— encanallarían las relaciones familiares, sociales o profesionales. Y, pese a todo, el auxilio y la inducción al suicidio están ahí, inamovibles en su ubicación legal, siendo aplicados por los jueces con la incertidumbre de una pistola encasquillada que se enmohece en el viejo desván: muy pocas veces dispara, pero cuando lo hace no puede saberse a quién le impactará.

Un análisis de la jurisprudencia nos confirmará semejante impre-

suicida presenta las propiedades de los procesos causales atípicos, en los que la acción no puede introducir ningún peligro real de que el resultado sobrevenga». No obstante este agudo razonamiento, el citado autor considera fundada la tipicidad de la inducción al suicidio en aquellos casos en que hayan mediado acciones preparatorias, fantasías suicidas y signos interpretables como un *Appelsuizid*, y el agente desequilibre definitivamente la situación, produciéndose el acto ejecutivo del suicidio. Una tal situación no puede calificarse, a mi parecer, como inducción al suicidio, pues se olvida la existencia de la voluntad previa de autoaniquilación. La instigación consiste precisamente en arrancamiento de esa voluntad hasta ese momento inexistente.

(8) Críticamente también, TORIO, «Instigación y auxilio al suicidio», pp. 182-183.

(9) Según doctrina dominante, la virtualidad del auxilio omisivo al suicidio depende de la existencia de un *deber de garantía* entre el agente y la víctima. Fuera de este caso, el precepto a aplicar si ha mediado una omisión sería el art. 489 bis relativo a la omisión al deber de socorro. Este criterio diferenciador lo propuso por primera vez G. RODRÍGUEZ MOURULLO, «Omisión del deber de socorro y auxilio al suicidio», en *Rev. Fac. D.ª Univ. Mad.* 1961, p. 355, lamentando que en la sentencia que comentaba de 8-XI-1961 no hubiera llegado el T. S. al auxilio omisivo al suicidio por la vía de los deberes de garantía. Cfr., por lo demás, E. GIMBERNAT, «Inducción y auxilio al suicidio» (1974), en *Estudios de Derecho Penal*, 1.ª ed., Madrid, 1976, p. 172, y, en manuales, DEL ROSAL/COBO/R. MOURULLO, *Derecho Penal Español. Parte Especial*, Madrid, 1962, pp. 267-268; F. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, 6.ª ed., Sevilla, 1985, p. 55; M. BAJO, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Delitos contra las personas*, Madrid, 1986, p. 92; J. BUS-TOS, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, Barcelona, 1986, p. 47.

El T. S. había aplicado por primera vez el tipo de auxilio al suicidio en un caso de participación omisiva (S. 23-VI-1916) al margen de la teoría de los *deberes de garantía*. Ello se debió a la inexistencia en aquel tiempo del delito de omisión al deber de socorro del art. 489 bis —introducido por Ley de 17 de julio de 1951— y, sobre todo, a la escasa elaboración de la teoría de la omisión en el Derecho Penal.

visión: El terreno mejor abonado a la aplicación del artículo 409 ha sido el llamado *doble suicidio* con supervivencia de un solo miembro de la pareja. Cierto que cada uno de los casos enjuiciados revestía particularidades propias: o bien el amante, tras el suicidio de ella, no se atrevió a cometer el suyo (10); o bien saltó con ella a un precipicio, resultando milagrosamente sólo con heridas leves (11); o bien selló la pareja su amor mediante un *entrecruzamiento de actos autoaniquiladores* (12). Esta breve casuística está conducida, sin embargo, por un hilo común: la aprehensión de un «chivo expiatorio» en el que justificar la norma del artículo 409. Este precepto se activa sólo ante la presencia de un bulto bien visible —aparte de la pregunta de cuáles fueron las intenciones reales de ese bulto— sobre el que echar la red. Si éste no se dibuja en su incontestabilidad física, razones de oportunidad recomiendan ocultar el dedo acusador.

Y, sin embargo, el artículo 409 cumple una función de contención ante posibles puentes especulativos que afectarían al partícipe más gravemente: singularmente, los de relacionar el auxilio omisivo (e incluso el activo) y la imprudencia con el homicidio del artículo 407.

Si no existiera una norma como la que tipifica expresamente el auxilio al suicidio, cabría el peligro de castigar, a través de una hermenéutica tortuosa y extensiva, la forma omisiva como homicidio. Esta posibilidad, que no resultaría serio plantearla siquiera en el ámbito del derecho español —distinto es el caso de la autoría mediata por acción (13)—, acecha sin embargo en algunos ordenamientos extranjeros donde la participación al suicidio se muestra impune. No puede dejar de escocer la sensibilidad jurídica que un sector de la jurisprudencia alemana, aun admitiendo la atipicidad de la conducta activa, se ceban con el partícipe por omisión, parangonándolo, a falta de norma especial, al grado de *homicida*. El mecanismo por el que llegan a semejante atentado contra los cánones de una interpretación mesurada no es otro que el de asignar al omitente garante el *dominio del hecho* desde el momento en que el suicida se desvanece y aquél no hace nada por impedir el desenlace (14). [Y aún más agresiva a la fiabilidad jurídica es la opinión sostenida por algunos autores alemanes que, en abierta pugna al principio de legalidad, quieren castigar por homicidio, bajo el reclamo de la *antijuridicidad* del hecho suicida, tanto al partícipe omisivo como al activo (15)].

(10) S. 23-VI-1916.

(11) S. 8-X-1927, que casó, sin embargo, la sentencia condenatoria de la Audiencia de Oviedo.

(12) S. 15-XII-1977, que castigó por auxilio ejecutivo al suicidio (!).

(13) Cfr. A. TORIO, «La noción jurídica del suicidio», en *Estudios de Derecho público y privado en homenaje a I. Serrano*, Valladolid, 1965, pp. 662-663, que entiende por eso que el *suicida* del art. 409 ha de ser un imputable; en otro caso habría un homicidio por autoría mediata (ej. instigación al suicidio a un subnormal).

(14) Para la crítica a esta jurisprudencia, W. GALLAS, «Strafbares Unterlassen im Fall einer Selbstötung» (1960), en *Beiträge zur Verbrechenslehre*, Berlín, 1968, pp. 165 y ss.; W. Böttke, *Suizid und Strafrecht*, Berlín, 1982, pp. 57 y ss.

(15) Sobre todo, E. SCHMIDHAUSER, «Selbstmord und Beteiligung am Selbstmord in strafrechtlicher Sicht», en *Festschrift für Welzel*, Berlín/Nueva York, 1974, pp. 801 y ss.;

La circunstancia de que en el derecho español, si no mediara una tipificación expresa y atenuada, y no obstante la incodificación de los deberes de garantía (16), hubiera podido haber intérpretes que recomendaran semejante criterio, permite rendir algún tributo a la decisión de penalizar directamente el auxilio al suicidio.

Y lo mismo podría indicarse respecto a la participación omisiva por imprudencia. También aquí la jurisprudencia alemana ha castigado ocasionalmente por homicidio imprudente al garante negligente en el suicidio: por ejemplo, al homosexual que no hizo nada por auxiliar a su compañero que había ingerido gran cantidad de pastillas para dormir, pues creyó que su intento de suicidio no era serio (17). Que un tal hecho —dejando aparte la pretensión encubierta de sancionar la condición de homosexual del enjuiciado— no merecería en el derecho español la estigmatización del homicidio —imprudente— (18), es algo que se debe también a la autonomía legal del auxilio al suicidio.

Todas estas veleidades interpretativas no son sino flujos de una conciencia que a menudo emerge de la entumecida indiferencia. Su ocasional reconocimiento opera como ariete desmitificador de esa ilusión por la *autorresponsabilidad* del hecho suicida, en que holgarían las interferencias jurídicas (19). El armazón discursivo contiene las suficientes armas para desafiar cualquier tesis sobre su inocuidad. La punición esporádica y aritmica del partícipe —bien por la norma especial del auxilio, bien, allí donde aquélla no existe, por la del homicidio— opera al modo de recordación de dos gratas falacias a la sociedad contemporánea: combatir difusamente la automuerte mediante una política furtiva de responsables indirectos y macular de manera soterrada la autoaniquilación individual en un proceso galopante de autodestrucción colectiva.

también, R. D. HERZBERG, *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*, Berlín, 1972, pp. 265 y ss. Para la crítica de estas posiciones, especialmente C. Roxin, «Die Mitwirkung beim Suizid —ein Tötungsdelikt?», en *Festschrift für Dreher*, Berlín/Nueva York, 1977, pp. 331 y ss.

(16) Como ocurre, desde el 1 de enero de 1975, en el *StGB* alemán, en que se introdujo un nuevo §13 que fijaba los principios —en verdad, de forma no muy expresiva— por los que debían regirse los delitos de comisión por omisión: el *deber jurídico* de evitar el resultado y la correspondencia de un tipo penal por acción. Véase SIMSON, *ob. cit.*, p. 75, que califica este precepto de «cláusula general».

(17) Referencias en BOTTKE, *ob. cit.*, p. 72.

(18) La doctrina española dominante opina, con razón, que, dada la estructura final del art. 409, debe descartarse también el auxilio *imprudente* al suicidio. Cfr. DEL ROSAL/COBO/R. MOURULLO, *ob. cit.*, p. 270; J. M. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español. Parte Especial*, 9.ª ed., Madrid, 1983, p. 68; MUÑOZ CONDE, *ob. cit.*, p. 67; BAJO, *ob. cit.*, p. 92; BUSTOS *ob. cit.*, p. 47; QUERALT, *ob. cit.*, p. 23.

(19) La tesis de la autorresponsabilidad (*Eigenverantwortlichkeit*), o del espacio preservado a la valoración jurídica (*rechtsfreier Raum*), o de la no-prohibición (*Unverbotensein*), se ha concebido por algunos autores alemanes para hechos que no son ni jurídicos ni antijurídicos. Aplicaciones de esta teoría para el suicidio: Gallas, *ob. cit.*, páginas 174 y ss.; de conformidad con éste, A. KAUFMANN, «Rechtsfreier Raum, und eigenverantwortliche Entscheidung», en *Festschrift für Maurach*, KARLSRUHE, 1972, p. 332.

III

Si en el derecho común la sanción contra el suicidio se halla oculta mediante principios tales como el de la relevancia del hecho en la comunidad social o el de la oportunidad de la pena, allí donde perduran vahos de trascendencia emerge hasta la exterioridad el desvalor de la conducta suicida. Me estoy refiriendo al ámbito del Derecho canónico.

Las penas previstas en esta legislación —desaparecidas, sin embargo, en su irradiación extraprofesional con el nuevo CDC de 1983— han cumplido una función de castigo *moral* contra el cuerpo exangüe del que se arrebatada la vida o, expresado con mayor propiedad, contra su alma pecaminosa, a la que, a falta de objeto físico, era aún posible punir.

El catálogo de sanciones ideado hasta la comentada reforma abarcaba desde la negación de sepultura en tierra *sagrada* hasta la prohibición de trasladar el cadáver a la iglesia y de ofrendarle misas exequiales. Estos castigos respondían a un antejuicio al ánima previo al juicio definitivo para la eternidad. Hasta la ocultación del cuerpo sin vida del suicida, los representantes de Dios en la tierra se reservaban la facultad de imponer una penalidad de naturaleza bifronte: retributiva, por el mal causado, y medicinal, como advertencia para otros.

En el plano doctrinal se han venido justificando las diferentes sanciones eclesiásticas por el carácter de *delito contra Dios* que revestía el suicidio (20). El que se quitaba la vida —se argüía— no sólo cometía un hecho reprobable contra la sociedad, sino antes bien contra el orden sabio de la divinidad: al ser la vida un don concedido por Dios, sólo a El correspondía retirarlo.

Históricamente, cuando se suprimió la pena *civil* contra los suicidas, en los albores de la codificación penal del siglo XIX, un argumento muy al uso fue el de la mera reprobación *moral* —y no también jurídica— que merecía el acto del que disponía de sí mismo (21). La destipificación de la automuerte estuvo, pues, en el origen de la intrincada distinción entre el Derecho y la Moral. Al primero debía quedar reservada la ordenación de la vida social; mientras que la segunda informaría espiritualmente esa misma vida y su proyección extraterrena, pero sin que las infracciones a ella debieran ser sancionadas por un juez terrenal. La iglesia se supeditó por principio a la administración de la Moral (para lo que, en el caso del suicidio, no tuvo que esperar precisamente a una renuncia estatal, pues desde San Agustín se había verificado ya el cierre de filas contra la auto-elusión, y desde el Concilio de Arlés, en el año 452, pasó a ser reputado como crimen),

(20) Véase, N. SICARS, *El suicidio jurídicamente considerado*, Barcelona, 1902, pp. 91 y ss.; C. SALICRÚ, *Análisis del suicidio*, Prólogo de M. SERRA, Barcelona, 1924, pp. 49 y ss. OLESA, «El suicidio y la investigación», p. 478, lo calificó de «conducta contraria al orden óntico».

(21) Así, MARCOS GUTIÉRREZ, *ob. cit.*, T. III, pp. 64-65; J. F. PACHECO, *El Código Penal concordado y comentado* (1849), 4.ª ed., Madrid, 1870, T. III, pp. 31-32.

y el Estado, pretendidamente separado de aquélla tras un largo proceso de secularización, hizo lo propio con la del Derecho. Surgió entonces una diferenciación entre crimen *jurídico* y crimen *moral* que conllevaba un pacto implícito —nunca por cierto puntualmente observado— de no intervención en esferas ajenas. La despenalización civil del suicidio fue, por tanto, resultado de una inhibición estatal en favor del brazo eclesial, afín a la que, aunque en dirección inversa, realizara otrora la Inquisición hacia el poder secular sobre determinados sentenciados a muerte.

Por circunstancias políticas bien conocidas, de todos los países de la Europa occidental, ha sido España donde el revoltijo entre Derecho y Moral o, para huir de tan espinoso terreno, entre competencia civil y eclesial se ha enseñoreado más a sus anchas. De tal suerte que la legislación canónica —refrenada en otros lugares en su fuerza expresiva mediante la ausencia de definición estatal en materia religiosa— se ha encumbrado entre nosotros, durante el largo período de la autocracia franquista, al rango de código *universal*. Su aupamiento jurídico se lo otorgó la expresa proclamación de confesionalidad católica impuesta a la nación en la leyes fundamentales (art. 6 del Fuero de los Españoles de 1945, art. 1 de la Ley de Sucesión de 1947, y art. II de la Ley de Principios del Movimiento Nacional de 1958). Lejos de ser, pues, una ley restringida en cuanto a su aplicación subjetiva, la norma canónica ha entrado a saco en su aplicación hasta la Constitución de 1978 y legislación concordante, que pusieron término al paterino orden de la vasta postguerra.

Pero no sólo ha sido derecho común la norma canónica por un reconocimiento implícito de universalidad expedido desde una ley fundamental. En materias tales como la matrimonial o la mortuoria ha mediado desde antiguo un costumbrismo de adherencia apenas interrumpido durante la guadanización de los períodos jurídicamente aconfesionales. Lo que ha coadyuvado a que la privación del rito católico en el pasaje final, aun para familias tibias en materia religiosa, se impregnara de un claro tinte deshonorante.

Consecuentemente, en materia de cementerios se ha operado una verdadera colonización eclesial (22). En muchas poblaciones, ante semejante expansionismo, la aplicación de la sanción canónica no ha estribado en un reenvío del cuerpo exánime al subsuelo profano, sino en la desafiante duda de enterrarlo en el único recinto ordenado a tal fin o de desterrarlo del mismo, con flagrante colisión a las normas generales de inhumación.

Y, por un reflejo indirecto, esa colisión ha comenzado ya por relajar la aparente exhaustividad de la sanción. Esta, muy lejos de ser respuesta causal a un acto, se ha aplicado de forma errática; no sólo, desde luego, por el preludiado conflicto normativo, sino también por la

(22) Arropada por la misma legislación franquista. La Ley de 10-XII-1938, que abrogó la republicana de 30-I-1932, reimplantó el sistema de tapiado para separar la parte católica de la civil en el cementerio y, asimismo, mandó la devolución a la Iglesia de la propiedad de los antiguos cementerios parroquiales incautados por los municipios.

vigencia en el orden canónico, junto al de legalidad, del principio de *arbitrariedad* (Can. 2220 y ss. del CDC 1917). Principio éste que, como no era dable esperar otra cosa, ha sido zarandeado por los canonistas de forma bastante grosera. Se dirá que en asunto de ideas, de fe, de intenciones, no se puede operar con la taxatividad de los hechos exteriorizables. Pero de ahí a no fijar unas mínimas pautas de actuación e introducir —junto a la ya tipificada de actuar sin deliberación— causas de exención tan aleatoriamente interpretables como la posición económico-social y la ascendencia de la familia del suicida sobre el párroco o bien la supuesta publicidad del hecho (23), existe un salto de muchas varas.

El zigzagueante uso de la sanción eclesial contra el suicida ha llevado a su desprestigio. La reforma canónica de 1983 ha sido consecuente con la medida de ese desmerecimiento y también con los nuevos vientos sociales que inocularizan cualquier definición categórica en tan espinoso asunto. ¿Por qué el suicida merece por principio un *antejuicio condenatorio*? El aluvión psiquiátrico y asistencial de las nuevas sociedades tiende más bien a ubicarlo —siquiera a efectos programáticos— en esferas de irresponsabilidad individual; no por ninguna conquista científica especial, sino por una medición aproximada de los pulsos ambientales que dominan a los sujetos atomizados. De otro lado, en la mayoría de los países de la órbita católica, con las órdenes dadas para la demolición del tapiado que deslindaba cementerios civiles y católicos y con el asentamiento del principio de no discriminación en materia mortuoria (en el caso de España, desde la Ley 49/78, de 3 de noviembre), la sanción canónica se hallaba maniatada.

Por todo ello, el nuevo CDC ha captado adecuadamente la necesidad de retirarse a su esfera doméstica y limitar el castigo contra el que intenta suicidarse —pues la automuerte sigue mereciendo la reprobación eclesial— a la irregularidad para profesar los hábitos religiosos. Todo sector profesional debe gozar de un margen de discrecionalidad para disciplinar la conducta de sus *asociados*, pero es extemporánea pretensión —como ocurría en el viejo código canónico— irradiar el apotegma local a quien no desea asociarse.

(23) ALONSO LOBO/MIGUÉLEZ DOMÍNGUEZ/ALONSO MORÁN, *Comentarios al Código de Derecho Canónico*, 7.ª ed., Madrid, 1963, T. II, pp. 838-839, escribían: «Supongamos que una joven de *buena familia* tuvo un desliz, y al experimentar las consecuencias y ver frustradas las esperanzas de contraer matrimonio con su cómplice, es tal la pena que la oprime ante el pensamiento de la vergüenza que le produciría si el público se entera de su desgracia, que adopta el criminal acuerdo de poner fin a sus días y lo realiza *en secreto*. Sus familiares, al enterarse del infausto suceso, acuden al párroco y le suplican que no le niegue la sepultura eclesiástica, *asegurándole que no llegará a conocimiento de nadie aquel infortunio*».

Es indudable que en tales circunstancias no se debe privar de la sepultura eclesiástica, puesto que negándola, *se haría pública la deshonra* (!), contra el principio de que todos tienen derecho a la fama mientras no se pruebe que han cometido un acto por el cual la pierden. Y en el caso propuesto no hay tales pruebas o, por lo menos, no son del *dominio público*, ni hay peligro de que el hecho *se divulgue*, toda vez que las personas enteradas tienen sumo empeño en que permanezca oculto (!!). (Subrayados aparte). Sin comentarios.

IV

La fuerza que balancea la desvalorización jurídica del suicidio no deja de presentar sus acmés. Una de esas alzas denigrativas la encontramos en el ámbito procedimental.

España pertenece al grupo de países en que el registro suicida depende de un acto judicial (24). La competencia al juez instructor le viene concedida por el artículo 248 LECrim. El proceso que se sigue a partir de aquí y hasta la publicación de los datos es el siguiente: el instructor informa de los sumarios.—ya que, como se verá más adelante, el suicidio se incoa sumarialmente— a la Audiencia y ésta, tras rellenar el llamado *Boletín de suicidio*, donde se incluye un cuestionario sobre el sexo, la edad, el estado civil, la instrucción, el lugar, la causa, el modo, etc., lo remite a la Delegación Provincial de Estadística, que se encarga, a su vez, de mandarlo a la Central de Madrid.

El número de automuertes que se anuncian oficialmente en el país es resultancia, por tanto, de la concepción que el juez de instrucción tenga sobre la muerte propia o, mejor, sobre aspectos estructurales de ésta —intenciones, causalidad, modos de ejecución. Estos componentes quedan a menudo empañados a los ojos del juez por la fluidez de la frontera entre suicidio y accidente. Ante algunas muertes ocurridas por despeñamiento o asfixia, la inescrutabilidad de las intenciones del agente y la falta de pruebas objetivas frenarán al instructor en su pensamiento de hallarse en presencia de una automuerte. Mientras más frecuentes sean estos casos de duda, menor será el número de suicidios registrados. Por otro lado, la judicialización del suicidio puede afectar también al problema cuantitativo del fenómeno si se demuestra que este conocimiento del juez inhibe a la denuncia y alienta, por contra, a la ocultación del hecho.

Al ser una conducta atípica, la autoaniquilación podría haber sido documentada meramente a través de un certificado médico que atestiguará en el Registro Civil la causa exacta del deceso, requisito éste que, en cualquier caso, se precisa en el derecho español, si bien de manera complementaria (artículos 85 LRC y 274 RRC). La suficiencia de este expeditivo procedimiento, aun con su mayor riesgo de falsificación de los resultados debido a las incontables multiplicaciones del *amiguismo* en el país —no del todo ausentes en el procedimiento judicial— hubiera aliviado, de alguna manera, la censura oficial contra el que dispone de sí mismo.

La razón técnica que justifica la formalización del suicidio mediante un *sumario* es la existencia de «una muerte violenta o sospechosa de criminalidad» (artículos 340 y 343 LECrim.). A partir de esta rúbrica se ha plasmado una práctica judicial que reconduce por principio

(24) Para una clasificación de los distintos procedimientos de registro suicida, ya Halbwachs, *Les causes du suicide*, Prólogo de M. MAUSS, París, 1930, pp. 19 y ss. Incluye HALBWACHS en el grupo de España también a Inglaterra, país que urgía de esta fórmula judicial al reputarse como *misdeemeanour* la tentativa suicida. Mayor información sobre el *coroner* inglés en S. TAYLOR, *Durkheim and the study of suicide*, London, 1982, pp. 66 y ss.

a la instrucción sumarial todo suicidio consumado (antes de la Ley 3/1967, de 8 de abril, que estableció el procedimiento de urgencia para ciertos hechos no graves, mediante el trámite de las *diligencias preparatorias*, también se incoaba sumario para la tentativa). La auto-muerte queda así equiparada, en los usos del foro, al deceso violento y/o al sospechoso de criminalidad.

Sin embargo, el afloramiento del término «muerte violenta», como un sumando al de «sospechosa de criminalidad», procura una extensión a la fase de instrucción no captada en la definición teleológica de sumario ofrecida en la ley procesal (artículo 299 LECrim.). Según dicho concepto, la instrucción sumarial tiene por fin la averiguación y la constancia de la perpetración del *delito*; con arreglo a la misma, un sumario por suicidio sólo debería abrirse por principio en el caso de «muerte sospechosa de criminalidad». La posibilidad de incoarlo también por «muerte violenta» supone una licencia suplementaria —y discutible— concedida por la ley de procedimientos al juez penal, que sitúa a éste más allá de su función de árbitro investigador de *delitos*. Con ella, la LECrim. desborda, en este ámbito de la instrucción, el concepto *sustantivo* de infracción punible recogido en el artículo 1 del CP.

¿Es obligada esta interpretación hoy absolutamente impuesta en la práctica del foro? A no dudarlo, desde luego, si ante el hecho aparente suicidio resultan de la inspección ocular y del dictamen médico indicios de criminalidad: presuntos delitos de parricidio, asesinato, homicidio, auxilio al suicidio. [Hipótesis ésta que, según mi propia experiencia de la consulta de 180 expedientes (24 bis), no se verificó ni en un solo caso, por lo que no hubo necesidad de abrir el juicio oral]. Pero no es tan evidente que sea preceptiva la incoación sumarial si ante el hecho suicidio no se colige ningún rastro delincencial. Si en la práctica esta razonable duda se soslaya, *sumarizándose* por regla todas las automuertes, es porque la medicina legal ha enseñado a embutir el *suicidio* —término, por cierto, inmencionado en la ley procesal— en la categoría de la «muerte violenta». El saber forense ha acuñado un criterio *fisiológico* para distinguir la muerte violenta de la natural, criterio éste que a menudo daña el sentido gramatical de los términos (por ej., el proceso destructor del cáncer acarrea una muerte más *violenta* que el suicidio por ahorcadura, operación por lo general de gran simpleza). Para los médicos legistas, *natural* es la muerte consecuencia de procesos morbosos del organismo: infecciones degenerativas, circulatorias, tumorales; mientras que la muerte *violenta* supondría la presencia de una fuerza extraña al normal soma del individuo (25).

Si la medicina legal resuelve de esta forma tan apodíctica el ele-

(24 bis) Correspondientes a la comarca de la Contraviesa o Alpujarra Baja, en la parte suroriental de la provincia de Granada. Fuente: Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Orjiva (Granada). Mi agradecimiento a Juan Carlos Terrón y José Luis Tapia, juez y secretario, respectivamente, de dicho Juzgado cuando realicé la consulta. Periodo: 1939-1983.

(25) FIGA/AZNAR/COLLANTES, *Medicina forense*, s.f., T. I, p. 765; J. A. GISBERT CALABUIG, *Medicina legal y toxicología*, 2.ª ed., Valencia, 1983, pp. 311-312.

mento cultural de la «muerte violenta», ya no hay lugar a discutir que el sumario sea el fajo de papeles donde se debe formalizar toda auto-muerte..., al igual que lo debe ser para todas las muertes resultancia de riadas, despeñamientos, terremotos, huracanes... o desastres nucleares (26). Que todo razonable instructor rechazaría esta —en la medida de su apiñamiento— sobrecarga de trabajo, con la perentoriedad además de ordenar la autopsia de todos los fallecidos por el accidente, demuestra que el concepto de «muerte violenta» queda acotado a casos muy particularizados, entre los que el suicidio se halla, desde luego, en un primer plano.

La praxis judicial española conlleva a los siguientes resultados: 1. El suicidio se instruye como si fuera un delito; por razones obvias, se trata de un delito cortado en su iter procesal al no requerir ni juicio oral ni sentencia, abonándose su sumario al llamado sobreseimiento libre —hecho «no constitutivo de delito» (art. 637,2 de la LECrim.); 2. El suicida sufre la degradante práctica de la autopsia —operación ésta tan inexcusable, según un riguroso art. 343 de la LECrim., como inoportuna en la mayoría de las ahorcaduras, medio de ejecución todavía dominante en España—, al renunciarse a otros procedimientos de averiguación menos afrentosos; por el empecinamiento de ley y práctica en la autopsia, uno llega a pensar si no se pretende otorgar una cobertura *científica* a esos antiguos usos, imperantes en algunos países, de despedazar el cadáver del suicida a manera de castigo ejemplarizador; 3. La familia y los testigos sufren la pesquisa judicial, no excusándose en muchos casos —sobre todo en ciertas comunidades rurales donde la figura del juez se representa con una majestuosidad ininteligible— un cierto halo deshonorante.

Por el carácter rutinario de estos trámites se desposee al suicidio de gran parte de su desvalorización inicial. Pero, precisamente, esa rutina, subida de tono en algunas comunidades donde impera un marcado costumbrismo en la finalización voluntaria de la existencia, que no aspira a descubrir nada nuevo —tampoco una posible responsabilidad penal—, sino a amontonar letra mecanografiada, antes manuscrita, que viene a expresar en diferentes *jergas* (guardia civil, forense, oficial narrador) lo que ya todo el mundo sabía: que el muerto se había arrebatado la vida, obliga cuando menos a buscar una razón de semejante asonada. Las formalidades no son tan inútiles como una superficial crítica a la burocracia puede hacer creer. En su bostezo sirven de recordación de esos sentimientos adornados: los que exigen una graduación y un ritual distintos en la muerte. La diversidad de escenografías impide el exabrupto paritario entre la muerte lenta, dolo-

(26) La subsunción de la muerte suicida y la accidental en la categoría de la *muerte violenta* se encuentra además en desarmonía con la tajante distinción de muertes —natural, accidental, suicida y homicida (NASH)— codificada en la Organización Mundial de la Salud. Cfr. sobre esta distinción, E. S. SHNEIDMAN, «Suicidio», artículo comentado en sus diversas partes por J. D. DOUGLAS/E. S. SHNEIDMAN/N. L. FARBEROW, en *Enciclopedia internacional de las ciencias sociales* (1968), dirigida por D. L. SILLS, ed. española, 1979, T. X, p. 202.

rosa, por decrepitud, y la rauda, descortés y —según nuestros médicos forenses y, por mimetismo, nuestros jueces— *violenta*.

V

Mas volvamos al plano sustantivo: se había señalado antes que la ausencia de objeto penal impide dirigir la sanción contra el suicida. ¿Por qué entonces no se reprime la tentativa? Aquí no desaparece, en efecto, el sujeto de la conducta desvalorizada. Si la muerte es razón capital de la atipicidad del suicidio, parece que el legislador pierde la ocasión de prever una pena allí donde el sujeto no ha puesto fin a sus días. [La jurisprudencia ha castigado a veces, de todos modos, como participe de un suicidio al que intentó sin éxito matarse, olvidándose así de lo que sanciona el artículo 409 del CP (27)].

Dos argumentos podrían valer en principio para explicar el aparente «descuido».

En primer lugar, un argumento *técnico-jurídico*: la tentativa se concibe en el CP en una relación de dependencia o accesoriedad respecto a la consumación. Si el hecho consumado no se castiga, tampoco debe procederse contra el frustrado. Así como el legislador español no se ha sentido dominado por una estricta regla de la accesoriedad en la participación —hay casos, como se ha visto, de no accesoriedad en la Parte Especial—, si se ha visto implícitamente atado a ella —fuera de los llamados delitos de emprendimiento— en materia de formas imperfectas de ejecución: ningún hecho tentado se castiga en el código si no aparece arropado por una general punición del consumado.

Y, en segundo lugar, un argumento *criminológico*: la atipicidad de la tentativa se justificaría en el bajo índice de su detección. Según se afirma, el número de tentativas dobla varias veces, en la realidad, al de suicidios consumados; sin embargo, de las estadísticas resulta que el registro de aquéllas es sobre diez veces inferior al de éstos (28). Los datos de los últimos años son suficientemente expresivos: en 1980, frente a 1.382 suicidios consumados se oficializaron 176 tentativas; en 1981, 1.297 de los primeros frente a 138 de las segundas; en 1982, 1.266 y 113; y en 1983 —último año publicado—, 1.606 y 140 (28 bis). Bien por la no producción siquiera de lesiones, bien por la curación de éstas sin transcendencia, lo cierto es que la tentativa suicida muy pocas veces llega al conocimiento del juez instructor (29).

(27) Cfr. notas 11 y 12.

(28) Cfr. M. BARBERO, *El suicidio. Problemática y valoración*, Madrid, 1966, pp. 33-34, con indicaciones de otras deficiencias de la Estadística española..

(28 bis) Fuente: *Anuario Estadístico de España*, año 1985.

(29) El juez de instrucción acostumbra a vehicular por el trámite de las *diligencias preparatorias* de los artículos 790 y ss. de la LECrim. las tentativas que llegan a su conocimiento. Tal proceder pugna, sin embargo, con el presupuesto procesal establecido en el artículo 779 LECrim. para la entrada en liza del procedimiento de urgencia. Dicho procedimiento se concreta a los *delitos flagrantés* castigados con una pena no superior a la de prisión menor y a los *delitos flagrantés* hasta una pena no superior a la de prisión

Uno y otro razonamiento —el jurídico y el criminológico— dejan, sin embargo, inaclorado el verdadero fundamento de la impunidad.

La explicación técnica confirma una dogmática —en el CP la tentativa está subordinada a la consumación, pero no se constituye en *causa* de que el suicidio frustrado quede impune. Tampoco el argumento criminológico justifica sin más la atipicidad de la tentativa suicida. El CP contiene no pocos delitos cuya persecución carece muy a menudo de eficacia y, sin embargo, permanecen codificados, porque los intereses tutelados con la sanción penal se consideran —siquiera a título de advertencia— de inexcusable protección. A la hora de configurar conductas como delitos, en la fase legislativa no se toma en cuenta —al menos como criterio preferente— su grado de aprehensión por los órganos del control social, sino fundamentalmente la gravedad intrínseca de las mismas. De esta prevalente valoración se infiere que la tentativa al suicidio no ha merecido, en efecto, a diferencia de lo que ha sucedido con la participación, la calificación de hecho suficientemente grave.

Mas acaso no convenga detenerse aquí y contentarse con la vieja cantinela de la fragmentariedad de los tipos penales. Probablemente, si se desciende el punto de mira a geografías subyacentes, puedan encontrarse explicaciones cabales de la impunidad de la tentativa.

A tal fin deben seguirse los pasos del que intenta suicidarse. Ya se ha dicho antes que la automuerte frustrada rara vez se judicializa, pero no es tan infrecuente, sin embargo, el control médico de la misma a través de su rebajamiento a los síntomas de las enfermedades mentales (30). Será, pues, esta ruta médica la que resulte aleccionador seguir.

En la sociedad contemporánea, la psiquiatría ostenta un papel muy preciso en la prevención/represión del suicidio. Sus funciones se proyectan desde luego no sólo sobre ese estadio previo a la consumación, sobre ese abatimiento exteriorizado mediante un acto, sino, en general, sobre las tendencias internas de finitud. Es más: de acuerdo a su código deontológico, al médico no le interesa tanto el hecho objetivo —un principio de ejecución— como esa subjetividad que bulle dolorosa. Empero la objetividad de la conducta le será al terapeuta un fiable asidero en su decisión. Por eso él, más que el juez, más que cualquier otro profesional, se convierte en principal conocedor de esos proyectos fracasados de autoaniquilación. A su encuentro acude el suicida frustrado, bien por su propia voluntad, bien aconsejado por su familia o algún amparador; y a partir de ese contacto se crea una relación de sujeción que presenta perfiles tutelares/castigadores. Hasta qué punto se coloreará de uno u otro carácter dependerá de asuntos varios que pueden bascular desde la inclusión del paciente en una de-

mayor. Evidentemente, el tratamiento otorgado por el juez de instrucción a la tentativa al suicidio equivale a identificarla con uno de esos delitos del artículo 779.

(30) Por ejemplo, el conocido psiquiatra E. RINGEL, «Selbstmord», en *Handwörterbuch der Kriminologie*, Berlin, 1975, T. III, p. 142 sentencia: «Debe considerarse como de absoluta necesidad el que un paciente que ha ejecutado una acción de suicidio sea reconocido psiquiátricamente».

terminada categoría psiquiátrica hasta la capacidad contractual de él o de su familia.

Para un amplio sector de la psiquiatría, el internamiento —como medio más severo de cura— es una medida irrenunciable para sujetos catalogados como enfermos graves: esquizofrénicos, melancólicos contumaces en su designio de autoaniquilarse... (31). Resulta así que, en su opinión, contra determinados sujetos acechados por el desvarío de matarse, el más eficaz recurso para mantenerlos con vida es privarlos de libertad. De esta forma, se detrae al tradicional órgano de distribuir los recursos de encierro, el juez —hasta fechas no muy lejanas, también la autoridad gubernativa—, una parte de su poder segregador. Claro que el fin último que perseguirá el internamiento no será otro que el benéfico de la curación.

¿Qué marco jurídico cubre esta facultad hospitalizadora? A la especie de los suicidas frustrados, como sujetos potencialmente internables, y a los médicos que los tratan, les ha sido de aplicación, hasta su derogación por la Ley 13/1983, de 24 de octubre, que ha reformado considerablemente el régimen de tutela en el Derecho civil, el Decreto de 7 de julio de 1931 sobre asistencia hospitalaria de enfermos psiquiátricos. Según dicho Decreto, una de las formas por las que un enfermo psíquico podía ingresar *sin su voluntad* en un establecimiento oficial o privado era por *indicación médica*. Esta modalidad de internamiento se supeditaba a un «acuerdo» entre el médico y la familia del estatuido como enfermo, quedando como aspectos deferenciales la comunicación al Gobernador de la provincia y al Juez de primera instancia de la última residencia del paciente. Por lo demás, no se hacía difícil justificar que el suicida frustrado se hallaba incurso en alguna de las razones por las que el Decreto de 1931 autorizaba el internamiento —enfermedad psíquica, peligrosidad de origen psíquico, incompatibilidad con la vida social—.

Más claramente se divisaba el carácter protector/represivo de la asistencia cuando el internamiento manicomial se llevaba a efecto por *orden gubernativa* —fórmula ésta prevista también en el Decreto de 1931, presuntamente para sujetos sellados por el desarraigo y la miseria—. Que un suicida frustrado podía ser asilado gubernativamente se deducía de la propia literalidad del artículo 17 del Decreto de 1931; eran causas, en efecto, de internamiento, la peligrosidad *para sí* o para los demás y el riesgo inminente para la seguridad pública o privada, incluso la del *propio enfermo* —criterios todos ellos ponderados por un médico—.

(31) Cfr. M. ROJO, «Consideraciones en torno al suicidio en su interés psiquiátrico», en *Folia Neuropsiquiátrica*, 1971, junio, pp. 119-120: «A veces, en los psicóticos, es fácil para el psiquiatra decidir su postura. En primer lugar, ha de hibernarlos (!) para acallar la impulsividad y así sabotear la funesta realización, determinando su encamamiento para asegurar una perfecta vigilancia... También es sencillo prescribir la hospitalización al esquizofrénico con intensas vivencias de influencia unidas a *distimia pánica*»; E. ROJAS, *Estudios sobre el suicidio*, 1.ª ed, Barcelona, 1978, p. 530, citando a LIPSUS: «El tratamiento deberá ser siempre hospitalario, en tanto persistan las ideas de suicidio. Además, el enfermo deberá estar sometido a vigilancia estrecha por parte del personal del centro».

En el marco jurídico vigente hasta la reforma civil en materia de tutela, el procedimiento de manicomización se ha traducido en un expedito curso dominado por la relación, según los casos, médico/familia, médico/autoridad gubernativa. (Cierto que la judicialización no ha estado absolutamente ausente en esa dinámica psiquiatrizante. Hasta la Ley 77/1978, de 28 de diciembre, que suprimió el viejo artículo 3 de la LPRS, la enajenación mental, «por abandono» o «por carencia de tratamiento adecuado», constituía sazón para la aplicación de una medida de seguridad por parte del juez; pero creo que la posibilidad técnica de internamiento manicomial por esta vía al que había exteriorizado su deseo de matarse era rechazable por condicionar la ley la reclusión a la existencia de un riesgo *para la comunidad*).

Quiere decirse que, bajo la égida del Decreto de 1931, al suicida frustrado le ha rondado siempre la amenaza de la medida privativa de libertad; impuesta no con la certidumbre de una pena, en reacción automática a un hecho, sino según el compás marcado por el juicio de expertos.

Quizás se esté pensando que la argumentación enfila el vacío, que no hay puente de unión entre la estructura delictiva y la psicótica. Empero, cualquiera que haya estudiado con atención el origen y la desenvoltura de las rigurosas consecuencias de una y otra —la reclusión prisional y la manicomial— verá un preocupante parentesco. No por casualidad los redactores del Decreto de 1931 pusieron esmero —reconociendo así un sesgo común— en deslindar la función médica de la judicial o, lo que es lo mismo, la reacción asilar de la penitenciaria. Y así, por ejemplo, el artículo 10 señalaba: «La admisión por indicación médica o involuntaria de un enfermo psíquico sólo podrá tener el carácter de *medio de tratamiento*, y en ningún caso de *privación correccional de la libertad*». Los aficionados a una cultura de conceptos seguirán pensando en el perfil herético del ayuntamiento propuesto. Los partidarios de un análisis fenomenológico no contemplarán, en cambio, más que variantes de una filosofía segregadora.

¿Qué ha cambiado desde 1983? Desde luego, la fachada procedimental. El minusvalorado juez del Decreto de 1931 ha cobrado, tras la reforma, poder decisorio en todo tipo de internamientos. Su decisión se apoyará, de acuerdo con el artículo 211 del CC, en dos elementos: el examen del presunto incapaz y el dictamen de un facultativo. Habrá que pensar, no obstante, que el juez, como lego en el tenebroso mundo de la vesania, se dejará llevar por el experto, por el médico, y su función se limitará más bien a un acto de «bendición». Sea como quiera, en el nuevo artículo 211 del CC —que ha sintetizado de un plumazo la pluriforme normativa del Decreto de 1931, dejando por eso muchos puntos sin resolver (32)— el médico deja de ser por principio

(32) En algunas comunidades autónomas, el vacío legal ha sido en parte llenado por disposiciones de la Consejería de Salud y Consumo, sobre todo en relación a la delicadísima cuestión del *alta* en el establecimiento. Para Andalucía, cfr. la Circular n.º 1/86 IASAM, de 26 de febrero.

Sobre el nuevo artículo 211 del CC.: R. BERCOVITZ, en *Comentarios a las reformas de*

un sentenciador directo y se ubica en una tecnología inspiradora de decisiones, mientras que la denostada figura gubernativa es expulsada más allá de las fronteras.

Pero ¿qué significa exactamente ese reencauzamiento procesal? En primer lugar, proyecta la reforma acomodarse a las altas normas de la Constitución: al artículo 25,4, que destierra a la Administración civil del poder de imponer sanciones limitadoras de la libertad (no otra cosa que *sanción* era el internamiento por orden gubernativa del Decreto de 1931), y a los artículos 24,1 y 53,2, que consagran el derecho de cualquier ciudadano a obtener la tutela judicial efectiva. (Se ha perdido la oportunidad, sin embargo, de cumplimentar también el artículo 81,1 de la CE, que exige el rango de ley *orgánica* para las normas relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas; omisión tanto más sensible cuando, sólo cuatro años antes, se le había concedido tal carácter a la Ley General Penitenciaria (33)).

Pero acaso también los reformadores hayan percibido los nuevos aires de incredulidad hacia dogmas tales como el de la infalibilidad de la sentencia psiquiátrica en tan arcanos asuntos como el de la mente humana. En la medida entonces en que se han extendido las sombras de la duda, tras veinticinco años de lectura de microfísica del poder, se ha ido haciendo preciso *atemperar* el acto de internamiento. En dos frentes: mediante el aupamiento del juez —paladín de la seguridad jurídica en una democracia— sobre sospechosos árbitros de decisión y a través de una selección, impuesta por efecto reflejo al médico, de los sujetos internables. No es que se haya acartonado a éste, modificando desde fuera el rigor de su saber, lo que hubiera atentado irreversiblemente a su código profesional, sino que se ha amortiguado el frenesí de ese saber con barreras objetivas: la autorización judicial, la nueva ley sobre el *habeas corpus*, los informes temporales... Esta concepción se resume, por lo demás, en la conversión en supuesto límite —la manicomización apriorística dictada por el médico— lo que hasta ahora había sido habitual ejercicio del cargo. Así el artículo 211 del CC permite excepcionalmente, cuando medien *razones de urgencia*, la hospitalización acordada por el médico con anuncio *posterior* al juez. La fórmula legal, norma general/supuesto de excepción, muestra, descuidos de cuantificación aparte, una tendencia: la exigencia de un afinamiento en el diagnóstico so pena de disuadir del internamiento ante la pavorosa espera en los corredores de un juzgado de primera instancia.

Estas mudanzas legales repercuten igualmente sobre el suicida frustrado; pero, más allá de la encarnadura normativa, a éste le afecta

nacionalidad y tutela, coordinados por M. AMORÓS/R. BERCOVITZ, Madrid, 1986, pp. 196 y siguientes; J. MATEO DIAZ, «El internamiento de los enfermos o deficientes psíquicos», en *Actualidad Civil*, 1986, n.º 25, pp. 1761 y ss.; J. E. PÉREZ MORALE, «Problemática del internamiento judicial de enfermos psiquiátricos», en *Actualidad Civil*, 1986, n.º 35, pp. 2429 y ss.

(33) Véase, J. M. MENA ALVAREZ, «Sobre la inconstitucionalidad del internamiento psiquiátrico», en *Estudios jurídicos en honor del Prof. O. Pérez-Vitoria*, Barcelona, 1983, T. I, pp. 484-485.

lo que piense la sociedad de él a través de sus órganos delegados. (Muy poco, en cambio, le impresionarán esas aromas enaltecedoras de disidentes como Nietzsche o Cioran, sobre el acabamiento voluntario de la existencia). El análisis psiquiátrico sobre el suicidio parece reconvenir últimamente en su furor psicopatológico y, aunque sigue haciendo de la automuerte uno de sus temas de ocupación preferidos, asume, sobre todo por la influencia de la teoría antipsicologista expuesta por primera vez de manera contundente por Durkheim (34) y por las vaharadas de la crítica a la psiquiatría institucional (35), el legado social en la explicación de la voluntad de matarse (36). Al no ser la propensión a arrebatarle la vida un asunto meramente psiquiátrico, parece lógico que el médico, al otear el horizonte supraindividual, se inhiba en mayor medida que antes de decretar medidas tutelares/represivas contra el desvariado que ha intentado suicidarse. Esta impresión puede ser correcta hasta cierto punto. La experiencia demuestra de hecho cómo, pese a los obstáculos objetivos, el asilamiento sigue reputándose un válido medio de tratamiento contra el propinquo a eliminarse. El médico, educado en una deontología de supervivencia, difícilmente puede resistir el encaramiento con un ser que quiere morir, y esa dialéctica de vida y muerte, en el paroxismo del enfrentamiento ideológico, lo impulsa a medidas confinadoras contra su contrincante (37). Este transfondo intelectual impregna lógicamente de sentido la formalidad normativa. Resulta así que, por un funcional rodeo de los avatares organizativos, el juez civil, como legatario y ejecutor de un dictamen pericial, se encuentra con una facultad de tutelar/castigar, facultad ésta que ha sido negada, supuestamente por falta de relevancia del hecho, al juez penal. Si este enunciado es correcto habrá que concluir lo siguiente: en el escalafón judicial, la facultad de sustraer la libertad ambulatoria no la ostenta sólo el sentenciador de hechos penales, sino también el de ciertos asuntos *civiles* (38).

(34) E. DURKHEIM, *El suicidio*, trad. española y estudio preliminar de M. RUIZ-FUNES, Madrid, 1928, pp. 49-50, concluyó «No existe ningún estado psicopático que sostenga con el suicidio una relación regular e incontestable. Porque una sociedad contenga más o menos neurópatas o alcohólicos no se darán en ella más o menos suicidios... Se puede admitir que, en circunstancias idénticas, el degenerado se mate más fácilmente que el sujeto sano; pero no se mata necesariamente en virtud de su estado». Sobre la pervivencia de DURKHEIM en la sociología contemporánea sobre el suicidio, cfr. TAYLOR, *ob. cit.*, pp. 25 y ss. De todos modos, su método deductivo a partir de una instancia oficial como la Estadística tiende a ser reemplazado por estudios microespaciales afines a los de la antropología estructural. Sobre ello, DOUGLAS, en *ob. cit.*, p. 199.

(35) Véase, F. BASAGLIA, «Apuntes de psiquiatría institucional», en *¿Psiquiatría o ideología de la locura?*, trad. española de URPINA/PÉREZ DE LARA/GARCÍA, Barcelona, 1972, pp. 42 y ss.

(36) En España, sobre todo, C. CASTILLA DEL PINO, *Un estudio sobre la depresión. Fundamentos de antropología dialéctica*, 8.ª ed., Barcelona, 1981, pp. 19 y ss., 245 y ss. y 405 y ss. que amplía la interpretación social no sólo para el suicidio, sino para toda enfermedad mental, aunque no por eso renuncia al conceptualismo psiquiátrico.

(37) Sobre ello, el lúcido trabajo de K. WEIS, «Der Eigennutz des Sisyphos Zur Soziologie der Selbstmordverhütung», en *Suizid un Euthanasie als human und sozialwissenschaftliches Problem*, Stuttgart, 1976, esp. p. 184; también: BASAGLIA, *ob. cit.*, pp. 21-23.

(38) MATEO DÍAZ, *ob. cit.*, p. 1769.

VI

Queda, por último, intentar una teoría conclusiva sobre la regulación legal del suicidio. Según se ha visto, ésta se mueve entre la impunidad *externa* o positiva y la sanción *interna* o negativa (39).

La desaprobación normativa de la automuerte no implica por eso su refrendo por todos los sujetos del conjunto social, ni siquiera acaso por la mayoría numérica, así como tampoco su confirmación en determinados espacios sociales. Esta dificultad para el plebiscito, en momentos además de inapetencia hacia ciertas sublimes imposiciones, explica justamente el apartamiento de la automuerte del catálogo de delitos codificados.

Mas ¿por qué se mantiene esa corriente interna de desaprobación? Para la respuesta de este interrogante hay que buscar argumentos más allá de los hechos sociales y exteriorizables. Desde luego, toda sociedad, como alma supraindividual, puede sentirse razonablemente ofendida cuando una parte de sus integrantes manifiestan mediante su suicidio el descontento que les aqueja. En la propia aniquilación hay una quiebra a dos reglas esenciales a la vida en comunidad: la integración y la regulación (40). La aspiración totalizadora del poder normativo queda, en efecto, truncada ante ese acto de insubordinación que implica la automuerte. Y es por esto que la sanción contra la misma, a despecho de principios jurídicos como el de la personalidad de la pena o el de la *intervención mínima*, se halla siempre al acecho. Sin embargo, se parcializaría la explicación de la dimensión desvalorativa del suicidio si nos conformáramos con tildar de *ingrato* al que se ha arrebatado la vida. La sociedad del *numerus clausus* y del frenesí laboralista no puede lamentar hasta ese punto globalizador la pérdida de algunos —¿de muchos?— de sus asociados. Lo que éstos prueban en deslealtad lo compensan con alivios presupuestarios. Y, siquiera por este leve gesto de comprensión, las sociedades contemporáneas no han sentido la premura de reprender directamente el suicidio.

La condena interna que acompaña a la automuerte no puede entenderse tampoco —como se ha incitado durante bastante tiempo— viendo en el suicida un *homicida* que ha revertido sobre sí su tendencia a matar. Quizás en Freud pueda encontrarse la imagen más acabada de esta ambivalencia en el objeto de ataque (41). La reprobación

(39) U. EISENBERG, *Kriminologie*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1979, pp. 35 y ss., incluye expresamente al suicidio entre las *conductas desviadas sancionadas negativamente*.

(40) Ya DURKHEIM, pp. 323 y ss.

(41) S. FREUD, «La aflicción y la melancolía» en *El malestar de la cultura*, versión española, 2.ª ed., Madrid, 1973, pp. 223-224.

En sede criminológica, la cuestión del parentesco o del antagonismo del homicidio y del suicidio fue profusamente debatida a finales del siglo XIX y principios del XX. E. FERRI, *Homicidio-Suicidio*, trad. española de la 5.ª ed. italiana por C. PEÑA, Madrid, 1934, páginas 288-290, expresó el antagonismo cuantitativo de ambos fenómenos, lo que, según él, respondía a una identidad de base de los mismos —la violencia personal—; sólo que dicha violencia se manifestaba en una dirección o en la contraria, pero no indiscri-

interna del acto suicida obedecería a lo que su autor hubiera podido proyectar contra sus semejantes. Mas este sentimiento, que acaso ondeara inconciente en otro tiempo sobre las cabezas de la supraindividualidad, se encuentra hoy, tras los muchos años de tratamiento individualizado del suicidio, prácticamente desvanecido.

Del repaso de las normas que desde diversos ángulos pincelan la estimación social del suicidio resulta que el repudio a dicho acto se lleva a efecto a través de un acto de *delegación profesional*. El Poder externo esconde sus sanciones, por admitir que su distribución le compete a sobrepujantes grupos profesionales. Y no por casualidad estos grupos con capacidad sancionadora rondan siempre por el mundo anímico del sujeto. La corporeidad —desaparecida ya o devaluada a un mero objeto físico que emite unas palabras y recibe un tratamiento— no interesa para nada. Es al alma a la que se dirige la tutela/sanción. De ahí la intransparencia del procedimiento. De ahí también que en la formalización procesal de la muerte suicida fluya un corrimiento desvalorativo. El Poder externo, en todo caso, no se ausenta enteramente, sino que se asigna una función de *partícipe* en la profilaxis; sobre todo en países donde la cifra de automuertes es considerablemente más alta que la presentada en España, han cundido los centros de prevención del suicidio y las instituciones de ayuda a los desesperados (teléfonos de la esperanza, personal expresamente dedicado al contacto con el alicaído en el acmé de su melancolía...) con sostén o reconocimiento estatales. La autogestión del grupo profesional no se encuentra así indefensa, sino que se hilvana en el interés del Estado. Y mediante esta sutil conexión se mantiene una coordinación política en las desvaloraciones sobre el acto: muchos protestarían si en el CP. se penara el suicidio consumado y la tentativa; muy pocos, en cambio, lo hacen cuando la intervención contra aquéllos se envuelve en un halo moral o profiláctico. La tutela no se exterioriza, sino que permanece acunada por un principio dominante basado en la salud e integridad corporal de todo ciudadano hasta que la morbidez *natural* ponga fin a su existencia.

Se comprende así que el suicidio, como acto opuesto a la muerte por decrepitud orgánica, sea reputado como un *mal* a evitar. Pero, ¿por qué esa inquietud hacia la persona que ha exteriorizado su voluntad de matarse? El juicio negativo contra la acción de autoelusión

minadamente en una o en otra. Con arreglo a este planteamiento, FERRI coloreaba al suicidio de un tinte casi apologetico, pues su frecuencia —la de un hecho neutral al derecho— contribuiría a contrarrestar la del homicidio —hecho claramente reprobable desde el punto de vista jurídico—. Esta teoría la contradijo en las cifras G. TARDE, *La criminalidad comparada*, prólogo y notas de A. POSADA, 2.^a ed., Madrid, s. f., pp. 213 y ss., y en su trasfondo DURKHEIM, *ob. cit.*, para el que homicidio y suicidio eran por principio —admitía excepciones— dos corrientes sociales contrarias (pp. 384 y ss.).

En la doctrina española, la mencionada disputa también fue objeto de atención. Cfr. M. RUIZ-FUNES, «El suicidio y el homicidio en España», en *Rev. D.^o Publ.* 1935, octubre, número 46, p. 297, el cual abogó por un nítido contraste entre la tipología suicida y la homicida: «El suicida es un débil o un fracasado, al que impulsa con su pertinacia una invencible fatalidad, que logra, para la consecución de su designio, una momentánea energía. El homicidio es un residuo brutal de tiempos pasados» (!).

se cohonestará siempre a una ruptura nunca bien aceptada del impulso de autoconservación; este impulso, que ayuda a justificar institutos como la legítima defensa, el estado de necesidad... o la muerte del enemigo en el combate, queda arrumbado en la acción suicida. El poder normativo no puede explicar al mismo tiempo la justificación de una muerte —ajena— por el estímulo de automantenimiento y una muerte —propia— caracterizada por una quiebra voluntaria de ese estímulo.

Pero concurre algo más: el jurista actual es capaz —si quiere y si puede— de poner en armonía, valiéndose de las antinomias de los métodos interpretativos y de los mismos desencajes normativos, principios aparentemente antitéticos. De ahí que haya que seguir buscando una razón última del reproche *interno* contra la automuerte... Esta se encuentra, en mi opinión, en ese miedo silenciado pero nunca desmentido que evoca la propia muerte. La vida ciudadana, con sus irrisaciones y su verticalidad, parece haber borrado los viejos temores sobre las conexiones energéticas de los muertos voluntarios con el mundo de los vivos; mas esta sensación, claramente advertida en los espacios abiertos, exhala también sus humores en la ciudad: la sucesión de paredes que multiplican la geografía urbana son también permeables a misteriosas fuerzas. Si mis observaciones experimentales sobre el fenómeno son correctas, me aventuraría a llegar a la siguiente conclusión: la prevención y profilaxis (intervención y sanción) del suicidio responde no tanto a la magnanimidad de conservar con vida al que pretende dejar de existir, cuanto a la *preservación* de sus familiares, allegados, vecinos... ante los poderes inescrutables que se recelan del suicida. Es por esto que la teoría de la *delegación profesional* se hace plenamente congruente: los profesionales que cultivan el espíritu son justamente los elegidos para *sancionar* ese acto de consecuencias inaprehensibles. Del éxito de su labor dependerá el bienestar de los grupos humanos que en vida se toparon con el proclive a destruirse. La iglesia y la psiquiatría —sectores confesional y aconfesional, respectivamente, encargados del cuidado de la interioridad— participan de la misma preocupación: las almas diabólicas conservarán siempre su capacidad de trascender el mal.

Observaciones sobre el conocimiento «eventual» de la antijuricidad

JESUS-MARIA SILVA SANCHEZ

Profesor Titular de Derecho Penal. Universidad de Barcelona

1. En la teoría del error de prohibición se dan problemas de fondo, cuyo planteamiento y resolución trascienden probablemente a la ya tradicional disputa entre teorías del dolo y teorías de la culpabilidad. Dos de los más significativos de tales problemas son, sin duda, los relativos al sentido de los términos «conocimiento» y «antijuricidad», es decir; a su «extensio» conceptual (1). En efecto, como se advertirá al pronto, cuándo haya un *conocimiento de la antijuricidad* y cuándo no, dando lugar a un error de prohibición, es, en principio, cuestión independiente de las repercusiones sistemáticas del error de prohibición vencible; concretamente, de si el mismo excluye una culpabilidad dolosa, manteniendo, en su caso, la imprudente, atenúa la culpabilidad por un injusto doloso, o, según propone una reciente doctrina, excluye el injusto doloso, dejando subsistente el imprudente (2). De los dos temas referidos, el del «conocimiento» y el de la «antijuricidad», sólo nos ocupará en lo que sigue el relativo al *conocimiento*, es decir, a cuándo es posible decir que el sujeto *conoce* la antijuricidad y que, por tanto, no se encuentra en un error de prohibición vencible ni invencible. En cambio, no entraremos en el debate sobre el sentido del término «antijuricidad» en el seno de la teoría del error de prohibición; concretamente, no se debatirá aquí de modo discursivo si le asiste la razón a la postura que entiende que es suficiente con que el sujeto conozca *in genere* que su conducta infringe el Ordenamiento Jurídico o, por el contrario, es la acertada la de quienes sostienen que es preciso que el sujeto conozca la «antijuricidad penal»

(1) Sobre la noción de *extensio* conceptual, como ámbito de la realidad a que se refiere el concepto, y su relación con la *intensio*, como conjunto de elementos caracterizadores del concepto, cfr. BUND, *Juristische Logik und Argumentation*, Freiburg 1983, página 14.

(2) Sobre todas estas teorías, cfr. MUÑOZ CONDE, *La creencia errónea de estar obrando lícitamente*, en *Estudios penales y criminológicos*, X, Santiago de Compostela 1987, páginas 251-341 *pássim*.

de su conducta, es decir, que sepa que se enfrenta a normas jurídico-penales (3).

2. El análisis acerca de cuándo cabe hablar de conocimiento de la antijuricidad se producirá a partir del caso límite en que el sujeto no sabe seguro si su conducta infringe el Ordenamiento, teniéndolo simplemente por posible, del mismo modo que tiene por posible el actuar en el marco de lo adecuado a Derecho (4). Tal punto de partida no es casual. Es éste, probablemente, uno de los dos temas esenciales en materia de «conocimiento»; el otro es el del «conocimiento marginal» o «co-consciencia» (5). Además, sucede que la Jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo se ha pronunciado en algunas sentencias recientes en el sentido de afirmar la suficiencia de un «conocimiento eventual» de la antijuricidad para excluir el error de prohibición. Ello obliga, pues, a determinar cuándo hay un conocimiento eventual de la antijuricidad, delimitándolo del error de prohibición. En qué medida es posible trasladar a este ámbito sistemático los criterios que, en el tipo en sentido estricto, han servido, con diversa fortuna, a la diferenciación entre dolo eventual y culpa consciente, constituirá una de las cuestiones centrales de nuestra exposición (6). Pero también habrá que atender al tema de si, en los casos en que el TS habla de conocimiento eventual de la antijuricidad, se da efectivamente tal *situación de duda* y no se produce, más bien, una imputación de conocimiento, un conocimiento presunto. Es decir, algo similar a lo que ocurre, en algunos casos, con las tesis del propio Tribunal Supremo en materia de dolo eventual, sospechosas de practicar verdaderas «presunciones de dolo» (7).

3. Es doctrina dominante (8) la que sostiene que también el «co-

(3) Sobre el concepto de «antijuricidad penal», que desde luego no abarca la categoría de la punibilidad concreta, cfr. GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss*, Köln 1983, pássim.

Que no entremos en este tema no significa que no exprese aquí mi postura en principio favorable a la tesis minoritaria, o de la «antijuricidad penal». En efecto, sólo ésta tiene efectivamente en cuenta que el Derecho Penal no es meramente sancionatorio, sino que posee normas primarias propias, específicas y que expresan una cualidad material de la conducta (el merecimiento *abstracto* de pena). A la vez, sólo tal tesis permite una realización del principio de culpabilidad en sentido amplio. Pues, evidentemente, difícilmente puede afirmarse que conoce el significado antijurídico de su conducta a los efectos del Derecho Penal el sujeto que entiende que la realización, por ejemplo, de escuchas telefónicas es antijurídica por constituir un ilícito civil o quien piensa que la defraudación a la Hacienda Pública, aun en los casos en que la cuota defraudada excede de cinco millones de pesetas, es antijurídica por constituir un ilícito administrativo merecedor de sanciones tributarias.

(4) Sobre el tema, WARDA, *Schuld und Strafe beim Handeln mit bedingten Unrechtsbewusstsein*, en *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag*. Berlín-Nueva York 1974, páginas 499-532, pássim y p. 499.

(5) Sobre éste, *in extenso*, vid., por todos, RUDOLPHI, *Unrechtsbewusstsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums*, Göttingen 1969, pp. 140 y ss.

(6) En sentido afirmativo, después de analizar las diversas posturas doctrinales, se pronuncia RUDOLPHI, *Unrechtsbewusstsein*, pp. 130 ss., p. 133.

(7) CORCOY, En el límite entre dolo e imprudencia, ADPCP 1985, pp. 961-975, pássim; cfr. también ZUGALDIA, La demarcación entre el dolo y la culpa: El problema del dolo eventual, ADPCP 1986, pp. 395-422.

(8) Sobre ella, RUDOLPHI, *Unrechtsbewusstsein*, p. 118.

nocimiento eventual» es conocimiento de la antijuricidad, suficiente para excluir el error de prohibición y hacer al sujeto penalmente responsable como en los casos de conocimiento seguro. En efecto, se piensa generalmente que las dudas en torno a la infracción del deber deben resolverse en favor del cumplimiento de éste y, así las cosas, es lógico que el no hacerlo dé lugar a responsabilidad, incluso en la misma medida que si no hubiera duda alguna sobre la antijuricidad del hecho (9). De tal doctrina participan, como ya se ha indicado, algunas sentencias de la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo español. Así, por ejemplo, las STS 14 diciembre 1985 y 10 abril 1986 (10). Sin embargo, resta por analizar si la referida coincidencia de títulos da lugar también a una identidad de contenidos o no; además, y no en última instancia, será preciso examinar si las declaraciones teóricas del TS coinciden con la forma en que se llega al fallo en el caso concreto, lo que no siempre ocurre. La doctrina dominante en Alemania suele aplicar al «conocimiento eventual de la antijuricidad» los mismos criterios que emplea en el tipo positivo para distinguir entre dolo eventual y culpa consciente. Así, son mayoría los autores que entienden que existe dicho *conocimiento eventual* siempre que el sujeto *considera seriamente* la probabilidad de que su conducta sea antijurídica y *conforma con ello* (11). Es decir, que son precisos dos elementos. El primero, una situación de duda, en la que el sujeto advierte la probabilidad seria de que su conducta infrinja el Ordenamiento. El segundo, una postura del mencionado sujeto, dentro de la duda, favorable al resultado «lesión del Ordenamiento», que aparece caracterizada con las expresiones «conformarse», «decidirse por», u otras similares, como la alemana «in Kauf nehmen» (12). Sin embargo, esta postura, que he calificado como dominante, tiene una mayor dimensión. Pues no sólo equipara «conocimiento eventual» y «conocimiento con seguridad» de la antijuricidad en cuanto a excluir el error de prohibición en ambos casos. Además, en los planteamientos de muchos autores, niega toda posibilidad atenuatoria, por otros motivos, a las situaciones de «conocimiento eventual» que, así, no podrían verse privilegiadas de ningún modo respecto a aquéllas de conocimiento seguro de la prohibición (13).

(9) Cfr. WARDA, Welzel-F, p. 505.

(10) Ambas relativas al delito de tenencia ilícita de armas del artículo 254 CP y en las que actuó como ponente el Sr. Soto Nieto.

(11) De modo general, cfr. JESCHECK, Tratado de Derecho Penal (trad. Mir Puig-Muñoz Conde), I, Barcelona 1981, p. 625, con amplias referencias bibliográficas. También RUDOLPHI, Unrechtsbewusstsein, pp. 126 y 128-129, donde sostiene su criterio de la «decisión por el injusto»; PAEFFGEN, Fotografieren von Demonstranten durch die Polizei und Rechtfertigungsirrtum, Juristenzeitung (JZ) 1978, pp. 738-746, p. 745; SCHROEDER, en Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch (LK), 10.ª ed. (ed. Jescheck-Russ-Willms), Berlín, Nueva York 1980, par. 17 n.º 23: tener por posible y, además, aprobar internamente o mostrar absoluta indiferencia; el propio RUDOLPHI, en Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch (SK) 3-4.ª ed. (ed. Rudolphi-Horn-Samson), Tomo I, Allgemeiner Teil, Frankfurt 1985, par. 17 n.º 12.

Sobre esta concepción, cfr. la exposición de WARDA, Welzel-F, pp. 500-501.

(12) Alude a ello STRATENWERTH, Strafrecht AT, 3.ª ed., Köln 1981, p. 175 n.º 586.

(13) Aparentemente, RUDOLPHI, Unrechtsbewusstsein, p. 121.

4. Las discrepancias doctrinales frente a la reseñada postura dominante han seguido dos líneas. La primera, que entiende que basta con representarse seriamente la posibilidad de que el hecho esté prohibido para hablar de conocimiento (eventual) de la antijuricidad. Según ello, pues, no haría falta el elemento (voluntativo o emocional) de «conformidad» o «aceptación» que la doctrina dominante requiere para el dolo eventual y traslada —por sistema— al conocimiento eventual de la antijuricidad (14). La segunda, que, con independencia de que sus posiciones en torno a los supuestos en que concurre conocimiento eventual de la antijuricidad coincidan con las dominantes, entiende que dicho conocimiento, aunque desde luego excluye el error de prohibición, no necesariamente debe quedar sin tratamiento privilegiado respecto al «conocimiento con seguridad». Según los casos, podrá verse privilegiado o no (15). Por supuesto, cabe también que coincidan en algún autor las dos líneas, la «cognoscitivista» junto con la que admite la relevancia atenuatoria, en algún caso, del conocimiento eventual.

5. A mi juicio, ambas discrepancias están plenamente justificadas. Comencemos por la primera. A este respecto, es sabido que la dominante opera persuadida de que el dolo es conocimiento y voluntad,

(14) WARD, Welzel-F, p. 517, rechaza el valor selectivo de los elementos volitivos añadidos a la conciencia de la posibilidad del injusto, en la medida en que los mismos acaban presumiéndose una vez constatado que se actuó tras advertir tal posibilidad y, en todo caso, es posible hablar de una necesidad de reducir o prescindir de la pena aunque concurran.

Siguen una perspectiva más bien cognoscitivista WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11.ª edic., Berlín 1969, p. 171: Si el sujeto cuenta con la posibilidad de un comportamiento antijurídico y, de todos modos, quiere cometer el hecho, actúa con conocimiento de la antijuricidad y no en error de prohibición vencible; CRAMER, en *Schönke-Schröder Strafgesetzbuch Kommentar*, 22.ª ed., München 1985, par. 17 n.º 6 a; SCHMIDHAUSER, *AT Studienbuch*, 2.ª ed., Tübingen 1984, p. 212 n.º 7/73; también JAKOBS, *Strafrecht AT*, Berlín-Nueva York 1983, pp. 457-458 n.º 29. Hay que decir, sin embargo, que muchos de los autores que sostienen posturas cognoscitivistas en materia de conocimiento eventual de la antijuricidad, también lo hacen respecto al dolo eventual.

Por su parte, el Tribunal Supremo español, si nos fiamos del tenor literal de sus declaraciones teóricas sobre este tema, podría también adscribirse a esta tendencia. Véase si no: STS 14.12.1985 «...habiendo de excluirse la presencia de un verdadero supuesto de error de prohibición cuando existen motivos para pensar que el agente tiene seguridad respecto a su proceder antijurídico o, al menos, conciencia de una alta probabilidad de antijuricidad que, por estimarse similar al dolo eventual...» (el subrayado es mío). STS 10.4.1986 «Quedando excluida la presencia de semejante error de prohibición cuando existen motivos para concluir que el agente no se halla desprovisto de la normal conciencia de antijuricidad o, al menos, de la fundada sospecha de su proceder contrario a Derecho, en cuyo supuesto —similar al estado psíquico del que obra bajo dolo eventual— no ha de merecer trato de benignidad alguna» (el subrayado es mío).

(15) Cfr. STRATENWERTH, *AT*, 3.ª ed., p. 175 n.º 586; JAKOBS, *AT*, p. 458 n.º 30; WARD, Welzel-F, pp. 516, 525 y 527; PAEFFGEN, *JZ* 1978, pp. 745 y 746; SCHÜNEMANN, H. W., *Verbotsirrtum und faktische Verbotkenntnis*, *Neue juristische Wochenschrift (NJW)* 1980, páginas 735-742, p. 739; SCHROEDER, *LK* 10.º ed., par. 17 n.º 23; RUDOLPH, *SK* 3-4.ª ed., par. 17 número 13. La mayoría de ellos llega a admitir la posibilidad de eximir de responsabilidad, incluso; fundando, tanto la atenuación como la supuesta exención, en consideraciones de exigibilidad.

«conocer y querer la realización típica» (Wissen und Wollen der Tatbestandsverwirklichung). El paso siguiente es tratar de descubrir también en el dolo eventual, como clase de dolo, el elemento voluntativo, por algunos denominado «emocional». A tal fin (demostrar que en el dolo eventual también se «quiere», que hay formas de querer distintas a la «intención») van dirigidas las conocidas fórmulas del «conformarse con» (sich abfinden mit), «aceptar» (in Kauf nehmen) y tantas otras; con ellas se pretende diferenciar las situaciones de dolo eventual y de culpa consciente. A continuación, con una consecuencia ejemplar, la doctrina dominante, que advierte en el conocimiento eventual de la antijuricidad una figura paralela a la del dolo eventual en el tipo en sentido estricto, aplica, sin detenerse a cuestionarlas, las mismas fórmulas que ha ideado para este último a la materia del error de prohibición (16). Y ello es erróneo. Porque, a estas alturas, por supuesto puede discutirse si el dolo (de tipo positivo) es sólo conocimiento o, además, también voluntad. De hecho, es muy minoritario el sector doctrinal que sostiene lo primero, aunque se detecta una tendencia al aumento del número de sus detentadores (recientemente, *Hruschka, Jakobs, Frisch* y *Kindhäuser* se han situado muy próximos a esta postura). Ahora bien, concedido lo anterior, difícilmente cabe discutir que, si la voluntad juega algún papel en el dolo típico, éste se reduce a su relación con la acción como elemento del tipo objetivo y no afecta a ninguno de los restantes elementos típicos, respecto a los cuales sólo tiene sentido establecer una relación de conocimiento (17). Con mayor motivo, parece evidente que el llamado (por quienes admitimos su existencia) «dolo de tipo negativo» (18) tiene un contenido meramen-

(16) Sobre si en el conocimiento de la antijuricidad se incluye un elemento voluntativo o no, cfr. HORN, *Verbotsirrtum und Vorwerfbarkeit*, Berlin 1969, pp. 34 ss.; KAUFMANN, Armin, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, Göttingen 1954, páginas 221-222; KAUFMANN, Armin, *Der dolus eventualis im Deliktsaufbau*, *Zwitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (ZStW) 70 (1958), pp. 64-86, páginas 83 ss.; JAKOBS, AT, p. 458 número 52: todos ellos mostrando dudas acerca de la necesidad del mismo. Dudas que aquí se comparten plenamente, pues ni siquiera lo estimamos necesario para el dolo.

Es paradigmático en cuanto a la traslación de los criterios definidores del dolo eventual al conocimiento eventual de la antijuricidad, RUDOLPHI, *Unrechtsbewusstsein*, p. 133.

(17) WARDA, *Welzel-F*, p. 518, alude correctamente a una cuestión que a buen número de autores se les escapa: el dolo eventual en relación a elementos típicos diferentes a la acción, como pueden ser la edad de la víctima en determinados delitos sexuales, la ajenidad de la cosa en el hurto, o la cualidad de funcionario público del sujeto pasivo en el atentado. Ello, a mi juicio, pondría claramente de relieve hasta qué punto puede ser errónea la búsqueda de lo voluntativo en el dolo, y concretamente en el dolo eventual, para distinguirlo de la culpa consciente. En efecto, la dominante concepción voluntativa del dolo no suele advertir siempre que, aun desde su propio punto de partida, respecto a muchos elementos típicos es el simple conocimiento el que integra el apartado relativo al tipo subjetivo. Estos son, prácticamente, todos salvo la acción y el objeto de la misma. En tal ámbito es claramente incorrecto el planteamiento tradicional de la distinción entre dolo eventual y culpa consciente, de base voluntativa.

Al contrario, lo decisivo es fijar la frontera entre conocimiento y error. Y lo mismo vale, de modo general, para el «dolo de tipo negativo», dolo respecto a elementos típicos accidentales y para el conocimiento de la antijuricidad.

(18) Sobre éste, vid. *infra*. Entiendo por «dolo de tipo negativo» el «conocimiento»

te cognoscitivo. Por último, no cabe duda alguna de que el del conocimiento de la antijuricidad es un problema exclusivo de *conocimiento*, y en absoluto tiene sentido incluir en su determinación y delimitación respecto al error de prohibición elementos *voluntativos* (19). La postura dominante opera, así, incorrectamente. Pues, para que se excluya el error de prohibición, basta con que *se conozca la antijuricidad*, sin necesidad alguna de que el sujeto, además, *quiera* la antijuricidad de su conducta (20). En definitiva, fórmulas como las reseñadas, que pretenden mostrar el elemento voluntativo del dolo eventual que le distinguirá de la culpa consciente, están fuera de lugar a propósito del conocimiento eventual de la antijuricidad. Para éste será suficiente con que el sujeto se haya representado seriamente la probabilidad de que su conducta infrinja una norma jurídico-penal (21). Pero, entonces, ¿cómo distinguirlo de un error de prohibición vencible asentado en una situación de culpa consciente del sujeto? A mi juicio, de la misma manera que, a modo de mera hipótesis, entiendo que ha de suceder entre el dolo eventual y la culpa consciente en el tipo positivo: considerando que en el dolo eventual existe verdadero conocimiento y en la culpa consciente, en cambio, falta un exacto conocimiento de la situación típica (objetiva), al añadirse, por parte del autor, elementos de confianza (22), de uno u otro signo, que le conducen al error (imprudencia).

6. En el ámbito del error de prohibición ello sucederá del modo siguiente. Si el sujeto simplemente se representa de modo serio la probabilidad de que su conducta infrinja lo dispuesto por el Ordenamiento, sin añadir nada más, será posible hablar de que existe conocimiento de la antijuricidad. Si, en cambio, a este «representarse seriamente» la posibilidad general de que su conducta infrinja el Ordenamiento el sujeto añade la consideración de otros elementos que le hacen pensar que, en su caso concreto, no se va a producir el resultado de in-

de la ausencia de presupuestos objetivos de causas de justificación (tal *ausencia* constituye la parte objetiva del tipo negativo).

(19) Sobre la polémica, vid. WARDA, Welzel-F, pp. 522-523.

(20) Así también JAKOBS, AT, pp. 457-458 n.º 29.

(21) WARDA, Welzel-F, p. 524, observa que el conocimiento de la antijuricidad constituye un paralelo tan sólo del *lado cognoscitivo* del dolo, de modo que el error de prohibición por la falta de elementos cognoscitivos y en absoluto por la falta de elementos volitivos, que no puede fundamentarlo.

(22) Si la confianza tiene un fundamento racional, de hecho nos hallamos ante una situación de error, pues el sujeto toma nuevos elementos de conocimiento (aunque erróneos) que incorpora a su conocimiento de la realidad. Si los fundamentos son irracionales, en cambio, la cosa es diferente, pues, en tal caso, el sujeto conoce perfectamente la realidad, lo que difícilmente permite hablar de *error*. Se da aquí, según creo, una situación de dolo eventual, en la que la decisión acerca de la atenuación o no respecto al dolo directo podrá producirse atendiendo a criterios de exigibilidad. Cfr., en sentido similar, CORCOY, ADPCP 1985, pp. 970-971 y 973. En sentido parcialmente diferente, MIR PUIG, PG, p. 206, para quien la creencia «supersticiosa» en la no-producción del resultado da lugar a culpa consciente. Sin embargo, hay que tener en cuenta que tal creencia «supersticiosa» sería incluso compatible con la «probabilidad rayana en la seguridad» de que tal resultado se va a producir; y esto último es ya base del dolo directo de segundo grado. Con lo que dicha tesis podría tener que revisar incluso este concepto.

fracción de la norma, podrá hablarse de un error vencible de prohibición provocado por una culpa consciente. Hacer depender la exclusión del error de prohibición de algo más que el conocimiento, como, por ejemplo, de la constatación de la presencia de una «decisión por el injusto» (*Rudolphi*) o de consideraciones similares no es una solución aceptable. Pues tal «decisión por el injusto» no puede ser más que reflejo de una actitud interna del sujeto, y ésta no puede decidir sobre la punición del mismo, una vez que el conocimiento está fuera de toda duda. En definitiva, pues, no es el conocimiento eventual el que debe contener un «plus» voluntario, sino el error de prohibición el que, presupuesto el haberse representado seriamente la probabilidad, añade un elemento de confianza en la no producción de una infracción de normas penales. De cualquier modo, tampoco la afirmación de que, si el sujeto confía en la no-infracción de la norma, se verá libre de la plena responsabilidad es completamente correcta. Para comprobarlo, hay que plantear la cuestión de modo paralelo a lo que ocurre con el dolo eventual, aludiendo a los fundamentos de la confianza. A este respecto, ha sido apreciado por la doctrina lo difícil de hallar fundamento a la confianza en los casos en que el sujeto carece de toda posibilidad de intervención posterior modificadora del proceso. Pues bien, ello, que se da en algunos supuestos de dolo eventual, constituye la regla general en los de conocimiento eventual de la antijuricidad. En todo caso, sin embargo, si la confianza tiene una base racional, podrá hablarse de error de prohibición, en la medida en que la introducción de tales factores de confianza determina una errónea apreciación de la probabilidad de producción de la infracción normativa. Quedan, entonces, los casos en que la confianza tiene una fundamentación puramente irracional (ej. una corazonada). En ellos no cabe hablar de que le falte al sujeto el «conocimiento»; habrá, pues, conocimiento eventual de la antijuricidad (23).

7. El segundo tema de los mencionados más arriba (vid. supra 4.) no es de naturaleza lógico-estructural, sino valorativa. Pues, en efecto, si el conocimiento eventual de la antijuricidad, pese a excluir todo error de prohibición, debe dar lugar a un tratamiento atenuatorio respecto al conocimiento seguro o no, es, probablemente, algo que depende de lo que el legislador, el Ordenamiento Jurídico, está dispuesto a exigir de los ciudadanos. Si está dispuesto a tolerar, en mayor o menor medida, que, ante la duda, realicen lo presumiblemente antijurídico o, por el contrario, pretende imponer la abstención de toda conducta sobre la que se proyecte la duda acerca de su juricidad o antijuricidad. La figura que responde a estas consideraciones de modelo

(23) De todos modos, la existencia de factores irracionales de confianza, aunque éstos no excluyan el conocimiento (eventual), se tendrá evidentemente en cuenta a la hora de decidir, conforme a criterios de exigibilidad, si en tales casos cabe una atenuación respecto a las situaciones de conocimiento seguro. Claramente habría de darse una atenuación en los supuestos de duda irresoluble a los que se añade una confianza de origen irracional; más discutible parece ello, en cambio, si la duda es calificada de resoluble.

de Estado, de atención a las circunstancias individuales o de justicia en el caso concreto, es la exigibilidad (24).

8. Como he señalado antes (25), estimo más que probable que la exigibilidad desempeñe un papel de cierta trascendencia en la resolución de los casos límite entre el dolo eventual y la culpa consciente. Desde la perspectiva que mantengo de que lo decisivo en el dolo, lo que le distingue de la imprudencia, es el perfecto conocimiento de la situación típica, es decir, la ausencia de error, no creo que existan dudas acerca de que los casos de confianza irracional (por ej. supersticiosa) en que no se producirá el hecho típico, son casos de auténtico dolo eventual. Pues el conocimiento es un fenómeno racional, cuya concurrencia debe afirmarse en estos casos. Ahora bien, por otro lado no deja de ser cierto que estas situaciones extremas de dolo eventual podrían merecer un tratamiento privilegiado. Señalando esto, no hago sino concretar algo que, en líneas generales, sería válido también para el resto de supuestos, incluso los más ciertos, del dolo eventual, si bien probablemente en estos casos límite se advierte de modo más claro (25 bis). La determinación de en qué casos es razonable proceder al mencionado tratamiento privilegiado y en cuáles no, podría producirse con arreglo a criterios de exigibilidad. es decir, atendiendo a si el Estado considera siempre exigible por igual o no el abstenerse de la realización de hechos cuando éstos de modo seguro van a producir la lesión de un bien jurídico, que cuando ello sólo es probable o incluso cuando existe una confianza irracional en que dicho efecto no se producirá. De este modo se llegaría a una flexibilización, por vía normativa, de las fronteras entre dolo e imprudencia como criterios de imputación. Flexibilización altamente beneficiosa si se tiene en cuenta que entre ambos se da, sin duda, una línea continua y sin cesuras, con la que son difícilmente coherentes los profundos desniveles de punibilidad.

9. En lo que se refiere al conocimiento de la antijuricidad, para dilucidar si en los casos de conocimiento eventual debe responderse igual que en los de conocimiento seguro, es decir, si resulta tan exigible como en éstos la opción por el Derecho, hay que tener en cuenta que tales casos expresan situaciones de duda (26). Es, pues, importante considerar la distinción entre supuestos de duda resoluble y de

(24) Básico, WARD, Vorsatz und Schuld bei ungewisser Tätervorstellung über das Vorliegen strafbarkeitsausschliessender, insbesondere rechtfertigender Tatumstände, en Festschrift für R. Lange zum 70. Geburtstag. Berlin-Nueva York 1976, pp. 119-146, p. 146, en especial en lo que se refiere al conocimiento eventual en relación a los presupuestos de una causa de justificación.

En Welzel-F, pp. 526 y ss., el propio WARD propone acoger el término «reprochabilidad», por entender que la exigibilidad en sentido estricto está pensada para situaciones de conflicto o necesidad y no se adapta a lo que aquí es preciso (pp. 529 y 530). Así pues, entiende que aquí cabe aplicar la reprochabilidad como criterio regulativo, aunque, desde luego (p. 526), prescindiendo de la actitud volitivo-emocional del sujeto y en la línea de corregir el indicio de plena culpabilidad que es, en principio, el conocimiento eventual del injusto.

(25) Vid. *supra* nota 22.

(25 bis) Sobre la atenuación en los casos de dolo eventual cfr. MIR PUIG, Derecho Penal PG, Barcelona, 1985, p. 247: aplicación del artículo 9, 4.º CP.

(26) MUÑOZ CONDE, *La creencia*, pp. 331-332, alude a situaciones de duda sobre la antijuricidad derivadas de la discutible interpretación de determinados tipos (Ej. dudas acerca de si el artículo 490 CP comprende la ocupación de viviendas vacías o sobre si el artículo 517 CP comprende la ocupación pacífica de fincas). A su juicio, serían situaciones de error de subsunción que redundan en error de prohibición. Por mi parte, entiendo que el error y la duda son estados diferentes; si, en efecto, se constata la existencia de una duda en sentido estricto, lo que hay es conocimiento eventual de la antijuricidad.

duda irresoluble. A ella hace referencia con cierto detenimiento *Armin Kaufmann*, si bien desde una perspectiva vinculada a las *teorías emocionales* del dolo eventual y, por tanto, más propensa a decidir sobre la base de una presunta reprochabilidad de la actitud interna que a partir de consideraciones de exigibilidad.

A propósito de las *dudas resolubles*, se sostiene, así, que no merecen ningún tratamiento privilegiado respecto al conocimiento seguro (27). Ello es debido a que el criterio rector en este ámbito es el *deber de informarse*, por lo que quien, pudiendo, no lo hace resulta tan reprochable como quien conoce de modo seguro la antijuricidad (28). El no hacer caso de la posibilidad de informarse se estima como una prueba de indiferencia del sujeto (29). Por lo que se refiere a las situaciones de *duda irresoluble*, en ellas sólo se llegará a la responsabilidad plena (igual que la del conocimiento seguro) en el caso de que el sujeto muestre su aprobación o indiferencia respecto al resultado (30).

10. Con independencia de que la concepción de *Kaufmann* sea criticable por otorgar un valor decisivo a la reprochabilidad de la actitud interna del sujeto, es lo cierto que la estructura por él utilizada constituye un instrumento muy válido para dilucidar en qué casos el mero conocimiento eventual es equivalente al conocimiento seguro y en qué casos no. Así, por lo general, en las situaciones de duda resoluble será razonable que el sujeto con conocimiento eventual responda igual que si éste fuera seguro. Pues, de uno u otro modo, cabe estimar que dicho sujeto puede ser hecho *responsable* de la situación en que se encuentra, que le era exigible «salir de ella» (31). Esto implica sentar como criterio básico de exigibilidad un «deber de informarse», siempre que ello sea posible, que recae sobre todos los ciudadanos. El establecimiento de tal principio es, por supuesto, discutible. Pero probablemente todo el mundo convendrá en que no hay ningún Estado que esté dispuesto a renunciar al mismo. Precisamente, es él el que sirve de base, todavía dentro de la teoría del error de prohibición, a la distinción entre error vencible e invencible, y a que el primero sea punible y el segundo no. De modo que parece plenamente justificado sostenerlo como idea generalmente compartida. Para las situaciones de duda irresoluble (32), en cambio, y a diferencia de lo apuntado por *Ar-*

(27) KAUFMANN, ZStW 70 (1958), p. 86; HORN, Verbotsirrtum, pp. 36-37.

(28) HORN, Verbotsirrtum, p. 36; KAUFMANN, Lebendiges, p. 221. Si bien se repara, que el criterio rector sea el deber de informarse es ya una consideración de exigibilidad. Se «exige» que los ciudadanos en situación de duda resoluble se informen antes de actuar.

(29) KAUFMANN, ZStW 70 (1958), p. 84.

(30) KAUFMANN, ZStW 70 (1958), p. 85-86; HORN, Verbotsirrtum, pp. 36 y 37. Obsérvese que aquí se hace mucho más visible una criticable concepción de la culpabilidad y, por añadidura, del error de prohibición, como ámbito sistemático en el que lo decisivo es la *reprochabilidad de la actitud interna*. Críticamente, RUDOLPHI, Unrechtsbewusstsein, p. 122.

(31) Por servirnos de la terminología de JAKOBS, AT, p. 458 n.º 30. Lo decisivo es, en efecto, como pone de relieve WARDA, Welzel-F, p. 528, la cuestión de si es exigible orientarse según una prohibición en las peculiares circunstancias del caso.

(32) Sobre ellas, partidario de que se castiguen también, salvo en los casos de duda entre dos deberes que se excluyen recíprocamente, RUDOLPHI, Unrechtsbewusstsein, páginas 135 y 139.

min Kaufmann, estimo que debe sentarse como principio general la necesidad de un tratamiento privilegiado frente al conocimiento seguro. Son éstas situaciones cuyo paralelo, si se tratara de *error* y no de *duda*, es el error invencible (33). A propósito de ellas, pues, no cabe hablar de una «responsabilidad» del sujeto como fundamento de las mismas y es razonable proponer la atenuación (34). Excepciones a este principio sólo se me ocurren por la vía de las estructuras de «imputación *in causa*», que acaso permitan hallar una responsabilidad del individuo en la génesis de la situación de duda irresoluble.

11. De lo expuesto cabe extraer dos conclusiones. En primer lugar, que un conocimiento eventual, distinguido en la forma expuesta del error vencible por culpa consciente, es suficiente para afirmar la concurrencia de conocimiento de la antijuricidad y la ausencia de error de prohibición. En segundo lugar, que ello no significa que, de modo automático, el *conocimiento eventual* de la antijuricidad deba recibir el mismo tratamiento penal que el *conocimiento seguro*. Por contra, y atendiendo a consideraciones de exigibilidad, se darán casos de conocimiento eventual equiparables al conocimiento seguro y otros, en cambio, merecedores de un tratamiento privilegiado. Cuestión de interés es, sin duda, la de dilucidar si se dispone de mecanismos legales para hacer viable dicho tratamiento atenuatorio. En Alemania, según parece, se opta por aprovechar la vía de la atenuación facultativa del Parágrafo 17 StGB (35), pese a que lo cierto es que el mismo alude expresamente a la existencia de un error que, por definición, no se da en los casos de conocimiento eventual. De ahí que tal vía sea sumamente dudosa y más bien haya que hablar de una construcción análoga o supralegal que el juez debe aplicar atendiendo a consideraciones de justicia en el caso concreto. Esta, y no otra, es la naturaleza del principio regulativo de inexigibilidad, tal como lo desarrolló *Henkel* (36). Así las cosas, no se darán diferencias apreciables entre las posibilidades legales existentes en Alemania y en España (37). Estas son en ambos países muy limitadas, debiendo acudir esencialmente a la vía supralegal para resolver tales casos.

12. Todas las anteriores opiniones se han suscitado en la doctrina alemana a propósito de situaciones en las que el sujeto se plantea *explícitamente* la duda acerca de si su conducta infringe o no una nor-

(33) Del mismo modo que la duda resoluble tiene su paralelo, en la teoría del error, en el error vencible.

(34) JAKOBS, AT, p. 446 n.º 1.

(35) Como señala JAKOBS, AT, p. 458 n.º 30, la atenuación facultativa permite, por un lado, la posibilidad de que se dé «conocimiento sin responsabilidad» y, por el otro, «error con responsabilidad». Se refiere al Parágrafo 49, al que remite el Parágrafo 13 del mismo StGB, WARDA, Lange-F, p. 146.

(36) Cfr. HENKEL, Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives Rechtsprinzip. Festschrift für E. Mezger zum 70. Geburtstag. München-Berlin 1954, pp. 249-309, pássim y p. 268 y ss.

(37) En España está claro que el párrafo tercero del artículo 6 bis a) en absoluto suministra elementos de juicio para las situaciones de conocimiento eventual, que deberán hallar solución por otras vías.

ma jurídico-penal. Ahora bien, cabe que las cosas se configuren de modo que el sujeto no se plantee siquiera —de modo expreso— la posibilidad de que su conducta infrinja la norma. Tal hipótesis conduce directamente a pensar en la noción de la «co-consciencia» de la antijuricidad. La doctrina se muestra coincidente en afirmar que para la exclusión del error de prohibición no basta con un conocimiento potencial (que daría lugar, en principio, a un error vencible), sino que es preciso un conocimiento actual (38). Sin embargo, por otro lado, existe también coincidencia a la hora de estimar que, para el conocimiento de la antijuricidad, no es preciso pensar expresamente en dicha antijuricidad. Al contrario, basta un saber implícito, actualizable sin dificultad, para que exista auténtico conocimiento de la antijuricidad. Sobre la existencia de este «conocimiento implícito» no existen, a juicio de la doctrina alemana, dudas de ningún género, dado que es un fenómeno psíquico incontestable el que a la conciencia de los actos acompaña una conciencia de la valoración que los mismos merecen (39). Con todo, lo anterior se ha ideado pensando en una co-consciencia segura de la antijuricidad. ¿Qué decir de las situaciones, asimismo imaginables, de «co-consciencia eventual»? (40). En efecto, es posible que el sujeto no haya pensado expresamente en nada pero que se determine que, de haberlo hecho, se habría encontrado en una situación de duda acerca de si su conducta infringía o no la norma. En tal caso, el problema viene dado por cómo diferenciar tal estructura de una de culpa inconsciente referida a la prohibición. Desde luego, dicha diferenciación es perfectamente posible en el plano teórico, pues «co-consciencia» no es «inconsciencia» y, además, entran aquí en juego los mismos elementos probabilísticos-cognoscitivos a los que venimos haciendo referencia desde el comienzo. Pero en la práctica las cosas pueden discurrir de modo diferente. Cabe, así, que, sentado que el sujeto no se ha planteado expresamente nada, haya que decidir entre imputarle una «co-consciencia eventual» o un error de prohibición debido a una culpa inconsciente; y ello, sobre la base de presunciones más o menos declaradas. Algo parecido a esto es lo que efectúa el Tribunal Supremo en la primera de las sentencias a que se ha hecho alusión al comienzo. Y lo hace de la peor manera de las posibles: procediendo a un juicio sobre la personalidad del sujeto y presumiendo, a partir de ahí, que éste «había de conocer», al menos de modo eventual, la antijuricidad de su conducta. Todo ello es muy discutible. En primer lugar, porque los fundamentos de la responsabilidad criminal deben probarse positivamente y no basta con que no se pueda excluir la posibilidad de que el sujeto conociera la antijuricidad de su conducta para

(38) CRAMER, en Schönke-Schröder, 22.^a ed., Par. 17 n.º 9.

(39) RUDOLPHI, en SK 3-4.^a ed., Par. 17 n.ºs 14 y 15, con referencias bibliográficas, en particular a las obras de Platzgummer, Schewe y Schmidhäuser.

(40) Cfr. WARDA, Welzel-F, p. 506, sobre autores (como Horn) que piensan que si el sujeto ni siquiera se ha planteado la antijuricidad de su conducta como posibilidad, le falta la capacidad de conocimiento del injusto que es la base de la teoría de la culpabilidad, mientras que otros (como Stratenwerth) discrepan de ello.

afirmarla sin más. Además, porque, descartada *a priori* una situación de duda expresa, la apreciación de «co-consciencia eventual» ha de tropezar con significativos obstáculos por tratarse, en el caso que analiza el TS, de un delito de los denominados «formales» o «artificiales». De modo que lo más razonable sería hablar, a propósito del mismo, de la presencia de un error por culpa inconsciente, puesto que el sujeto ni siquiera ha advertido la posibilidad de infringir normas penales con su conducta (41).

13. El TS (Sentencia de 14.12.1985) desestima el recurso que pretendía la apreciación de un error de prohibición respecto al delito de tenencia ilícita de armas señalando que el procesado *no puede respaldarse* en la «circunstancia de que en el Estado de Florida, en donde tiene su residencia, es libre la tenencia de armas de fuego, sin precisar de ninguna autorización o licencia. Y ello porque semejante excepción —no predicable de todos los Estados integrantes de Estados Unidos— no empece a la conciencia general de que la legalidad más extendida y ordinaria estriba en el control de las armas de fuego y en la subordinación de su licencia a ciertos y determinados requisitos, suponiendo su incumplimiento la incursión en tipos delictivos de diversa gradualidad agravatoria».

«La conciencia del encausado se fortalece al comprobar, de una parte, la ausencia de dación de cuenta a las autoridades españolas de las armas que transportaba consigo y, de otra, las circunstancias especiales coexistentes, hallazgo de las mismas tras el registro del yate, provistas de municiones y cargadas, todo ello dentro del marco actuacional de intento de introducir en Las Palmas la carga de 3.000 Kgs de hachís, valorados en 3.000.000.000 ptas, procedente de Marruecos, factores altamente significativos y reveladores de que la conducta del procesado *no puede inscribirse* en aquéllas propias de personas observantes de la legalidad, que se mueven dentro de sus coordenadas y mandatos y que, por desconocimiento razonable de alguna de sus prescripciones, actúan sin la menor sospecha de existencia de antijuricidad en su comportamiento.»

14. El juicio formulado por el Tribunal Supremo supone, pues, una presunción de conocimiento —al menos eventual— de la antijuricidad de su conducta por parte del procesado. Pero el mencionado juicio *no resulta de una inferencia sobre la base de hechos externos*. Al contrario, sus dos fundamentos son, en primer lugar, el carácter predominantemente delictivo de la tenencia de armas sin control administrativo, y, en segundo, la pertenencia del sujeto al mundo del tráfico de drogas. Ambas fundamentaciones son, según entiendo, insuficientes. La primera, por cuanto precisamente el hecho de que la tenencia de armas no sujeta a control administrativo no sea delito en todos los Estados del mundo y, significativamente, no lo sea en buena parte de los Estados Unidos de América y concretamente en Florida, Estado de residencia del procesado, abona más la tesis del error venible que la del conocimiento eventual. En efecto, aun en el caso de que el sujeto se planteara expresamente la probabilidad de la ilicitud

(41) Mucho más cuando el sujeto, en situaciones como las del delito enjuiciado, aun habiéndose planteado la posible antijuricidad de su conducta —por ejemplo, ilícito administrativo—, difícilmente podría haber advertido la naturaleza *penal* de dicho hecho injusto, dado precisamente el carácter «formal» del delito y las divergencias que se producen entre los diversos Estados a la hora de considerar la tenencia de armas por los particulares desde la perspectiva del Derecho.

de su conducta, todos esos datos constituyen, a mi juicio, fundamento suficiente de la confianza del mismo en que España fuera uno de los Estados en que la mencionada tenencia no es delictiva. Lo que nos llevaría a la culpa consciente (error vencible de prohibición) mucho antes que al conocimiento eventual de la antijuricidad. Ello, dejando aparte la posibilidad cierta, dada la naturaleza del delito del artículo 254 CP, de que el sujeto ni siquiera se planteara expresamente la mencionada probabilidad de que su conducta de tenencia fuera antijurídica, lo que nos situaría otra vez ante la disyuntiva entre culpa inconsciente (error vencible de prohibición) y co-consciencia eventual de la antijuricidad. Disyuntiva ésta que, dada de nuevo la peculiaridad del delito, debería resolverse, según parece, en favor de la culpa inconsciente. En cualquier caso, sí parece posible afirmar el carácter vencible del error. La segunda de las fundamentaciones a que recurre el TS puede rebatirse con mayor facilidad, si cabe. Pues parece evidente que un Derecho Penal del hecho no puede hacer de la personalidad criminal de un sujeto criterio decisorio de la concurrencia o no de los elementos del delito. Por supuesto que esta tendencia existe. Y la *teoría del consentimiento* en materia de dolo eventual es, como Gimbernat ha puesto de manifiesto (42), una buena prueba —entre otras— de ello. Pero precisamente lo extendido de dicha práctica es una razón más para combatirla con decisión. Es cierto que la concurrencia de elementos del delito como el dolo o el conocimiento de la antijuricidad no puede obtenerse directamente como en el caso de los elementos objetivos, sino que se determina por un proceso de inferencia. Pero dicha inferencia no puede derivar de factores de la personalidad o de la actitud interna del sujeto, sino de factores del hecho por él realizado, otros hechos anteriores o posteriores y circunstancias concomitantes. Tal proceder resulta obligado si no se quiere subvertir las bases más profundas del Derecho Penal del hecho, que resulta generalmente acogido en los países de nuestro ámbito de cultura (43).

15. Las anteriores consideraciones se han referido al conocimiento de la antijuricidad y su contrapartida, el error de prohibición, sin precisar los diferentes supuestos del mismo. Así, en principio valen tanto para el error de prohibición directo (o relativo ya a la tipicidad del hecho) como para el error de prohibición indirecto (o de permisón). En cambio, alguna peculiaridad debe surgir a propósito de las situaciones de «suposición errónea de la concurrencia de los presupuestos de una causa de justificación». Respecto a ellas, y frente a las

(42) Cfr. GIMBERNAT, *Acerca del dolo eventual*, en *Estudios de Derecho Penal*, 2.^a edición, Madrid 1981, pp. 171-199, p. 186-187.

(43) Probablemente, la solución de la mayoría de los problemas que aquí inciden depende de si se estima que lo que hay que constatar positivamente para sancionar es el conocimiento de la antijuricidad o, a la inversa, se estima que lo que debe constatar-se positivamente es el error de prohibición, para eximir. Problema probatorio de gran trascendencia que, sin duda, ha de resolverse en favor de la consideración de que lo que debe probarse son los presupuestos de la punibilidad y, por ello, el conocimiento de la antijuricidad.

tesis que las incluyen como modalidad de error de prohibición (44), se acoge aquí la opinión de que constituyen una modalidad de error de tipo, concretamente el denominado «error de tipo negativo» (45). Sentado esto, se trata de comentar brevemente qué tratamiento jurídico deben recibir los casos en que el sujeto se plantea la posibilidad de que su conducta resulte amparada por la concurrencia de los presupuestos objetivos de una causa de justificación y, asimismo, la posibilidad de que dichos presupuestos falten (46). Si el sujeto se representa esto último como una probabilidad seria cuyo alcance conoce perfectamente, nos hallaremos ante lo que podemos denominar «dolo eventual de tipo negativo», paralelo al dolo eventual de la parte positiva del supuesto de hecho y al conocimiento de la antijuricidad (47). Pero la cuestión quizá más importante es la relación entre el mencionado dolo de tipo negativo y el elemento subjetivo de justificación (47 bis). Por regla general, la concurrencia de dolo de tipo negativo excluye la del elemento subjetivo de justificación y, a la inversa, la concurrencia de éste provoca la desaparición de aquél, dando lugar al error de tipo negativo (suposición errónea de los presupuestos objetivos de una causa de justificación). Pero, desde el momento en que entran en juego consideraciones probabilísticas, la situación puede variar en alguna medida. Así, y traspasando aquí los criterios de delimitación del dolo eventual que hemos venido usando a lo largo del texto, podría pensarse en tres variantes diferentes. La primera, en la que el sujeto se representa como única probabilidad seria la concurrencia de los presupuestos de la causa de justificación (suposición eventual; suficiente para afirmar el elemento subjetivo de justificación), con lo que, en el caso de que dichos presupuestos no se den, habrá que afirmar un error de tipo negativo (48). La segunda, en la que el sujeto se representa como única probabilidad seria la ausencia de los presu-

(44) Se trata de la «teoría estricta de la culpabilidad», de origen finalista y acogida en España, entre otros, por GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica del delito*, Madrid 1984, páginas 306 ss. y 313; HUERTA TOCILDO, *Sobre el contenido de la antijuricidad*, Madrid 1984, pp. 145-146; CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal español*, 3.^a ed., Madrid 1985, p. 414; MUÑOZ CONDE, *La creencia*, p. 314. El mencionado error se incluye dentro del error de prohibición junto con el error sobre los límites de una causa de justificación y el error sobre la admisión de una causa de justificación por el Derecho.

(45) Tal es la terminología de la teoría de los elementos negativos del tipo, que suscribo. La consecuencia la acogen la teoría restringida de la culpabilidad y la teoría de la culpabilidad que remite a la consecuencia jurídica. Sobre ello, cfr. JESCHECK, *Tratado*, páginas 634 y ss.

(46) O, incluso, sin plantearse expresamente la cuestión de si concurren o no.

(47) Cfr. WARDA, *Welzel-F*, pp. 514 y ss., señalando que la teoría del dolo y la restringida de la culpabilidad deben aplicar aquí los mismos criterios de delimitación que se acogen para distinguir dolo eventual y culpa consciente.

(47 bis) El elemento subjetivo de justificación se entiende aquí en sentido *cognoscitivo* y no como *motivo*; cfr. MIR, *PG*, p. 359: conocimiento de la situación objetiva de justificación.

(48) Si concurrieran efectivamente, se daría una justificación completa. A la inversa, si los presupuestos no concurrieren, se dará un injusto de delito consumado completo, solución ésta que los finalistas aplican también aunque concurren, dada la naturaleza esencial que atribuyen al elemento subjetivo de justificación.

puestos de la causa de justificación (dolo eventual; suficiente para conformar el dolo de tipo negativo) con lo que, en el caso de que resulte que dichos presupuestos concurrían, habrá que afirmar la existencia de una estructura de tentativa inidónea (por dolo eventual) (49). Por último, la tercera (50), en la que el sujeto se representa como probabilidad seria tanto la concurrencia como la ausencia de los presupuestos de una causa de justificación (51). Se darían, en tal caso, a la vez, un *dolo eventual de tipo negativo* y un *elemento subjetivo de justificación con base en una suposición eventual*. La cuestión es qué tratamiento deben recibir estos casos, si el sujeto actúa. Dicho de otro modo, si corresponde dar primacía al dolo eventual de tipo negativo presente en el sujeto o al «dolo eventual respecto al tipo de justificación» asimismo concurrente. A mi juicio, ante tal dilema debe optarse por atribuir el papel prioritario a la concurrencia de un dolo eventual de tipo negativo. Ello, probablemente, también por razones de exigibilidad. Pues, dado que nos hallamos ante conductas de las que se sabe que ponen en peligro bienes jurídicos (es decir, que son típicas, penalmente relevantes), es razonable concluir la exigibilidad de la abstención de su realización siempre que la ausencia de presupuestos de causas de justificación aparezca como probabilidad seria (52). En definitiva, en situaciones así, la ausencia efectiva de los presupuestos objetivos de la justificación dará lugar a un injusto consumado completo, y su concurrencia, a una estructura de tentativa (53) (54).

(49) Que, en España, cierta doctrina propone —sobre la base de que se trata de una estructura meramente analógica a la de la tentativa— sancionar por la vía de la eximente incompleta. Cfr. MIR PUIG, Derecho Penal, PG, Barcelona 1985, p. 360.

(50) De todos modos, caben más posibilidades: Así, dolo directo de primer grado en relación al tipo de justificación y dolo eventual en relación al tipo negativo; o dolo eventual respecto al tipo de justificación y dolo directo de primer grado respecto al tipo negativo.

(51) Si, como señala JOERDEN, *Der auf die Verwirklichung von zwei Tatbeständen gerichtete Vorsatz*, ZStW 95 (1983), pp. 565-605, p. 601 y ss., el dolo eventual es un dolo alternativo en el que las alternativas a que se refiere son la concurrencia o ausencia del tipo objetivo, aquí se trata de la concurrencia de la parte objetiva del tipo negativo o de la concurrencia de los presupuestos objetivos de una causa de justificación.

(52) Y ello con independencia de que su concurrencia aparezca asimismo como probabilidad seria de la ausencia de tales presupuestos se podrá actuar. Esto vale incluso para los casos en que se da un mero dolo eventual respecto al tipo negativo y un auténtico dolo directo de primer grado respecto al tipo de justificación. Ejemplo: La mujer A está embarazada. B le practica un aborto para salvarle la vida (con tal intención), pues parece que aquélla se encuentra en peligro; pero se advierte la probabilidad seria de que la vida de A no corra peligro alguno.

(53) Esta conclusión es posiblemente válida también para los casos en que el sujeto no se plantea en absoluto la concurrencia o no de los presupuestos de una causa de justificación. Obsérvese la diferencia entre esto y el conocimiento de la antijuricidad, lógica pues en un caso se trata del conocimiento de hechos y el otro de la valoración de dichos hechos.

(54) Por supuesto, la doctrina finalista sostendrá, también para este último caso, la existencia de lo injusto completo de un delito consumado.

A mi juicio, en la doctrina finalista podría producirse, en ocasiones, una desconexión entre la teoría de la «suposición errónea de los presupuestos de una causa de justificación» y la teoría general de las causas de justificación. La mencionada «mera» suposición errónea se estima error de prohibición, lo que equivale a considerar que se da

16. Con lo anterior finalizan nuestras observaciones sobre el conocimiento eventual de la antijuricidad y el dolo eventual de tipo negativo. Para poner término a este trabajo conviene, sin embargo, hacer una sucinta referencia al tema de si tales reflexiones acerca del conocimiento eventual de la antijuricidad habrán de variar según que se adopte la teoría del dolo o de la culpabilidad en materia de error de prohibición, o según que se defienda la ubicación sistemática de éste en el injusto o en la culpabilidad. Algunos autores han sostenido la repercusión de estas cuestiones en el tema del conocimiento eventual. Así, *Warda*, por ejemplo (55), entiende que la teoría del dolo ha de probar de modo necesario la concurrencia de un *querer* en el conocimiento eventual, pues para ella el conocimiento de la antijuricidad es elemento constitutivo del dolo. Sin embargo, tal punto de vista introduce, sin mencionarlo, el criterio, desde luego dominante, pero no evidente sin más, de que el dolo es *conocer* y *querer*. Extremo éste que no tiene por qué compartirse por quienes sustentan la teoría del dolo en materia de error de prohibición. Así pues, la discrepancia entre defensores de la teoría del dolo y de la teoría de la culpabilidad en materia de conocimiento eventual, si bien puede tener lugar, no es en modo alguno consecuencia necesaria de sus respectivos puntos de partida. Y, desde luego, en lo que alcanzo a ver, no se ha producido

el tipo permisivo completo en su parte subjetiva, faltando la objetiva. Sin embargo, esto se desmiente en el otro marco. Pues aun concurriendo los presupuestos objetivos de la justificación y el conocimiento de los mismos (ausencia de error) todavía no se admite por los finalistas la existencia de un tipo permisivo completo que justifique la conducta. Además, se exige para su apreciación que el sujeto tuviera precisamente como *motivo* de su actuación la situación justificante. Esto es incoherente con lo anterior. Para que lo primero fuera coherente con esto último, sería preciso exigir para el error de prohibición (por suposición errónea de los presupuestos de una causa de justificación) no sólo esta suposición sino, además, el «motivo», la referida motivación especial; en definitiva, el elemento subjetivo completo, en sentido finalista. Y, si faltara ésta, habría que excluir todo error de prohibición, CEREZO, Curso, 3.ª ed., p. 414, exige, consecuentemente, para el error de prohibición por error sobre los presupuestos de una causa de justificación no sólo que el sujeto crea erróneamente que concurren los elementos objetivos que sirven de base a una causa de justificación, sino, además, que éste actúe con el elemento subjetivo correspondiente (ánimo o voluntad de defensa, por ejemplo). Pero en WELZEL, Das Deutsche Strafrecht, 11.ª ed., Berlín 1969, p. 168, no se señala de modo expreso nada de esto. Desde luego, a lo que exponemos podría contraobjetarse que la exigencia del «motivo» además de la simple «suposición errónea» es evidente y, por ello, implícita. Pero lo cierto es que no se hace explícita. Sobre este probable carácter implícito es revelador el texto de SUÁREZ MONTES, Consideraciones críticas sobre la doctrina de la antijuricidad en el finalismo, Madrid 1963, p. 38: «Ciertamente se toma en cuenta el elemento subjetivo. Es decir, se hace dependiente la causa de justificación del conocimiento de la existencia de los presupuestos objetivos (voluntad de defensa, de salvación de un bien, etc.)». Los subrayados son míos. Pero obsérvese cómo aparecen vinculados el conocimiento y la voluntad, siendo, como son, cuestiones diferentes.

(55) WARD, Welzel-F, p. 500 nota 4. Cfr. también sobre el tema RUDOLPHI, Unrechtsbewusstsein, pp. 130-131, poniendo de relieve que, para los partidarios de la teoría de la culpabilidad, los criterios de delimitación de conocimiento eventual y error vencible no tienen por qué ser los mismos que los que distinguen dolo eventual y culpa consciente (en tal línea, *Armin Kaufmann*), mientras que lo natural en la teoría del dolo es que así sea.

de modo significativo (56). Por lo demás, la conclusión, ya expuesta, relativa a que la presencia de un conocimiento eventual excluyente del error de prohibición se decide con arreglo a criterios cognoscitivos y a que la penalidad correspondiente se determina conforme a consideraciones de exigibilidad, niega también relevancia en esta materia a la ubicación sistemática del tema en el injusto o en la culpabilidad. Ciertamente, a esto podría oponerse que la exigibilidad, como criterio de reprochabilidad, sólo opera en el ámbito de la culpabilidad. Pero ello, válido para una exigibilidad concebida como principio normativo, es menos exacto si se la concibe como principio regulativo, susceptible de actuar en todos los niveles sistemáticos. En definitiva, también entendiendo que el error de prohibición encuentra su lugar sistemático en el injusto, es razonable corregir el criterio inicial cognoscitivo, que decide sobre el conocimiento eventual, apelando a consideraciones de exigibilidad. Desde luego, el baremo de lo exigible puede variar en la antijuricidad y en la culpabilidad. Se ha hablado, en este sentido, de una exigibilidad *general* y otra referida a las circunstancias concretas en que se encuentra el sujeto. Pero no considero que aquí quepa establecer tal diferenciación. En efecto, por la especial naturaleza de la problemática aquí implicada, tanto si la situamos en el injusto como si lo hacemos en la culpabilidad, entiendo que es un criterio de exigibilidad general el decisivo: lo que el Estado desea exigir —de modo genérico— a los ciudadanos que se encuentran en situación de duda sobre la antijuricidad de su conducta.

(56) Más bien porque los defensores de la teoría de la culpabilidad también se han dedicado a buscar un elemento voluntativo en el conocimiento eventual, que porque los partidarios de la teoría del dolo hayan entendido éste tan sólo en el sentido de «conocimiento».

El delito de homicidio y lesiones en riña tumultuaria (*)

ANGELA SALAS HOLGADO

Colaboradora del Departamento de Derecho Penal de la Universidad de Sevilla

SUMARIO: I. Evolución histórica del concepto de riña.—II. Concepto jurídico-social de riña.—III. Naturaleza de este delito.—IV. Acción.—V. Antijuridicidad.—VI. Tipo subjetivo.—VII. Grado de ejecución.—VIII. Participación.—IX. Concursos.—X. Penalidad y responsabilidad civil.—XI. Estudio de la presunción de inocencia.—XII. Los Proyectos de reforma.

I

La noción de riña y su valoración socio-jurídica aparece desde los primeros tiempos de una manera difusa. Sus referencias, escasas, son generalmente superficiales y de poco contenido. Los tratamientos iniciales son por la vía de la reparación y no de la sanción. Sus primeros antecedentes datan de dos legislaciones antiguas, el Código de Hammurabi (1), y la ley mosaica, concretamente el Exodo (2).

Al margen de estos precedentes remotos, es el Derecho Romano el primero que regula la figura de la riña a través de dos leyes cuyos textos se contradicen entre sí: la Ley Cornelia de Sicariis (3) y la Ley Aquilia. La primera establece una responsabilidad individual por las lesiones sufridas. Por el contrario, la Ley Aquilia establece la responsabilidad solidaria de todos los sujetos. Según opinión de Mela (4), re-

(*) Este trabajo constituye un extracto de la Tesis de Licenciatura presentada en la Universidad de Sevilla el 11 de julio de 1986, y que obtuvo la calificación de sobresaliente por unanimidad.

(1) En el Código De Hammurabi se menciona la riña en los párrafos 206 y 207, en los que se ha querido observar un enfrentamiento o una especie de combate.

(2) Exodo 21, 18-19-22.

(3) Dice el texto de la Ley Cornelia: «Si en una riña pereciese un hombre debido a una herida, conviene que se observen las heridas, las cuales se considerarán atribuidas a cada uno de los que tomaron parte en la reyerta (Paulo, Dig. XLVIII, 8, 17).

(4) Novísimo Digesto Italiano e NND, vol. X, p. 514, voz Mela. Mela fue un jurisculto de finales de la República y principios del Imperio, posterior a Servio. No se conserva de él ningún fragmento ni el título de sus obras, pero de las frecuentes men-

cogida por Ulpiano en Ulpiano *18 ad edictum, Dig. IX, 2, 11, pr. (Mela ab Ley Aquilia)*, si son varios los sujetos que han herido al siervo, todos han de considerarse culpables de homicidio; y si en realidad apareciese claro quién dio el golpe, ése ha de considerarse como autor del homicidio. Llegados a este punto, hemos de decir que carece de rigor científico la reiterada información defectuosa que se ha dado en este tema con respecto a Mela, de forma que autores como García Planas (5) hablan de ley Item Mela cuando en realidad se trata de la Ley Aquilia. El texto de la Ley Aquilia es el que corresponde a lo que actualmente prevé el Derecho Penal español (6).

En la Edad Media, la fuente principal de donde surgían las normas era Roma. Pero verdadera importancia hay que dar a la Constitución Carolina, pues es el primer cuerpo legal que establece una presunción clara de culpabilidad en base a una imposibilidad de prueba (7).

Respecto a la evolución histórica de esta figura delictiva en España, no se contiene en las Partidas, pero sí en las costumbres y fueros locales. Quintano (8) menciona los fueros de Zamora, parágrafo 19, y Salamanca, parágrafo 1. También encontramos la riña en los párrafos 70 del fuero de Zamora, 51 y 52 del fuero de Salamanca; 4, 20, 21, 88 y 192 del de Plasencia; el fuero de Cuenca; el de Baeza en el parágrafo 326; el 484 del fuero de Soria y los párrafos 17 al 20 del de Teruel.

La única fuente general que incorpora esta figura de riña son las Leyes del Estilo, en concreto la Ley LVII (9), que establece una responsabilidad solidaria para todos los partícipes, tomando como precedente la Ley Aquilia.

Una vez analizados estos antecedentes históricos, se puede hacer un estudio de la época de la Codificación. Estima Antón Oneca (10) que «puede ser útil recordar aquellas iniciativas decimonónicas, interesantes como ejemplos que, sin ser seguidos a la letra, nos marcan tendencias dignas de tener en cuenta». Con ello se soslayan en gran parte las dificultades que encuentra el penalista español en su labor legislativa y en la correcta interpretación en ocasiones de las normas penales.

ciones de autores romanos, aparece como un buen jurista ocupado principalmente en el problema del Derecho Pretorio.

(5) GARCÍA PLANAS, G. Notas sobre el tratamiento de la riña tumultuaria en el Código Penal Español y en la jurisprudencia. *Revista Jurídica de Cataluña*, Enero-Marzo 1979, p. 847.

(6) QUINTANO RIPOLLÉS, A. *Tratado de la Parte Especial de Derecho Penal*. Tomo I. Madrid, 1972. p. 348.

(7) Code Criminel de L'Empereur Charles V, vulgairement appelle La Caroline. Paris MDCCXXXIV. Su artículo 148 en el párrafo 3.º dice: «Si el que ha resultado muerto ha recibido más de un golpe mortal o peligroso, sin que se pueda saber precisamente cuál de estos golpes en particular le ha causado la muerte, todos aquellos que le hayan producido dichos golpes serán castigados como homicidas a la pena de muerte».

(8) QUINTANO, *Ob. cit.*, p. 349.

(9) Códigos Antiguos de España. Colección completa desde el Fuero Juzgo a la Novísima Recopilación. Madrid, 1885. pp. 155-156.

(10) ANTÓN ONECA, J. Los proyectos decimonónicos para la reforma del Código Penal Español, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Mayo-Agosto 1972.

El Código Penal de 1822 no se refiere expresamente al homicidio en riña. Sin embargo, no hay que dejar de mencionar una serie de preceptos de este cuerpo legal que pueden servirnos de precedentes y que hacen alusión de forma indirecta a la riña. En concreto, el artículo 106 la recoge entre las circunstancias agravantes en general (11). También se consigna como agravante del homicidio y del asesinato, en los artículos 607 (12) y 609 (13). Existen además en este Código tres preceptos que hacen referencia a la riña o pelea de la que resulte muerte, si bien hay que decir que se trata de una riña entre dos personas, agresor y agredido. Son, en concreto, los artículos 614, 615 y 616.

Los Proyectos de Código Criminal de 1830 (14), 1831 (15) y 1834 (16) siguen la línea del Código Penal de 1822, aunque con un tenor literal diferente.

Importancia merece el estudio del Anteproyecto del Código Penal de 1848, mediante las Actas de la Comisión General de Codificación (17). Si bien la Comisión General no se había planteado tratar el tema de la riña, éste surge a raíz de la discusión sobre el duelo. Sin el castigo del duelo, probablemente la riña no se habría reconocido como delito. En la sesión de 19 de abril de 1845, la Comisión consideró el duelo como delito de peligro, estableciendo a su vez que los desafíos eran contrarios a las ideas sociales, cosa que anteriormente había dicho Pacheco (18). Con respecto a la riña, se la consideró como un homicidio indeliberado, presuponiendo que tenía lugar en momentos de acaloramiento o arrebato, aunque los medios de su ejecución envuelven peligro natural y probable de muerte.

Ya en el Código Penal de 1848 aparece un artículo referido al homicidio en riña o pelea entre varios, el artículo 325: «En el caso de cometerse un homicidio en riña o pelea, y de no constar el autor de la muerte, pero sí los que causaron lesiones graves, se impondrá a todos éstos la pena de prisión mayor. No constando tampoco los que causaron lesiones graves al ofendido, se impondrá a todos los que hubie-

(11) Artículo 106. 1: «el mayor perjuicio, susto, riesgo, desorden o escándalo que cause el delito». Artículo 106. 6: «el cometerle con armas o en sedición, tumulto o conmoción popular».

(12) Artículo 607, primero: «... como que por ella promueva en el acto una *riña o pelea* de que resulte muerte del ofensor».

(13) Artículo 609, tercera: «... ya empeñándola en una *riña o pelea* provocada por el asesino con ventaja conocida por parte de éste».

(14) El Proyecto de Código Criminal de 1830. Estudio preliminar y edición por José Ramón Casabó Ruiz. Murcia, 1978. Artículos 129 y 135.

(15) El Proyecto de Código Criminal de 1831. Estudio preliminar y edición por José Ramón Casabó Ruiz. Murcia, 1978. Artículos 823 y 824.

(16) El Proyecto de Código Criminal de 1834. Estudio preliminar y edición por José Ramón Casabó Ruiz. Murcia, 1978. Artículos 329, 330 y 339.

(17) Anteproyecto de Código Penal de 1848. Archivo del Ministerio de Justicia. Legajo 6. Código Penal discutido por la Comisión General de Codificación. 1843-1845.

(18) PACHECO, J. F. Estudios de legislación y jurisprudencia. Barcelona, 1843. Desafíos, pp. 36 y ss.: «... los desafíos producen una violación de todas las ideas sociales, los duelos procuran una bastarda justicia y sus reglas van contra las reglas de la justicia común.»

ren ejercido violencias en su persona la de prisión menor». La reforma de 1850 no afecta en nada a este artículo.

La novedad aparece en el Código Penal de 1870. Por primera vez encontramos los términos de confusa y tumultuaria, y es el tenor literal de este artículo el que, prácticamente sin diferencias, se ha mantenido hasta nuestros días (19). El elemento esencial consiste en que la riña tenga lugar confusa y tumultuariamente, esto es, sin que se sepa quiénes son los autores de la muerte o muertes acaecidas (20). Bernaldo de Quirós se adscribe a la teoría de la complicidad correlativa, extendiendo la responsabilidad de la persona incógnita a los autores conocidos de actos concomitantes (21).

Haciendo un análisis de los demás proyectos y Códigos Penales posteriores hasta el actualmente vigente, hay que decir que en líneas generales todos siguen el esquema implantado en el Código Penal de 1870. La única excepción la constituye el Código Penal de 1928, que siguió un sistema híbrido que no resultaba satisfactorio. Este Código tuvo escasa vigencia y en los posteriores vuelve a aparecer la antigua redacción del Código Penal de 1870 que, con escasas modificaciones, es la que se ha mantenido hasta nuestros días.

II

A falta de una definición legal, es preciso ofrecer alguno de los conceptos de riña más significativos.

Carrara define la riña como una lucha súbita que surge entre dos o más personas por causas privadas. Se dice súbita, para distinguir la riña de la agresión y del duelo; y se dice por causas privadas, para distinguirla de la sedición y de otros delitos de carácter político (22).

Antolisei la considera como una mezcla violenta por la vía de hecho (23).

Cuello Calón dice que la riña es la lucha entre más de dos personas pertenecientes a distintos bandos que se acometen entre sí y mezclándose mutuamente dificultan el poder distinguirse (24).

(19) Dice el artículo 420 del Código Penal de 1870: «Cuando riñendo varios y acometiéndose entre sí confusa y tumultuariamente hubiere resultado muerte y no constare su autor, pero sí los que hubieren causado lesiones graves, serán estos castigados con la pena de prisión mayor. No constando tampoco los que hubieren causado lesiones graves al ofendido, se impondrá a todos los que hubieren ejercido violencias en su persona la de prisión correccional en sus grados medio y máximo».

(20) VIADA y VILASECA, S. Código Penal de 1870 concordado y comentado. Tomo V, quinta edición. Madrid, 1927.

(21) BERNALDO DE QUIRÓS en *Enciclopedia Jurídica Española*. Seix, Barcelona. Tomo XXVII, p. 646.

(22) CARRARA, F. Programa de Derecho Criminal, Parte Especial. Volumen I. Temis, Bogotá 1972. Parágrafo 1292.

(23) ANTOLISEI, F. Manuale di diritto penale. Parte Speciale I. Giuffrè, Milano, 1982. página 103.

(24) CUELLO CALÓN, E. Derecho Penal, Parte Especial. Tomo II. Bosch, Barcelona, 1975. p. 492.

Beling afirma que riña es la participación en una pelea o en una agresión cometida por varios (25).

Común a estas definiciones es la idea que manifiesta Carrara (25 bis), de que en la riña nos vemos envueltos de improviso, sin que la reflexión haya tenido tiempo y posibilidad de formar con calma sus opiniones. La ira instantánea enciende los ánimos y va aumentando con la gravedad de la lucha.

III

Manifiesta Quintano (26) que el Código Penal español alude sólo a una especie de riña, la tumultuaria, definida en su artículo 408 y penada según sus resultados, en el mismo y en los artículos 424 y 583-7.º, éste con rango de falta. Constituye el susodicho precepto una responsabilidad objetiva levemente disfrazada, un homicidio putativo que se carga arbitrariamente a una persona por actos no homicidas, sino leves o de violencias.

El artículo 408 dice así:

«Cuando riñendo varios y acometiéndose entre sí confusa y tumultuariamente hubiere resultado muerte y no constare su autor, pero sí los que hubieren causado lesiones graves, serán éstos castigados con la pena de prisión mayor. No constando tampoco los que hubieren causado lesiones graves al ofendido, se impondrá a todos los que hubieren ejercido violencias en su persona la de prisión menor.»

En varios aspectos esta figura delictiva resulta censurable, en cuanto de una parte se fundamenta en un criterio de pura presunción, que tiene el carácter *iuris et de iure*, y de otra da lugar a una serie de dudas de no fácil solución técnica y conduce a soluciones evidentemente injustas (27).

La característica más relevante es la gran dificultad que ofrece en el ámbito procesal la realización de la prueba que permita fijar la responsabilidad de cada partícipe, por faltar una adecuada relación material de causalidad que determine quién fue el autor de la muerte o lesiones inferidas a la víctima. Binding, citado por Rodríguez Devesa (28), ofrece dos soluciones: castigar la participación de la que resulte muerte como delito autónomo, u operar con presunciones de causalidad de la muerte producida en riña.

(25) BELING, E. Esquema de Derecho Penal. La doctrina del delito tipo. Traducción de Sebastián Soler. Palma, Buenos Aires, 1944. p. 139.

(25 bis) CARRARA, F. Opúsculos de Derecho Criminal. Vol. III. Temis, Bogotá 1978. página 163.

(26) QUINTANO RIPOLLÉS, A. *Ob. cit.*, p. 346.

(27) FERRER SAMA. Comentarios al Código Penal. Volumen IV. pp. 259 y ss.

(28) RODRÍGUEZ DEVESA, J. M. Derecho Penal Español. Parte Especial. Madrid, 1983. pp. 71, nota 1.

La mayoría de las legislaciones extranjeras optaron por la primera solución (29). El legislador español optó por la segunda vía, y la mayoría de los códigos hispanoamericanos han aceptado este sistema (30). No obstante, las legislaciones más avanzadas de Sudamérica recogen en sus códigos penales la fórmula de considerar la participación en riña como delito autónomo con específicas agravaciones en el caso de producirse determinados eventos dañosos para la vida o integridad corporal (31). Otras legislaciones como la francesa y la anglosajona omiten esta figura delictiva.

El legislador español, al estructurar este precepto, lo hizo de una forma manifiestamente imprecisa, con una deficiente técnica jurídica, que prácticamente supone un paso atrás de siglos, al identificarse con los preceptos de la ley Aquilia glosada por Ulpiano.

El artículo 408 del Código Penal no contiene un simple delito de peligro, según afirman Del Rosal-Cobo-R. Mourullo (32), puesto que no entiende la riña en sí como delito autónomo, pues el hecho de que no se castigue a todos los que en ella participan basta para descartar dicha afirmación. Tampoco consideran que este artículo 408 constituya un delito de sospecha, porque dicen que ésta no existe, y, antes al contrario, hay la certeza de la comisión de un delito, independientemente del conocimiento o no del autor de la muerte. Del mismo modo, piensan que no se trata de un delito de homicidio, puesto que el propio texto dice hubiere resultado muerte, y no hubiere resultado homicidio. Así, *concluyen diciendo que nos encontramos ante un delito de lesiones graves, por lo que se refiere al párrafo primero, y un delito de violencias, por lo que se refiere al párrafo segundo.*

Bajo Fernández (33), identificado con la tesis de estos autores, entiende que ni es delito de peligro ni es de sospecha, y que estamos en presencia de un delito de lesiones caracterizado por producirse en una riña de características tan graves que en ella se produce una muerte.

Efectivamente, niega Bajo Fernández que el delito recogido en el artículo 408 del Código Penal sea un delito de peligro porque no se castiga a todos los que participan en la riña. Sin embargo, sería más adecuado afirmar que la riña no responde a la estructura típica de esta modalidad delictiva, en su doble aspecto de delito de peligro abstracto o concreto. De todos modos, existe una notoria similitud entre la

(29) Tanto el Código Penal alemán en su párrafo 227, como el suizo en el artículo 133, el italiano en el 588 y el austriaco en el 91, castigan la participación en riña con independencia de los resultados que se produzcan, que suponen una agravación de la pena.

(30) Así, Costa Rica (art. 241), Chile (arts. 294 y 402), Ecuador (arts. 437 y 446), Honduras (arts. 405 y 420), Paraguay (art. 334), Perú (arts. 169 y 170) y Méjico (arts. 297, 308 y 314) entre otros.

(31) Por ejemplo, Brasil (art. 137), Uruguay (art. 323) y Venezuela (art. 427). Para mayor información sobre estos Códigos puede consultarse ZAFFARONI, E. R. Códigos Penales latinoamericanos. La Ley, Buenos Aires 1978; y JIMÉNEZ DE ASÚA, L. y CORSI ZACARES, F. Códigos Penales Iberoamericanos. Ed. Andrés Bello. Caracas, 1946.

(32) DEL ROSAL-COBO-R. MOURULLO. Derecho Penal Español. Parte Especial. Delitos contra las personas. Madrid, 1962. pp. 226 y 228.

(33) BAJO FERNÁNDEZ, M. Manual de Derecho Penal. Parte Especial. CEURA, Madrid, 1986. p. 74.

conducta tipificada en el artículo 408 y los delitos de peligro. La conducta descrita en este artículo reúne las características propias de una actividad peligrosa, lo que supone ya una lesión potencial contra concretos bienes jurídicos —vida, integridad corporal—, que el legislador no supo tomar en cuenta al momento de configurar este tipo delictivo, con lo que se hubiera paliado en gran parte la difícil conflictividad que en su actual redacción presenta esta figura delictiva.

El legislador vincula la responsabilidad por la muerte ocasionada en aquellas personas que causaron lesiones o violencias en la víctima, por estimar con cierta racionalidad que tales conductas lesivas ofrecen un mayor porcentaje de probabilidades de producción del resultado de muerte. Este juicio del legislador no excluye la naturaleza sustancial de delito de peligro de la conducta expuesta en el artículo 408.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia vienen sosteniendo que el homicidio en riña tumultuaria constituye un delito de los que han venido a llamarse de sospecha encerrando una presunción de muerte. El término sospecha fue creado por Manzini (34), donde a falta de culpabilidad y de relación causal, la penalidad se hace depender de dos condiciones objetivas: el resultado de muerte o lesiones y la falta de constancia de autor, lo que actualmente es incompatible con el principio de legalidad consagrado en el artículo 1 del vigente Código Penal tras la reforma parcial y urgente de 25 de junio de 1983.

Consideran como delito de sospecha al contenido en el artículo 408 del Código Penal entre otros autores Muñoz Conde (35), Rodríguez Devesa (36), Rodríguez Ramos (37), Ferrer Sama (38) y García Planas (39). En el mismo sentido se manifiesta la jurisprudencia (40).

Se trata de un delito de sospecha que contiene una presunción de muerte, presunción que tiene carácter *iuris et de iure*, y que sigue un orden lógico, sin que la pena que se aplique sea la de homicidio, sino menor. Nos hallamos ante una presunción escalonada, porque en defecto de quién produjo lesiones graves se impone una pena a cualquiera que hubiere ejercido violencias en la víctima. La *ratio legis* de esta figura delictiva, como indica Muñoz Conde (41), no es el hecho de participar en una riña, sino este hecho cuando en el transcurso de la riña se produce una muerte y no consta quién fue el que la produjo.

(34) MANZINI, V. *Trattato di diritto penale*. Vol. I, p. 649.

(35) MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal. Parte Especial*. Sevilla, 1983, p. 57.

(36) RODRÍGUEZ DEVESA, J. M. *Ob. cit.*, p. 72.

(37) RODRÍGUEZ RAMOS, L. *Compendio de Derecho Penal. Parte Especial*. Madrid, 1985, p. 57.

(38) FERRER SAMA. *Ob. cit.*, p. 259.

(39) GARCÍA PLANAS, G. *Ob. cit.*, p. 851.

(40) En este sentido, la STS de 21 de octubre de 1976 dice que la riña tumultuaria es «delito contra las personas de sospecha, porque el legislador establece una presunción muda pero elocuente de causación, de resultado y no de peligro abstracto». De igual manera, la STS de 29 de marzo de 1984 sostiene que es una infracción «de las denominadas de sospecha y también de resultado». Se pueden consultar además las STS de 26 de septiembre de 1977, 14 de noviembre de 1974, 14 de abril de 1984 y 30 de octubre de 1984.

(41) MUÑOZ CONDE, F. *Ob. cit.*, p. 57

La no constancia del autor de la muerte en riña tumultuaria, dice Bajo Fernández (42), no es más que un límite fronterizo de las figuras legales del 407 y el 408. Si el autor consta, entrará en juego exclusivamente el homicidio del artículo 407, y si no consta, el 408. Verdaderamente, el artículo 408 puede considerarse no sólo subsidiario del 407, sino también del asesinato y del parricidio, pues en el artículo 408 se habla de «muerte» y no de «homicidio». El legislador no aplica la pena del homicidio, sino una menor, porque ninguna presunción puede ni debe suplir la falta de una prueba segura respecto a la causación de la muerte (43).

Constituye este precepto un supuesto de responsabilidad objetiva. Las penas no son proporcionadas a la culpabilidad por el acto cometido por el autor, sino que están en función de la concurrencia de una muerte no referida culpablemente al sujeto activo del delito (44).

La responsabilidad de los no autores materiales en la riña debe ser meramente secundaria, eficiente sólo para componer la figura especial (45). De otra parte, cuando de la riña sólo se deducen lesiones graves con desconocimiento de su autor, se debe estar a lo dispuesto en artículo 424; y si en la riña sólo se producen lesiones menos graves con desconocimiento de su autor, será aplicable el artículo 583-7.º del Código Penal.

En definitiva puede decirse que el delito de homicidio en riña tumultuaria, configurado en el artículo 408 del Código Penal, presenta una deficiente construcción técnica, de naturaleza extraña, que ofrece serias dificultades para su interpretación, de la que se deducen intolerables supuestos de notoria injusticia, como en el caso de conocer que las lesiones graves causadas a la víctima, tanto individual como conjuntamente, no pudieron ser causa del fallecimiento. Tan grave situación atenta contra la conciencia jurídica colectiva y la pena expuesta no alcanza a satisfacer los fines de punición general y mucho menos la especial, que sería absolutamente ineficaz frente al injustamente sancionado por actos que evidentemente no son causa del resultado. Llama la atención que esta figura delictiva se haya mantenido en nuestro Código a través del tiempo, a pesar de las numerosas reformas que se han sucedido. Parece que nuestros legisladores de forma patológica han relegado voluntariamente al olvido el dar un nuevo tratamiento jurídico a este delito.

(42) BAJO FERNÁNDEZ, M. *Ob. cit.*, p. 76.

(43) RODRÍGUEZ DEVESA, J. M. *Ob. cit.*, p. 72.

(44) BAJO FERNÁNDEZ, M. *Ob. cit.*, p. 73.

(45) QUINTANO RIPOLLÉS, A. *Ob. cit.*, p. 358.

IV

Este delito aparece integrado por una serie de elementos extraños al homicidio en sentido propio (46). El bien jurídico tutelado en el tipo delictivo del artículo 408 del Código Penal es la vida e integridad corporal de las personas. Es pues un delito de resultado contra las personas. En otras legislaciones se ha estimado en ocasiones que la riña constituía un delito pluriobjetivo, que atenta no sólo a la incolumidad personal, sino también al orden público, perturbando el orden y la paz social. Esta tesis ha sido sostenida de forma vacilante por la jurisprudencia de Casación italiana. En la doctrina alemana también existe la tendencia a hacer de la riña tumultuaria una infracción contra el orden público, no específicamente contra las personas. En estos países se castiga la participación en riña y es por ello por lo que se plantean estas tesis.

La acción consiste en intervenir en una riña confusa y tumultuaria de la que resulta muerte o lesiones graves sin conocerse su autor.

Se plantea el problema del número de personas que han de intervenir en la riña. Maggiore (47) exige al menos tres personas en la riña, ya que según indica, hay que observar que la ley no habría tenido necesidad de crear un delito aparte como la riña para castigar un delito entre dos personas cuyas respectivas responsabilidades pueden individualizarse. Según Maggiore, para el cómputo de participantes en una riña no se contabilizan los sujetos no imputables o no punibles, ni los que obran en estado de justificación y no importa que alguno no sea identificado. De ello se deduce que la riña entre personas no imputables no tendría valoración jurídica. En sentido contrario, Camaño Rosa sostiene, acertadamente, que el requisito mínimo para la riña se cumple aunque esté integrada por personas no identificadas o que se encuentren amparadas en causas de justificación, inimputabilidad o impunidad. En tales situaciones existe igualmente el hecho de riña. Habrá personas que por diversas circunstancias no responderán del delito, pero eso no quita que hayan participado materialmente en la riña (48). A esto hay que añadir que las personas no responsables pueden producir un daño en riña, y si bien no les alcanza la acción penal, se queda latente la responsabilidad civil en determinados casos.

En la doctrina y la jurisprudencia, la opinión general es que han de intervenir más de dos personas. En este sentido, Quintano (49) dice que es un delito plurisubjetivo, de más de dos personas necesariamente. Del mismo modo, Rodríguez Devesa (50), Muñoz Conde (51), Cuc-

(46) FERRER SAMA. *Ob. cit.*, p. 259.

(47) MAGGIORE, G. *Derecho Penal, parte especial*. Vol. IV. Temis, Bogotá, 1972, p. 368.

(48) CAMAÑO ROSA, A. *Riña en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Fascículo III, 1953, p. 175.

(49) QUINTANO RIPOLLÉS, A. *Ob. cit.*, p. 352.

(50) RODRÍGUEZ DEVESA, J. M. *Ob. cit.*, p. 73.

(51) MUÑOZ CONDE, F. *Ob. cit.*, p. 58.

llo Calón (52), Del Rosal-Cobo-R. Mourullo (53) y García Planas (54) señalan que han de intervenir más de dos personas o que han de ser varios los participantes, o bien como dice Ferrer Sama: «es elemento esencial de este delito que intervengan pluralidad de personas» (55). Igual parecer existe en la jurisprudencia, y prueba de ello nos la dan las sentencias de 20 de mayo de 1946, 29 de noviembre de 1947, 21 de octubre de 1976, 26 de septiembre de 1977, 14 de abril de 1984, 29 de marzo de 1984 y 17 de diciembre de 1984, entre otras (56).

Atendiendo a la cuestión de los bandos, si en un principio la jurisprudencia mantenía que destruían la figura delictiva, posteriormente reconoció la presencia de bandos (57). Ferrer Sama (58) dice que no debe quedar excluido este tipo en el caso de pluralidad de personas pero con clara delimitación de dos bandos, pues aunque así sea, subsiste el carácter tumultuoso de la riña, siendo lo determinante el hecho de que no se sepa quién ha sido el causante de la muerte y que no haya existido acuerdo entre los del bando contrario para atentar contra la vida de la víctima.

En cuanto al problema que se plantea cuando una persona es atacada por varios, Ferrer Sama mantiene que queda excluido el tipo, ya que se trata de una agresión de varios contra uno ejecutada conjuntamente (59). Esta misma opinión era la antiguamente mantenida por la jurisprudencia (60), postura que se vino a romper con la sentencia de 25 de marzo de 1969, que calificó de homicidio en riña tumultuaria la muerte producida en el curso de la agresión de varios contra uno. En el mismo sentido se manifiesta Gimbernat (61), que acepta que existe el delito del artículo 408 cuando varios atacan a una persona sin

(52) CUELLO CALÓN, E. *Ob. cit.*, p. 493.

(53) DEL ROSAL-COBO-R. MOURULLO. *Ob. cit.*, p. 229.

(54) GARCÍA PLANAS, G. *Ob. cit.*, pp. 855 y 859.

(55) FERRER SAMA. *Ob. cit.*, p. 264.

(56) La STS de 10 de mayo de 1946 requiere «pluralidad de agresores y mutuos acometimientos», la STS de 29 de noviembre de 1947 dice que en la riña «luchan más de dos personas confusa y mutuamente», la de 21 de octubre de 1976 señala que «siendo delito esencialmente plurisubjetivo, han de intervenir más de dos personas,... y debe concurrir pluralidad de ofensores y ofendidos». La STS de 26 de septiembre de 1977 requiere que la riña sea «entablada entre más de dos sujetos», la de 14 de abril de 1984 habla de pluralidad de ofensores y ofendidos, y las sentencias de 29 de marzo de 1984 y 17 de diciembre de 1984 señalan que el homicidio en riña tumultuaria es un delito plurisubjetivo con pluralidad de partícipes.

(57) La mayoría de los autores señalan las sentencias de 12 de marzo de 1872 y 30 de noviembre de 1880 como falta de riña por estar los bandos delimitados. La primera dice que «cuando se deduce de los hechos de una causa que si bien hubo reyerta entre muchos no fue ésta confusa, tumultuosa ni revuelta, sino limitada y directa entre cuatro personas, peleando entre sí dos de cada parte, de un modo conocido y distinto... faltan todas las condiciones necesarias para que pueda ser aplicable la disposición de este artículo». En sentido contrario, podemos citar las STS de 21 de octubre de 1976 o de 26 de septiembre de 1977, que sólo exigen que no conste el autor de la herida determinante de la muerte.

(58) FERRER SAMA. *Ob. cit.*, p. 264.

(59) FERRER SAMA. *Ob. cit.*, p. 264.

(60) STS de 26 de enero de 1886, STS de 30 de junio de 1886.

(61) GIMBERNAT ORDEIG, E. en Quintano I, pp. 352 y 353.

que se pueda determinar quién causó la muerte. Castigar un supuesto así por un homicidio del artículo 407 a todos los agresores no parece viable, pues ni consta que quisieran causar una muerte ni se sabe tampoco cuál fue su participación concreta en la producción del resultado mortal. Por consiguiente, si no es posible punir por homicidio y tampoco se admite la posibilidad de aplicar el 408, los agentes quedarían únicamente sujetos a una eventual responsabilidad por lesiones o amenazas. Ello significaría que, cuando resulta muerte y se desconoce su autor, se castigaría con mayor dureza la agresión de varios contra varios que no la de varios contra uno solo. De esta idea también participan Muñoz Conde (62) y García Planas (63).

La riña ha de ser confusa y tumultuaria. Es necesario que se llegue a las vías de hecho y que se realicen violencias personales (64). La jurisprudencia tiene un criterio definido en cuanto a lo que debe entenderse por riña confusa y tumultuaria. Sirva de ejemplo la sentencia de 21 de octubre de 1976, que mantiene que el elemento positivo es «la riña, reyerta, pendencia, pelea o quimera confusa y anárquica, es decir, gregaria, amorfa, caótica, de todos contra todos». En igual sentido caben señalar las sentencias de 26 de septiembre de 1977, 29 de marzo de 1984 o 14 de abril de 1984.

Otro de los problemas que se plantea es la valoración del pacto previo a la riña. Puig Peña mantiene que no existe riña tumultuaria cuando hay previo concierto (65), pues el concierto expreso o tácito entre alguno o algunos de los contendientes, anterior o de momento, para agredir a otra u otras personas, impide que sea aplicada la sanción especial de este artículo. Sostiene más acertadamente Rodríguez Ramos (66) que lo que ha de faltar es el concierto previo de causar la muerte, pues la existencia de tal concierto, aunque sea súbito y no deliberado e incluso tácito, y a pesar de que no conste quién de los concertados fue el causante de la muerte, excluye la hipótesis privilegiada de homicidio en riña tumultuaria, dando paso a la calificación homicidio simple para todos los concertados. En el mismo sentido se manifiesta la jurisprudencia (67).

El sujeto pasivo es el fallecido a consecuencia de la riña. El problema que se plantea dentro de este apartado es el de la muerte de un tercero extraño a la reyerta y de si se integra o no en el tipo del artículo 408. Ferrer Sama (68), Puig Peña (69) y Cuello Calón (70) resuelven la cuestión afirmativamente, alegando el silencio de la ley y la vaguedad del término «resultare muerte». Por otra parte, Muñoz

(62) MUÑOZ CONDE, F. *Ob. cit.*, p. 58.

(63) GARCÍA PLANAS, G. *Ob. cit.*, p. 857.

(64) MUÑOZ CONDE, P. *Ob. cit.*, p. 58.

(65) PUIG PEÑA, F. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo III. Madrid, 1969, p. 496.

(66) RODRÍGUEZ RAMOS, L. *Ob. cit.*, pág. 58.

(67) STS de 21 de octubre de 1976, STS de 26 de septiembre de 1977 y de 29 de marzo de 1984.

(68) FERRER SAMA. *Ob. cit.*, p. 263.

(69) PUIG PEÑA, F. *Ob. cit.*, p. 497.

(70) CUELLO CALÓN, E. *Ob. cit.*, p. 493.

Conde (71) mantiene que sujeto pasivo puede ser el tercero que se mezcla en la riña para apaciguar y resulta muerto. Pero discute si se integra la muerte de un extraño que no se ha mezclado, como un transeúnte o un observador imparcial, y entiende que el muerto ha de ser uno de los que han intervenido en la riña, como contendiente o apaciguador, y haya sido objeto de lesiones graves o violencias por parte de otros intervinientes. De la misma opinión es Bajo Fernández (72). Quintano (73) no cree que la aplicación de este artículo sea factible en el supuesto de que un disparo suelto de la pelea alcance a un transeúnte, porque para la exigencia de responsabilidad hay que acreditar la autoría real de las lesiones o violencias, que, claro es, no pudieron ejercerse sobre el extraño que sólo de modo casual o imprudente pudo ser alcanzado. Sí abarcaría a la víctima no combatiente pero interviniente en la pendencia. Frente a esta tesis de Quintano, alegando como requisito indispensable la necesidad de conocer al autor de lesiones o violencias, podría ocurrir por ejemplo que un transeúnte fuera alcanzado por una pedrada lanzada entre los que riñen y producirse lesiones graves, y después fortuitamente le alcanza un disparo de autor desconocido. Sabiendo quién causó las lesiones graves e ignorando el autor de la muerte, no habrá inconveniente en extender la responsabilidad en riña al extraño.

Uno de los problemas más arduos que plantea el delito de riña tumultuaria con resultado de muerte o lesiones graves es si estos resultados son condicionantes para la existencia de esta figura delictiva y en consecuencia para su punibilidad.

Muñoz Conde señala que, para llevar a efecto la punibilidad de ciertos hechos típicos, antijurídicos y culpables, se exige en algunos casos la presencia de algunos elementos adicionales. Difícil es reducir esos elementos adicionales y excepcionales a una categoría común dada su diferente función y significación político-criminal. Entre estos elementos se encuentran las condiciones objetivas de punibilidad y propugna por la creación de una nueva categoría en la teoría general del delito en la que se incluyan estos elementos (74). Mir Puig ha puesto de relieve que el tipo penal está llamado a relacionar los hechos penalmente relevantes, no sólo los que fundamentan positivamente al injusto, sino también los que condicionan su punibilidad. Por ello, las condiciones de punibilidad pertenecen al tipo penal, porque condicionan su objetiva relevancia penal (75).

La doctrina y la jurisprudencia clásica consideran que la muerte deducida de riña tumultuaria constituye una condición objetiva de punibilidad. En tal sentido, Antón Oneca reconoce el carácter de condición objetiva de punibilidad a los resultados más graves de muerte o lesiones, porque no consta que hayan sido causados por el sujeto, al

(71) MUÑOZ CONDE, F. *Ob. cit.*, p. 58.

(72) BAJO FERNÁNDEZ, M. *Ob. cit.*, p. 76.

(73) QUINTANO RIPOLLÉS, A. *Ob. cit.*, p. 355.

(74) MUÑOZ CONDE, F. *Teoría general del delito*. Temis, Bogotá, 1984. pp. 171 y ss

(75) MIR PUIG, S. *Derecho Penal. Parte general*. Barcelona, 1985. pp. 121.

que, en realidad, se imputan los resultados menos graves de lesión o violencias que efectivamente ha causado, con una agravante en razón de los primeros (76).

Del Rosal, Cobo y Rodríguez Mourullo (77) parten de la original tesis de que la muerte no constituye el resultado del delito de riña tumultuaria, pues no se trata de un delito de homicidio, sino de lesiones, único resultado de autor conocido producido con ocasión de riña tumultuaria. Para ellos, el concepto de condición objetiva de punibilidad veda el admitir que la muerte sea condicionante de esta figura delictiva, desde el momento en que ella bien pudiera ser intrínseca a la actividad del sujeto activo, a pesar de que no conste. Llegan a la conclusión de calificar la muerte como un *simple síntoma objetivo de la virulencia de la riña* ajena al tipo de injusto y que sirve para delimitar la figura delictiva. Con esta tesis se identifica plenamente Bajo Fernández (78), señalando que el hecho de la muerte en el artículo 408 se desvincula de la polémica que la condición objetiva de punibilidad aporta, si es o no necesaria para la comisión del delito o si el error sobre su concurrencia es o no relevante. La muerte en el delito de riña sólo significa para el citado autor *un medio técnico de delimitación de la tipicidad* ajeno al tipo de injusto; la concurrencia de la muerte es imprescindible para aplicar las penas previstas en el precepto y por otro lado no cabe error posible con la relevancia jurídico-penal (79).

A pesar de la originalidad de esta doctrina, la causación de muerte a que hace alusión el precepto que analizamos, supone una verdadera condición objetiva de punibilidad, en el sentido tradicional, atemperado a la moderna doctrina, con los criterios expuestos por Mir Puig (80), quien en todo momento incluye entre los delitos que poseen condición objetiva de punibilidad a la figura descrita en el 408. Verdaderamente, debe considerarse que en este artículo existen dos condiciones objetivas de punibilidad indisolublemente unidas: la causación de muerte o lesiones y el desconocimiento del autor de estos resultados, sin las cuales el delito descrito en el artículo 408 es inviable ya que su punición depende de su concurrencia. La razón de sancionar a los que causan resultados de lesiones es una finalidad político-criminal por la que el legislador presume que el autor de la muerte en riña se encuentra entre los que causaron resultados lesivos.

La conducta consiste en participar en la riña y que se causen lesiones al muerto, o, al menos, se ejerzan violencias sobre el mismo. No debe constar el autor de la muerte. Cuando no se produce el resultado de muerte pero sí lesiones o violencias entre los contendientes, se da entrada a las figuras recogidas en los artículos 424 y 583-7.º del Código Penal, referidos a las lesiones graves y violencias respec-

(76) ANTÓN ONECA, J. *Derecho Penal, parte general*. Madrid, 1949. pp. 234.

(77) DEL ROSAL-COBO-R. MOURULLO. *Ob. cit.*, pp. 232-233.

(78) BAJO FERNÁNDEZ, M. *Ob. cit.*, pp. 75 y ss.

(79) En idéntico sentido se manifiestan Cobo del Rosal y Vives Antón en *Derecho Penal. Parte general*. Volumen II. Valencia, 1981. p. 194.

(80) MIR PUIG, S. *Derecho Penal. Parte General*, pp. 121 y 771 de sus adiciones a la traducción del *Tratado del Derecho Penal*, de H. H. JESCHECK.

tivamente. Por lesiones graves deben entenderse las recogidas en el artículo 420 del Código Penal.

No parece admisible que el artículo 408 absorba la penalidad de las mutilaciones de los artículos 418 y 419, pues no puede ser menos grave una mutilación sin muerte en riña tumultuaria que otra mutilación en la que concurre además la situación del artículo 408. De ello se deduce que entre la mutilación y el homicidio en riña tumultuaria hay un concurso ideal del artículo 71 del Código Penal, impidiendo con ello que al autor conocido de las violencias no se le aplique el artículo 408 mientras conste el causante de unas mutilaciones o de unas lesiones graves en sentido estricto (81). Rodríguez Devesa, por el contrario, pone de relieve que en los artículos 418 y 419 se requiere un «propósito» de mutilar y que de lo contrario pasan a constituir una lesión grave del 420 (82). Por consiguiente, no mediando lesiones graves sino mutilación causada de propósito, se aplicará el artículo 419 y no el 408, siguiendo la regla general.

Una vez conocido el autor de la muerte en riña, desaparece la especialidad del 408, pero no para borrar las otras responsabilidades, sino para que el homicidio o las lesiones se enjuicien como en cualquier supuesto ordinario con arreglo a la participación de cada cual (83).

Antón Oneca (84) señala que es singular la objetividad de las lesiones producidas en riña confusa y tumultuaria e imputadas a quienes causaron lesiones de menor.

Atendiendo al concepto de violencia, Bajo Fernández (85) dice que por violencias debe entenderse no sólo las lesiones menos graves, sino cualquier clase de vis física, incluso el simple golpear o maltratar a otro de obra sin causarle lesión. El término violencia es de naturaleza abstracta, pero en relación con esta figura de riña tumultuaria se concreta específicamente en la vis física, como una especie de impulso o fuerza que se ejerce sobre las personas. Mira Benavent (86) señala que la violencia ha ido históricamente apareciendo en los textos punitivos como medio perturbador de los derechos ajenos. Por su parte, Higuera Guimerá (87), citando a Blei dice que «no se puede pensar en un concepto de violencia sin la característica de la actuación sobre el cuerpo». Welzel y Kohlrausch-Lange, citados también por este autor, entienden por violencia todas aquellas medidas de coacción que son sentidas por el coaccionado como presión corporal.

(81) GIMBERNAT ORDEIG, E. Nota al Tratado de Quintano, pp. 357 y 358.

(82) RODRÍGUEZ DEVESEA, J. M. *Ob. cit.*, p. 74.

(83) QUINTANO RIPOLLÉS, A. *Ob. cit.*, p. 358.

(84) ANTÓN ONECA, J. *Notas críticas al Código Penal. Las lesiones*. Bilbao, 1965. p. 786.

(85) BAJO FERNÁNDEZ, M. *Ob. cit.*, p. 78.

(86) MIRA BENAVENT, J. El concepto de violencia en el delito de coacciones. En *Cuadernos de Política Criminal*. N.º 22, 1984.

(87) HIGUERA GUIMERÁ, J. F. *El delito de coacciones*. Bosch, Barcelona, 1978. pp. 98 y 99.

V

Debemos analizar si son posibles en esta figura delictiva las causas de justificación o causas modificativas de la responsabilidad.

En primer lugar, se plantea la posibilidad de admitir la legítima defensa en el homicidio en riña tumultuaria. Tradicionalmente, el Tribunal Supremo ha venido rechazando la aplicación de la eximente señalando que el acometimiento mutuo impide que pueda estimarse, sea de forma completa o incompleta, puesto que cuantos participan en la riña son agresores y provocadores de sus adversarios, conforme establece la sentencia de 12 de abril de 1947. También se apunta que el mutuo acometimiento y fuerza excluye la agresión ilegítima, y, por lo tanto, la legítima defensa (88). Según Ferrer Sama (89), en el caso de riña falta el requisito de la «necesidad racional del medio empleado para repeler la agresión», puesto que según su opinión, el peligro en que se encontró la víctima pudo evitarse perfectamente negándose a reñir. Este requisito, siempre según Ferrer, es el que viene a obstaculizar la apreciación de la legítima defensa en caso de riña, más que la ausencia del elemento de falta de provocación, pues la riña puede haber sido provocada por el otro bando.

Según indica Muñoz Conde (90), la tesis del Tribunal Supremo merece ser criticada por su excesiva generalidad, y señala que puede que alguien se vea envuelto en una reyerta sin haberla aceptado o que intervenga en ella para apaciguar a los contendientes o a defender a uno de ellos, y en estas situaciones es perfectamente imaginable la legítima defensa.

Del Rosal, Cobo y Rodríguez Mourullo (91) también mantienen que pueden darse en situación de riña los requisitos de la legítima defensa. En el mismo sentido se manifiesta Rodríguez Devesa (92). Como señala Antón Oneca en sentencia de 30 de mayo de 1935 (93), «para apreciar la necesidad de la defensa y la proporcionalidad de los medios empleados, debe tomarse en cuenta no solamente la realidad del peligro, sino la opinión fundada que el sujeto haya podido racionalmente formar sobre su existencia o gravedad». Tomando en consideración este argumento, puede perfectamente aplicarse la eximente de legítima defensa en la figura delictiva de homicidio en riña tumultuaria.

A juicio de Bajo Fernández (94), el planteamiento del principio judicial «la riña mutuamente aceptada excluye la legítima defensa», es equivocado porque se trata de un problema exclusivo de la eximente de legítima defensa. Señala Bajo que la riña en el artículo 408, siendo

(88) MAGALDI, M. J. *La legítima defensa en la jurisprudencia española*. Bosch, Barcelona, 1976. pp. 101 y ss.

(89) FERRER SAMA. *Ob. cit.*, p. 265.

(90) MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal. Parte Especial*. p. 59.

(91) DEL ROSAL-COBO-R. MOURULLO. *Ob. cit.*, p. 244.

(92) RODRÍGUEZ DEVESA, J. M. *Ob. cit.*, p. 75.

(93) Citado por RODRÍGUEZ MOURULLO, G. en *Legítima defensa real y putativa en la doctrina penal del Tribunal Supremo*. Civitas, 1976. pp. 37 y 38.

(94) BAJO FERNÁNDEZ, M. *Ob. cit.*, pp. 78 y 79.

el elemento básico, no es el requisito único ni el fundamental de este delito. Es necesario que concurran *confusión* y *tumulto* y que se produzca una muerte sin constar el autor, aunque sí quien produjo las lesiones graves y de las violencias cometidas en una riña confusa y tumultuaria donde resulta muerte sin constancia de la persona que la ha causado, podrá quedar amparado por la legítima defensa si las lesiones graves o las violencias las ha practicado como medio racionalmente necesario para impedir o repeler una agresión injusta. La exclusión de la legítima defensa no es automática en la riña que describe el artículo 408, por la razón de que no tiene por qué ser de forma necesaria mutuamente aceptada y nada excluye la concurrencia de los tres requisitos previstos en el número 4 del artículo 8. Por lo que se refiere a la jurisprudencia, pueden servir de ejemplo las sentencias de 21 de octubre de 1976 o de 29 de septiembre de 1977 (95).

También puede examinarse como causa de justificación el estado de necesidad, recogido en el número 7.º del artículo 8 del Código Penal. Se puede precisar el concepto de estado de necesidad como amenaza de un mal grave que sólo puede ser evitado mediante lesión de bienes jurídicos ajenos (96). Podría apreciarse esta eximente en la riña en el supuesto por ejemplo, de una persona que ve que un menor se encuentra desvalido inmerso en una riña, y para evitarle un mal y protegerle, toma parte en ella.

Otra de las eximentes que podría tener aplicación en el homicidio en riña tumultuaria es la número 11 del artículo 8, el que obra en el cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo. Sería el caso del agente de la autoridad que interviene en una riña para separar a los contendientes. No puede ser sujeto activo, pero sí podría ser sujeto pasivo de este delito.

Haciendo mención de las agravantes, hemos de decir que la mayoría de ellas se encuentran inmersas en el propósito o intención de participar en la riña, si bien la sentencia de 14 de abril de 1984 aprecia en el caso de homicidio en riña tumultuaria concretamente la agravante de abuso de superioridad. La sentencia dice que esta agravante «tiene su razón de ser en una mayor dosis de culpabilidad, en cuanto que los sujetos activos conscientemente utilizan medios que debilitan la defensa, y en mayor antijuricidad, porque la repulsa del ente social se deja sentir con mayor intensidad a la normal que produce el delito y necesita para su apreciación: una notoria desproporción entre el ataque ofensivo y la defensa susceptible de realizar la víctima o víctimas, que puede ser debido a una superioridad física del agente o a los instrumentos que el mismo utiliza».

(95) La STS de 21 de octubre de 1976 dice que para obrar en defensa se exige que la reacción se produzca con «auténtico *animus defendendi*, y que el presunto defensor se halle en situación real de *necesitas defensionis*, es decir, que, es indispensable que la defensa sea necesaria». También declara que la «agresión ilegítima es el bastión inexpugnable de la legítima defensa... y para que exista agresión ilegítima es preciso un ataque a bienes jurídicos actual, inminente, ilegítimo y real; acometimiento real y efectivo inesperado, violento o injusto...»

(96) ANTON ONECA, J. *Ob. cit.*, p. 263.

VI

También, en cuanto a los caracteres de la culpabilidad, resulta anómalo este delito, pues a pesar de tratarse de un homicidio, se puede cometer dolosamente sin intención de matar (97).

El dolo en esta figura de delito abarca el conocimiento y voluntad de intervenir en la riña, pero no la intención de matar, ya que entonces estaríamos en presencia de un homicidio (98).

El propósito de intervenir en la riña lleva íntimamente unido el ánimo de lesiones y causar violencias. Carrara dice que en la riña se obra ciegamente al rechazar o devolver las ofensas; así el hecho sale de los dominios de la voluntad para entrar en los dominios de lo fortuito; pero el elemento intencional nunca puede demostrarse como dirigido a la muerte de un modo preciso (99).

Quintano sostiene que la figura delictiva del artículo 408 se considera como de naturaleza dolosa, con un dolo genérico *vulnerandi*, sin precisión específica de matar ni en el ignoto autor de la muerte ni en los partícipes (100).

No se exige el dolo de matar, pues en caso de existir éste habría que apreciar homicidio en grado de tentativa o frustración al autor de las lesiones (101).

Bajo Fernández entiende que si para el delito de lesiones previsto en el artículo 420 y siguientes se exige el dolo dirigido a lesionar las conductas allí descritas, se debe entender también que en el homicidio en riña tumultuaria se ha de requerir el dolo de producir lesiones graves o violencias (102).

No cabe pues, según criterio doctrinal y reiterado de la jurisprudencia, que en los supuestos de acuerdo previo tácito o expreso, anterior o coetáneo, para matar, se aplique la figura del artículo 408, excluyéndose ésta y dando entrada a una coautoría del artículo 14-1.º del Código Penal en relación al homicidio simple del artículo 407.

Es de creer que la muerte por imprudencia en el curso de una riña impondría la desaparición del tipo, por ser sólo las violencias de los actos mínimos que la determinan y resulta extensivo y artificioso calificar de violencias a las no intencionales (103). Entiende Bajo Fernández, también, que este delito no es punible a título de imprudencia, aunque por razones distintas de las que parecen deducirse de los artículos 408, 424 y 583-7.º. La exquisita regulación escalonada que el legislador hace en estos tres preceptos, según la gravedad de la riña, parece dar a entender que las previsiones político-criminales del legislador quedan satisfechas con el castigo de tales supuestos cuando las violencias o las lesiones producidas se han cometido sólo por dolo.

(97) FERRER SAMA. *Ob. cit.*, p. 264.

(98) MUÑOZ CONDE, F. *Ob. cit.*, p. 59.

(99) CARRARA, F. *Ob. cit.*, parágrafo 1296.

(100) QUINTANO RIPOLLÉS, A. *Ob. cit.*, p. 361.

(101) RODRÍGUEZ DEVEZA, J. M. *Ob. cit.*, p. 76.

(102) BAJO FERNÁNDEZ, M. *Ob. cit.*, p. 80.

(103) QUINTANO RIPOLLÉS, A. *Ob. cit.*, p. 361.

Si concurriera simple culpa por parte del autor, bastaría, para satisfacer las exigencias político-criminales, la aplicación del artículo 565 en relación a la figura delictiva correspondiente de lesiones (104).

Son perfectamente pensables casos de violencias y lesiones en riña, por quien verifica su conducta de forma culposa e incluso podrían apreciarse supuestos de preterintencionalidad, por quien sólo tenía intención de causar violencias y a consecuencia de su conducta se producen lesiones. La dificultad se centra en que el dolo en este delito está contraído a la participación en riña.

Ahora bien, no todo el que interviene en una riña lo hace con el designio de producir lesiones o violencias. Tal ocurre con los agentes de la autoridad que intervienen para restaurar la paz y el orden público, el tercero que actúa con el fin de apaciguar a los contendientes o el que se constituye en legítima defensa entre los que riñen. Tales personas podrían ser sujetos pasivos de la riña tumultuaria, pero nunca deberán ser considerados como verdaderos partícipes ya que en ellos no concurre el ánimo de participar con *animus «vulnerandi»*.

VII

La estructura de este delito no permite las formas imperfectas de ejecución (105). Al ser la muerte un resultado que cualifica por sí mismo y no por el propósito específico de matar, es claro que no caben en el delito del artículo 408, grados de ejecución imperfecta de frustración o de tentativa (106). Muñoz Conde manifiesta que al ser la muerte una condición objetiva de penalidad, si ésta no se produce, el delito no existe (107). Además, como indica Bajo Fernández, en cualquier caso, la tipificación escalonada en los dos párrafos del artículo 408 y en los artículos 424 y 583-7.º, ponen de relieve la imposibilidad de apreciar dichas formas imperfectas (108).

Tampoco puede admitirse la existencia de actos preparatorios, puesto que éstos quedan ya absorbidos dentro de la figura delictiva. Se trata de un delito de resultado con una conducta activa o dinámica, por lo que no cabe tampoco apreciar la conducta omisiva.

VIII

Por autores en esta figura delictiva debemos entender los comprendidos en los números 1.º y 3.º del artículo 14 del Código Penal, es decir, los que toman parte directa en la ejecución del hecho y los que cooperan a la ejecución del hecho con un acto sin el cual no se hu-

(104) BAJO FERNÁNDEZ, M. *Ob. cit.*, p. 80.

(105) RODRÍGUEZ DEVESA, J. M. *Ob. cit.*, p. 75.

(106) QUINTANO RIPOLLÉS, A. *Ob. cit.*, p. 362.

(107) MUÑOZ CONDE, F. *Ob. cit.*, p. 59.

(108) BAJO FERNÁNDEZ, M. *Ob. cit.*, p. 80.

biese efectuado. Mayor dificultad ofrece el número 2.º del mismo artículo 14, por ser de complicada apreciación la participación ideal en la riña de aquella persona que induce a otro a reñir.

Se hace imposible hacer una valoración de la complicidad, pues la figura del cómplice prácticamente carece de relevancia jurídica debido al riguroso objetivismo que rige en este tipo delictivo, ya que el que coopera deberá hacerlo con un dolo específico de reñir.

En cuanto a los encubridores, serían valorables los del número 2.º del artículo 17 del Código Penal, aquellos que ocultan los medios del delito para impedir su descubrimiento. No cabe duda tampoco de la posibilidad del encubrimiento entre parientes del artículo 18 del Código Penal.

Indica Quintano (109) que la pluralidad de sujetos de la riña no supone una asociación, y que la participación es meramente material y no ideal. Toda conducta que vaya orientada a favorecer a un autor ha de ser dinámica y activa, pues el tipo recogido en el artículo 408 hace imposible la valoración de la conducta omisiva.

La doctrina jurisprudencial mantiene que si existe acuerdo para matar en una riña tumultuaria, todos los partícipes responden como autores. Gimbernat (110) sostiene que esta postura jurisprudencial no puede aceptarse en toda su extensión porque entiende que la teoría del concierto o acuerdo previo es falsa. Pero, sigue diciendo, si se tiene la seguridad de que todos los partícipes realizaron actos ejecutivos y se desconoce sólo quién realizó materialmente el hecho, todos son coautores.

IX

El tema de los concursos está referido al carácter subsidiario de la riña tumultuaria en relación al delito de homicidio o de asesinato o parricidio, ya que siendo conocido el autor de la muerte se ha de atender a las figuras delictivas indicadas, siempre que concurren los elementos necesarios para tal calificación, con lo que la muerte en riña tumultuaria de autor desconocido, como indica Quintano, constituye un notable privilegio frente al homicidio del artículo 407 y frente al asesinato y al parricidio, cuya penalidad es superior a la del artículo 408 (111).

Si se conoce el autor no es de aplicación el artículo 408. Mas, como indica Rodríguez Devesa (112), si el que causó lesiones graves tenía intención de matar, deberá calificarse el hecho de homicidio en grado de tentativa o frustración, de lo contrario existiría un concurso ideal del artículo 71 entre homicidio frustrado o en tentativa y homicidio en

(109) QUINTANO RIPOLLÉS, A. *Ob. cit.*, p. 360.

(110) GIMBERNAT ORDEIG, E. «Autor y cómplice», en *Derecho Penal Universidad de Madrid*, 1966, pp. 99 y 100.

(111) QUINTANO RIPOLLÉS, A. *Ob. cit.*, p. 357.

(112) RODRÍGUEZ DEVESA, J. M. *Ob. cit.*, p. 76.

riña tumultuaria, contrario al sentido de la ley. Sigue diciendo este autor que la mayor desventaja de la fórmula adoptada por el Código Penal reside en los resultados injustos a que conduce la subsidiariedad, ya que si el autor del homicidio es descubierto una vez recaída la condena por el artículo 408, no hay otro posible correctivo que la vía de gracia. Sin embargo, esto último no es correcto, porque atendiendo al artículo 954-4.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, podría haber lugar a un recurso de revisión (113).

Con referencia al concurso de delitos, Rodríguez Devesa, señala que cuando son varios los muertos o muertos y lesionados, puede haber un concurso real de dos o más homicidios en riña tumultuaria, o si se trata de homicidio y lesiones, entre homicidio en riña tumultuaria y lesiones del artículo 424 o del 583-7.º, siempre y cuando hayan sido realizados por la misma persona (114).

Estaríamos en presencia de un concurso real en aquellas hipótesis en que uno de los que interviene y causa lesiones graves, aprovecha la ocasión disparando el arma contra su enemigo que ocasionalmente pasa por las cercanías de la lucha sin intervenir en ella. En este caso habría que apreciar un concurso real de homicidio en riña y un homicidio simple del artículo 407. También habría lugar a este tipo de concurso en el caso de quien participando en riña, se apodera de un objeto de valor que ve en el suelo con ánimo de apropiárselo: concurso real de homicidio en riña y apropiación indebida. También puede darse en el que participa en riña y causa de propósito daños materiales en bienes muebles o inmuebles, si bien el sujeto que participa debe ser autor conocido de lesiones graves o violencias.

Quien utiliza la riña como medio de atentar contra la propiedad ajena, podrá ser reo de un delito contra el patrimonio con la agravante de astucia, porque se vale de la situación caótica de la riña para pasar desapercibido.

X

Para los que causan lesiones graves la pena prevista es la de prisión mayor, y para los que ejercen violencias es de prisión menor.

La regulación punitiva de la conducta tipificada en el artículo 408, se ha obtenido de la conjunción de dos elementos en pugna, el de personalidad de la pena o estricta culpabilidad personalista que exige que nadie sea penado por razones de proximidad o aproximación locales, parentales o comisivas, imputándoles actos que no ha cometido, y el deseo de que ningún delito quede *a priori* impune, aunque esto conlleve el riesgo de que se castigue como autor al que no lo es o puede

(113) Dice el artículo 954-4.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: «Habrà lugar al recurso de revisión contra las sentencias firmes en los casos siguientes: 4.º Cuando después de la sentencia sobrevenga el conocimiento de nuevos hechos o de nuevos elementos de prueba, de tal naturaleza que evidencien la inocencia del condenado».

(114) RODRÍGUEZ DEVESA, J. M. *Ob. cit.*, p. 76.

no serlo (115). La penalidad prevista de prisión mayor para el resultado de muerte aplicable al causante de lesiones graves, es decir, la inferior en grado a la de reclusión menor asignada al homicidio, está perfectamente coordinada con éste (116). También en el caso de los artículos 424 y 583-7.º del Código Penal, la pena es ciertamente inferior a la correspondiente a las lesiones sufridas.

El artículo 408 encierra en su seno una presunción de causación de la muerte. El legislador español no pune a los autores de lesiones graves o violencias porque presume que han causado la muerte, sino más bien porque han realizado lesiones graves o ejercido violencias en una riña y de tamaña gravedad que en ella se ha causado una muerte. No se castiga, según afirman Del Rosal, Cobo y Rodríguez Mourullo, en atención a una presunción, sino sencillamente porque ha quedado perfectamente probado quién es el autor de las lesiones o de las violencias, de tal forma que si esto último no se da, no puede decirse que las conductas sean punibles (117).

Así pues, debemos concluir que el legislador establece una pena inferior a la correspondiente a los delitos descritos, debido a que no es conocido el autor y hay que operar en base a presunciones de culpabilidad.

Por lo que respecta a la responsabilidad civil, consumado el delito configurado en el artículo 408, se hace necesario determinar el alcance de la responsabilidad civil deducida de la criminal, a tenor de lo establecido en el artículo 19 del Código Penal. Aunque Quintano estima que es de escaso interés en nuestra dogmática (118), no lo son sus efectos prácticos, sobre todo si tenemos en cuenta que por unas simples violencias en el supuesto de que se desconozca a los que causaron las lesiones graves, se le puede imponer *una indemnización por muerte en cuantía igual a si hubiese cometido un homicidio doloso*, lo cual no sólo es una incongruencia sino una notable injusticia.

XI

Una vez analizado dogmáticamente este precepto del Código Penal, se puede hacer un estudio de la presunción de inocencia con referencia a esta figura delictiva, y ver de qué forma le afecta este derecho constitucional.

Nuestra Constitución de 1978 proclama como dogma el de la presunción de inocencia, que es un derecho fundamental de la persona, tanto por su mismo *nomen* como por su ubicación entre los preceptos constitucionales.

Según observa García de Enterría, hay que llegar a la conclusión de que cualquier tribunal, de cualquier orden, también del penal por

(115) GARCÍA PLANAS, G. *Ob. cit.*, p. 862.

(116) QUINTANO RIPOLLÉS, A. *Ob. cit.*, p. 357.

(117) DEL ROSAL-COBO-R. MOURULLO. *Ob. cit.*, pp. 236 y 237.

(118) QUINTANO RIPOLLÉS, A. *Ob. cit.*, p. 362.

tanto, si en el proceso inciden los derechos fundamentales proclamados en la Constitución, deberá aplicar directamente ésta y atribuir al derecho fundamental de que se trata la totalidad de su eficacia (119).

Por su parte, Díaz Palos dice que no cabe duda en torno a la posibilidad de revisión casacional que la Sala Segunda del Tribunal Supremo tiene en orden a la aplicación de la presunción de inocencia, a condición de que no afecte al principio de libre valoración de la prueba (120).

En el estudio de este tema, hay que tener en cuenta la Sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de julio de 1981, que sostiene que «la presunción de inocencia ha dejado de ser un principio general del derecho que ha de informar la actividad judicial para convertirse en un derecho fundamental que vincula a todos los poderes públicos». «Al Tribunal Constitucional corresponde estimar en caso de recurso si dicha presunción ha quedado desvirtuada», estimación que «ha de hacerse respetando el principio de la libre apreciación de la prueba por parte del Tribunal de Instancia. Es preciso una mínima actividad probatoria producida con las garantías procesales».

Con la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 1 de junio de 1982 aparece el cauce casacional para la invocación del precepto constitucional. Este cauce es el artículo 849-2.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y así se reitera en la sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de julio de 1982.

De la doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo podemos destacar lo siguiente: la valoración de pruebas corresponde al Tribunal de Instancia, sin mengua de la actividad del artículo 24-2 de la Constitución española referido a la presunción de inocencia, para cuya comprobación el cauce adecuado es el artículo 849-2.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, acudiendo a la aplicación directa del texto constitucional por obra de su artículo 53.

La presunción de inocencia influye en la actividad probatoria, pues que la inocencia de cualquier persona acusada o sospechosa de delito debe ser tenida por cierta salvo prueba en contrario. Este derecho subjetivo público deroga o condiciona la interpretación de cualquier norma que establezca presunciones directa o indirectamente encaminadas a restringir el valor de aquélla o dispongan discriminaciones que tienen como fundamento una culpabilidad presunta antes que una presunta inocencia (121).

La presunción de inocencia es un derecho fundamental contenido en la Constitución. Sin embargo, no existe en el Derecho positivo español una proclamación expresa del principio de culpabilidad con rango constitucional. Tras la reforma operada por la Ley Orgánica 8/83, de 25 de junio, el párrafo primero del artículo 1 del Código Penal dis-

(119) GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1985. p. 74

(120) DÍAZ PALOS, F. «Constitución y casación penal». En *La Ley*, 17 de mayo de 1983.

(121) *Revista de Derecho Público. Comentarios a las Leyes políticas. Constitución española de 1978*. Tomo III. pp. 58-59.

pone que «son delitos o faltas las acciones y omisiones dolosas o culpadas penadas por la ley», añadiéndose que «no hay pena sin dolo ni culpa». De este modo, el principio de culpabilidad se proclama en forma incompleta, por referencia al dolo y a la culpa y no a la imputabilidad y a la exigibilidad (122).

El derecho a la presunción de inocencia es de aplicación inmediata y puede ser invocado y restablecido dentro de la jurisdicción ordinaria a través de los recursos de apelación y casación, al ser un derecho que surge de la Constitución. La presunción de inocencia responde a un propósito político inspirado en el principio de dignidad de la persona humana (123).

Se puede definir la presunción de inocencia como el derecho subjetivo público, autónomo e irreversible del que está investido toda persona física acusada de un delito y consistente en desplazar sobre la parte acusadora la carga cumplida de los hechos de la acusación viniendo obligado el juez o tribunal a declarar la inocencia si tal prueba no tiene lugar (124). El titular es aquella persona acusada de una infracción penal. La presunción de inocencia no afecta a toda pretensión procesal, sino únicamente a las que son propias del proceso penal, puesto que esta presunción tiene sentido en el campo de la acusación correspondiente al proceso penal. Es un derecho que vincula a todos los poderes públicos, pero obliga de forma particular a los Tribunales de justicia, a la vista de los artículos 53-1.º y 117-3.º de la Constitución española.

En relación con la extensión del derecho a la presunción de inocencia surge el problema de la posible inconstitucionalidad de las presunciones inversas —de culpabilidad— contenidas en el Código Penal. En este sentido, se pueden mencionar entre otros el artículo 226 del Código Penal, referente a los padres, tutores o guardadores de los menores de 16 años, que supone una inversión de la carga de la prueba contraria a la presunción de inocencia. También hay presunciones contrarias a la inocencia en el artículo 502 del Código Penal, en relación con los robos ejecutados en cuadrillas; el artículo 546 bis, que impone una agravación a los receptadores habituales; o el artículo 483, que supone la agravación al reo de detención ilegal que no diera razón del paradero de la persona detenida o no acreditara haberla dejado en libertad.

La prueba necesaria para destruir la presunción de inocencia tiene que tener lugar con posterioridad al nacimiento del derecho. La presunción, como derecho subjetivo, no puede actuar hasta el momento en que es susceptible de ser violado (125).

El derecho a la presunción de inocencia tiene una existencia temporal. Nace con la pretensión acusatoria y a partir de la sentencia puede entrar en su fase de ejercicio a instancia del titular, pretendiendo

(122) COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN. *Derecho Penal, parte general*. Universidad de Valencia, 1984. pp. 86 a 88.

(123) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Nueva York, 1966.

(124) El derecho a la presunción de inocencia. En *La Ley*, 9 de diciembre de 1982.

(125) Ver nota anterior.

el reconocimiento del derecho. El condenado dispone de medios jurídicos para hacer valer este derecho. En sede jurisdiccional ordinaria, puede invocarlo mediante recursos de apelación o casación en su caso. Pero el medio de ejercicio propio es el recurso de amparo constitucional. En este caso, la dificultad radica en hacer compatible el control de este derecho subjetivo por parte del Tribunal Constitucional con la potestad de los Tribunales ordinarios de valorar la prueba practicada en el proceso penal. En el supuesto del derecho a la presunción de inocencia, la legitimación para el recurso de amparo está atribuida al condenado y al defensor del pueblo.

La función de control atribuida al Tribunal Constitucional debe hacerse con un doble límite: a) respetando el principio de libre valoración de la prueba por parte del Tribunal de Instancia, y b) respetando la propia configuración del recurso de amparo que impide entrar en el examen de los hechos que dieron lugar al proceso. El derecho a la presunción de inocencia es una nueva regla de valoración de la prueba que, además de ser mandato constitucional, responde a unas objetivas necesidades de racionalidad y de garantía del ciudadano frente al posible arbitrario proceder de los tribunales de Instancia (126).

La presunción de inocencia es una presunción *iuris tantum*, sometida a demostraciones en contrario, que ha de tener la virtualidad suficiente como para no permitir duda alguna sobre el hecho de que quien aparece en el procedimiento como acusado, inculpado o reo de algún delito, ha sido autor de los hechos tipificados como constitutivos de infracción penal.

Por lo que respecta al principio *in dubio pro reo*, hay que hacer constar que conforme a dicho principio, el juez penal no puede condenar por un hecho que, según su libre convencimiento, posiblemente no es punible. Lo que ocurre es que, según doctrina reiterada del Tribunal Supremo, los hechos excluyentes deben quedar probados con la misma certeza que el hecho constitutivo. Podemos formular el principio diciendo que la falta de prueba de la culpabilidad equivale a la prueba de la inocencia, o como dice la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 1980, a considerarlo como un principio que posibilite el que la prueba de la inocencia equivalga a la no prueba de la culpabilidad.

La constitucionalización del derecho a la presunción de inocencia supone la plena positivación de un derecho, a partir del cual cualquier ciudadano podrá recabar su tutela ante los Tribunales ordinarios y su elevación al rango de derecho fundamental de los encomendados al amparo del Tribunal Constitucional (127).

El derecho a la presunción de inocencia supone que mientras no se pruebe a un sujeto que ha llevado a cabo un delito, debe quedar exento de toda pena. Este derecho puede ser vulnerado por actos de

(126) El derecho a la presunción de inocencia II, en *La Ley*, 10 de diciembre de 1982.

(127) GARCÍA CARRERO. «La protección constitucional de la presunción de inocencia». En *Poder Judicial*, número 5.

diversa naturaleza. La vulneración puede resultar de resoluciones judiciales o incluso de los propios preceptos legales.

Las resoluciones judiciales pueden vulnerar el derecho a la presunción de inocencia siempre que, sin haberse probado que una persona ha cometido un delito, se le imponga una pena. Para poder afirmar que se ha probado que una persona ha cometido un delito es preciso: a) que se haya practicado una prueba; b) que tal práctica haya cumplido las exigencias formuladas por la ley; c) que el juzgador haya valorado debidamente la prueba practicada. Deberá entenderse que se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia si deja de concurrir alguno de estos tres requisitos (128). El modo o forma en que el tribunal debe apreciar la prueba practicada resulta del artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Haciendo referencia a la doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo sobre la presunción de inocencia (129), existen algunas sentencias significativas. Así, la sentencia de 26 de septiembre de 1984 señala que «el principio de presunción de inocencia, consagrado por el artículo 24-2 de la Constitución, perfectamente compatible con el principio de soberanía en apreciación de la prueba conferido al Tribunal de Instancia por el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sólo requiere para su prosperabilidad la falta de una mínima actividad probatoria o una penuria de prueba, que han de decantarse en favor de aquella presunción y que hoy en día encuentra su robustecimiento en el campo de la culpabilidad conforme a la nueva redacción dada al párrafo segundo del artículo 1 del Código Penal».

La sentencia de 24 de octubre de 1984 señala que el cauce adecuado para el recurso es el número 2 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y continúa diciendo que «dada la naturaleza del precepto que la ampara (artículo 24-2 de la Constitución), su análisis y estudio debe realizarse aunque se articule al amparo del número primero de dicho artículo 849, e incluso ser susceptible de aplicarse de oficio...».

Según Rodríguez Ramos (130), una reflexiva crítica sobre el nuevo derecho constitucional plantea que se ha minimizado su significado y contenido, pues su aplicación entera y completa iría más allá de un mero criterio o actitud en la exigencia y valoración de la prueba en el proceso penal, a la hora de dictar sentencia.

A la hora de crear o modificar las leyes, la presunción de inocencia debería tener operatividad vetando por ejemplo los delitos de sospecha. Delitos como los previstos en los artículos 408, 483 párrafo último y 485 del Código Penal, son ejemplos de lo que se conoce como

(128) CÓRDOBA RODA. El derecho a la presunción de inocencia y la apreciación judicial de la prueba. En *Revista Jurídica de Cataluña*. Barcelona, 1982. pp. 817 a 826.

(129) Doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo sobre el derecho fundamental a la presunción de inocencia. Suplemento número 1/1985 al Boletín de Información del Ministerio de Justicia. 5 de mayo de 1985.

(130) RODRÍGUEZ RAMOS, L. Presunción de inocencia no minimizada. En *La Ley*, 29 de noviembre de 1983.

delito de sospecha. Estos delitos deberían ser declarados inconstitucionales por conculcar la presunción de inocencia. Efectivamente, si en determinados tipos legales se prevé una pena para un sospechoso (no culpable), su aplicación significaría castigar a un ciudadano por un hecho cuya comisión o autoría no ha sido probado, y si la presunción de inocencia dispone precisamente lo contrario, existe una colisión de normas en la que debe prevalecer la superior. Así, en el artículo 408, homicidio en riña tumultuaria, se castigaría al autor de las lesiones inferidas al fallecido aunque se demostrara que éstas no tenían ni la gravedad ni el carácter mortal.

En el momento de aplicación de la norma, hay que considerar a la presunción de inocencia como criterio interpretativo de la ley sancionadora, que debe sumarse a las modalidades interpretativas que prevé el artículo 3 del Código Civil, y en coherencia además con la exclusión de la analogía para las leyes penales prevista en el artículo 4 también del Código Civil.

El campo penal es el ámbito tradicional de aplicación del derecho a la presunción de inocencia. A pesar de la constitucionalización de este derecho, no se han empleado todas las posibilidades que ofrece la Disposición Derogatoria Tercera de la Constitución. En efecto, si esta Disposición establece que se derogan todos los preceptos legales que se opongan a la Constitución, tal derogación debe afectar a todos aquellos preceptos penales que de alguna forma se opongan al derecho a la presunción de inocencia. No puede dudarse de la necesidad de suprimir del Código Penal todos aquellos preceptos que violen este derecho. Así, se pueden señalar los artículos 15 bis (directivo u órgano de una persona jurídica que responde personalmente aunque no concurren las condiciones para ser sujeto activo del delito), 216 (cuando no hay jefes conocidos en una rebelión) y 257 (no se conocen los jefes de los depósitos de armas no autorizados), 227 (no se descubren los autores de rebelión o sedición), 315 (quien tuviera instrumentos de falsificación y no diere descargo sobre su adquisición), 408 (homicidio en riña tumultuaria), 424 (lesiones en riña tumultuaria), 483 (reo de detención ilegal que no diere razón del paradero de la persona detenida), 485 (encargado del menor que no lo presente a sus padres o guardadores) 583-7.º (lesiones menos graves en riña tumultuaria), 502-2.º (malhechores presentes en un robo en cuadrilla). Por lo que hace referencia a los delitos llamados de sospecha, esto es, los artículos 408, 424, 483, 485 y 583-7.º, hay que decir que este tipo de delitos no pueden dar lugar a la condena de ninguna persona que sea acusada de ellos, pues hay que estimar que son inconstitucionales en base a que la sospecha, indicios, conjeturas o posibilidades no constituyen prueba de que el ilícito fue cometido por un sujeto determinado y no pueden derivarse consecuencias jurídicas desfavorables para el procesado si se prueba, o mejor dicho, si no se prueba que éste cometió el delito. Además, su aplicación significaría castigar a un ciudadano por un hecho cuya comisión o autoría no ha sido probada (131).

(131) ROMERO ARIAS, E. La presunción de inocencia. Aranzadi, 1985. pp. 117-121.

Si nos centramos en concreto en el homicidio en riña tumultuaria, vemos que al desconocer el autor de un homicidio, se castiga a los causantes de lesiones graves, y, subsidiariamente, a los que hubieran ejercido violencia en la persona del ofendido. Esta figura supone la vulneración del principio de personalidad de la pena, constituye una figura anómala, un delito en el que se establece una responsabilidad en cascada o descendente pues se desconoce la identidad del verdadero autor. El Proyecto de 1980 simplificó la figura, castigando no un homicidio en riña tumultuaria sino, más bien, la agresión en riña tumultuaria a una persona que luego resulta muerta o con lesiones sin que conste el autor. Pero esta redacción no eliminó la consideración de este tipo como delito de sospecha.

Si analizamos el precepto, vemos que el artículo 408 del Código Penal es inconstitucional por conculcar el derecho fundamental a la presunción de inocencia, pues se imputa a una persona la muerte de otra sin prueba alguna, dependiendo además tal imputación de que se sepa o no quién mató. La solución adoptada en la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal parece correcta, al obviar las actuales previsiones constitucionales, pues castiga la participación en riña «utilizándose medios o instrumentos peligrosos para la vida o integridad de las personas», acaezca o no la muerte (132).

Hay que entender que la totalidad de las regulaciones preconstitucionales de regulación de los derechos fundamentales contrarias a la regulación constitucional han quedado directamente derogadas por la promulgación de la Constitución, a tenor de su disposición derogatoria, sin que resulte precisa una declaración expresa de constitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional. La derogación puede ser comprobada por el juez que esté entendiendo el caso, incluso de oficio, por virtud de la regla *iura novit curia*, y no precisa la entrada en juego del Tribunal Constitucional. Esto supone que los jueces penales estén sometidos a la eliminación de tipos penales construidos por leyes anteriores que sean incompatibles con los derechos fundamentales proclamados en la Constitución (133).

El problema es distinto respecto de las leyes posteriores a la Constitución, que al regular los derechos fundamentales o incidir sobre los mismos puedan incluir preceptos inconstitucionales. Cabe preguntarse si en estos supuestos perderá el juez ordinario la posibilidad de aplicación directa de la Constitución y si deberá plantear ante el Tribunal Constitucional previamente la cuestión de inconstitucionalidad de las leyes. La solución que propone García de Enterría es la siguiente (134): utilizando como parámetro el texto constitucional, hay que observar si con ocasión de aplicación de la Constitución se aprecia que la ley de desarrollo de la misma no la contradice. Si esto es así, se aplicarán simultáneamente observando la superioridad de rango de la Constitu-

(132) RODRÍGUEZ RAMOS, L. Compendio de Derecho Penal (Parte especial). Madrid, 1985. pp. 57-58.

(133) GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *Ob. cit.*, p. 75.

(134) GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *Ob. cit.*, pp. 78-79.

ción. Si se estima que la ley no respeta el contenido esencial del derecho fundamental de que se trate, el tribunal deberá atenerse a dicho contenido esencial para dispensar el amparo. Fuera de este supuesto de tutela directa de los derechos fundamentales, habrá que aplicar la regla común sobre el monopolio de rechazo de las leyes inconstitucionales por el Tribunal Constitucional.

Analizando la Disposición Derogatoria Tercera de la Constitución, observamos que tiene un alcance claro: la derogación se entiende producida para todas aquellas normas que regulaban de una manera distinta a la Constitución aquellas materias en que ésta es de indiscutible aplicación directa. El efecto derogatorio implica que cualquier aplicador del Derecho ha de concluir en la falta de vigencia de las normas anteriores y ha de proceder a la aplicación directa de los preceptos constitucionales. No hay ninguna necesidad de remitir la cuestión de la contradicción entre norma anterior sobre dichas materias y norma constitucional al Tribunal Constitucional. El texto del artículo 163 de la Constitución es básico: el juez ha de plantear la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional sólo «cuando considere en algún proceso que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución». Esto presupone la vigencia de la ley de que se trate en el caso, y excluye la posibilidad de aplicar esta mecánica respecto de las normas derogadas ya de manera formal. No se debe convertir un problema de derogación en un problema de inconstitucionalidad.

En última instancia, y para establecer la diferencia entre leyes preconstitucionales y leyes postconstitucionales, podemos hacer referencia a la sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de febrero de 1981, que textualmente viene a decir lo siguiente: «Así como frente a las leyes postconstitucionales el Tribunal ostenta un monopolio para enjuiciar su conformidad con la Constitución, en relación a las preconstitucionales los jueces y tribunales deben inaplicarlas si entienden que han quedado derogadas por la Constitución, al oponerse a la misma; o pueden, en caso de duda, someter este tema al Tribunal Constitucional por la vía de la cuestión de inconstitucionalidad». Como se observa, esta sentencia es clave para diferenciar normas anteriores y normas posteriores a la Constitución.

A la vista de todo lo anteriormente expuesto, cabe preguntarse por qué todos esos artículos que hemos mencionado del Código Penal no han sido derogados después de la Constitución, y por qué se han seguido dictando sentencias manifiestamente contrarias al derecho constitucional de presunción de inocencia, en particular por lo que respecta al homicidio en riña tumultuaria, del que podemos mencionar las sentencias de 29 de marzo de 1984, 14 de abril de 1984; 30 de octubre de 1984 o 17 de diciembre de 1984, todas ellas posteriores a la Constitución, y en contra de la presunción de inocencia.

Sin embargo, existen una serie de sentencias del Tribunal Supremo referidas al delito de receptación, otro de los afectados por el derecho de presunción de inocencia, en las que sí se atiende a este derecho y se deja fuera de aplicación la presunción de culpabilidad. En

este sentido, la sentencia de 25 de abril de 1985, mantiene que «al impugnar la presunción legal de habitualidad contenida en el artículo 546 bis b)... plantea el alcance de la reforma parcial y urgente del Código Penal por la ley 8/83 de 25 de junio,... al proclamar que no hay pena sin dolo ni culpa, en cuanto es una derivación del principio de presunción de inocencia, si inocencia y culpabilidad son términos contrarios, en la misma medida que se destruya la primera ocupará su lugar la segunda», y más adelante señala que «no es aventurado afirmar que el precepto en examen adolece ya inicialmente de inconstitucionalidad sobrevenida, con posibilidad de declararla por los tribunales ordinarios». Del mismo modo, la sentencia de 28 de mayo de 1985 señala que no puede hacerse valer la presunción *iuris et de iure* de habitualidad del artículo 546 bis b), «porque este precepto pugna con el principio de culpabilidad constitucionalmente afirmado e inspirador de la reforma introducida por la ley de 25 de junio de 1983». Por su parte, la sentencia de 22 de octubre de 1985 mantiene que «la presunción de habitualidad que el artículo 546 bis b) contiene, ha de considerarse de por sí *totalmente inconstitucional* si se quiere que el Estado de Derecho se conforme sobre principios seguros en los que las presunciones de culpabilidad nada tienen que hacer en buena garantía jurídica, artículo 24.2 de la Constitución»; y la sentencia de 23 de octubre de 1985 dice que la presunción de habitualidad «se halla en contradicción con el elemental principio de culpabilidad según el cual ésta no puede presumirse, sino que ha de ser probada y además con el principio de presunción de inocencia enunciado en el artículo 24.2 de la Constitución, por lo que la presunción equivale a una derogación tácita de dicho precepto en tanto en cuanto se muestra contraria o incompatible con los preceptos constitucionales citados que deben prevalecer sobre el mismo que resulta inaplicable por inconstitucionalidad sobrevenida». La sentencia de 21 de diciembre de 1985 mantiene que es una «singular presunción que... hoy merece la más decidida censura y proscripción por su abierta y frontal oposición al principio culpabilístico enseñoreado en el artículo 1.º del Código tras la reforma operada por Ley 8/83 de 25 de junio. Sólo el dolo o la culpa pueden servir de fundamento a cualquier resolución condenatoria... Supone, a la vez, una vulneración del derecho a la presunción de inocencia proclamado y garantizado en el artículo 24.2 de la Constitución, el cual adquiere el rango y la significación de norma directa, invocable como garantía constitucional, con fuerza impositiva sobre todos los poderes públicos». También señala esta misma sentencia la primacía constitucional sobre el ordenamiento precedente y optar «por el efecto abrogador dimanante de la Disposición Derogatoria de la Constitución que, establece la derogación de cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en la misma».

A la vista de estas sentencias, podemos plantearnos la cuestión de por qué en el caso de la riña tumultuaria no se ha seguido la misma línea que en el delito de receptación. Es por ello por lo que cabría plantearse la posibilidad de admitir una revisión de todas aquellas sentencias posteriores a la Constitución que son contrarias al derecho a la

presunción de inocencia, puesto que podría darse el caso de tener que indemnizar a la persona condenada en base a una presunción de culpabilidad. Es de desear que se termine con los vestigios de responsabilidad objetiva y que el principio de presunción de inocencia sea empleado e invocado en toda su intensidad.

XII

Podemos analizar también la regulación de esta figura delictiva en los diferentes Proyectos de Reforma del Código Penal, en concreto el Proyecto de 1980 y la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal de 1983.

Por lo que se refiere al Proyecto de 1980, suponía un esfuerzo a medias de remediar los defectos que actualmente plantea la regulación de este delito. Se sustituía la responsabilidad en cascada vigente por una responsabilidad subsidiaria. Se seguía operando en este Proyecto en base a una presunción de culpabilidad con todos los defectos que ello acarrea.

En la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal de 1983, se dice que en el Libro II se produce la adaptación definitiva de la Ley Penal a la Constitución, tanto en su aspecto orgánico como dogmático, dotando de protección penal tanto a las instituciones constitucionales como a los derechos fundamentales. Establece el artículo 154 de este Anteproyecto que «Quienes riñeren entre sí, acometiéndose confusa y tumultuariamente y utilizando medios o instrumentos peligrosos para la vida o integridad de las personas, serán castigados por su participación en la riña con la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de seis a doce meses». Con esta redacción desaparece la presunción de culpabilidad y se adapta a los principios constitucionales.

El precepto goza de una mejor ubicación, puesto que se encuentra en las disposiciones comunes a los títulos anteriores, entre los que se halla el homicidio y sus formas.

Se configura este artículo como un delito de peligro contra la vida e integridad corporal, en el que se castiga la riña con independencia de las conductas individuales de cada partícipe. Es un delito de peligro que supone que la sola participación en riña se rige por el principio de equivalencia de las causas. Quedan a cargo de todos los copartícipes en la riña las consecuencias que en ella se producen, suprimiéndose el anterior principio de presunción que tan conflictivas situaciones proporciona.

Se incluye en este precepto la valoración de los medios peligrosos empleados, lo que ya había sido preconizado por Antón Oneca (135). Es un elemento de gran interés pues puede ser indiciario de la intensidad criminal del sujeto y de los fines a que viene subordinado.

(135) ANTÓN ONECA, J. Notas críticas al Código Penal. *Las lesiones*. Bilbao, 1965. página 786.

Con esta redacción se pierde la actual, imperfecta y anómala figura de delito de sospecha, cuya existencia se hace depender de dos condiciones objetivas de punibilidad: presunción de muerte y desconocimiento del autor. La nueva figura del Anteproyecto permite castigar la riña *per se*, adecuando el grado de la pena a la culpabilidad del sujeto, e identificándose con el principio de personalidad de las penas y con el de culpabilidad, que actualmente se consideran inviables. La responsabilidad civil se reparte entre todos al ser ya un delito colectivo.

El modelo del Anteproyecto presenta un delito de peligro condicionado a un resultado, cual es poner en peligro la vida o la integridad corporal, pues, de otro modo, no sería punible.

El error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación en la actual Jurisprudencia del Tribunal Supremo *

UJALA JOSHI JUBERT

Becaria de Investigación.
(Departamento de Derecho Penal. Universidad de Barcelona)

I

Durante largo tiempo la jurisprudencia del TS no concedió relevancia penal al error de Derecho, salvo cuando tenía por objeto una norma extrapenal. Ello se basó primero en el artículo 2.º CC y luego en el artículo 6.º del mismo cuerpo legal, según los cuales la ignorancia de la ley no excusaba de su cumplimiento (1). El artículo 6.º bis a) del CP, en cuanto atribuye efectos tanto al error sobre el tipo como al error sobre la prohibición, ha modificado esta doctrina. No puede ya partirse del principio «ignorantia iuris non excusat», alegado tradicionalmente por la jurisprudencia (2). Se discute actualmente si este precepto acoge la teoría de la culpabilidad o bien la teoría del dolo (3).

Lo que no regula expresamente el artículo 6.º bis a) del CP son las consecuencias que debe tener el error sobre las causas de justificación. En consecuencia, ello dependerá de cómo se conciban las causas de justificación, y en última instancia de la concepción de la teo-

* Agradezco la ayuda recibida de la CINIT de la Generalitat de Catalunya

(1) Vid CÓRDOBA RODA, *El conocimiento de la antijuricidad en la teoría del delito*, Barcelona, 1962, pp. 17 y ss.; QUINTERO OLIVARES/MUÑOZ CONDE, *La Reforma penal de 1983*, Barcelona, 1983, pp. 39 y ss.

(2) En contra la STS 1-2-1986, según la cual «en el error iuris o error de prohibición impera el principio *ignorantia iuris non excusat*». En el mismo sentido, STS 4-2-1987.

(3) De otra opinión, BUSTOS RAMÍREZ, *El tratamiento del error en la Reforma de 1983: artículo 6 bis a)*, ADPCP, 1985, pp. 718 y 719, que considera que «la reforma del año 1983 se aparta en el artículo 6 bis a) de las llamadas teorías del dolo y de la culpabilidad y sus variantes», y entiende que el error está regulado en los párrafos 1.º y 2.º del artículo 6 bis a), mientras que el párrafo 3.º de dicho precepto contiene una causa de inexigibilidad del injusto. Critica esta posición MUÑOZ CONDE, «La creencia errónea de estar obrando lícitamente», *Estudios penales y criminológicos 1985-1986*, Santiago de Compostela, 1987, p. 266, nota 19: «conciencia y conocimiento son situaciones psicológicamente similares que sólo pueden diferenciarse en el plano normativo».

ría del delito que se sustente. Hay acuerdo en la doctrina y en la jurisprudencia en tratar el error sobre la *existencia* y el error sobre los *límites* de una causa de justificación como errores de prohibición. El objetivo de este trabajo es analizar cuál es la posición del TS, a partir de la reforma del CP de 1983, en materia de error sobre los *presupuestos objetivos* de una causa de justificación. Pero antes convendrá anteponer brevemente las interpretaciones que del artículo 6.º bis a) han propuesto la doctrina y la jurisprudencia.

II

1. La doctrina mayoritaria española entiende que el artículo 6.º bis a) del CP regula las consecuencias del error de acuerdo con la teoría de la culpabilidad, y concretamente según la versión estricta (4). En consecuencia, para este sector doctrinal dicho artículo distingue entre error de tipo (1.º y 2.º párrafos) y error de prohibición (párrafo 3.º) (5). La falta de conocimiento de la antijuricidad no elimina el dolo del tipo ya que si el error de prohibición es vencible, el hecho se castiga con la pena del delito doloso atenuado (6). Según esta interpretación, este precepto ofrecería, pues, importantes argumentos en favor del dolo natural, y de su ubicación sistemática en la antijuricidad, quedando la conciencia de la antijuricidad en la culpabilidad (7). Otra consecuencia sería el trato que debe recibir el error sobre las causas de justificación: este error, en cualquiera de sus modalidades, daría lugar a un error de prohibición, y a la aplicación del párrafo 3.º del artículo 6.º bis a).

Es dudoso que del artículo 6.º bis a) se desprendan los conceptos de dolo y de conocimiento de la antijuricidad, y su respectiva ubicación sistemática. Esta conclusión —la de que el artículo 6.º bis a) re-

(4) Vid. MUÑOZ CONDE, *La creencia*, pp. 266 y ss.

(5) En contra, BACIGALUPO, «La distinción entre error de tipo y error de prohibición en el Proyecto de CP de 1980», *La Ley*, 16, 1981, pp. 920-921, que considera que el error de tipo y el error de prohibición tienen cabida indistintamente en los párrafos 1.º y 3.º del artículo 6 bis a). De otra opinión, ZUGALDIA ESPINAR, «El tratamiento jurídico penal del error en el artículo 20 del Proyecto de Ley Orgánica del CP español de 1980», en *CPC número 15*, 1981, pp. 512 y 517, que admite que las posibilidades interpretativas del artículo 20 son muchísimas; MIR PUIG, «El error de prohibición en la Reforma Urgente y Parcial del CP», en *Ponencia presentada en el seminario sobre la Reforma Penal*, Universidad de La Laguna, junio 1983, pp. 3 y ss., da argumentos a favor de la posibilidad de distinguir entre error de tipo y error de prohibición en el artículo 6 bis a).

(6) Cfr. HUERTA TOCILDO, «El error vencible de prohibición en el Proyecto de ley Org. de CP», en *RFUC*, monográfico 3, 1980, p. 35, para quien la regulación del error «ofrece argumentos definitivos en favor de la inclusión del dolo natural en el tipo de injusto doloso y resulta incompatible con la visión causal de la teoría del delito»; según GÓMEZ BENÍTEZ, «Teoría jurídica del Delito», *Derecho Penal*, PG, Madrid, 1984, pp. 97 y ss., los artículos 6 bis a) y 6 bis b) ofrecen argumentos que «posibilitan» el concepto natural del dolo, su ubicación sistemática en el injusto y la conciencia potencial de la antijuricidad situada en la culpabilidad.

(7) Cfr. GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría*, pp. 99 y ss., deriva del artículo 6 bis a) que la conciencia de la antijuricidad no es un elemento del dolo y que debe exigirse un conocimiento potencial de la misma.

coge la teoría estricta de la culpabilidad— no es, pues, en absoluto obligada. Cabe también sostener tanto la teoría del dolo, como la teoría de la culpabilidad limitada. En efecto, el defender una u otra teoría no puede derivarse del mencionado precepto, sino que dependerá de argumentos dogmáticos y de consideraciones de política criminal (8). Como ha puesto de manifiesto Mir Puig, el artículo 6.º bis a) no supone ningún obstáculo a la teoría del dolo: en él no se contemplan categorías sistemáticas, sino sólo reglas de determinación de la pena. Así, por ejemplo, el hecho de que el párrafo 3.º imponga una pena inferior a la del delito doloso atenuado para los supuestos de error vencible de prohibición, no significa necesariamente que tal error no afecte al dolo, ni que su situación sistemática corresponda en la culpabilidad. El artículo 565, último párrafo, del CP obliga a imponer siempre la pena inferior a la del hecho doloso sin que por ello se diga que en estos casos el sujeto comete un delito doloso. De la misma forma, nada impide entender el párrafo 3.º del artículo 6.º bis a) como una cláusula general de culpa iuris con objeto de evitar la impunidad del error vencible de prohibición en todos los casos en que no sea punible la culpa facti (9).

Otro argumento que pone también de manifiesto que la aplicación del artículo 66 en los casos de error vencible de prohibición no ha de significar necesariamente que este error afecte a la culpabilidad es el siguiente: también la pena de las eximentes incompletas se calcula en base al artículo 66, y no por ello se entenderá que todas ellas afectan a la culpabilidad. En efecto, cabe distinguir entre las eximentes incompletas relativas a una causa de exculpación, que sin duda disminuirán la culpabilidad, y las eximentes incompletas relativas a una causa de justificación, que disminuirán el injusto y no la culpabilidad. Así, pues, podría, igualmente, entenderse que el error de prohibición vencible disminuye el injusto doloso.

2. Mientras que la doctrina española manejaba la distinción error de tipo/error de prohibición, y consideraba relevantes a ambos ya antes de la reforma de 1983, muy otra ha sido la posición de la jurisprudencia (10). Ésta mantuvo durante mucho tiempo la distinción entre error de hecho y error de derecho (que podía ser penal o extrapenal),

(8) En este sentido, MIR PUIG, *El error*, p. 2 y pp. 14 y ss.: El mismo, «Derecho Penal», *Parte General*, 2.ª ed. Barcelona, 1985, p. 549, para este autor otro argumento en contra de que el artículo 6 bis a) acoja la teoría de la culpabilidad es que según este precepto todo error, incluso el burdo, impide el castigo señalado al hecho doloso. Ello se opone al principio de la teoría de la culpabilidad estricta, según el cual la atenuación no es obligatoria, sino sólo facultativa. Una discusión paralela se plantea en Alemania, en relación a los párrafos 16 y 17 StGB: mientras que la doctrina mayoritaria entiende necesario acoger la teoría de la culpabilidad (ver por todos JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal*, vol. I, Barcelona, 1981, p. 398), un sector doctrinal cree factible una interpretación de acuerdo con la teoría del dolo. En este sentido, vid. LANGER, «Voratztheorie un Strafgesetzhliche Irrtumsregelung», *GA*, 1976, pp. 214 y ss., según el cual una interpretación semántica, sistemática y objetivo-teleológica de los párrafos 16 y 17 del StGB permite admitir la teoría del dolo. En el mismo sentido, vid. SCHMIDHÄUSER, «Strafrecht», *AT*, 2.ª Auf. 1984, p. 223.

(9) Cfr. MIR PUIG, *El error*, pp. 9 y ss.

(10) Cfr. CÓRDOBA RODA, *El conocimiento*, *passim*.

atribuyendo eficacia excusante sólo al primero, y al segundo, cuando versaba sobre una norma extrapenal. A partir de la introducción del artículo 6.º bis a) esta interpretación difícilmente puede prosperar: este precepto reconoce efectos penales al error de tipo y al error de prohibición. Pero importa examinar cuál es la posición actual del TS ante estas dos clases de error. Igualmente interesa preguntar si sigue manteniendo la teoría del dolo, tradicionalmente sustentada, o bien si la sustituye, por el contrario, por la teoría de la culpabilidad.

La jurisprudencia acepta ya mayoritariamente la distinción entre error de tipo y error de prohibición, e incluye aquél en el párrafo 1.º del artículo 6.º bis a), y éste en el párrafo 3.º del mismo precepto (11). El error de tipo es el que versa sobre los hechos integradores de la conducta tipificada (SSTS 14-12-1985 y 1-2-1986), el error de prohibición, que puede tener su origen tanto en un error sobre la norma prohibitiva, como en un error sobre las causas de justificación (STS 18-11-1985), supone la errónea conjetura de estar obrando en términos correctos de licitud (STS 21-1-1986). Ahora bien, el hecho de que el TS admita dicha distinción no significa todavía que abandone la teoría del dolo en favor de la teoría de la culpabilidad, como lo demuestran las consecuencias que atribuye a ambos errores, su ubicación sistemática y el concepto de dolo que maneja.

En efecto, si la jurisprudencia acogiera la teoría de la culpabilidad tendría que aceptar que el dolo es un dolo natural situado en el injusto, que la conciencia de la culpabilidad, separada ya del dolo, afecta a la culpabilidad, y que el error de tipo excluye el dolo, pero no así el error de prohibición. En cambio, casi todas las sentencias del TS de los años 1984 a 1986 (12) coinciden en afirmar que el error de prohibición elimina el dolo y que por lo tanto en caso de ser invencible da lugar a la impunidad por «decaimiento del elemento culpabilístico». Si es vencible (13), la infracción será castigada como culposa con arreglo a la jerarquización prevista en los artículos 565, párrafos 1.º y 2.º, y el artículo 586, párrafo 3.º (en este sentido las SSTS 26-1-1984, 14-5-1985 y 3-11-1986). Las mismas consecuencias se aplican al error de tipo (impunidad si es invencible, imprudencia si es vencible: STS 14-12-1985). Así, pues, la jurisprudencia entiende que el dolo, considerado como forma de culpabilidad, comprende tanto el querer y conocer los elementos del tipo como la conciencia de la antijuricidad, y, en consecuencia, que la falta de cualquiera de estos elementos excluye el dolo (SSTS 14-12-1985, 26-2-1986, 15-3-1986 y 8-4-1986). Final-

(11) En este sentido, SSTS 24-4-1985, 14-5-1985, 18-10-1985, 18-11-1985, 1-2-1986.

(12) En contra la STS 1-2-1986, para la cual el error de tipo afecta a la genuina tipicidad, y se circunscribe al dolo natural del delito y altera el tipo de lo injusto de las figuras dolosas, mientras que el error de prohibición se refiere al conocimiento de la antijuricidad y se integra y atañe a la culpabilidad. Si es vencible se atenúa la pena del delito doloso.

(13) El criterio para decidir la vencibilidad o invencibilidad del error, según el TS, es el siguiente: «debe tenerse en cuenta, de un lado, las condiciones psicológicas y de cultura del infractor, y de otro, las probabilidades que se le ofrecieran de instrucción y asesoramiento o de acudir a medios que le permitieran conocer la trascendencia anti-jurídica de su obrar» (STS 21-2-1986).

mente, cabe señalar que no se contenta con una conciencia potencial de la antijuricidad, sino que exige su conocimiento actual (SSTS 4-9-1985, 20-4-1985, 6-12-1985, y 4-3-1986). En este sentido, la STS 6-12-1985 declara que el dolo «supone la concurrencia de dos factores: a) el factor intelectual, o sea, el conocimiento actual de los hechos constitutivos de la infracción criminal y de sus circunstancias objetivas... b) elemento intelectual extensible asimismo a la significación antijurídica, no formal, pero sí material, del comportamiento, advertencia —no equivalente a la imposición de una subsunción jurídica, sino traducida en una valoración racional de la conducta— con conciencia de su enfrentamiento con determinados intereses jurídicamente protegidos».

En conclusión, la jurisprudencia absolutamente mayoritaria del TS coincide en afirmar que el artículo 6.º bis a) distingue entre error de tipo y error de prohibición, que tanto el querer y conocer los elementos del tipo como la conciencia actual de la antijuricidad constituyen elementos del dolo, que error de tipo y error de prohibición afectan al dolo y por tanto a la culpabilidad, y que cuando sean vencibles darán lugar ambos a imprudencia. De esta doctrina se separan, por un lado, aquellas sentencias, antes citadas, para las cuales el artículo 6.º bis a) sólo regula el error de prohibición, y, por otro lado, las sentencias también mencionadas, según las cuales el dolo natural está situado en el injusto y la conciencia de la antijuricidad es un elemento de la culpabilidad.

III

No hay en el CP ningún precepto relativo al *error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación*. Tradicionalmente, la jurisprudencia ha seguido lo que algunos autores llaman la vía de la eximente putativa. En efecto, un sector mayoritario de la jurisprudencia, en caso de error invencible sobre los presupuestos de una causa de justificación estimaba la propia eximente puesto que entendía que la creencia racional de que concurrían los presupuestos era requisito suficiente para poder estimarla. Y cuando el error era vencible apreciaba un delito imprudente. Sin embargo, algunas sentencias trataban al error sobre los presupuestos de una causa de justificación como error de prohibición. Según este sector de la jurisprudencia, el error invencible sobre los elementos de justificación da lugar a la impunidad, y el vencible a imprudencia (14). Actualmente, con la introducción en el CP del artículo 6.º bis a) parece más acertada esta vía del error. Y así lo entiende la doctrina mayoritaria. Pero esta conclusión no nos soluciona todavía el problema planteado: ¿Qué párrafo del artículo 6.º bis a) cabe aplicar en los supuestos de error sobre los presupuestos de justificación? ¿El del error de prohibición, o el que re-

(14) Sobre estas dos posiciones de la jurisprudencia vid. CORDOBA RODA, *Comentarios al Código Penal*, Barcelona, 1976, pp. 260 y ss.; GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría*, pp. 310 y ss.

gula el error de tipo? La solución depende, otra vez, de consideraciones dogmáticas y de política criminal.

Según un sector doctrinal lo dogmáticamente y político criminalmente correcto es estimar error de prohibición. Para otro sector, el error sobre los presupuestos de una causa de justificación es dogmáticamente un error de tipo, y además este es el tratamiento adecuado y más justo. Finalmente, otros autores distinguen entre la naturaleza dogmática (que sería la de un error «sui generis»), y el tratamiento que debe recibir (aplicación analógica de las reglas del error de tipo o del error de prohibición). Veamos, en primer lugar, la posición que defiende que este error debe ser tratado como un error de prohibición por ser ésta su naturaleza dogmática.

1. A) Defienden esta concepción los partidarios de la *teoría estricta de la culpabilidad*. Su fundamentación originaria arranca de los presupuestos del finalismo. Este sector doctrinal concibe la norma penal como norma de determinación, que prohíbe conductas finales, al tipo como tipificación de las conductas insoportables para la vida social y relevantes para el Derecho penal. Según esta posición, toda conducta típica infringe una norma de prohibición (en abstracto), pero esto no significa necesariamente que sea contraria al ordenamiento jurídico. Para que ello suceda hará falta algo más: será necesario que en el caso concreto no concorra ningún precepto permisivo (causa de justificación). En consecuencia, según este punto de vista, hay conductas prohibidas (típicas) antijurídicas, y conductas prohibidas (típicas) permitidas; el tipo, a pesar de no ser valorativamente neutro, no dice aún nada sobre si su realización debe valorarse como contraria a Derecho (15); y el dolo y la imprudencia se hallan referidos necesariamente a los elementos del tipo, y sólo a ellos: para que concorra dolo se considerará suficiente que el sujeto quiera y conozca la realización del tipo (en sentido estricto), sin que este querer y conocer se extiendan a los presupuestos de las causas de justificación. El que yerra sobre los requisitos objetivos de una causa de justificación actúa con el dolo del tipo intacto. El que, por ejemplo, mata en legítima defensa putativa conoce y sabe que está matando a otro. Este sector de la doctrina entiende que, en este caso, lo que falta al sujeto es la conciencia de la antijuricidad, puesto que cree que su conducta es lícita cuando en realidad es contraria a Derecho [el sujeto se pregunta si su hecho está prohibido o no y responde afirmativamente (16)]. En definitiva, el

(15) Cfr. WELZEL, «Die Regelung von Vorsatz und Irrtum im Strafrecht als legislatives Problem», en *ZStW*, 1955, p. 211, nota 30: El mismo, *El nuevo sistema del derecho penal*, Barcelona, 1964, p. 56. Según este autor, el dolo debe abarcar tanto a los elementos positivos como a los llamados elementos negativos del tipo, pero no a los presupuestos objetivos de justificación, puesto que si estos presupuestos fuesen elementos del tipo, el sujeto tendría que tener también conciencia actual de ellos (el dolo requeriría la actualidad de la no concurrencia de todos los presupuestos de la causa de justificación) y esto es imposible: «¿Qué dolo más monstruoso sería este, y ante qué imposibilidad psicológica nos encontraríamos!» En el mismo sentido vid. FUKUDA, «Das Problem des Irrtums über Rechtfertigungsgründe», en *J.Z.*, 1958, p. 144.

(16) Cfr. FUKUDA, *Das Problem*, p. 147, para el cual «ello demuestra que el dolo per-

sujeto incurriría en un error sobre la autorización de su conducta, error de prohibición que si es vencible atenuará la culpabilidad, y si es invencible la excluirá.

B) La teoría de la culpabilidad estricta ha sido defendida por autores no estrictamente finalistas y, a su vez, criticada desde posiciones finalistas puras. En efecto, un sector doctrinal no finalista mantiene también que el error sobre los presupuestos objetivos de la causa de justificación es un error de prohibición al faltar en estos casos al sujeto la conciencia de la licitud de su conducta. En este sentido se pretende que el sujeto que actúa suponiendo erróneamente la presencia de los elementos objetivos de justificación, actúa con pleno desvalor de la acción y del resultado, mientras que el comportamiento, también típico, realizado en la creencia invencible de que concurren los presupuestos objetivos de la justificación no excluye ninguno de los dos desvalores (17).

Ello se basa en que, según esta opinión el error que contemplamos no impide que el sujeto quiera realizar la conducta típica que ha llevado a cabo. El que mata porque cree erróneamente que le atacan, quiere la conducta de matar. De ahí se derivaría la conclusión de que su conducta es disvaliosa para el Derecho (18). Pero si el sujeto realiza una acción típica justificada (y él lo sabe), aunque también en este supuesto sabe y quiere la conducta típica, se dirá que no hay desvalor de la acción (por supuesto, tampoco habrá desvalor del resultado). Esto no resulta coherente con lo anterior (19). Si se define el desvalor de la acción, como hacen estos autores, a partir de la voluntad dirigida a la realización típica (en sentido estricto), luego tendría que afirmarse la presencia de éste en ambos casos. Y más correcto sería entender que en los dos supuestos el «desvalor de la acción» aparece en el caso concreto valorado positivamente.

C) La teoría estricta de la culpabilidad sostiene que el error sobre los presupuestos de justificación no excluye nunca la antijuricidad. Si es invencible faltará la culpabilidad, ya que al sujeto no le era posible conocer la ilicitud de su comportamiento. Si es vencible, sólo se atenuará, en su caso, la culpabilidad. Sus defensores consideran que esta es la solución preferible por varios motivos. *En primer lugar*, por-

manece intacto, puesto que en la imprudencia el sujeto no se pregunta por la prohibición de su conducta».

(17) Vid. JESCHECK, *Tratado*, p. 323; MUÑOZ CONDE, *Teoría General del Delito*, Bogotá, 1984, p. 87: «Ambos conceptos son igualmente importantes en la configuración de la antijuricidad, ya que están perfectamente entrelazados y son inimaginables separados.»

(18) Para HUERTA TOCILDO, *Sobre el contenido*, p. 125, en el error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación concurre tanto el desvalor de la acción como el desvalor del resultado, ya que el dolo típico no exige otra cosa que el conocimiento de los hechos y voluntad de realización, elementos ambos, que, según la citada autora, concurren en los supuestos de legítima defensa putativa. ¿Pero acaso no concurre también este dolo típico en la legítima defensa real?

(19) Así, vid. CEREZO MIR, *Curso*, p. 411, que entiende que cuando concurren todos los presupuestos objetivos y subjetivos de las causas de justificación la acción es valiosa para el derecho.

que es la única teoría que permite castigar los hechos dolosos como lo que son, a saber, hechos dolosos (20). En nuestro Derecho no sería válida la crítica que se ha dirigido a este planteamiento, cuando supone la atenuación meramente *facultativa* de la pena del delito doloso para el error vencible, en el sentido de que no sería justo que pudiera tratarse a quien actúa en error vencible de prohibición como cualquier otro autor doloso: en nuestro Código el párrafo 3.º del artículo 6 bis a) prevé para el error vencible mencionado la atenuación *forzosa* (21). En Alemania la situación es distinta ya que el párrafo 17 StGB no obliga a atenuar, por lo que algún autor ha propuesto que se prevean dos preceptos para el error de prohibición, uno para los casos normales de error vencible de prohibición, en que la atenuación tendría que ser forzosa, y otro para los supuestos de ceguera jurídica, sin atenuación o atenuación facultativa (22). *En segundo lugar*, la teoría de la culpabilidad estricta evita que en los supuestos de delitos no susceptibles de comisión imprudente se llegue a la misma consecuencia de impunidad tanto si el autor yerra de forma vencible como invencible, según ha de aceptar la teoría del dolo (23). De esta forma, las lagunas derivadas de la falta del correspondiente tipo imprudente desaparecen sin necesidad de acudir al discutible recurso de fingir una especial enemistad con el Derecho (24). *En tercer lugar*, esta teoría permite tratar de distinta forma el error sobre los presupuestos de justificación y el error de tipo, lo que se estima correcto porque el conocimiento que tiene el autor de la concurrencia de todos los elementos del tipo debe servirle de estímulo para cerciorarse de la presencia de los requisitos objetivos de justificación (25). *En cuarto y último lugar*, el mayor arbitrio que esta teoría concede al juez la hace, en opinión de sus defensores, político-criminalmente preferible (26).

D) Una posición especial dentro de la teoría de la culpabilidad estricta es la de otros autores que distinguen en mayor medida entre el tratamiento que debe recibir el error invencible y el error vencible sobre los presupuestos de una causa de justificación. Por una parte, un sector doctrinal entiende que la concurrencia de la situación justificante debe ser examinada *ex-ante*, de tal forma que si *ex-ante* el espectador objetivo, en la situación y con los conocimientos del sujeto, decide que concurren los presupuestos objetivos de la causa de justi-

(20) Cfr. MAURACH, *Tratado de Derecho Penal II*, p. 145.

(21) Cfr. GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría*, p. 295; BACIGALUPO, *Comentarios a la legislación penal*, tomo V, vol. 1.º, Madrid, 1985, p. 58, que considera que la atenuación obligatoria prevista por el artículo 6 bis a) párrafo 3.º es contraria a la teoría de la culpabilidad, que sólo exige una atenuación facultativa.

(22) Cfr. WARDA, «Zur gesetzlichen Regelung des Vermeidbaren Verbotsirrtums», en *ZStW*, 1959, p. 256.

(23) Cfr. MAURACH, *Tratado*, p. 146; HUERTA TOCILDO, *Sobre el contenido*, pp. 36 y ss.

(24) Vid. CÓRDOBA RODA, *El conocimiento*, p. 125; HUERTA TOCILDO, *Sobre el contenido*, p. 145.

(25) Cfr. CEREZO MIR, «La doble posición del dolo», en *Problemas Fundamentales de Derecho Penal*, Madrid, 1982, p. 202.

(26) Vid. ZUGALDIA ESPINAR, *El tratamiento*, p. 519.

ficación, hay que apreciar ésta y excluir el injusto (27). En la doctrina española es partidario de este tratamiento diferenciador, aunque partiendo de una perspectiva objetiva y no finalista, Gómez Benítez. Este autor parte de la necesidad de realizar un examen conforme a deber como requisito de toda causa de justificación. Pero este requisito no es entendido como un elemento subjetivo al lado del propio elemento subjetivo de las causas de justificación, sino como elemento objetivo, de tal forma que si el sujeto realiza este examen conforme a deber llegando a creer invenciblemente que concurren los requisitos necesarios para justificar el hecho, quedará excluido el injusto: el sujeto habrá actuado sin dolo y sin imprudencia (28). Cuando el error sea vencible concurrirá un injusto doloso y lo que procederá será la atenuación de la culpabilidad (29).

Desde un punto de vista dogmático y de política criminal, se muestra también de acuerdo con la teoría de la culpabilidad estricta Córdoba Roda. Lo que ocurre, según este autor, es que esta teoría no es de recibo en Derecho Español, puesto que éste contiene una regulación particular del error de prohibición, dentro del cual incluye el error sobre los presupuestos de una causa de justificación. Esto último lo basa en varias razones. En primer lugar, en que considera suficiente la conciencia y voluntad de realización del hecho para que concurra el dolo. Y en segundo lugar, en que, a su juicio, el conocimiento de la antijuricidad se encuentra fuera del ámbito del tipo y situado en la culpabilidad. En cualquier caso, si el sujeto actúa con conciencia actual de la ilicitud de su hecho se impondrá la pena del delito cometido. Si no se ha representado la ilicitud, Córdoba Roda distingue tres supuestos. *Primero*, que se dé un conocimiento potencial de la antijuricidad por deberse la situación de ignorancia a la voluntad imprudente del sujeto. En este caso la acción deberá castigarse por imprudencia. Así pues, el error vencible de prohibición, y por tanto también el error vencible sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación, darán lugar a imprudencia (aplicación del artículo 565 CP) (30). *Segundo*, puede suceder que la situación de ignorancia en que actúa el sujeto no se le pueda atribuir a él, por no ser ésta voluntaria. En este caso faltará la culpabilidad y no existirá delito. *Tercero*, si la figura-

(27) Cfr. ARMIN KAUFMANN, *Zur Stande der Lehre vom personalen Unrecht*, pp. 401 y 402; CÓRDOBA RODA, *Comentarios*, pp. 260 y ss.; GÓMEZ BENÍTEZ, *El ejercicio*, p. 262.

(28) Cfr. GÓMEZ BENÍTEZ, *El ejercicio legítimo del cargo*, 1980, p. 262: «Cuando sea afirmable la necesidad objetiva ex-ante de la justificación, y sólo entonces, puede afirmarse que el sujeto no pretendía ningún desvalor contenido social, al no haber infringido el deber objetivo de cuidado.»

(29) Cfr. GÓMEZ BENÍTEZ, *El ejercicio*, pp. 265 y ss.: «No puede estimarse imprudencia, porque ésta implica que el sujeto no quiere realizar el resultado típico, exactamente lo contrario a lo que ocurre en los casos de error sobre los presupuestos de una causa de justificación.»

(30) Para CÓRDOBA RODA, *El conocimiento*, p. 134, en nuestro Derecho, a diferencia de lo que puede suceder en el alemán, cabe admitir la imprudencia de Derecho. Tampoco concurren, según este autor, los obstáculos de política criminal existentes en el Derecho penal alemán para incriminar por imprudencia (de derecho) al error de prohibición debido a la regulación en *numerus apertus* de la imprudencia.

ción del sujeto era objetivamente fundada, lo correcto será apreciar la propia eximente (31).

A pesar de su concepción finalista del injusto, Zielinski no acoge la teoría de la culpabilidad estricta. Para este autor, al igual que para los demás partidarios del finalismo, el tipo encierra una norma de prohibición, y las causas de justificación invalidan para un caso concreto esta prohibición. Así pues, la primera función de las causas de justificación es la de ser normas de permisión, que guardan una relación específica con la norma de prohibición. Esta relación, según Zielinski, puede concebirse de dos maneras, de forma monista, o bien, de forma dualista. Es decir, o bien la causa de justificación es una parte integrante de la prohibición, de tal manera que la limita, o bien es independiente y se erige al lado de la prohibición, dejando a ésta sin validez en un caso concreto. Zielinski considera que el uso de una regla de permisión, y con ello la posibilidad de excluir la antijuricidad, viene sólo en consideración cuando al lado de la valoración negativa de la finalidad lesiva para un bien jurídico, procede también una valoración positiva de la finalidad de conservación del bien jurídico. Y esta finalidad conservativa es, como elemento subjetivo de justificación, esencial y constitutivo para la exclusión del injusto. La exclusión del injusto se basa en un balance entre la acción proyectada y la cometida (32). Cuando el autor se encuentra en un error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación no sabe lo que hace, él cree que realiza una acción idéntica a la descrita por la norma permisiva, cuando en realidad no es así. Estas acciones son acciones de «deber ser» (sollen sein), y están permitidas. Lo que el sujeto proyecta hacer merece una valoración positiva (33). Pero para que este error pueda excluir el injusto, el sujeto debe haber examinado la situación de hecho correctamente. Este examen conforme a deber no es ningún presupuesto formal de la exclusión del injusto, sino que sólo adquiere significado en los casos de error sobre los presupuestos de justificación. En caso de error vencible, el sujeto ha infringido este examen conforme a deber y debe ser castigado por delito imprudente (34).

En conclusión, la teoría de la culpabilidad estricta en su versión original (para la cual, como se sabe, el error sobre los presupuestos de una causa de justificación es un error de prohibición, que si es invencible excluye la culpabilidad, y si es vencible la atenúa) se ha mantenido, en primer lugar, por autores finalistas; en segundo lugar, ha sido seguida en sus consecuencias por otros sectores doctrinales. En cambio, otros autores, a pesar de ser considerados muchas veces como seguidores de la teoría de la culpabilidad estricta, han mantenido una

(31) Vid. CÓRDOBA RODA, *El conocimiento*, p. 132; el mismo, *Las eximentes incompletas en el Código Penal*, Oviedo, 1966, p. 140; El mismo, *Comentarios*, p. 267.

(32) Cfr. ZIELINSKI, *Handlungs - Und Erfolgsunwert inn Unrechtsbegriff*, Berlín, 1973.

(33) Cfr. ZIELINSKI, *Handlungs*, p. 271.

(34) Cfr. ZIELINSKI, *Handlungs*, pp. 276 y 288, para quien el sujeto ha actuado con imprudencia de hecho y no de derecho. Así pues, no es correcto que todo autor finalista sea partidario de la teoría estricta de la culpabilidad como pretende BAUMANN, «Strafrecht», en *AT*, 8 Auf., 1977, p. 445.

posición mixta, en el sentido de no tratar unitariamente el error invencible y el vencible sobre las causas de justificación. Finalmente, algún sector doctrinal, partiendo de las bases del finalismo, llega a conclusiones distintas a éste en esta materia.

E) Estas teorías han sido *criticadas* por diversos motivos. Cabe distinguir la crítica político-criminal (disconformidad con los resultados) de la crítica dogmática. A su vez, esta última puede ser intrasistemática y extrasistemática.

En efecto, desde el primer punto de vista, se ha dicho que la teoría de la culpabilidad estricta lleva a resultados contrarios al sentimiento de justicia, al considerar doloso el hecho cometido en error sobre los presupuestos de justificación. Así, por ejemplo, tendría que imponerse la pena del delito de homicidio doloso atenuada cuando en la guerra un soldado mata a su propio compañero tomándolo por un enemigo (35). En realidad, se están equiparando valorativamente objetos axiológicamente distintos: el homicidio cometido a conciencia de que no concurren los presupuestos de ninguna causa de justificación, y el homicidio cometido en la creencia errónea de que concurren tales presupuestos de la justificación: en ambos casos se castiga por delito doloso (36).

Se alega también que esta teoría es contradictoria con sus propios puntos de partida. Puntos de partida que, a su vez, son en sí mismos discutibles. Mientras que en el ámbito del tipo se distingue entre error de tipo y error de prohibición, no se hace en el seno de las causas de justificación. De esta forma desconocen que el que yerra sobre la existencia de los elementos objetivos de la justificación, yerra sobre lo que hace, y no sobre la valoración de su hecho (37). El tipo de una causa de justificación puede, al igual que el tipo en sentido estricto, contener elementos descriptivos y normativos. Y si en el tipo es posible distinguir según que el error afecte a una u otra clase de elemen-

(35) Cfr. CRAMER, en *Schönke/Schroder, Strafgesetzbuch*, 21. Aufl., 1982, p. 241; ...TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch*, 42. ed., 1985, p. 97; JESCHECK, *Tratado*, p. 635; BLEI, «Strafrecht», en *AT*, 17. Aufl., 1977.

(36) Cfr. ROXIN, *Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale*, Hamburg, 1959, páginas 128 y 129, que considera que esta teoría además de contradecir el principio de justicia no respeta el de seguridad jurídica, puesto que no logra distinguir con claridad el error de tipo y el error de prohibición; para LANGER, *Vorsatztheorie*, p. 213, estas teorías suponen un renacimiento de la pena por sospecha (*Verdachtstrafe*); TORIO LÓPEZ, «El error vencible de prohibición en el proyecto de Código Penal de 1980», en *Reforma penal y penitenciaria*, Santiago de Compostela, 1980, pp. 254 y 255; que considera que la razón de tal equiparación está en impedir que se produzcan demasiadas absoluciones, y así «se tolera el hecho de que el Estado se sirva del Derecho penal para proteger intereses que no están respaldados por la conciencia moral general».

(37) Vid. TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch*, p. 97; DREHER, *Der Irrtum über Rechtfertigungsgründe Festschrift Fest für Heinitz*, 1972, p. 213; ENGISCH, «Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum bei Rechtfertigungsgründen», *ZStW*, 1958, p. 294, para quien si un cazador, al confundir a un hombre por un animal, incurre en un error de tipo, ¿por qué no lo es el confundir a un no agresor con un agresor?; ARTHUR KAUFMANN, «Die Irrtumsregelung im Strafgesetzentwurf 1962», en *ZStW*, 1964, p. 563, nota 60; MIR PUIG, *Derecho Penal*, p. 542; BUSCH, *Über die Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum*, *Festschrift Fest für Mezger*, 1954, p. 180.

tos, sin incurrir en la distinción error de hecho/error de Derecho, no se entiende por qué no podrá hacerse lo mismo en el marco de las causas de justificación (38). No convence el argumento según el cual el que yerra sobre los elementos del tipo no sabe lo que hace mientras que el que desconoce los requisitos objetivos de justificación en realidad actúa pensando que su conducta es lícita y por tanto incurre en un error de prohibición: también el que desconoce un elemento del tipo piensa que está actuando lícitamente. Parece, pues, cierto que el error de tipo no es más que un error mediato de prohibición (39). El distinto tratamiento que reciben el error de tipo, por un lado, y el error de prohibición, por otro, no podrá basarse en que en un caso el sujeto cree que actúa lícitamente, y en el otro no. Tendrán que ser otras las razones: por ejemplo, el interés del Estado en que el sujeto conozca el Derecho puede llevar a castigar más severamente el error de prohibición (40).

Tampoco se explica por qué en los delitos imprudentes la infracción del deber de cuidado pertenece al tipo objetivo, y por lo tanto si falta tal infracción no hay antijuricidad, y en cambio, en el ámbito del error sobre los elementos objetivos de justificación, a pesar de que el sujeto haya actuado con todo el cuidado debido (error invencible), su conducta haya de considerarse antijurídica y únicamente inculpa- ble (41).

A la teoría de la culpabilidad estricta se le ha objetado también el concepto de tipo del cual parte por resultar demasiado restrictivo. *En primer lugar*, algún autor (42) considera que si el tipo se entiende como *Delikttypus*, al cual no pueden pertenecer los presupuestos de justificación, éstos tampoco podrán encuadrarse dentro de la antijuricidad, ya que al ser ésta el juicio de desvalor del ordenamiento jurídico sobre conductas típicas, no podrá admitir —la antijuricidad— elementos de los cuales no depende. *En segundo lugar*, no convence el concepto de dolo que manejan, referido sólo al tipo en sentido estricto.

(38) Vid. WEBER, *Negative Tatbestandsmerkmale, Festschrift Fest. für Mezger*, 1954, pp. 190 y 191, considera que hay que distinguir entre el objeto de la valoración y la valoración del objeto, y que esta distinción también es aplicable a las causas de justificación, ya que una cosa son los elementos de la causa de justificación y otra la valoración de estos elementos. En contra, MUÑOZ CONDE, *La creencia*, p. 284, por considerar que se llega a una atomización de las teorías del error excesivamente complicada.

(39) Cfr. RODRÍGUEZ RAMOS, «El error sobre el tipo y el error de prohibición en el proyecto de CP», en *La Ley*, 1980, I, p. 1074; *Compendio de Derecho Penal, Parte General*, Madrid, 1984, p. 224.

(40) En este sentido vid. MIR PUIG, *Derecho Penal*, p. 549; BAUMANN, «Strafrecht», en *AT*, 8 Auf., 1977, p. 446, que entiende que es más fácil evitar un error de tipo que un error de prohibición. En contra, por considerar que la imposición de una pena más grave refuerza al Estado frente al individuo, vid. TORIO LÓPEZ, *El error*, pp. 253 y ss.; RODRÍGUEZ RAMOS, *Compendio*, p. 224.

(41) Cfr. CRAMER, en *Schönke/Schroder*, p. 241.

(42) Cfr. ARTHUR KAUFMANN, *Die Irrtumsregelung*, pp. 566 y ss.; según este autor, la teoría de la culpabilidad lleva una confusión entre tipicidad y antijuricidad, y además se ve obligada a admitir, junto al tipo en sentido estricto y la antijuricidad, no sólo los tipos de permisión, sino también los tipos prohibitivos de los delitos de omisión, con lo cual quiebra el sistema de la teoría del delito.

El dolo de robar, por ejemplo, puede comprender la representación de actuar sin la concurrencia de una causa de justificación (conciencia inmanente de su ausencia), sin que ello signifique, como pretende Welzel, la construcción de un dolo psicológicamente imposible. Tampoco en las llamadas circunstancias negativas del tipo —por ejemplo, la de que el sujeto pasivo no tenga aún 12 años en el delito de abusos deshonestos— es necesario que el sujeto las tenga presentes durante toda la ejecución de la conducta. Es suficiente, pues, para el dolo el conocimiento de la situación dada, sin que sea exigible una representación actual durante todo el transcurso de la acción (43).

2. Ante estas críticas, otros autores han defendido *otras versiones de la teoría de la culpabilidad*. Aunque lo fundamenten de distinta forma, la característica común a todas ellas es el trato que dan al error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación: aplicación de las reglas relativas al error de tipo. Este tratamiento caracteriza a la llamada «*teoría limitada de la culpabilidad*» cuyo nombre se debe a que excluye del tratamiento de la teoría de la culpabilidad a los casos de error sobre los presupuestos de una causa de justificación.

A) A esta versión limitada de la teoría de la culpabilidad puede llegarse a través de *la teoría de los elementos negativos* del tipo: las causas de justificación pertenecen al tipo (constituyen el tipo negativo), y por tanto, un error sobre sus presupuestos es un error de tipo. Esto supone la aplicación inmediata de los párrafos 1.º y 2.º del artículo 6 bis a) en España, y del párrafo 16 StGB en Alemania.

A esta teoría se le objeta precisamente su punto de partida: la concepción del tipo como comprensivo también de la ausencia de las causas de justificación. Se dice, *en primer lugar*, que tal concepto de tipo conduce a una confusión valorativa entre tipicidad y antijuricidad, ya que no se logra distinguir entre lo relevante para el Derecho penal (lo típico) y aquello que es irrelevante (atípico), ni entre lo que siendo relevante (prohibido) resulta permitido en un caso concreto (44). No obstante, hay que poner de relieve que los partidarios actuales de la teoría de los elementos negativos del tipo no desconocen la distinta significación material que existe entre una conducta típica, una conducta típica justificada y el comportamiento atípico (45).

(43) Cfr. ROXIN, *Offene Tatbestände*, pp. 125 y ss., aunque acepta la diferencia valorativa entre tipo en sentido estricto y la causa de justificación, no acepta que tal distinción sea decisiva para el trato del error.

(44) Cfr. WELZEL, *Nuevo Sistema*, p. 58; *Die Regelung*, pp. 210 y 212, nota 32: «La tipicidad ya no sería más el presupuesto de la antijuricidad, sino la antijuricidad el presupuesto de la tipicidad. ¿Pero cómo puede ser la antijuricidad indagada sin y previamente a la tipicidad?» En el mismo sentido, vid. FUKUDA, *Das Problem*, p. 144; JESCHECK, *Tratado*, pp. 340 y ss.; MUÑOZ CONDE, *La creencia*, p. 284; GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría*, p. 301, que considera que esta confusión valorativa es perjudicial para el efecto motivacional de las normas penales, puesto que la motivación se dirigiría hacia la utilización de las causas de justificación y no hacia la evitación de acciones dirigidas a producir resultados típicos.

(45) Ver, por ejemplo, ROXIN, *Offene Tatbestände*, p. 128; ARTHUR KAUFMANN, *Die Irrtumsregelung*, pp. 569 y ss., reconoce al tipo en sentido estricto la función esencial de

En segundo lugar, esta teoría es rechazada porque supone un concepto de dolo demasiado amplio y porque implica la exigencia de un *dolus malus* (46). No puede exigirse —dicen— que el dolo abarque la no concurrencia de las causas de justificación, ni en forma de un conocimiento concomitante, por resultar psicológicamente imposible. Pero como ya se ha dicho anteriormente, basta para el dolo un conocimiento de la situación y, por lo tanto, puede exigirse al sujeto que conozca que, en su situación, no concurre ningún requisito objetivo de justificación, sin que ello, además, signifique acudir a un concepto de *dolus malus*. En efecto, no se está requiriendo la conciencia de la antijuricidad —que el sujeto, por ejemplo, tenga conocimiento de que matar en legítima defensa está prohibido—, sino sólo el conocimiento de unos elementos de situación —por ejemplo conocer que concurre la agresión ilegítima, sin necesidad de que se sepa si la conducta así realizada es o no contraria a Derecho.

En tercer lugar, de tratarse este error como error de tipo, por entender que versa sobre presupuestos situacionales, deberían —según esta posición crítica— también aplicarse las reglas del error de tipo al error sobre los presupuestos de una causa de exclusión de la culpabilidad, lo que resulta contradictorio: por un lado, se afirmaría que la concurrencia real de los requisitos objetivos de una causa de exculpación excluye la culpabilidad (no el injusto), y de otro lado, en caso de error sobre los presupuestos de una causa de exclusión de la culpabilidad, de aplicarse las reglas del error de tipo, se excluiría el dolo situado en el injusto. De ser esto cierto, tendría que afirmarse que las causas de exclusión de la culpabilidad forman parte a veces de la antijuricidad, y a veces de la culpabilidad (47). Pero esta conclusión no es ni mucho menos necesaria. Es perfectamente explicable que merezcan distinto tratamiento el error sobre los presupuestos situacionales del hecho que condicionan su prohibición (su carácter antijurídico) y el error sobre otros presupuestos fácticos que no afectan a dicha prohibición, sino a la culpabilidad del sujeto. Aunque todos ellos sean elementos situacionales, condicionan dos características del hecho bien distintas, como son su naturaleza antijurídica y su atribuidibilidad al sujeto. En cambio, todos los presupuestos referentes a la situación del injusto afectan al carácter prohibido del hecho (48).

En cuarto lugar, otro de los argumentos utilizados en contra de la teoría de los elementos negativos del tipo, que podría tener sentido en un sistema cerrado de incriminación de la imprudencia, es que con-

seleccionar las conductas penalmente relevantes; MIR PUIG, *Derecho Penal*, p. 97, que propone para evitar que el uso de determinados términos lleve a una confusión conceptual la terminología de la teoría de los elementos negativos del supuesto de hecho.

(46) Cfr. WELZEL, *Die Regelung*, pp. 210, y pp. 213, nota 32 a); HIRSCH, *Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen*, Bonn, 1960, p. 227: «Es imposible la concurrencia de un error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación conjuntamente con conciencia de la antijuricidad. El que mata en legítima defensa putativa quiere algo que la ley desaprueba». ¿Pero a caso no sucede esto en toda clase de error?; GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría*, p. 301; HUERTA TOCILDO, *Sobre el contenido*, p. 134.

(47) Cfr. WELZEL, *Die Regelung*, p. 223; HIRSCH, *Die Lehre*, p. 222.

(48) Cfr. JESCHECK, *Tratado*, p. 692; MIR PUIG, *Derecho Penal*, p. 533.

duce a impunidades injustificadas siempre que no haya el tipo imprudente correspondiente (49).

Finalmente, se considera político-criminalmente insatisfactoria la impunidad del que participa en un hecho cometido en error invencible (50). Pero en estos casos podrá acudir a la autoría mediata, ya que la pertenencia del hecho corresponderá al hombre de atrás como instrumento que actúa sin antijuricidad.

B) Desde un punto de vista de Política criminal, se ha estimado poco equitativa la solución a que llega la teoría de la culpabilidad limitada. En este sentido se dice que, a diferencia de lo que ocurre en el error de tipo, en los supuestos aquí analizados el autor tiene conocimiento de la concurrencia de todos los elementos del tipo, lo que debería servirle de estímulo para cerciorarse de la presencia o ausencia de tales presupuestos (51). Es cierto que no es lo mismo no saber en absoluto que se realiza una acción típica, que tener conocimiento de su realización. Pero este dato podrá influir en la vencibilidad o invencibilidad del error, y no en su naturaleza jurídica.

En España, contra la teoría de los elementos negativos del tipo se alegan también argumentos legales. En efecto, algunos autores consideran que el CP español impide acogerla. Ello se derivaría de la interpretación que realizan del art. 9.1. Este precepto contendría una regulación del error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación, según la cual esta clase de error no excluiría el dolo. Esto quedaría confirmado, para estos autores, por el hecho de que la pena prevista en este precepto sea la del delito doloso atenuado (52). En nuestra opinión, a partir de la Reforma de 1983, y con la regulación del error en el artículo 6 bis a), es dudoso que el artículo 9.1.º regule los efectos del error sobre las causas de justificación. Parece mejor entender que la eximente incompleta debe aplicarse a los casos en que concurren efectivamente alguno de los presupuestos esenciales de la causa de justificación con independencia de que el sujeto tenga o no conocimiento de ello.

3. Las consecuencias de la teoría de la culpabilidad limitada han sido defendidas en base a otras consideraciones. En efecto, se llega también a la conclusión de que el error sobre los elementos de justificación debe ser tratado como error de tipo a partir de la *teoría del error sui generis*.

A) La mayoría de sus defensores parten de dos afirmaciones: primera, existencia de un *tipo permisivo*, constituido por elementos normativos y descriptivos, a los cuales no se extiende el dolo del tipo de

(49) Vid. CÓRDOBA RODA, *El conocimiento*. p. 117; HUERTA TOCILDO, *El error*, pp. 36 y 37.

(50) Cfr. HIRSCH, *Die Lehre*, p. 234; BACIGALUPO, *La distinción*, p. 923.

(51) Vid. CEREZO MIR, *La doble posición*, p. 202.

(52) Vid. CEREZO MIR, *Notas al nuevo sistema de Derecho Penal de Welzel*, Barcelona, 1964, pp. 58 y 59, nota 12; HUERTA TOCILDO, *Sobre el contenido*, p. 141; MIR PUIG, «Los términos delito y falta en el CP», en *ADPCP*, 1973, p. 327; el mismo, *La Función*, p. 61, considera que del CP se pueden desprender argumentos en favor de la teoría de los elementos negativos del tipo.

prohibición, y segunda, la *doble posición* sistemática del dolo, en el tipo y en la culpabilidad. De ello se derivaría la posibilidad de poder realizar un injusto doloso faltando, en cambio, el dolo de la culpabilidad (ausencia de culpabilidad dolosa) (53).

Según esta teoría, el error sobre los presupuestos objetivos es un error sui generis, de naturaleza propia, que tiene características comunes al error de tipo y al error de prohibición (54). *Por un lado*, es estructuralmente semejante al error de tipo: en ambos se desconoce el objeto de la valoración. Y *por otro lado*, tiene el mismo origen que el error de prohibición, y sus mismas consecuencias: el conocimiento del tipo (en sentido estricto) no resulta afectado y, por tanto, el dolo, como dolo del tipo, permanece intacto. Las consecuencias de este error sui generis no están previstas en la legislación, lo cual exige —según esta teoría— tener que decidir si lo correcto es aplicar las reglas del error de tipo, o bien es preferible la regulación del error de prohibición. Dilema que resuelven en favor de la aplicación analógica del error de tipo, ya sea por consideraciones principalmente dogmáticas (teoría de la doble posición del dolo), ya sea por las consecuencias político criminales [teoría de la culpabilidad que remite a las consecuencias jurídicas (55)]. Si se parte de la doble posición del dolo, en los casos de error vencible, al concurrir el dolo del tipo, pero no la culpabilidad dolosa, sólo podrá analizarse el aspecto imprudente del hecho. De esta forma, si concurren los requisitos necesarios de la imprudencia, el hecho podrá castigarse como tal sin necesidad de fingirla (56). Para esta concepción, la punición con arreglo al tipo doloso no estaría justificada al faltár al autor la culpabilidad dolosa; éste no quiere realizar ningún desvalor del resultado. Esta solución les parece, además, satisfactoria porque no deja impunes a los partícipes que actúan sin error. En caso de que falte el correspondiente tipo imprudente, se es-

(53) Cfr. GALLAS, *Zur Struktur*, pp. 170 y ss.

(54) Cfr. LACKNER, *Strafgesetzbuch*, 15 ed., 1983, p. 94; TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch*, p. 98; JESCHECK, *Tratado*, p. 634; DREHER, *Der Irrtum*, p. 213, para el cual el error sobre los presupuestos de justificación no es un error de prohibición: «el que yerra sobre los presupuestos, yerra sobre lo que hace; en el error de prohibición, en cambio, se yerra sobre sí lo que se hace se debe hacer». No obstante, para GALLAS, *Zur Struktur*, pp. 169 y ss., el error sobre los presupuestos objetivos de justificación es un error de prohibición de clase especial cuya principal diferencia con el error de prohibición directo reside en que el sujeto no valora de forma errónea, sino que más bien toma erróneamente como concurrentes los presupuestos de hecho de la valoración legal.

(55) Cfr. GALLAS, *Zur Struktur*, p. 170; JESCHECK, *Tratado*, p. 636; CRAMER, *Schönke/Schroder*, pp. 242 y ss.; TORIO LÓPEZ, «Tipo, error de tipo y de prohibición: crítica de la reforma penal», en *Reformas Penales del mundo de hoy*, 1984, pp. 95 y ss., considera, p. 110, que el nuevo artículo 6 bis a) no regula de forma expresa el error sobre los presupuestos de una causa de justificación y que hay que aplicar analógicamente (analogía *in bonam partem*) los párrafos 1.º y 2.º de dicho precepto. MUÑOZ CONDE, *La creencia*, páginas 290 y 313, propugna una teoría del error orientada a las consecuencias y cree preferible la aplicación del párrafo 3.º del artículo 6 bis a).

(56) Vid. DREHER, *Der Irrtum*, p. 225; GALLAS, *Zur Struktur*, p. 172; LACKNER, *Ob. cit.*, p. 94; JESCHECK, *Tratado*, p. 636.

tará frente a una laguna legal, y tendremos que contentarnos con el resarcimiento del daño previsto en la legislación civil (57).

En conclusión, para esta teoría del error sui generis, a pesar de que el error sobre los presupuestos de justificación tenga su origen en un error de prohibición, deben aplicarse las reglas previstas para el error de tipo (58).

4. Antes de la Reforma del CP de 1983, el TS solucionaba los casos de eximente putativa de dos formas distintas. La mayoría de las veces se entendía que la creencia racional del sujeto en la presencia de una agresión equivalía a su real concurrencia y, por lo tanto, la suposición errónea e invencible de la existencia de los presupuestos necesarios para la justificación conducía a apreciar la propia eximente. No obstante, en algún supuesto, el TS sostuvo ya que cuando el sujeto se hallaba errónea pero firmemente convencido de la existencia real y actual o inminente de una agresión injustificada, concurría un error de prohibición que volatilizaba el elemento intelectual del dolo, por faltar en el sujeto pasivo el «indispensable conocimiento de la significación antijurídica». Si el error de prohibición era invencible, se estimaba una culpabilidad culposa «estableciendo una jerarquización —según lo establecido en los artículos 565 y 586 del CP— ajustada a la mayor o menor disculpabilidad del error y de que la omisión de la diligencia debida para disipar la referida equivocación hubiese sido más o menos acusada» (STS 26-10-1982) (59). Después de la Reforma de 1983, la jurisprudencia, en estos casos de eximentes putativas, aprecia generalmente error de prohibición, en base al artículo 6 bis a) y no —como antes se veía obligada a hacer— en base al artículo 1CP (60).

A) La estimación de error de prohibición, y no de error de tipo, se debe a que, según el TS, el sujeto que yerra sobre los presupuestos de una causa de justificación cree obrar legítimamente y con arreglo a derecho, en definitiva, porque le falta el conocimiento de la situación antijurídica (STS 26-1-1984). Son numerosas las sentencias que se pronuncian en este sentido (61). Así, por ejemplo, en el supuesto analizado por la STS 14-5-1985, que la Audiencia había calificado como de delito de homicidio doloso en concurso real con un delito de lesiones, ambos atenuados, el TS absuelve por estimar concurrente un

(57) Vid. JESCHECK, *Tratado*, p. 636, nota 46; TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch*, p. 98; DREHER, *Der Irrtum*, p. 207.

(58) En sentido crítico, GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría*, p. 309; LANGER, *Vorsatztheorie*, página 212; ARTHUR KAUFMANN, *Die Irrtumsregelung*, p. 565 y ss., para el cual esta teoría finge la imprudencia; «Einige Anmerkungen zu Irrtümern über Irrtum», en *Festschrift Fest. Lackner*, Berlín, 1987, pp. 194 y 197: «Se trata de una teoría que pretende subsanar las deficiencias legales *ad hoc*, lo cual no es ninguna buena dogmática. Y además introduce nuevos conceptos, y lo que en realidad necesita la teoría del error son menos conceptos, pero más claros», pp. 194 y 197.

(59) Respecto a la posición de la jurisprudencia antes de la Reforma de 1983, ver CORDOBA RODA, *Comentarios*, pp. 260 y ss.; GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría Jurídica*, p. 312.

(60) Hay alguna sentencia aislada que no concede relevancia a la suposición errónea de los requisitos de las causas de justificación. En este sentido, la STS 3-3-1986 exige que la agresión ilegítima tenga existencia objetiva.

(61) Vid. SSTS 26-1-1984, 14-5-1985, 18-11-1985, entre otras.

error de prohibición invencible. Los hechos resumidos que aquí interesan son los siguientes: cuatro individuos se acercan al procesado J y «después de breves palabras de lo que pretendían, J. les manifestó que siguieran su camino..., ante lo cual aquéllos comenzaron a zaranearlo y a pegarle con las manos, momento en que J. sacó rápidamente una navaja que llevaba en el bolsillo, cuyas dimensiones no constan por haber desaparecido, y empezó a cuchilladas». A consecuencia de ellas, un individuo, A, murió y los otros tres resultaron lesionados. El TS absuelve, conclusión por lo demás correcta, a través de una fundamentación confusa. En efecto, no se sabe en qué basa la sentencia la absolución, si aprecia legítima defensa real o bien legítima defensa putativa (que daría lugar, según el TS, a un error de prohibición). Por un lado, se afirma que, al no poder el sujeto defenderse de manera distinta a como lo hizo, «se dibujan una serie de circunstancias ambientales que enmarcan la aplicación del artículo 8.4.º CP». A continuación, y por otro lado, se dice «que el procesado no está en condiciones de discernir racional y pensadamente los medios de que se valían las cuatro personas» que atacaban, con lo cual su actuación queda enmarcada en el «círculo estricto de la eximente putativa, ese error de prohibición...». Seguramente, lo que en realidad lleva al Tribunal a bajar la hipótesis de un posible error de prohibición es el medio que el procesado empleó para repeler la agresión: utilización de un cuchillo frente a unos individuos desarmados que, ex-post, aparece como excesivo. En definitiva, se está discutiendo sobre la necesidad racional del medio empleado. En cambio, un análisis ex ante de la situación es indudable que nos llevaría a afirmar la necesidad del medio usado y, por tanto, a apreciar legítima defensa real y no putativa. Es indudable que ex ante, el uso del cuchillo, único medio del cual disponía el procesado para hacer frente a la agresión, es objetivamente adecuado y proporcionado.

B) Según el TS, para que la suposición de los presupuestos de una causa de justificación pueda dar lugar a un error de prohibición, vencible o invencible, deben concurrir los siguientes *requisitos*: a) un error en el sujeto, consistente en creer que existe la agresión ilegítima como *acometimiento o acción de fuerza* (62) que atenta contra las personas o derechos, b) un *animus defendendi*, c) que se capte la *necesitas defensionis* (SSTS 20-6-1984; 11-10-1984), y d) que el error sea verosímil y verdadero, es decir, que cualquier persona media y perteneciente al entorno sociocultural de los protagonistas del suceso hubiera incidido en la misma equivocación e interpretado del mismo modo los actos que en su caso hubiera realizado el supuesto agresor, así como las circunstancias concurrentes en el curso del evento (STS 26-1-1984).

C) Uno de los puntos más importantes en el análisis de la jurisprudencia en materia de error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación es indagar *qué párrafo del artículo 6 bis a)* aplica ésta. El hecho de que el TS hable en este caso de un error de pro-

(62) En esta sentencia el TS vuelve a exigir una agresión física.

hibición, no quiere decir que siga la interpretación que de este artículo hace la doctrina mayoritaria. Como veremos a continuación, para el TS el error de prohibición no tiene las consecuencias que le suele otorgar esa doctrina: exclusión de la culpabilidad, por desconocimiento de la antijuricidad, cuando el error es invencible, y atenuación facultativa de la culpabilidad cuando es vencible.

La suposición errónea de que concurren los elementos de justificación supone, según la jurisprudencia, «un desplazamiento desde la objetividad característica de las causas de justificación hacia metas de inculpabilidad» (SSTS 26-1-1984, 20-6-1984, 14-5-1985). Así pues, mientras que la concurrencia de una causa de justificación elimina la propia antijuricidad, el error sobre sus presupuestos, sea vencible o invencible, afecta a la culpabilidad (63). Hasta aquí el TS llega a las mismas consecuencias que la teoría de la culpabilidad estricta: el error sobre los presupuestos de una causa de justificación es un error que afecta a la culpabilidad y no al injusto. Las diferencias comienzan a surgir cuando se analizan los efectos concretos de esta modalidad de error de prohibición. Mientras que para la teoría de la culpabilidad estricta, que parte de una estructura finalista del delito, en el sentido de que sitúa el dolo natural en el tipo, y la conciencia de la antijuricidad en la culpabilidad, el error de prohibición deja siempre intacto el dolo típico, pudiendo, en su caso, atenuar la culpabilidad si es vencible o excluirla si es invencible, para el TS, en cambio, el error de prohibición afecta en todo caso al dolo. En efecto, la jurisprudencia sostiene mayoritariamente una concepción causalista del delito. El dolo se concibe, como es sabido, como querer y conocer la situación típica más la conciencia de proceder contra Derecho. Y en los casos de suposición errónea de los presupuestos de justificación queda, según el TS», volatilizado el elemento intelectual del dolo», concretamente falta la conciencia actual de la antijuricidad (SSTS 26-1-1984, 26-2-1986).

De lo dicho hasta ahora aún podría, quizá, pensarse que el TS aplica el párrafo 3.º del artículo 6 bis a) a los casos de suposición errónea de los presupuestos de una causa de justificación puesto que el sujeto incurre en «la creencia errónea e invencible de estar obrando lícitamente». Pero no sucede así. Se repite una y otra vez que el error invencible de prohibición elimina el dolo intencional y por lo tanto excluye la culpabilidad, y si el error es vencible, la infracción se estima culposa «estableciendo una jerarquización —párrafo 1.º artículo 565, párrafo 2.º artículo 565, y número 3.º artículo 586 del CP— ajustada a la mayor o menor disculpabilidad del error y a que la omisión de la diligencia haya sido más o menos acusada (64). Por lo tanto, en caso de error vencible se acude a los preceptos que regulan la imprudencia y no al artículo 66 del CP, como dispone el párrafo 3.º del artículo 6 bis a). Esto podría hacer pensar que la jurisprudencia aplica los pá-

(63) Alguna sentencia ha considerado a la eximente incompleta relativa a una causa de justificación como una causa de disminución de la culpabilidad; en este sentido, por ejemplo, la STS 20-11-1984.

(64) Vid. SSTS 26-1-1984, 20-6-1984, 14-12-1985, 26-10-1986.

rrafos 1.º y 2.º de dicho artículo tanto para los supuestos de error de tipo como para los de error de prohibición, y que entiende que en el artículo 565 también cabe la imprudencia de Derecho. Pero esta conclusión no sería correcta. En algunas sentencias, en las que se analiza la concurrencia o no de error de prohibición directo, el TS declara que este error aparece regulado en el párrafo 3.º del artículo 6 bis a), mientras que el error de tipo lo está en el párrafo 1.º del mismo precepto (SSTS 1-2-1986, 24-4-1985, 14-5-1985, 18-10-1985, 18-11-1985). En definitiva, puede decirse que la jurisprudencia no sigue un criterio unitario en el tratamiento del error de prohibición vencible. Algunas veces —todas ellas en supuestos de error de prohibición directo— aplica la pena atenuada conforme al artículo 66 CP, otras veces —tanto en supuestos de error directo como en casos de error indirecto de prohibición— acude a los preceptos de la imprudencia en base, también al artículo 6 bis a).

Por otra parte, en determinados casos de error vencible sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación, la jurisprudencia acude directamente a la imprudencia, sin mencionar la existencia de un error. Esto sucede, principalmente, cuando el error vencible versa sobre los presupuestos del cumplimiento de un deber o de la obediencia debida (65). Veamos algún ejemplo. La sentencia del 30 de septiembre de 1985 analiza el caso de un Guarda Jurado que al advertir la presencia de cuatro cazadores furtivos en la finca que custodiaba como tal Guarda, con el fin de llamarles la atención, disparó dos tiros al aire con la carabina que portaba, «mas como quiera que aquéllos continuaban disparando a las piezas de caza, el procesado, sin medir las posibles consecuencias de su acción, desde 700 metros (y, por tanto, dentro del radio de eficacia) efectuó dos disparos apuntando sobre los cuerpos de aquéllos, uno de los cuales alcanzó a SR, y le causó la muerte». El TS castiga en este caso por imprudencia. Sin embargo cabría plantear la posibilidad que el Guarda Jurado hubiese actuado en error sobre los presupuestos de una causa de justificación, y la aplicación de la eximente incompleta. En mi opinión, podría tratarse de un error sobre los presupuestos, ya que el sujeto yerra sobre la proporcionalidad del uso de la fuerza. Error que al ser de tipo invencible daría lugar también a imprudencia.

5. Falta ahora averiguar cuál es la interpretación que mejor se adapta a la redacción del artículo 6.º bis a). Ello dependerá, fundamentalmente, de lo que se entienda por *infracción* y de los elementos que la integren.

No obstante, algunos autores estiman preferible acudir a otras vías de interpretación. En efecto, a veces se alegan motivos político-criminales en favor de una u otra teoría (66). Otras veces se defiende una

(65) Vid. SSTS 30-3-1983, 30-9-1985, 16-12-1985, 13-2-1986.

(66) Cfr. HUERTA TOCILDO, *El error*, p. 36, nota 60, entiende que cabe interpretar dicho artículo en favor tanto de la teoría de la culpabilidad limitada como de la versión estricta, pero, por razones fundamentalmente de justicia material, estima preferible la última.

determinada teoría a través de argumentos que se derivan de otros preceptos del CP. En efecto, un sector doctrinal deduce del artículo que regula las eximentes incompletas (artículo 9.1) argumentos definitivos en favor de la teoría de la culpabilidad estricta (67). Según esta interpretación, el artículo 9.1 regula los supuestos de error sobre un elemento inesencial de una causa de justificación. La pena a imponer en estos casos será, según estos autores, la del delito doloso cometido atenuado en uno o dos grados. Cuando el error verse sobre un elemento esencial de una causa de justificación, aunque ni el proyecto de CP de 1980, ni el CP en su redacción actual, contienen un precepto expreso, opinan que hay que llegar a la misma conclusión —delito doloso atenuado— por vía de la analogía. Entiendo que actualmente la respuesta al problema de cómo debe ser tratado el error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación hay que buscarla en el artículo 6.º bis a) y concretamente en el concepto de infracción.

B) Un sector doctrinal mayoritario entiende por infracción la realización del comportamiento descrito en el tipo de la Parte Especial, y por elementos esenciales integrantes de esta infracción, los elementos reales determinados por la acción (en el homicidio, por ejemplo, éstos estarían constituidos por la acción, el resultado homicida y el nexo causal existente entre ambos (68)). En consecuencia, el error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación no constituiría un supuesto previsto expresamente en los párrafos 1.º y 2.º del artículo 6.º bis a). Si partimos de este concepto de infracción, estos casos de error pueden ser tratados de dos formas. *La primera*, supondría que a pesar de esta falta de previsión legal se podría aplicar análogamente la regulación del error de tipo, puesto que en ambos casos se yerra sobre datos reales. *La segunda solución* aplicaría directamente el párrafo 3.º del artículo 6.º bis a) por entender que el sujeto yerra sobre la licitud de su conducta (69).

C) El término infracción puede interpretarse de otro modo, como sinónimo de injusto y comprensivo de la ausencia de las causas de justificación (70). De ser esto correcto, no habrá ninguna dificultad en considerar que el error sobre los requisitos de justificación es un error sobre elementos de la infracción prevista en el artículo 6.º bis a) I. Tal clase de error puede denominarse error «de tipo» si esta expresión se entiende en contraposición a la de «error de prohibición», en el sentido de error sobre el supuesto de hecho prohibido, que abarca tanto el error sobre el tipo positivo (o tipo en sentido estricto) como el error

(67) Vid. ROMEO CASABONA, «El error evitable de prohibición en el proyecto 1980», en *ADPCP*, 1981, pp. 762 y ss.

(68) Cfr. TORIO LÓPEZ, *Tipo*, p. 106, que contrapone este sentido estricto del término infracción, usado en el artículo 6 bis a), con el sentido, según él, más amplio del artículo 6; en este último precepto, infracción significa el total delito o falta. En contra vid. MIR PUIG, «Los términos delito y falta en el Código penal», en *ADPCP*, 1973, *passim*.

(69) En el primer sentido vid. TORIO LÓPEZ, *Tipo*, p. 110; en el segundo vid. ROMEO CASABONA, *El error*, pp. 739 y ss.

(70) Cfr. MIR PUIG, *Los términos*, *pássim*.

sobre el tipo negativo [que comprende la ausencia de los presupuestos de la justificación (70a)].

En efecto, si se acepta, por un lado, que infracción equivale a supuesto de hecho prohibido, y por otro lado, que en esta clase de error no se desconoce directamente la antijuricidad, sino que se yerra sobre la presencia de elementos o hechos de la infracción, podrá concluirse que estamos ante un error de tipo (negativo) y que procede la aplicación directa, y no meramente analógica, de los párrafos 1.º y 2.º del artículo 6.º bis a). Esta es, en mi opinión, la posición correcta.

En *conclusión*, a partir de la Reforma de 1983 cabe entender que el error sobre los presupuestos de justificación está regulado en el artículo 6.º bis a), párrafos 1.º y 2.º, puesto que constituye un error sobre un elemento esencial integrante de la infracción penal.

IV

Seguidamente se nos plantean dos problemas: ¿Cómo hay que tratar el error sobre un elemento accidental de la causa de justificación?, y ¿para qué casos queda reservada la aplicación del artículo 9.1.º? Si el sujeto yerra sobre la necesidad concreta, por ejemplo, porque utiliza erróneamente un medio más lesivo de lo necesario para defenderse de una agresión ilegítima, ¿habrá que acudir al artículo 9.1.º y aplicar la pena del delito cometido pero atenuado?, ¿o bien, es preferible aplicar el artículo 6.º bis a)? Si en los supuestos de desconocimiento vencible de un elemento esencial de la causa de justificación entendemos que concurre imprudencia, con más razón concurrirá ésta cuando lo que se desconozca sea tan sólo un elemento no esencial. Además, si el Código contiene un precepto regulador del error, al ser éste más específico, deberá ser aplicado con preferencia en los supuestos de error. Queda así descartada la posibilidad de aplicar el artículo 9.1.º a los casos de error sobre los presupuestos objetivos de justificación. Falta ahora averiguar cuándo puede aplicarse este precepto. Esto nos conduce a la cuestión de *la relación existente entre este error y la existente incompleta*.

1. A) Un sector doctrinal, en contra de lo que aquí se sustenta, sigue pensando que, a pesar del artículo 6.º bis a), el error sobre los elementos de justificación se halla regulado en el artículo 9.1.º (71). Veamos algunas hipótesis que pueden plantearse y el trato que recibirían de seguir esta doctrina. En el supuesto de que el sujeto actúe dolosamente y sin que concurren los presupuestos objetivos de justificación, no hay duda de que comete un delito doloso. Tampoco se plantean problemas si el sujeto actúa conociendo que concurren los presupuestos de una causa de justificación. Aquí faltará la antijuricidad.

(70a) Cfr. MIR PUIG, *Derecho Penal*, p. 97.

(71) En este sentido, ver por todos: CEREZO MIR. Notas, p. 59, nota 12; y ROMEO CASABONA, *El error*, p. 764.

Los casos más problemáticos son los siguientes: 1.º concurrencia de un error invencible sobre los elementos esenciales, 2.º error vencible sobre un elemento esencial, 3.º error invencible sobre un elemento no esencial, pero concurren los elementos esenciales, 4.º error vencible sobre un elemento no esencial, pero concurren los elementos esenciales, 5.º concurren los elementos esenciales, pero no los inesenciales, y el sujeto conoce esta situación. Para el sector doctrinal antes mencionado, el caso 1.º dará lugar a la impunidad por ausencia de culpabilidad, el 2.º a la responsabilidad atenuada por aplicación analógica del artículo 6.º bis a), párrafo 3.º, el 3.º, el 4.º y el 5.º caso a responsabilidad atenuada de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 9.1.º.

B) Como puede observarse, se tratan igual supuestos que presentan injustos distintos, lo que no parece justo. Todos estos supuestos se caracterizan por la incongruencia entre la parte objetiva y la subjetiva de la causa de justificación. Respecto a los dos primeros, ya he señalado anteriormente que para nosotros excluyen la antijuricidad o dan lugar a imprudencia, respectivamente. Respecto de los demás casos, la solución depende de si se considera necesario para la apreciación de la eximente incompleta que el sujeto conozca la ausencia de los elementos accidentales de la causa de justificación.

Los que consideran que es necesario el conocimiento de todos los elementos de la eximente incompleta, en los casos en que concurre parte de la eximente (los elementos esenciales) sin que el sujeto tenga conocimiento de ello y se supone venciblemente que concurre toda, habrá que aplicar sólo las reglas del error que se estimen preferibles, sin que además pueda entrar en consideración la apreciación de la eximente incompleta. De ser el error invencible —por ejemplo, en el caso de que el sujeto hubiese podido repeler la agresión de un modo menos lesivo, pero cualquiera en su lugar hubiese procedido de la misma forma—, la cuestión carecerá de trascendencia práctica ya que lo que procederá será la impunidad (por ausencia de antijuricidad o por ausencia de culpabilidad, según la teoría que se defienda).

2. Así pues, el problema se plantea cuando el error es vencible. ¿Cabe apreciar en estos casos conjuntamente error vencible y eximente incompleta? Según un sector doctrinal, no es posible hacer entrar aquí en juego el artículo 565 cuando el error fuera vencible. Ya que de ser así, habría que aplicar conjuntamente el artículo 565 y la eximente incompleta, lo que llevaría a rebajar demasiado la pena. Y no es este —se dice— el espíritu de la ley (72). Según otro sector de la doctrina (73), siempre que el hecho de haber mediado imprudencia, en lugar de intención, respecto al resultado excesivo haya sido tomado en consideración al estimar la circunstancia de eximente incompleta, deberá rechazarse la calificación conforme a la figura del artículo 565 junto a la aplicación de la mencionada eximente incompleta. Y deberá estimarse alternativamente o el delito imprudente o la eximente incompleta, para evitar enjuiciar a la vez conforme a dos preceptos dis-

(72) *Ibidem*, nota 71.

(73) Cfr. CÓRDOBA RODA, *Las eximentes*, pp. 140 y ss.

tintos un mismo hecho. Finalmente, hay algún autor (74), que cree que lo acertado es apreciar imprudencia y eximente incompleta.

En efecto, si tan sólo tenemos en cuenta la eximente incompleta, resultará que estaremos tratando de la misma forma supuestos que son distintos: será lo mismo que el sujeto actúe conociendo que sólo concurren los requisitos esenciales, faltando los inesenciales, y que actúe con los elementos esenciales y con error vencible sobre los inesenciales. Los que defiendan la solución del delito doloso consumado para los casos en que el sujeto tenga conocimiento de la falta de los requisitos no esenciales, llegarán también a una solución poco satisfactoria: delito doloso consumado tanto si concurren los elementos esenciales como si no. Si apreciamos imprudencia y la eximente incompleta, es cierto que en algunos casos se producirá una rebaja de la pena no justificable. En muchas ocasiones, la presencia de los elementos esenciales facilitará que se origine un error sobre los elementos inesenciales. Así, por ejemplo, en caso de concurrencia real de una agresión ilegítima, es fácil que el sujeto caiga en un error sobre la necesidad concreta del medio empleado para repelerla. De este modo, la existencia de los elementos esenciales influirá en la vencibilidad o invencibilidad del error, convirtiendo un error que en principio pudiera parecer vencible en invencible o, al menos, disminuyendo la gravedad de la infracción de la norma de cuidado. En otros casos, la presencia de estos elementos no guardará relación alguna con el error. Es aquí donde se presentará la duda de si cabe apreciar junto la imprudencia la atenuación. El artículo 9.1.º no exige que la falta de un elemento no esencial sea debida a error. No existe, en consecuencia, ninguna razón para interpretar este precepto en contra del reo, requiriendo para que pueda ser aplicado que la ausencia se deba a un error. En realidad, concurren argumentos en favor de la aplicación conjunta de ambos preceptos. En primer lugar, una interpretación sistemática del CP conduce a considerar que el error está regulado en el artículo 6.º bis a) y no en el artículo 9.1.º. En segundo lugar, si esto es así, el único modo de no dejar sin contenido el precepto relativo a las eximentes incompletas es entender que debe aplicarse en los supuestos en que concurren los elementos esenciales, con independencia de que el sujeto conozca o no que faltan los elementos accidentales. En tercer lugar, esta solución permite tratar de distinto modo los supuestos que son diferentes cualitativamente.

En efecto, cuando el sujeto tenga conocimiento de la ausencia de los elementos accidentales, sólo procederá la atenuación prevista en el artículo 66. Si, por el contrario, el sujeto cree de forma vencible que concurren los requisitos accidentales, y este error no deriva de la real presencia de los elementos esenciales, lo correcto sería la estimación de ambos preceptos.

(74) Vid. MIR PUIG, *Derecho penal*, p. 419.

Nueva parte general del Código Penal Brasileño

Introducción y traducción de

FRANCISCO MUÑOZ CONDE

Catedrático de Derecho Penal, Universidad de Sevilla

Al igual que la Codificación penal de otros países, la Codificación penal brasileña también ha sufrido, desde sus inicios, cambios y modificaciones ligadas a los cambios y alteraciones políticas ocurridas en los últimos 150 años en aquel país.

El primer Código penal de 1830, que influyó en el español de 1848 y, a través suya, en otros Códigos penales latinoamericanos, fue producto de la independencia y de la Constitución de 1824, y vino a sustituir las viejas Ordenanzas coloniales, inspirándose en las ideas de Benthan y en el Código penal francés de 1810.

El Código penal de 1890 pretendió también adaptar la legislación penal a la nueva situación política (la abolición de la esclavitud, en 1888, había cambiado notablemente el panorama social y económico del país), aunque presentaba graves defectos técnicos y, desde el primer momento, se le consideró un Código desfasado para su tiempo.

En 1940 fue sustituido por un nuevo Código penal, inspirado en el Código penal italiano de 1930 y elaborado durante un régimen dictatorial.

El advenimiento de otro régimen dictatorial, en los años 60, provocó también la creación de un nuevo Código penal. Este Código, basado en un Anteproyecto del Profesor Nelson Hungría de 1963, fue promulgado por Decreto en 1969, pero su entrada en vigor fue siendo sucesivamente aplazada hasta el punto de quedar pospuesta *sine die*.

A pesar de ello, el movimiento reformista continuó, ya en los albores de la nueva situación democrática, creándose una Comisión para la elaboración de tres Anteproyectos: de Parte General, del Código Penal, de Código Procesal Penal y de Ley de Ejecución Penal. La Comisión estuvo integrada por los Profesores Francisco de Assis Toledo, Presidente de la misma, Francisco de Assis Serrano Neves, Ricardo Antunes Andreucci, Miguel Reale Júnior, Helio Fonseca, Rogerio Lauria y René Ariel Dotti. En una segunda fase, destinada a la revisión de los textos y a la incorporación del material resultante de los debates, se formó otra Comisión integrada por los Profesores Francisco de Assis

Toledo, Coordinador de la misma, Dinio de Santis García, Jair Leonardo Lopes y Miguel Reale Júnior.

Producto de estos trabajos previos fue un texto de reforma de la Parte General del Código Penal, que se convirtió en Ley número 7209, de 11-7-1984, cuya traducción se ofrece aquí, sin más comentarios ni glosas. Para mayor información, remito, además de a la bibliografía pertinente aparecida en Brasil tras la entrada en vigor de esta Ley, a la extensa Exposición de Motivos que acompaña a la misma, tal como viene transcrita en la edición de Juárez Oliveira, Código Penal, editora Saraiva, 2.^a edición 1987, que es la que he utilizado para la traducción.

Código Penal Brasileño

PARTE GENERAL

TITULO I

De la aplicación de la Ley Penal

Anterioridad de la ley

Art. 1.º No hay delito sin ley anterior que lo defina. No hay pena sin previa conminación legal.

Ley penal en el tiempo

Art. 2.º Nadie podrá ser castigado por un hecho que una ley posterior haya dejado de considerar delito, cesando en virtud de ella la ejecución y los efectos penales de la sentencia condenatoria.

Parágrafo único. La ley posterior que, de cualquier modo, favorece al agente, se aplicará a los hechos anteriores, aunque hayan sido ya juzgados por sentencia condenatoria firme.

Ley excepcional o temporal

Art. 3.º La ley excepcional o temporal, aunque haya transcurrido el período de su duración o hubieren cesado las circunstancias que la determinaron, se aplicará al hecho practicado durante su vigencia.

Tiempo del delito

Art. 4.º Se considerará practicado el delito en el momento de la acción u omisión, aunque sea otro el momento del resultado.

Territorialidad

Art. 5.º Se aplicará la ley brasileña, sin perjuicio de las Convenciones, Tratados y reglas de Derecho internacional, al delito cometido en territorio nacional.

Parágrafo 1.º A los efectos penales, se considerarán como extensión del territorio nacional las embarcaciones y aeronaves brasileñas, de naturaleza pública o al servicio del gobierno brasileño, cualquiera que sea el lugar donde se encuentren, y también las aeronaves y embarcaciones brasileñas mercantes o de propiedad privada, que se encuentren, respectivamente, en el espacio aéreo correspondiente o en alta mar.

Parágrafo 2.º También será aplicable la ley brasileña a los delitos practicados a bordo de aeronaves o embarcaciones extranjeras de propiedad privada, cuando se encuentren aquéllas en tierra en el territorio nacional o en vuelo en el espacio aéreo correspondiente, o éstas en puerto o en mar territorial de Brasil.

Lugar del delito

Art. 6.º Se considerará practicado el delito en el lugar en que ocurrió la acción u omisión, en todo o en parte, así como donde se produjo o debió producir el resultado.

Extraterritorialidad

Art. 7.º Quedarán sujetos a la ley brasileña, aunque se cometan en el extranjero:

I. Los delitos:

- a) Contra la vida o libertad del Presidente de la República.
- b) Contra el patrimonio o la fe pública de la Unión, del Distrito Federal, del Estado de Territorio, del Municipio, de la empresa pública, sociedad de economía mixta, autarquía o fundación instituida por el Poder Público.
- c) Contra la administración pública, por quien está a su servicio.
- d) De genocidio, cuando el agente fuera brasileño o domiciliado en el Brasil.

II. Los delitos:

- a) Que, por Tratado o Convención, se obligó Brasil a reprimir.
- b) Practicados por brasileño.
- c) Practicados en aeronaves o embarcaciones brasileñas, mercantes o de propiedad privada, cuando se encuentren en territorio extranjero y no sean juzgados allí.

Parágrafo 1.º En los casos del inciso I, el agente será castigado

conforme a la ley brasileña, aunque haya sido absuelto o condenado en el extranjero.

Parágrafo 2.º En los casos del inciso II, la aplicación de la ley brasileña dependerá de la concurrencia de las siguientes condiciones:

- a) Entrar el agente en el territorio nacional.
- b) Ser el hecho punible también en el país donde fue practicado.
- c) Estar el delito incluido entre aquellos por los que la ley brasileña autoriza la extradición.
- d) No haber sido el agente absuelto en el extranjero o no haber cumplido allí la pena.
- e) No haber sido el agente perdonado en el extranjero o, por otro motivo, no estar extinguida la punibilidad, según la ley más favorable.

Parágrafo 3.º La ley brasileña se aplicará también al delito cometido por extranjero fuera del Brasil si, reunidas las condiciones previstas en el párrafo anterior:

- a) No fue pedida o negada la extradición.
- b) Hubo petición del Ministerio de Justicia.

Pena cumplida en el extranjero

Art. 8.º La pena cumplida en el extranjero atenúa la pena impuesta en Brasil por el mismo delito, cuando sean diversas, o se computa en ella, cuando sean idénticas.

Eficacia de la sentencia extranjera

Art. 9.º La sentencia extranjera, cuando la aplicación de la ley brasileña produzca consecuencias del mismo tipo, podrá ser homologada en Brasil para:

I. Obligar al condenado a reparar el daño, a restituir y a otros efectos civiles.

II. Sujetarlos a medidas de seguridad.

Parágrafo único. La homologación depende:

- a) A los efectos previstos en el inciso I, de la petición de la parte interesada.
- b) Para otros efectos, de la existencia de Tratado de Extradición en el país de cuya autoridad judicial emanó la sentencia, o, a falta de Tratado, de la petición del Ministerio de Justicia.

Cómputo del plazo

Art. 10. El día del comienzo se incluye en el cómputo del plazo. Los días, los meses y los años se contarán por el calendario común.

Fracciones no computables de la pena

Art. 11. En las penas privativas de libertad y en las restrictivas de derechos, no se computarán las fracciones de día, y en la pena de multa las de cruzeiro (centésima parte del cruzado, moneda nacional. N. del T.).

Legislación especial

Art. 12. Las reglas generales de este Código se aplican a los hechos incriminados por la ley especial, salvo que ésta dispusiera lo contrario.

TITULO II

Del delito*Relación de causalidad*

Art. 13. El resultado del que dependa la existencia del delito, solamente será imputable a quien fue su causa. Se considera causa la acción u omisión sin la cual el resultado no se hubiera producido.

Causa independiente sobrevenida

Parágrafo 1.º La causa relativamente independiente sobrevenida excluirá la imputación cuando, por sí sola, produjo el resultado; los hechos anteriores, entretanto, se imputarán a quien los practicó.

Relevancia de la omisión

Parágrafo 2.º La omisión será penalmente relevante cuando el omitente debía y podía actuar para evitar el resultado.

El deber de actuar incumbe a quien:

- a) Tenía por ley obligación de cuidado, protección o vigilancia.
- b) De otra forma asumió la responsabilidad de impedir el resultado.
- c) Con su comportamiento anterior, creó el riesgo de producción del resultado.

Art. 14. El delito se define como:

Delito consumado

I. Consumado, cuando en él se reúnen todos los elementos de su definición legal.

Tentativa

II. Intentado, cuando, iniciada la ejecución, no se consuma por circunstancias ajenas a la voluntad del agente.

Pena de la tentativa

Parágrafo único. Salvo disposición en contra, la tentativa se castigará con la pena correspondiente al delito consumado, disminuida en uno o dos tercios.

Desistimiento voluntario y arrepentimiento eficaz

Art. 15. El agente que, voluntariamente, desista de proseguir en la ejecución o impida que el resultado se produzca, sólo responde por los actos ya practicados.

Arrepentimiento posterior

Art. 16. En los delitos cometidos sin violencia o grave amenaza a personas, reparado el daño o restituida la cosa, hasta el recibimiento de la denuncia o querrela, por acto voluntario del agente, la pena será reducida de uno a dos tercios.

Delito imposible

Art. 17. No se castigará la tentativa, cuando, por ineficacia absoluta del medio o por absoluta impropiedad del objeto, el delito es de imposible consumación.

Art. 18. El delito se define como:

Delito doloso

I. Doloso, cuando el agente quiso el resultado o asumió el riesgo de producirlo.

Delito culposo

II. Culposo, cuando el agente causó el resultado por imprudencia, negligencia o impericia.

Parágrafo único. Salvo los casos expresados en la ley, nadie podrá ser castigado por un hecho previsto como delito, sino cuando lo practica dolosamente.

Agravación por el resultado

Art. 19. Por el resultado que agrava especialmente la pena, sólo responderá el agente que lo hubiera causado al menos culposamente.

Error sobre elementos del tipo

Art. 20. El error sobre elemento constitutivo del tipo legal del delito excluye el dolo, pero permite el castigo por delito culposo, si está previsto en la ley.

Eximentes putativas

Parágrafo 1.º Quedará exento de pena quien, por error plenamente justificado por las circunstancias, suponga una situación de hecho que, si existiese, convertiría en legítima la acción. No habrá exención de pena cuando el error derive de culpa y el hecho sea punible como delito culposo.

Error determinado por tercero

Parágrafo 2.º Responderá por delito el tercero que determine el error.

Error sobre la persona

Parágrafo 3.º No exime de pena el error sobre la persona contra la que se practica el delito. En este caso, no se considerarán las condiciones o cualidades de la víctima, sino las de la persona contra la que el agente quería practicar el delito.

Error sobre la ilicitud del hecho

Art. 21. El desconocimiento de la ley es inexcusable. El error sobre la ilicitud del hecho eximirá de pena cuando sea inevitable, y la disminuirá de un sexto a un tercio, cuando sea evitable.

Parágrafo único. Se considerará evitable el error si el agente actuó u omitió sin conciencia de la ilicitud del hecho, cuando le era posible, en aquellas circunstancias, tener o alcanzar esa conciencia.

Coacción irresistible y obediencia jerárquica

Art. 22. Si el hecho se cometió bajo coacción irresistible o en estricta obediencia a una orden, no manifiestamente ilegal, de superior jerárquico, sólo será castigado el autor de la coacción o de la orden.

Exclusión de la ilicitud

Art. 23. No habrá delito cuando el agente practica el hecho:

I. En estado de necesidad.

- II. En legítima defensa.
- III. En estricto cumplimiento del deber legal o en ejercicio regular del derecho.

Exceso punible

Parágrafo único. En cualquiera de las hipótesis de este artículo, responderá el agente por el exceso doloso o culposo.

Estado de necesidad

Art. 24. Se considerará en estado de necesidad a quien practique el hecho para salvar de un peligro actual, que no provocó voluntariamente ni podía evitar de otro modo, un derecho propio o ajeno, cuyo sacrificio, en aquellas circunstancias, no fuera razonablemente exigible.

Parágrafo 1.º No podrá alegar estado de necesidad quien tenía el deber legal de afrontar el peligro.

Parágrafo 2.º Cuando fuera razonable exigir el sacrificio del derecho amenazado, la pena podrá ser reducida de uno a dos tercios.

Legítima defensa

Art. 25. Se considerará en legítima defensa a quien usando moderadamente de los medios necesarios, repele una agresión injusta, actual o inminente a un derecho propio o ajeno.

TITULO III

De la imputabilidad penal

Inimputables

Art. 26. Quedará exento de pena el agente que, por enfermedad mental o desarrollo mental incompleto o retardado, fuera, en el momento en que actuó u omitió, enteramente incapaz de entender el carácter ilícito del hecho o de determinarse conforme a ese entendimiento.

Reducción de pena

Parágrafo único. La pena podrá ser reducida de uno a dos tercios, si el agente, en virtud de la perturbación de la salud mental o por desarrollo mental incompleto o retardado, no era enteramente ca-

paz de entender el carácter ilícito del hecho o de determinarse conforme a ese entendimiento.

Menores de dieciocho años

Art. 27. Los menores de 18 (dieciocho) años no son penalmente imputables, quedando sujetos a las normas establecidas en la legislación especial.

Emoción y pasión

Art. 28. No excluyen la imputabilidad penal:

I. La emoción o la pasión.

Embriaguez

II. La embriaguez, voluntaria o culposa, por alcohol o sustancias de efectos análogos.

Parágrafo 1.º Quedará exento de pena el agente que, por embriaguez completa, proveniente del caso fortuito o fuerza mayor, fuera, en el momento en que actuó u omitió, enteramente incapaz de entender el carácter ilícito del hecho o de determinarse conforme a ese entendimiento.

Parágrafo 2.º La pena podrá ser reducida de uno a dos tercios, si el agente, por embriaguez, proveniente de caso fortuito o fuerza mayor, no poseía, en el momento en que actuó u omitió, la plena capacidad de entender el carácter ilícito del hecho o determinarse conforme a ese entendimiento.

TITULO IV

Del concurso de personas

Art. 29. Quien, de cualquier modo, intervenga en el delito, incurrirá en las penas asignadas a éste, en la medida de su culpabilidad.

Parágrafo 1.º Si la participación fuera de menor importancia, la pena podrá ser disminuida de un sexto a un tercio.

Parágrafo 2.º Si alguno de los intervinientes quiso participar en un delito menos grave, le será aplicada la pena de éste; esta pena será aumentada hasta la mitad, en la hipótesis de haber sido previsible el resultado más grave.

Circunstancias incommunicables

Art. 30. No se comunicarán las circunstancias y las condiciones de carácter personal, salvo cuando sean elementos constitutivos de delito.

Casos de impunidad

Art. 31. El acuerdo, la determinación o instigación y el auxilio, salvo disposición expresa en contrario, no serán punibles, si el delito no llega, por lo menos, a ser intentado.

TITULO V

De las penas

CAPÍTULO I

De las especies de pena

Art. 32. Las penas son:

- I. Privativas de libertad.
- II. Restrictivas de derecho.
- III. Multa.

SECCION I

De las penas privativas de libertad

Reclusión y detención

Art. 33. La pena de reclusión debe ser cumplida en régimen cerrado, semiabierto o abierto. La de detención, en régimen semiabierto, o abierto, salvo necesidad de transferencia a régimen cerrado.

Parágrafo 1.º Se considera:

- a) Régimen cerrado la ejecución de pena en establecimiento de seguridad máxima o media.
- b) Régimen semiabierto la ejecución de pena en colonia agrícola, industrial o establecimiento similar.
- c) Régimen abierto la ejecución de la pena en albergue (casa de albergado) o establecimiento adecuado.

Parágrafo 2.º Las penas privativas de libertad deberán ser ejecutadas en forma progresiva, según los merecimientos del condenado,

observando los siguientes criterios y salvadas las hipótesis de transferencia a un régimen más riguroso:

a) El condenado a pena superior a 8 (ocho) años deberá comenzar a cumplirla en régimen cerrado.

b) El condenado no reincidente, cuya pena sea superior a 4 (cuatro) años y no exceda de 8 (ocho), podrá, desde el principio, cumplirla en régimen semiabierto.

c) El condenado no reincidente, cuya pena sea igual o inferior a 4 (cuatro) años, podrá, desde el inicio, cumplirla en régimen abierto.

Parágrafo 3.º La determinación del régimen inicial del cumplimiento de la pena se hará con observancia de los criterios previstos en el artículo 59 de este Código.

Reglas del régimen cerrado

Art. 34. El condenado será sometido, en el inicio del cumplimiento de la pena, a examen criminológico de clasificación para individualización de la ejecución.

Parágrafo 1.º El condenado quedará sujeto a trabajo en el período diurno y a aislamiento en el reposo nocturno.

Parágrafo 2.º El trabajo será en común dentro del establecimiento, de acuerdo con las aptitudes y ocupaciones anteriores del condenado, siempre que sean compatibles con el cumplimiento de la pena.

Parágrafo 3.º El trabajo externo será admisible, en régimen cerrado, cuando se realice en servicios u obras públicas.

Reglas del régimen semiabierto

Art. 35. Se aplicará la norma del artículo 34 de este Código, *caput*, al condenado que inicie el cumplimiento de la pena en régimen semiabierto.

Parágrafo 1.º El condenado queda sujeto al trabajo en común durante el período diurno, en colonia agrícola, industrial o establecimiento industrial.

Parágrafo 2.º El trabajo externo será posible, igual que la asistencia a cursos de perfeccionamiento profesional, de enseñanza media o superior.

Reglas del régimen abierto

Art. 36. El régimen abierto se basará en la autodisciplina y el sentido de responsabilidad del condenado.

Parágrafo 1.º El condenado deberá, fuera del establecimiento y sin vigilancia, trabajar, asistir a cursos o ejercer otra actividad autorizada, permaneciendo recluido durante el período nocturno y en los días no laborables.

Parágrafo 2.º El condenado será transferido del régimen abierto, si practicase algún hecho definido como delito doloso, frustrase los fines de la ejecución o, pudiendo, no pagase la multa que le fue aplicada cumulativamente.

Régimen especial

Art. 37. Las mujeres cumplirán la pena en establecimiento propio, observándose los deberes y derechos inherentes a su condición personal, así como, en lo que sea aplicable, lo dispuesto en este capítulo.

Derechos del preso

Art. 38. El preso conserva todos los derechos no afectados por la pérdida de la libertad, imponiéndose a todas las autoridades el respeto a su integridad física y moral.

Trabajo del preso

Art. 39. El trabajo del preso será siempre remunerado, garantizándole los beneficios de la Seguridad Social.

Legislación especial

Art. 40. La legislación especial regulará la materia prevista en los artículos 38 y 39 de este Código, y especificará también los derechos y deberes del preso, los criterios de revocación y transferencia de régimen y establecerá las infracciones disciplinarias y las correspondientes sanciones.

Enfermedad mental sobrevenida

Art. 41. El condenado a quien sobrevenga una enfermedad mental será recluso en un hospital de custodia y tratamiento psiquiátrico o, en caso de inexistencia, en otro establecimiento adecuado.

Abono de prisión provisional

Art. 42. En la pena privativa de libertad o en la medida de seguridad se computará el tiempo de prisión provisional, en Brasil o en el extranjero, de prisión administrativa o de internamiento en cualquiera de los establecimientos referidos en el artículo anterior.

SECCION II

De las penas restrictivas de derechos*Penas restrictivas de derechos*

Art. 43. Las penas restrictivas de derechos son:

- I. Prestación de servicios en comunidad.
- II. Interdicción temporal de derechos.
- III. Limitaciones de fin de semana.

Art. 44. Las penas restrictivas de derechos serán autónomas y sustituirán a las privativas de libertad, cuando:

- I. La pena privativa de libertad aplicada fuera inferior a 1 (un) año o el delito fuera culposo.
- II. El reo no fuera reincidente.
- III. La culpabilidad, los antecedentes, la conducta social y la personalidad del condenado, así como los motivos y circunstancias indicaren que esa sustitución fuera suficiente.

Parágrafo único. En los delitos culposos, cuando la pena privativa de libertad aplicada sea igual o superior a 1 (un) año, podrá ser sustituida por una pena restrictiva de derechos y multa o por dos penas restrictivas de derechos exigibles simultáneamente.

Conversión de las penas restrictivas de derechos

Art. 45. La pena restrictiva de derechos se convertirá en privativa de libertad por el tiempo de la pena aplicada, cuando:

- I. Sobrevenga condena, por otro delito, a pena privativa de libertad cuya ejecución no haya sido suspendida.
- II. Se incumpla injustificadamente la restricción impuesta.

Prestación de servicios a la comunidad

Art. 46. La prestación de servicios a la comunidad consiste en la atribución al condenado de tareas gratuitas junto a entidades asistenciales, hospitales, escuelas, orfanatos y otros establecimientos similares, en programas comunitarios o estatales.

Parágrafo único. Las tareas serán atribuidas conforme a las aptitudes del condenado, debiendo ser cumplidas durante 8 (ocho) horas semanales, los sábados, domingos y feriados o en días de fiesta, de modo que no perjudiquen la jornada normal de trabajo.

Interdicción temporal de derechos

Art. 47. Las penas de interdicción temporal de derechos son:

I. Prohibición del ejercicio del cargo, función o actividad pública, así como de mandato electivo.

II. Prohibición de ejercicio de profesión, actividad u oficio que dependan de habilitación especial, de licencia o autorización de poder público.

III. Suspensión de autorización o habilitación para conducir vehículo.

Limitación de fin de semana

Art. 48. La limitación de fin de semana consistirá en la obligación de permanecer los sábados y domingos, durante 5 (cinco) horas diarias en albergue (casa de albergado) u otro establecimiento adecuado.

Parágrafo único. Durante la permanencia podrán darse al condenado cursos y conferencias u otras actividades educativas pertinentes.

SECCION III

De la pena de multa

Multa

Art. 49. La pena de multa consiste en pagar al fondo penitenciario la cuantía fijada en la sentencia y calculada en días-multas. Los días serán de un mínimo de 10 (diez) y un máximo de 360 (trescientos sesenta).

Parágrafo 1.º El valor del día multa será fijado por el Juez no pudiendo ser inferior a un trigésimo del mayor salario mínimo mensual vigente al tiempo del hecho, ni superior a 5 (cinco) veces ese salario.

Parágrafo 2.º El valor de la multa será actualizado, durante la ejecución, por los índices de corrección monetaria.

Pago de la multa

Art. 50. La multa deberá ser pagada dentro de los 10 (diez) días siguientes a la firmeza de la sentencia. A requerimiento del condenado y conforme a las circunstancias, el Juez podrá permitir que el pago se realice en pagos mensuales.

Parágrafo 1.º El cobro de la multa se podrá efectuar mediante descuento en el vencimiento del salario del condenado cuando:

- a) Hubiese sido aplicada aisladamente.

b) Hubiese sido aplicada cumulativamente con una pena restrictiva de derechos.

c) Hubiese sido concedida la suspensión condicional de la pena.

Parágrafo 2.º El descuento no deberá incidir en los recursos indispensables para el sustento del condenado y su familia.

Conversión de la multa y revocación

Art. 51. La multa se convertirá en pena de detención, cuando el condenado solvente dejare de pagarla o frustrare su ejecución.

Modo de conversión

Parágrafo 1.º En la conversión, a cada día-multa corresponderá 1 (un) día de detención, no pudiendo ésta ser superior a 1 (un) año.

Reconversión de la conversión

Parágrafo 2.º La conversión queda sin efecto si, en cualquier momento, se paga la multa.

Suspensión de la ejecución de la multa

Art. 52. La ejecución de la pena de multa será suspendida si sobreviene al condenado una enfermedad mental.

CAPÍTULO II

De la conminación de penas

Penas privativas de libertad

Art. 53. Las penas privativas de libertad tienen sus límites establecidos en la sanción correspondiente a cada tipo legal de delito.

Penas restrictivas de derechos

Art. 54. Las penas restrictivas de derechos son aplicables, independientemente de la conminación en la parte especial, en sustitución de la pena privativa de libertad, fijada en cuantía inferior a 1 (un) año, o en los delitos culposos.

Art. 55. Las penas restrictivas de derechos tendrán la misma duración que la pena privativa de libertad sustituida.

Art. 56. Las penas de interdicción, previstas en los incisos I y II

del artículo 47 de este Código, se aplicarán en todo delito cometido en el ejercicio de profesión, actividad, oficio, cargo o función, siempre que hubiere violación de los deberes inherentes a ellos.

Art. 57. La pena de interdicción, prevista en el inciso III del artículo 47 de este Código, se aplicará en los delitos culposos de tráfico.

Pena de multa

Art. 58. La multa, prevista en cada tipo legal de delito, tiene los límites fijados en el artículo 49 y sus párrafos de este Código.

Parágrafo único. La multa prevista en el párrafo único del artículo 44 y en el párrafo 2.º del artículo 60 de este Código se aplicará independientemente de la conminación en la parte especial.

CAPÍTULO III

De la aplicación de la pena

Fijación de la pena

Art. 59. El Juez, atendiendo a la culpabilidad, a los antecedentes, a la conducta social, a la personalidad del agente, a los motivos, a las circunstancias y consecuencias del delito, así como al comportamiento de la víctima, establecerá, conforme sea suficiente para la reprobación y prevención del delito:

- I. Las penas aplicables dentro de las conminadas.
- II. La cantidad de pena aplicable, dentro de los límites previstos.
- III. El régimen inicial de cumplimiento de la pena privativa de libertad.
- IV. La sustitución de la pena privativa de libertad aplicada, por otra especie de pena, cuando sea posible.

Criterios especiales de la pena de multa

Art. 60. En la fijación de la pena de multa el Juez deberá atender, principalmente, a la situación económica del reo.

Parágrafo 1.º La multa podrá ser aumentada hasta el triplo si el Juez considera que, en virtud de la situación económica del reo, es ineficaz, incluso aplicada en el máximo.

Multa sustitutiva

Parágrafo 2.º La pena privativa de libertad aplicada, no superior a 6 (seis) meses, podrá ser sustituida por la multa, observando los criterios de los incisos II y III del artículo 44 de este Código.

Circunstancias agravantes

Art. 61. Son circunstancias que siempre agravan la pena, cuando no constituyen o cualifican el delito:

- I. La reincidencia.
- II. Haber cometido el agente el delito:
 - a) Por motivo fútil o torpe.
 - b) Para facilitar o asegurar la ejecución, ocultación, impunidad o ventaja de otro delito.
 - c) Con traición, emboscada o mediante disimulación, u otro recurso que dificulte o torne imposible la defensa del ofendido.
 - d) Con empleo de veneno, fuego, explosivo, tortura u otro medio insidioso o cruel, o del que puede resultar peligro común.
 - e) Contra ascendiente, descendiente, hermano o cónyuge.
 - f) Con abuso de autoridad o prevaleciéndose de relaciones domésticas, de cohabitación u hospitalidad.
 - g) Con abuso de poder o violación de deber inherente a cargo, oficio, ministerio o profesión.
 - h) Contra niño, anciano o enfermo.
 - i) Cuando el ofendido estaba bajo la inmediata protección de la autoridad.
 - j) En ocasión de incendio, naufragio, inundación o cualquier calamidad pública, o desgracia particular del ofendido.
 - l) En estado de embriaguez preordenada.

Agravantes en el caso del concurso de personas

Art. 62. La pena será además agravada en relación al agente que:

- I. Promueva u organice la cooperación en el delito o dirija la actividad de los demás agentes.
- II. Coaccione o induzca a otro a la ejecución material del delito.
- III. Instigue o determine a cometer el delito a alguien sujeto a su autoridad o que no será castigado en virtud de su condición o calidad personal.
- IV. Ejecute el delito o participe en él mediante pago o promesa de recompensa.

Reincidencia

Art. 63. Se da reincidencia cuando el agente comete nuevo delito, después de haber sido ejecutoriamente condenado, en el país o en el extranjero, por un delito anterior.

Art. 64. A los efectos de la reincidencia:

- I. No prevalecerá la condena anterior si entre el momento del cumplimiento o extinción de la pena y la infracción posterior hubiere

transcurrido un período de tiempo superior a 5 (cinco) años, computado el período de prueba de la suspensión o de la libertad condicional, si no se hubiera revocado.

II. No se considerarán los delitos propiamente militares y los políticos.

Circunstancias atenuantes

Art. 65. Son circunstancias que siempre atenúan la pena:

I. Ser el agente menor de 21 (veintiún) años, en el momento del hecho, o mayor de 70 (setenta), en el momento de la sentencia.

II. El desconocimiento de la ley.

III. Haber el agente:

a) Cometido el delito por motivos de relevante valor social o moral.

b) Procurado, por su espontánea voluntad y con eficacia, después de haber cometido el delito, evitar o aminorar sus consecuencias, o reparado el daño, antes del juicio.

c) Cometido el delito bajo coacción que podía resistir, o en cumplimiento de una orden de autoridad superior, o bajo la influencia de violenta emoción provocada por acto injusto de la víctima.

d) Confesado espontáneamente, ante la autoridad, la autoría del delito.

e) Cometido el delito bajo la influencia de una multitud en tumulto, si no lo provocó.

Art. 66. La pena podrá ser además atenuada en razón de circunstancia relevante, anterior o posterior al delito, aunque no esté prevista expresamente en la ley.

Concurso de circunstancias agravantes y atenuantes

Art. 67. En el concurso de agravantes y atenuantes, la pena deberá aproximarse al límite indicado por las circunstancias preponderantes, entendiéndose como tales las que resultan de los motivos determinantes del delito, de la personalidad del agente y de la reincidencia.

Cálculo de la pena

Art. 68. La pena-base será fijada atendiéndose al criterio del artículo 59 de este Código, siendo consideradas luego las circunstancias atenuantes y agravantes; por último, las causas de disminución y de aumento.

Parágrafo único. En caso del concurso de causas de aumento o disminución previstas en la parte especial, podrá el Juez limitarse a un solo aumento o a una sola disminución, prevaleciendo, sin embargo, la causa que más aumente o disminuya.

Concurso material

Art. 69. Cuando el agente, mediante más de una acción u omisión, practica dos o más delitos, idénticos o no, se aplicarán cumulativamente las penas privativas de libertad en que haya incurrido. En el caso de aplicación cumulativa de las penas de reclusión y detención, se ejecutará primero aquélla.

Parágrafo 1.º En la hipótesis de este artículo, cuando tenga que ser aplicada al agente una pena privativa de libertad, no suspendida, por uno de los delitos, para los demás será inaplicable la sustitución de la que trata el artículo 44 de este Código.

Parágrafo 2.º Cuando fueren aplicadas penas restrictivas de derechos, el condenado cumplirá simultáneamente las que fueren compatibles entre sí y sucesivamente las demás.

Concurso formal

Art. 70. Cuando el agente, mediante una sola acción u omisión, practica dos o más delitos, idénticos o no, se le aplicará la pena más grave de las imponibles o, si son iguales, solamente una de ellas, pero aumentada, en cualquier caso, de un sexto a la mitad. Las penas se aplicarán, entre tanto, cumulativamente, si la acción u omisión es dolosa y los delitos concurrentes resultan de designios autónomos, conforme a lo dispuesto en el artículo anterior.

Parágrafo único. La pena no podrá exceder de la que sería imponible por la regla del artículo 69 de este Código.

Delito continuado

Art. 71. Cuando el agente, mediante más de una acción, practique dos o más delitos de la misma especie y, por las condiciones de tiempo, lugar, forma de ejecución y otras semejantes, los subsiguientes deban ser considerados como continuación del primero, se aplicará la pena de uno solo de los delitos, si son idénticas, o la más grave, si son diversas, aumentada, en cualquier caso, de un sexto a dos tercios.

Parágrafo único. En los delitos dolosos, contra víctimas diferentes, cometidos con violencia o grave amenaza a persona, podrá el Juez, considerando la culpabilidad, los antecedentes, la conducta social y la personalidad del agente, así como los motivos y las circunstancias, aumentar la pena de uno solo de los delitos, si son idénticas, o la más grave, si son diversas, hasta el triplo, observando las reglas del parágrafo único del artículo 70 y del artículo 75 de este Código.

Multas en el concurso de delitos

Art. 72. En el concurso de delitos, las penas de multa serán aplicadas distinta e integralmente.

Error en la ejecución

Art. 73. Cuando, por accidente o error en el uso de los medios de ejecución, el agente, en lugar de alcanzar a la persona que pretendía ofender, alcanza a persona distinta, responderá como si hubiere realizado el delito contra aquélla, ateniéndose a lo dispuesto en el párrafo 3.º del artículo 20 de este Código. En el caso de ser también alcanzada la persona a la que el agente pretendía ofender, se aplicará la regla del artículo 70 de este Código.

Resultado diverso del pretendido

Art. 74. Fuera de los casos del artículo anterior, cuando, por accidente o error en la ejecución del delito, sobrevenga un resultado diverso del pretendido, el agente responderá por culpa, si el hecho estuviere previsto como delito culposo; si ocurre también el resultado pretendido, se aplicará la regla del artículo 70 de este Código.

Límite de las penas

Art. 75. El tiempo de cumplimiento de las penas privativas de libertad no podrá ser superior a 30 (treinta) años.

Parágrafo 1.º Cuando el agente fuere condenado a penas privativas de libertad cuya suma sea superior a 30 (treinta) años, deberán ser unificadas para atender al límite máximo de este artículo.

Parágrafo 2.º Si sobreviene condena por hecho posterior al inicio del cumplimiento de la pena, se hará una nueva unificación, no teniendo en cuenta, para este fin, el período de pena ya cumplido.

Concurso de infracciones

Art. 76. En el concurso de infracciones, se ejecutará primeramente la pena más grave.

CAPÍTULO IV

De la suspensión condicional de la pena

Requisitos de la suspensión de pena

Art. 77. La ejecución de la pena privativa de libertad no superior a los 2 (dos) años, podrá ser suspendida, por 2 (dos) a 4 (cuatro) años, siempre que:

- I. El condenado no fuera reincidente en delito doloso.
- II. La culpabilidad, los accidentes, la conducta social y la perso-

nalidad del agente, así como los motivos y las circunstancias aconsejen la concesión del beneficio.

III. No sea indicada o aplicable la sustitución prevista en el artículo 44 de este Código.

Parágrafo 1.º La condena anterior a pena de multa no impedirá la concesión del beneficio.

Parágrafo 2.º La ejecución de la pena privativa de libertad, no superior a 4 (cuatro) años, podrá ser suspendida, por 4 (cuatro) a 6 (seis) años, siempre que el condenado sea mayor de 70 (setenta) años de edad.

Art. 78. Durante el plazo de suspensión, el condenado quedará sujeto a observación y al cumplimiento de las condiciones impuestas por el Juez.

Parágrafo 1.º En el primer año del plazo de suspensión, deberá el condenado prestar servicios a la comunidad (art. 46) o someterse a la limitación de fin de semana (art. 48).

Parágrafo 2.º Si el condenado hubiera reparado el daño, salvo imposibilidad de hacerlo, y si las circunstancias del artículo 59 de este Código le fueren enteramente favorables, el Juez podrá sustituir la exigencia del parágrafo anterior por una o más de las siguientes condiciones:

- a) Prohibición de frecuentar determinados lugares.
- b) Prohibición de ausentarse de la comarca donde reside, sin autorización del Juez.
- c) Comparecimiento personal y obligatorio en el juzgado, mensualmente, para informar y justificar sus actividades.

Art. 79. La sentencia podrá especificar otras condiciones a las que quedará subordinada la suspensión, siempre que sean adecuadas al hecho y a la situación personal del condenado.

Art. 80. La suspensión no se extenderá a las penas restrictivas de derechos ni de multa.

Revocación obligatoria

Art. 81. La suspensión será revocada si, en el curso del plazo, el beneficiario:

- I. Fuere condenado, en sentencia firme, por crimen doloso.
- II. Frustrare, siendo solvente, la ejecución de la pena de multa o no efectuare, sin motivo justificado, la reparación del daño.
- III. Incumpliere la condición del parágrafo 1.º del artículo 78 de este Código.

Revocación facultativa

Parágrafo 1.º La suspensión podrá ser revocada si el condenado incumpliere cualquier otra condición impuesta o fuere condenado fir-

memente, por delito culposo o por contravención, a pena privativa de libertad restrictiva de derechos.

Prórroga del período de prueba

Parágrafo 2.º Si el beneficiario estuviere procesado por otro delito o contravención, se considerará prorrogado el plazo de suspensión hasta el juicio definitivo.

Parágrafo 3.º Cuando la revocación fuere facultativa, el Juez podrá, en lugar de decretarla, prorrogar el período de prueba hasta el máximo, si éste no hubiere sido fijado.

Cumplimiento de las condiciones

Art. 82. Expirado el plazo sin que hubiere habido revocación, se considerará extinguida la pena privativa de libertad.

CAPÍTULO V

De la libertad condicional

Requisitos de la libertad condicional

Art. 83. El Juez podrá conceder la libertad condicional al condenado a pena privativa de libertad igual o superior a dos años, siempre que:

I. Hubiere cumplido más de un tercio de la pena si el condenado no fuera reincidente en delito doloso y tuviera buenos antecedentes.

II. Hubiere cumplido más de la mitad si el condenado fuera reincidente en delito doloso.

III. Hubiere observado un comportamiento satisfactorio durante la ejecución de la pena, buen desempeño del trabajo que se le hubiere encomendado y aptitud para subvenir a la propia subsistencia con un trabajo honesto.

IV. Hubiere reparado, salvo efectiva imposibilidad de hacerlo, el daño causado por la infracción.

Parágrafo único. Para el condenado por delito doloso, cometido con violencia o grave amenaza a persona, la concesión de la libertad quedará también subordinada a la constatación de las condiciones personales que hagan presumir que una vez liberado no volverá a delinquir.

Suma de penas

Art. 84. Las penas correspondientes a infracciones diversas deberán sumarse a los efectos de la concesión de libertad condicional.

Especificación de las condiciones

Art. 85. La sentencia especificará las condiciones a que quede subordinada la libertad condicional.

Revocación de la libertad condicional

Art. 86. La libertad condicional será revocada si el liberado es condenado a pena privativa de libertad en sentencia firme:

- I. Por delito cometido durante la vigencia del beneficio.
- II. Por delito anterior, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 84 de este Código.

Revocación facultativa

Art. 87. El Juez podrá, también, revocar la libertad condicional, si el liberado dejare de cumplir las obligaciones contenidas en la sentencia, o fuere firmemente condenado por delito o contravención, a pena que no sea privativa de libertad.

Efectos de la revocación

Art. 88. Revocada la libertad, no podrá ser nuevamente concedida y, salvo cuando la revocación resulte de la condena por otro delito anterior a la concesión del beneficio, no se descontará en la pena el tiempo que estuvo libre el condenado.

Extinción

Art. 89. El Juez no podrá declarar extinguida la pena, en cuanto a pasar a ejecutiva la sentencia en el proceso a que responde el liberado, por delito cometido durante la vigencia de la libertad condicional.

Art. 90. Si la libertad condicional no es revocada hasta su término, se considerará extinguida la pena privativa de libertad.

CAPÍTULO VI

De los efectos de la condena

Efectos genéricos y específicos

Art. 91. Son efectos de la condena:

- I. Hacer cierta la obligación de indemnizar el daño causado por delito.

II. La pérdida en favor del Estado, reservando el derecho del lesionado o de tercero de buena fe:

a) De los instrumentos del delito, si consistieran en cosas cuya fabricación, enajenación, uso, porte o tenencia constituya hecho ilícito.

b) Del producto del delito o de cualquier bien o valor que constituya provecho obtenido por el agente con la práctica del hecho delictivo.

Art. 92. Son también efectos de la condena:

I. La pérdida del cargo, función pública o mandato electivo, en los delitos practicados con abuso de poder o violación del deber para con la Administración pública cuando la pena aplicada fuera superior a 4 (cuatro) años.

II. La incapacidad para el ejercicio de la patria potestad, tutela o curatela, en los delitos dolosos, sujetos a pena de reclusión, cometidos contra hijo, o sometido a tutela o curatela.

III. La inhabilitación para conducir vehículo, cuando haya sido utilizado como medio para la práctica de delito doloso.

Parágrafo único. Los efectos de que trata este artículo no son automáticos, debiendo ser motivadamente declarados en la sentencia.

CAPÍTULO VII

De la rehabilitación

Rehabilitación

Art. 93. La rehabilitación alcanza cualquier pena aplicada en sentencia definitiva asegurando al condenado el sigilo de los registros sobre su proceso y condena.

Parágrafo único. La rehabilitación podrá, también, alcanzar los efectos de la condena, previstos en el artículo 92 de este Código, salvo la reintegración a la situación anterior en los casos de los incisos I y II del mismo artículo.

Art. 94. La rehabilitación podrá ser solicitada, transcurridos 2 (dos) años desde el día en que quedare extinguida, de cualquier modo, la pena o terminare su ejecución, computándose el período de prueba de la suspensión de la libertad condicional, si no sobreviniere revocación, desde que el condenado:

I. Hubiere tenido domicilio en el país en el plazo referido anteriormente.

II. Hubiere dado, durante ese tiempo, demostración efectiva y constante de buen comportamiento público y privado.

III. Hubiere resarcido el daño causado por el delito o demostrare absoluta imposibilidad de hacerlo, hasta el día de la solicitud, o exhi-

biere documento que pruebe la renuncia de la víctima o la novación de la deuda.

Parágrafo único. Negada la rehabilitación, podrá ser solicitada, en cualquier tiempo, siempre que la solicitud sea instruida con nuevos elementos probativos de los requisitos necesarios.

Art. 95. La rehabilitación será revocada, de oficio o a solicitud del Ministerio público, si el rehabilitado fuere condenado, como reincidente, por decisión definitiva, a pena que no sea multa.

TITULO VI

De las medidas de seguridad

Clases de medidas de seguridad

Art. 96. Las medidas de seguridad son:

I. Internamiento en hospital de custodia o tratamiento psiquiátrico o, en caso de inexistencia de estos centros, en otro establecimiento adecuado.

II. Sometimiento a tratamiento ambulatorio.

Parágrafo único. Extinguida la punibilidad, no se impondrá medida de seguridad ni subsistirá la que haya sido impuesta.

Imposición de medida de seguridad a inimputable

Art. 97. Si el agente fuere inimputable, el Juez determinará su internamiento (artículo 26). Sin embargo, si el hecho previsto como delito estuviere castigado con detención, el Juez podrá someterlo a tratamiento ambulatorio.

Plazo

Parágrafo 1.º El internamiento o tratamiento ambulatorio, será por tiempo indeterminado, subsistiendo en tanto no se consiga, mediante pericia médica, la cesación de la peligrosidad. El plazo deberá ser de 1 (uno) a 3 (tres) años.

Pericia médica

Parágrafo 2.º La pericia médica se realizará al término del plazo mínimo fijado y deberá ser repetida cada año, o en cualquier momento si lo determinare el Juez de ejecución.

Terminación del internamiento

Parágrafo 3.º La terminación del internamiento será siempre condicional, debiendo ser restablecida la situación anterior si el agente, antes del transcurso de 1 (un) año, practicare un hecho indicativo de la persistencia de su peligrosidad.

Parágrafo 4.º En cualquier fase del tratamiento ambulatorio, podrá el Juez determinar el internamiento del agente, si esa providencia fuere necesaria para fines curativos.

Sustitución de pena por medida de seguridad para el semiimputable

Art. 98. En la hipótesis del parágrafo único del artículo 26 de este Código y necesitando el condenado de especial tratamiento curativo, la pena privativa de libertad podrá ser sustituida por el internamiento, o tratamiento ambulatorio, por un plazo mínimo de 1 (uno) a 3 (tres) años, en los términos del artículo anterior y los respectivos parágrafos 1.º a 4.º.

Derechos del interno

Art. 99. El interno será recluido en un establecimiento dotado de características hospitalarias y sometido a tratamiento.

TÍTULO VII

De la acción penal

Acción pública y privada

Art. 100. La acción penal es pública, salvo cuando la ley expresamente la declara privativa del ofendido.

Parágrafo 1.º La acción pública será promovida por el Ministerio público, dependiendo, cuando la ley así lo exija, de la representación del ofendido o de la solicitud del Ministro de Justicia.

Parágrafo 2.º La acción privada será promovida mediante querrela del ofendido o de quien tenga la cualidad para representarlo.

Parágrafo 3.º La acción privada podrá intentarse en los delitos públicos, si el Ministerio público no presenta denuncia en el plazo legal.

Parágrafo 4.º En caso de muerte del ofendido o de haber sido declarado ausente por decisión judicial, el derecho a presentar querrela o a proseguir en la acción pasa al cónyuge, ascendiente, descendiente o hermano.

La acción penal en el delito complejo

Art. 101. Cuando la ley considere como elemento o circunstancias del tipo legal hechos que, por sí mismos, constituyen delitos, cabe acción pública en relación con aquéllos, siempre que, en relación con cualquiera de éstos, se debiera proceder por iniciativa del Ministerio público.

Irrenunciabilidad de la representación

Art. 102. La representación será irrenunciable después de presentada la denuncia.

Decadencia del derecho a presentar querrela o de la representación

Art. 103. Salvo disposición expresa contraria, el ofendido decaerá en el derecho a presentar querrela o a la representación, si no lo ejerce en el plazo de 6 (seis) meses, contado desde el día en que tuvo conocimiento de quién era el autor del delito o, en el caso del párrafo 3.º del artículo 100 de este Código, desde el día en que se agote el plazo para presentación de la denuncia.

Renuncia expresa o tácita al derecho a presentar querrela

Art. 104. El derecho a presentar querrela no podrá ser ejercitado cuando se haya renunciado a él expresa o tácitamente.

Parágrafo único. Se considerará renuncia tácita al derecho a presentar querrela la práctica de acto incompatible con la voluntad de ejercerlo; sin embargo, no se considerará tal renuncia el hecho de recibir el ofendido la indemnización del daño causado por el delito.

Perdón del ofendido

Art. 105. El perdón del ofendido, en los delitos en los que solamente se procede mediante querrela, impedirá el proseguimiento de la acción.

Art. 106. El perdón, en el proceso o fuera de él, expreso o tácito:

- I. Concedido a cualquiera de los querrelados, a todos aprovecha.
- II. Concedido por uno de los ofendidos, no perjudica el derecho de los otros.
- III. Si el querrelado lo rechaza, no produce efectos.

Parágrafo 1.º Perdón tácito es el que resulta de la práctica de acto incompatible con la voluntad de proseguir la acción.

Parágrafo 2.º No será admisible el perdón después de que la sentencia condenatoria fuere firme.

TITULO VIII

De la extinción de la punibilidad*Extinción de la punibilidad*

Art. 107. Se extingue la punibilidad:

- I. Por la muerte del agente.
- II. Por amnistía, gracia o indulto.
- III. Por retroactividad de la ley que no considere más el hecho como delictivo.
- IV. Por prescripción, decadencia o
- V. Por renuncia al derecho a presentar querrela o por el perdón aceptado, en los delitos privados.
- VI. Por la retractación del agente, en los casos en los que la ley lo admite.
- VII. Por matrimonio del agente con la víctima, en los delitos contra las costumbres, definidos en los Capítulos I, II y III del Título IV de la Parte Especial de este Código.
- VIII. Por matrimonio de la víctima con tercero, en los delitos citados en el inciso anterior, cuando fueren cometidos sin violencia real o grave amenaza y siempre que la ofendida no hubiere solicitado la prosecución de la investigación policial o de la acción penal en el plazo de 60 (sesenta) días a contar desde la celebración.
- IX. Por perdón judicial, en los casos previstos en la ley.

Art. 108. La extinción de la punibilidad de un delito que sea presupuesto, elemento constitutivo o circunstancia agravante de otro no se extenderá a éste. En los delitos conexos, la extinción de la punibilidad de uno de ellos no impedirá, en cuanto a los otros, la agravación de la pena resultante de la conexión.

Prescripción antes de que la sentencia sea firme

Art. 109. La prescripción, antes de que la sentencia final sea firme, salvo lo dispuesto en los párrafos 1.º y 2.º del artículo 110 de este Código, se regula por el máximo de pena privativa de libertad comunicada al delito, verificándose:

- I. En 20 (veinte) años, si el máximo de pena es superior a 12 (doce).
- II. En 16 (dieciséis) años, si el máximo de pena es superior a 8 (ocho) años y no excede de 12 (doce).
- III. En 12 (doce) años, si el máximo de pena es superior a 4 (cuatro) años y no excede de 8 (ocho).
- IV. En 8 (ocho) años, si el máximo de pena es superior a 2 (dos) años y no excede de 4 (cuatro).

V. En 4 (cuatro) años, si el máximo de pena es igual a 1 (un) año o, siendo superior, no excede de 2 (dos).

VI. En 2 (dos) años, si el máximo de pena es inferior a 1 (un) año.

Prescripción de penas restrictivas de derechos

Parágrafo único. Se aplicarán a las penas restrictivas de derechos los mismos plazos previstos para las privativas de libertad.

Prescripción después que la sentencia sea firme

Art. 110. La prescripción después que la sentencia condenatoria sea firme se regula por la pena aplicada y se verifica en los plazos fijados en el artículo anterior, los cuales se aumentarán en un tercio, si el condenado es reincidente.

Parágrafo 1.º La prescripción, después de que la sentencia condenatoria sea firme para la acusación, o después de que sea desestimado un recurso, se regulará por la pena aplicada.

Parágrafo 2.º La prescripción de que trata el artículo anterior podrá tener por término inicial fecha anterior al del recibimiento de la denuncia o querella.

Término inicial de prescripción antes de que la sentencia final sea firme

Art. 111. La prescripción antes de que la sentencia final sea firme, comienza a correr:

- I. Desde el día en que el delito se consumó.
- II. En caso de tentativa, desde el día en que cesó la actividad delictiva.
- III. En los delitos permanentes, desde el día en que cesó la permanencia.
- IV. En los delitos de bigamia y de falsificación o alteración de asentamiento del registro civil, desde el día en que el hecho se conoció.

Término inicial de prescripción después de que la sentencia condenatoria sea irrecurrible

Art. 112. En el caso del artículo 110 de este Código, la prescripción comienza a correr:

- I. Desde el día en que la sentencia es firme, para la parte acusadora, o en que se revoca la suspensión condicional de la pena o la libertad condicional.
- II. Desde el día en que se interrumpe la ejecución, salvo cuando el tiempo de la interrupción deba computarse en la pena.

Prescripción de la multa

Art. 114. La prescripción operará en 2 (dos) años, cuando la pena única conminada, la única que fue aplicada o la que todavía no fue cumplida, sea la pena de multa.

Reducción de los plazos de prescripción

Art. 115. Los plazos de prescripción serán reducidos a la mitad cuando el delincuente sea, en el momento de cometer el delito, menor de 21 (veintiún) años o, en el momento de la sentencia, mayor de 70 (setenta) años.

Causas impeditivas de la prescripción

Art. 116. Antes de que la sentencia final sea firme, la prescripción no correrá:

- I. En tanto no haya sido resuelta, en otro proceso, la cuestión de la que depende el reconocimiento de la existencia del delito.
- II. Mientras el agente cumpla pena en el extranjero.

Parágrafo único. Después de que la sentencia condenatoria sea firme, la prescripción no correrá durante el tiempo en que el condenado estuviere preso por otro motivo.

Causas de interrupción de la prescripción

Art. 117. El curso de la prescripción se interrumpirá:

- I. Por recibimiento de la denuncia o la querella.
- II. Por el procesamiento.
- III. Por auto confirmatorio del procesamiento.
- IV. Por la sentencia condenatoria recurrible.
- V. Por el inicio o continuación del cumplimiento de la pena.
- VI. Por la reincidencia.

Parágrafo 1.º Exceptuados los casos de los incisos V y VI de este artículo, la interrupción de la prescripción produce efectos respecto a todos los autores del delito. En los delitos conexos que sean objeto del mismo proceso, se extenderá a los demás la interrupción relativa a cualquiera de ellos.

Parágrafo 2.º Interrumpida la prescripción, salvo la hipótesis del inciso V de este artículo, todo plazo comenzará a correr, nuevamente, desde el día de la interrupción.

Art. 118. Las penas más leves prescriben con las más graves.

Art. 119. En el caso de concurso de delitos, la extinción de la punibilidad incidirá sobre la pena de cada uno, aisladamente.

Perdón judicial

Art. 120. La sentencia que conceda el perdón judicial no será considerada a los efectos de la reincidencia.

Interpretación, principio de legalidad y jurisprudencia (*)

JUAREZ TAVARES

Profesor titular de Derecho Penal en la Universidad Gama Filho, de Río de Janeiro

1. INTRODUCCION

La tradición del Derecho Penal Brasileño está asentada en el derecho escrito, incluyendo tantó la vigencia de las antiguas Ordenanzas del Reino cuanto la promulgación del primer Código Penal del Imperio (1830). Dejando a un lado el problema práctico de la aplicación de

(*) Traducción de FRANCISCO MUÑOZ CONDE.

Texto de la ponencia mantenida en el VII Congresso Brasileiro de Ciências Penais, celebrado en Capão de Canoa (Rio Grande do Sul), del 17 al 21 de marzo 1987.

Respecto a la materia tratada en el texto, conviene exponer, brevemente, las orientaciones principales dominantes en la doctrina:

a) A favor de la diferenciación entre analogía e interpretación extensiva:

ANÍBAL BRUNO, *Direito Penal I*, p. 207; MAURACH, «Deutsches Strafrecht», en *AT*, 1971, página 1087; BAUMANN, «Strafrecht», en *AT*, 1975, p. 157, entre otros.

b) En contra de la diferenciación entre analogía e interpretación extensiva: JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, 1978, p. 106; STRATENWERTH, «Strafrecht», *AT*, 1976, p. 44; SAX, *Das strafrechtliche Analogieverbot*, 1953; BOBBIO, «L'analogia e il diritto penale», en *Rivista Penale*, 1938; MASSARI, *La norma penale*, 1913.

c) En contra de la extensión a la alteración jurisprudencial del principio de irretroactividad, en *malam partem*:

WESSELS, «Direito Penal» *PG*, p. 12; en cierto modo, JESCHECK, *ob. cit.*, p. 103, nota 34; SCHMIDHÄUSER, «Strafrecht», *AT*, 1970, p. 86; BOCKELMANN, «Strafrecht», *AT*, 1975, página 22.

d) A favor de que también la jurisprudencia se someta al principio de prohibición de retroactividad en perjuicio del reo:

SCHREIBER, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, I, 1977, p. 38; GRUNSKY, *Grenzen der Rückwirkung bei Veränderung der Rechtsprechung*, 1970, p. 19; con algunas limitaciones: HASSEMER, *Fundamentos del Derecho Penal*, trad. de Arroyo Zapatero y Muñoz Conde, 1984, pp. 324 y ss.; MUÑOZ CONDE, nota a la obra de Hassemer cit., página 326; BAUMANN, *ob. cit.*, p. 127. En el derecho brasileño, el que esto escribe defendió esta posición en la nota 5 a la traducción del libro de WESSELS, *aut. cit.* HELENO FRAGOSO se pronunció en contra de la prohibición de retroactividad («Observações sobre o Princípio de reserva legal», en *RDP*, p. 84); MESTIERI a favor («A Norma no Direito Penal», en *Norma Jurídica*, 1980, pp. 149 y ss.); ROSA MARÍA CARDOSO CUNHA pone en duda la eficacia de garantía de la ley penal y del principio de legalidad, rechazando las diferencias entre interpretación y analogía (*O Caráter Retórico do Princípio de Legalidade*, 1979).

este derecho escrito en las Colonias, hecho poco probable dada la casi inexistencia de ejemplares de las Ordenanzas y la amplia libertad en la represión concedida por las cartas regias a los titulares de las Capitanías, la expresión formal del sistema punitivo siempre fue y continúa siendo la Ley.

Obsérvese que, antes que en otros países, las constituciones brasileñas (desde la Constitución Imperial de 1824) y nuestros códigos penales consagraron en su texto el principio de legalidad, como postulado de la imposición de pena. La discusión sobre la vinculación del Juez a la ley está, por tanto, presente en el derecho brasileño, lo que pone en evidencia el cuestionamiento del proceso de interpretación y la eficacia de la ley escrita y del propio principio de legalidad.

2. LA INTERPRETACION DE LA LEY

Los manuales de Derecho Penal, en su mayoría, contienen entre sus materias, aunque ello no constituya propiamente objeto de esta disciplina, consideraciones sobre las reglas y métodos de interpretación de la ley. Es comprensible esa preocupación de los penalistas por la interpretación de la ley, en la medida en que, en el Estado moderno, la intervención en la libertad individual se hace a través de esa ley y a través de ella se procesa la relación de clases dominantes-clases dominadas en el ámbito del poder estatal y se permite la hegemonía de los componentes del bloque en el poder, haciendo factible su legitimidad y posibilitando el llamado consenso popular en su mantenimiento.

Estos manuales, sin embargo, no cuestionan el contenido de la ley, ni suministran elementos para una tarea de ese orden. Solamente acostumbra a reproducir formalmente las reglas de interpretación tradicionales y de modo descriptivo. Así, se acostumbra a decir que la interpretación se clasifica, primeramente, en cuanto a las fuentes, después en cuanto a los resultados, y además se subordina a ciertos elementos que la convierten en exigible. Por las fuentes, la interpretación se clasifica en auténtica, doctrinal y judicial. Por los resultados, se habla de interpretación declarativa, restrictiva y extensiva. Los elementos de la interpretación se presentan como gramatical, lógico, sistemático, histórico, sociológico y teológico. Como remate, se distingue entre interpretación extensiva y analogía. Así se satisface la exposición.

Lamentablemente, esta exposición no sirve para nada, como no sea para mostrar una erudición insensible a la realidad. La interpretación de la ley no es una operación formal, limitada a los aspectos mencionados en los manuales. La interpretación puede ser considerada como la operación más importante de concretización del derecho; es el vínculo que une norma y realidad y que hace posible y actualizable la prohibición legal o la determinación de conducta. De ahí que puede decirse que la interpretación es, en el fondo, una recreación del propio derecho. En verdad, no hay ley sin interpretación, pues todo el pro-

ceso de recreación del derecho es, en el fondo, un proceso de concreción del binomio abstracción-concreción, inherente al sistema jurídico legalista. Significativa es, en este sentido, la posición de Bülow de que la ley, en sí misma, no es un derecho vigente, sino solamente un plan, un proyecto de ordenación futura y deseada, pues la voluntad que en ella se manifiesta solamente se completa con las decisiones judiciales (Karl Engisch, *Die Einheit der Rechtsordnung*, 1975, página 7).

En todo caso, en un derecho escrito, vemos que lo que está expresado en la ley no siempre representa la complejidad de la vida real. Entre la ley escrita y la realidad subsisten otros muchos factores, extraños a las reglas de interpretación formales contenidas en los manuales. Desde la moderna teoría del lenguaje se viene demostrando cuánto se distancian las operaciones de sintáctica, semántica y pragmática. Casi siempre, las reglas formales de la interpretación se limitan al ámbito de la primera; quedando fuera una gama de indagaciones. La sintáctica se ocupa apenas de las relaciones entre palabras, de formas lógicas y de la estructura del lenguaje, no llegando a invadir las áreas de la realidad, de la experiencia y de los usos y adecuaciones concretas de esas palabras y de ese lenguaje. Y cuando los juristas se adentran en la semántica y en la pragmática, tampoco abarcan la verdadera amplitud del objeto legal, porque éste no es abarcado por las reglas preestablecidas de modo formal; lo que se consigue es tan sólo un remedo de interpretación.

Contrariamente, sin embargo, a lo que enseñan esas reglas contenidas en los manuales, cuando de la interpretación real de los tipos penales en especie se trata, los penalistas, valiéndose entonces de valores de la realidad, alteran la propia actitud, insertando en las disposiciones legales constelaciones jamás anunciadas en ellas. Con las reglas formales jamás se conseguiría obtener la comprensión de objetos como «cosa mueble», «documento», «adulterio», «mujer honesta», o llegar a la conclusión de que la sustracción consiste en el rompimiento del poder de disposición fáctica que alguien ejerce sobre una cosa y la sumisión de esa cosa al propio poder de disposición (hurto). La operación que se realiza para llegar a esos conceptos supera infinitamente las formas de interpretación anunciadas. En algunos casos, puede verse la utilización tímida de los llamados elementos de interpretación, como ocurre, por ejemplo, en la comprensión de elementos normativos del tipo, tales como «cosa ajena», «documentos» o «mujer honesta». Con todo, los elementos de interpretación, tal como son tratados en los manuales, no abarcan la complejidad de circunstancias que envuelven las características normativas del tipo. Tanto en la cuestión del concepto de «sustracción», visto superficialmente, como en la cuestión del momento ejecutivo del aborto, por ejemplo, con la discusión previa de si el embarazo se inicia en la concepción o en la anidación, de nada valen las reglas propuestas. Lo mismo ocurre con la comprensión de cuál es el sujeto pasivo del delito de aborto (clasificado como delito contra la vida), o con el reconocimiento del principio de insignificancia, como límite de incidencia de la norma prohibi-

tiva, o con la extensión de los deberes de impedir el resultado de los delitos omisivos, o con la limitación del deber de cuidado en los delitos culposos. Quien se aventurase a intentar cualquier elaboración de ese orden, por medio de los tímidos elementos de interpretación, tendría que desistir de esa tarea por falta de instrumental adecuado.

La interpretación no puede, en ningún caso, realizarse divorciada del objetivo fundamental del Derecho Penal, que es la protección de bienes jurídicos, cuya identificación y perfecta conceptualización indica el sentido de la norma prohibitiva o imperativa. Por eso, la interpretación depende de la determinación de la función del Derecho Penal, de la fijación de un objeto jurídico. Un Derecho Penal basado en la protección de la seguridad nacional, como desafortunadamente ocurre todavía en cierta forma entre nosotros, conducirá a una interpretación autoritaria, abstracta, ambigua y lesiva de la libertad individual. Digo siempre «libertad individual», porque ésta debe ser el marco limitativo del poder intervencionista del Estado y el fundamento de la indagación jurídica. Sin la preservación de esa libertad, pierde el Derecho Penal el significado de garantía que se le debe imprimir y se estará ante el arbitrio, el cual no precisa de investigación científica para mantenerse y justificarse. Pero la vinculación entre interpretación y bien jurídico es la condición esencial para que la letra de la ley se convierta en expresión de la realidad, para que se opere la transparencia de la realidad punitiva, de modo que permita al ciudadano común la comprensión de los límites de su esfera de libertad. Separar interpretación, como comprensión de la ley escrita, de un lado, y protección de bienes jurídicos, de otro, implica la destrucción de la investigación científica, impidiendo que se conteste la propia estructura y los propios objetivos del derecho vigente, que se reformen las leyes, que se altere el complejo punitivo, que se delimiten con firmeza las zonas de lo lícito y lo ilícito. Los regímenes autoritarios, como el que tuvo el Brasil, siempre enmascaran esa protección del bien jurídico, bien dando indicaciones imprecisas sobre su contenido, bien fomentando un positivismo jurídico formalista como instrumento para el mantenimiento de la ley injusta.

Además, la interpretación debe ser algo más de lo que implica la semiótica. Aunque la teoría del lenguaje procura vincular escrito y realidad, contribuyendo con sus propias leyes y enunciados de principios al esclarecimiento de lo escrito, no es, sin embargo, todavía suficiente para descifrar todo el contenido de la ley.

Ya de entrada, todo el mundo sabe lo mucho que se distancian palabra escrita y palabra hablada. El lenguaje propuesto por las academias, encerrado en diccionarios y gramáticas, si bien envuelve un plano lógico y se destina a clasificar la expresión del pensamiento, bajo un plano estructural coherente, es por sí sólo impracticable y deficiente para expresar y comprender todo lo que se quiera decir y expresar. Desde la propia variación fonética, hasta el empleo de giros, gestos, expresiones y transfiguraciones escénicas, la comunicación cotidiana es viva, en tanto que la palabra escrita es un ente que sólo camina por animación.

Del mismo modo, el lenguaje legal no representa la comprensión de la realidad normativa. Ante la considerable separación que existe entre lenguaje legal y lenguaje popular, puede ponerse en duda si lo que está escrito en la ley puede ser comprendido por el ciudadano. Conceptos como dolo y culpa, que son elementales para el jurista, se confunden en el lenguaje popular; por no decir nada de palabras como concusión, peculado, evasión de divisas, etc. A este distanciamiento se une el hecho de que por más amplia, clara y precisa que sea la norma jurídica, siempre contiene conceptos vagos, imprecisos, subjetivos (los llamados conceptos vinculados a las disposiciones anímicas), necesitados de valoración y condicionados.

Conviene también recordar que la ley desempeña un papel importante en la represión. Al mismo tiempo que legitima la acción física del Estado, permitiendo el empleo de violencia contra el infractor (privación de libertad, restricción de derechos, expropiación de patrimonio y, en algunos países, incluso la muerte), materializa la ideología dominante y sirve de instrumento eficaz en la creación del consenso en la clase dominada, que interioriza y normaliza la represión. Igualmente, la ley, al mismo tiempo que elude, engaña o encubre el verdadero sentido de su relación de clase, mediante prohibiciones o mandatos, incluye en su estructura derechos reales de las clases dominadas, resultantes de los compromisos materiales impuestos por éstas al bloque en el poder y justificadores del consenso de su legitimidad. Esta estructura contradictoria, pero significativa, de la realidad social que encierra, por medio de su discurso es apta para ocultar la contradicción en el contexto político y económico que la rodea, comporta la vacuidad y las lagunas, la imprecisión y la necesidad de valoración, hechos éstos que significan, más que descuido u omisión, brechas pensadas para permitir las «violaciones de legalidad».

La tarea de la interpretación, ante ese cuadro de legalidad, que es menos lineal de lo que se imagina y que funciona comportando la ilegalidad, es profundamente importante como instrumento que sirve para demostrar con claridad esas contradicciones y defectos que la ley encierra, haciéndola comprensible al ciudadano, identificando sus objetos vagos e imprecisos, eliminando sus restos autoritarios, corrigiendo el alcance e imponiéndole los necesarios límites, como exigencia del compromiso de que la intervención estatal sólo se haga en los casos allí previstos y que la protección del bien jurídico no se convierta en vehículo de opresión y destrucción de la libertad individual.

Esta operación interpretativa, como procedimiento de garantía, no es una actividad puramente mecánica. Está profundamente imbricada en el complejo de fuerzas sociales activas que forman y componen la realidad vital. Como tal, es evidente que son inescindibles interpretación y realidad, no pudiendo separarse nunca jurista y condición de clase, Juez e ideología. La lucha toda por un Derecho Penal auténticamente liberal no parte de las reglas formales propuestas en los manuales, sino de su superación por medio de una operación crítica y objetiva, fijando con claridad el objeto de protección penal y limitando el arbitrio judicial, sin engañar al destinatario de la norma, diciéndole

que todo se puede resumir con la clasificación de los elementos discursivos.

3. INTERPRETACION Y ANALOGIA

Cuando se habla de limitar el arbitrio, conviene hacer una referencia a la analogía, anatema de todos los juristas.

Hay, ciertamente, una cierta aversión a la analogía, y muchas páginas se han escrito para demostrar la diferencia entre analogía e interpretación extensiva, entre analogía e interpretación analógica, afirmando sólo la admisibilidad de las aludidas formas de interpretación y la prohibición de analogía.

Veamos algunos ejemplos.

El delito del artículo 172 del Código Penal (expedir o aceptar un duplicado simulado) tiene como objeto material el duplicado que no corresponde a una venta efectiva de bienes o a una real prestación de servicios. Aunque el objeto de la acción se refiere tan sólo al duplicado, la doctrina y la jurisprudencia han entendido que en esta expresión también se incluye el triplicado, es decir, el título de extravío o pérdida del duplicado, interpretándose este concepto, así se dice, extensivamente.

El hurto cualificado mediante el uso de llave falsa (art. 155, 4, III) viene comportando, aunque con contestaciones, una interpretación extensiva, para incluir también como llave falsa la verdadera obtenida indebidamente.

En el delito de robo cualificado por el empleo de arma (artículo 157, 2, I), se considera que la cualificación también es aplicable cuando el arma es de juguete. Los juristas que apoyan esta tesis, mantenida también por los Tribunales, dicen que se trata de una interpretación extensiva, equiparando la apariencia de arma al arma real, efectiva.

El homicidio cualificado por el medio, previsto en el artículo 121, 2, III, se da cuando el medio empleado es veneno, fuego, explosivo, asfixia, tortura o cualquier otro que se clasifique como insidioso o cruel. *Los autores consideran que la referencia a otro medio insidioso o cruel constituye una indicación para que, con base a los ejemplos ya previamente fijados, y el intérprete pueda ampliarlo analógicamente a otros semejantes.* Este procedimiento se denomina interpretación extensiva analógica.

La dificultad de establecer, desde el principio, una diferencia entre analogía e interpretación es prácticamente insalvable. En el fondo, todo proceso de interpretación es un procedimiento analógico. Negar este hecho no ayuda en nada a limitar el poder estatal. Por el contrario, si se deja la protección unida únicamente al plano conceptual abstracto, se convierte en letra muerta el principio de legalidad.

Pero ¿qué es, finalmente, la analogía? Sin necesidad de incursiones mayores, basta sólo con citar a un autor representativo de la doc-

trina brasileña, Carlos Maximiliano, quien, con apoyo en la doctrina extranjera y sobre todo en la lógica de Stuart Mill, conceptúa la analogía como «pasar por inferencia de un asunto a otro de especie diversa», bajo la «presunción de que dos cosas que tienen entre sí un cierto número de puntos de semejanza pueden consecuentemente asemejarse a otras más» (*Hermeneutica e Aplicação do Direito*, 1961, p.257).

En relación al derecho, propone la vigencia de los siguientes presupuestos:

- a) Una hipótesis no prevista.
- b) La relación contenida en el texto, aunque diversa a la examinada, debe tener con ella un elemento de identidad.
- c) Ese elemento debe ser esencial, esto es, el hecho jurídico que dé origen al dispositivo.

De aquí se deduce que la analogía en el ámbito jurídico es más compleja que en la Matemática. En ésta los elementos de la relación son siempre cuantitativos, de modo que, formulados tres presupuestos de la proposición, el cuarto elemento es inferido ya automáticamente. Si, por ejemplo, *X* es antecedente de *Y* e *Y* antecedente de *Z* está claro que *X* es también antecedente de *Z*. Ahora bien, este razonamiento sólo vale para las denominadas relaciones transitivas, cuyo principio, muy bien expuesto por Bertrand Russel (*Introdução a Filosofia de Matematica*, capit. VI), viene así anunciado: la afirmación de que *X* se encuentra en relación transitiva con *Y* y de que *Y* se encuentra en relación transitiva con *Z*, implica la afirmación de que *X* se encuentra en relación transitiva con *Z*. Esta forma de analogía es perfectamente identificable y no presenta problemas para, una vez identificada, prohibirse o permitirse su extensión.

Pero la forma de analogía empleada en el Derecho corresponde a lo que Aristóteles llamaba ya «procedimiento de semejanza», donde resalta como aspecto fundamental la probabilidad. Aquí no tenemos ya tres elementos cuantitativos, relacionados entre sí de forma que se infiera obligatoriamente un cuarto elemento. El razonamiento es otro: dados tres elementos de una proposición, el cuarto elemento no viene dado con ellos. Esta relación constituye entonces apenas una regla para encontrar un cuarto elemento, una experiencia o un signo para descubrirlo (Kant, *Crítica de Ração pura*, III, 3). El descubrimiento de un elemento implica, pues, establecer que probablemente, verificadas las condiciones dadas, un elemento rige como aquellos que ya son conocidos y fueron antecedentemente delimitados.

La inserción de la categoría calidad en la determinación de la analogía confunde al intérprete que piensa estar desdoblado la norma jurídica, como un desenvolvimiento natural e implícito, cuando está creando algo en ella inexistente. Se está ante el mismo razonamiento, criticado por Stuart Mill: si la Tierra es un planeta y un planeta habitado, la existencia de otros planetas semejantes conduce a la conclusión de que también están habitados. Este razonamiento es sorprendente, porque, si, por un lado, estimula la fantasía y la creación, por otro lado, camina en la más absoluta incertidumbre e imprecisión.

Ciertamente, lo que más fluctúa en este análisis es la identificación del signo, del elemento esencial, del hecho jurídico que dio origen al dispositivo, utilizando la terminología (no muy precisa) de Carlos Maximiliano. Pero, ¿qué debe ser tomado como esencial en la norma jurídico-penal?

Partamos de uno de los ejemplos anteriormente citados.

En el caso de la cualificación del robo, existe una norma que prevé la agravación de la pena cuando se emplea un arma; el arma de juguete no es un arma; pero guarda con ella algunos puntos comunes: la denominación, la apariencia y, según algunos, la capacidad de intimidar. Esta capacidad de intimidar es un elemento valorativo, resultante de la experiencia, y se inserta en un juicio de probabilidad; no es un elemento de fácil identificación.

El Tribunal Supremo, en las decisiones en que trata esta materia (RTJ 113/401; RTJ 103/443; RTJ 92/1368; RTJ 609/448), tanto para negar como para afirmar la existencia de la cualificación, parte de que el arma de juguete tiene tanta capacidad de intimidación como el arma real, de ahí que la agravación de la pena puede aplicarse como si el arma fuera de verdad. Aunque el Tribunal Supremo entiende que, decidiendo así, apenas está interpretando extensivamente la norma, en realidad está haciendo analogía.

Aparte de esta cuestión, el punto nodal de las decisiones analógicas del Tribunal Supremo reside en la fijación de la esencia de la protección penal, esto es, en cuanto al delito de robo, este Tribunal parte del principio de que la esencia del delito está en la intimidación, haciendo extender este carácter incluso a sus formas cualificadas.

No se puede discutir aquí, con amplitud, la objetividad jurídica del delito de robo. Sin embargo, podemos afirmar que siendo un delito contra el patrimonio, en primer plano, e igualmente un delito contra la integridad física, salud o libertad, el robo encierra un complejo panorama protector que no se resume ni en la sustracción, ni en la intimidación. Para determinar con precisión su objeto jurídico, el punto nodal no está en ninguna de esas constelaciones: en el delito complejo, las partes se desnaturalizan en favor del todo, configurando, entonces, una esencia diversa de aquéllas.

La cominación penal está, así, adecuada a ese complejo, expresando una reprobación y una prevención para el hecho total. En la cualificación permanece ese mismo sentido, significando que, en verdad, la mayor reprobación y prevención deben estar asociadas a un mayor daño y mayor peligro para el bien complejamente protegido. Basarse en que la esencia del robo está en la intimidación constituye una falacia, la intimidación no es el bien protegido, sino el medio para lesionarlo o ponerlo en peligro.

La esencia de una disposición penal sólo puede ser comprendida si se vincula al efectivo sentido de protección del bien jurídico y no a las formas, modos o medios de alcanzarlo.

Podemos resumir, ahora, que todas las veces en que, en un razonamiento, se emplea un elemento común para inferir conclusiones, se está procediendo analógicamente. El punto común en la analogía es

el *tertium comparationis*. Igualmente, en ese proceso analógico, queda fuera, en virtud del carácter de ese procedimiento, la verdadera identificación del bien jurídico protegido, pues en vez de ocuparse del sentido de la protección penal, como norma general, el razonamiento analógico estimula a que ese sentido traspase el propio elemento de la analogía.

Situada la cuestión en términos de protección de la libertad individual, es insuficiente procurarse la solución en reglas formales de diferenciación entre interpretación y analogía. La libertad individual precisa ser protegida de manera eficiente y práctica. Esto es exigencia de una orientación de garantía. Y esto sólo puede ser obtenido a través de la limitación ejercitada dentro del propio procedimiento analógico y de su subordinación al sentido de protección dado por la norma. De este modo, no todo procedimiento que emplee el *tertium comparationis* es admisible en Derecho Penal. En primer lugar, es inadmisibles cuando los dos primeros términos de la proposición no se corresponden con lo que está previsto. En segundo lugar, es inadmisibles cuando el tercer elemento, justamente el elemento relativo a la norma jurídica, no se vincula al bien jurídico protegido, o mejor, al sentido de protección penal. Cuando tales hechos se verifiquen, se estará ante analogía prohibida y no ante un mero proceso interpretativo, que también por esencia es analógico.

Volvamos, para terminar, al caso del robo y de la entrega de un duplicado simulado.

El arma de juguete está excluida de la norma porque: a) no es arma, es un juguete; b) la ley prevé el aumento de pena sólo para el arma, luego la incidencia de otros elementos semejantes, como la apariencia de arma, la capacidad de intimidar, están desde luego fuera de la previsión legal; c) el carácter de intimidación no expresa efectivamente el sentido de protección penal, porque está distante del bien jurídico ofendido.

En el duplicado simulado puede incluirse, sin embargo, también el triplicado, porque éste en el fondo no es más que un duplicado que se expide en virtud de pérdida o extravío de otro. En nuestro caso, el triplicado es un duplicado (primer elemento), hay previsión legal para el duplicado (segundo elemento) y ambos lesionan el bien jurídico protegido, porque están insertos en el sentido de la protección.

Semejante al razonamiento empleado en el robo cualificado con arma de juguete, es el que resultaría, por ejemplo, en el delito de tráfico de mujeres (artículo 231), para incluir, como objeto de la acción, que en el tipo es expresamente la mujer, también al travesti. El travesti no es mujer; la ley sólo menciona a la mujer como objeto del delito, por eso, aunque el tráfico de travestis sea reprobable y tan ilícito como el de mujeres, no es típico.

4. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

En un derecho escrito, como el nuestro, estas cuestiones referentes a la analogía afectan muy directamente a la formulación, extensión e implicaciones del principio de legalidad.

Desde sus inicios, pasando por el Bill of Rights de 1774, la Declaración de Derechos de Virginia y la Constitución de Maryland (ambas de 1776), hasta su formulación jurídica por Feuerbach (*Lehrbuch*, 1.^a ed., 1801, parágrafo 23) y posteriores desarrollos, el principio de legalidad se ha considerado como fundamento o límite del poder estatal para intervenir en la esfera de la libertad individual, como postulado de seguridad y legitimidad del derecho burgués.

En la elaboración de este principio y en sus posteriores variaciones, se pueden detectar tres fases o etapas: el iluminismo, el liberalismo burgués y el imperialismo.

Estructurado en el derecho natural, producto del movimiento revolucionario burgués, en oposición directa a los fundamentos teológicos y religiosos idealistas del régimen feudal, el iluminismo en derecho actuó en dos sentidos: primero, para la crítica de todo el sistema jurídico feudal; segundo, para la preservación de los principios básicos de la burguesía, inherentes a cada hombre, tales como la libertad, la igualdad, la seguridad y la propiedad. Las reglas jurídicas derivadas de este movimiento revolucionario se dirigían a cumplir estas dos tareas. Significativa de esa fase, entre otras, es la obra de Beccaria, amparada en un legalismo intransigente, asociado a una crítica constructiva y revolucionaria de un orden nuevo.

Lo que nos interesa es, sin embargo, cómo ese movimiento trataba la cuestión de la libertad. Antes de todo, libertad significa, aquí, que el propósito fundamental de la legislación y de la jurisprudencia consiste en proteger la libertad de pensamiento, la libertad económica y la libertad privada de los ciudadanos. Además, libertad significa que ninguna pena puede ser impuesta sin la presencia de una acción socialmente dañosa. Y, finalmente, ningún delito, ninguna pena sin ley.

La libertad supone, a su vez, la igualdad de los ciudadanos, lo que trae como consecuencia que la jurisdicción y las sanciones penales deban ser iguales para todos. Igualdad significa, entonces, en sentido jurídico, igualdad ante la ley y la justicia.

Con esa postura, derivada de una exigencia de clase ascendente para modificar el cuadro legal feudal y garantizar sus propósitos, no se establece, aparentemente, la diferenciación de los ciudadanos en clases, ya que la protección puede servir a todos indistintamente. Se crea, entonces, el postulado de la imparcialidad y la neutralidad de la ley y la justicia.

Por su parte, el liberalismo burgués, que tiene como marco legislativo histórico el Código Penal Francés de 1810, en donde igualmente figura el mandamiento fundamental del principio de legalidad, no se encamina hacia una modificación del orden vigente, sino a la exclusiva legalización del orden que se establece. Ya no interesan más algunos puntos relativos al daño social, a la igualdad e imparcialidad, que

sólo subsisten en apariencia. Lo importante es tan sólo discutir formalmente sobre los límites del poder estatal. Una vez en el poder, los intereses de la burguesía se canalizan para ajustar una actuación estatal a los modelos de prohibición previamente dispuestos, para no perjudicar el desenvolvimiento del orden económico y, al mismo tiempo, no permitir la lesión del derecho individual, como consecuencia de la libertad de producción. Lo que importa, pues, no es la crítica de la ley, sino la seguridad, seguridad contra el Estado y contra el delincuente.

En el imperialismo, el legalismo liberal, que tanta influencia tuvo en los legisladores imperiales de Brasil, cede terreno a un estado en el cual la seguridad personal no deriva de la ley, sino de cómo esa ley es aplicada por los Tribunales. La garantía jurídica, imaginada por Feuerbach, asentada en el principio de legalidad, no tiene por sí misma fuerza para imponerse. Todo el sentido de la ley, su fuerza vinculante, su expresión, sus principios están subordinados a lo político y a lo económico. Por otro lado, si el patrón no es ahora más el comerciante individual, fruto de la libre concurrencia y de la economía de mercado, sino el gran conglomerado, donde se diluye su identificación, donde la regla es la despersonalización, igualmente la protección de bienes jurídicos ya no se funda en valores sociales concretos. La relación de dominación, la hegemonía de la fracción dominante del bloque en el poder es lo que va a delimitar el contenido ideológico de esa protección, mediante la creación de valores abstractos, distantes de las ansias y propósitos populares y cuya comprensión es, como mínimo, dudosa. Es la fase de la «razón de Estado», de la «seguridad nacional», de la «evasión de divisas» y de otros lemas semejantes. Así se consignaba en el artículo 2 de la Ley de Seguridad Nacional de 1978, en la época de la dictadura militar, que la protección penal se ejercía para el «estado de garantía proporcionada a la nación, para la consecución de sus objetivos nacionales, dentro del orden jurídico vigente», y esta protección era interpretada por los Tribunales militares, que, según la misma ley, eran los únicos competentes para descubrir su real contenido.

Estas fases de la evolución acabada de citar son importantes para situar la dependencia entre garantía y jurisprudencia.

5. LA ALTERACION DE LA JURISPRUDENCIA

A la vista de cómo hoy se presenta la correlación ley-decisión judicial, comienza a ponerse en duda la efectividad real del principio de legalidad, como postulado de garantía.

Veamos cómo esto funciona.

Uno de los corolarios del principio de legalidad es la exclusión del derecho consuetudinario en la incriminación de conductas, en la imposición y agravación de las penas. Pero aunque esta consecuencia es evidente y sea aceptada por todos como inderogable, no siempre tal afirmación corresponde a la práctica judicial.

Es claro que se puede hacer incidir el derecho consuetudinario todas las veces que sea necesario o posible para beneficiar al reo, ya sea porque la costumbre reclama otro tratamiento más liberal para el caso, o porque la evolución del derecho conduce a transformar la situación fáctica para ajustarla a un nuevo orden. En cuanto a esto, todos están de acuerdo, siendo indiferente, para el caso brasileño, la norma del artículo 2.º de la ley de introducción al Código Civil, que afirma la exclusividad de la ley para revocar otra ley.

La exclusión de la costumbre como fuente de norma penal incriminadora fue, ante todo, un acto político adoptado por la revolución burguesa para oponerse al derecho feudal. Conviene recordar, entre tanto, que esta postura sólo se tornó posible debido a, por lo menos, dos circunstancias: a la creación del Estado, impersonal y representativo de la voluntad general, y a la incertidumbre en cuanto a la identificación de una norma consuetudinaria; y es justamente esta incertidumbre lo que conduce a considerar también o tan sólo como derecho consuetudinario al denominado «derecho judicial». La limitación de ese derecho consuetudinario no implica, sin embargo, mayor garantía al ciudadano. En el derecho inglés, vinculado al sistema consuetudinario jurisprudencial, como ya demostró Radbruch, no hay impedimento al uso de la analogía (*Dergeist des englischen Rechts*, 1941, Parágrafo 1).

A pesar de existir una ley escrita, en el caso antes citado del robo cualificado por el empleo de arma en el Código Penal Brasileño, ya se vio que los tribunales todavía aplican la analogía contra el reo. La lucha por la garantía del ciudadano, en favor de un derecho escrito y cierto, bien como por la justicia, no se queda, por tanto, en simples enunciados del principio de legalidad.

A fin de explicar un poco más detenidamente el papel de la jurisprudencia, principalmente en Brasil, hagamos un breve análisis de lo que pasa en el Tribunal Supremo Federal.

Con la adopción de un sistema de breves fórmulas (*súmulas*) o definiciones jurídicas por los tribunales y especialmente por el Tribunal Supremo, pionero en esta actividad, la jurisprudencia ganó, entre nosotros, prácticamente fuerza de ley, funcionando estas fórmulas, que condensan decisiones reiteradas y pacíficas acerca de determinado hecho o de cierta interpretación de la ley, como un precedente vinculante para todas las demás decisiones. Entre estas fórmulas y los usos y costumbres prácticas de los ciudadanos que, por principio, deberían ser la fuente por excelencia del derecho consuetudinario, media una gran distancia. Las *súmulas* expresan la opinión jurídica estratificada en el Tribunal, la cual sólo será modificada o por ley o por decisión del propio Tribunal en juicio destinado a unificar la jurisprudencia. En estas *súmulas* se incluyen, a veces, la interpretación sugerida por la doctrina, pero, en su mayor parte, son fruto de discusión en los propios tribunales en los casos sometidos a su enjuiciamiento, casos que servirán en el futuro de paradigmas para otros semejantes. El procedimiento de las *súmulas* es, por consiguiente, un auténtico procedimiento analógico. Esto no quiere decir, es claro, que la *súmula* perju-

dique siempre al reo. Al contrario, muchas veces, en la hipótesis del delito de emisión de cheques sin fondos, por ejemplo, la adopción de la sùmula se convierte en restricci3n de la norma legal y en garantía del ciudadano (véase infra). Su aplicaci3n a casos concretos similares en cuanto a la emisi3n de cheques, sin el análisis de las circunstancias y de las particularidades que presentan, constituye un método objetivo e imparcial de concretizar el derecho. Pero no siempre es así, como no podía ser de otro modo. La sùmula también sirve para agravar la situaci3n del reo.

Independientemente de las sùmulas, la jurisprudencia en general es más que una simple indicaci3n de la tendencia de cierto enjuiciamiento; es casi indispensable en la aplicaci3n del derecho; una vez recogida en sùmulas, se convierte en verdadero sucedáneo de ley, con serias y profundas repercusiones sociales.

Además, la sùmula posee poder vinculante. Su violaci3n, cuando se trata de una sùmula del Tribunal Supremo, es equiparada a la ofensa constitucional o a una cuesti3n de relevancia federal, al efecto de autorizar la admisibilidad del recurso extraordinario contra decisiones de los Tribunales inferiores (Reg. interno del STF, art. 325).

Frente al principio de legalidad, ese aumento de poder de la jurisprudencia, con precedentes intocables, induce a dudar de si efectivamente tiene la misma garantía individual que la ley. El hecho no es nuevo. La propia circunstancia de que con la promulgaci3n de la ley la opini3n jurídica contenida en las decisiones judiciales todavía no estaba en vigor implica, desde luego, un fundamento y una conexi3n en el principio de garantía.

Beccaria parece haber intuido esa controversia, cuando exigía del Juez obediencia fiel y ciega a la letra de la ley, estándole vedado interpretarla. La letra de la ley vendría a funcionar como instrumento de garantía. Y vedar su interpretaci3n, una salida, la más directa y transparente.

Pero hoy, vedar la interpretaci3n de la ley es algo absolutamente impensable y prácticamente imposible. Sin interpretaci3n, el derecho no tiene vigencia ni eficacia. Bien o mal, la interpretaci3n tiene, muchas veces, la condici3n de evolucionar el propio derecho y esto puede ser cumplido por los tribunales. La cuesti3n está en imponer un límite a la interpretaci3n, en situarla dentro de la perspectiva de garantía individual y de contenci3n del poder punitivo.

Volvamos para eso un poco al Iluminismo. Se entendi3, entonces, que estaba inserta en el concepto de libertad la exigencia de que ninguna pena pudiese ser impuesta sin la presencia de una acci3n socialmente dañosa. En apoyo a esta tesis, si bien que ya en fase posterior, es conocida la posici3n de Feuerbach en la crítica al Proyecto de Kleinschrod para el Código Penal de Baviera. Kleinschrod propugnaba que el delito de alta traici3n pudiese ser simplemente definido como la práctica de acciones con la finalidad de subvertir el orden constitucional. Feuerbach exigía que esas acciones representasen una concreta hostilidad al Estado (*Kritik des Entwurfs eines peinlichen Gesetzbuchs für die Kurpfalzbayrischen Staaten*, 1804, 2.ª parte).

El primer límite a la interpretación judicial, como soporte de garantía, debe fijarse, pues, en el bien jurídico. La identificación precisa del bien jurídico protegido es una exigencia de todos. Pero la protección del bien jurídico no debe servir para extrapolar el contenido de la norma y su expresión más clara. La protección del bien jurídico sólo gana validez si fue hecha en los términos que dispone la ley. En la contraposición «sentido de la norma» y «expresión legal», el Juez sólo puede valerse del sentido de la norma para beneficiar al reo; el perjuicio sólo puede ser admitido cuando la expresión legal corresponde al contexto en el cual el bien jurídico es afectado. Si esto es bueno o no para los fines politicocriminales, no importa. El principio de legalidad sólo servirá de precepto de garantía individual si, tomado en el sentido más estricto, se asume el riesgo de que conduzca a la impunidad.

El segundo límite a la interpretación es extender a la jurisprudencia vinculadora los preceptos derivados del principio de legalidad, tales como la prohibición de la analogía inadmisibles y la prohibición de retroactividad en perjuicio del reo. El fundamento de ese límite es menos complicado de lo que se piensa.

Ha quedado patente que no siempre la ley es cierta, precisa y clara; que, a pesar de eso, los Tribunales apliquen la ley analógicamente es lo que torna difícil la interacción lenguaje-bien jurídico, a cuya realización está afectada la jurisprudencia, que con tal acervo se convierte en sucedáneo de ley. Se sabe, igualmente, que el fundamento de la irretroactividad de la ley penal más severa es el postulado de la protección de la confianza, que al ciudadano común le sea posible confiar en que su conducta pueda ser, por ello, previamente clasificada como prohibida o permitida, según una lectura de la ley, sin que ello cambie hasta que otra ley diga lo contrario.

Ocurre, sin embargo, que esa protección a la confianza parece poco probable que pueda ser alcanzada sólo a través de la ley. Tan sólo una pequeña parte de la población sabe lo que está legalmente prohibido o permitido. Los demás actúan por experiencia, por sugestión o consejo, o por intuición, desempeñando en ello un papel preponderante los medios de comunicación de masas. Nunca actúan porque hayan sido instruidos o leído el texto legal. Aparte de que el hombre del pueblo difícilmente puede leer o entender esa maraña de leyes y reglamentos. Piénsese, por ejemplo, que en Brasil constituye delito de contrabando la introducción de oro en barras, sin pagar el debido impuesto de importación en la parte alícuota del 20 % del valor. Sin embargo, es libre la introducción de oro en polvo. El ciudadano sólo podrá llegar a la conclusión de lo que está prohibido o permitido en esta materia a través de las noticias sobre la condena o absolución de un viajero detenido en la aduana, pero difícilmente de la lectura de las instrucciones normativas de la Hacienda, accesibles sólo a los especialistas. La protección de la confianza se subordina, prácticamente, al conocimiento o desconocimiento de la jurisprudencia. Incluso con el uso de un computador que diera en un segundo el texto legal pertinente, sería insuficiente, pues la lectura de ley está condicionada por la in-

interpretación judicial para tener eficacia. No es una casualidad que el uso de los computadores esté hoy asociado al área de los tribunales, como instrumento de colección de la jurisprudencia.

Uno de los colorarios del principio de legalidad, frecuentemente olvidado, pero que constituye un desdoblamiento natural de la vinculación a la ley, es la imparcialidad del Juez. Imparcialidad que no se circunscribe específicamente al área procesal, sino que se desenvuelve como consecuencia del propio principio de igualdad, hoy consagrado en las Constituciones. Esto quiere decir que la libertad sólo es asegurada cuando la decisión sea igualitaria. Igualitaria no significa necesariamente que sea igual para todos. Más que eso, la igualdad implica que, en el momento de la decisión, no se alteren las opiniones acerca del hecho que ya estaban en vigor en el momento en que fue cometido.

La imparcialidad del Juez y la protección a la confianza constituyen un binomio inseparable de limitación de la jurisprudencia al modelo deseado de garantía individual.

Si pudiésemos enunciar, así, la cuestión de la jurisprudencia, el principio se resumiría en que la jurisprudencia vinculante, siendo sucedáneo de ley y forma de creación del derecho, no puede tener efecto retroactivo en perjuicio del reo.

Es preciso, sin embargo, situar el problema con mayor precisión. En la aplicación de la ley, la jurisprudencia puede tomar los siguientes caminos: a) declarar el texto legal; b) restringir el texto legal; c) extender el texto legal; d) integrar el texto legal; e) crear nuevo texto legal. El primer momento que pertenece a la llamada interpretación declarativa, no presenta dificultades: la jurisprudencia no innova, la ley continúa siendo como es, y será en el futuro aplicada de la misma forma, si permanece la orientación judicial como fue en el pasado. Los demás momentos, en cambio, pueden conducir a caminos peligrosos, ora beneficiando, ora perjudicando al reo. Por eso demandan mayor atención.

Tanto en la tarea de restringir, como en la de extender el texto legal, la jurisprudencia está interpretando la ley, actuando como instrumento adecuado para aplicar la ley en el caso concreto. Sin esa interpretación la ley sería insensible y el bien jurídico no quedaría convenientemente protegido. Con todo, este hecho no es suficiente para simplemente permitir que tal orientación jurisprudencial pueda tener efecto retroactivo en contra del reo. Incluso en la interpretación pura y simple, la jurisprudencia sirve de medio exacto en la delimitación de lo lícito y de lo ilícito, instruyendo al ciudadano acerca de la prohibición o mandato y haciendo viable la protección de la confianza. Protección de la confianza que se extiende a la imparcialidad del Juez.

Cuando la jurisprudencia integra la norma o crea nuevo texto, la situación es más grave, porque entonces no se trata de un procedimiento meramente interpretativo, sino de un procedimiento de creación de la ley. En ese caso, la claridad y el significado de la actuación jurisprudencial son evidentes como sucedáneo de la ley, no pudiendo tener efectos retroactivos contra el reo, porque sólo el legislador puede prejuzgar.

Específicamente, en lo que afecta a la prohibición de retroactividad, no es importante fundamentalmente la diferencia entre interpretación y creación del derecho. Podemos afirmar que, como principio de garantía, la regla es siempre la prohibición de retroactividad, siendo más explícita en la creación del derecho que en su mera interpretación. Para determinar si hay o no sumisión a la regla general, lo decisivo no es la forma, sino el grado de intensidad vinculante de interpretación judicial, esto es, la medida en que esa interpretación se convierte en una norma para todos. La vinculación de la jurisprudencia como decisión de aceptación general, integradora de la protección a la confianza, se hace a través de su reiteración. Es esa reiteración la que la hace conocida, la que genera confianza, la que estabiliza la imparcialidad. Su variación, por tanto, influye en la vida común y representa una alteración de la propia realidad jurídica, con repercusiones en lo lícito y en lo ilícito, pudiendo dar lugar a la caracterización más evidente del error de prohibición. Más vinculante todavía es la jurisprudencia recogida en súmulas del Tribunal Supremo cuando tiene fuerza de norma constitucional. En tales hipótesis, se puede afirmar que la alteración jurisprudencial sólo se aplicará a hechos cometidos después de su edición, si es en perjuicio del reo.

Una vez prohibida la retroactividad en *malam partem*, está claro que, con la misma razón, aunque los fundamentos de garantía aquí no estén en consideración, pero sí aspectos de política criminal, se debe postular la retroactividad en *bonam partem*, hasta incluso como medio de actualizar el derecho y hacer igualativo el orden jurídico, según las nuevas orientaciones científicas. Para su justificación, entran en consideración aquí los mismo argumentos usados en la adopción del principio constitucional de retroactividad de la ley más beneficiosa, ya sea para casos pendientes de juicio, ya sea para casos definitivamente juzgados. Las limitaciones procesales a la revisión en materia de recursos no pueden prevalecer cuando se trata de hacer válido un precepto constitucional.

En el derecho brasileño hay muchos casos de decisiones vinculantes que se asientan hoy en la conciencia popular. Es, por ejemplo, hoy una jurisprudencia continuada del Tribunal Supremo el que el pago del cheque sin fondos, antes de presentar la denuncia, excluye el procedimiento criminal. Esta decisión parece destinada tan sólo al proceso, pero también atañe en el fondo al derecho material. Sin considerar los fundamentos invocados para su mantenimiento (una causa de extinción supralegal de la punibilidad, indicador de la ausencia de fraude o de dolo), lo cierto es que esa decisión integra una norma jurídica. Cualquier alteración en su enunciado sólo puede vincular para el futuro y no para el pasado, salvo que beneficie al reo. La fuerza vinculante de esa decisión es de tal intensidad, que el Tribunal Supremo Federal la mantiene como válida, incluso ante la nueva disposición del artículo 16 del Código Penal que, en el caso de la reparación del daño, antes de iniciado el proceso penal, sólo obliga a atenuar la pena (RT 598/427).

También en el caso de emisión del cheque, constituye una juris-

prudencia ya formulada (súmulas núms. 246 a 521) el que el delito de emisión de cheques sin fondos no se consuma con la emisión, sino con el impago del cheque por parte del banco, esto es, con el perjuicio efectivo de la víctima. Aunque no se puede ver en esas decisiones el carácter de interpretación de la norma, pareciendo más una interpretación restrictiva, su aceptación es unánime en los Tribunales, quedando definitivamente incluida en el ámbito de protección de la confianza. Cualquier alteración de esa jurisprudencia, salvo en la hipótesis de nueva disposición legal, se subordina sin más al principio de irretroactividad de las leyes perjudiciales (limitadoras de derechos), es decir, sólo puede alcanzar a los hechos futuros, cuando sea en *malam partem*; y debe aplicarse retroactivamente a los hechos pasados, cuando sea en beneficio del reo.

La prohibición de retroactividad de la alteración jurisprudencial vinculante, en perjuicio del reo, es consecuentemente una exigencia de garantía individual, del mismo modo que la retroactividad de esa misma jurisprudencia cuando beneficia es un efecto obligatorio de política criminal.

Las paradojas del movimiento descarcelatorio en Estados Unidos (*)

ELENA LARRAURI.

INTRODUCCION

El movimiento descarcelatorio se inicia en los Estados Unidos en las postrimerías de los años sesenta. Es necesario señalar que este movimiento no surge aisladamente, sino que forma parte de un conjunto de movimientos «des»: desinstitucionalización, desprofesionalización, deslegalización, descriminalización, etc. Si bien cada movimiento se centra en un aspecto primordialmente, todos parecen compartir los objetivos de reducir el grado de intervención del Estado, reducir la extrema clasificación de la desviación y la consecuente creación de un cuerpo de profesionales para cada tipo de desviación, y el retorno a respuestas integradoras en la sociedad versus respuestas segregativas (1).

Este trabajo se centra fundamentalmente en el análisis del movimiento descarcelatorio (2), el cual reivindica la sustitución de la cárcel como pena por otra serie de medidas alternativas que son descritas como «control en la comunidad» (3).

La primera dificultad con la que tropieza una explicación del movimiento descarcelatorio estriba precisamente en definir los términos «control en la comunidad». El término comunidad pareciera indicar la evocación de una población unida por lazos de vecindad, colabora-

(*) La realización de este artículo en la Universidad de Santa Bárbara (California), en el curso 1986-1987, fue posible gracias a una beca de la comisión Fulbright-La Caixa. Quiero agradecer al Profesor Stanley Cohen sus amables consejos, imprescindibles para la elaboración de este estudio.

El apoyo y paciencia del Profesor Darío Melossi, para discutir todos los problemas y novedades que la criminología presenta, fue decisivo.

(1) COHEN (1988), p. 31.

(2) El movimiento descriminalizador está descrito en Abel (1982), p. 267.

(3) Los nombres con los que se designan la amplia amalgama de medidas varía ligeramente, así a veces son denominadas «community control», «community treatment», «community facilities», «community care», etc.

ción, conocimiento, etc., semejante a lo que la vecindad pudo haber sido en sociedades preindustriales. Ello presenta la problemática de averiguar si alguna vez existió esa comunidad, si era tan idílica y si es posible recrearla en las sociedades industriales actuales (4).

Algo similar sucede con el concepto de control o tratamiento. Este ha sido utilizado generalmente para designar medidas alternativas a la cárcel como: «*pretrial diversión*» (tratamiento diversificado en centros o programas con anterioridad al proceso), *probation*, *parole*, participación en diversos programas rehabilitadores, sometimiento a algún tipo de vigilancia o supervisión, realización de trabajo gratuito en beneficio de la comunidad o en aras de restituir el perjuicio causado a la víctima, internamiento en casas semicerradas (*half-way houses*), caución, etc.

Alguna de estas alternativas era ya existente y aplicable con anterioridad al movimiento descarceratorio; respecto de ellas se ha producido sólo un incremento en su utilización. Por el contrario, otras son de reciente creación debido al impacto del movimiento descarceratorio.

Asimismo debe señalarse que la aplicación de una medida no excluye que adicionalmente se imponga una segunda, p. ej., *probation* y sometimiento a un programa rehabilitador.

Como se puede observar, una amplia amalgama de medidas que oscilan entre la idea de controlar al delincuente y de proporcionar un tratamiento para su problema, todo ello realizado por la «comunidad» y dentro de la comunidad. En definitiva podemos señalar que a pesar de la ambigüedad que rodea el concepto de «control en la comunidad» éste pretende expresar el paso de un sistema de control de la desviación por medio de respuestas segregativas —la cárcel/instituciones psiquiátricas— a un sistema de control de la desviación por medio de respuestas integradoras —la comunidad— (5).

Debemos, sin embargo, revisar cuáles fueron los motivos por los cuales se reivindicaba este control en la comunidad. Cuáles eran las características de estas medidas que hicieron posible que grandes sectores de la población lo vieran como una respuesta deseable, como una superación respecto de la situación que la cárcel representaba.

CRITICA DE LA CARCEL Y VENTAJAS DEL CONTROL EN LA COMUNIDAD

Son sobradamente conocidos los ataques a la institución carcelaria, como afirma Foucault «(...) el movimiento para reformar las prisiones, para controlar su funcionamiento, no es un fenómeno tardío. No parece siquiera haber nacido de una comprobación de fracaso debidamente establecido. La "reforma" de la prisión es casi contemporánea de la prisión misma. Es como su programa» (6).

(4) COHEN (1988), p. 116.

(5) COHEN (1988), p. 116.

(6) FOUCAULT (1984), p. 236.

En Estados Unidos dos fueron los planteamientos teóricos que proporcionaron mayor apoyo al movimiento descarceratorio: la crítica proporcionada por el «labelling approach» y la crítica a las instituciones totales de Goffman. La consigna surgida al amparo de la teoría del etiquetamiento: «el control conduce a la desviación», conjuntamente con los efectos de las instituciones totales en los individuos, condujeron a postular la necesidad de reducir la intervención e internamiento en las agencias formales de control. Ello sólo podía ser beneficioso, se eliminaban los efectos negativos derivados de la estancia en la cárcel, la estigmatización, el etiquetamiento, y en definitiva se impedía el asentamiento de la persona en su status de delincuente (7). Junto a las críticas proporcionadas por estos planteamientos teóricos, otro conjunto de razones coadyuvó a la creación de un sentimiento colectivo crítico respecto de la cárcel. En primer lugar, la constatación de la situación inhumana en que los presos se encontraban debido a la enorme congestión existente. El alto número de presos internados en la cárcel convertía en ilusorio cualquier intento de garantizar en el interior de las cárceles algo parecido a los derechos civiles, a los que el preso —aun en su condición de interno— tenía derecho. Asimismo, cualquier tipo de ayuda o tratamiento para el delincuente se veía abocado al fracaso debido al gran número de población reclusa existente y la consiguiente imposibilidad de llevar a cabo algo parecido a un tratamiento individualizado. La alternativa de control en la comunidad aparecía consecuentemente como más humanitaria (8).

Adicionalmente a la situación existente en el interior de las cárceles, la cárcel como tal se pone en duda para garantizar ese ideal integrador. En efecto, se produce lo que podríamos denominar una variación de las teorías socializadoras (9). Se siguen investigando cuáles son las causas que ocasionan la delincuencia, pero a diferencia de la situación anterior, éstas ya no se ubican únicamente en defectos del delincuente, sino que «En esta nueva perspectiva, crimen y delincuen-

(7) Estas teorías están detalladamente expuestas en LEMERT (1967) y GOFFMAN (1961). No obstante, LEMERT (1981) ha criticado recientemente esta simplificación: «La idea de que la etiqueta “delincuente” puede ser una causa del comportamiento criminal, es en el mejor de los casos tosca y naive; pero desgraciadamente esta es la forma en que la teoría del etiquetamiento se ha utilizado generalmente, fomentado por la utilización de modelos mecánicos causa efecto para investigar la problemática», p. 3. Añade: «La desviación secundaria nunca pretendió ser una teoría general acerca de las causas de la delincuencia; más bien es una explicación de cómo desviación casual, fortuita o adventicia es redefinida y estabilizada por medio de cambios de status y adaptación consciente a problemas secundarios generados por el control social», p. 38.

(8) SCULL (1984) advierte que los valores humanitarios no juegan el mismo rol a efectos de promover la desinstitutionalización de los hospitales psiquiátricos que en la cárcel. En tanto que en los primeros la opinión pública apoya la necesidad de humanizar el trato a los internos, ello no se produce del mismo modo respecto de los presos, ya que un gran sector de la población sostiene que tienen «justo lo que se merecen», p. 178. Si bien ello es cierto, el ideal humanizador sigue teniendo importancia para entender por qué se movilizó al sector *progresista* de la sociedad en apoyo de una alternativa que se presentaba bajo un signo más humanitario.

(9) Denominamos así las diversas teorías que explican la desviación como un fallo de los procesos socializadores.

cia son síntomas de fracaso y de desorganización *ambos* de la comunidad y del ofensor. El ha tenido demasiado poco contacto con fuerzas positivas que desarrollan una conducta de obediencia a la ley —entre ellas buenos colegios, empleo remunerado, casa adecuada, actividades en su tiempo libre. Por tanto un objetivo fundamental de la corrección debe ser asegurar al ofensor contactos, experiencias y oportunidades que le provean de medios y estímulos para alcanzar un estilo de vida legal en la comunidad. Por ello, *ambos*, el ofensor y la comunidad, se convierten en el foco de la actividad correctora. Con este interés, la reintegración del ofensor en la comunidad se destaca como el objetivo principal de la corrección» (10). En definitiva, la causa de la delincuencia no debe buscarse exclusivamente en alguna anomalía del ofensor, pero tampoco en defectos estructurales de la sociedad; la delincuencia, refleja más bien un fallo de la comunidad en el proceso socializador de la persona; es necesario por ello proceder a una resocialización y ésta debe llevarse a cabo en el mismo sitio donde debió haberse desarrollado una adecuada socialización: la comunidad.

En suma, la cárcel era inhumana y además era inefectiva. La cárcel no sirve para evitar la reincidencia porque no se puede proporcionar un tratamiento en las situaciones de congestión existente; aun cuando se pudiera éste sería inútil, ya que el delincuente debe habituarse a manejar las situaciones en libertad (11).

Pero si este era el razonamiento faltaba aún deducir un último aspecto (importante para entender el apoyo de sectores conservadores y del Gobierno a los planes de descarceración): la relación coste/efectividad de la cárcel era inmenso. El mantenimiento y la creación de nuevas cárceles, el coste que ello supone para las arcas estatales, debía reconsiderarse atendiendo a la escasa «productividad» del instrumento en el que se estaba invirtiendo. En resumen:

- Las críticas proporcionadas por diversas teorías criminológicas.
- La situación inhumana de la cárcel.
- La constatación de la delincuencia como un fenómeno producido por un fallo en los procesos socializadores.
- El gran coste que la cárcel comporta, aún mayor si se atiende a la relación coste/efectividad.

Esta amalgama de argumentos comportó un extraño consenso: progresistas y conservadores se aliaron para declarar el fin de la era carcelaria. Sin embargo, en tanto que a los primeros los guía el objetivo de que el control sea «mejor», a otros los guiará el objetivo de mejorar el control (12).

(10) National Advisory Commission, cit. por GREENBERG (1975), p. 4 (subrayado nuestro). No obstante afirmarse que la delincuencia es un problema ocasionado *ambos* por la comunidad y el delincuente, sigue siendo *el* (ofensor) quien debe cambiar. COHEN (1988), p. 126.

(11) Paralelamente se afianza la convicción de que la cárcel tampoco sirve a efectos de prevenir el delito, o que cuando menos ello es indemostrable.

(12) AUSTIN-KRISBERG (1981), p. 167.

De ahí que la alternativa «control en la comunidad» fuese saludada desde diversas perspectivas como la «panacea» del siglo XX (13).

EL NAUFRAGIO DEL CONTROL EN LA COMUNIDAD

Expuestas las razones que condujeron a un clamor unánime para ensayar las alternativas a la cárcel, debemos revisar cuál ha sido el impacto de estas medidas y cuál es la evaluación que sectores de la doctrina realizan de este proceso denominado descarceración (14).

Una valoración del proceso debiera proporcionar respuestas a las siguientes cuestiones:

a) El control en la comunidad se presenta como una sustitución a la pena privativa de libertad. Debe investigarse por consiguiente si esta sustitución se ha operado, esto es, si la cárcel ha dejado de ser la pena mayormente aplicada, o cuando menos si su utilización se ha visto drásticamente reducida.

b) El control en la comunidad ha sido clasificado de más humanitario, consecuentemente debemos revisar si se han alcanzado mayores cotas de humanitarismo que las imperantes en el sistema carcelario.

c) El control en la comunidad se ha revestido de la ideología de proporcionar un adecuado tratamiento resocializador para el delincuente; subsiguientemente debe analizarse si este objetivo ha sido conseguido y cuáles han sido los mecanismos utilizados para ello.

A. ¿Sustitución o complemento?

En mi opinión debieran distinguirse varios aspectos: a1) alternativas comunitarias; a2) destinatarios de los servicios comunitarios, y a3) comportamientos a los que ha sido aplicado.

a1) Alternativas comunitarias

Como ya señalamos al exponer brevemente cuáles han sido las medidas integradas bajo la denominación control en la comunidad, alguna de ellas era ya existente y aplicada previa al surgimiento del movimiento descarceratorio (p. ej., *probation*, *parole*). Observamos también que respecto de ellas, el impacto del movimiento descarceratorio había supuesto un incremento en su utilización.

Debemos añadir ahora un nuevo dato: determinadas medidas, ya sean antiguas —*parole*— o novedosas —*half way houses*—, no están pensadas para aplicarse en vez de la cárcel, sino que se ejecutan adicionalmente a la pena privativa de libertad. Así la *parole* presupone

(13) SCULL (1982), pássim.

(14) La literatura evaluando el control en la comunidad es inmensa; para una excelente síntesis y crítica de ella, véase por todos COHEN (1988), pássim.

la existencia y el cumplimiento (parcial) de la condena privativa de libertad. Pudiera señalarse que reduce el tiempo en que el preso está recluido en la cárcel; ello es cierto, lo que se niega es que sea una institución alternativa a la cárcel; por el contrario, presupone la existencia de la cárcel (15).

Algo semejante sucede con alguna de las nuevas instituciones —*half way houses*—. En muchas ocasiones el delincuente es internado en ellas después de su paso por la cárcel, como estadio previo a su puesta en libertad. En estos casos su carácter de pena adicional a la cárcel es innegable. Pareciera por consiguiente que alguna de las instituciones que se presentan como alternativas a la cárcel debieran más bien redefinirse como penas adicionales a la cárcel. En algunos supuestos, el paso por una *halfway house* sustituye efectivamente a la cárcel; sin embargo, «La sustitución de la cárcel o reformatorio por una casa semicerrada o por una organización familiar no es “desinstitucionalización” sino el reemplazo de una institución por otra» (16).

a2) Destinatarios

Las investigaciones desarrolladas en EE. UU. parecieran proveer datos suficientes para afirmar que las medidas de control en la comunidad son en general aplicadas mayoritariamente a un sector social determinado: población de clase media blanca (17). Ello es debido a que normalmente los jueces se muestran reacios a otorgar medidas que impliquen integración en la comunidad si la persona no está avalada por adecuados recursos económicos, familiares, etc.

Las personas pertenecientes a este sector social, se ven favorecidas por la imposición de alguna medida alternativa a la cárcel; pareciera que si bien sólo respecto de sectores sociales minoritarios, el movimiento descarceratorio habría aportado una efectiva sustitución de la pena privativa de libertad.

No obstante, esta conclusión se ve entorpecida por la siguiente constatación: en general, este sector social tampoco iba a la cárcel ya que era beneficiado por el uso de las alternativas clásicas como la *probation*. En consecuencia, para este sector que ya se veía normalmente excluido del sistema carcelario, el control en la comunidad ha venido a representar generalmente la obligatoriedad de participar en algún tipo de programa educativo-terapéutico-rehabilitador sito en la comunidad (por ejemplo obligatoriedad de participar en programas de desintoxicación alcohólica, o en programas en los que se proporciona tratamiento con metadona, etc.). En otras palabras, el control en la comunidad ha supuesto un endurecimiento de las condiciones en que se concedía la *probation* o *parole* (18).

(15) GREENBERG (1975), pp. 8-12, SCULL (1984), nota 88, p. 40.

(16) GREENBERG (1975), p. 8.

(17) Ello ha dado origen a que se criticaran los criterios clasistas y en ocasiones racistas que guían la aplicación de estas alternativas. GREENBERG (1975), pp. 11 y ss.

(18) AUSTIN-KRISBERG (1982), p. 380.

Una segunda observación que se debe tomar adicionalmente en consideración es el hecho de que debido a su carácter de medidas de tratamiento terapéutico-rehabilitadoras, éstas se han aplicado en determinados casos con carácter preventivo a población potencialmente peligrosa (19).

Pudiera en consecuencia concluirse que los beneficiarios de las medidas de control en la comunidad son los mismos destinatarios de medidas clásicas como *probation/parole*, produciéndose respecto de ellos un incremento en los requisitos a observar para la concesión de las mismas; por otro lado, las alternativas comunitarias se han aplicado a nuevos destinatarios con carácter preventivo, aumentándose por consiguiente la globalidad de sujetos sometidos a uno u otro tipo de intervención.

a3) *Comportamientos*

Observamos, al referirnos a los destinatarios de las alternativas de control en la comunidad, cómo su catalogación se servicios (versus castigo) llevaba a una aplicación preventiva de las mismas. Algo semejante sucede con el tipo de comportamientos que son tomados en consideración para la imposición de alguna medida comunitaria.

En la situación anterior a la proliferación de alternativas comunitarias, los policías y jueces tenían sólo dos posibilidades: arrestar y someter a proceso o dejar en libertad al ofensor. En el caso de ofensas menores, la alternativa elegida, ya por procedimientos formales o informales, era generalmente la de dejar al infractor en libertad. Sin embargo, esta situación cambia radicalmente con el surgimiento de una amplia gama de posibilidades que se le ofrece al juez o policía; donde éste antes sólo tenía dos alternativas, el control en la comunidad surge como una tercera alternativa, mayormente aplicable cuanto más benevolente aparezca (20).

Sin embargo, esta tercera posibilidad no (sólo) se configura como una alternativa a la cárcel, sino como una alternativa a la puesta en libertad.

Asimismo, la imposición de estas medidas se realiza sin la observancia de las garantías legales propias de un proceso. La idea de que al ofensor se le ofrece un servicio, que éste es prestado por instituciones humanitarias, etc., son elementos que coadyuvan a una minoración de las garantías previstas en un proceso legal. No sólo ello, sino que en numerosas ocasiones es precisamente la falta de posibilidades de obtener una declaración de culpabilidad en un proceso penal lo que provoca la aplicación de medidas de control comunitario (21). Nuevamente más que alternativa a la cárcel, adoptan el carácter de alternativas a la puesta en libertad.

(19) COHEN (1979), p. 345; COHEN (1988), p. 53.

(20) AUSTIN-KRISBERG (1981), p. 171; COHEN (1979), pp. 347-348; COHEN (1988), p. 50.

(21) AUSTIN-KRISBERG (1981), p. 170.

En segundo lugar, estas medidas se aplican respecto de una determinada categoría de actos, generalmente ofensas menores (faltas leves contra la propiedad) o delitos sin víctimas (drogadicción). El problema se presenta ya intantáneamente con la selección de los comportamientos a los cuales les serán aplicados los controles comunitarios. La falta de reglas determinadas legalmente provoca que los criterios que guían la entrada o participación en un programa concreto sean altamente discrecionales; discrecionalidad que se extiende al momento y condiciones en que se produce una revocación de la participación en los mismos. Pareciera por consiguiente prematuro afirmar que la puesta en práctica de estas alternativas supone una sustitución de la pena de cárcel; como ya hemos visto, sólo determinados comportamientos son tomados en consideración para la imposición de una medida distinta de la cárcel, pero inclusive para éstos, la sustitución no es definitiva, ya que la amenaza de la cárcel en caso de revocación está siempre presente (22).

Un tercer elemento a tomar en consideración es el hecho de que el paso por alguna de estas agencias diversificadoras se toma en cuenta a efectos de establecer el récord criminal. El riesgo de que el sujeto sometido a algún tipo de intervención comunitaria acabe en la cárcel es mayor, ya que en su ficha consta el haber estado sometido a algún tipo de control (23).

Adicionalmente, la aplicación de las alternativas comunitarias parecieran añadir nuevos motivos para la imposición de la pena carcelaria. En efecto, además del delito inicial, se considera el cumplimiento de las condiciones pactadas para la participación en los programas. La violación de alguno de sus requisitos puede suponer la aplicación de la pena de cárcel (24).

Todo ello parece indicar que la imposición de una medida de control comunitario aumenta las posibilidades de una futura aplicación de la pena de cárcel.

Por último, nuevamente, el hecho de que el control en la comunidad se presente bajo la idea de servicio, ha llevado a ignorar las reivindicaciones de descriminalización de determinados comportamientos. Debido a que la pena ya no es la cárcel, sino algún tipo de ayuda, parece adecuado despreocuparse de su existencia continuada en los Códigos Penales; sin embargo, ello supone mantener la posibilidad de aplicar la pena de cárcel para los ofensores que no sean «afortunados» con la imposición de un servicio alternativo (25).

(22) GREENBERG (1975), p. 16.

(23) COHEN (1988), p. 55.

(24) GREENBERG (1975), p. 11; COHEN (1979), p. 346.

(25) GREENBERG (1975), p. 22.

B. ¿Humanitarismo o intervencionismo?

Indudablemente pudiera afirmarse: «El aspecto humanitario de las correcciones basadas en la comunidad es obvio. Sujetar a alguien a custodia coercitiva es situarlo en condiciones físicas peligrosas, reducirle drásticamente su acceso a fuentes de satisfacción personal y reducir su autoestima. Desde el momento en que el ofensor es relevado de la carga de la custodia, se realiza un objetivo humanitario. La propuesta de que nadie debería ser sujeto a un control de custodia innecesariamente es una declaración humanitaria» (26). El hecho más obvio que contradice esta pretensión humanitaria es, como ha puesto de relieve Cohen, la dificultad de distinguir entre una cárcel funcionando en régimen abierto, de una institución abierta (comunitaria) funcionando en régimen semicerrado. Agudizado ello por el hecho de que estas últimas reproducen las mismas reglas que rigen las instituciones cerradas (27).

El humanitarismo del control en la comunidad es asimismo cuestionado desde el momento en que parece reproducir los efectos negativos de las instituciones totales. Así se afirma que se mantienen los efectos etiquetadores de las agencias de control social (28).

Asimismo debe observarse el grado de intervención que generalmente comporta la aplicación de estas medidas alternativas. Estas no se reducen solamente a la vigilancia y custodia por parte de un oficial de *probation*, sino que además requieren en numerosas ocasiones la participación activa en programas rehabilitadores, sesiones con un consejero, firma de contratos donde se especifica qué comportamientos puede realizar el sometido a custodia, etc... Este grado de intervención puede observarse en dos ejemplos expuestos por Cohen y Greenberg, respectivamente (29).

Joe, 16 años; detenido en posesión de marihuana fue trasladado por la policía a un programa urbano diversificado. En éste se firma el siguiente contrato, organizado por el departamento de psicología de una universidad que actúa como mediador entre los padres, maestros y Joe.

Terminos del contrato: Joe acuerda.

— Llamar cada día a su casa a las 4 p. m. para informar a sus padres de donde se encuentra y volver a las 5 p. m.

— Volver a casa a las 12 p. m. las noches de fin de semana.

— Hacer su cama y limpiar su habitación diariamente (asearla, colgar la ropa).

— Poner la mesa de cenar diariamente.

En contraprestación sus padres acuerdan:

(26) National Advisory Commission, cit. por GREENBERG (1979), p. 7.

(27) COHEN (1979), p. 345.

(28) LEMERT (1981) señala que, analizado retrospectivamente, hubiera sido preferible designar el objetivo pretendido como «no intervención planificada», en lugar de derivación a otras agencias de control, p. 39.

(29) COHEN (1988), p. 73; GREENBERG (1975), p. 10.

- Permitir a Joe salir entre las 7.30 y las 9.30 de lunes a jueves y preguntarle por sus amigos sin hacer comentarios negativos.
- Permitir a Joe salir al siguiente fin de semana.
- Vigilar su habitación diariamente y pagarle 75 centavos cada vez que esté limpia.
- Depositar 75 centavos en la cuenta de ahorro de Joe.

Un segundo ejemplo ilustra las medidas tomadas por un Tribunal de Los Angeles para conceder la *probation a determinadas prostitutas*. A éstas les será prohibido durante un periodo de dos años estacionarse en un vehículo de motor con conductores masculinos; no pueden aproximarse a peatones o motoristas masculinos ni conversar en calle o sitio público; deben consentir en someter su persona, vehículo o puesto de residencia a registro en cualquier hora del día o noche, con o sin autorización judicial, cada vez que se lo requiera el oficial de paz.

En definitiva, como muestran estos ejemplos, toda una amalgama de medidas destinadas a proporcionar un nuevo estilo de vida; el ofensor es evaluado no en base al acto cometido, sino de acuerdo a sus posibilidades de consecución de ese estilo de vida alternativo (30).

También ha sido señalado que determinadas medidas —trabajo gratuito para la comunidad o en aras de restituir el perjuicio causado a la víctima— que no suponen internamiento y que en principio no conllevarían un excesivo grado de intervencionismo, se han visto transformadas en una forma de obtención de mano de obra barata (31).

Por último, los efectos humanitarios debieran observarse no sólo respecto de los beneficiados por algún tipo de control comunitario, sino atendiendo al impacto causado en la globalidad del sistema penal.

Es Greenberg quien mayor énfasis ha puesto en estudiar los efectos de las alternativas a la cárcel para la población —que aún permanece— reclusa. Entre las múltiples repercusiones señaladas por este autor merecieran destacarse brevemente las siguientes:

- Un incremento en la imposición de la pena de cárcel. En la medida en que la cárcel funciona, hasta cierto punto, como un sistema auto-regulatorio (esto es, las variaciones en el índice de encarcelación depende de sus propias exigencias y no de variables externas), la derivación de sectores hacia alternativas comunitarias supone la posibilidad de imponer un mayor número de penas de cárcel para determinados delitos. Adicional y consecuentemente se observa una duración más larga de las penas de cárcel.

- En segundo lugar, los efectos estigmatizadores de la cárcel se ven largamente aumentados. En efecto, a la cárcel van no ya los delincuentes, sino los delincuentes que el propio aparato de justicia criminal declara como no aptos para ser sometidos a otro tipo de control.

- Por último, una de las paradojas del movimiento descarceratorio ha sido su contribución al surgimiento de la creencia de que la des-

(30) GREENBERG (1975), p. 17; SCULL (1982), p. 114.

(31) COHEN (1988), p. 126.

carcelación se ha producido efectivamente. Este problema será abordado posteriormente; baste por ahora considerar que ello ha conllevado el olvido de las condiciones en que los presos están sometidos, así como la disipación de todo movimiento u organización que tuviera como objetivo la mejora de las condiciones existentes en el interior de las cárceles (32).

C. ¿Tratamiento en la comunidad o desentendimiento del Estado?

Ya observamos anteriormente la ambigüedad del término comunidad; señalamos asimismo lo que se pretendía evocar. Es necesario ahora avanzar otro paso y considerar quién constituye la comunidad.

Es Cohen quien con mayor insistencia ha puesto de relieve el equívoco a que conduce la utilización del concepto «comunidad». De acuerdo a este autor, no es la comunidad quien concede todos estos servicios alternativos sino precisamente el Estado. La existencia de determinadas instituciones privadas en la amplia red de mecanismos comunitarios no desdice esta afirmación debido a que en general el funcionamiento de instituciones privadas se limita al tratamiento exclusivo de determinados problemas (por ejemplo drogadicción, enfermedad mental, delinquentes juveniles, etc...).

Adicionalmente debe considerarse el hecho de que incluso las instituciones privadas acostumbran a recibir algún tipo de subvención estatal (33).

En definitiva, pues, más que de comunidad concediendo servicios, debiera hablarse del Estado ejerciendo su potestad punitiva por medio de instituciones integradas en la comunidad.

No obstante, incluso la propia idea de integración ha sido puesta en duda. En efecto, se ha puesto de relieve que uno de los sectores menos entusiastas con el retorno de los delinquentes ha sido precisamente la propia comunidad. Esta insatisfacción de la comunidad en acoger los casos problemáticos se ha traducido en varias respuestas: la organización del vecindario para impedir la instalación de casas o centros rehabilitadores, fuga a otros barrios de la ciudad y posterior cercamiento. Estos movimientos de la población en el interior de las ciudades dan como resultado el siguiente esbozo: por un lado la ubicación de los centros rehabilitadores en barrios con escasa capacidad organizativa, correspondiendo éstos generalmente a barrios de la clase obrera o de población marginal; por otro lado, consecuencia de la huida de sectores de la población a barrios residenciales, la creación de ghettos en el interior de las ciudades donde se agrupa la población desviada, a la par que se la mantiene separada del resto de vecinda-

(32) GREENBERG (1975), pp. 18 y ss.

(33) COHEN (1979), p. 354.

rios (34). Así señala Melossi que «La “nueva” institución que ha sustituido la antigua prisión y los hospitales mentales es el ghetto» (35).

Una tercera reflexión de cómo se ha aplicado este tratamiento comunitario ha sido proporcionada por Scull. De acuerdo con Scull, se produjo una descarceración de efectos limitados a dos sectores, los delincuentes juveniles y los enfermos mentales. Ello se realizó por medio del cierre de las instituciones que agrupaban a estos dos grupos y su posterior ubicación en centros comunitarios. Sin embargo, todo este proceso se realizó con anterioridad a que el Estado proveyese a la comunidad de recursos adecuados, de una infraestructura suficiente para absorber la población proveniente de las instituciones cerradas estatales. De ahí que este autor concluya qué comunidad se convirtió comúnmente en sinónimo de ghetto y la idea de tratamiento en sinónimo de dejadez (36).

Por último, como ya adelantamos, la concepción mayoritaria en este movimiento descarceratorio afirmaba la delincuencia no como una anomalía intrínseca del sujeto, sino como un fallo en su proceso socializador. Sin embargo, este razonamiento ha comportado la acentuación primordial de los mecanismos socializadores; la delincuencia no es un problema vinculado a determinadas estructuras económico-político-sociales, sino exclusivamente un problema que dice relación con una adecuada socialización. No es necesario, por consiguiente, proceder a reformas estructurales —ni exigir cambios al Estado— ya que es suficiente con una intervención en los mecanismos o procesos socializadores. El resultado de ello es que la responsabilidad del Estado se ve aminorada cuando no inexistente (37).

LAS RAZONES «VERDADERAS» DE LA DESCARCELACION

La ejecución del control en la comunidad había sido precedida de algunas opiniones que dejaban entrever un cierto escepticismo acerca de cuál sería el resultado final de todo ello; el escepticismo dejó paso a un abierto criticismo de cómo el proceso estaba siendo conducido; y el criticismo cedió en aras de una postura de abierta incredulidad. Se cuestionaba no ya la aplicación práctica de las medidas descarceratorias, sino incluso las razones por las que el Estado había aceptado la ejecución de éstas. «Las proclamaciones ideológicas de los proponentes de las actuales reformas son tan fiables como guía a los antecedentes, características y significado de lo que está sucediendo en la realidad como lo son las obras escogidas de los hermanos Grimm» (38).

Dentro de esta búsqueda de cuáles fueron las razones verdaderas

(34) COHEN (1988), pp. 197 y ss.; SCULL (1982), p. 104.

(35) MELOSSI (1980), p. 398.

(36) SCULL (1982), p. 105.

(37) COHEN (1988), p. 126.

(38) SCULL (1982), p. 100.

que guiaron al Estado a aceptar los objetivos del movimiento descarceratorio, reseñaremos las que en nuestra opinión han tenido un mayor impacto en la literatura norteamericana.

Debe observarse que lo característico de las posiciones que ahora se expresaran es la valoración de que el movimiento descarceratorio no fracasó, sino que, por el contrario, triunfó al producirse una confluencia de los verdaderos objetivos perseguidos por el Estado, con la situación final resultante del control en la comunidad.

Tres son los enfoques que mayor repercusión han tenido en la literatura moderna (39):

A. La opinión que afirma el movimiento descarceratorio como un reflejo de la crisis fiscal del Estado (Scull).

B. La posición que ve en este proceso la racionalización de los sistemas de control acordes al desarrollo del sistema capitalista (Spitzer, Melossi).

C. La concepción que afirma el nuevo sistema de control de la desviación como una intensificación de las líneas maestras del siglo XIX para la creación de una sociedad disciplinaria (Cohen).

A. La crisis fiscal del Estado

De acuerdo con el análisis realizado por Scull, la cuestión clave a contestar es por qué se produce la descarceración precisamente en el momento actual. Ello no deja de ser paradójico atendidas las siguientes reflexiones: i) las críticas dirigidas a las instituciones totales no son novedosas, más bien son reformulaciones de críticas anteriores que fueron disipadas en el olvido; ii) la efectividad de las alternativas del control en la comunidad nunca fue demostrado, es más, el cierre de instituciones —juveniles, psiquiátricas— precedió a un análisis de las ventajas de la descarceración; iii) no se observa un resurgimiento de la comunidad, menos aún de sentimientos tolerantes de la comunidad respecto de la población desviada; iv) es sospechoso el apoyo recibido por parte de sectores altamente conservadores (40).

Estas razones llevan a Scull a analizar la descarceración como una necesidad proveniente del Estado. Así podrían señalarse dos características del Estado, cuya unión proporciona una explicación satisfactoria al fenómeno descarceratorio. Por un lado, nos encontramos frente a un Estado del bienestar, es decir, un Estado que por medio de sus mecanismos de *welfare* se ve obligado a proporcionar medios de mantenimiento, tratamiento y subsistencia para los sectores más débiles de la población (por ejemplo, enfermos mentales). Por otro lado, el Estado está inmerso en una crisis fiscal (de acuerdo con O'Connor), no puede cubrir adecuadamente las funciones de acumulación y legitimación; de ahí que surja la necesidad de recortar los gastos estatales. La

(39) Desde otra perspectiva véase PIVEN-CLOWARD (1971), p. 276.

(40) SCULL (1984), pp. 124 y ss.

unión de estos dos elementos permite concluir que el Estado no tiene necesidad de costear respuestas segregativas, en la medida que puede cubrir esta misma función por medio de los mecanismos generales del «*welfare system*» (o relegarlo a instituciones privadas). En conclusión, la descarceración obedece a la necesidad de adaptar el sistema de control a un Estado social en crisis fiscal (41).

La posición de Scull, no obstante el enorme impacto que ha representado, ha sido objeto de varias críticas.

— Merece destacarse, en primer lugar, las reflexiones posteriores del propio Scull recogidas en la segunda edición de su tratado. La más importante de ellas refleja la equivocación de tratar como fenómeno unitario instituciones tales como hospitales psiquiátricos y cárceles. Ello ha resultado ser erróneo debido a que: i) los motivos alegados para proceder a una desinstitucionalización, por ejemplo la necesidad de tratar a los enfermos mentales de modo más humanitario, no tienen el mismo impacto al referirse a los presos, especialmente en un momento en que se observa un resurgimiento de movimientos que reclaman una mayor severidad en las penas; ii) los intereses de los profesionales de ambos sectores son diversos, así, mientras el psiquiatra puede estar deseoso de incorporarse a la comunidad, el guardián de la cárcel observa peligrar su puesto de trabajo; iii) el control en la comunidad no ha resultado ser más barato, por consiguiente el ahorro del Estado es ínfimo (42).

— En esta misma dirección se le ha objetado que en tanto el Estado puede efectivamente desentenderse y trasladar el manejo de los enfermos mentales a instituciones privadas, difícilmente puede proceder del mismo modo con el control de los criminales, sin socavar las bases de legitimación del propio Estado (43).

— También, en la línea de diferenciar las funciones de los asilos y las cárceles, cabría preguntarse, en mi opinión, si los mecanismos del *welfare* permiten la sustitución de la cárcel. A juicio de Scull, las funciones históricamente atribuidas a los hospitales mentales eran las de recluir o mantener a sus pacientes; la cárcel era el lugar no sólo donde se recluía, sino asimismo donde se disciplinaba, donde se procedía a la configuración de una fuerza de trabajo. En la medida que se afirma que las cárceles son hoy un instrumento innecesario, que pueden ser suplidas por los mecanismos generales del *welfare*, debería indicarse, consecuentemente, que éstos son aptos para mantener y disciplinar, absorbiendo de este modo las dos funciones atribuidas a la cárcel (44).

— Ha sido puesto de relieve asimismo que en su análisis de la crisis fiscal del Estado social, Scull desconoce el segundo elemento desarrollado por O'Connor para explicar la crisis fiscal, esto es, los gastos armamentistas. Por ello, «Cualquier análisis que no tome en con-

(41) SCULL (1984), pp. 177 y ss.

(42) SCULL (1984), pp. 177 y ss.

(43) SPITZER (1979), p. 202.

(44) En este sentido MELOSSI (1980), pp. 392-398.

sideración la primacía de los gastos armamentistas sobre los gastos sociales, es inherentemente conservador en la medida que inconscientemente alimenta la retórica que defiende el recorte de los gastos sociales como forma de equilibrar la balanza» (45).

— Por último se ha señalado que la crisis fiscal del Estado pudiera ser una explicación acertada si se hubiera producido una efectiva descarceración. Las investigaciones empíricas señalan lo contrario, esto es, en el periodo de supuesta crisis fiscal del Estado, los índices de encarcelación no disminuyeron sino que aumentaron (46).

«La lógica correlativa es suficientemente simple: si los programas comunitarios estuviesen reemplazando instituciones, entonces los sistemas que utilizan de forma intensiva estas alternativas debieran utilizar en menor proporción las instituciones. Pero si la comunidad está complementando las instituciones, entonces los sistemas que hacen un gran uso de la comunidad también realizarán un uso elevado de las instituciones, y eso es justo lo que está pasando» (47).

B. Racionalización de los sistemas de control

De acuerdo con Spitzer, la creación del mercado comportó la necesidad de configurar todas las relaciones sociales en apoyo del funcionamiento de éste. Entre ellas, el sistema de control adoptó asimismo las formas más convenientes para el desarrollo del mercado.

En un inicio, los mecanismos de regulación del mercado eran extractivos —extracción del excedente— y extensivos —la producción se aumenta por un incremento o bien de la fuerza de trabajo o de los medios de producción.

En la medida en que el mercado se desarrolla, se comprende que puede producirse un incremento en la producción controlando el proceso de aprendizaje, el medio ambiente, etc... —proceso intensivo—, e incluso se puede incrementar mediante la creación de unos nuevos hábitos (consumidores) —proceso inclusivo—. Ello conlleva, sin embargo, no sólo una racionalización del sistema de producción, sino una regulación de toda la vida social en general.

Este proceso se presenta sólo como una tendencia que crea sus propias fuerzas contrapuestas; así, este progresivo desarrollo del capitalismo y de su tecnología, produce inevitablemente un excedente de población que está permanentemente excluido del proceso de producción y del proceso de consumo. Ello significa que las «leyes naturales del mercado» (trabajo-producción de riqueza-consumo) y la nueva sociedad resultante se revelan como inadecuadas para proporcionar un adecuado manejo de estos sectores de la población, de ahí que se requiera la ayuda del Estado.

(45) LOWMAN-MENZIES (1985), p. 20.

(46) Admitido por SCULL (1982), p. 107; (1984), pp. 160 y ss.; AUSTIN-KRISBERG (1982), página 376; COHEN (1979), p. 343; (1988), pp. 44 y ss.; LOWMAN-MENZIES (1985), pp. 16 y ss.; MELOSSI (1985), p. 186.

(47) COHEN (1988), p. 49.

El sistema de control estatal adoptará el objetivo (acorde al del mercado) de regular toda la vida social; por ello se propiciarán respuestas integradoras versus formas segregativas que: i) ayuden a una explotación más racional del capital humano —control intensivo—; ii) enfatizen los mecanismos socializadores —control inclusivo—; iii) permitan una adecuada privatización de la ganancia —mediante la transformación de gastos sociales en inversiones sociales (por ejemplo la creación de instituciones semiprivadas para el tratamiento de la drogadicción)—; y socialización de las pérdidas —haciendo recaer los efectos del delito en los sectores más débiles de la sociedad, ya como víctimas o como consumidores (por ejemplo gastos relacionados con toda la industria de seguridad) (48).

Dentro de este grupo merecen destacarse asimismo los esfuerzos realizados por Melossi. De acuerdo con este autor, la cárcel cumplía anteriormente dos funciones económicas: tasar el salario libre y desarrollo de la producción (la cárcel como unidad productiva). Estas funciones económicas, se ven superadas por el avance del capitalismo con su subsiguiente aumento de la fuerza de trabajo libre y desarrollo de los medios de producción. «No se trata de que no se trabaje más en la cárcel; el trabajo carcelario no se descarta a priori, sólo emerge al primer plano el carácter punitivo, disciplinante del trabajo antes que su valorización económica» (49).

La función económica de la cárcel deja paso a su función disciplinaria. La cárcel adquiere el carácter de institución auxiliar de la fábrica ya no en su vertiente económica, sino en su vertiente disciplinaria: debía disciplinarse para el trabajo y para la aceptación de las condiciones (capitalistas) en que el trabajo se desarrollaba (50).

Sin embargo, hoy en día lo que se observa es la obsolencia de las funciones disciplinarias de la cárcel. Este proceso es debido esencialmente a: i) la automatización introducida en las fábricas produce *per se* el efecto de disciplinar la fuerza de trabajo; ii) el Estado puede conseguir los mismos objetivos en los procesos socializadores por medio de las instituciones de *welfare*; iii) la función disciplinaria pierde sentido en la medida en que el mercado de trabajo no se encuentra en situación de absorber toda la fuerza de trabajo disponible.

Ello significa que la cárcel ya no es necesaria como mecanismo disciplinario de la fuerza de trabajo; por ello, el sistema de control adoptará una forma abierta en aras a una regulación de toda la sociedad (51).

Con ello se quiere expresar que una de las características de la sociedad postindustrial es que la fábrica cede su puesto preponderante en el proceso productivo; consecuentemente, la idea de disciplina deja paso a un objetivo más amplio de regulación de toda la sociedad, del

(48) SPITZER (1975), p. 648; (1979), p. 201; (1982), p. 189.

(49) MELOSSI-PAVARINI (1985), p. 63.

(50) MELOSSI (1980), p. 382.

(51) MELOSSI (1980), pp. 392-398.

establecimiento de un control social para el cual la cárcel se revela inadecuada (52).

En los últimos estudios, Melossi ha variado su posición anterior ligeramente. Así, para este autor, los índices de encarcelación decaen o se incrementan de acuerdo al «vocabulario de motivaciones punitivas». El vocabulario de motivaciones punitivas (y no el delito) es la variable fundamental entre el ciclo político-económico (53) y los índices de encarcelación.

Este discurso punitivo varía, así en épocas de expansión se observa una mayor benevolencia en los castigos y una correspondiente búsqueda de alternativas más humanitarias. Por el contrario, en momentos de recesión el discurso punitivo se caracteriza por una mayor severidad, una utilización intensiva de la cárcel y un descenso en los estándares de vida en el interior de ella (necesario para seguirse manteniendo el principio de «*less eligibility*»). Este pareciera en consecuencia el proceso desarrollado en Estados Unidos, donde a la época de crecimiento económico le corresponde un discurso punitivo menos estricto, de surgimiento de las teorías abolicionistas y de poca utilización de la cárcel, la época de recesión de los setenta vendría, por el contrario, caracterizada por un discurso punitivo severo que produciría un aumento de los índices carcelarios (54).

Este análisis comporta, sin embargo, algunos problemas. En primer lugar no aparece demasiado claro el porqué a épocas de recesión le corresponde un discurso punitivo más severo. Ello pareciera ser contestado por Melossi, al afirmar: «En los momentos de recesión, la encarcelación deviene un medio de educar al ciudadano para la aceptación de la reducción de los estándares de vida» (55).

Ahora bien, si ello es así, pareciera evidente que aun en sociedades de capitalismo postindustrial, la cárcel continúa cumpliendo funciones disciplinarias. En consecuencia, no aparecería tan obvio que la pena característica de la sociedad postindustrial sea la *probation* (56). Antes bien, la cárcel persiste en épocas de crecimiento y recesión; estos ciclos, con sus correspondientes discursos, afectan exclusivamente a los índices de encarcelación o a las condiciones existentes en el interior de las prisiones.

En definitiva, debiera explicarse por qué en los momentos de expansión y presunta benevolencia, la cárcel no es efectivamente sustituida, en tanto que en los periodos de recesión, conjuntamente con la pena de cárcel se mantienen los mecanismos sustitutorios de la misma.

Si bien la introducción de los vocabularios de motivación punitiva

(52) MELOSSI, comunicación personal del autor.

(53) Este concepto pretende expresar la interacción entre diversos actores sociales, determinada no sólo por intereses económicos, sino por el afán de mantener la disciplina y la estabilidad política. De ahí que esa interacción produzca, sin que esté subordinada ni determinada por ellos, cambios en las variables económicas. MELOSSI (1985), p. 179.

(54) MELOSSI (1985), *pássim*; (1986), *pássim*.

(55) MELOSSI (1985), p. 183.

(56) MELOSSI (1988), p. 186.

permiten superar en gran medida un cierto determinismo económico, parecieran resurgir los riesgos de vincular la persistencia de la cárcel a una determinada estructura económica o a los fines disciplinarios de un determinado sistema de producción.

Asimismo, se ha puesto de relieve que la relación entre sistemas de control y desarrollo del capitalismo no aparece tan evidente. El vacío que pudiera achacárseles a estas teorías basadas en un modelo de explicación político-económico, es que ignoran el atractivo de las nuevas ideologías —vuelta a la comunidad, reducción de la intervención estatal—, los variados intereses de determinadas organizaciones y de sus profesionales, y todo ello dentro de un marco político-económico (57).

Adicionalmente surge el siguiente problema: si los planteamientos adelantados por estos autores proporcionan una adecuada explicación al fenómeno descarceratorio, pareciera innegable que la cárcel debiera (tendencialmente) desaparecer, ya por la crisis fiscal del Estado (Scull), ya por su innecesariedad como forma punitiva en sociedades de capitalismo avanzado (Spitzer, Melossi).

A pesar de la controversia que reina en cómo debe contabilizarse la descarceración (58), hay unanimidad en que los índices de encarcelación van progresivamente aumentando. Por consiguiente, el fenómeno que debiera explicarse no son las razones de la descarceración, sino la persistencia de la cárcel conjuntamente con el resto de «alternativas» a la cárcel.

C. Hacia una sociedad punitiva

En mi opinión es Cohen a quien corresponde el mérito de haber señalado lo paradójico de las discusiones existentes. En efecto, parecía reinar un gran debate acerca de cuáles eran los motivos por los que el Estado procedía a una descarceración. Se obviaba examinar los datos y textos que indicaban que ésta no se estaba produciendo. En el fondo, parecía que los propios autores dividían su escepticismo: se era escéptico de las razones por las que se producía la descarceración, pero se era crédulo respecto de su ejecución.

Actualmente, como hemos señalado, se parte de la premisa de que ésta no se produjo; por consiguiente lo que se trata de fundamentar es el surgimiento y mantenimiento de instituciones asistenciales, psiquiátricas, correctivas, conjuntamente con la persistencia de la cárcel.

Entiendo que corresponde también a Cohen el haber adelantado los criterios que debían servir para valorar este proceso. Estas instituciones debían no sólo analizarse en términos de éxito-fracaso respecto a la prevención o integración de la delincuencia; debía examinarse asimismo hasta qué punto ello comportaba un aumento del control social.

(57) COHEN (1988), pp. 107-110.

(58) COHEN (1988), pp. 44-50.

En base a estas premisas, es a partir de las cuales podemos reseñar brevemente el pensamiento de Cohen.

Para este autor, el desarrollo del sistema punitivo en el siglo XIX obedece a cuatro líneas maestras:

- La segregación de la desviación en instituciones cerradas.
- La clasificación y separación de los diversos tipos de desviación.
- El paso de un castigo orientado al cuerpo por otro que tiene como objeto la mente.
- El incremento de la involucración del Estado en los sistemas de control (59).

El siglo XX pareció presenciar un reverso de estos objetivos, se trataba de descentralizar, desclasificar, desinstitucionalizar, desprofesionalizar, descarcerar. El resultado de estos movimientos no ha producido, sin embargo, un viraje del sistema, sino una intensificación de las líneas maestras desarrolladas en el siglo XIX.

El cúmulo de instituciones correctivas, asistenciales, terapéuticas, surgidas al amparo de estos movimientos, ha permitido:

- Un aumento del poder de intervención del Estado hacia comportamientos o sujetos que anteriormente escapaban de las redes del control.
- Una mayor manipulación de la mente del ciudadano por los programas coercitivos de condicionamiento de conductas que rigen en los centros rehabilitadores.
- Una acentuación de la clasificación entre los propios delincuentes, estableciéndose una suerte de principio bifurcatorio entre delincuentes «blandos», destinatarios de las medidas correctivas, y los «duros», para los que se reserva la pena de cárcel.
- Un mantenimiento de la cárcel y creación del espejismo de que está siendo paulatinamente reemplazada.

En consecuencia, ello se ha traducido en el establecimiento de un mayor control social («unas redes más fuertes, más extensas y más densas»), una difuminación del control social (de sus límites, de sus agencias, de sus clientes), y consecuentemente una mayor penetración del castigo en el cuerpo social.

Las razones que explicarían el porqué de esta intensa actividad se apoyan fundamentalmente en un análisis «foucaultiano» del control social.

Esto es, lo que el siglo XX estaría presenciando es una reorganización del castigo que tienden a hacerlo más eficaz cuanto más extendido, difuminado y absorbido por la sociedad. De ahí que junto a la cárcel surjan todo este cúmulo de alternativas que producen no una integración de la cárcel en la sociedad, sino la transformación de la sociedad en un «archipiélago carcelario» (60).

(59) COHEN (1988), pp. 17 y 32.

(60) COHEN (1988), pp. 41-86.

Las críticas que pudieran dirigirse a este análisis provienen de la virtud y a su vez limitación de utilizar el modelo de Foucault.

El funcionamiento de cada agencia de control social es vista como un «micropoder» que no se limita a reproducir la estructura político-económica. Ello permite prestar atención al funcionamiento concreto, relativamente autónomo de dichas agencias (61). Sin embargo, las limitaciones de este análisis surgen cuando intentamos aprehender quién, eventualmente, dirige este proceso (que parece ser lineal); a quiénes sirve; a qué intereses responde el establecimiento de un control que conduce a un (todavía) mayor control.

La segunda limitación, es que pareciera no haber nada nuevo por explicar. Es decir, en definitiva el siglo XX reproduce lo que ya vio surgir el siglo XIX: «Que en la posición central que ocupa, la prisión no está sola, sino ligada a toda una serie de dispositivos “carcelarios”, que son en apariencia muy distintos —ya que están destinados a aliviar, a curar, a socorrer—, pero que tienden todos como ella a ejercer un poder de normalización» (62).

Y sin embargo, y como reconoce el, propio Cohen, sí hay cosas nuevas que explican: «a un nivel político, por ejemplo, el fallecimiento del liberalismo-social tradicional, o a un nivel económico, la creciente importancia del sector privado» (63).

Un tercer elemento que debe considerarse es el riesgo de considerar todo el conjunto de medidas alternativas a la cárcel como técnicas disciplinarias. Como señalan Garland-Young, ello supone desconocer que junto con ellas coexisten otras formas de control, como por ejemplo «el control financiero (particularmente a través de multas, compensaciones, restituciones, etc.) que operan por medios bastante diferentes para producir una forma de autodisciplina y control internalizado de forma “automática” sin que requieran la intervención personal de un agente penal» (64).

Que en fin, leer toda «La reforma del derecho criminal (...) como una estrategia para el reacondicionamiento del poder de castigar, según unas modalidades que lo vuelvan más regular, más eficaz, más constante y mejor detallado en sus efectos» (65) puede llevar a un inmovilismo indeseable, en que la única alternativa posible parezca ser «ciudad punitiva o institución coercitiva» (66).

(61) COHEN (1988), p. 111.

(62) FOUCAULT (1984), p. 314.

(63) COHEN (1988), p. 112.

(64) GARLAND-YOUNG (1983), p. 19.

(65) FOUCAULT (1984), p. 85.

(66) FOUCAULT (1984), p. 135. Por ello Cohen matiza su postura y aboga por una política a corto plazo que combine los valores de «hacer justicia» (como límite a la pena), y «hacer bien» (medidas que son positivas *per se* y no como simples medios de reducir el crimen). Para una exposición más detallada, COHEN (1988), pp. 236-272.

REFLEXIONES FINALES

En este artículo se ha pretendido reflejar brevemente el movimiento descarceratorio norteamericano de los años 1960, así como una valoración de su ejecución y la discusión existente acerca de las razones que lo originaron. Lo que sigue a continuación debe observarse a título de reflexiones suscitadas por el estudio de este proceso.

La primera cuestión que debiera plantearse, es la posibilidad de apoyar el establecimiento de algunas medidas alternativas a la cárcel, que no impliquen un mayor aumento del control social. La contraargumentación es que ello «implica la creación de estructuras parecidas a la prisión con funciones similares a las de la propia prisión», por ello se propone una actitud de negación de la prisión y no de proposición de alternativas a ella (67).

La segunda reflexión que ello suscita es la siguiente: Pareciera haber un consenso en señalar que la cárcel ha dejado de cumplir todas las funciones que se le atribuían, ya económicas, ya disciplinarias. Al mismo tiempo se extiende la convicción de que la cárcel no reeduca y tampoco previene; se utiliza exclusivamente para aislar al delincuente. Ello significa que realidad (de la cárcel) y legitimación coinciden. Este cambio de sensibilidad (68) hacia la cárcel, así como cambios mayores en la estructura socio-económica, pueden hacer presagiar el fin (tendencial) de la institución.

No obstante, como hemos señalado, todo el sistema alternativo a la cárcel y más amplio de control social parece en últimas depender de la presencia de la cárcel, para asegurar su funcionamiento. Si ello es así, y en tanto siga la necesidad de castigar, la desaparición de la cárcel parece lejana (69). Por último, como penalista, surge la (eterna) duda de cuál es el papel que el Derecho Penal está llamado a jugar en este proceso. Esto es, discutir la aptitud del Derecho Penal para establecer un límite efectivo a la intervención del Estado: aplicación de las medidas alternativas con las mismas garantías que las exigidas para la imposición de una pena. O discutir, acaso, la ilusión de concebir un Derecho Penal cuya función sea precisamente la de limitar la función punitiva del Estado.

(67) MATHIESEN (1986), p. 81.

(68) La repercusión de cambios de valores culturales, cambio de mentalidades, en los sistemas punitivos ha sido recientemente puesta de manifiesto por GARLAND (1986), página 4.

(69) Como admite Scheerer, la desaparición de la cárcel conllevaría un orden social distinto, por ello la lucha por la abolición de la cárcel es la lucha contra la piedra angular del sistema. SCHEERER (1986), p. 9.

BIBLIOGRAFIA

- ABEL, R.: «The contradictions of informal justice», en *The Politics of Informal Justice*, vol. I, New York, 1982.
- AUSTIN, J.-KRISBERG, B.: «Wider, Stronger and Different Nets: The dialectics of criminal justice reform», en *Journal of Research in Crime and Delinquency* (Jan. 1981), p. 165.
- «The Unmet Promise of Alternatives to Incarceration», en *Crime and Delinquency* (July. 1982), p. 374.
- COHEN, S.: «The punitive city: Notes on the dispersal of Social Control», en *Contemporary Crises* (Oct. 1979), p. 339.
- «Modelos occidentales utilizados en el tercer mundo para el control del delito: ¿Benignos o Malignos?», en *CENIPEC 6* (1981), p. 63. Traducido por Corina E. Alcalá de Arce.
- «Social-Control Talk: Telling Stories about Correctional Change», en *The Power to Punish*, London, 1983.
- *Visiones de Control Social*, Ed. PPU, Barcelona, 1988.
- FOUCAULT, M.: *Vigilar y Castigar*, Madrid, 10.ª ed. (4.ª de España), 1984.
- GARLAND, D.-YOUNG, P.: «Towards a Social Analysis of Penalty», en *The Power to Punish*, London, 1983.
- GARLAND, D.: *The punitive mentality: its socio-historic development and decline. An essay review*. Edinburgh, inédito, 1986.
- GOFFMAN, E.: *Asylums*, New York, 1961.
- GREENBERG, D.: «Problems in Community Corrections», en *Issues in Criminology* (Spring. 1975), p. 1.
- LEMERT, E.: *Human Deviance, Social Problems and Social Control*, New York, 1967.
- «Diversion in Juvenile Justice: What hath been Wrought», en *Journal of Research in Crime and Delinquency* (Jan. 1981), p. 34.
- LOWMAN, J.-MENZIES, R. J.: «Out of the fiscal shadow: Carceral Trends in Canada and the US», Canadá, 1985, inédito.
- MATHIESEN, T.: «The politics of Abolition», en *Contemporary Crises*, vol. 10, n.º 1, 1986.
- MELOSSI, D.-PAVARINI, M.: *Cárcel y Fábrica: Los orígenes del sistema penitenciario (siglos XVI-XIX)*, Madrid, 1985, (2.ª ed.).
- MELOSSI, D.: «Georg Rusche and Otto Kirchheimer: Punishment and Social Structure», en *Crime and Social Justice* (Spring-Summer, 1978).
- «Strategies of Social Control in Capitalism: A comment on recent work», en *Contemporary Crises* (Oct. 1980), p. 381.
- «Punishment and Social Action: Changing vocabularies of punitive motive within a political business cycle», en *Current Perspectives in Social Theory*, vol. 6, 1985.
- «Decentralization of Institutional Structures and Decentring of Theories: Social Control between the 1960s and the 1980s», Ponencia presentada en el XI Congreso Mundial de Sociología, Nueva Delhi, inédita, 1986.
- PIVEN, F.-CLOWARD, R.: *Regulating the Poor*, New York, 1971.
- RUSCHE, G.-KIRCHHEIMER, O.: *Pena y estructura social*, Bogotá, 1984.
- SCHAEFER, S.: «Towards abolitionism», en *Contemporary Crises*, vol. 10, n.º 1, 1986.
- SCULL, A.: «Community Corrections: Panacea, Progress or Pretense», en *The Politics of Informal Justice*, New York, 1982.
- *Decarceration: Community treatment and the deviant*, New York, (2.ª ed.), 1984.

- SPITZER, S.: «Toward a Marxian Theory of Deviance», en *Social Problems* (June, 1975), p. 638.
- «The rationalization of crime control in capitalist society», en *Contemporary Crises*, (April, 1979), p. 187.
- «The dialectics of formal and informal control», en *The politics of informal justice*, New York, 1982.

Disposiciones (*)

Sumario: Ley Orgánica 6/87, de 11 de noviembre, por la que se modifica la sección III del Capítulo 4.º, título XIII de libro II del Código Penal. LO 7/1987, de 11 de diciembre, por la que se reforma parcialmente el Código Penal en relación al delito de incendio. Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual. Acuerdo sobre cooperación en materia de lucha contra la droga entre el Reino de España y el Reino de Marruecos, hecho en Rabat el 21 de enero de 1987. Instrumento de ratificación de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, hecha en Nueva York el 10 de diciembre de 1984. Instrumento de ratificación del Convenio sobre el Estatuto de la OTAN, de los Representantes Nacionales y del Personal Internacional, hecho en Ottawa el 20 de septiembre de 1951. Instrumento de Adhesión de España al Convenio entre los Estados Partes de la OTAN relativo al Estatuto de sus Fuerzas, hecho en Londres el 19 de junio de 1951 ().**

(*) Esta Sección ha sido preparada por Francisco Javier Alvarez García, Profesor de Derecho penal en la Universidad Complutense de Madrid.

(**) A continuación se referencian otros textos de interés, cuyo contenido no se incluye en esta Sección por motivos de espacio: a) *Disposiciones*: **Acuerdo** Europeo hecho en Estrasburgo el 16 de octubre 1980 («BOE» núm. 176, de 24 julio 1987), relativo a la transferencia de responsabilidad con respecto a los Refugiados; Instrumento de Ratificación de 4 de mayo 1987. **Orden** del Ministerio de Economía y Hacienda de 26 de junio 1987 («BOE» núm. 176, de 24 julio 1987), sobre regulación de las cuentas extranjeras de pesetas convertibles. **Orden** del Ministerio de Economía y Hacienda de 26 de junio 1987 («BOE» núm. 176, de 24 julio 1987), sobre inversiones extranjeras en Deuda del Estado. **Orden** del Ministerio de Economía y Hacienda de 2 de julio 1987 («BOE» núm. 176, de 24 julio 1987), por la que se da publicidad al Acuerdo adoptado por el Consejo de Ministros de 26 junio 1987 por el que se revocan con carácter general determinadas condiciones restrictivas impuestas a inversiones extranjeras en España. **RD** 991/1987, de 31 de julio («BOE» núm. 183, de 1 agosto 1987; cde. «BOE» núm. 218, de 11 septiembre 1987), por el que se modifican determinados preceptos del Reglamento del Impuesto sobre el Valor Añadido. **Orden** del Ministerio de Justicia de 30 de junio 1987 («BOE» núm. 185, de 4 agosto 1987), por la que se aprueban las normas para la preparación y remisión de muestras objeto de análisis por el Instituto Nacional de Toxicología. **Tratado** entre el Reino de España y la República del Perú, hecho en Lima el 25 de febrero 1986 («BOE» núm. 186, de 5 agosto 1987), sobre transferencia de personas sentenciadas a penas privativas de libertad, así como de menores bajo tratamiento especial; Instrumento de Ratificación de 19 de mayo 1987. **Orden** del Ministerio del Interior de 30 de julio 1987 («BOE» núm. 188, de 7 agosto 1987), sobre pago de indemnizaciones por daños causados por vehículos de las Fuerzas de Seguridad del Estado. **Resolución** de la Dirección General de Seguros de 31 de julio 1987 («BOE» núm. 191, de 11 agosto 1987), por la que se aprueban las tarifas de aplicación al Seguro de Res-

LEY ORGANICA 6/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifica la sección III del capítulo 4.º, título XIII del libro II del Código Penal («BOE» núm. 275, de 17 noviembre 1987).

Artículo 1

El artículo 534 del Código Penal tendrá en lo sucesivo la redacción que se inserta a continuación:

Artículo 534

El que infringiere intencionadamente los derechos de propiedad industrial será castigado con las penas de arresto mayor y multa de 30.000 a 600.000 pesetas.

Artículo 2

Se crean en el Código Penal los artículos 534 bis a), 534 bis b), 534 bis c) y 534 ter, cuya redacción será la siguiente:

ponsabilidad Civil, derivada del Uso y Circulación de Vehículos de Motor, de suscripción obligatoria, correspondiente a la Comunidad de vehículos oficiales gestionada por el Consorcio de Compensación de Seguros. **Convenio Europeo hecho en Estrasburgo** el 19 de agosto 1985 («BOE» núm. 193, de 13 agosto 1987), sobre la violencia e irrupciones de espectadores con motivo de manifestaciones deportivas y especialmente de partidos de fútbol; Instrumento de Ratificación de 22 de junio 1987. **Acuerdo** entre el Reino de España y el Reino de Noruega y Protocolo Anejo firmados en Madrid el 17 de junio 1986 («BOE» núm. 193, de 13 agosto 1987), sobre Protección de la Información Clasificada. **Convenio** hecho en La Haya el 5 de octubre 1961 («BOE» núm. 199, de 20 agosto 1987), sobre competencia de las Autoridades y la Ley aplicable en materia de protección de menores; Instrumento de Ratificación de 22 de abril 1987. **Convenio** hecho en La Haya el 25 de octubre 1980 («BOE» núm. 202, de 24 agosto 1987), sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores; Instrumento de Ratificación de 28 de mayo 1987. **Acuerdo** de la OTAN hecho en París el 21 de septiembre 1960 («BOE» núm. 217, de 10 septiembre 1987), para la salvaguardia mutua del secreto de invenciones relativas a la defensa respecto de las cuales se hayan presentado solicitudes de patentes; Instrumento de Adhesión de 17 de julio 1987. **Acuerdo de la OTAN** hecho en Bruselas el 19 de octubre 1970 («BOE» núm. 217, de 10 septiembre 1987), sobre la comunicación de información técnica con fines de defensa; Instrumento de Adhesión de 17 de julio 1987. **RD** 1178/1987, de 11 de septiembre («BOE» núm. 235, de 1 octubre 1987; cde. «BOE» núm. 248, de 16 octubre 1987), por el que se modifican determinados artículos del Código de la Circulación y el cuadro de multas. **RD** 1326/1987, de 11 de septiembre («BOE» núm. 259, de 29 octubre 1987), por el que se establece el procedimiento de aplicación de las directivas de la Comunidad Económica Europea sobre intercambio de información tributaria. **Convenio** hecho en La Haya el 4 de mayo 1971 («BOE» núm. 264, de 4 noviembre 1987), sobre la Ley aplicable en materia de Accidentes de Circulación por carretera; Instrumento de Ratificación de 4 de septiembre 1987. **Ley** 21/1987, de 11 de noviembre («BOE» núm. 275, de 17 noviembre 1987), por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de Adopción. **Acuerdo** hecho en Bangkok el 7 de diciembre 1983 entre el Gobierno del Reino de España y el Gobierno del Reino de Tailandia («BOE» núm. 295, de 10 diciembre 1987), sobre cooperación en materia de ejecución de sentencias penales; Instrumento de Ratificación de 12 de noviembre 1987. b) *Proyectos*: **Proyecto de Ley** de Marcas («BOE» de 6 noviembre 1987, Serie A, núm. 56-1); **Tratado** de Extradición entre el Reino de España y la República de Costa Rica, hecho en Madrid el 13 de mayo de 1987 («BOE» de 26 noviembre 1987, Serie C, núm. 151-1); **Tratado** de Extradición y asistencia judicial en materia penal entre el Reino de España y la República Argentina, hecho en Buenos Aires el 3 de marzo 1987 («BOE» de 25 septiembre 1987, Serie C, núm. 139-1).

Artículo 534 bis a)

Será castigado con la pena de multa de 30.000 a 600.000 pesetas quien intencionadamente reprodujere, plagiar, distribuyere o comunicare públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica o su transformación o una interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios.

La misma pena se impondrá a quien intencionadamente importare, exportare o almacenare ejemplares de dichas obras o producciones o ejecuciones sin la referida autorización.

Artículo 534 bis b)

1. Será castigado con la pena de arresto mayor y multa de 50.000 a 1.500.000 pesetas quien realizare cualquiera de las conductas tipificadas en el artículo anterior, concurriendo alguna de las siguientes circunstancias:

- a) Obrar con ánimo de lucro.
- b) Infringir el derecho de divulgación del autor.
- c) Usurpar la condición de autor sobre una obra o parte de ella o el nombre de un artista en una interpretación o ejecución.
- d) Modificar sustancialmente la integridad de la obra sin autorización del autor.

2. Se impondrá la pena de prisión menor, multa de 50.000 a 3.000.000 de pesetas e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión relacionada con el delito cometido, por un período de dos a cinco años, cuando, además de obrar con ánimo de lucro concurra alguna de las siguientes circunstancias:

- a) Que la cantidad o el valor de las copias ilícitas posean especial trascendencia económica.
- b) Que el daño causado revista especial gravedad.

En tales supuestos el Juez podrá, asimismo, decretar el cierre temporal o definitivo de la industria o establecimiento del condenado.

Artículo 534 bis c)

En el supuesto de sentencia condenatoria el Juez podrá decretar la publicación de ésta, a costa del infractor, en un periódico oficial.

Artículo 534 ter

La extensión de la responsabilidad civil derivada de los delitos tipificados en los artículos 534 bis, a), y 534 bis, b), se regirá por las disposiciones de la Ley de Propiedad Intelectual relativas al cese de la actividad ilícita y a la indemnización de daños y perjuicios.

Por tanto

Mando a todos los españoles, particulares y autoridades que guarden y hagan guardar esta Ley Orgánica.

Palacio de la Zarzuela, Madrid, a 11 de noviembre de 1987.

LEY ORGANICA 7/1987, de 11 de diciembre, por la que se reforma parcialmente el Código Penal en relación al delito de incendio («BOE» núm. 297, de 12 diciembre 1987).

Artículo primero

La rúbrica del capítulo VIII del título XIII, libro II del Código Penal quedará así redactada:

«De los incendios y otros estragos.»

Artículo segundo

El capítulo VIII del título XIII, libro II del Código Penal quedará clasificado en las siguientes secciones:

«Sección primera. De los incendios (artículos 547 al 553, ambos inclusive).

Sección segunda. De los incendios forestales [artículos 533 bis a) al 553 bis c), ambos inclusive].

Sección tercera. De los estragos (artículo 554).

Sección cuarta. De los incendios y estragos en bienes propios (artículos 555 y 556).»

Artículo tercero

El artículo 549 del Código Penal quedará redactado en los siguientes términos:

«Se impondrá la pena de prisión mayor:

1.º A los que incendiaren un edificio público si el valor del daño excediere de 250.000 pesetas.

2.º A los que incendiaren una casa habitada o cualquier edificio en que habitualmente se reúnan diversas personas, ignorando si había o no gente dentro, o un tren de mercancías en marcha, si el daño causado excediere de 250.000 pesetas.»

Artículo cuarto

El artículo 551 del Código Penal quedará así redactado:

«Serán castigados con la pena de prisión menor cuando el daño causado excediese de 250.000 pesetas:

1. Los que incendiaren un edificio destinado a habitación en lugar despoblado.

2. Los que incendiaren mieses, pastos o plantíos.»

Artículo quinto

Se incorporan al Código Penal los artículos 553 bis a), 553 bis b) y 553 bis c), que quedarán redactados de la siguiente manera:

«Artículo 553 bis a). El que incendiare montes o masas forestales será castigado con la pena de prisión mayor y multa de 5 a 50 millones de pesetas, cuando hubiere existido peligro para la vida o integridad de las personas.

Se impondrá la pena de prisión menor y multa de 5 a 25 millones de pesetas cuando el peligro para las personas estuviere manifiestamente excluido.»

«Artículo 553 bis b). Las penas señaladas en el artículo anterior se impondrán en su grado máximo cuando el incendio alcanzare especial gravedad atendida la concurrencia de alguna de las circunstancias siguientes:

- 1.^a Que afecte a una superficie de considerable importancia.
- 2.^a Que se deriven grandes o graves efectos erosivos en los suelos.
- 3.^a Que se alteren significativamente las condiciones de vida animal o vegetal.
- 4.^a En todo caso, cuando ocasione grave deterioro o destrucción de los recursos afectados.»

«Artículo 553 bis c). Será castigado con la pena de arresto mayor y multa de 1 a 10 millones de pesetas el que prendiere fuego a montes o masas forestales sin que llegue a propagarse el incendio de los mismos.

La conducta quedará exenta de pena si el incendio no se propaga por la acción voluntaria y positiva de su autor.»

Por tanto,

Mando a todos los españoles, particulares y autoridades, que guarden y hagan guardar esta Ley Orgánica.

Palacio de la Zarzuela, Madrid, a 11 de diciembre de 1987.

LEY 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual («BOE» núm. 275, de 17 noviembre 1987).

PREAMBULO

La necesidad de establecer un régimen jurídico específico de los derechos denominados de propiedad intelectual motivó la promulgación de la Ley de 10 de enero de 1879, norma de reconocido valor y oportunidad que tan positivamente ha contribuido a la conformación de nuestra propia tradición jurídica en la materia.

Sin embargo, el legislador de entonces no podía prever las profundas transformaciones sociales sobrevenidas y, más en particular, las consecuencias del desarrollo de los medios de difusión de las obras de creación que han permitido, por primera vez en la historia, el acceso de la mayoría de los ciudadanos a la cultura, pero que, paralelamente, han facilitado nuevas modalidades de defraudación de los derechos de propiedad intelectual.

Estas necesidades de adaptación a las nuevas circunstancias sólo se han visto parcialmente satisfechas en el ordenamiento jurídico interno, mediante la aprobación de diversas normas específicas relativas a la protección de los derechos sobre determinadas obras, y en el ámbito internacional, a través de convenios, en algunos de los cuales España es parte, pero sin que nuestra legislación interna se adapte en la medida necesaria.

Por todo ello, teniendo en consideración las tendencias preponderantes en los países miembros de la Comunidad Europea y, en particular, las de aquellos más cercanos a nuestra tradición jurídica, la presente Ley establece, con carácter unitario y sistemático, un nuevo régimen jurídico de la propiedad intelectual, que tiene por finalidad que los derechos sobre las obras de creación resulten real, concreta y efectivamente reconocidos y protegidos de acuerdo con las exigencias de nuestra época.

En dicho marco, la Ley se estructura sobre dos conjuntos normativos claramente diferenciados: El relativo a la declaración de derechos sustantivos y el regulador de las acciones y procedimientos para la protección de dichos derechos.

A su vez, dentro del primer conjunto normativo se determinan, por una parte, los derechos que corresponden al autor, que es quien realiza la tarea puramente humana y personal de creación de la obra y que, por lo mismo, constituyen el núcleo esencial del objeto de la presente Ley y, por otra, los derechos reconocidos a determinadas personas físicas o jurídicas cuya intervención resulta indispensable para la interpretación o ejecución o para la difusión de las obras creadas por los autores.

En cuanto al derecho de propiedad intelectual del autor, la Ley contiene como innovaciones de relevancia su reconocimiento y tutela por el solo hecho de la creación de la obra; la expresa regulación del derecho moral, que, integrado por un conjunto de derechos inherentes a la persona del autor, tiene carácter irrenunciable e inalienable y constituye la más clara manifestación de la soberanía del autor sobre su obra; la determinación de la duración y límites de acuerdo con los criterios mayoritariamente aplicados por los países de nuestro entorno cultural y político, así como el establecimiento de un régimen de general aplicación sobre la transmisión de los derechos de carácter patrimonial.

Las disposiciones de carácter general sobre transmisión de derechos de explotación revisten destacada importancia en cuanto constituyen el régimen específico sobre esta materia en el ámbito de los derechos de autor y tienen el carácter de preceptos generales que otorgan a los autores o a sus derechohabientes determinados beneficios que, salvo disposiciones de la propia Ley, son irrenunciables.

Entre estos últimos merecen especial consideración, por su trascendencia, el principio de interpretación restrictiva del alcance de los derechos cedidos; la nulidad de la cesión de derechos respecto del conjunto de las obras que pueda crear el autor en el futuro, y de las estipulaciones por las que se comprometa a no crear alguna obra; el derecho de participación proporcional de los ingresos derivados de la explotación de la obra, y el otorgamiento de la acción de revisión de los contratos en determinados supuestos que vulneren el derecho del autor a obtener una remuneración equitativa.

Especial significado tiene, asimismo, la introducción en nuestro ordenamiento de algunas figuras bien conocidas en el Derecho comparado, como es el derecho de autor de artes plásticas a participar en el precio de reventa de sus obras, así como el derecho de los autores, editores, productores y artistas intérpretes o ejecutantes de las obras publicadas en forma de libro, fonograma o grabación audiovisual, a obtener una remuneración compensatoria por las reproducciones efectuadas para uso personal.

La expresa regulación en la Ley de los contratos de edición y de representación, así como de las relaciones jurídicas derivadas de la creación de obras tecnológicamente avanzadas, como son las audiovisuales o los programas de ordenador, se justifica por la necesidad de adaptar los principios establecidos en las mencionadas normas de carácter general a las especiales características de estas figuras. Se pretende que, de esta forma, los derechos y obligaciones de los autores, así como los de los cesionarios de los derechos de explotación, puedan quedar delimitados, de acuerdo con las tendencias preponderantes en el actual momento histórico y en beneficio de ambas partes, mediante la aplicación de un justo equilibrio entre las normas de derecho necesario y el principio de autonomía de la voluntad.

En lo que respecta al régimen jurídico de los derechos derivados de la interpretación o ejecución, o de la producción o difusión de las obras de creación, es decir, de aquellos otros derechos de propiedad intelectual que en la práctica se han denominado afines o conexos, la Ley ha seguido fundamentalmente los criterios marcados por la Convención de Roma de 1961 y el Convenio de Ginebra de 1971. Con esta regulación, que en ningún caso supone una limitación para los derechos de autor, se da adecuada sa-

tisfacción a los legítimos intereses de un importante sector profesional e industrial estrechamente vinculados a la cultura, que en los últimos años se han visto particularmente afectados por los procedimientos de defraudación derivados de las nuevas tecnologías y que, por lo mismo, estaban especialmente necesitados de obtener su reconocimiento y protección expresos en una norma con rango legal.

En cuanto a la protección de los derechos de propiedad intelectual, la Ley establece las normas relativas a las garantías jurisdiccionales de los mencionados derechos, definiendo el contenido de las acciones ejercitables y determinando los instrumentos procesales adecuados a tal efecto.

Con la definición de las medidas que cabe instar judicialmente frente a la infracción de los derechos de propiedad intelectual, se establece la oportuna distinción entre las encaminadas a obtener el cese de la actividad ilícita y las que tienen por objeto la reparación del daño y la indemnización de los perjuicios causados. Las reglas procesales de carácter cautelar tienen por finalidad que se pueda obtener, con la urgencia debida, la protección solicitada, así como garantizar que la necesidad de las medidas cuya adopción se pretenda esté debidamente justificada.

Por otra parte, si bien el reconocimiento de los derechos de propiedad intelectual no está sujeto a requisitos formales de ningún tipo, la Ley faculta a los titulares de los mismos para que, como medida especial de protección y salvaguarda, procedan a su inscripción en el Registro de la Propiedad Intelectual y puedan utilizar los símbolos creados por las Convenciones Internacionales sobre la materia.

Asimismo, la Ley determina el marco jurídico de la gestión colectiva de los derechos por ella establecidos. Es un hecho, reconocido por las Instituciones de la Comunidad Europea, que los titulares de derechos de propiedad intelectual únicamente pueden lograr su real efectividad actuando colectivamente a través de organizaciones que ejerzan facultades de mediación o gestión de los derechos mencionados.

Por ello, teniendo en cuenta la normativa constitucional vigente, la evolución del Derecho comparado y la experiencia acumulada sobre la materia, la Ley establece determinados derechos y obligaciones para las Entidades que pretendan dedicarse a la gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual.

Los requisitos y obligaciones establecidos, así como las facultades de autorización y vigilancia sobre estas Entidades que la Ley atribuye al Ministerio de Cultura, tienen como finalidad garantizar la eficacia en la administración de los derechos encomendados. En particular, se pretende establecer los medios de control por parte de los titulares de los derechos comprendidos en la gestión de la Entidad y, asimismo, favorecer la difusión de las obras y la explotación de los derechos gestionados. Con esta finalidad, la Ley reconoce el derecho de los usuarios de utilizar las obras en condiciones razonables y promueve la solución de los conflictos que puedan plantearse mediante la intervención, en su caso, de la Comisión Arbitral de Derechos de Propiedad Intelectual que, a tal efecto, se crea en el seno del Ministerio de Cultura.

Por último, el ámbito de aplicación de la Ley se fija de acuerdo con los criterios del Código Civil, el principio de reciprocidad y los principios marcados por los Convenios internacionales en los que España es parte.

En definitiva, mediante el conjunto de instituciones analizadas, que suponen una profunda modernización del régimen jurídico de la propiedad intelectual, la presente Ley se propone dar adecuada satisfacción a la demanda de nuestra sociedad de otorgar el debido reconocimiento y protección de los derechos de quienes a través de las obras de creación contribuyen tan destacadamente a la formación y desarrollo de la cultura y de la ciencia para beneficio y disfrute de todos los ciudadanos.

LIBRO PRIMERO**Derechos de autor****TITULO PRIMERO****Disposiciones generales***Artículo 1*

La propiedad intelectual de una obra literaria, artística o científica corresponde al autor por el solo hecho de su creación.

Artículo 2

La propiedad intelectual está integrada por derechos de carácter personal y patrimonial, que atribuyen al autor la plena disposición y el derecho exclusivo a la explotación de la obra, sin más limitaciones que las establecidas en la Ley.

Artículo 3

Los derechos de autor son independientes y compatibles con:

1.º La propiedad y otros derechos que tengan por objeto la cosa material a la que está incorporada la creación intelectual.

2.º Los derechos de propiedad industrial que puedan existir sobre la obra.

3.º Los otros derechos de propiedad intelectual reconocidos en el libro II de la presente Ley.

Artículo 4

A efectos de lo dispuesto en la presente Ley se entiende por divulgación de una obra toda expresión de la misma que, con el consentimiento del autor, la haga accesible por primera vez al público en cualquier forma; y por publicación, la divulgación que se realice mediante la puesta a disposición del público de un número de ejemplares de la obra que satisfaga razonablemente sus necesidades estimadas de acuerdo con la naturaleza y finalidad de la misma.

TITULO II**Sujeto, objeto y contenido****CAPITULO PRIMERO****Sujeto***Artículo 5*

1. Se considera autor a la persona natural que crea alguna obra literaria, artística o científica.

2. No obstante, de la protección que esta Ley concede al autor se podrán beneficiar personas jurídicas en los casos expresamente previstos en ella.

Artículo 6

1. Se presumirá autor, salvo prueba en contrario, a quien aparezca como tal en la obra, mediante su nombre, firma o signo que lo identifique.

2. Cuando la obra se divulgue en forma anónima o bajo seudónimo o signo, el ejercicio de los derechos de propiedad intelectual corresponderá a la persona natural o jurídica que la saque a la luz con el consentimiento del autor, mientras éste no revele su identidad.

Artículo 7

1. Los derechos sobre una obra que sea resultado unitario de la colaboración de varios autores corresponden a todos ellos.

2. Para divulgar y modificar la obra se requiere el consentimiento de todos los coautores. En defecto de acuerdo, el Juez resolverá.

Una vez divulgada la obra, ningún coautor puede rehusar injustificadamente su consentimiento para su explotación en la forma en que se divulgó.

3. A reserva de lo pactado entre los coautores de la obra en colaboración, éstos podrán explotar separadamente sus aportaciones, salvo que causen perjuicio a la explotación común.

4. Los derechos de Propiedad Intelectual sobre una obra en colaboración corresponden a todos los autores en la proporción que ellos determinen. En lo no previsto en esta Ley se aplicarán a estas obras las reglas establecidas en el Código Civil para la comunidad de bienes.

Artículo 8

Se considera obra colectiva la creada por la iniciativa y bajo la coordinación de una persona natural o jurídica que la edita y publica bajo su nombre y está constituida por la reunión de aportaciones de diferentes autores cuya contribución personal se funde en una creación única y autónoma, para la cual haya sido concebida sin que sea posible atribuir separadamente a cualquiera de ellos un derecho sobre el conjunto de la obra realizada.

Salvo pacto en contrario, los derechos sobre la obra colectiva corresponderán a la persona que la edite y divulgue bajo su nombre.

Artículo 9

1. Se considerará obra compuesta la obra nueva que incorpore una obra preexistente sin la colaboración del autor de esta última; sin perjuicio de los derechos que a éste correspondan y de su necesaria autorización.

2. Se considerará obra independiente la que constituya creación autónoma, aunque se publique conjuntamente con otras.

CAPITULO II**Objeto***Artículo 10*

1. Son objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro, comprendiéndose entre ellas:

- a) Los libros, folletos, impresos, epistolarios, escritos, discursos y alocuciones, conferencias, informes forenses, explicaciones de cátedra y cualesquiera otras obras de la misma naturaleza.
 - b) Las composiciones musicales, con o sin letra.
 - c) Las obras dramáticas y dramático-musicales, las coreografías, las pantomimas y, en general, las obras teatrales.
 - d) Las obras cinematográficas y cualesquiera otras obras audiovisuales.
 - e) Las esculturas y las obras de pintura, dibujo, grabado, litografía, y las historietas gráficas, tebeos o «comics», así como sus ensayos o bocetos y las demás obras plásticas, sean o no aplicadas.
 - f) Los proyectos, planos, maquetas y diseños de obras arquitectónicas y de ingeniería.
 - g) Los gráficos, mapas y diseños relativos a la topografía, la geografía y, en general, a la ciencia.
 - h) Las obras fotográficas y las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía.
 - i) Los programas de ordenador.
2. El título de una obra, cuando sea original, quedará protegido como parte de ella.

Artículo 11

Sin perjuicio de los derechos de autor sobre la obra original, también son objeto de propiedad intelectual:

- 1.º Las traducciones y adaptaciones.
- 2.º Las revisiones, actualizaciones y anotaciones.
- 3.º Los compendios, resúmenes y extractos.
- 4.º Los arreglos musicales.
- 5.º Cualesquiera transformaciones de una obra literaria, artística o científica.

Artículo 12

También son objeto de propiedad intelectual, en los términos de la presente Ley, las colecciones de obras ajenas, como las antologías, y las de otros elementos o datos que por la selección o disposición de las materias constituyan creaciones intelectuales, sin perjuicio, en su caso, de los derechos de los autores de las obras originales.

Artículo 13

No son objeto de propiedad intelectual las disposiciones legales o reglamentarias y sus correspondientes proyectos, las resoluciones de los órganos jurisdiccionales y los actos, acuerdos, deliberaciones y dictámenes de los Organismos públicos, así como las traducciones oficiales de todos los textos anteriores.

CAPITULO III

Contenido

SECCIÓN 1.ª DERECHO MORAL

Artículo 14

Corresponden al autor los siguientes derechos irrenunciables e inalienables:

- 1.º Decidir si su obra ha de ser divulgada y en qué forma.
- 2.º Determinar si tal divulgación ha de hacerse con su nombre, bajo seudónimo o signo, o anónimamente.
- 3.º Exigir el reconocimiento de su condición de autor de la obra.
- 4.º Exigir el respeto a la integridad de la obra e impedir cualquier deformación, modificación, alteración, o atentado contra ella que suponga perjuicio a sus legítimos intereses o menoscabo a su reputación.
- 5.º Modificar la obra respetando los derechos adquiridos por terceros y las exigencias de protección de Bienes de Interés Cultural.
- 6.º Retirar la obra del comercio, por cambio de sus convicciones intelectuales o morales, previa indemnización de daños y perjuicios a los titulares de derechos de explotación.

Si, posteriormente, el autor decide reemprender la explotación de su obra deberá ofrecer preferentemente los correspondientes derechos al anterior titular de los mismos y en condiciones razonablemente similares a las originarias.

7.º Acceder al ejemplar único o raro de la obra, cuando se halle en poder de otro, a fin de ejercitar el derecho de divulgación o cualquier otro que le corresponda.

Este derecho no permitirá exigir el desplazamiento de la obra y el acceso a la misma se llevará a efecto en el lugar y forma que ocasionen menos incomodidades al poseedor, al que se indemnizará, en su caso, por los daños y perjuicios que se le irroguen.

Artículo 15

1. Al fallecimiento del autor el ejercicio de los derechos mencionados en los números 3.º y 4.º del artículo anterior corresponde, sin límite de tiempo, a la persona física o jurídica a la que el autor se lo haya confiado expresamente por disposición de última voluntad. En su defecto, el ejercicio de estos derechos corresponderá a los herederos.

2. Las mismas personas señaladas en el párrafo anterior y en el mismo orden que en él se indica, podrán ejercer el derecho previsto en el número 1.º del artículo 14, en relación con la obra no divulgada en vida de su autor y durante un plazo de sesenta años desde su muerte o declaración de fallecimiento, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 40.

Artículo 16

Siempre que no existan las personas mencionadas en el artículo anterior, o se ignore su paradero, el Estado, las Comunidades Autónomas, las Corporaciones Locales y las Instituciones públicas de carácter cultural estarán legitimados para ejercer los derechos previstos en el mismo.

SECCIÓN 2.ª DERECHOS DE EXPLOTACIÓN

Artículo 17

Corresponde al autor el ejercicio exclusivo de los derechos de explotación de su obra en cualquier forma y, en especial, los derechos de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación, que no podrán ser realizadas sin su autorización, salvo en los casos previstos en la presente Ley.

Artículo 18

Se entiende por reproducción la fijación de la obra en un medio que permita su comunicación y la obtención de copias de toda o parte de ella.

Artículo 19

Se entiende por distribución la puesta a disposición del público del original o copias de la obra mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma.

Cuando la distribución se efectúe mediante venta, este derecho se extingue a partir de la primera.

Artículo 20

1. Se entenderá por comunicación pública todo acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas.

No se considerará pública la comunicación cuando se celebre dentro de un ámbito estrictamente doméstico que no esté integrado o conectado a una red de difusión de cualquier tipo.

2. Especialmente, son actos de comunicación pública:

a) Las representaciones escénicas, recitaciones, disertaciones y ejecuciones públicas de las obras dramáticas, dramático-musicales, literarias y musicales mediante cualquier medio o procedimiento.

b) La proyección o exhibición pública de las obras cinematográficas y de las demás audiovisuales.

c) La emisión de cualesquiera obras por radiodifusión o por cualquier otro medio que sirva para la difusión inalámbrica de signos, sonidos o imágenes. El concepto de emisión comprende la producción de señales desde una estación terrestre hacia un satélite de radiodifusión o de telecomunicación.

d) La transmisión de cualesquiera obras al público por hilo, cable, fibra óptica u otro procedimiento análogo, sea o no mediante abono.

e) La retransmisión, por cualquiera de los medios citados en los apartados anteriores y por Entidad emisora distinta de la de origen, de la obra radiodifundida o televisada.

f) La emisión o transmisión, en lugar accesible al público mediante cualquier instrumento idóneo, de la obra difundida por radio o televisión.

g) La exposición pública de obras de arte o sus reproducciones.

h) El acceso público a bases de datos de ordenador por medio de telecomunicación, cuando éstas incorporen o constituyan obras protegidas.

Artículo 21

1. La transformación de la obra comprende su traducción, adaptación y cualquier otra modificación en su forma de la que se derive una obra diferente.

2. Los derechos de propiedad intelectual de la obra resultante de la transformación corresponderán al autor de esta última, sin perjuicio de los derechos del autor de la obra preexistente.

Artículo 22

La cesión de los derechos de explotación sobre sus obras no impedirá al autor publicarlas reunidas en colección escogida o completa.

Artículo 23

Los derechos de explotación regulados en esta Sección son independientes entre sí.

SECCIÓN 3.ª OTROS DERECHOS

Artículo 24

1. En caso de reventa de obras de artes plásticas efectuada en pública subasta, en establecimiento mercantil o con la intervención de un comerciante o agente comercial, el autor tendrá derecho a exigir del vendedor una participación de un 2 por 100 del precio de enajenación, si éste fuere superior a la cantidad que reglamentariamente se establezca.

Las obras de artes aplicadas no se beneficiarán de lo dispuesto en el párrafo anterior.

2. Los subastadores, comerciantes y agentes que intervengan en la reventa deberán comunicarla al autor directamente o por medio de la correspondiente Entidad de gestión en el plazo de dos meses y facilitarle la información necesaria para la liquidación de su derecho. Asimismo, retendrán del precio de venta el porcentaje correspondiente y lo pondrán a disposición del autor. La acción para reclamar la citada participación prescribirá a los tres años de la fecha de notificación de la reventa.

3. Este derecho es irrenunciable e intransmisible.

Artículo 25

1. Los autores de obras publicadas en forma de libro, fonograma o en cualquier otro soporte sonoro o visual, juntamente con los editores o productores de dichas obras y con los artistas, intérpretes o ejecutantes, cuyas actuaciones se hallen fijadas en las mismas, tendrán derecho a participar en una remuneración compensatoria por las reproducciones de tales obras, efectuadas exclusivamente para uso personal por medio de aparatos técnicos no tipográficos.

2. Dicha remuneración se exigirá de los fabricantes o importadores de equipos y materiales destinados a su distribución comercial en España, que permitan la reproducción de obras para los fines señalados en el apartado anterior.

3. El Gobierno establecerá reglamentariamente el procedimiento para determinar los equipos y materiales sujetos, el importe, el sistema de recaudación y la distribución de la remuneración. Estos derechos se harán efectivos a través de las correspondientes Entidades de gestión.

TITULO III

Duración y límites

CAPITULO PRIMERO

Duración*Artículo 26*

Los derechos de explotación de la obra durarán toda la vida del autor y sesenta años después de su muerte o declaración de fallecimiento.

Artículo 27

1. Los derechos de explotación de la obra divulgada después de la muerte del autor durarán sesenta años desde la fecha de su divulgación, siempre que ésta tenga lugar en los sesenta años siguientes a su muerte.

2. En las obras seudónimas o anónimas, los derechos de explotación durarán sesenta años desde su divulgación, salvo que antes de cumplirse este plazo fuera conocido el autor, en cuyo caso será de aplicación lo dispuesto en el artículo precedente.

No obstante, si pasados sesenta años desde su divulgación el autor revelara su identidad de modo fehaciente, durante su vida o por testamento, se aplicará lo dispuesto en el artículo anterior, sin perjuicio de los derechos adquiridos al amparo del párrafo que antecede.

Artículo 28

1. En la obra realizada en colaboración por varios autores, el plazo de duración de los derechos de explotación se computará desde la muerte del último coautor.

2. La duración de los citados derechos sobre la obra colectiva será de sesenta años a contar desde su divulgación.

3. La publicación conjunta de varias aportaciones, que no constituyan creación unitaria aunque guarden entre sí alguna relación, se regirá, en cuanto a la duración de los respectivos derechos de sus autores, por lo establecido con carácter general en el artículo 26.

Artículo 29

1. En el caso de una obra publicada por partes, volúmenes o entregas, que no sean independientes, el plazo de protección de la obra se contará desde la publicación del último de aquéllos.

2. A estos efectos los apéndices, anuarios y otros complementos de una obra se considerarán independientes de ésta.

Artículo 30

Los plazos establecidos en este capítulo se computarán desde el día primero de enero del año siguiente al de la muerte o declaración de fallecimiento del autor o al de la divulgación o publicación de la obra, según proceda.

CAPITULO II

Límites

Artículo 31

Las obras ya divulgadas podrán reproducirse sin autorización del autor en los siguientes casos:

1.º Como consecuencia o para constancia en un procedimiento judicial o administrativo.

2.º Para uso privado del copista y siempre que la copia no sea objeto de utilización colectiva ni lucrativa.

3.º Para uso privado de invidentes, siempre que la reproducción se efectúe mediante el sistema Braille u otro procedimiento específico y que las copias no sean objeto de utilización lucrativa.

Artículo 32

Es lícita la inclusión en una obra propia de fragmentos de otras ajenas de naturaleza escrita, sonora o audiovisual, así como la de obras aisladas de carácter plástico, fotográfico, figurativo o análogo, siempre que se trate de obras ya divulgadas y su inclusión se realice a título de cita o para su análisis, comentario o juicio crítico. Tal utilización sólo podrá realizarse con fines docentes o de investigación, en la medida justificada por el fin de esa incorporación e indicando la fuente y el nombre del autor de la obra utilizada.

Las recopilaciones periódicas efectuadas en forma de reseñas o revistas de prensa tendrán la consideración de citas.

Artículo 33

1. Los trabajos y artículos sobre temas de actualidad difundidos por los medios de comunicación social podrán ser reproducidos, distribuidos y comunicados públicamente por cualesquiera otros de la misma clase, citando la fuente y el autor si el trabajo apareció con firma y siempre que no se hubiese hecho constar en origen la reserva de derechos. Todo ello sin perjuicio del derecho del autor a percibir la remuneración acordada o, en defecto de acuerdo, la que se estime equitativa.

Cuando se trate de colaboraciones literarias será necesaria, en todo caso, la oportuna autorización del autor.

2. Igualmente se podrán reproducir, distribuir y comunicar las conferencias, alocuciones, informes ante los Tribunales y otras obras del mismo carácter que se hayan pronunciado en público, siempre que esas utilizations se realicen con el exclusivo fin de informar sobre la actualidad. Esta última condición no será de aplicación a los discursos pronunciados en sesiones parlamentarias o de corporaciones públicas. En cualquier caso, queda reservado al autor el derecho a publicar en colección tales obras.

Artículo 34

Cualquier obra susceptible de ser vista u oída con ocasión de informaciones sobre acontecimientos de la actualidad puede ser reproducida, distribuida y comunicada públicamente, si bien sólo en la medida que lo justifique dicha finalidad informativa.

Artículo 35

Las obras situadas permanentemente en parques, calles, plazas u otras vías públicas pueden ser reproducidas, distribuidas y comunicadas libremente por medio de pinturas, dibujos, fotografías y procedimientos audiovisuales.

Artículo 36

1. La autorización para emitir una obra comprende la transmisión por cable de la emisión, cuando ésta se realice simultánea e íntegramente por la Entidad de origen y sin exceder la zona geográfica prevista en dicha autorización.

2. Asimismo, la referida autorización comprende su incorporación a un programa dirigido hacia un satélite que permita la recepción de esta obra a través de Entidad distinta de la de origen, cuando el autor o su derechohabiente haya autorizado a esta última Entidad para comunicar la obra al público, en cuyo caso, además, la emisora de origen quedará exenta del pago de toda remuneración.

3. La cesión del derecho de comunicación pública de una obra, cuando ésta se realiza a través de la radiodifusión, facultará a la Entidad radiodifusora para registrar la misma por sus propios medios y para sus propias emisiones inalámbricas, al objeto de realizar, por una sola vez, la comunicación pública autorizada. Para nuevas difusiones de la obra así registrada será necesaria la cesión del derecho de reproducción y de comunicación pública.

Artículo 37

Los titulares de los derechos de autor no podrán oponerse a las reproducciones de las obras, cuando aquéllas se realicen sin finalidad lucrativa por los museos, bibliotecas, fonotecas, filmotecas, hemerotecas o archivos, de titularidad pública o integradas en Instituciones de carácter cultural o científico y la reproducción se realice exclusivamente para fines de investigación.

Artículo 38

La ejecución de obras musicales en el curso de actos oficiales del Estado, de las Administraciones Públicas y ceremonias religiosas no requerirá autorización de los titulares de los derechos, siempre que el público pueda asistir a ellas gratuitamente y los artistas que en las mismas intervengan no perciban remuneración específica por su interpretación o ejecución en dichos actos.

Artículo 39

No será considerada transformación que exija consentimiento del autor la parodia de la obra divulgada, mientras no implique riesgo de confusión con la misma ni se infiera un daño a la obra original o a su autor.

Artículo 40

Si a la muerte o declaración del fallecimiento del autor, sus derechohabientes ejerciesen su derecho a la no divulgación de la obra, en condiciones que vulneren lo dispuesto en el artículo 44 de la Constitución, el Juez podrá ordenar las medidas adecuadas a petición del Estado, las Comunidades Autónomas, las Corporaciones Locales, las Instituciones públicas de carácter cultural o de cualquier otra persona que tenga un interés legítimo.

TITULO IV

Dominio público

Artículo 41

La extinción de los derechos de explotación de las obras determinará su paso al dominio público.

Las obras de dominio público podrán ser utilizadas por cualquiera, siempre que se respete la autoría y la integridad de la obra, en los términos previstos en los números tercero y cuarto del artículo 14.

TITULO V

Transmisión de los derechos

CAPITULO PRIMERO

Disposiciones generales

Artículo 42

Los derechos de explotación de la obra se transmiten, «mortis causa», por cualquiera de los medios admitidos en derecho.

Artículo 43

1. Los derechos de explotación de la obra pueden transmitirse por actos «inter vivos», quedando limitada la cesión al derecho o derechos cedidos a las modalidades de explotación expresamente previstas y al tiempo y ámbito territorial que se determinen.

2. La falta de mención del tiempo limita la transmisión a cinco años y la del ámbito territorial al país en el que se realice la cesión. Si no se expresan específicamente y de modo concreto las modalidades de explotación de la obra, la cesión quedará limitada a aquella que se deduzca necesariamente del propio contrato y sea indispensable para cumplir la finalidad del mismo.

3. Será nula la cesión de derechos de explotación respecto del conjunto de las obras que pueda crear el autor en el futuro.

4. Serán nulas las estipulaciones por las que el autor se comprometa a no crear alguna obra en el futuro.

5. La transmisión de los derechos de explotación no alcanza a las modalidades de utilización o medios de difusión inexistentes o desconocidos al tiempo de la cesión.

Artículo 44

Los autores menores de dieciocho años y mayores de dieciséis, que vivan de forma independiente con consentimiento de sus padres o tutores o con autorización de la persona o Institución que los tengan a su cargo, tienen plena capacidad para ceder derechos de explotación.

Artículo 45

Toda cesión deberá formalizarse por escrito. Si, previo requerimiento fehaciente, el cesionario incumpliere esta exigencia, el autor podrá optar por la resolución del contrato.

Artículo 46

1. La cesión otorgada por el autor a título oneroso le confiere una participación proporcional en los ingresos de la explotación, en la cuantía convenida con el cesionario.

2. Podrá estipularse, no obstante, una remuneración a tanto alzado para el autor en los siguientes casos:

a) Cuando, atendida la modalidad de la explotación, exista dificultad grave en la determinación de los ingresos o su comprobación sea imposible o de un coste desproporcionado con la eventual retribución.

b) Cuando la utilización de la obra tenga carácter accesorio respecto de la actividad o del objeto material a los que se destine.

c) Cuando la obra, utilizada con otras, no constituya un elemento esencial de la creación intelectual en la que se integre.

d) En el caso de la primera o única edición de las siguientes obras no divulgadas previamente:

- Diccionarios, antologías y enciclopedias.
- Prólogos, anotaciones, introducciones y presentaciones.
- Obras científicas.
- Trabajos de ilustración de una obra.
- Traducciones.
- Ediciones populares a precios reducidos.

Artículo 47

Si en la cesión a tanto alzado se produjese una manifiesta desproporción entre la remuneración del autor y los beneficios obtenidos por el cesionario, aquél podrá pedir la revisión del contrato y, en defecto de acuerdo, acudir al Juez para que fije una remuneración equitativa, atendidas las circunstancias del caso. Esta facultad podrá ejercitarse dentro de los diez años siguientes al de la cesión.

Artículo 48

La cesión en exclusiva deberá otorgarse expresamente con este carácter y atribuirá al cesionario, dentro del ámbito de aquélla, la facultad de explotar la obra con exclusión de otra persona, comprendido el propio cedente, y, salvo pacto en contrario, las de otorgar autorizaciones no exclusivas a terceros. Asimismo, le confiere legitimación, con independencia de la del titular cedente, para perseguir las violaciones que afecten a las facultades que se le hayan concedido.

Esta cesión constituye al cesionario en la obligación de poner todos los medios necesarios para la efectividad de la explotación concedida, según la naturaleza de la obra y los usos vigentes en la actividad profesional, industrial o comercial de que se trate.

Artículo 49

El cesionario en exclusiva podrá transmitir a otro su derecho con el consentimiento expreso del cedente.

En defecto de consentimiento los cesionarios responderán solidariamente frente al primer cedente de las obligaciones de la cesión.

No será necesario el consentimiento cuando la transmisión se lleve a efecto como consecuencia de la disolución o del cambio de titularidad de la Empresa cesionaria.

Artículo 50

1. El cesionario no exclusivo quedará facultado para utilizar la obra de acuerdo con los términos de la cesión y en concurrencia tanto con otros cesionarios como con el propio cedente. Su derecho será intransmisible, salvo en los supuestos previstos en el párrafo tercero del artículo anterior.

2. Las autorizaciones no exclusivas concedidas por las Entidades de gestión para utilización de sus repertorios serán, en todo caso, intransmisibles.

Artículo 51

1. La transmisión al empresario de los derechos de explotación de la obra creada en virtud de una relación laboral se regirá por lo pactado en el contrato, debiendo éste realizarse por escrito.

2. A falta de pacto escrito, se presumirá que los derechos de explotación han sido cedidos en exclusiva y con el alcance necesario para el ejercicio de la actividad habitual del empresario en el momento de la entrega de la obra realizada en virtud de dicha relación laboral.

3. En ningún caso podrá el empresario utilizar la obra o disponer de ella para un sentido o fines diferentes de los que se derivan de lo establecido en los dos apartados anteriores.

4. Las demás disposiciones de esta Ley serán, en lo pertinente, de aplicación a estas transmisiones, siempre que así se derive de la finalidad y objeto del contrato.

Artículo 52

Salvo estipulación en contrario, los autores de obras reproducidas en publicaciones periódicas conservan su derecho a explotarlas en cualquier forma que no perjudique la normal de la publicación en la que se hayan insertado.

El autor podrá disponer libremente de su obra, si ésta no se reprodujese en el plazo de un mes desde su envío o aceptación en las publicaciones diarias o en el de seis meses en las restantes, salvo pacto en contrario.

La remuneración del autor de las referidas obras podrá consistir en un tanto alzado.

Artículo 53

1. Los derechos de explotación de las obras protegidas en esta Ley podrán ser objeto de hipoteca con arreglo a la legislación vigente.

2. Los derechos de explotación correspondientes al autor no son embargables, pero sí lo son sus frutos o productos que se considerarán como salarios, tanto en lo relativo al orden de prelación para el embargo, como a retenciones o parte inembargable.

Artículo 54

Los créditos en dinero por la cesión de derechos de explotación tienen la misma consideración que la de los devengados por salarios o sueldos en los procedimientos concursales de los cesionarios, con el límite de dos anualidades.

Artículo 55

Salvo disposición de la propia Ley, los beneficios que se otorgan en el presente título a los autores y a sus derechohabientes serán irrenunciables.

Artículo 56

1. El adquirente de la propiedad del soporte a que se haya incorporado la obra no tendrá, por este solo título, ningún derecho de explotación sobre esta última.

2. No obstante, el propietario del original de una obra de artes plásticas o de una obra fotográfica tendrá el derecho de exposición pública de la obra, aunque ésta no haya sido divulgada, salvo que el autor hubiera excluido expresamente este derecho en el acto de enajenación del original. En todo caso, el autor podrá oponerse al ejercicio de este derecho, mediante la aplicación, en su caso, de las medidas cautelares previstas en esta Ley, cuando la exposición se realice en condiciones que perjudiquen su honor o reputación profesional.

Artículo 57

La transmisión de derechos de autor para su explotación a través de las modalidades de edición, representación o ejecución, o de producción de obras audiovisuales se regirá, respectivamente y en todo caso, por lo establecido en las disposiciones específicas de este libro I y en lo no previsto en las mismas, por lo establecido en este capítulo.

Las cesiones de derechos para cada una de las distintas modalidades de explotación deberán formalizarse en documentos independientes.

CAPITULO II

Contrato de edición

Artículo 58

Por el contrato de edición el autor o sus derechohabientes ceden al editor, mediante compensación económica, el derecho de reproducir su obra y el de distribuirla. El editor se obliga a realizar estas operaciones por su cuenta y riesgo en las condiciones pactadas y con sujeción a lo dispuesto en esta Ley.

Artículo 59

1. Las obras futuras no son objeto del contrato de edición regulado en esta Ley.

2. El encargo de una obra no es objeto del contrato de edición, pero la remuneración que pudiera convenirse será considerada como anticipo de los derechos que al autor le correspondiesen por la edición, si ésta se realizase.

3. Las disposiciones de este capítulo tampoco serán de aplicación a las colaboraciones en publicaciones periódicas, salvo que así lo exija, en su caso, la naturaleza y la finalidad del contrato.

Artículo 60

El contrato de edición deberá formalizarse por escrito y expresar en todo caso:

- 1.º Si la cesión del autor al editor tiene carácter de exclusiva.
- 2.º Su ámbito territorial.
- 3.º El número máximo y mínimo de ejemplares que alcanzará la edición o cada una de las que se convengan.
- 4.º La forma de distribución de los ejemplares y los que se reserven al autor, a la crítica y a la promoción de la obra.
- 5.º La remuneración del autor, establecida conforme a lo dispuesto en el artículo 46 de esta Ley.
- 6.º El plazo para la puesta en circulación de los ejemplares de la única o primera edición, que no podrá exceder de dos años contados desde que el autor entregue al editor la obra en condiciones adecuadas para realizar la reproducción de la misma.
- 7.º El plazo en que el autor deberá entregar el original de su obra al editor.

Artículo 61

1. Será nulo el contrato no formalizado por escrito, así como el que no exprese los extremos exigidos en los números 3.º y 5.º del artículo anterior.
2. La omisión de los extremos mencionados en los números 6.º y 7.º del artículo anterior dará acción a los contratantes para compelerse recíprocamente a subsanar la falta. En defecto de acuerdo lo hará el Juez atendiendo a las circunstancias del contrato, a los actos de las partes en su ejecución, y a los usos.

Artículo 62

1. Cuando se trate de la edición de una obra en forma de libro, el contrato deberá expresar, además, los siguientes extremos:
 - a) La lengua o lenguas en que ha de publicarse la obra.
 - b) El anticipo a conceder, en su caso, por el editor al autor a cuenta de sus derechos.
 - c) La modalidad o modalidades de edición y, en su caso, la colección de la que formará parte.
2. La falta de expresión de la lengua o lenguas en que haya de publicarse la obra sólo dará derecho al editor a publicarla en el idioma original de la misma.
3. Cuando el contrato establezca la edición de una obra en varias lenguas españolas oficiales, la publicación en una de ellas no exime al editor de la obligación de su publicación en las demás.

Si transcurridos cinco años desde que el autor entregue la obra, el editor no la hubiese publicado en todas las lenguas previstas en el contrato, el autor podrá resolverlo respecto de las lenguas en las que no se haya publicado.
4. Lo dispuesto en el apartado anterior se aplicará también para las traducciones de las obras extranjeras en España.

Artículo 63

La limitación del plazo prevista en el número 6.º del artículo 60 no será de aplicación a las ediciones de los siguientes tipos de obras:

- 1.ª Antologías de obras ajenas, diccionarios, enciclopedias y colecciones análogas.
- 2.ª Prólogos, epílogos, presentaciones, introducciones, anotaciones, comentarios e ilustraciones de obras ajenas.

Artículo 64

Son obligaciones del editor:

- 1.º Reproducir la obra en la forma convenida, sin introducir ninguna modificación que el autor no haya consentido y haciendo constar en los ejemplares el nombre, firma o signo que lo identifique.
- 2.º Someter las pruebas de la tirada al autor, salvo pacto en contrario.
- 3.º Proceder a la distribución de la obra en el plazo y condiciones estipulados.
- 4.º Asegurar a la obra una explotación continua y una difusión comercial conforme a los usos habituales en el sector profesional de la edición.
- 5.º Satisfacer al autor la remuneración estipulada y, cuando ésta sea proporcional, al menos una vez cada año, la oportuna liquidación de cuyo contenido le rendirá cuentas. Deberá, asimismo, poner anualmente a disposición del autor un certificado en el que se determinen los datos relativos a la fabricación, distribución y existencias de ejemplares. A estos efectos, si el autor lo solicita, el editor le presentará los correspondientes justificantes.
- 6.º Restituir al autor el original de la obra, objeto de la edición, una vez finalizadas las operaciones de impresión y tirada de la misma.

Artículo 65

Son obligaciones del autor:

- 1.º Entregar al editor en debida forma para su reproducción y dentro del plazo convenido la obra objeto de la edición.
- 2.º Responder ante el editor de la autoría y originalidad de la obra y del ejercicio pacífico de los derechos que le hubiese cedido.
- 3.º Corregir las pruebas de la tirada, salvo pacto en contrario.

Artículo 66

El autor, durante el período de corrección de pruebas, podrá introducir en la obra las modificaciones que estime imprescindibles, siempre que no alteren su carácter o finalidad, ni se eleve sustancialmente el coste de la edición. En cualquier caso, el contrato de edición podrá prever un porcentaje máximo de correcciones sobre la totalidad de la obra.

Artículo 67

1. El editor no podrá, sin consentimiento del autor, vender como saldo la edición antes de los dos años de la inicial puesta en circulación de los ejemplares.
2. Transcurrido dicho plazo, si el editor decide vender como saldo los que le resten, lo notificará fehacientemente al autor, quien podrá optar por adquirirlos ejerciendo tan-

teo sobre el precio de saldo o, en el caso de remuneración proporcional, percibir el 10 por 100 del facturado por el editor. La opción deberá ejercerla dentro de los treinta días siguientes al recibo de la notificación.

3. Si, tras el mismo plazo, el editor decide destruir el resto de los ejemplares de una edición, deberá asimismo notificarlo al autor, quien podrá exigir que se le entreguen gratuitamente todos o parte de los ejemplares, dentro del plazo de treinta días desde la notificación. El autor no podrá destinar dichos ejemplares a usos comerciales.

Artículo 68

1. Sin perjuicio de las indemnizaciones a que tenga derecho, el autor podrá resolver el contrato de edición en los casos siguientes:

a) Si el editor no realiza la edición de la obra en el plazo y condiciones convenidos.
b) Si el editor incumple alguna de las obligaciones mencionadas en los números 2.º, 4.º y 5.º del artículo 64, no obstante el requerimiento expreso del autor exigiéndole su cumplimiento.

c) Si el editor procede a la venta como saldo o a la destrucción de los ejemplares que le resten de la edición, sin cumplir los requisitos establecidos en el artículo 67.

d) Si el editor cede indebidamente sus derechos a un tercero.

e) Cuando, previstas varias ediciones y agotada la última realizada, el editor no efectúe la siguiente edición en el plazo de un año desde que fuese requerido para ello por el autor. Una edición se considerará agotada a los efectos de este artículo cuando el número de ejemplares sin vender sea inferior al 5 por 100 del total de la edición y, en todo caso, inferior a 100.

f) En los supuestos de liquidación o cambio de titularidad de la empresa editorial, siempre que no se haya iniciado la reproducción de la obra, con devolución, en su caso, de las cantidades percibidas como anticipo.

2. Cuando por cese de la actividad del editor o a consecuencia de un procedimiento concursal se suspenda la explotación de la obra, la Autoridad judicial, a instancia del autor, podrá fijar un plazo para que se reanude aquélla, quedando resuelto el contrato de edición si así no se hiciere.

Artículo 69

El contrato de edición se extingue, además de por las causas generales de extinción de los contratos, por las siguientes:

1.ª Por la terminación del plazo pactado.

2.ª Por la venta de la totalidad de los ejemplares, si ésta hubiera sido el destino de la edición.

3.ª Por el transcurso de diez años desde la cesión si la remuneración se hubiera pactado exclusivamente a tanto alzado de acuerdo con lo establecido en el artículo 46, apartado 1 d), de esta Ley.

4.ª En todo caso, a los quince años de haber puesto el autor al editor en condiciones de realizar la reproducción de la obra.

Artículo 70

Extinguido el contrato y salvo estipulación en contrario, el editor, dentro de los tres años siguientes y cualquiera que sea la forma de distribución convenida, podrá enaje-

nar los ejemplares que, en su caso, posea. El autor podrá adquirirlos por el 60 por 100 de su precio de venta al público o por el que se determine pericialmente u optar por ejercer tanteo sobre el precio de venta.

Dicha enajenación quedará sujeta a las condiciones establecidas en el contrato extinguido.

Artículo 71

El contrato de edición de obras musicales o dramático-musicales por el que se conceden además al editor derechos de comunicación pública, se registrá por lo dispuesto en este capítulo, sin perjuicio de las siguientes normas:

1.^a Será válido el contrato aunque no se exprese el número de ejemplares. No obstante, el editor deberá confeccionar y distribuir ejemplares de la obra en cantidad suficiente para atender las necesidades normales de la explotación concedida de acuerdo con el uso habitual en el sector profesional de la edición musical.

2.^a Para las obras sinfónicas y dramático-musicales el límite de tiempo previsto en el número 6.º del artículo 60 será de cinco años.

3.^a No será de aplicación a este contrato lo dispuesto en el apartado 1 c), del artículo 68, y en los números 2.^a, 3.^a y 4.^a del artículo 69.

Artículo 72

El número de ejemplares de cada edición estará sujeto a control de tirada a través del procedimiento que reglamentariamente se establezca, oídos los sectores profesionales afectados.

El incumplimiento por el editor de los requisitos que a tal efecto se dispongan, facultará al autor o a sus causahabientes para resolver el contrato, sin perjuicio de las responsabilidades en que hubiere podido incurrir el editor.

Artículo 73

Los autores y editores, a través de las entidades de gestión de sus correspondientes derechos de propiedad intelectual o, en su defecto, a través de las asociaciones representativas de unos y otros, podrán acordar condiciones generales para el contrato de edición, dentro del respeto a la Ley.

CAPITULO III

Contrato de representación teatral y ejecución musical

Artículo 74

Por el contrato regulado en este capítulo el autor o sus derechohabientes ceden a una persona natural o jurídica el derecho de representar o ejecutar públicamente una obra literaria, dramática, musical, dramático-musical, pantomímica o coreográfica, mediante compensación económica. El cesionario se obliga a llevar a cabo la comunicación pública de la obra en las condiciones convenidas y con sujeción a lo dispuesto en esta Ley.

Artículo 75

1. Las partes podrán contratar la cesión por plazo cierto o por número determinado de comunicaciones al público.

En todo caso, la duración de la cesión en exclusiva no podrá exceder de cinco años.

2. En el contrato deberá estipularse el plazo dentro del cual debe llevarse a efecto la comunicación única o primera de la obra. Dicho plazo no podrá ser superior a dos años desde la fecha del contrato o, en su caso, desde que el autor puso al empresario en condiciones de realizar la comunicación.

Si el plazo no fuese fijado, se entenderá otorgado por un año. En el caso de que tuviera por objeto la representación escénica de la obra, el referido plazo será el de duración de la temporada correspondiente al momento de la conclusión del contrato.

Artículo 76

Si en el contrato no se hubieran determinado las modalidades autorizadas, éstas quedarán limitadas a las de recitación y representación en teatros, salas o recintos cuya entrada requiera el pago de una cantidad de dinero.

Artículo 77

Son obligaciones del autor:

1.º Entregar al empresario el texto de la obra con la partitura, en su caso, completamente instrumentada, cuando no se hubiese publicado en forma impresa.

2.º Responder ante el cesionario de la autoría y originalidad de la obra y del ejercicio pacífico de los derechos que le hubiese cedido.

Artículo 78

El cesionario está obligado:

1.º A llevar a cabo la comunicación pública de la obra en el plazo convenido o determinado conforme al apartado 2 del artículo 75.

2.º A efectuar esa comunicación sin hacer en la obra variaciones, adiciones, cortes o supresiones no consentidos por el autor y en condiciones técnicas que no perjudiquen el derecho moral de éste.

3.º A garantizar al autor o sus representantes la inspección de la representación pública de la obra y la asistencia a la misma gratuitamente.

4.º A satisfacer puntualmente al autor la remuneración convenida, que se determinará conforme a lo dispuesto en el artículo 46 de esta Ley.

5.º A presentar al autor o a sus representantes el programa exacto de los actos de comunicación y cuando la remuneración fuese proporcional, una declaración de los ingresos. Asimismo, el cesionario deberá facilitarles la comprobación de dichos programas y declaraciones.

Artículo 79

Los empresarios de espectáculos públicos se considerarán depositarios de la remuneración correspondiente a los autores por la comunicación de sus obras, cuando aquélla consista en una participación proporcional en los ingresos. Dicha remuneración deberán tenerla semanalmente a disposición de los autores o de sus representantes.

Artículo 80

Salvo que las partes hubieran convenido otra cosa, se sujetarán en la ejecución del contrato a las siguientes reglas:

1.^a Correrá a cargo del cesionario la obtención de las copias necesarias para la comunicación pública de la obra. Estas deberán ser visadas por el autor.

2.^a El autor y el cesionario elegirán de mutuo acuerdo los intérpretes principales y, tratándose de orquestas, coros, grupos de bailes y conjuntos artísticos análogos, el director.

3.^a El autor y el cesionario convendrán la redacción de la publicidad de los actos de comunicación.

Artículo 81

El contrato podrá ser resuelto por voluntad del autor en los siguientes casos:

1.^o Si el empresario que hubiese adquirido derechos exclusivos, una vez iniciadas las representaciones públicas de la obra, las interrumpiere durante un año.

2.^o Si el empresario incumpliere la obligación mencionada en el número primero del artículo 78.

3.^o Si el empresario incumpliere cualquiera de las obligaciones citadas en los números 2.^o, 3.^o, 4.^o y 5.^o del mismo artículo 78, después de haber sido requerido por el autor para su cumplimiento.

Artículo 82

El contrato de representación se extingue, además de por las causas generales de extinción de los contratos, cuando, tratándose de una obra de estreno y siendo su representación escénica la única modalidad de comunicación contemplada en el contrato, aquélla hubiese sido rechazada claramente por el público y así se hubiese expresado en el contrato.

Artículo 83

El contrato de representación que tenga por objeto la ejecución pública de una composición musical se regirá por las disposiciones de este capítulo, siempre que lo permita la naturaleza de la obra y la modalidad de la comunicación autorizada.

Artículo 84

1. La cesión del derecho de comunicación pública de las obras a las que se refiere este capítulo, a través de la radiodifusión, se regirá por las disposiciones del mismo, con excepción de lo dispuesto en el número 1.^o del artículo 81.

2. Salvo pacto en contrario, se entenderá que dicha cesión queda limitada a la emisión de la obra por una sola vez, realizada por medios inalámbricos y centros emisores de la entidad de radiodifusión autorizada, dentro del ámbito territorial determinado en el contrato, sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados 1 y 2 del artículo 36.

Artículo 85

Las autorizaciones que el autor conceda a un empresario para que pueda proceder a una comunicación pública de su obra, sin obligarse a efectuarla, se regirán por las disposiciones de este capítulo en lo que les fuese aplicable.

TÍTULO VI

De las obras cinematográficas y demás obras audiovisuales

Artículo 86

1. Las disposiciones contenidas en el presente título serán de aplicación a las obras cinematográficas y demás obras audiovisuales, entendiéndose por tales las creaciones expresadas mediante una serie de imágenes asociadas, con o sin sonorización incorporada, que estén destinadas esencialmente a ser mostradas a través de aparatos de proyección o cualquier otro medio de comunicación pública de la imagen y del sonido, con independencia de la naturaleza de los soportes materiales de dichas obras.

2. Todas las obras enunciadas en el presente artículo se denominarán en lo sucesivo obras audiovisuales.

Artículo 87

Son autores de la obra audiovisual en los términos previstos en el artículo 7 de esta Ley:

1. El director-realizador.
2. Los autores del argumento, la adaptación y los del guión o los diálogos.
3. Los autores de las composiciones musicales, con o sin letra, creadas especialmente para esta obra.

Artículo 88

1. Sin perjuicio de los derechos que corresponden a los autores, por el contrato de producción de la obra audiovisual se presumirán cedidos en exclusiva al productor, con las limitaciones establecidas en este título, los derechos de reproducción, distribución y comunicación pública, así como los de doblaje o subtítulo de la obra.

No obstante, en las obras cinematográficas será siempre necesaria la autorización expresa de los autores para su explotación, mediante la puesta a disposición del público de copias en cualquier sistema o formato, para su utilización en el ámbito doméstico, o mediante su comunicación pública a través de la radiodifusión.

2. Salvo estipulación en contrario, los autores podrán disponer de su aportación en forma aislada, siempre que no se perjudique la normal explotación de la obra audiovisual.

Artículo 89

1. Mediante el contrato de transformación de una obra preexistente que no esté en el dominio público se presumirá que el autor de la misma cede al productor de la obra audiovisual los derechos de explotación sobre ella en los términos previstos en el artículo 88.

2. Salvo pacto en contrario, el autor de la obra preexistente conservará sus derechos a explotarla en forma de edición gráfica y de representación escénica y, en todo caso, podrá disponer de ella para otra obra audiovisual a los quince años de haber puesto su aportación a disposición del productor.

Artículo 90

1. La remuneración de los autores de la obra audiovisual por la cesión de los derechos mencionados en el artículo 88 y, en su caso, la correspondiente a los autores de las obras preexistentes, hayan sido transformadas o no, deberán determinarse para cada una de las modalidades de explotación concedidas.

2. En todo caso y con independencia de lo pactado en el contrato, cuando la obra audiovisual sea proyectada en lugares públicos mediante el pago de un precio de entrada, los autores mencionados en el apartado anterior tendrán derecho a percibir de quienes exhiban públicamente dicha obra un porcentaje de los ingresos procedentes de dicha exhibición pública. Las cantidades pagadas por este concepto podrán deducirlas los exhibidores de las que deban abonar a los cedentes de la obra audiovisual.

Este derecho es irrenunciable e intransmisible por actos *inter vivos*. En el caso de exportación de la obra audiovisual los autores podrán ceder el derecho mencionado por una cantidad alzada, cuando en el país de destino les sea imposible o gravemente dificultoso el ejercicio efectivo del derecho.

Los empresarios de salas públicas o de locales de exhibición deberán poner periódicamente a disposición de los autores las cantidades recaudadas en concepto de dicha remuneración. A estos efectos, el Gobierno podrá establecer reglamentariamente los oportunos procedimientos de control.

3. La proyección, exhibición o transmisión, debidamente autorizadas, de una obra audiovisual por cualquier procedimiento, sin exigir pago de un precio de entrada, dará derecho a los autores a percibir la remuneración que proceda, de acuerdo con las tarifas generales establecidas por la entidad de gestión correspondiente.

4. Con el objeto de facilitar al autor el ejercicio de los derechos que le correspondan por la explotación de la obra audiovisual, el productor, al menos una vez al año, deberá facilitar a instancia del autor la documentación necesaria.

5. Lo establecido en los apartados 2 y 3 no será de aplicación a los autores de obras audiovisuales de carácter publicitario.

Artículo 91

Cuando la aportación de un autor no se completase por negativa injustificada del mismo o por causa de fuerza mayor, el productor podrá utilizar la parte ya realizada, respetando los derechos de aquél sobre la misma, sin perjuicio, en su caso, de la indemnización que proceda.

Artículo 92

1. Se considerará terminada la obra audiovisual cuando haya sido establecida la versión definitiva, de acuerdo con lo pactado en el contrato entre el director-realizador y el productor.

2. Cualquier modificación de la versión definitiva de la obra audiovisual mediante añadido, supresión o cambio de cualquier elemento de la misma, necesitará la autorización previa de quienes hayan acordado dicha versión definitiva.

No obstante, en los contratos de producción de obras audiovisuales destinadas esencialmente a la comunicación pública a través de la radiodifusión, se presumirá concedida por los autores, salvo estipulación en contrario, la autorización para realizar en la forma de emisión de la obra las modificaciones estrictamente exigidas por el modo de programación del medio, sin perjuicio en todo caso del derecho reconocido en el número 4.º del artículo 14.

Artículo 93

1. El derecho moral de los autores sólo podrá ser ejercido sobre la versión definitiva de la obra audiovisual.

2. Queda prohibida la destrucción del soporte original de la obra audiovisual en su versión definitiva.

Artículo 94

Las disposiciones contenidas en el presente título serán de aplicación, en lo pertinente, a las obras radiofónicas.

TÍTULO VII

De los programas de ordenador

Artículo 95

El derecho de autor sobre los programas de ordenador se regirá por los preceptos del presente título y, en lo que no esté específicamente previsto en el mismo, por las disposiciones que resulten aplicables de la presente Ley.

Artículo 96

1. A los efectos de la presente Ley se entenderá por programa de ordenador toda secuencia de instrucciones o indicaciones destinadas a ser utilizadas, directa o indirectamente, en un sistema informático para realizar una función o una tarea o para obtener un resultado determinado, cualquiera que fuere su forma de expresión y fijación.

2. La documentación técnica y los manuales de uso de un programa gozarán de la misma protección que este título dispensa a los programas de ordenador.

3. Los programas de ordenador que formen parte de una patente o un modelo de utilidad gozarán, sin perjuicio de lo dispuesto en la presente Ley, de la protección que pudiera corresponderles por aplicación del régimen jurídico de la propiedad industrial.

4. La protección establecida en la presente Ley se extiende a cualesquiera versiones sucesivas del programa, así como a los programas derivados.

Artículo 97

La duración de los derechos de explotación de un programa será de cincuenta años, contados desde el 1 de enero del año siguiente al de su publicación, o al de su creación si no se hubiera publicado.

Artículo 98

El autor, salvo pacto en contrario, no podrá oponerse a que el cesionario titular de derechos de explotación realice o autorice la realización de versiones sucesivas de su programa ni de programas derivados del mismo.

Artículo 99

1. Se entiende por cesión del derecho de uso aquel acto en virtud del cual el titular del derecho de explotación de un programa de ordenador autoriza a otro a utilizar el programa, conservando el cedente la propiedad del mismo.

Se entenderá, salvo prueba en contrario, que la cesión del derecho de uso es de carácter no exclusivo e intransferible, presumiéndose asimismo que lo es para satisfacer únicamente las necesidades del usuario.

2. La reproducción del programa, incluso para uso personal, exigirá la autorización del titular del derecho de explotación, con excepción de la copia de seguridad.

3. No constituye reproducción, a los efectos previstos en el artículo 18 de esta Ley, la introducción del programa en memoria interna a los solos efectos de su utilización por el usuario, sin perjuicio de su necesaria comunicación al titular del derecho de explotación cuando así se hubiere pactado.

4. No constituye transformación, a los efectos previstos en el artículo 21, la adaptación de un programa realizada por el usuario para la utilización exclusiva por el mismo.

Artículo 100

Los derechos sobre los programas de ordenador, así como sobre sus sucesivas versiones y los programas derivados, podrán ser objeto de inscripción en el Registro de la Propiedad Intelectual.

Reglamentariamente se determinarán aquellos elementos de los programas registrados que serán susceptibles de consulta pública.

LIBRO II

Otros derechos de propiedad intelectual

TITULO PRIMERO

Derechos de los artistas, intérpretes o ejecutantes*Artículo 101*

Se entiende por artista, intérprete o ejecutante a la persona que represente, cante, lea, recite, interprete o ejecute en cualquier forma una obra. El director de escena y el director de orquesta tendrán los derechos reconocidos a los artistas en este título.

Artículo 102

1. Corresponde al artista, intérprete o ejecutante el derecho exclusivo de autorizar la reproducción y comunicación pública de sus interpretaciones o ejecuciones.

2. Dicha autorización deberá otorgarse por escrito.

3. Al celebrar un contrato de interpretación o ejecución para realizar un fonograma o una obra audiovisual el artista autoriza la reproducción y comunicación pública de dicha interpretación o ejecución, sin perjuicio de lo establecido en el artículo siguiente.

Artículo 103

Cuando un fonograma publicado con fines comerciales se utilice en cualquier forma de comunicación pública, los artistas, intérpretes o ejecutantes, cuyas actuaciones se hayan fijado en aquél, tendrán derecho a una compensación económica. El importe de esta compensación será el 50 por 100 de los rendimientos que obtenga el productor por causa de dicha utilización.

Artículo 104

Si la interpretación o ejecución se realiza en cumplimiento de un contrato de trabajo o de arrendamiento de servicios, se entenderá, salvo estipulación en contrario, que el empresario o el arrendador adquieren sobre aquéllas los derechos previstos en el artículo 102, que se deduzcan de la naturaleza y objeto del contrato.

Artículo 105

Los artistas, intérpretes o ejecutantes que participen colectivamente en una misma actuación, tales como los componentes de un grupo musical, coro, orquesta, ballet o compañía de teatro, deberán designar de entre ellos un representante para el otorgamiento de las autorizaciones mencionadas en este título. Para tal designación, que deberá formalizarse por escrito, valdrá el acuerdo mayoritario de los intérpretes. Esta obligación no alcanza a los solistas ni a los directores de orquesta o de escena.

Artículo 106

Los derechos reconocidos al artista, intérprete o ejecutante en los anteriores artículos tendrán una duración de cuarenta años, contados desde el 1 de enero del siguiente año al de publicación de la fijación o al de la interpretación o ejecución, si no hubiera ocurrido dicha publicación.

Artículo 107

El artista, intérprete o ejecutante goza del derecho al reconocimiento de su nombre sobre sus interpretaciones o ejecuciones y a oponerse, durante su vida, a toda deformación, mutilación o cualquier otro atentado sobre su actuación que lesione su prestigio o reputación. A su fallecimiento y durante el plazo de los veinte años siguientes, el ejercicio de estos derechos corresponderá a los herederos.

Será necesaria la autorización expresa del artista para el doblaje de su actuación en su propia lengua.

TÍTULO II

De los productores de fonogramas*Artículo 108*

1. Se entiende por fonograma toda fijación exclusivamente sonora de la ejecución de una obra o de otros sonidos.

2. Es productor de un fonograma la persona natural o jurídica bajo cuya iniciativa y responsabilidad se realiza por primera vez la mencionada fijación. Si dicha operación

se efectúa en el seno de una empresa, el titular de ésta será considerado productor del fonograma.

Artículo 109

1. El productor tiene respecto de sus fonogramas el derecho exclusivo de autorizar su reproducción, directa o indirectamente, la distribución de copias de aquéllos y la comunicación pública de unos u otras.

2. El derecho de distribución comprende especialmente la facultad de autorizar la importación y exportación de copias del fonograma con fines de comercialización.

Artículo 110

En los casos de infracción de los derechos reconocidos en el artículo anterior, corresponderá el ejercicio de las acciones procedentes tanto al productor fonográfico como al cesionario de los mismos.

Artículo 111

La duración de los derechos reconocidos en este título será de cuarenta años, contados desde el 1 de enero del siguiente año al de publicación del fonograma o al de su producción, si no se hubiera publicado.

TITULO III

De los productores de las grabaciones audiovisuales

Artículo 112

Se entiende por productor de una grabación audiovisual, la persona natural o jurídica que tenga la iniciativa y asuma la responsabilidad de la fijación de un plano o secuencia de imágenes con o sin sonido, sean o no creaciones susceptibles de ser calificadas como obras audiovisuales.

Artículo 113

El productor gozará, respecto de sus grabaciones audiovisuales, del derecho de autorizar su reproducción, distribución y comunicación pública.

Artículo 114

Le corresponden, asimismo al productor los derechos de explotación de las fotografías que fueren realizadas en el proceso de producción de la grabación audiovisual.

Artículo 115

La duración de los derechos reconocidos en este título será de cuarenta años, contados desde el 1 de enero del año siguiente al de la divulgación de la grabación o al de su realización, si no se hubiera divulgado.

TITULO IV

De las Entidades de radiodifusión

Artículo 116

1. Las Entidades de radiodifusión gozan, respecto de sus emisiones o transmisiones, del derecho exclusivo de autorizar:

- a) La retransmisión por cualquier procedimiento técnico.
- b) La grabación en cualquier soporte sonoro o visual, incluso la de alguna imagen aislada difundida en la emisión o transmisión, así como la reproducción de tales grabaciones.
- c) La comunicación pública de sus emisiones o transmisiones de radiodifusión, cuando se efectúe en lugares a los que el público pueda acceder mediante el pago de un derecho de admisión o entrada.

2. El concepto de emisión incluye la producción de señales portadoras de programas con destino a un satélite de radiodifusión o telecomunicación, y el de retransmisión, la difusión al público por una Entidad que emita o difunda emisiones de otra, recibidas a través de uno cualquiera de los mencionados satélites.

Artículo 117

Los derechos reconocidos en este título duran cuarenta años contados desde el 1 de enero del siguiente año al de la realización de la emisión.

TITULO V

De la protección de las meras fotografías

Artículo 118

Quien realice una fotografía u otra reproducción obtenida por procedimiento análogo a aquella, cuando ni una ni otra tengan el carácter de obras protegidas en el libro I, goza del derecho exclusivo de autorizar su reproducción, distribución y comunicación pública, en los mismos términos reconocidos en la presente Ley a los autores de obras fotográficas.

Este derecho tendrá una duración de veinticinco años desde la realización de la fotografía.

TITULO VI

De la protección de determinadas producciones editoriales

Artículo 119

Los editores de obras inéditas que estén en el dominio público tendrán sobre ellas los mismos derechos de explotación que hubieran correspondido a sus autores.

Artículo 120

Los derechos reconocidos en el artículo anterior duran diez años, contados del 1 de enero del siguiente año al de la publicación.

TITULO VII

Disposiciones comunes*Artículo 121*

Los derechos reconocidos en este libro II se entenderán sin perjuicio de los que correspondan a los autores.

Artículo 122

Las disposiciones contenidas en la sección segunda del capítulo III, título II y en el capítulo II, del título III, ambos del libro I de la presente Ley, se aplicarán, con carácter subsidiario y, en lo pertinente, a los derechos regulados en el presente libro.

LIBRO III

**De la protección de los derechos reconocidos
en esta Ley**

TITULO PRIMERO

Acciones y procedimientos*Artículo 123*

El titular de los derechos reconocidos en esta Ley, sin perjuicio de otras acciones que le correspondan, podrá instar el cese de la actividad ilícita del infractor y exigir la indemnización de los daños materiales y morales causados, en los términos previstos en los artículos 124 y 125.

Asimismo podrá solicitar con carácter previo la adopción de las medidas cautelares de protección urgente reguladas en el artículo 126.

Artículo 124

1. El cese de la actividad ilícita podrá comprender:
 - a) La suspensión de la explotación infractora.
 - b) La prohibición al infractor de reanudarla.
 - c) La retirada del comercio de los ejemplares ilícitos y su destrucción.
 - d) La inutilización de los moldes, planchas, matrices, negativos y demás elementos destinados exclusivamente a la reproducción de ejemplares ilícitos y, en caso necesario, la destrucción de tales instrumentos.
 - e) La remoción o el precinto de los aparatos utilizados en la comunicación pública no autorizada.

2. El infractor podrá solicitar que la destrucción o inutilización de los mencionados ejemplares y material, cuando éstos sean susceptibles de otras utilidades, se efectúe en la medida necesaria para impedir la explotación ilícita.

3. El titular del derecho infringido podrá pedir la entrega de los referidos ejemplares y material a precio de coste y a cuenta de su correspondiente indemnización de daños y perjuicios.

4. Lo dispuesto en este artículo no se aplicará a los ejemplares adquiridos de buena fe para uso personal.

Artículo 125

El perjudicado podrá optar, como indemnización, entre el beneficio que hubiere obtenido presumiblemente, de no mediar la utilización ilícita, o la remuneración que hubiera percibido de haber autorizado la explotación.

En caso de daño moral procederá su indemnización, aun no probada la existencia de perjuicio económico. Para su valoración se atenderá a las circunstancias de la infracción, gravedad de la lesión y grado de difusión ilícita de la obra.

La acción para reclamar los daños y perjuicios a que se refiere este artículo prescribirá a los cinco años desde que el legitimado pudo ejercitarla.

Artículo 126

En caso de infracción o cuando exista temor racional y fundado de que ésta va a producirse de modo inminente, la autoridad judicial podrá decretar, a instancia de los titulares de los derechos reconocidos en esta Ley, las medidas cautelares que, según las circunstancias, fuesen necesarias para la protección urgente de tales derechos, y en especial:

1. La intervención y el depósito de los ingresos obtenidos por la actividad ilícita de que se trate o, en su caso, la consignación o depósito de las cantidades debidas en concepto de remuneración.

2. La suspensión de la actividad de reproducción, distribución y comunicación pública, según proceda.

3. El secuestro de los ejemplares producidos o utilizados y el del material empleado exclusivamente para la reproducción o comunicación pública.

Artículo 127

Las medidas cautelares de protección urgente previstas en el artículo anterior serán de tramitación preferente y se adoptarán con arreglo a lo previsto en el artículo 1.428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con las siguientes especialidades:

1.ª Serán competentes los Jueces de Primera Instancia en cuya jurisdicción tenga efecto la infracción o existan indicios racionales de que ésta va a producirse, o en la que se hayan descubierto los ejemplares que se consideren ilícitos a elección del solicitante de las medidas. No obstante, una vez presentada la demanda principal, será único Juez competente para cuanto se relacione con la medida adoptada, el que conozca de aquélla.

Asimismo, cuando la medida se solicite al tiempo de proponer la demanda en el juicio declarativo correspondiente o durante la sustanciación de éste, será competente el Juez o Tribunal que esté conociendo del pleito.

2.ª La medida se solicitará por escrito firmado por el interesado o su representante legal o voluntario, no siendo necesaria la intervención del Procurador ni la asistencia del Letrado, excepto en los casos previstos en el párrafo segundo de la regla primera.

3.ª Dentro de los tres días siguientes al de la presentación del escrito el Juez oirá a las partes que concurran a la comparecencia y resolverá, en todo caso, al día siguiente de la finalización del plazo anterior.

4.ª Cualquiera de las partes podrá solicitar la práctica de la prueba de reconocimiento judicial, y si ésta fuera admitida, se llevará a efecto de inmediato.

5.ª Antes de la resolución o en la misma, el Juez, si lo estima necesario, podrá exigir al solicitante fianza bastante para responder de los perjuicios y costas que puedan ocasionar.

6.ª El solicitante podrá reiterar la petición de medidas cautelares, siempre que aparezcan hechos nuevos relativos a la infracción u obtuviere pruebas de las que hubiese carecido anteriormente.

Artículo 128

Las medidas cautelares previstas en el artículo 126 podrán ser acordadas en las causas criminales que se sigan por infracción de los derechos reconocidos en esta Ley.

En su tramitación se observarán las reglas del artículo 127, en lo que fuera pertinente.

Las mencionadas medidas no impedirán la adopción de cualesquiera otras establecidas en la legislación procesal penal.

TITULO II

El Registro de la Propiedad Industrial

Artículo 129

El Registro General de la Propiedad Intelectual dependerá del Ministerio de Cultura y tendrá carácter único para todo el territorio nacional.

En cada una de las capitales de provincia existirá una oficina provincial del Registro a los efectos de la toma de razón de las solicitudes de inscripción, que funcionará bajo la dirección del Registro General, sin perjuicio de las competencias que, en su caso, correspondan a las Comunidades Autónomas.

Artículo 130

1. Podrán ser objeto de inscripción en el Registro los derechos de propiedad intelectual relativos a las obras y demás producciones protegidas por la presente Ley.

2. El Registrador calificará las solicitudes presentadas y la legalidad de los actos y contratos relativos a los derechos inscribibles, pudiendo denegar o suspender la práctica de los asientos correspondientes. Contra el acuerdo del Registrador podrán ejercitarse directamente ante la jurisdicción civil las acciones correspondientes.

3. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que los derechos inscritos existen y pertenecen a su titular en la forma determinada en el asiento respectivo.

4. El Registro será público, sin perjuicio de las limitaciones que puedan establecerse al amparo de lo previsto en el artículo 100.

5. Reglamentariamente se determinará el procedimiento de inscripción, así como la estructura y funcionamiento del Registro.

TITULO III

De los símbolos o indicaciones de la reserva de derechos*Artículo 131*

El titular o concesionario en exclusiva de un derecho de explotación sobre una obra o producción protegidas por esta Ley podrá anteponer a su nombre el símbolo ®, con precisión del lugar y año de la divulgación de aquéllas.

Asimismo, en las copias de los fonogramas o en sus envolturas se podrá anteponer al nombre del productor o de su cesionario, el símbolo (P), indicando el año de la publicación.

Los símbolos y referencias mencionadas deberán hacerse constar en modo y colocación tales que muestren claramente que los derechos de explotación están reservados.

TITULO IV

De las Entidades de gestión de los derechos reconocidos en la Ley*Artículo 132*

Las Entidades legalmente constituidas que pretendan dedicarse, en nombre propio o ajeno, a la gestión de derechos de explotación u otros de carácter patrimonial, por cuenta y en interés de varios autores u otros titulares de derechos de propiedad intelectual, deberán obtener la oportuna autorización del Ministerio de Cultura, que habrá de publicarse en el «Boletín Oficial del Estado».

Estas Entidades no podrán tener ánimo de lucro y, en virtud de la autorización, podrán ejercer los derechos de propiedad intelectual confiados a su gestión y tendrán los derechos y obligaciones que en este título se establecen.

Artículo 133

1. La autorización prevista en el artículo anterior sólo se concederá si concurren las siguientes condiciones:

- a) Que los Estatutos de la Entidad solicitante cumplan los requisitos establecidos en este título.
- b) Que de los datos aportados y de la información practicada se desprenda que la Entidad solicitante reúne las condiciones necesarias para asegurar la eficaz administración de los derechos, cuya gestión le va a ser encomendada, en todo el territorio nacional.
- c) Que la autorización favorezca los intereses generales de la protección de la propiedad intelectual en España.

2. Para valorar la concurrencia de las condiciones establecidas en las letras b) y c) del apartado anterior, se tendrán, particularmente en cuenta el número de titulares de derechos que se hayan comprometido a confiarle la gestión de los mismos, en caso de que sea autorizada, el volumen de usuarios potenciales, la idoneidad de sus Estatutos y sus medios para el cumplimiento de sus fines, la posible efectividad de su gestión en el extranjero y, en su caso, el informe de las Entidades de gestión ya autorizadas.

Artículo 134

La autorización podrá ser revocada por el Ministerio de Cultura si sobreviniera o se pusiera de manifiesto algún hecho que pudiera haber originado la denegación de la autorización, o si la Entidad de gestión incumpliera gravemente las obligaciones establecidas en este título. En los tres supuestos deberá mediar un previo apercibimiento del Ministerio de Cultura, que fijará un plazo no inferior a tres meses para la subsanación o corrección de los hechos señalados.

La revocación producirá sus efectos a los tres meses de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

Artículo 135

Las Entidades de gestión una vez autorizadas estarán legitimadas, en los términos que resulten de sus propios Estatutos, para ejercer los derechos confiados a su gestión y hacerlos valer en toda clase de procedimientos administrativos o judiciales.

Artículo 136

Sin perjuicio de lo que dispongan otras normas que les sean de aplicación, en los Estatutos de las Entidades de gestión se hará constar:

1. La denominación, que no podrá ser idéntica a la de otras Entidades, ni tan semejante que pueda inducir a confusiones.
2. El objeto o fines, con especificación de los derechos administrados, no pudiendo dedicar su actividad fuera del ámbito de la protección de los derechos de propiedad intelectual.
3. Las clases de titulares de derechos comprendidos en la gestión y, en su caso, las distintas categorías de aquéllos a efectos de su participación en la administración de la Entidad.
4. Las condiciones para la adquisición y pérdida de la cualidad de socio. En todo caso, los socios deberán ser titulares de derechos de los que haya de gestionar la Entidad y el número de ellos no podrá ser inferior a diez.
5. Los derechos de los socios y, en particular, el régimen de voto, que podrá establecerse teniendo en cuenta criterios de ponderación que limiten razonablemente el voto plural. En materia relativa a sanciones de exclusión de socios, el régimen de voto será igualitario.
6. Los deberes de los socios y su régimen disciplinario.
7. Los órganos de gobierno y representación de la Entidad y su respectiva competencia, así como las normas relativas a la convocatoria, constitución y funcionamiento de los de carácter colegiado, con prohibición expresa de adoptar acuerdos respecto de los asuntos que no figuren en el orden del día.
8. El procedimiento de elección de los socios administradores.
9. El patrimonio inicial y los recursos económicos previstos.
10. Las reglas a que han de someterse los sistemas de reparto de la recaudación.
11. El régimen de control de la gestión económica y financiera de la Entidad.
12. El destino del patrimonio o activo neto resultante en los supuestos de liquidación de la Entidad que, en ningún caso, podrá ser objeto de reparto entre los socios.

Artículo 137

Las Entidades de gestión están obligadas a aceptar la administración de los derechos de autor y otros derechos de propiedad intelectual que les sean encomendados de acuerdo con su objeto o fines. Dicho encargo lo desempeñarán con sujeción a sus Estatutos y demás normas aplicables al efecto.

Artículo 138

1. La gestión de los derechos será encomendada por sus titulares a la Entidad mediante contrato, cuya duración no podrá ser superior a cinco años, indefinidamente renovables, ni podrá imponer como obligatoria la gestión de todas las modalidades de explotación ni la de la totalidad de la obra o producción futura.

2. Las Entidades deberán establecer en sus Estatutos las adecuadas disposiciones para asegurar una gestión libre de influencias de los usuarios de su repertorio y para evitar una injusta utilización preferencial de sus obras.

Artículo 139

1. El reparto de los derechos recaudados se efectuará equitativamente entre los titulares de las obras o producciones utilizadas, con arreglo a un sistema predeterminado en los Estatutos y que excluya la arbitrariedad.

2. Las Entidades de gestión deberán reservar a los titulares una participación en los derechos recaudados proporcional a la utilización de sus obras.

Artículo 140

Las Entidades de gestión deberán promover actividades o servicios de carácter asistencial en beneficio de sus socios, bien por sí, bien a través de Entidades sin ánimo de lucro constituidas o que puedan constituirse al efecto.

Igualmente, deberán dedicar a actividades de formación y promoción de autores, artistas, ejecutantes e intérpretes noveles un porcentaje de la remuneración a que se refiere el artículo 25, que se determinará reglamentariamente.

Artículo 141

Dentro de los seis meses siguientes al cierre de cada ejercicio, la Entidad confeccionará el correspondiente balance y una memoria de las actividades realizadas durante la anualidad anterior.

Sin perjuicio de lo dispuesto en la normativa aplicable, el balance y la documentación contable serán sometidos a verificación por expertos o sociedades de expertos, legalmente competentes, nombrados en la Asamblea general de la Entidad celebrada el año anterior o en el de su constitución. Los Estatutos establecerán las normas con arreglo a las cuales habrá de ser designado otro auditor por la minoría.

El balance, con nota de haber obtenido o no el informe favorable del auditor, se pondrá a disposición de los socios en el domicilio legal y delegaciones territoriales de la Entidad, con una antelación mínima de quince días al de la celebración de la Asamblea general en la que haya de ser aprobado.

Artículo 142

1. Las Entidades de gestión están obligadas:

a) A contratar con quien lo solicite, salvo motivo justificado, la concesión de autorizaciones no exclusivas de los derechos gestionados, en condiciones razonables y bajo remuneración.

b) A establecer tarifas generales que determinen la remuneración exigida por la utilización de su repertorio, que deberán prever reducciones para las Entidades culturales que carezcan de finalidad lucrativa.

c) A celebrar contratos generales con asociaciones de usuarios de su repertorio, siempre que aquéllas lo soliciten y sean representativas del sector correspondiente.

2. En tanto las partes no lleguen a un acuerdo, la autorización correspondiente se entenderá concedida si el solicitante hace efectiva bajo reserva o consigna judicialmente la cantidad exigida por la Entidad de gestión de acuerdo con las tarifas generales.

3. Lo dispuesto en el presente artículo no será de aplicación a la gestión de derechos relativos a las obras literarias, dramáticas, dramático-musicales, coreográficas o de pantomimas, ni respecto de la utilización singular de una o varias obras de cualquier clase que requiera la autorización individualizada de su titular.

Artículo 143

Se crea en el Ministerio de Cultura, con carácter de órgano colegiado de ámbito nacional, la Comisión Arbitral de la Propiedad Intelectual.

Será función de dicha Comisión:

a) Dar solución, previo sometimiento de las partes, a los conflictos que, en aplicación de lo dispuesto en el apartado 1 del artículo anterior, puedan producirse entre las Entidades de gestión y las asociaciones de usuarios de su repertorio o entre aquéllas y las Entidades de radiodifusión. El sometimiento de las partes a la Comisión será voluntario y deberá constar expresamente por escrito.

b) Fijar una cantidad sustitutoria de las tarifas generales, a los efectos señalados en el apartado 2 del artículo anterior, a solicitud de una asociación de usuarios o de una Entidad de radiodifusión, siempre que éstas se sometan, por su parte, a la competencia de la Comisión con el objeto previsto en la letra a) de este artículo.

El procedimiento arbitral, así como la composición de la Comisión, se determinarán reglamentariamente, teniendo derecho, en todo caso, a formar parte de la misma, en cada asunto en que intervengan, dos representantes de las Entidades de gestión y otros dos de la asociación de usuarios o de la Entidad de radiodifusión.

La decisión de la Comisión tendrá carácter vinculante y ejecutivo para las partes.

Lo determinado en este artículo se entenderá sin perjuicio de las acciones que puedan ejercitarse ante la jurisdicción competente. No obstante, el planteamiento del conflicto ante la Comisión impedirá a los Jueces y Tribunales conocer la controversia sometida a decisión arbitral, hasta tanto haya sido dictada la resolución y siempre que la parte interesada lo invoque mediante la correspondiente excepción.

Artículo 144

1. Correspondiente al Ministerio de Cultura, además de la facultad de otorgar o revocar la autorización regulada en los artículos 133 y 134, la vigilancia sobre el cumplimiento de las obligaciones y requisitos establecidos en esta Ley.

A estos efectos, el Ministerio de Cultura podrá exigir de estas Entidades cualquier tipo de información, ordenar inspecciones y auditorías y designar un representante que asista con voz, pero sin voto, a sus Asambleas generales, Consejos de Administración u órganos análogos.

2. Las modificaciones de los Estatutos de las Entidades de gestión, sin perjuicio de lo dispuesto por otras normas de aplicación, una vez aprobadas por su respectiva Asamblea general, deberán someterse a la aprobación del Ministerio de Cultura, que se entenderá concedida, si no se notifica resolución en contrario, en el plazo de tres meses desde su presentación.

3. Las Entidades de gestión están obligadas a notificar al Ministerio de Cultura los nombramientos y ceses de sus Administradores y Apoderados, las tarifas generales y sus modificaciones, los contratos generales celebrados con asociaciones de usuarios y los concertados con organizaciones extranjeras de su misma clase, así como los documentos mencionados en el artículo 141.

LIBRO IV

Ambito de aplicación de la Ley

Artículo 145

1. Se protegerán, con arreglo a esta Ley, los derechos de propiedad intelectual de los autores españoles.

Gozarán, asimismo, de estos derechos:

a) Los extranjeros con residencia habitual en España.

b) Los extranjeros que no tengan su residencia habitual en España, respecto de sus obras publicadas por primera vez en territorio español o dentro de los treinta días siguientes a que lo hayan sido en otro país. No obstante, el Gobierno podrá restringir el alcance de este principio en el caso de extranjeros que sean nacionales de Estados que no protejan suficientemente las obras de autores españoles en supuestos análogos.

2. Todos los autores de obras audiovisuales, cualquiera que sea su nacionalidad, tienen derecho a percibir una remuneración proporcional por la proyección de sus obras en los términos del artículo 90, apartados 2 y 3. No obstante, cuando se trate de nacionales de Estados que no garanticen un derecho equivalente a los autores españoles, el Gobierno podrá determinar que las cantidades satisfechas por los exhibidores a las Entidades de gestión por este concepto sean destinadas a los fines de interés cultural que se establezcan reglamentariamente.

3. En todo caso, los extranjeros gozarán de la protección que les corresponda en virtud de los Convenios y Tratados internacionales en los que España sea parte y, en su defecto, estarán equiparados a los autores españoles cuando éstos, a su vez, lo estén a los nacionales en el país respectivo.

4. Se reconoce el derecho moral del autor, cualquiera que sea su nacionalidad.

Artículo 146

1. Se protegerán los derechos reconocidos en esta Ley a los artistas, intérpretes o ejecutantes españoles, cualquiera que sea el lugar de su interpretación o ejecución.

2. Los artistas, intérpretes o ejecutantes extranjeros gozarán de los mismos derechos reconocidos en esta Ley en cualquiera de los siguientes casos:

- a) Cuando tengan su residencia habitual en España.
- b) Cuando la interpretación o ejecución se efectúe en territorio español.
- c) Cuando la interrupción o ejecución sea grabada en un fonograma o en un soporte audiovisual protegidos conforme a lo dispuesto en esta Ley.
- d) Cuando la interpretación o ejecución, aunque no haya sido grabada, se incorpore a una emisión de radiodifusión protegida conforme a lo dispuesto en esta Ley.

3. En todo caso, los extranjeros gozarán de la protección que corresponda en virtud de los Convenios y Tratados internacionales en los que España sea parte y, en su defecto, estarán equiparados a los artistas intérpretes o ejecutantes españoles cuando éstos, a su vez, lo estén a los nacionales en el país respectivo.

Artículo 147

1. Los productores de fonogramas y los de obras o grabaciones audiovisuales, los realizadores de meras fotografías y los editores de las obras mencionadas en el artículo 119 serán protegidos con arreglo a esta Ley en los siguientes casos:

- a) Cuando sean ciudadanos españoles o Empresas domiciliadas en España.
- b) Cuando sean extranjeros y publiquen en España por primera vez o, dentro de los treinta días siguientes a que lo hayan sido en otro país, las obras mencionadas. No obstante, el Gobierno podrá restringir el alcance de este principio, en el caso de nacionales de Estado que no protejan suficientemente las obras o publicaciones de españoles en supuestos análogos.

2. En todo caso, los extranjeros gozarán de la protección que les corresponda en virtud de los Convenios y Tratados internacionales en los que España sea parte y, en su defecto, estarán equiparados a los productores de fonogramas y a los de obras o grabaciones audiovisuales, a los realizadores de meras fotografías y a los editores de las obras mencionadas en el artículo 119, cuando éstos, a su vez, lo estén a los nacionales en el país respectivo.

Artículo 148

1. Las Entidades de radiodifusión domiciliadas en España disfrutará respecto de sus emisiones y transmisiones de la protección establecida en esta Ley.

2. En todo caso, las Entidades de radiodifusión extranjeras gozarán de la protección que les corresponda en virtud de los Convenios y Tratados internacionales en los que España sea parte.

DISPOSICIONES ADICIONALES

Primera.—El depósito legal de las obras de creación tradicionalmente reconocido en España se regirá por las normas reglamentarias vigentes o que se dicten en el futuro por el Gobierno, sin perjuicio de las facultades que, en su caso, correspondan a las Comunidades Autónomas.

Segunda.—Se autoriza al Gobierno a dictar las normas para el desarrollo reglamentario de la presente Ley.

Tercera.—Estarán exentos del Impuesto sobre el Valor Añadido los servicios profesionales, incluidos aquellos cuya contraprestación consista en derechos de autor, pres-

tados por artistas plásticos, escritores, colaboradores literarios, gráficos y fotográficos de periódicos y revistas, compositores musicales, autores de obras teatrales y los autores del argumento, adaptación, guión o diálogos de las obras audiovisuales.

Cuarta.—La puesta a disposición de los autores de las cantidades recaudadas en concepto de remuneración proporcional a los ingresos, que se establece en el artículo 90.2, se efectuará semanalmente.

El Gobierno, a propuesta del Ministerio de Cultura, podrá modificar dicho plazo.

Quinta.—El Gobierno, en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de esta Ley, dictará el Reglamento a que se refiere el artículo 72.

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Primera.—1. Las modificaciones introducidas por esta Ley, que perjudiquen derechos adquiridos según la legislación anterior, no tendrán efecto retroactivo, salvo lo que se establece en las siguientes disposiciones.

2. Los derechos de explotación de las obras creadas por autores fallecidos antes de la entrada en vigor de esta Ley, tendrán la duración prevista en la legislación anterior.

Segunda.—A los autores cuyas obras estuvieren en dominio público, provisional o definitivamente, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 38 y 39 de la Ley 10 de enero de 1879, les será de aplicación lo dispuesto en la presente Ley, sin perjuicio de los derechos adquiridos por otras personas al amparo de la legislación anterior.

Tercera.—Las personas jurídicas que en virtud de la legislación anterior hayan adquirido a título originario la propiedad intelectual de una obra, ejercerán los derechos de explotación por el plazo de ochenta años desde su publicación.

Cuarta.—Lo dispuesto en los artículos 14 a 16 de esta Ley será de aplicación a los autores de las obras creadas antes de su entrada en vigor.

Quinta.—Los actos y contratos celebrados bajo el régimen de la legislación anterior surtirán todos sus efectos de conformidad con la misma, pero serán nulas las cláusulas de aquellos por las que se acuerde la cesión de derechos de explotación respecto del conjunto de las obras que el autor pudiese crear en el futuro, así como por las que el autor se comprometa a no crear alguna obra en el futuro.

Sexta.—1. El Reglamento de 3 de septiembre de 1880 y demás normas reglamentarias en materia de propiedad intelectual continuarán en vigor, siempre que no se opongan a lo establecido en la presente Ley.

2. En tanto no se produzca el desarrollo reglamentario del título II, libro III, de esta Ley continuará en vigor la normativa actualmente vigente sobre la estructura y funcionamiento del Registro de la Propiedad Intelectual.

3. El artículo 1.º del Decreto 307/1967, de 16 de febrero, sobre porcentajes y compensaciones a los autores cinematográficos, continuará aplicándose durante un año, contado a partir de la entrada en vigor de la presente Ley, salvo que con anterioridad se acuerde otro tipo de remuneración conforme a los artículos 90 y 142 de esta Ley.

Séptima.—La Sociedad General de Autores de España deberá acomodar su actuación a lo establecido en la presente Ley y, en el plazo de seis meses a contar desde su entrada en vigor, adaptará sus Estatutos a lo dispuesto en la misma para constituirse como Entidad de gestión y se integrará en ella su actual patrimonio, con sus derechos y obligaciones.

Las operaciones necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en el párrafo anterior gozarán de exención de los impuestos que pudieran exigirse por el Estado. En consecuencia, gozarán de exención:

a) Los actos, contratos, entregas y transmisiones patrimoniales que se efectúen por la Sociedad General de Autores de España o por la Entidad de gestión en que se transformará la anterior.

b) Los incrementos del patrimonio que se pongan de manifiesto por la transmisión de los activos de la Sociedad General de Autores de España a la nueva Entidad de gestión.

Octava.—En lo previsto en las presentes disposiciones serán de aplicación las transitorias del Código Civil.

DISPOSICION DEROGATORIA

Quedan derogadas las disposiciones que se opongan a lo establecido en la presente Ley y, en particular, las siguientes:

— Ley de la Propiedad Intelectual de 10 de enero de 1879.

— Los artículos 5, 6.2 y 10 a 26 de la Ley 9/1975, de 12 de marzo, del Libro.

— El artículo 31 de la Ley de Contrato de Trabajo, texto refundido, aprobado por Decretos de 26 de enero y 31 de marzo de 1944.

— Ley 17/1966, de 31 de mayo, sobre derechos de propiedad intelectual en las obras cinematográficas.

— Ley de 24 de junio de 1941 por la que se instituye la Sociedad General de Autores de España.

Por tanto,

Mando a todos los españoles particulares y autoridades, que guarden y hagan guardar esta Ley.

Palacio de la Zarzuela, Madrid, a 11 de noviembre de 1987.

ACUERDO sobre cooperación en materia de lucha contra la droga entre el Reino de España y el Reino de Marruecos, hecho en Rabat el 21 de enero de 1987 («BOE» núm. 212, de 4 septiembre 1987).

El Reino de España y el Reino de Marruecos, conscientes de los grandes peligros que supone para los ciudadanos de ambos países el consumo de drogas tóxicas y las graves consecuencias que la adición supone para el orden público y la salud de aquéllos, y considerando que una cooperación intensa entre las autoridades de ambos países en la lucha contra el tráfico como contra el consumo de drogas, redundará en bien de sus pueblos, acuerdan lo siguiente:

Artículo 1.º La cooperación en materia de lucha contra las drogas se llevará a efecto mediante el establecimiento de un intercambio regular de informaciones y documentación que cubra los siguientes campos:

A) En materia de prevención:

- a) El intercambio de propuestas para el desarrollo de programas experimentales.
- b) Los programas prioritarios en el campo de la prevención.
- c) Los programas generales de promoción de la salud y educación para el bienestar de los ciudadanos y especialmente de la juventud.

B) En materia socio-sanitaria:

a) El papel de los distintos servicios terapéuticos en la oferta asistencial y las necesidades que los mismos conllevan (servicios de desintoxicación, centros ambulatorios, centros de día, comunidades terapéuticas, etc.).

b) La tipología de centros y servicios asistenciales de acuerdo con el programa de ámbito europeo diseñado por el Gobierno italiano en colaboración con la fundación LA-BOS y en el que ya participan España y Portugal.

c) El estudio y la evaluación de programas experimentales para un enfoque integral de la atención a toxicómanos.

d) Los programas experimentales de deshabituación.

C) En materia de reinserción social.

D) En materia legislativa.

Art. 2.º Las partes contratantes intercambiarán igualmente todo tipo de información útil sobre los resultados y los instrumentos epidemiológicos relativos a la evaluación, la vigilancia y la evolución del uso de drogas.

Art. 3.º El intercambio de información entre las partes se hará a través de los órganos administrativos responsables de la lucha contra el tráfico, colaborando especialmente en el control de ciudadanos extranjeros, aeropuertos, fronteras y puertos. Para ello se establecerán los contactos y reuniones que la Comisión Mixta, prevista en el artículo 5.º, considere conveniente.

Art. 4.º Las autoridades competentes de las dos partes contratantes podrán negociar y concluir los acuerdos administrativos y normas de desarrollo necesarios para la aplicación del presente Acuerdo.

Art. 5.º Para la aplicación del presente Acuerdo se crea una Comisión Mixta hispano-marroquí integrada paritariamente por miembros designados por las autoridades competentes de los dos países.

Formarán parte de dicha Comisión, en todo caso, por parte española representantes de los Ministerios de Sanidad y Consumo, Justicia, Interior y Asuntos Exteriores.

Por parte marroquí, representantes de los Ministerios de Justicia, Interior, Salud Pública y Asuntos Exteriores.

Art. 6.º La Comisión tendrá, además de las que le concedan las autoridades competentes, las siguientes funciones:

a) Servir de comunicación entre las autoridades competentes de ambos países en el ámbito de aplicación del presente Acuerdo.

b) Proponer a las autoridades competentes las condiciones de la cooperación en las materias a que se refiere el artículo 2.º de este Acuerdo.

Art. 7.º La Comisión podrá crear en su seno grupos de trabajo y podrá recabar la colaboración de cualquier otro Departamento ministerial susceptible de ayudarle en su labor y ello a propuesta de una o de las dos partes contratantes.

Independientemente de las reuniones de los grupos de trabajo, la Comisión se reunirá anualmente, salvo en los casos extraordinarios que aconsejen una mayor frecuen-

cia, para el análisis de los trabajos en curso, definición de orientaciones y evaluación de los resultados obtenidos en los diversos campos de actuación.

Art. 8.º El presente Acuerdo permanecerá en vigor indefinidamente, salvo denuncia de una de las partes, la cual será comunicada por vía diplomática a la otra parte con una antelación de seis meses.

Hecho en Rabat el 21 de enero de 1987, en dos ejemplares, en lengua francesa y española, haciendo fe igualmente ambos textos.

Por el Gobierno del Reino de España

José Barrionuevo Peña

Ministro del Interior

Por el Gobierno del Reino de Marruecos

Driss Basri

Ministro del Interior

El presente Acuerdo se aplica provisionalmente desde el día 21 de enero de 1987, fecha de su firma, según se establece en el artículo 8.º del mismo.

Lo que se hace público para conocimiento general.

Madrid, 31 de agosto de 1987.—El Secretario general técnico, José Manuel Paz y Agüeras.

INSTRUMENTO de ratificación de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, hecha en Nueva York el 10 de diciembre de 1984 («BOE» núm. 268, de 9 noviembre 1987).

Los Estados Partes en la presente Convención:

Considerando que, de conformidad con los principios proclamados en la Carta de las Naciones Unidas, el reconocimiento de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana es la base de la libertad, la justicia y la paz en el mundo;

Reconociendo que estos derechos emanan de la dignidad inherente de la persona humana;

Considerando que la obligación que incumbe a los Estados en virtud de la Carta, en particular, del artículo 55, de promover el respeto universal y la observancia de los derechos humanos y las libertades fundamentales;

Teniendo en cuenta el artículo 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que proclaman que nadie será sometido a tortura ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes;

Teniendo en cuenta, asimismo, la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, aprobada por la Asamblea General el 9 de diciembre de 1975;

Deseando hacer más eficaz la lucha contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes en todo el mundo,

Han convenido en lo siguiente:

PARTE I

Artículo 1

1. A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término «tortura» todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean inflingidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas.

2. El presente artículo se entenderá sin perjuicio de cualquier instrumento internacional o legislación nacional que contenga o pueda contener disposiciones de mayor alcance.

Artículo 2

1. Todo Estado Parte tomará medidas legislativas, administrativas, judiciales o de otra índole, eficaces para impedir los actos de tortura en todo territorio que esté bajo su jurisdicción.

2. En ningún caso, podrán invocarse circunstancias excepcionales tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública como justificación de la tortura.

3. No podrá invocarse una orden de un funcionario superior o de una autoridad pública como justificación de la tortura.

Artículo 3

1. Ningún Estado Parte procederá a la expulsión, devolución o extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estará en peligro de ser sometida a tortura.

2. A los efectos de determinar si existen esas razones, las autoridades competentes tendrán en cuenta todas las consideraciones pertinentes, inclusive, cuando proceda, la existencia en el Estado de que se trate de un cuadro persistente de violaciones manifiestas, patentes o masivas de los derechos humanos.

Artículo 4

1. Todo Estado Parte velará para que todos los actos de tortura constituyan delitos conforme a su legislación penal. Lo mismo se aplicará a toda tentativa de cometer tortura y a todo acto de cualquier persona que constituya complicidad o participación en la tortura.

2. Todo Estado Parte castigará esos delitos con penas adecuadas en las que se tenga en cuenta su gravedad.

Artículo 5

1. Todo Estado Parte dispondrá lo que sea necesario para instituir su jurisdicción sobre los delitos a que se refiere el artículo 4 en los siguientes casos:

a) Cuando los delitos se cometan en cualquier territorio bajo su jurisdicción o a bordo de una aeronave o un buque matriculados en ese Estado.

b) Cuando el presunto delincuente sea nacional de ese Estado.

c) Cuando la víctima sea nacional de ese Estado y éste lo considere apropiado.

2. Todo Estado Parte tomará asimismo las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre estos delitos en los casos en que el presunto delincuente se halle en cualquier territorio bajo su jurisdicción y dicho Estado no conceda la extradición, con arreglo al artículo 8, a ninguno de los Estados previstos en el párrafo 1 del presente artículo.

3. La presente Convención no excluye ninguna jurisdicción penal ejercida de conformidad con las leyes nacionales.

Artículo 6

1. Todo Estado Parte en cuyo territorio se encuentre la persona de la que se supone que ha cometido cualquiera de los delitos a que se hace referencia en el artículo 4, si, tras examinar la información de que dispone, considera que las circunstancias lo justifican, procederá a la detención de dicha persona o tomará otras medidas para asegurar su presencia. La detención y demás medidas se llevarán a cabo de conformidad con las Leyes de tal Estado y se mantendrán solamente por el período que sea necesario a fin de permitir la iniciación de un procedimiento penal o de extradición.

2. Tal Estado procederá inmediatamente a una investigación preliminar de los hechos.

3. La persona detenida, de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, tendrá toda clase de facilidades para comunicarse inmediatamente con el representante correspondiente del Estado de su nacionalidad que se encuentre más próximo o, si se trata de un apátrida, con el representante del Estado en que habitualmente resida.

4. Cuando un Estado, en virtud del presente artículo, detenga a una persona, notificará inmediatamente tal detención y las circunstancias que la justifican a los Estados a que se hace referencia en el párrafo 1 del artículo 5. El Estado que proceda a la investigación preliminar prevista en el párrafo 2 del presente artículo comunicará sin dilación sus resultados a los Estados antes mencionados e indicará si se propone ejercer su jurisdicción.

Artículo 7

1. El Estado Parte en el territorio de cuya jurisdicción sea hallada la persona de la cual se supone que ha cometido cualquiera de los delitos a que se hace referencia en el párrafo 1 del artículo 5, si no procede a su extradición, someterá el caso a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento.

2. Dichas autoridades tomarán su decisión en las mismas condiciones que las aplicables a cualquier delito de carácter grave, de acuerdo con la legislación de tal Estado. En los casos previstos en el párrafo 2 del artículo 5, el nivel de las pruebas necesarias para el enjuiciamiento o inculpación no será en modo alguno menos estricto que el que se aplica en los casos previstos en el párrafo 1 del artículo 5.

3. Toda persona encausada en relación con cualquiera de los delitos mencionados en el artículo 4 recibirá garantías de un trato justo en todas las fases del procedimiento.

Artículo 8

1. Los delitos a que se hace referencia en el artículo 4 se considerarán incluidos entre los delitos que dan lugar a extradición en todo tratado de extradición celebrado entre Estados Partes. Los Estados Partes se comprometen a incluir dichos delitos como caso de extradición en todo tratado de extradición que celebren entre sí en el futuro.

2. Todo Estado Parte que subordine la extradición a la existencia de un tratado, si recibe de otro Estado Parte con el que no tiene tratado al respecto una solicitud de extradición, podrá considerar la presente Convención como la base jurídica necesaria para la extradición referente a tales delitos. La extradición estará sujeta a las demás condiciones exigibles por el derecho del Estado requerido.

3. Los Estados Partes que no subordinen la extradición a la existencia de un tratado reconocerán dichos delitos como casos de extradición entre ellos, a reserva de las condiciones exigidas por el derecho del Estado requerido.

4. A los fines de la extradición entre Estados Partes, se considerará que los delitos se han cometido, no solamente en el lugar donde ocurrieron, sino también en el territorio de los Estados obligados a establecer su jurisdicción de acuerdo con el párrafo 1 del artículo 5.

Artículo 9

1. Los Estados Partes se prestarán todo el auxilio posible en lo que respecta a cualquier procedimiento penal relativo a los delitos previstos en el artículo 4, inclusive el suministro de todas las pruebas necesarias para el proceso que obren en su poder.

2. Los Estados Partes cumplirán las obligaciones que les incumban en virtud del párrafo 1 del presente artículo de conformidad con los tratados de auxilio judicial mutuo que existan entre ellos.

Artículo 10

1. Todo Estado Parte velará por que se incluyan una educación y una información completas sobre la prohibición de la tortura en la formación profesional del personal encargado de la aplicación de la ley, sea éste civil o militar, del personal médico, de los funcionarios públicos y otras personas que puedan participar en la custodia, el interrogatorio o el tratamiento de cualquier persona sometida a cualquier forma de arresto, detención o prisión.

2. Todo Estado Parte incluirá esta prohibición en las normas o instrucciones que se publiquen en relación con los deberes y funciones de esas personas.

Artículo 11

Todo Estado Parte mantendrá sistemáticamente en examen las normas e instrucciones, métodos y prácticas de interrogatorio, así como las disposiciones para la custodia y el tratamiento de las personas sometidas a cualquier forma de arresto, detención o prisión en cualquier territorio que esté bajo su jurisdicción, a fin de evitar todo caso de tortura.

Artículo 12

Todo Estado Parte velará porque, siempre que haya motivos razonables para creer que dentro de su jurisdicción se ha cometido un acto de tortura, las autoridades competentes procedan a una investigación pronta e imparcial.

Artículo 13

Todo Estado Parte velará porque toda persona que alegue haber sido sometida a tortura en cualquier territorio bajo su jurisdicción tenga derecho a presentar una queja y a que su caso sea pronta e imparcialmente examinado por sus autoridades competentes. Se tomarán medidas para asegurar de quien presente la queja y los testigos estén protegidos contra malos tratos o intimidación como consecuencia de la queja o del testimonio prestado.

Artículo 14

1. Todo Estado Parte velará porque su legislación garantice a la víctima de un acto de tortura la reparación y el derecho a una indemnización justa y adecuada, incluidos los medios para su rehabilitación lo más completa posible. En caso de muerte de la víctima como resultado de un acto de tortura, las personas a su cargo tendrán derecho a indemnización.

2. Nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará a cualquier derecho de la víctima o de otra persona, a indemnización que pueda existir con arreglo a las leyes nacionales.

Artículo 15

Todo Estado Parte se asegurará de que ninguna declaración que se demuestre que ha sido hecha como resultado de tortura pueda ser invocada como prueba en ningún procedimiento, salvo en contra de una persona adecuada de tortura como prueba de que se ha formulado la declaración.

Artículo 16

1. Todo Estado Parte se comprometerá a prohibir en cualquier territorio bajo su jurisdicción otros actos que constituyan tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y que no lleguen a ser tortura tal como se define en el artículo 1.º, cuando esos actos sean cometidos por un funcionario público u otra persona que actúe en el ejercicio de funciones oficiales, o por instigación o con el consentimiento o la aquiescencia de tal funcionario o persona. Se aplicarán, en particular, las obligaciones enunciadas en los artículos 10, 11, 12 y 13, sustituyendo las referencias a la tortura por referencias a otras formas de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

2. La presente Convención se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en otros instrumentos internacionales o leyes nacionales que prohíban los tratos y las penas crueles, inhumanos o degradantes o que se refieran a la extradición o expulsión.

La presente Convención entró en vigor de forma general el 26 de junio de 1987 y para España entrará en vigor el 20 de noviembre de 1987, de conformidad con lo establecido en el artículo 27 de la misma.

Lo que se hace público para conocimiento general.

Madrid, 6 de noviembre de 1987.—El Secretario general técnico, José Manuel Paz Agüeras.

INSTRUMENTO de ratificación del Convenio sobre el Estatuto de la Organización del Tratado del Atlántico Norte, de los Representantes Nacionales y del Personal Internacional, hecho en Ottawa el 20 de septiembre de 1951 («BOE» núm. 217, de 10 septiembre 1987).

TITULO III

Representantes de los Estados miembros

Toda persona designada por un Estado miembro como su representante principal permanente en la Organización en el territorio de otro Estado miembro, así como las personas que formen parte de su personal oficial residente en ese territorio y hayan sido objeto de un acuerdo entre su Estado de origen y la Organización y entre la Organización y el Estado en que van a residir, disfrutarán de las inmunidades y prerrogativas concedidas a los representantes diplomáticos y a su personal oficial de rango comparable.

ARTÍCULO XIII

1. Todo representante de un Estado miembro en el Consejo o en uno de sus organismos auxiliares pero no cubierto por el artículo XII disfrutará, durante su presencia en el territorio de otro Estado miembro para el ejercicio de sus funciones, de los privilegios y prerrogativas siguientes:

- a) La misma inmunidad de arresto o de detención que la concedida a los agentes diplomáticos de rango comparable.
- b) Inmunidad de jurisdicción en lo que se refiere a los actos realizados por él con carácter oficial (comprendidas sus manifestaciones verbales o escritas).
- c) Inviolabilidad de todos sus papeles y documentos.
- d) Derecho de hacer uso de cifra, de recibir y enviar documentos o correspondencia por medio de correos o valijas precintadas.
- e) La misma exención, para él y para su cónyuge, respecto de todas las medidas restrictivas relativas a la inmigración, de todas las formalidades de inscripción de extranjeros y de todas las obligaciones de servicio nacional, que la concedida a los agentes diplomáticos de rango comparable.
- f) Las mismas facilidades, en lo que se refiere a las regulaciones monetarias o de cambio, que las concedidas a los agentes diplomáticos de rango comparable.
- g) Las mismas inmunidades y facilidades, en lo que se refiere a su equipo personal, que las concedidas a los agentes diplomáticos de rango comparable.

ARTÍCULO XIV

El personal oficial de Secretaría que acompañe al representante de un Estado miembro y que no esté cubierto por los artículos XII y XIII disfrutará, durante su estancia en el territorio de otro Estado miembro para el ejercicio de sus funciones, de las prerrogativas e inmunidades a que se refieren los apartados 1 b), c), e), f), h) e i), y en el apartado 2 del artículo XIII.

ARTÍCULO XV

Estas prerrogativas e inmunidades no se conceden a los representantes de los Estados miembros y a su personal en su propio provecho, sino a fin de asegurar el ejercicio plenamente independiente de sus funciones relacionadas con el Tratado del Atlántico Norte. En consecuencia, un Estado miembro no tendrá solamente el derecho, sino también el deber de levantar la inmunidad de sus representantes y los miembros de su personal en todos los casos en que, a su juicio, la inmunidad constituya un obstáculo para la justicia y en los que pueda levantarse sin perjudicar a los fines que justifican su concesión.

ARTÍCULO XVI

Las disposiciones de los artículos XII y XIV supra no podrán obligar a un Estado a conceder cualquiera de las prerrogativas e inmunidades a que se refieren estos artículos a uno de sus nacionales o a uno de sus representantes, así como a un miembro del personal oficial de éste.

TITULO IV

Personal internacional y expertos en misión por cuenta de la Organización

ARTÍCULO XVII

Las categorías de funcionarios a las que se aplican los artículos XVIII y XX serán objeto de un acuerdo entre el Presidente de los Suplentes del Consejo y cada uno de los Gobiernos de los Estados miembros de que se trate. El Presidente de los Suplentes del Consejo comunicará a los Estados miembros los nombres de las personas comprendidas en esas categorías.

ARTÍCULO XVIII

Los funcionarios de la Organización a que se refiere el artículo XVII:

- a) Disfrutarán de inmunidad de jurisdicción respecto de los actos realizados por ellos con carácter oficial y dentro de los límites de su autoridad (comprendidas sus manifestaciones verbales y escritas).
- b) Disfrutarán, así como su cónyuge y los miembros de su familia inmediata que residan con ellos o estén a su cargo, en cuanto a las disposiciones restrictivas de la inmigración y a las formalidades de registro de extranjeros, de las mismas prerrogativas que los agentes diplomáticos de rango comparable.
- c) Disfrutarán, en lo que concierne a las regulaciones monetarias o de cambio, de los mismos privilegios que los agentes diplomáticos de rango comparable.

ARTÍCULO XX

Además de las prerrogativas e inmunidades que se especifican en los artículos XVIII y XIX, el Secretario Ejecutivo de la Organización, el coordinador de la producción de defensa del Atlántico Norte y cualquier otro funcionario oficial permanente de rango similar respecto del cual se haya concluido un acuerdo entre el Presidente de los Suplentes del Consejo y los Gobiernos de los Estados miembros disfrutarán de las prerrogativas e inmunidades que habitualmente se conceden a los agentes diplomáticos de rango comparable.

ARTÍCULO XXI

1. Los expertos (distintos de los funcionarios a que se refieren los artículos XVIII a XX), disfrutarán, durante el cumplimiento de misiones para la Organización en el territorio de un Estado miembro y en la medida en que ello sea necesario para el ejercicio eficaz de sus funciones, de las prerrogativas de inmunidades siguientes:

- a) Inmunidad de arresto personal o de detención y de incautación de su equipaje personal.
- b) Inmunidad de jurisdicción en lo que se refiere a los actos realizados por ellos en el ejercicio de sus funciones oficiales para la Organización (comprendidas sus manifestaciones verbales y escritas).
- c) Las mismas facilidades en lo que se refiere a las regulaciones monetarias y de cambio y a sus equipajes personales, que las que conceden a los funcionarios de gobiernos extranjeros en misiones oficiales temporales.
- d) Inviolabilidad de todos los papeles y documentos relativos al trabajo que les ha confiado la Organización.

2. El Presidente de los Suplentes del Consejo comunicará a los Estados miembros el nombre de todos los expertos a los que se aplique el presente artículo.

ARTÍCULO XXII

Estas prerrogativas e inmunidades se conceden a los funcionarios expertos en beneficio de la Organización, y no en su propio provecho personal. El Presidente de los Suplentes del Consejo no solamente tendrá el derecho, sino también el deber, de levantar la inmunidad concedida a esos funcionarios o expertos en todos los casos en que, a su juicio, la inmunidad constituya un obstáculo para la justicia y en los que pueda levantarse sin perjuicio de los intereses de la Organización.

ARTÍCULO XXIII

Las disposiciones de los artículos XVIII, XX y XXI no podrán obligar a un Estado a conceder a uno de sus nacionales cualquiera de las prerrogativas e inmunidades previstos por estos artículos, excepción hecha de:

- a) La inmunidad de jurisdicción en lo que concierne a los actos realizados por ellos en el ejercicio de sus funciones oficiales para la Organización (comprendidas sus manifestaciones verbales y escritas).

b) La inviolabilidad de todos los papeles y documentos relativos al trabajo que les ha confiado la Organización.

c) Las facilidades relativas a las regulaciones aplicables en materia de control de cambios en la medida necesaria para el desempeño eficaz de sus funciones.

El presente Convenio entró en vigor de forma general el 18 de mayo de 1954 y para España entró en vigor el 10 de agosto de 1987, de conformidad con lo establecido en el artículo XXVI del mismo.

Lo que se hace público para conocimiento general.

Madrid, 7 de septiembre de 1987.—El Secretario general técnico del Ministerio de Asuntos Exteriores, José Manuel Paz y Agüeras.

INSTRUMENTO de Adhesión de España al Convenio entre los Estados Partes del Tratado del Atlántico Norte relativo al Estatuto de sus Fuerzas, hecho en Londres el 19 de junio de 1951 («BOE» núm. 217, de 10 septiembre 1987).

ARTÍCULO VI

Los miembros de una fuerza podrán poseer y llevar armas, a condición de que estén autorizados para hacerlo así por sus propios reglamentos. Las autoridades del Estado de origen atenderán favorablemente las peticiones del Estado receptor en esta materia.

ARTÍCULO VII

1. De acuerdo con las disposiciones de este artículo:

a) Las autoridades militares del Estado de origen tendrán el derecho de ejercer en el estado receptor la jurisdicción criminal y disciplinaria que les confiera el derecho del Estado de origen sobre todas las personas sujetas a la ley militar de dicho Estado.

b) Las autoridades del Estado receptor tendrán jurisdicción sobre los miembros de una fuerza o de un elemento civil y las personas dependientes de los mismos con respecto a los delitos cometidos en el territorio del Estado y punibles por la legislación de dicho Estado.

2. a) Las autoridades militares del Estado de origen tendrán el derecho de ejercer jurisdicción exclusiva sobre las personas sujetas a la legislación militar de dicho Estado, respecto a los delitos, especialmente los que afectan a su seguridad, punibles por la ley del Estado de origen pero no por las leyes del Estado receptor.

b) Las autoridades del Estado receptor tendrán el derecho de ejercer jurisdicción exclusiva sobre miembros de una fuerza o de un elemento civil sobre las personas dependientes de los mismos respecto a delitos, incluidos los que afectan a su seguridad, punibles por su legislación pero no por la del Estado de origen.

c) A los fines de este párrafo y del párrafo 3 de este artículo los delitos contra la seguridad del Estado incluirán:

i) Traición contra el Estado.

ii) Sabotaje, espionaje o violación de cualquier ley relacionada con secretos oficiales de dicho Estado, o con secretos relacionados con la defensa nacional de dicho Estado.

3. En los casos en que el derecho a ejercer jurisdicción sea concurrente, se aplicarán las normas siguientes:

a) Las autoridades militares del Estado de origen tendrán el derecho preferente de ejercer jurisdicción sobre un miembro de una fuerza o de un elemento civil en relación con:

i) Delitos que afecten únicamente a la propiedad o seguridad de dicho Estado, o delitos que afecten únicamente a la persona o a la propiedad de otro miembro de la fuerza o elemento civil de dicho Estado o de una persona dependiente de dicho miembro.

ii) Delitos derivados de cualquier acto y omisión durante la ejecución de actos de servicio oficial.

b) En caso de cualquier otro delito, las autoridades del Estado receptor tendrán derecho preferente a ejercer su jurisdicción.

c) Si el Estado que tenga derecho preferente decide no ejercer jurisdicción, lo notificará a las autoridades del otro Estado tan pronto como sea posible. Las autoridades del Estado que tenga jurisdicción preferente considerarán benévola las peticiones de las autoridades del otro Estado de renunciar a su derecho, en los casos en que el otro Estado considere que semejante renuncia tiene particular importancia.

4. Las precedentes disposiciones de este artículo no implicarán derecho alguno por parte de las autoridades militares del Estado de origen a ejercer jurisdicción sobre personas que sean nacionales de dicho Estado receptor, o residan ordinariamente en el mismo, a menos que sean miembros de la fuerza del Estado de origen.

5. a) Las autoridades de los Estados receptor y de origen se prestarán mutua asistencia para el arresto de miembros de una fuerza o elemento civil o de las personas dependientes de los mismos en el territorio del Estado receptor y para entregarlos a la autoridad que deba ejercer jurisdicción de acuerdo con las disposiciones precedentes.

b) Las autoridades del Estado receptor notificarán con la debida diligencia a las autoridades militares del Estado de origen el arresto de cualquier miembro de una fuerza o elemento civil o de una persona dependiente de los mismos.

c) La custodia de un acusado, miembro de una fuerza o elemento civil, sobre el que deba ejercer jurisdicción el Estado receptor y que esté en poder del Estado de origen, continuará a cargo de dicho Estado hasta que el Estado receptor formule la acusación.

6. a) Las autoridades de los Estados receptor y de origen se prestarán asistencia mutua para efectuar todas las investigaciones necesarias de los delitos y para el acopio y presentación de pruebas, incluidas la incautación y, en su caso, la entrega de objetos relacionados con un delito.

La entrega de dichos objetos podrá, sin embargo, efectuarse con la condición de su devolución del período de tiempo especificado por la autoridad que los entregue.

b) Las autoridades de las Partes Contratantes se notificarán mutuamente la resolución de todos los casos en los que hubiera concurrencia de derechos para ejercer la jurisdicción.

7. a) Una sentencia de muerte de las autoridades del Estado de origen no se llevará

a cabo en el Estado receptor si la legislación de este Estado no prevé dicha pena en un caso similar.

b) Las autoridades del Estado receptor concederán consideración benévola a la solicitud formulada por las autoridades del Estado de origen para recabar asistencia con el fin de ejecutar una sentencia de prisión pronunciada por las autoridades del Estado de origen, de acuerdo con lo dispuesto en este artículo, dentro del territorio del Estado receptor.

8. Cuando un acusado haya sido juzgado de acuerdo con las disposiciones de este artículo por las autoridades de una Parte Contratante y haya sido absuelto, o haya sido declarado culpable y está cumpliendo o haya cumplido su sentencia, o cuando haya sido indultado, no podrá ser juzgado de nuevo por el mismo delito dentro del mismo territorio por las autoridades de otra Parte Contratante. Ello no excluye, sin embargo, el derecho de las autoridades militares del Estado de origen a juzgar a un miembro de su fuerza por cualquier violación de las normas de disciplina, surgida de un acto u omisión que constituya un delito por el cual fue juzgado por las autoridades de otra Parte Contratante.

9. Siempre que un miembro de una fuerza o elemento civil o una persona dependiente sea procesado bajo la jurisdicción de un Estado receptor tendrá derecho a:

- a) Un procedimiento diligente y rápido.
- b) Ser informado, antes del juicio, de la acusación o acusaciones específicas formuladas contra él.
- c) Ser careado con los testigos de cargo.
- d) Tener derecho a que se empleen procedimientos legales coactivos para que comparezcan los testigos de descargo, si se encuentran bajo la jurisdicción del Estado receptor.
- e) Tener representación legal de su elección para su defensa o tener representación legal gratuita o asistencia de acuerdo con las condiciones vigentes a la sazón en el Estado receptor.
- f) Si lo considera necesario, disponer de los servicios de un intérprete competente, y
- g) Mantener comunicación con un representante del Gobierno del Estado de origen y, cuando las normas del Tribunal lo permitan, que dicho representante esté presente en su juicio.

Lo que se hace público para conocimiento general.

Madrid, 7 de septiembre de 1987.—El Secretario general técnico del Ministerio de Asuntos Exteriores, José Manuel Paz y Agüeras.

CIRCULARES, CONSULTAS E INSTRUCCIONES DE LA FISCALIA GENERAL DEL ESTADO

EL PROCEDIMIENTO A SEGUIR EN LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES POR DELITOS COMETIDOS EN EL EJERCICIO DE SUS FUNCIONES POR LOS COMPONENTES DE LAS FUERZAS Y CUERPOS DE SEGURIDAD

Consulta núm. 1/1987

I

Reducido a síntesis, el tema cuestionado en la Consulta se centra en sí para la investigación de los delitos que puedan cometer los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en el ejercicio de sus cargos, han de instruirse siempre sumarios, o si, al contrario, son posibles otros tipos de procedimientos penales. En particular, si el delito tiene asignada pena no superior a arresto mayor ¿podrá tramitarse el procedimiento oral de la Ley 10/1980, de 11 de noviembre, o es imprescindible la formación de sumario? El precepto a interpretar es el artículo 8.1, párrafo segundo, de la Ley Orgánica de 13 de marzo de 1986, que dice:

«Iniciadas unas actuaciones por los Jueces de Instrucción, cuando éstos entiendan que existen indicios racionales de criminalidad por la conducta de miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad suspenderán sus actuaciones y las remitirán a la Audiencia Provincial correspondiente, que será la competente para la instrucción, ordenar, en su caso, el procesamiento y dictar el fallo que corresponda.»

En el seno de la Fiscalía se han mantenido dos actitudes, que al ser inconciliables, ha terminado la formulación de la presente Consulta. Esos dos puntos de vista contrapuestos se estructuran del siguiente modo:

1. *Tesis de la unidad o del procedimiento sumarial.* Es necesario instruir sumarios siempre, con independencia de la penalidad atribuida al tipo delictivo de que se trate. Sumario ordinario para los delitos castigados con pena superior a prisión menor, y sumario de urgencia en todos los demás casos, esto es, aún cuando por razón de la naturaleza del delito, correspondiera el procedimiento oral o el de diligencias preparatorias. Los trámites ante la Audiencia Provincial según igualmente los que correspondan a los sumarios ordinarios o de urgencia, siendo obvio que para acceder a la fase de plenario ha de haber precedido auto de procesamiento contra el responsable indiciario de la infracción delictiva.

Los argumentos esgrimidos en apoyo del criterio de la instrucción bajo forma sumarial son los siguientes;

— La expresión del precepto antes mencionado, que dice «cuando éstos —los Jueces de Instrucción— entiendan que existen indicios racionales de criminalidad», se extiende a todos los delitos que hayan podido cometer los componentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en el ejercicio de sus cargos.

— La misma norma, al agregar que la Audiencia Provincial será la competente *para seguir la instrucción y ordenar en su caso el procesamiento*, no distingue entre delitos menos graves y delitos que lleven aparejada pena superior a arresto mayor.

— La Ley 10/1980, de 11 de noviembre, regula en su artículo 11 un recurso de apelación ante la Audiencia Provincial contra las sentencias dictadas por el Juez de Instrucción; pues bien ¿qué recurso, y ante qué órgano judicial, podría interponerse contra una sentencia pronunciada por la Audiencia Provincial en primera instancia de seguirse las normas del procedimiento oral?

— La Ley de Policía de 4 de diciembre de 1978 estableció ya (art. 5) que de los delitos cometidos por los miembros del Cuerpo Superior de Policía, Policía Nacional y Guardia Civil en el ejercicio de sus funciones, conocerán las Audiencias Provinciales, que en los supuestos del artículo 779 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal seguirán el procedimiento regulado en el Capítulo III, Título III, Libro IV, que lleva por rúbrica «Del procedimiento para delitos; competencia de las Audiencias».

— El artículo 46,3 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, cuando dispone, en general, que el enjuiciamiento de los funcionarios civiles de la Administración del Estado compete a las Audiencias Provinciales.

— El artículo 416 de la anterior Ley de Régimen Local, derogada por la Ley de 2 de abril de 1985, donde, al contrario de la Ley Orgánica de 13 de marzo de 1986, se sustrae el fuero procesal de que gozaban los miembros de las Corporaciones locales, al disponer su artículo 78 que «las responsabilidades —civil y penal— se exigirán ante los Tribunales de Justicia competentes y se tramitarán por el procedimiento ordinario aplicable».

2. *Tesis de la variedad de procedimientos.* Sostiene que se debe instruir el procedimiento penal que corresponda al delito cometido (sumarios, procedimiento oral, preparatorias). Y una vez elevadas las actuaciones a la Audiencia, ésta continuará el conocimiento del asunto conforme a las respectivas peculiaridades procesales, por lo que cuando se trate de delitos menores ni siquiera se dictará auto de procesamiento.

Las razones expuestas en favor de la tesis de la variedad de procedimientos pueden resumirse así:

— En el artículo 8 de la Ley de 13 de mayo de 1986 no se determina el procedimiento, de entre los varios que están regulados en las leyes procesales, que debe seguirse para la tramitación de estos procesos, a la inversa de lo que sucedía en la Ley de 4 de diciembre de 1978, que fijaba no sólo la competencia objetiva (Audiencias Provinciales) sino el procedimiento a seguir (sumarios de urgencia u ordinarios); de este cambio se deduce que la *voluntas legis* no es mantener exclusivamente estos procedimientos y que la ley anterior quedó derogada en su totalidad.

— Los trámites a que deba ajustarse el enjuiciamiento de un delito estarán siempre en función de su naturaleza y la duración de la pena señalada al tipo penal, lo que no es incompatible con la competencia objetiva esté atribuida por razón de la condición del responsable a un órgano judicial superior, pues si en la Ley de Enjuiciamiento Civil se identifican órganos judiciales con procedimiento, determinándose la competencia objetiva en función del procedimiento que corresponda a la cuantía o naturaleza del asunto, atendiendo a la Ley de Enjuiciamiento Criminal es erróneo concluir que la Audiencia Provincial sólo puede enjuiciar por trámite sumarial cuando se le atribuya competencia objetiva por razón de las personas.

— El inciso del artículo 8, que dice «ordenar, en su caso, el procesamiento», debe interpretarse en el sentido de ordenar el procesamiento en el caso de que se sigan las actuaciones por los trámites de sumario, pero no en los demás supuestos. En primer

lugar, esto es así porque el auto de procesamiento debe evitarse en lo posible al contener un juicio de valor anterior a la resolución del asunto y porque el procedimiento oral y las diligencias preparatorias facilitan en enjuiciamiento más independiente, no obligan al defensor a destruir el juicio de valor ya realizado y se enfrenta a una acusación del Fiscal en pie de igualdad. En segundo lugar, la interpretación estricta debe prevalecer porque todos los efectos positivos derivados del auto de procesamiento (derecho de defensa, constitución en parte del imputado con todas sus consecuencias) se han adelantado con las nuevas disposiciones a momentos muy anteriores, esto es, en cuanto se adopten medidas cautelares. De todo ello se deduce el interés legítimo, próximo a un derecho, que tiene una persona a no ser procesada sino por aquellos delitos cuya pena determine que el procesamiento debe seguirse por los trámites del sumario.

— Adecuando los trámites del procedimiento oral y diligencias preparatorias a la competencia funcional de los órganos judiciales debe señalarse que en lugar de apelación ante la Audiencia Provincial al ser éste el órgano que juzga los hechos en única instancia, el recurso que procede es el de casación, a lo que no se oponen los artículos que regulan este recurso en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

II

El principio de igualdad procesal (art. 24.2 de la Constitución) o sometimiento de todos a los órganos jurisdiccionales establecidos con carácter general por las leyes orgánicas y procesales, cuenta con excepciones en nuestro ordenamiento jurídico que la propia Constitución reconoce; expresamente unas veces (arts. 71.3 y 102.1) y otras de modo implícito siempre que el privilegio procesal esté desarrollado en una ley orgánica. Esto es lo que acontece con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, pues prevista una ley orgánica que determine sus funciones y principios básicos y actuación (art. 104.2 de la Constitución), la Ley Orgánica 2/1986 de 13 de marzo da acogida a un fuero procesal especial para la exigencia de responsabilidades penales (art. 8). Precisamente de este precepto extraemos estas dos conclusiones resolutorias del tema sometido a Consulta:

A) Las Audiencias Provinciales conocen de la totalidad de los delitos que puedan cometer los componentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, cualesquiera que sean su naturaleza y la entidad de la sanción prevista en el tipo penal de injusto, pues es efecto del privilegio de fuero del que son titulares, eliminar la competencia del órgano que objetivamente debería conocer de los hechos atribuyéndolos a otro de mayor rango expresamente determinado. La aplicación de este fuero procesal y su preferencia sobre el *forum delicti* solo tiene como límite que las infracciones delictivas hayan tenido lugar en el ejercicio de sus funciones.

B) El privilegio procesal no afecta sólo a la competencia objetiva, sino que produce efectos modificativos en el procedimiento a seguir, pues con independencia de cuáles sean los hechos presuntamente delictivos, la sustanciación de aquél se ajustará al previsto para los delitos cuyo fallo corresponda a las Audiencias Provinciales: sumarios ordinarios o de urgencia.

Realmente el contenido de esta última conclusión ha sido la causa de la división de criterios entre los componentes de la Fiscalía que formula la Consulta. Entiende la Fiscalía General del Estado que debe rechazarse la tesis que hemos denominado de la pluralidad; a los argumentos aducidos por los partidarios de la necesidad de seguir siempre procedimientos sumariales, se agregan estos otros:

a) En el artículo 5.3.º de la Ley de 4 de diciembre de 1978 tras atribuir a las Audiencias Provinciales el conocimiento de los delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones por los miembros de los Cuerpos Superiores de Policía, Policía Nacional y Guardia Civil, se agrega que en los supuestos a que se refiere el artículo 779 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en el que se incluyen los delitos no flagrantes castigados con pena no superior a prisión menor) se seguirá el procedimiento correspondiente a los sumarios de urgencia (arts. 793-802). De este texto resultaban claras dos cosas: de un lado, que los delitos con pena propia para ser enjuiciados por diligencias preparatorias (arts. 14.3.º; 789.5.º, y 790-792 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) se tramitan por el procedimiento de los sumarios de urgencia, que estaba previsto para hechos de más entidad; y de otro, que en la investigación de delitos cuya penalidad exceda de la establecida en el artículo 779, se seguirá el procedimiento ordinario de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En este orden, el contenido del privilegio procesal consistía únicamente en eliminar el procedimiento de los delitos menores (diligencias preparatorias) y la imposibilidad de que el auto de procesamiento se dictara por los Jueces de Instrucción.

En la letra del artículo 8 de la Ley de 13 de mayo de 1986 no se halla expresa la afirmación de cuál será el procedimiento o procedimientos que hayan de seguirse cuando los imputados pertenezcan a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad. En ese precepto sólo se dice que la Audiencia Provincial «será la competencia para seguir la instrucción, ordenar, en su caso, el procesamiento y dictar el fallo que corresponda». Pero la falta en esta norma de la referencia a un específico procedimiento no significa que rijan aquí las normas comunes ordenadoras de los procesos penales, porque el procedimiento está individualizado por remisión, en cuanto se asigna la competencia objetiva a las Audiencias Provinciales para la instrucción y fallo, pues lógicamente esos trámites se acomodarán a la forma prevenida para los delitos cuyo conocimiento corresponde a las Audiencias Provinciales, del propio modo que cuando los Jueces conocen de la instrucción y fallo de las causas por delito [arts. 87 b) de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 14.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal] lo será con las formalidades que se prevén en los procedimientos respectivos.

Por lo demás, la concreción del tipo de procedimiento tampoco se ha considerado necesaria en otros preceptos reguladores de privilegios procesales y no se ha dudado en la adopción de la forma sumarial. Así, entre las atribuciones de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, el artículo 57.2 y 3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial se refiere a «la instrucción y enjuiciamiento de la causa», sin añadir más, y entre las de los Tribunales Superiores de Justicia (art. 73, 3 de la LOPJ) se encuentran, también sin matizaciones, «la instrucción y fallo» de las causas penales seguidas a quienes gozan del privilegio procesal.

b) Dispone el artículo 8 de la Ley de 13 de marzo de 1986 que cuando los Jueces de Instrucción entiendan que en las actuaciones existen indicios racionales de criminalidad, las remitirán a la Audiencia Provincial que será la competente para «... ordenar, en su caso, el procesamiento». Este giro «en su caso» no es argumento en favor de la posibilidad de que se sigan procedimientos no sumariales —precisamente en los que ha desaparecido el procesamiento— ante la Audiencia Provincial, es decir, tal término no significa que sólo se decretará el procesamiento de los delitos que den lugar a procedimiento ordinario (art. 384 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) o de urgencia (art. 793 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) pero no en los demás. «En su caso» es, sí, una expresión condicional o hipotética, pero no relacionada con la tramitación de un tipo u otro de procedimiento, sino que va ligada al hecho de que se admita o no por

la Audiencia Provincial la existencia de indicios de criminalidad que ya apreció el Juez Instructor. Es claro que la oración «en su caso» no contiene la alternativa de dictar auto de procesamiento si se sigue procedimiento penal en forma de sumario o no dictarlo cuando adopte la forma de procedimiento oral o de diligencias preparatorias. Se trata tan sólo de un juicio valorativo sobre la presencia de indicios de criminalidad en la conducta de una persona y no de un juicio que se subordine a la tramitación de un determinado procedimiento.

c) Por último, agreguemos un argumento extraído directamente de la Ley Orgánica 10/1980, de 11 de noviembre, en justificación de que el procedimiento oral no es aplicable cuando se trate de enjuiciar comportamientos de quienes sean titulares de algún privilegio procesal. Dice, en efecto, el artículo 1-2-2.º de aquella Ley que quedan excluidos de su ámbito «los delitos atribuidos al conocimiento de la Audiencia Nacional y los Juzgados Centrales y cualesquiera otros que por razón de las personas o la materia estén sujetos a normas de competencia especiales», norma que se adecúa al inciso último del artículo 14.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en el que se deroga la competencia de los Jueces de Instrucción cuando esté reservado el procesamiento a las Audiencias Provinciales.

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

LEGITIMA DEFENSA DEL HONOR Y LIMITES DEL DERECHO DE DEFENSA

(Comentario a la sentencia de 22 de enero de 1987)

M. TERESA CASTIÑEIRA

Profesora Titular de la Universidad Autónoma de Barcelona

SUMARIO: 1. La legítima defensa del honor. 2. El caso de la sentencia de 22 de enero de 1987. 2.1. Ataque a la vida o a la integridad física. 2.2. El ataque al honor. 2.2.1. Aplicabilidad de la CDH. 2.2.2. Los requisitos de la legítima defensa. 3. Los límites de la legítima defensa. 3.1. Amplitud del derecho de defensa. 3.2. Límites al derecho de defensa. Grupos de casos. 3.3. Fundamentación legal de los límites. 3.3.1. Fundamento de la legítima defensa y función del Derecho Penal. 3.3.2. Protección de bienes jurídicos. 3.4. Conclusión. 4. Alternativas a la sentencia del Tribunal Supremo.

Cayetano estaba en su casa cuando compareció Anselmo ante su portal insultándole y amenazándole. Dijo, entre otras cosas, que iba a matarle. Acudió entonces Blas y, después de proveerse éste de un palo y de armarse Cayetano con un cuchillo de cocina, salieron ambos al encuentro de Anselmo. Le agredieron causándole lesiones que determinaron su muerte. Anselmo llevaba una navaja en el bolsillo, pero no llegó a sacarla de él. Los tres estaban ebrios en el momento de los hechos.

La Audiencia Provincial de Córdoba condenó a Cayetano y a Blas como autores de un delito de homicidio a la pena de 12 años y un día de Reclusión menor. El Tribunal Supremo confirmó la sentencia.

En el recurso presentado ante el T. S. los procesados (hoy condenados) alegaron que habían actuado en legítima defensa. El T. S. no admitió la existencia de esta causa de justificación ya que, dijo, «la agresión ha de ser material, y no equivalen nunca a ella los insultos o injurias por graves que sean». Es decir *porque los ataques al honor no constituyen agresión ilegítima.*

1. LA LEGITIMA DEFENSA DEL HONOR

El art. 8.4 del Código Penal declara exento de responsabilidad a quien *obra en defensa de su persona o sus derechos*. El art. 18 de la Constitución garantiza el derecho al honor. Esta disposición está situada en la Sección 1.ª del Capítulo segundo titulada *De los derechos fundamentales y de las libertades públicas*. No parece posible poner en duda que el honor es un derecho de la persona. Y, además, es un derecho fundamental.

Esta es la opinión dominante en la doctrina (1), opinión que fue admitida por la jurisprudencia desde de la sentencia de 1 de mayo de 1958, la primera que reconoció la legítima defensa del honor (2). Pero junto a resoluciones que siguen la línea marcada por la sentencia citada han seguido dictándose otras en la línea tradicional, es decir, que rechazan de plano la legítima defensa del honor, o que entienden la agresión ilegítima como un acometimiento físico, con lo que se excluye el carácter de agresión ilegítima del ataque al honor por sí solo.

2. EL CASO DE LA SENTENCIA DE 22 DE ENERO DE 1987

En la sentencia de 22 de enero de 1987 se rechaza la legítima defensa aludiendo a las dos vías antes mencionadas para negar la posibilidad de defensa del honor:

— No hay acometimiento físico.

— En cualquier caso, los insultos e injurias, por graves que sean, no constituyen agresión ilegítima.

No creo necesario insistir en la incorrección de ambos argumentos (3). En cambio, sí puede ser conveniente analizar si estamos ante un ataque al honor o ante un ataque a la vida o integridad física y cuál es el tratamiento que debe darse a la legítima defensa del honor.

2.1. Ataque a la vida o a la integridad física

En los antecedentes de hecho de la sentencia, consta que el 5 de junio de 1984 Anselmo había agredido a Cayetano con una navaja produciéndole lesiones. Los hechos que dan lugar al caso ahora comentado tuvieron lugar pocos días después, el 14 de junio de 1984, y no parece que la intención de la víctima fuera simplemente la de injuriar o amenazar a su enemigo, al menos ni la actitud ni las palabras —dice

(1) I. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE: *Honor y libertad de expresión*. Madrid (Tecnos) 1987, pp. 35 y ss. D. M. LUZÓN PEÑA: *Aspectos esenciales de la legítima defensa*. Barcelona (Bosch Casa Editorial), 1978, pp. 349-350. M. J. MAGALDI PATERNOSTRO: *La legítima defensa en la jurisprudencia española*. Barcelona (Bosch Casa Editorial) 1976, pp. 171 y ss. S. MIR PUIG: *Derecho Penal. Parte General*. Barcelona (PPU), 1985, pp. 367-368.

(2) Sobre el cambio de postura jurisprudencial vid. M. J. MAGALDI: *La legítima defensa*, cit., pp. 183 y ss.

(3) Cfr. bibliografía citada en nota 1.

que va a matar a Cayetano— ni su propia presencia en el portal a las tres de la madrugada lo indica. Pero de ahí no se puede deducir sin más la existencia de una agresión ilegítima contra la vida o integridad física. La agresión ha de ser *actual* (4), es decir ha de existir un peligro próximo de lesión del bien jurídico. Este peligro próximo que hubiera hecho surgir la necesidad de defensa no se dio en este caso como pone de relieve la sentencia: El procesado se hallaba en su casa, suficientemente protegido de riesgo personal. Manteniéndose en ella su vida e integridad física no corrían riesgo alguno y, si bien normalmente no se exige a quien es víctima de una agresión que huya, no creo que deba ampararse con la legítima defensa a quien, como en el caso presente, sale de su domicilio y se dirige al encuentro de quien está anunciando que va a matarle.

En resumen, no existió agresión contra la vida o integridad física.

2.2. El ataque al honor

La existencia del ataque al honor no se pone en duda por el T. S., al contrario, el tribunal reconoce su existencia pero se considera que los insultos e injurias no constituyen agresión ilegítima.

Ya se ha visto antes que la letra del art. 8-4 permite sin lugar a dudas la legítima defensa del honor. El problema no radica ahí, sino en determinar si puede justificarse la muerte del agresor en virtud de la legítima defensa del honor. La respuesta es negativa.

A continuación voy a tratar de justificar lo anterior. Para ello se analizará la legislación vigente partiendo de la necesidad de establecer ciertos límites al derecho de defensa.

La ley española concibe la legítima defensa con gran amplitud. La defensa permitida es la *necesaria* para repeler la agresión. Pero incluso un texto legal como el español permite establecer algunos límites al derecho de defensa, y eso cuando no es la propia ley la que los establece como sucede, por ejemplo, en el caso de defensa de los bienes o de la morada. Con carácter general los límites del derecho de defensa pueden derivar:

1. Del art. 2 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales ratificado por España el 26 de septiembre de 1979 («BOE» 10 octubre 1979). 2. De los propios requisitos de la legítima defensa.

1. *El art. 2 del Convenio para la Protección de los Derechos Fundamentales y de las Libertades Públicas.*

Una vía para limitar las posibilidades de defensa la proporciona el CDH cuyo art. 2 establece:

«1. *El derecho de toda persona a la vida está protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de su vida intencionadamente, salvo en eje-*

(4) Cfr. M. J. MAGALDI: *La legítima defensa*, cit., pp. 54 y ss.

cución de una condena que imponga pena capital dictada por un tribunal al reo de un delito para el que la ley establece esa pena.

2. *La muerte no se considerará infligida con infracción del presente artículo cuando se produzca como consecuencia de un recurso absolutamente necesario:*

- a) *En defensa de una persona contra una agresión ilegítima.*
- b) *Para 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.»*

El valor del art. 2 de la CDH para servir de fundamento a la prohibición de matar intencionadamente en defensa de determinados bienes jurídicos es discutido. Básicamente se plantean dos grupos de cuestiones:

- 1. Aplicabilidad de la CDH.
- 2. Casos que comprende.

2.2.1. *Aplicabilidad de la CDH*

El art. 2 de la CDH puede contemplarse de dos maneras distintas: como regulador únicamente de las relaciones entre el Estado y los ciudadanos o como regulador, además, de las relaciones de los ciudadanos entre sí. En el primer caso no serviría para limitar el derecho de defensa, en el segundo sí (5).

Desde otro punto de vista, cabría entender que la CDH establece una obligación para el Estado. Este debería incorporar las disposiciones de la Convención a la legislación interna.

De la posición adoptada en los dos grupos de cuestiones planteadas dependerá que se pueda derivar o no una limitación del derecho de defensa. Se trata, en definitiva, de averiguar si matar intencionadamente a una persona está prohibido en Derecho español fuera de los casos mencionados en el art. 2 del CDH.

Las disposiciones de la Constitución al respecto son las siguientes:

«Los Tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, forman parte del ordenamiento interno» (art. 96-1) y «Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades públicas que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España» (art. 10-2).

Si los Tratados internacionales celebrados y publicados en las condiciones establecidas en el art. 96-1 de la Constitución forman parte del ordenamiento interno, no parece haber dificultad alguna en enten-

(5) Cfr. N. BITZLEKIS: *Die neue Tendenz zur Einschränkung des Norwehrechts*. Berlin (Duncker-Humblot), 1984, pp. 133 y ss., quien considera que la CDH es directamente aplicable a las relaciones de los ciudadanos entre sí pero inútil en materia de límites a la legítima defensa. K. MARXEN: *Die «sozialistischen» Grenzen der Notwehr*. Frankfurt (A. Metzner), 1979, p. 61.

der que son aplicables a las relaciones de los ciudadanos entre sí; además, por si esto fuera insuficiente, el art. 10-2 de la Constitución obliga a interpretar las normas que afectan a los derechos fundamentales y libertades públicas de acuerdo con lo establecido en los tratados internacionales sobre la materia.

Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional en sentencias de 15 de octubre de 1982 (6) y 20 de diciembre de 1982 (7). Esta última dice: «... la Constitución se inserta en un contexto internacional en materia de derechos fundamentales y libertades públicas, por lo que hay que interpretar sus normas en esta materia de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y Acuerdos internacionales que menciona el precepto. Y añadimos ahora, *no sólo las normas contenidas en la Constitución, sino todas las del ordenamiento relativas a los derechos fundamentales y libertades públicas que reconoce la norma fundamental*». (Fund. jur. 4).

Las normas reguladoras del derecho de defensa, en cuanto pueden permitir matar a otra persona, afectan a un derecho fundamental —art. 15 Constitución— y deben interpretarse conforme a lo dispuesto en la CDH, y ello sin que sea necesario, aunque pueda ser conveniente, una incorporación expresa al Código Penal de lo dispuesto en la CDH. La CDH forma parte del ordenamiento jurídico español.

2. SUPUESTOS QUE COMPRENDE

El art. 2 de la CDH dice que nadie podrá ser privado de su vida *intencionadamente*. No cabe decir que se ha producido una muerte intencional ni siquiera en todos los casos de muerte dolosa (8). En los supuestos de dolo eventual el sujeto no tiene intención de causar el resultado. Es decir, la vigencia de lo dispuesto en el art. 2 de la CDH no significa que fuera de los casos expresamente mencionados no quepa matar en legítima defensa; significa sólo que no cabe matar con dolor directo de primero o segundo grado, e incluso en este segundo caso podría discutirse.

De *lege ferenda* quizá sería mejor y, desde luego, más claro prohibir la muerte de otro en todos los casos en que el sujeto conociera que va a causar la muerte de otra persona.

La muerte intencionada de otro sólo está permitida «*en defensa de una persona contra una agresión ilegítima*». En la regulación de la legítima defensa el C.P. distingue entre la legítima defensa de la persona y la de sus derechos. Por legítima defensa de la persona se entiende la de sus atributos más fundamentales: vida, integridad física y libertad. Fuera de estos casos, en la legítima defensa de los derechos,

(6) STC 62/1982, de 15 de octubre.

(7) STC 78/1982, de 20 de diciembre.

(8) C. ROXIN: *Die «sozialistischen Einschränkungen» des Notwehrrechts*. —Versuch einer Bilanz— ZSTW —93— 1981, p. 99, considera que la CDH no comprende los casos de dolo eventual que son los que tienen significación en materia de legítima defensa.

la muerte intencionada de otro no está permitida, es decir, no está amparada por la eximente.

2.2.2. Los requisitos de la legítima defensa

La concurrencia de la actualidad de la agresión a la que se vincula la necesidad de defensa puede ser difícil en las agresiones al honor. En muchos casos, cuando la víctima puede defenderse, la agresión ya ha cesado y por tanto ya no es actual (9). Pero ello no significa que una agresión actual al honor, frente a la que queda legítima defensa sea imposible. Un ejemplo lo constituye la sentencia que se comenta: «Anselmo, se encontraba junto al portal de Cayetano dando fuertes voces insultantes y amenazantes». Existía en este caso una agresión actual y necesidad de defensa del honor.

La necesidad de la concreta defensa ha de interpretarse estrictamente. Permitir a quien es víctima de una agresión realizar *todo lo necesario* para repelerla no equivale a otorgar una patente de corso para causar cualquier daño al agresor.

Normalmente, cuando se analiza el requisito de necesidad o racionalidad del medio empleado para repeler la agresión se pone de relieve que el agredido debe emplear el medio menos lesivo, pero al enjuiciar el medio concreto utilizado se destaca que ha de tenerse en cuenta la situación de la víctima de la agresión. En algunas situaciones, no es exigible que el agredido realice un detenido examen de la situación y elija el medio menos lesivo y suficiente para repeler la agresión (10). Ello imposibilitaría toda defensa.

Pero la rigidez con que se examina si el agredido ha utilizado el medio menos lesivo para repeler la agresión deberá ser distinta según el tipo de bien jurídico objeto de ataque. No es lo mismo un ataque a la vida o a la integridad física que un ataque al honor. En el primer caso, no se puede exigir a la víctima de la agresión que elija, después de un detenido examen de las diversas posibilidades, el medio menos lesivo. Pero en el segundo sí. El ataque al honor no produce un riesgo tan vital que permita utilizar un criterio amplio para decidir si el medio utilizado para defenderse fue correcto.

Así se limitan los medios utilizables para defender el honor. En el caso de la sentencia que se comenta la aplicación de este criterio daría lugar a la estimación de la eximente incompleta.

3. LOS LIMITES DE LA LEGITIMA DEFENSA

3.1. Amplitud del derecho de defensa

La letra del art. 8-4 del C.P. no establece más límites al derecho de defensa que los derivan de los propios requisitos de la eximente. El art. 2 de la CDH. sólo prohíbe la muerte intencional, excepto en los

(9) Cfr. D. LUZÓN: *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, cit., pp. 434 y ss.

(10) Cfr. S. MIR: *Derecho Penal*, cit., p. 373 y M. J. MAGALDI: *La legítima defensa*, cit., pp. 214 y ss.

casos de agresión ilegítima contra la persona. En el ámbito de la legítima defensa de los derechos, el resultado de la defensa frente a una agresión ilegítima puede ser incluso la muerte del agresor, con la única condición de que no sea intencional. El medio empleado para impedir la o repelerla puede ser también cualquiera, siempre que sea racionalmente necesario. Necesidad racional que: 1) se refiere al medio para impedir o repeler la agresión, y 2) si falta, es decir, si se emplea un medio más lesivo de lo necesario, no da lugar a la desaparición de la legítima defensa, sino a la estimación de la eximente incompleta.

Esto significa que en el caso de la sentencia de 22 de enero de 1987 si se demuestra que la muerte no fue intencional y que el empleo de la navaja y la intervención de dos personas eran racionalmente necesarios para repeler la agresión al honor de Cayetano deba haberse apreciado la eximente de legítima defensa.

Pero ello hubiera resultado excesivo (11). El problema no es nuevo (12) y la doctrina penal ha puesto de relieve la necesidad de establecer límites al derecho de defensa en algunos grupos de casos (13).

2.3. Límites al derecho de defensa. Grupos de casos

La doctrina penal alemana ha sistematizado varios grupos de casos en los que, mayoritariamente, se considera necesario establecer límites al derecho de defensa (14). Son los siguientes:

1. *Agresiones de inculpables o de personas que actúan con culpabilidad disminuida.* Ante una agresión realizada por un sujeto en estas condiciones no cabría legítima defensa o sólo sería posible una defensa limitada.

2. *Provocación de la agresión.* Quien ha provocado la agresión no puede luego alegar legítima defensa.

(11) En este sentido J. ANTÓN ONECA: *Derecho Penal. Parte General*. Madrid 1949, p. 127.

(12) J. ANTÓN, planteaba ya en 1949 la misma cuestión en relación a otro ejemplo: «El propietario de avanzada edad no puede evitar la sustracción de la fruta de su huerto más que haciendo fuego sobre el ladrón joven que, tras haberse burlado de sus admoniciones, huye ligero de pies. ¿Deberá resignarse el agredido a ver sucumbir su derecho o será preferible para mantener el imperio del orden jurídico sacrificar la vida de quien voluntariamente se ha puesto fuera de la ley?». *Derecho Penal*, cit., p. 247. El ejemplo de ANTÓN coincide sustancialmente con una de las primeras sentencias del Reichsgerichts que, en 1920, planteó el establecimiento de límites a la legítima defensa —el agredido dispara contra dos sujetos que huían tras haber sido sorprendidos robando fruta y causa lesiones graves a uno de ellos—. Cfr. A. MONTENBRUCK: *Thesen zur Notwehr*. Heidelberg (R. v. Decker & C. F. Müller), 1983, p. 2.

(13) Cfr., por ej., S. MIR PUIG: *Derecho Penal*, cit., p. 370 y en relación a la legítima defensa del honor. I. BERDUGO: *Honor y libertad de expresión*, cit., pp. 39-40.

(14) Cfr. Ch. BERTEL: *Notwehr gegen verschuldete Angriffe*, ZSTW —84—, 1972, pp. 1 y ss.; N. BITZLEKIS: *Die*, cit., pp. 108 y ss.; K. MARKEN: *Die «sozialistischen» Grenzen der Notwehr*, cit., pp. 60 y ss.; C. ROXIN: ZSTW —93—, 1981, pp. 81 y ss.; K. SEELMANN: *Grenzen privater Nothilfe*, ZSTW —84—, 1977, pp. 39 y ss. Ch. SCHÖNEBORN: *Zum leitgedanken der Rechtfertigungseinschränkung bei Notwehrprovokation*, NZStr. —6—, 1981, pp. 201 y ss.

3. *Ataques insignificantes.* Para evitar el apoderamiento de una pequeña cantidad de dinero o de fruta se causan lesiones graves o incluso la muerte del agresor.

4. *Agresiones en el marco de relaciones de garante.* Por ejemplo, dentro del matrimonio.

Los anteriores son los supuestos sistematizados, pero junto a ellos van apareciendo nuevos casos en los que parece necesario limitar el derecho de defensa (15). Por ejemplo, supuestos en que la agresión no es insignificante pero sólo se puede repeler causando un *mal* absolutamente *desproporcionado*.

3.3. Fundamentación legal de los límites

Limitar el derecho de defensa en los casos anteriores y en algunos más quizá sea correcto desde un punto de vista de *lege ferenda*, pero es dudoso que lo sea atendiendo a las leyes vigentes.

Al limitar el derecho de defensa, se amplía el ámbito de lo punible y si ello se hace sin base legal suficiente, se está infringiendo el principio de legalidad (16). Efectivamente, si los límites del derecho de defensa carecen de base legal, habrá que concluir, que por muy necesarios que parezcan, no pueden establecerse hasta que sean incorporados a la ley.

Por consiguiente, hay que averiguar si existe base legal para las diversas limitaciones al derecho de defensa. Las justificaciones legales utilizadas por la doctrina y jurisprudencia alemanas varían según los autores y los grupos de casos: van desde el propio fundamento del derecho de defensa hasta la función del derecho penal, o la clase de bien jurídico atacado. Un análisis exhaustivo de las distintas fundamentaciones excede de los límites de este comentario. Por ello sólo se analizarán aquellas propuestas que intentan dar un fundamento general para todos los límites y se considerará su aplicabilidad al Derecho español.

3.1.1. Fundamento de la legítima defensa y función del Derecho Penal

La doctrina moderna atribuye un doble fundamento a la legítima defensa:

- uno de carácter individual, *la necesidad de protección del bien jurídico;*
- otro de carácter supraindividual, *la defensa del derecho* (17).

(15) A. MONTENBRUCK: *Thesen zur Notwehr*, cit., p. 9, y C. ROXIN: *ZStW*, —93—, 1981, p. 80.

(16) Cfr. D. LUZÓN: *Legítima defensa y estado de necesidad defensivo en Comentarios a la Legislación Penal*. T. V. Vol I. Madrid (Edersa), 1985, p. 362. Muy crítico respecto a la legalidad de los límites. D. KRATSCHE: *Des (Rechts—) Gebot zur Rücksichtnahme als Grenze des strafrechtlichen Notwehrrechts*. *JUS*, 1975, pp. 436 y *passim*.

(17) Vid. D. LUZÓN: *Aspectos esenciales de la legitimidad defensiva*, cit., pp. 58 y ss. *Legítima defensa y estado de necesidad defensivo*, cit., pp. 228-229.

La desaparición en algunos casos concretos del fundamento supraindividual podría implicar la inexistencia del derecho de defensa.

La legítima defensa es también un instrumento para cumplir la función de prevención, general y especial, que se asigna al Derecho Penal, de manera que al doble fundamento le corresponde una doble función (18).

A partir de estas dos consideraciones se deduce que es posible limitar la defensa cuando el derecho no necesita ser defendido o cuando es innecesario desde el punto de vista de la prevención. Por ejemplo, la ley penal no castiga a los inculpables a pesar de que desapruéba su acción. Si el derecho no los castiga entonces no puede ser función del particular afirmar o mantener sin limitaciones el derecho frente a ataques de inculpables (19). El C.P. español tampoco castiga a los inculpables, pero por lo menos es discutible deducir de ahí que el particular no puede defenderse en los términos establecidos en el artículo 8-4 ante un ataque de estas características. Y si es dudoso, entonces debe rechazarse. La ley no excluye ni limita la posibilidad de defensa, excepto en el caso ya visto del art. 2 de la CDH. Ello no significa que no deba establecerse límite alguno al derecho de defensa, pero *ha de hacerlo la ley* (20).

Algo semejante ocurre respecto a los ataques insignificantes. En este caso, el C.P. español ya limita los supuestos en que existe agresión ilegítima en los casos probablemente más frecuentes: agresiones a los bienes y a la morada.

En el primer caso exige que el ataque constituya *delito*, no comprende las faltas, y en el caso de la morada sólo reputa agresión ilegítima parte de los comportamientos descritos en el delito de allanamiento de morada. En Derecho español hay comportamientos constitutivos de delito frente a los que no cabe legítima defensa; por ejemplo, mantenerse en morada ajena contra la voluntad del morador.

Al margen de los casos mencionados pueden subsistir ataques insignificantes; por ejemplo, constitutivos de falta contra las personas frente a los cuales cabe legítima defensa.

Establecer límites al derecho de defensa a partir del fundamento de la legítima defensa y de la función del Derecho Penal es demasiado vago. No permite concretar cuáles son esos límites ni a qué supuestos deben aplicarse. Es una buena argumentación para pedir que se establezcan límites, pero no para considerarlos vigentes.

(18) Cfr. D. LUZÓN: *Legítima defensa y estado de necesidad defensivo*, cit., p. 229, y C. ROXIN: ZSTW, —93—, 1981, pp. 73 y ss.

(19) Cfr. C. ROXIN: ZSTW —93—, 1981, pp. 81 y ss.

(20) Parte de la doctrina española entiende que agresión ilegítima equivale a agresión antijurídica. Una vía para limitar la defensa sería, como propone LUZÓN: *Legítima defensa y Estado de necesidad defensivo*, cit., p. 236, exigir que además sea culpable y aplicar en estos casos el estado de necesidad defensivo.

3.3.2. Protección de bienes jurídicos

Desde una concepción matizadamente distinta del fundamento de la legítima defensa se trata de buscar una justificación distinta a sus límites. La legítima defensa cumple prioritariamente una función de protección de bienes jurídicos, la defensa del derecho queda en segundo término. El análisis del bien jurídico protegido en cada caso permite distinguir diversos grupos de casos de legítima defensa y, además, proporcionar un criterio general para los límites (21).

Distinción entre núcleo y ámbito de la legítima defensa. Es posible diferenciar entre aquellos bienes jurídicos que afectan esencialmente a la persona (vida, integridad física y libertad) y otros bienes jurídicos que aun siendo de carácter personal no son tan esenciales como los primeros. El criterio diferenciador entre unos y otros sería la disponibilidad.

A partir de ahí se distingue entre *núcleo* y *ámbito* de la legítima defensa. Al *núcleo* pertenece la defensa de los bienes estrictamente personales y al *ámbito* la defensa de los demás (22). Las posibilidades de defensa en uno y otro caso pueden ser distintas: ilimitadas en los ataques al núcleo y, en cambio, sujetas a ciertas limitaciones en los ataques al ámbito. Esta diferenciación tiene, según sus defensores, base en la letra del C.P. alemán.

Más que de un fundamento para los límites de la legítima defensa parece tratarse de una vía o criterio concreto para su establecimiento. Tal y como se propone, no es aplicable en Derecho español, pero está en la línea de las restricciones que establece nuestro C.P. El ataque a determinados bienes jurídicos (bienes y morada) debe revestir cierta entidad para constituir agresión ilegítima.

3.4. Conclusión

La doctrina penal plantea la necesidad de establecer ciertos límites al derecho de defensa. La ley española permite en bastantes casos limitar el derecho de defensa. Es más, así lo hace expresamente en la defensa de los bienes y la morada. Muchos de los casos en que la doctrina y jurisprudencia alemanas limitan el derecho de defensa se pueden resolver con el Derecho español vigente sin infringir el principio de legalidad: Agresiones insignificantes a los bienes, provocación de la agresión..., etc. Pero quedan otros, como los ataques de los inculpables o los casos de gran desproporción de bienes que, al margen de la rigidez en la interpretación de la necesidad de defensa y de medio, sólo pueden resolverse a través de una reforma de la ley.

Un ejemplo: A las nueve de la noche un alto empleado de una empresa acude a la oficina para recoger la documentación de su coche, que había olvidado. En aquel momento C se hallaba todavía trabajan-

(21) A. MONTENBRUCK: *Thesen zur Notwehr*, cit., pp. 8-9.

(22) Una exposición completa en A. MONTENBRUCK: *Thesen zur Notwehr*, cit., pp. 12 y ss.

do. A causa de los reiterados robos que se habían producido, la dirección de la empresa había pedido a C que estuviera alerta ante la posible presencia de personas sospechosas. C observó como A introducía dos pequeñas cajas de cartón en el portamaletas, e ignorando que las cajas estaban vacías se dirigió a A y le rogó que abriera el maletero. A se negó y se sentó al volante dispuesto a irse. Para impedirlo C asió el volante pero A arrancó bruscamente arrastrando a C diez o quince metros y causándole lesiones de consideración (23). En este caso el tribunal alemán entendió que dadas las circunstancias —fundamentalmente el error de C— A no podía realizar una defensa que puso en peligro la vida de C y le causó graves lesiones, cuando abriendo el maletero, lo que habría representado un pequeño menoscabo de su libertad de actuación, hubiera podido irse inmediatamente. Dada la desproporción de los bienes jurídicos en juego, la defensa se consideró como un abuso de derecho. A debía haber renunciado a su derecho a defenderse (24).

En este caso la necesidad de defensa está clara: A no pudo irse. Lo único que en Derecho español podría considerarse es la necesidad del medio, arrastrar C no era lo único que podía hacer A, podía haberle pegado un puñetazo o podía haber arrancado lentamente. En Derecho español debería apreciarse la eximente incompleta, pero no creo posible negar del todo la legítima defensa (25). No lo creo posible ni tampoco conveniente. El derecho de defensa debe limitarse o someterse en determinados casos a la exigencia de proporcionalidad, pero lo que no se puede hacer es excluirlo. Si en el ejemplo anterior se prescinde de la especificidad del caso a causa del error de C y se imagina un supuesto idéntico en el que C simplemente quiere ver el maletero por capricho. ¿Puede negarse a A la legítima defensa? ¿Puede cualquier ciudadano impedir a otro deambular libremente? ¿Estamos todos impedidos de toda reacción frente a quien nos detiene?

4. ALTERNATIVAS A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

El T. S. consideró a Cayetano y a Blas autores de un delito doloso de homicidio.

A partir de las consideraciones anteriores voy a tratar de exponer cuál debió ser la solución del caso.

1. Está claro que la legítima defensa del honor es posible. Lo que hay que averiguar es si concurrían en el caso presente los requisitos de esta eximente.

Antes se ha visto que el art. 2 de la CDH prohíbe la muerte intencionada de otra persona en legítima defensa del honor. El primer paso

(23) OLG. Hamm. Urt. v. 24. 11, 1976, NJW, 1977, p. 590 y ss.

(24) Cfr. sobre este caso H. SCHUMANN: JUS, 1979, pp. 559 y ss.

(25) Al margen de la problemática que plantea el error de C.

ha de consistir en averiguar si la muerte de Anselmo fue intencionada y las consecuencias de ello.

En los Antecedentes de Hecho de la sentencia se dice que «el resultado fatal no se hubiera producido necesariamente en un sujeto normal atendido en un centro sanitario dentro de un periodo prudencial, pero dadas las circunstancias de salud del agredido, víctima de una cirrosis hepática avanzada, las lesiones se complicaron y originaron su muerte».

La muerte se produjo por la concurrencia de las lesiones causadas por los procesados y la cirrosis de la víctima. La constitución anormal de la víctima no excluye la imputación objetiva del resultado, pero el hecho de que las lesiones fueran insuficientes para causar necesariamente la muerte, puede indicar que los autores no tenían intención de matar. El T. S., siguiendo una doctrina establecida en los últimos años, atiende a una serie de datos objetivos para determinar si existe intención de matar: circunstancias anteriores entre autor y víctima, región corporal vulnerada, reiteración de golpes, naturaleza del instrumento..., etc. En el caso presente entendió que existía intención de matar.

Si ello es así, la muerte no puede estar justificada por legítima defensa en virtud de lo dispuesto en el art. 2 de la CDH.

A partir de ahí, cabe entender que hay responsabilidad plena, llegando entonces, aunque por un camino distinto, a la misma conclusión que el T. S., o que es posible, sin excluir totalmente la responsabilidad, es decir, sin infringir lo dispuesto en el art. 2 de la CDH, exigir una responsabilidad atenuada.

Si se tiene en cuenta que sólo con que la muerte se hubiera causado con dolo eventual ya hubiera podido justificarse según la CDH, no parece disparatado pensar que en este caso hay que atenuar la pena. No es lo mismo matar sin que previamente haya existido agresión alguna, que matar en defensa frente a una agresión ilegítima: el injusto en el segundo caso es menor (26).

La vía para proceder a esta atenuación podría ser la propia eximente de legítima defensa. Los requisitos esenciales de la eximente concurren y la CDH no dice que en estos casos no haya legítima defensa, sino sólo que no se puede matar intencionadamente. Esta prohibición puede incardinarse en el requisito segundo, y entender que cuando se ha causado intencionadamente la muerte, cabe la eximente incompleta.

Además, el art. 66 deja un amplio margen para la determinación de la pena y eso permite tomar en consideración las características de cada caso. Si en el supuesto concreto resulta que el injusto es casi el mismo que se hubiera producido de no haber existido agresión ilegítima, la conclusión es que puede imponerse casi la misma pena: La sentencia condena a los autores a la pena de 12 años y un día de Reclusión menor. Con la tesis aquí defendida se les podría condenar a una pena de hasta 12 años, pero también a una pena notablemente inferior.

(26) D. LUZÓN: *Legítima defensa y estado de necesidad defensivo*, cit., p. 260.

2. Pero, dadas las características del caso, también es posible entender que la muerte no fue intencionada y que se debió sólo a dolo eventual. Si no existió intención en relación a la muerte ya no rige la prohibición de la CDH. Ya se ha dicho que los requisitos esenciales de la legítima defensa concurren. Pero incluso en el caso de que la muerte fuera debida a dolo eventual no puede considerarse como medio necesario para repeler la agresión al honor. Es más, la muerte del agresor no puede serlo nunca.

Cayetano tenía a su disposición otros medios, se hallaba en su casa y podía y debía haber llamado a la policía. Este hubiera sido un medio menos lesivo y además más seguro para repeler la agresión al honor de Cayetano.

En definitiva, el medio empleado para repeler la agresión no fue racional ni necesario. Por tanto, también en el caso de que los autores hubieran actuado con dolo eventual faltaría el requisito segundo de la legítima defensa y habría entonces que acudir a la eximente incompleta.

Así se comprende la afirmación de la doctrina alemana de que el art. 2 de la CDH es inútil ya que se puede llegar a los mismos resultados en los casos en que aquél no es aplicable. Pero de cualquier forma, es positivo que exista una disposición legal que diga expresamente que sólo se puede matar intencionadamente a otro en defensa de la persona.

Jurisprudencia Constitucional

PUBLICADA EN ABRIL-SEPTIEMBRE DE 1987 Y CON APLICACION EN MATERIA PENAL

ANTONIO GONZALEZ-CUELLAR GARCIA

Universidad Autónoma. Madrid

I. CONSTITUCION

ARTÍCULOS 13.1 y 14

Ejercicio de derechos fundamentales por parte de extranjeros. Principio de igualdad

V. Sentencia de 7 de julio de 1987 sobre—*Internamiento preventivo, ejercicio de los derechos de reunión y asociación y suspensión de las resoluciones administrativas adoptadas en relación con los extranjeros*— Artículos 7, 8.2, 34 y 26, n.º 2, párr. 2, de LO 7/1985, de 7 de julio.

ARTÍCULO 14

Principio de igualdad

«A lo largo de no pocas resoluciones ha declarado ya este Tribunal las exigencias que impone el principio constitucional de igualdad (artículo 14) en orden a la aplicación judicial del Derecho. Recordando sumariamente esta doctrina, es de reiterar que la norma citada, cuando se proyecta sobre la labor de interpretación y aplicación de la Ley por los órganos judiciales, no puede entenderse como impeditiva del cambio, aun sobre supuestos jurídicamente iguales, del sentido de las resoluciones que se sucedan en el tiempo, porque el juzgador se halla sujeto a la Ley (artículo 117.1 de la Constitución), no a sus precedentes (Sentencia 125/1986, de 22 de octubre, fundamento jurídico 1.º), y porque la modificación de la anterior línea jurisprudencial puede venir impuesta —sin quebrar con ello el mandato constitucional que aquí se considera— en razón,

entre otros factores, de la necesidad de acomodar la interpretación de las normas a circunstancias también nuevas o, incluso, por la necesidad de corregir lo que se juzguen errores anteriores en el entendimiento de aquéllas. Para considerar respetado el principio de igualdad basta, en tales casos, con que la nueva y distinta resolución se haya adoptado reflexivamente por el juzgador, es decir, con que por quien aplique el Derecho se tengan en cuenta —para modificarlos en esta hipótesis— sus propios precedentes, de tal forma que la resolución finalmente dictada no aparezca como fruto de un mero voluntarismo selectivo frente a los casos anteriores resueltos en modo diverso. Se alcanzará así la garantía debida del principio de igualdad en la aplicación judicial de la Ley, regla que, en este ámbito, y como también hemos tenido ocasión de señalar (Sentencia de 11 de marzo de 1987, asunto 230/86) está al servicio de la preservación para los justiciables de “la razonable confianza —enlazada con la seguridad jurídica que la Constitución consagra (artículo 9.3)— de que la propia pretensión merecerá del juzgador, a salvo de que por éste se fundamente la imposibilidad de atender tal expectativa, la misma respuesta obtenida por otros casos iguales” (fundamento jurídico 2.º).

Con todo, es presupuesto inexcusable para el examen que este Tribunal puede realizar cuando ante él deduzca una queja como la presente el que por el recurrente se ofrezca un término de referencia adecuado, consistente en la identificación de decisiones anteriores del mismo órgano judicial que hayan resuelto de manera diversa en supuestos no diferentes a aquel en el cual recayó la resolución impugnada y reputada de discriminatoria. Importa también advertir que las resoluciones que así quieran compararse con la recurrida han de ser expresivas de una línea jurisprudencial cierta, de forma que no bastará al efecto con invocar cualquier pronunciamiento, aunque se encuentre alejado en el tiempo, debiendo citarse decisiones que manifiesten una doctrina consolidada sobre el modo de interpretar y de aplicar las reglas jurídicas (Sentencia 63/1984, de 21 de mayo, y Auto 289/1983, de 15 de junio). Junto a ello, los supuestos en uno y otros casos enjuiciados han de presentar obviamente, si no una plena y absoluta identidad, sí, cuando menos, elementos comunes suficientes para considerarlos jurídicamente iguales, exigencia ésta que plantea dificultades específicas cuando, como en el presente recurso, no se reprocha al juzgador, en rigor, una diferente interpretación del precepto aplicado, sino más bien, un entendimiento distinto del que mostró en casos anteriores sobre su ámbito personal de aplicación. En supuestos de este carácter, desde luego, no bastará para hacer atendible la queja con que por quien la formule se destaque uno o varios rasgos en común entre los casos ya resueltos y el que estuvo en la base de la demanda de amparo, cuando tales rasgos no se hayan integrado de modo decisivo o concluyente en el razonamiento que llevó a la resolución anterior, con la que quiere compararse la últimamente dictada. Ello no significa otra cosa sino que nadie ostenta un derecho fundamental para que se le apliquen o inapliquen determinadas normas del ordenamiento, si para el juzgador las condiciones de tal aplicación o inaplicación no vienen dadas en el concreto supuesto del que conoce. Hemos dicho, así, que una queja por desigualdad en la aplicación judicial de la Ley no podrá fundamentarse «ofreciendo fórmulas abstractas desconectadas de los casos, extractando pequeñas frases de algún considerando o aislando los vistos de su contexto» (Sentencia 78/1984, de 9 de julio, fundamento jurídico 3.º), y también, en relación con ello, que el órgano judicial al que se impute el trato desigual “podrá haber considerado distinto el último caso, reconociendo relevancia en el mismo a un rasgo o elemento no constitucionalmente ilegítimo y tampoco identificado en juicios anteriores, y sin que esta apreciación de la diferencia (...) pueda ser discutida en el proceso constitucional” (Sentencia 183/1095, de 20 de diciembre, fundamento jurídico 2.º).»

(Sentencia de 22 de abril de 1987. RA 54/86.—«BOE» de 5 de mayo de 1987.—Ponente: Antonio Truyol Serra.)

ARTÍCULOS 15, 18.1 y 25.2

Derecho a mantener comunicaciones íntimas: derecho a la libertad, intimidad y a no sufrir trato inhumano o degradante

«La argumentación jurídica de la demanda en sustancia es la de que, siendo el derecho de los reclusos a mantener comunicaciones íntimas parte integrante de su derecho a la integridad física y moral y a no sufrir tratos inhumanos o degradantes (artículo 15 CE), así como de su derecho a la intimidad personal y familiar (artículo 18.1 CE), tal derecho sólo puede ser limitado o restringido por la Ley (artículo 25.2 CE), no por una simple disposición de rango inferior como la contenida en el artículo 79 RP, cuya invalidez arrastra necesariamente la de las resoluciones de la Administración penitenciaria que lo aplican.

Tal argumentación arranca, como es evidente, de la premisa de que el derecho a tener comunicaciones especiales forma parte integrante de los derechos fundamentales que se citan, premisa de cuya validez depende, en consecuencia, todo el resto del razonamiento y que es necesario, por tanto, examinar en primer término.

Para quienes se encuentran en libertad, el mantenimiento de estas relaciones no es el ejercicio de un derecho, sino una manifestación más de la multiplicidad de actividades y relaciones vitales que la libertad hace posibles. Los derechos fundamentales, que garantiza la libertad, no tienen ni pueden tener como contenido concreto cada una de esas manifestaciones de su práctica, por importantes que éstas sean en la vida del individuo. Aseguran que nadie puede ser privado de libertad sino en los casos y en la forma previstos por la Ley (artículo 17.1 CE) y protegen el ejercicio de libertades concretas (por ejemplo, artículos 19, 20, 21, 22, 27 y 28 CE) o de aquellos ámbitos en los que la libertad vital del individuo implica una exigencia de privacidad (verbigracia, artículo 18 CE), sin que sea ahora necesario entrar en el complejo problema de si esta protección sólo obligación negativa del Estado o también la obligación positiva de dictar las normas y adoptar las medidas oportunas para salvaguardar estas libertades en la relación recíproca entre los ciudadanos. Lo que importa al asunto que ahora nos ocupa es subrayar la afirmación que antes hacíamos de que el mantenimiento de relaciones íntimas no forma parte del contenido de ningún derecho fundamental, por ser, precisamente, una manifestación de la libertad a secas.

Se sigue de ello, claro está, que quienes son privados de ella se ven también impedidos de su práctica sin que ello implique restricción o limitación de derecho fundamental alguno. Es, sin duda, plausible, concorde con el espíritu de nuestro tiempo y adecuado a las finalidades que el artículo 25.2 asigna a las penas privativas de libertad, que el legislador las autorice, pero ni está obligado a ello ni la creación legal transforma en derecho fundamental de los reclusos la posibilidad de comunicación íntima con sus familiares o allegados íntimos que abre el artículo 53 LOGP, sujeta a la previa autorización en la forma que reglamentariamente se determine.

Aunque bastaría con lo dicho para evidenciar la inexactitud jurídica de la premisa de la que arranca todo el razonamiento de los recurrentes y, por tanto, la insostenibilidad de su pretensión, conviene analizar también en concreto la conexión que la de-

manda pretende establecer entre el derecho a recibir visitas íntimas y los derechos garantizados en los artículos 15 y 18.1 de la Constitución.

Que la sexualidad sea parte importante de la vida del hombre es, desde luego, afirmación que puede ser asumida sin reparo, pero de ello no se sigue, en modo alguno, que la abstinencia sexual aceptada por decisión propia, o resultado de la privación legal de libertad, ponga en peligro la integridad física o moral del abstinente, tanto más cuanto se trata de una abstinencia temporal como aquí es el caso, pues, aunque las formulaciones generales utilizadas por la recurrente llevan a veces a olvidarlo, ha de tenerse siempre en cuenta que la negativa (o negativas) a permitir visitas íntimas contra la que la Asociación Salhaketa se dirige, aflige sólo a los reclusos sometidos al régimen del artículo 10 LOGP, que, según el propio precepto, no puede extenderse más allá del tiempo necesario para que desaparezcan o disminuyan las razones o circunstancias que determinaron su aplicación.

Por la misma razón hay que afirmar que esa negativa y la consiguiente imposibilidad de mantener relaciones sexuales no implica tampoco la sumisión a un trato inhumano o degradante, pues, como ya dijimos en nuestra STC 65/1986, recogiendo doctrina del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, para apreciar la existencia de tratos de ese género es necesario que éstos «acarreen sufrimientos de una especial intensidad, o provoquen una humillación o sensación de envilecimiento que alcance un nivel determinado, distinto y superior al que suele llevar aparejada la imposición de la condena» fundamento jurídico 4.º). La privación de libertad, como preso o como penado es, sin duda, un mal, pero de él forma parte, sin agravarlo de forma especial, la privación sexual.

Tampoco cabe discutir, es obvio, que la sexualidad pertenece al ámbito de la intimidad, que es incluso uno de sus reductos más sagrados, pero lo que el Derecho puede proteger, y el nuestro, afortunadamente, protege, es la intimidad misma, no las acciones privadas e íntimas de los hombres. Sin duda, una de las consecuencias más dolorosas de la pérdida de la libertad es la reducción de lo íntimo casi al ámbito de la vida interior, quedando, por el contrario, expuestas al público e incluso necesitadas de autorización muchas actuaciones que normalmente se consideran privadas e íntimas. Se pueden, tal vez, considerar ilegítimas, como violación de la intimidad y por eso también degradantes, aquellas medidas que la reduzcan más allá de lo que la ordenada vida de la prisión requiere, pero esa condición no se da en la restricción o privación temporal de las relaciones íntimas con personas en libertad, relaciones que, precisamente por exigencias de lo dispuesto en el artículo 18.1 CE, han de desarrollarse, cuando son autorizadas, en condiciones que salvaguarden la dignidad de las personas implicadas. La autorización para la comunicación íntima restaura circunstancialmente para el recluso un ámbito provisional de intimidad, siquiera sea al precio, seguramente doloroso, de verse en la dura necesidad de solicitarla, pero esa restauración episódica es resultado de una concesión del legislador, no un imperativo derivado del derecho fundamental a la intimidad.»

(Sentencia de 3 de junio de 1987. RA 216/86.—«BOE» de 25 de junio de 1987.—Ponente: Francisco Rubio Llorente.)

ARTÍCULO 17.1

Penas privativas de libertad

V. Sentencia de 14 de julio de 1987 sobre —*Régimen Jurídico de Control de Cambios*— Artículos 6 y 7 de Ley 40/1979, de 10 de diciembre.

ARTÍCULO 17.1 y 4

Privación de libertad. Plazo máximo de prisión preventiva

V. Sentencia de 8 de julio de 1987 sobre —*Prisión provisional*— Artículo 504 LECr.

ARTÍCULOS 17.2, 24.2 y 25.3

V. Sentencia de 7 de julio de 1987 sobre —*Internamiento preventivo de extranjeros*— Artículo 26.2, párr. 2 de la LO 7/1985, de 1 de julio.

ARTÍCULO 17.4

Derecho a la libertad. Plazo máximo de duración de la prisión provisional

V. Sentencia de 3 de abril de 1987 sobre —*Prisión provisional*— Artículo 504 LECr.

ARTÍCULO 21

Derecho de reunión

V. Sentencia de 7 de julio de 1987 sobre —*Ejercicio del derecho de reunión por extranjeros*— Artículo 7 de la LO 7/1985, de 1 de julio.

ARTÍCULO 22.4

Derecho de asociación

V. Sentencia de 7 de julio de 1987 sobre —*Derecho de asociación: Extranjeros*— Artículo 8.2 de la LO 7/1985, de 1 de julio.

ARTÍCULO 24.1

Derecho a la tutela judicial efectiva

«Es jurisprudencia reiterada la de este Tribunal la de que la tutela judicial efectiva, que reconoce y consagra el artículo 27 de la Constitución se satisface primordialmente mediante una Sentencia de fondo, que resuelva las pretensiones controvertidas y que se encuentre jurídicamente fundada, lo que es aplicable, en línea de principio, tanto a la primera instancia de un proceso como a la segunda cuando ésta exista. Los términos en que se encuentra concebido el artículo 24 de la Constitución han de entenderse integrados, en este sentido, con lo que dispone el artículo 120 de la propia Constitución que exige la motivación de las Sentencias. El problema planteado en este recurso, que hay, por consiguiente que resolver, reside en determinar cuándo puede considerarse que una Sentencia se encuentra motivada suficientemente para entender cumplido y satisfecho el derecho fundamental que la Constitución establece. Es perfectamente claro, y ha sido reiterado en multitud de ocasiones por esta Tribunal, que la exigencia constitucional deducida de la conexión del artículo 24 y el 120 no significa, como es lógico, el triunfo de las pretensiones o de las razones de quien solicita el amparo. Tampoco es precisa la interna corrección desde el punto de vista jurídico, de la fundamentación de la Sentencia, pues ello convertiría a este Tribunal en una especial forma de casación del ajuste de las Sentencias con la legalidad, lo que está notoriamente fuera de su jurisdicción. Asimismo es cierto que la citada conexión entre los artículos 24 y 120 no impone una especial economía en el desarrollo de los razonamientos y que una motivación escueta y concisa, no deja, por ello, de ser tal motivación, sin que al Tribunal, por las mismas razones antes dichas, le sea permitido enjuiciarla.

La exigencia de motivación de las Sentencias judiciales se relaciona de una manera directa con el principio del Estado Democrático de Derecho (artículo 1 de la Constitución Española) y con una concepción de la legitimidad de la función jurisdiccional, apoyada esencialmente en el carácter vinculante que tiene para ésta la Ley (art. 117.1 de la Constitución). Precisamente de ello se deduce la función que debe cumplir la motivación de las Sentencias y consecuentemente, el criterio mediante el cual se debe llevar a cabo la verificación de tal exigencia constitucional. La Constitución requiere que el Juez motive sus Sentencias, ante todo, para permitir el control de la actividad jurisdiccional. Los fundamentos de la Sentencia se deben dirigir, también, a lograr el convencimiento, no sólo del acusado, sino también de las otras partes del proceso, respecto de la corrección y justicia de la decisión judicial sobre los derechos de un ciudadano. En este sentido deben mostrar el esfuerzo del Tribunal por lograr una aplicación del derecho vigente libre de toda arbitrariedad. Por otra parte, la motivación de la Sentencia es una exigencia sin la cual —como es generalmente reconocido— se privaría, en la práctica, a la parte afectada por aquélla del ejercicio efectivo de los recursos que le pueda otorgar el ordenamiento jurídico. Sólo si la Sentencia está motivada es posible a los Tribunales que deban entender en el trámite de algún recurso, controlar la correcta aplicación del Derecho y al Tribunal Constitucional, en el caso del recurso de amparo por la vía del artículo 24.1 de la Constitución, si el Tribunal de la causa ejerció la potestad jurisdiccional «sometido únicamente al imperio de la Ley», de la forma en que lo establece el artículo 117.1 de la Constitución. Una verificación de esta naturaleza sólo es posible si la Sentencia hace referencia a la manera en que debe inferirse de la Ley la resolución judicial y expone las consideraciones que fundamentan la subsunción del hecho bajo las disposiciones legales que aplica. De otra manera, la Sentencia no podría

operar sobre el convencimiento de las partes ni de los ciudadanos, ni podría permitir el control correspondiente a los Tribunales que todavía pudieran intervenir por la vía de los recursos previstos en las Leyes.»

(Sentencia de 13 de mayo de 1987. RA 416/86.—«BOE» de 5 de junio de 1987.—Ponente: Luis Díez-Picazo.)

«En el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que consagra el artículo 24.1 CE, se comprende, como de modo reiterado ha dicho este Tribunal, el de obtener, como respuesta a la pretensión de la parte, una resolución fundada en Derecho, es decir, motivada, por lo general una Sentencia que resuelva las peticiones propuestas en el proceso. En concreto, y por lo que a éstas se refiere, el artículo 120.3 de la Constitución establece que las Sentencias serán siempre motivadas, lo que, en definitiva, no es más que la consecuencia de la propia función judicial y de su vinculación a la Ley (117.1) y al sistema de recursos establecido en las Leyes orgánicas y procesales. Es claro que el interesado o parte ha de conocer las razones decisivas, el fundamento de las resoluciones que le afectan, en tanto que instrumentos necesarios para su posible impugnación, como lógico y razonable es que, por lo general, pueda saber qué remedios procesales puede utilizar, exigiendo su información.

Pero lo anterior, que es válido en términos generales, exige, sin embargo, una matización, que por otra parte ya ha hecho este Tribunal, según casos y circunstancias. Desde la perspectiva constitucional, se ha dicho, no es exigible ni una pormenorizada respuesta a todas las alegaciones de las partes, ni enjuiciar o censurar cuantitativamente la interpretación y aplicación del derecho, ni, en fin, calificar la forma o estructura de una resolución judicial, salvo, claro está, de que con ello se vulnere manifiestamente o sin remedio un derecho constitucionalmente reconocido, produciendo indefensión o desamparo judicial.

Esto es particularmente exigible en materia de libertades, campo en el que la garantía ha de ser mayor y en el que aquellas matizaciones han de ser más depuradas mediante la comprobación de que el núcleo del derecho ha sido respetado a través de la posibilidad, pese a todo, de su defensa.

En este sentido no puede aceptarse el primer reproche que se hace en el recurso respecto de la providencia de 3 de febrero de 1986, por ser tal providencia y no Auto, lo que ciertamente constituye una infracción procesal, en principio, contra lo dispuesto en el artículo 141 de la LECr que, en cuanto a las resoluciones sobre “prisión y soltura” exige la forma de Auto, naturalmente fundado. Pero esa infracción, desde la perspectiva de su defensa en juicio, que es lo que ahora importa, no tuvo la trascendencia que ahora se le atribuye, pues el recurrente pudo, y así lo hizo, recurrir en súplica contra dicha resolución, dándosele respuesta mediante el Auto de 19 de febrero de 1986, que denegó la petición de libertad provisional, y el de 18 de marzo siguiente, que rechazó la nulidad alegada por el recurrente, subsanándose en el primero, por la Audiencia, el otro defecto referido a la posibilidad de los recursos utilizables. Por ello, en tanto en cuanto este Tribunal no es Juez de las incorrecciones técnico-procesales sin relevancia constitucional, aquel reproche debe ser rechazado, como ya se ha dicho.»

(Sentencia de 14 de mayo de 1987. RA 421/86.—«BOE» de 5 de junio de 1987.—Ponente: Carlos de la Vega Benayas.)

«Este Tribunal ha señalado repetidas veces que la interpretación realizada por los Tribunales de los motivos de inadmisión del recurso de casación puede ser objeto de revisión por la vía del recurso de amparo, toda vez que el derecho a la tutela judicial —efectiva que es, pues, el que está en juego en un supuesto como el presente— no puede ser comprometido mediante obstáculos contrarios al espíritu y finalidad de las normas reguladoras del recurso de casación, en las que ha de estar prevista la causa de inadmisión, cuya aplicación ha de ser razonada y basada en la interpretación más favorable a la efectividad del derecho al recurso. Esta doctrina referida a irregularidades formales o, más en general, a otras causas obstaculizadoras de la prosecución del proceso, se ha expuesto recientemente en la STC 123/1986, de 22 de octubre, con cita de otras muchas, reiterando —tras recordar la doctrina general en materia de recursos y su aplicación más exigente a la casación penal, en atención a las previsiones del artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1986— que «la privación sin fundamento jurídico suficiente del acceso al recurso en materia penal es una lesión del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva por parte de los Tribunales de este orden jurisdiccional.»

(Sentencia de 27 de mayo de 1987. RA 41/86.—«BOE» de 25 de junio de 1987.—Ponente: Miguel Rodríguez Piñero.)

«Como advierte el Fiscal, incurrió el solicitante del amparo en un error de planteamiento procesal al interponer recurso de súplica contra la providencia que lo sancionó, error que reiteró en la demanda de amparo, lo que el mismo recurrente reconoce en su escrito de alegaciones. En efecto, la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), a la que remite el artículo 258 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECr), establece que las correcciones disciplinarias que puedan imponer los Jueces y Tribunales a los Abogados, Procuradores y funcionarios judiciales, se impondrán de plano y en forma de providencia, contra la que el sancionado podrá solicitar que se le oiga en justicia, petición que se sustanciará por los trámites establecidos para los incidentes (artículos 451 y siguientes de la LEC). Todas estas disposiciones, claramente contenidas en la legislación vigente al ocurrir los hechos, fueron desconocidas por el recurrente, quien impugnó la resolución sancionadora, alegando que debía revestir la forma de Auto y no de providencia, e interponiendo un recurso de súplica, cuando debió solicitar la audiencia en justicia, que era lo procedente. Como este Tribunal Constitucional ha señalado reiteradamente, la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva se produce cuando el justiciable no obtiene una decisión sobre el fondo del asunto, siempre que se hayan utilizado las vías procesales adecuadas. Si el cauce procesal seguido es erróneo, no cabe atribuir al Órgano judicial, que rechaza por improcedente el remedio procesal utilizado, una violación del citado derecho a la tutela judicial efectiva, que reconoce el artículo 24.1 de la Constitución.»

(Sentencia de 8 de junio de 1987. RA 429/85.—«BOE» de 26 de junio de 1987.—Ponente: Angel Latorre Segura.)

«Es doctrina reiterada de este Tribunal que el Derecho al recurso se integra en las garantías constitucionales de la tutela judicial efectiva y que ésta se vulnera cuando se cierra al ciudadano la posibilidad de interponer aquél, con obstáculos indebidos o por denegación injustificada, no explicada o debida a error imputable al funcionamiento del órgano judicial. Asimismo se integra en esa garantía el cumplimiento de los requisitos

que legalmente la configuran, tan en el caso presente el de la postulación procesal que haya de cumplimentarse con la asistencia técnica o la de representación con Procurador. En los casos en que sea preceptivo o en aquellos en los que la Ley ordena su nombramiento de oficio, es obvio que el órgano judicial ha de hacerlo así, so pena de privarse a la parte del derecho al proceso y al recurso, lo que implicaría denegación de justicia e infracción del artículo 24.1 CE.

Se incidiría, pues, en lesión constitucional si el órgano judicial hubiera causado indefensión por no prestar la debida tutela al impedir el recurso de la parte, pero siempre, naturalmente, que ello pudiera serle atribuido en exclusiva o de modo preferente. Pero cuando esa atribución no puede ser tan clara y se dan otras concausas, tal la conducta de la parte, la conclusión ha de ser matizada, cuando no otra.

En efecto, la doctrina, ya reiterada de este Tribunal, al respecto de los requisitos procesales y su cumplimiento, ha determinado que, si bien los errores de los órganos judiciales no deben producir efectos negativos en la esfera jurídica del ciudadano (SSTC 43/1983 y 172/1985), esos efectos carecerán de relevancia desde el punto de vista del amparo constitucional cuando el error sea también imputable a la negligencia de la parte, sobre todo si ésta actúa con asistencia letrada (STC 107/1987, de 25 de junio), y que "la indefensión, con todo, no se producirá cuando, aun habiéndose quebrantado la legalidad procesal por el juzgador, el propio interesado, por impericia o por negligencia, no haya utilizado sus posibilidades de defensa, desdeñando los remedios hábiles para hacer valer sus intereses y cooperando, con ello, al menoscabo de su posición procesal" (SSTC 109/1985, de 8 de octubre y 102/1987, de 17 de junio).»

(Sentencia de 17 de julio de 1987. RA 826/86.—«BOE» de 11 de agosto de 1987.—Ponente: Carlos de la Vega Benayas.)

«Como de manera muy reiterada ha venido estableciendo este Tribunal, el derecho a obtener la tutela judicial efectiva que reconoce a los ciudadanos el artículo 24.1 de la Constitución, consiste en el derecho a acceder al proceso judicial de que conozcan los Jueces y Tribunales ordinarios, alegar los hechos y las argumentaciones jurídicas pertinentes y obtener una resolución fundada en Derecho, que puede ser favorable o adversa a las pretensiones ejercitadas.

Aplicando esta doctrina al presente supuesto, resulta evidente, como afirma el Ministerio Fiscal, que los Autos de la Audiencia Provincial de San Sebastián, que acordaron mantener la ejecución de la Sentencia penal por ella dictada, no han lesionado el derecho a la tutela judicial efectiva de la recurrente, pues dichas resoluciones entendieron que no afectaba a la medida de cierre acordada el cambio de titularidad en el negocio ni la condición de tercero de la recurrente, por ser la propietaria y arrendadora del local, pues la sanción objetivaba el cierre de la actividad negocial según doctrina del Tribunal Supremo, ya que cualquier otra interpretación privaría de eficacia a la medida mediante el cambio de titularidad del negocio o el simple cambio de denominación del mismo. De todo lo expuesto se deduce claramente que la recurrente de amparo pudo, de un lado, comparecer en el proceso de ejecución de la Sentencia, aun no habiendo sido parte en el proceso penal, y, de otro, alegar y justificar lo que estimó pertinente, así como obtener una decisión motivada y razonada sobre sus pretensiones, por lo que obtuvo la tutela judicial efectiva garantizada en el artículo 24.1 de la Constitución.»

(Sentencia de 20 de julio de 1987. RA 1195/85.—«BOE» de 11 de agosto de 1987.—Ponente: Luis López Guerra.)

«Reiteradísima es la doctrina de este Tribunal al respecto de la tutela judicial efectiva, que comprende, no sólo el derecho a la instancia procesal en el grado que corresponda, sino a los recursos que las Leyes procesales prevean y regulen, siempre, por supuesto, que se cumplan por la parte los presupuestos y requisitos que esas mismas Leyes establecen. Ahora bien, en el desarrollo jurisprudencial de ese derecho, lo que sí ha quedado ya definido y explicitado hasta la saciedad es que la interpretación y aplicación de esos requisitos —en este caso de la admisión de un recurso— han de estar orientados siempre hacia la efectividad del derecho, poniéndolos en relación con la finalidad del mismo, de tal modo que la mayor o menor severidad en la exigencia del requisito guarde proporción de medio a fin, siendo éste el más importante y digno de consideración, porque así lo quiere la norma constitucional que reconoce y protege el derecho cuestionado. En este sentido, éste no puede ser obstaculizado con el empleo de un rigor formalista contrario al espíritu y finalidad de la norma que regule el recurso que configura aquel derecho, ni mediante una interpretación literal que lo comprometa o enerve hasta el punto de suprimirlo en la práctica, convirtiéndolo en ilusorio. No hay que insistir, por lo demás, en la doctrina de este TC sobre el rechazo del formalismo en materia de firma de Letrado en procesos laborales o acerca de las reglas de admisión en los recursos de casación civiles o penales.»

(Sentencia de 22 de julio de 1987. RA 845/86.—«BOE» de 11 de agosto de 1987.—Ponente: Carlos de la Vega Benayas.)

V. Sentencia de 18 de mayo de 1987 sobre —*Juicio de faltas. Principio acusatorio.*— Artículos 969 LECr y 7 del Decreto de 21 de noviembre de 1952.

V. Sentencia de 6 de abril de 1987 sobre —*Juicio de faltas. Parte.*— Artículos 965 LECr y 3 del Decreto de 21 de noviembre de 1952.

V. Sentencia de 6 de abril de 1987 sobre —*Juicio de faltas.*— Artículo 965 LECr

V. Sentencia de 21 de julio de 1987 sobre —*Cuestión de inconstitucionalidad.*— Artículo 35 LOTC.

V. Sentencia de 7 de julio de 1987 sobre —*Suspensión de las resoluciones administrativas adoptadas en relación con extranjeros.*— Artículo 34 LO 7/1985, de 7 de julio.

Indefensión

«Con independencia de que no compareciese como apelante el solicitante del amparo y de que, en consecuencia, se declarase desierto el recurso interpuesto por él, debió ser citado como acusado para la vista del recurso de apelación en que el Fiscal solicitaba su condena como autor de dos delitos. Al no haberse procedido a tal citación se privó al solicitante del amparo de la posibilidad de comparecer y defenderse frente a la acusación fiscal, vulnerándose su derecho a la defensa reconocido en el artículo 24.1 de la Constitución. Como también advierte el Ministerio Fiscal, este desdoblamiento entre las posiciones del solicitante del amparo como apelante, y como acusado es perfectamente posible, pues, al no haber comparecido como apelante, decayó en su derecho de actuar como tal y de impugnar la Sentencia de instancia solicitando su ab-

solución o una reducción de la pena que le había sido impuesta en dicha Sentencia; pero no perdió ni podía perder su derecho a defenderse de la acusación que reproducía en la apelación del Ministerio Fiscal y, como se ha visto, con éxito, de ser autor de los delitos en lugar de serlo de una falta como había estimado el Juzgado de Instrucción.»

(Sentencia de 26 de mayo de 1987. RA 568/85.—«BOE» de 9 de junio de 1987.—Ponente: Angel Latorre Segura).

«A diferencia del carácter marcadamente formal que el concepto de indefensión reviste en el ámbito del Derecho procesal, en el plano del derecho constitucional, como derecho fundamental, el concepto de indefensión que la Constitución (artículo 24.1) recoge para proscribirla es un concepto material y que, en consecuencia, ha de entenderse que no se ha producido indefensión cuando, pese a la existencia de infracciones procesales o, aun sin ellas, sin haberse producido actos de notificación judicial a la persona afectada por las actuaciones, ésta ha tenido efectivo y tempestivo conocimiento de ellas. Cuando tal conocimiento ha existido, la incongruencia o inactividad procesal de la persona será resultado de su libre decisión o de su falta de diligencia, pero no de la vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva.

Es claro que de esta doctrina no se puede deducir consecuencia alguna en cuanto a la necesidad de que por los órganos judiciales se dé estricto cumplimiento a las normas procesales y en especial, en lo que ahora importa, a aquellas que tienen como sentido último el de asegurar las posibilidades de defensa de quienes pueden verse afectados por la decisión que haya de tomarse. Es cierto que el artículo 24 de la Constitución no constitucionaliza todo el derecho procesal, pero no lo es menos que obliga a interpretarlo y aplicarlo de manera que se maximalice la efectiva vigencia de los derechos de carácter procesal que en aquel precepto se garantizan. Y no sólo esto: de la Constitución deriva también la necesidad de que los órganos judiciales, aun en aquellas vías procesales cuya regulación sumaria no incluye preceptos destinados a asegurar la presencia en juicio de todos los interesados, como ocurre en el juicio de faltas, adopten por su propia iniciativa las medidas que estimen oportunas para garantizar esa presencia.

La no adopción de tales medidas, como incluso la infracción de reglas procesales concretas, no autoriza, sin embargo, por sí sola para considerar que se ha creado una situación de indefensión, pues ésta, como queda dicho, no se da cuando el afectado por la decisión judicial y no emplazado para comparecer en las actuaciones judiciales tuvo conocimiento de su existencia y pudo, en consecuencia, personarse en ellas.»

(Sentencia de 3 de junio de 1987. RA 447/86.—«BOE» de 26 de junio de 1987.—Ponente: Francisco Rubio Llorente).

V. Sentencia de 13 de mayo de 1987 sobre —Juicio de faltas. Citación como acusado— Artículos 965 LECr y 3 del Decreto de 21 de noviembre de 1952.

V. Sentencia de 25 de mayo de 1987 sobre —Derecho a ser asistido por intérprete a los ciudadanos españoles que no comprendan o no hablen el castellano— Artículo 520.2 e) LECr.

ARTÍCULO 24.2

Derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley

V. Sentencia de 12 de junio de 1987 sobre —*Injuria o calumnia vertida en juicio*— Artículo 467 CP.

Derecho a la defensa

«Cierto es que las resoluciones judiciales han de ser debidamente notificadas a los interesados y partes como establece la Ley y también que el incumplimiento de ese deber judicial puede tener relevancia constitucional cuando la omisión trascienda e incida en un derecho de este orden. Esto es lo decisivo para la resolución del recurso de amparo, porque si no hay tal incidencia el proceso carecerá de contenido, y esta es la situación que se deduce de los hechos descritos.

El recurso no demuestra qué derecho fundamental suyo ha sido vulnerado, qué posibilidades de defensa judicial le han sido impedidas. Ni siquiera acredita que desconociera la resolución que unas veces dice que no existía y otras que no le había sido notificada. Y esto no quiere decir que ahora se le exija la prueba de un hecho negativo, sino que su propia conducta lo está acreditando con fortísima presunción.

Hay pues, por su parte, una inactividad presumiblemente justificada y que ahora, en estrictos términos de buena fe procesal, no puede reprochar al órgano judicial, ni alegar que hubiera dilación, cuando su conducta demuestra que la notificación se practicó, o bien que se dio por notificada, supuesto éste en el que la Ley procesal común (LEC artículo 279) da por hecha la notificación, sanando la eventual incorrección en la forma».

(Sentencia de 28 de mayo de 1987. RA. 605/87.—«BOE» de 25 de junio de 1987.—Ponente: Carlos de la Vega Benayas.)

Derecho a la defensa. Celebración de juicio de faltas en establecimiento penitenciario contra personal del mismo

«Corresponde asimismo poner de manifiesto que la constitución del órgano judicial en el establecimiento carcelario en el que tuvieron lugar los hechos que se juzgaban, no sólo ha vulnerado el principio de publicidad, sino que además ha podido afectar a otros derechos del recurrente. En efecto, tratándose de enjuiciar hechos punibles imputados por un recluso a personal del establecimiento penitenciario en el que se celebró el juicio, es evidente que éste tuvo lugar en condiciones que, objetivamente consideradas, no son de suyo idóneas para garantizar debidamente la imparcialidad del Tribunal, que debió jugar en la presencia de un público limitado y acaso predispuerto en favor de una de las partes, y para permitir, por consecuencia, un ejercicio sin perturbaciones del derecho de defensa.»

(Sentencia de 10 de junio de 1987. RA 420/86.—«BOE» de 26 de junio de 1987.—Ponente: Miguel Rodríguez-Piñero.)

Principio acusatorio

«Deber recordarse que, según reiterada jurisprudencia constitucional, el principio acusatorio forma parte de las garantías sustanciales del proceso penal incluidas en el artículo 24 de la Constitución, y que es aplicable también en la fase de apelación de la Sentencia. En su esencia el sistema acusatorio impone una contienda procesal entre dos partes netamente contrapuestas —acusador y acusado— resuelta por un órgano que se coloca por encima de ambas, con una neta distinción de las tres funciones procesales fundamentales: la acusación, propuesta y sostenida por persona distinta a la del Juez; la defensa, con derechos y facultades iguales al acusador, y la decisión por un órgano judicial independiente e imparcial, que no actúa como parte frente al acusado en el proceso contradictorio.

El principio acusatorio admite y presupone el derecho de defensa del imputado y, consecuentemente, la posibilidad de «contestación» o rechazo de la acusación. Provoca en el proceso penal la aplicación de la contradicción, o sea, el enfrentamiento dialéctico entre las partes, y hace posible el conocer los argumentos de la otra parte, el manifestar ante el Juez los propios, el indicar los elementos fácticos y jurídicos que constituyen su base, y el ejercitar una actividad plena en el proceso.

La acusación, contradicción y defensa han de garantizarse no sólo en el juicio de primera instancia, sino también en la fase de recurso, y por ello en la apelación, donde ha de existir también una acusación formulada, contra una persona determinada, pues no hay posibilidad de condena sin acusación (STC 104/1986, de 17 de julio). Esta acusación debe referirse no sólo a un determinado hecho punible, sino que tal hecho debe ser también imputable a una determinada persona, derivándose a la calidad de imputado, la condición de parte acusada en la apelación.

No podría decirse, sin embargo, que, en puridad, en el presente caso no haya existido acusación en la apelación contra la solicitante de amparo. Aunque el recurso de la acusación particular la marginara de una pretensión punitiva, al dirigir la apelación sólo frente a otra persona, lo cierto es que en la diligencia de vista el Ministerio Fiscal solicitó la revocación de la Sentencia, y esta revocación debe de ponerse en conexión con la acusación formulada en la primera instancia por el Ministerio público, referida también contra ella, aunque relativa a una falta, por la que precisamente fue condenada. Ello se comprueba además por la calificación como acusada que se hace de ella (y de los otros) en la Sentencia de apelación. Lo que evidencia que en el trámite de la vista se abrió un debate sobre la culpabilidad de todos los acusados en la instancia.

Este Tribunal no ha rechazado la posibilidad de que en la fase de apelación, y a través de un recurso adhesivo del Ministerio Fiscal, el órgano judicial pueda conocer más allá del objetivo de la pretensión de quien formula la apelación principal, al abrirse un debate en el que se pueden sostener otras peticiones, lo que, al proporcionar la oportunidad de defensa, amplía los poderes de decisión del órgano de apelación (STC 15/1987, 11 de febrero). En el presente caso cabría estimar así que el órgano judicial habría estado liberado de los estrictos límites establecidos por la acusación particular, al haber sostenido el Ministerio Fiscal una pretensión acusatoria frente a la solicitante del amparo que, al haber sido citada a juicio, hubiera tenido oportunidad de defenderse. Por consiguiente, la Audiencia no habría actuado de oficio, más allá del efecto devolutivo de la apelación, pues éste estaba referido no sólo a la pretensión ejercitada por el apelante, sino también a la petición de revocación total de la Sentencia formulada adhesivamente por el Fiscal. En tanto exista acusación el imputado conservaría tal condición durante toda la sustanciación del procedimiento penal, pese a haber sido

absuelto en la Sentencia de instancia, pues ésta, al estar impugnada, no adquirió firmeza y eficacia de cosa juzgada.»

(Sentencia de 7 de mayo de 1987. RA 962/86.—«BOE» de 5 de junio de 1987.—Ponente: Miguel Rodríguez-Piñero.)

«El principio acusatorio, impone en el proceso penal una contienda entre dos partes netamente contrapuestas —acusador y acusado— resuelta por un órgano judicial neutral e independiente y que debe respetarse tanto en la primera instancia como en la apelación, ya que la Constitución no consiente que exista condena sin acusación.»

(Sentencia de 3 de junio de 1987. RA 371/86.—«BOE» de 25 de junio de 1987.—Ponente: Eugenio Díaz Eimil.)

Derecho a un proceso público con todas las garantías

V. Sentencia de 3 de julio de 1987 sobre —*Órgano judicial sentenciador imparcial*— Ley 10/1980, de 11 de noviembre.

Derecho a un proceso público. Celebración de Juicio Verbal de faltas en Centro Penitenciario

«Hemos de empezar señalando que el principio de publicidad, estatuido por el artículo 120.1 de la Constitución, tiene una doble finalidad: Por un lado, proteger a las partes de una justicia sustraída al control público, y por otro, mantener la confianza de la comunidad en los Tribunales, constituyendo en ambos sentidos tal principio una de las bases del debido proceso y uno de los pilares del Estado de Derecho. El artículo 24.2 de la Constitución ha otorgado a los derechos vinculados a la exigencia de la publicidad el carácter de derechos fundamentales, lo que abre para su protección la vía excepcional del recurso de amparo. En los mismos términos se encuentra reconocido el derecho a un proceso público en el artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, habiendo sostenido al respecto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en idéntica dirección que la que acabamos de señalar, que “la publicidad del procedimiento de los órganos judiciales, establecida en el artículo 6.1 del referido Convenio, protege a las partes contra una justicia secreta que escape al control público; por lo que constituye uno de los medios de preservar la confianza en los Jueces y Tribunales” (sentencia en el caso “Pretto y otros”, de 8 de diciembre de 1983; asimismo en la del caso “Axen”, de la misma fecha). De acuerdo con ello, la publicidad del proceso ocupa una posición institucional en el Estado de Derecho que la convierte en una de las condiciones de la legitimidad constitucional de la administración de justicia.

El principio de publicidad, por otra parte, tiene un carácter eminentemente formal, pues de otro modo no podría satisfacer las finalidades que se derivan de sus elementos esenciales: El control público de la justicia y la confianza en los Tribunales.

Como establece, por último, el artículo 120.1 de la Constitución, la publicidad del proceso puede conocer excepciones, que, en todo caso, deberán estar autorizadas por una Ley. Una primera excepción se encuentra en el artículo 232 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que en su párrafo segundo establece que “excepcionalmente, por razones de orden público y de protección de los derechos y libertades, los Jueces y Tribunales,

mediante resolución motivada, podrán limitar el ámbito de publicidad y acordar el carácter secreto de todas o parte de las actuaciones”. Otra es la del artículo 680 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, según el cual las sesiones podrán tener lugar “a puerta cerrada cuando así lo exijan razones de moralidad o de orden público, o el respeto debido a la persona ofendida por el delito o a su familia», y el Presidente, previa consulta con el Tribunal, adoptará la decisión correspondiente, “consignando el acuerdo en Auto motivado”.

De lo dicho resulta que la publicidad del proceso no puede restringirse sino por los motivos expresos que la ley autorice, y, en consecuencia, las facultades que las leyes procesales otorgan a los Tribunales no pueden desconocer el principio de publicidad, razón por la cual deben ser interpretadas de tal manera que dejen a salvo su vigencia. Por lo tanto, debe señalarse, como también lo ha hecho la Sentencia recurrida, que el artículo 268 de la Ley Orgánica del Poder Judicial —a cuyo tenor, como se dijo, se autoriza la constitución del órgano judicial fuera de su sede—, contiene una norma encaminada a dotar de eficacia al procedimiento, cuya aplicación debe hacerse sin mermar de las garantías constitucionales del proceso.»

(Sentencia de 10 de junio de 1987. RA 420/86.—«BOE» de 26 de junio de 1987.—Ponente: Antonio Truyol Sierra.)

Derecho a no declarar contra sí mismo y derecho a no confesarse culpable

V. Sentencia de 25 de mayo de 1987 sobre —Arrepentimiento espontáneo— Artículo 9.9 CP.

Presunción de inocencia

«La presunción de inocencia, que la Sentencia 31/1981, de 28 de julio, ya calificó como “derecho fundametal que vincula a todos los poderes públicos y que es de aplicación inmediata”, exige, para condenar la certeza de la culpabilidad obtenida en la valoración de una prueba existente, llevada al proceso con las debidas garantías, pero esta valoración “es de la exclusiva incumbencia del Juzgador... las pruebas constituyen los fundamentos de la convicción íntima del Juzgador” (STC 55/1982, de 26 de julio). Es decir, la presunción de inocencia exige, para ser destruida, la existencia de una actividad probatoria, aunque el Juzgador tiene amplia libertad para valorar y apreciar ese material probatorio, siendo numerosísimas la Sentencias y los Autos del Tribunal que afirman que la presunción de inocencia significa que toda condena debe ir precedida de una actividad probatoria, que se impide la condena sin pruebas, que las pruebas tenidas en cuenta han de ser tales y ser constitucionalmente legítimas, y que la carga de la actividad probatoria pesa sobre los acusadores, pues no existe nunca carga del acusado sobre la prueba de su inocencia (STC 109/1986, de 24 de septiembre).

Aplicada esta consolidada doctrina al presente caso, habría que reconocer, con el Ministerio Fiscal, que para condenar al recurrente no habría sido suficiente una mera factura de los daños, ni tampoco la denuncia del perjudicado, que no es una verdadera prueba, pero que si tenía carácter de medio probatorio legítimo, conforme al artículo 969 en relación con el 410 y siguiente de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la declaración de la única testigo presencial, aunque fuera la esposa del perjudicado. La testifical de cargo en el acto del juicio fue muy precisa en la descripción del desarrollo de

los hechos, y dada la naturaleza de éstos —colisión en un adelantamiento de vehículos que iban en una misma dirección en la carretera— era normalmente la única posible.

No ha existido, pues, el “desierto probatorio” que se denuncia en la demanda, sino que ha habido prueba de cargo para apoyar la condena, que ha sido estimada como suficiente por el órgano judicial que en base a ella ha llegado a la convicción de que el causante del daño era el solicitante de amparo, y que ese daño se ha producido, además, por su negligencia, calificación jurídica que corresponde también al órgano judicial. No corresponde a este Tribunal [art. 44.1 b) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional] entrar en el análisis de los hechos que dieron lugar al proceso de origen, ni valorar el material probatorio; sólo puede constatar que ha existido un material probatorio de cargo suficiente para destruir la presunción de inocencia. Como dijo la Sentencia 62/1985, de 10 de mayo, es indispensable para la realización de la labor valorativa judicial el contar con medios probatorio traídos al proceso con las debidas garantías, pero, supuesta esta aportación probatoria, no es propio de un proceso de garantías constitucionales realizar nuevo análisis de las pruebas practicadas.»

(Sentencia de 9 de abril de 1987. RA 620/86.—«BOE» de 5 de mayo de 1987.—Ponente: Miguel Rodríguez-Piñero.)

«Por lo que respecta a la primera de las supuestas vulneraciones, es menester reiterar una vez más que la presunción de inocencia, que establece el artículo 24.2 de la Constitución, es una presunción *iuris tantum*, que atribuye la carga de la prueba de los hechos supuestamente delictivos a quienes tratan de articular sobre ellos una acusación, de manera que aquel a quien se acusa no soporta ningún tipo de carga probatoria. Se trata, como hemos dicho, de una presunción *iuris tantum* que admite prueba en contrario y que se destruye siempre que ha existido una actividad probatoria suficiente. Es, asimismo, una presunción que versa sobre los hechos, pues sólo los hechos pueden ser objeto de prueba, incluyendo, como es lógico dentro de los hechos la prueba de la autoría de quien resulte imputado o su participación. Como dice la Sentencia 141/1986, de 12 de noviembre, la inocencia de que habla el artículo 24 de la Constitución ha de entenderse en el sentido de no autoría, no producción del daño o no participación en él. Hay que añadir a ello que de la presunción constitucional de inocencia no deriva necesariamente el carácter fortuito o no negligente de los hechos. Si los hechos y, entre ellos, el comportamiento causante del resultado previsto por la Ley penal han sido probados, decidir si tal comportamiento ha sido imprudente o fortuito es materia dejada a la valoración judicial.»

(Sentencia de 3 de junio de 1987. RA 395/86.—«BOE» de 26 de junio de 1987.—Ponente: Luiz Díez-Picazo y Ponce de León.)

«La Sala establece un sistema de presunciones respecto a la propietaria del local, hoy demandante de amparo, considerando, de un lado, que existió connivencia fraudulenta entre ésta y la arrendataria del local en la rescisión del contrato de arrendamiento y, de otro, que la actividad desarrollada en el “Club Txolot” era ilícita, lo que supone una abierta contradicción con el derecho a la presunción de inocencia, por cuanto se le presume partícipe de actividades relacionadas con la prostitución sin que previamente se haya declarado su culpabilidad en un proceso penal. La imposición de la pena o medida de seguridad consistente en el cierre del local donde se desarrollan actividades delictivas, previsto en el artículo 452 bis, d), del Código Penal, no se refiere, lógicamente,

te, conforme lo ha interpretado la jurisprudencia del Tribunal Supremo, al local en sí, sino al concreto negocio desarrollado en el mismo. Pues bien, en el presente caso se ha extendido la ejecución de la medida adoptada en la Sentencia respecto de las actividades del "Club Carabelas", a las actividades desarrolladas en un establecimiento con nombre distinto ("Club Txolot"), con una titular distinta (la hoy recurrente), que llevaba a cabo su explotación, como resulta de las actuaciones, con una licencia a su nombre para actividades de hostelería, licencia que había solicitado en su momento del Gobierno Civil, y bajo la cual regentaba su negocio antes de haberse dictado Sentencia condenatoria. Tal ejecución por parte de la Audiencia se ha llevado a cabo —pese a la indicación, por parte del Gobierno Civil de que se trataba de explotación distinta— por presumir la Sala que el negocio era continuación del anterior, resultando por tanto ilícito: por lo que, según se indicó, se ha vulnerado la presunción de inocencia del artículo 24.2 de la CE, al no fundarse la medida que se impugna en actividad probatoria alguna que haya conducido a la declaración, en el correspondiente proceso penal, de la culpabilidad de la hoy recurrente.»

(Sentencia de 20 de julio de 1987. RA 1195/85.—«BOE» de 11 de agosto de 1987.—Ponente: Luis López Guerra.)

ARTÍCULO 25.1

Principio de legalidad

«El principio de legalidad penal es esencialmente una concreción de diversos aspectos del Estado de Derecho en el ámbito del derecho estatal sancionador. En este sentido, se vincula ante todo con el imperio de la ley como presupuesto de la actuación del Estado sobre bienes jurídicos de los ciudadanos, pero también con el derecho de los ciudadanos a la seguridad (STC 62/1982, fundamento jurídico séptimo), previsto en la Constitución como derecho fundamental de mayor alcance, así como la prohibición de la arbitrariedad y el derecho a la objetividad e imparcialidad del juicio de los Tribunales, que garantizan el artículo 24.2 y el artículo 117.1 de la CE, especialmente cuando éste declara que los Jueces y Magistrados están "sometidos únicamente al imperio de la ley".

De todo ello se deduce que el principio de legalidad en el ámbito del derecho sancionador estatal implica, por lo menos, estas tres exigencias: La existencia de una ley (*lex scripta*); que la ley sea anterior al hecho sancionado (*lex previa*), y que la ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado (*lex certa*); lo que significa un rechazo de la analogía como fuente creadora de delitos y penas, e impide, como límite a la actividad judicial, que el Juez se convierta en legislador.

Este Tribunal ha hecho referencia a esta configuración del principio de legalidad contenido en el artículo 25.1 de la CE en diversos pronunciamientos. Así, ha establecido, por una parte, la necesidad de la ley previa, y como consecuencia de ella, la prohibición de extensión analógica del Derecho penal, al resolver los límites de la interpretación de los textos legales del Código Penal (por ejemplo, en sus SSTC 89/1983, 75/1984, 159/1986). Por otra parte (en las SSTC 62/1982 y 53/1985, fundamento jurídico décimo) ha considerado que la cuestión de la determinación estricta o precisa de la ley penal se encuentra vinculada con el alcance del principio de legalidad.»

(Sentencia de 21 de julio de 1987. RA 373/85.—«BOE» de 11 de agosto de 1987.—Ponente: Antonio Truyol Serra.)

Normas penales en blanco

V. Sentencia de 14 de julio de 1987 sobre—*Régimen Jurídico de Control de Cambios—Artículo 6 A)* 3.º

ARTÍCULO 120.1

Principio de publicidad

V. Sentencia de 10 de junio de 1987 sobre—*Derecho a un proceso público—Artículo 24.2 CE.*

ARTÍCULO 120.3

Motivación de las sentencias

«Por lo que se refiere a la motivación de las resoluciones impugnadas, no hay que insistir en la constitucionalidad de su exigencia. Se ha dicho reiteradamente por este Tribunal que, cuando se coarta el libre ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución, el acto es tan grave que necesita encontrar una causa especial, suficientemente explicada para que los destinatarios conozcan las razones de sacrificio de su derecho, máxime en el supuesto de la libertad provisional. En este caso, la conexión del artículo 24 con el 120.3 de la CE es evidente, y por eso se dijo en la STC 41/1982, de 2 de julio, que al ser la prisión provisional una privación de libertad, debe adoptarse mediante resolución judicial motivada. Su justificación es la posibilidad de la defensa del interesado, tanto por la vía judicial ordinaria como constitucional.»

(Sentencia de 14 de mayo de 1987. RA 421/86.—«BOE» de 5 de junio de 1987.—Ponente: Carlos de la Vega Benayas.)

«Ante todo, es preciso señalar que el deber de motivar las resoluciones judiciales no exige del Juez o Tribunal una exhaustiva descripción del proceso intelectual que le ha llevado a resolver en un determinado sentido, ni le impone una determinada extensión, intensidad o alcance en el razonamiento empleado, sino que para su cumplimiento es suficiente que conste de modo razonablemente claro cuál ha sido el fundamento en Derecho de la decisión adoptada, criterio de razonabilidad que ha de medirse caso por caso, en atención a la finalidad que con la motivación ha de lograrse, y que queda confiado al órgano jurisdiccional competente. Ello no obsta para que, en determinados supuestos, pueda estar justificado el análisis mismo del razonamiento judicial en esta vía de amparo constitucional, porque la inadecuación o el error en tal razonamiento puede eventualmente traducirse en una decisión lesiva de un derecho fundamental.»

(Sentencia de 12 de junio de 1987. RA 1071/86.—«BOE» de 9 de julio de 1987.—Ponente: Jesús Leguina Villa.)

V. Sentencia de 13 de mayo de 1987 sobre—*Derecho a la tutela judicial efectiva*—Artículo 24.1 CE.

II. LEY ORGANICA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

ARTÍCULO 35

Cuestión de inconstitucionalidad

«El derecho a la tutela judicial efectiva, sin embargo, no ha sido vulnerado, a tenor de la jurisprudencia de este Tribunal que ya se inició con la STC 17/1981, de 1 de junio (fundamento jurídico primero), y se recoge en una serie de autos, entre ellos el ATC 10/1983, de 12 de enero, según el cual “el artículo 35 de la LOTC no obliga a que un órgano judicial, plantee la cuestión cuando se lo pida una parte, sino que el planteamiento sólo ha de producirse cuando el Juez o el Tribunal de que se trate considere que la norma de cuya validez dependa el fallo pueda ser contraria a la Constitución” (fundamento jurídico segundo). El citado artículo 35 de la LOTC no contiene un recurso a disposición de las partes de un proceso, del cual haya sido privado el recurrente. Por el contrario, la cuestión de inconstitucionalidad es un medio para asegurar la supremacía de la Constitución, que corresponde en forma exclusiva al órgano judicial. La decisión de éste respecto al planteamiento de la cuestión no afecta, pues, al derecho de defensa de los derechos fundamentales de las partes ante el Tribunal Constitucional, ya que éstas disponen a tal fin del recurso del amparo. La circunstancia de que las partes y el Fiscal deban ser oídos antes del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, invocada por el recurrente en apoyo de su pretensión, no significa en modo alguno que ellos tengan un “derecho” a que los órganos expresen dudas sobre la constitucionalidad de la norma aplicable y por consiguiente utilicen este medio jurídico de protección de la supremacía del derecho constitucional.»

(Sentencia de 21 de julio de 1987. RA 373/85.—«BOE» de 11 de agosto de 1987.—Ponente: Antonio Truyol Serra.)

ARTÍCULO 44.1 c)

Invocación formal del derecho constitucional vulnerado

«Es cierto, como manifiesta el Ministerio Fiscal, que tal tipo de citación está expresamente prevista en el artículo 166 de la LECr, pero tan sólo lo está con carácter excepcional, siendo el Juez o Presidente del Tribunal quien, de acuerdo con dicha norma, debe adoptar la decisión, lo que no ocurrió en el presente supuesto, y en estas circunstancias la forma en que la citación se realizó al interesado no podría, en ningún caso, hacer reducido las garantías de su recepción. Por otra parte, no cabe olvidar que se trata de la citación para la celebración del juicio de faltas y que, como hemos señalado anteriormente, este es el momento procesal en que el denunciante puede mostrarse parte y exponer oralmente lo que estime conveniente en apoyo de su pretensión. La fina-

lidad esencial de dicha citación es la de garantizar el acceso al proceso y la efectividad del derecho de defensa constitucionalmente reconocido y, por ello, no puede reducirse a un mero requisito formal para la realización de los siguientes actos procesales. Es necesario que la forma en que se realice la citación garantice en la mayor medida posible que aquélla ha llegado a poder del interesado, por lo que, cualquiera que sea dicha forma, ha de asegurar en todo caso el cumplimiento de los requisitos que la LECr establece para las notificaciones, citaciones y emplazamientos. Requisitos que, como este Tribunal ha declarado recientemente, permiten armonizar los derechos de las partes que intervienen en el proceso, evitando las dilaciones en el desarrollo del mismo y asegurando al mismo tiempo que la citación llegue a manos del destinatario mediante la concurrencia de las personas a las que puede entregarse la cédula. En definitiva, su cumplimiento es ineludible al constituir la garantía mínima de los derechos del destinatario de la citación, por lo que, en todo caso, la forma de verificación de ésta ha de proporcionar al órgano judicial los elementos necesarios que le permitan identificar al receptor de la cédula y comprobar así si ha sido satisfecho lo preceptuado en la mencionada Ley (SSTC 22/1987, de 20 de febrero, y 39/187, de 3 de abril).

En el caso que nos ocupa, no aparece en el acuse de recibo correspondiente al hoy demandante de amparo más que una firma que no concuerda con la del interesado contenida en el escrito de denuncia y que resulta ilegible, por lo que, al faltar todo elemento de identificación, no es posible determinar si pertenece al destinatario o a alguna de las personas señaladas en el artículo 172 de la LECr. Dicho acuse de recibo es, pues, manifiestamente insuficiente para que el órgano judicial pueda, con cierto grado de verosimilitud, estimar debidamente cumplido el acto de citación, imprescindible para que el hoy recurrente en amparo hubiera podido acceder al proceso y, en su caso, ejercer la defensa de sus derechos e intereses legítimos. Defensa que, asimismo, se vio limitada en la apelación, ya que, no obstante haber solicitado el recurrente en la vista la nulidad de las actuaciones o bien la práctica de la prueba testifical consistente en la declaración de los testigos propuestos en el escrito de denuncia, el órgano judicial se limitó a afirmar, en el considerando único de la Sentencia, que la resolución impugnada había sido dictada con arreglo a Derecho, por lo que procedía confirmarla en todos sus pronunciamientos.»

(Sentencia de 6 de abril de 1987. RA 539/84.—«BOE» de 5 de mayo de 1987.—Ponente: Gloria Begué Cantón.)

«Se limitó en él la representación del recurrente a manifestar su disconformidad con la resolución recurrida, arguyendo entre otras consideraciones ajenas al ámbito de este proceso, la inocencia del expedientado, alegato éste que, es evidente, no se puede hoy considerar como integrador de la invocación que nuestra Ley Orgánica requiere, pues, según este Tribunal ha tenido ya ocasión de señalar, no puede tenerse por invocación del derecho fundamental a ser presumido inocente la sola protesta de serlo, que expresa, meramente, la disconformidad del recurrente con la apreciación de la prueba realizada por su juzgador (Auto de 18 de febrero de 1987, en asunto 1222/1986). Tampoco, de otro lado, se indican en la muy sucinta reseña del acto de la vista ante la Audiencia que se suscitara entonces la cuestión de la vulneración de aquel derecho fundamental, ni, en definitiva, se deja ver en el Auto recaído en la segunda instancia consideración alguna que permitiera colegir que así se hubiera hecho por la representación del apelante.

No existe, pues, reflejo procesal alguno de que se haya satisfecho por quien deman-

da amparo la exigencia legal de invocar ante los juzgadores ordinarios, respetando así la naturaleza subsidiaria de este proceso constitucional, la supuesta vulneración que hoy —*per saltum* como se ve— se quiere traer ante la jurisdicción constitucional. No podemos, por tanto, conocer de la misma debiendo acordar de conformidad con lo prevenido en nuestra Ley Orgánica [artículo 60.1 b)] y con lo interesado por el Ministerio Fiscal, el rechazo preliminar de esta queja y, con ella, del recurso interpuesto.»

(Sentencia de 7 de mayo de 1987. RA 904/85.—«BOE» de 5 de junio de 1987.—Ponente: Francisco Rubio Llorente.)

«La existencia de invocar formalmente en el proceso judicial el derecho constitucional que se estima infringido y que se alega después en el recurso de amparo, no es un mero requisito formal, sino que responde, como reiteradamente ha declarado este Tribunal, a la naturaleza subsidiaria del recurso de amparo que requiere, para preservar esa naturaleza, que los órganos judiciales hayan tenido oportunidad de conocer la infracción constitucional apreciada por alguna de las partes durante la tramitación del proceso, para que puedan aquéllos pronunciarse sobre la misma.»

(Sentencia de 22 de julio de 1987. RA 484/86.—«BOE» de 11 de agosto de 1987.—Ponente: Fernando García-Mon y González-Regueral.)

III. LEY DE EJUCIAMIENTO CRIMINAL

ARTÍCULO 141

Auto

V. Sentencia de 14 de mayo de 1987 sobre —*Derecho a la tutela judicial efectiva*— Artículo 24.1 CE.

ARTÍCULO 166

Citación por correo certificado

V. Sentencia de 6 de abril de 1987 sobre —*Juicio de faltas. Parte*— Artículos 965 LECr y 3 del Decreto de 21 de noviembre de 1952.

ARTÍCULO 166

Citaciones

V. Sentencia de 6 de abril de 1987 sobre —*Juicio de faltas*.— Artículo LECr.

ARTÍCULOS 175 y 182

Emplazamiento al interesado

«El emplazamiento tiene como finalidad poner en conocimiento del interesado el término en que ha de comparecer, el objeto del emplazamiento y el Juez o Tribunal ante quien deba hacerlo y otros datos necesarios para defender sus derechos e intereses legítimos (artículo 175 de la LEC.). Su relevancia constitucional se funda en que tal conocimiento es necesario para ejercitar esa defensa y por ello este Tribunal ha insistido en que éste y otros actos de comunicación judicial se realicen en forma que en lo posible asegure su eficacia. Pero es evidente que el destinatario de esos actos es el interesado y el hecho de que la Ley autorice, salvo excepciones que no son del caso, hacerlos a los Procuradores de las partes (artículo 182 de la LEC.) no significa otra cosa que la posibilidad de informar a los interesados a través de sus representantes en juicio, pero si los interesados son informados directa y personalmente es indudable que queda cumplida la finalidad del acto de comunicación y que el interesado no puede alegar indefensión si no hace caso del emplazamiento y no comparece en tiempo y forma de acuerdo con él. Incluso en el caso de la apelación de los juicios de faltas el artículo 976 de la LEC. dispone que el emplazamiento se hará al "Fiscal Municipal, si hubiere sido parte en el juicio y a los demás interesados", disposición, por otra parte, lógica, puesto que en este tipo de juicios no se requiere la representación por Procurador.»

(Sentencia de 26 de junio de 1987. RA 198/85.—«BOE» de 9 de julio de 1987.—Ponente: Luis López Guerra.)

ARTÍCULO 258

Correcciones disciplinarias

V. Sentencia de 8 de junio de 1987 sobre —*Derecho a la tutela judicial efectiva*— Artículos 24.1 CE y 448 LOPJ.

ARTÍCULO 279

Notificación de resoluciones

V. Sentencia de 28 de mayo de 1987 sobre —*Derecho a la defensa*— Artículo 24.2 CE.

ARTÍCULOS 279 y 805

Injuria o calumnia vertidas en juicio

V. Sentencia de 12 de junio de 1987 sobre —*Este epígrafe*— Artículo 567, párrafo segundo CP.

ARTÍCULO 503

V. Sentencia de 14 de mayo de 1987 sobre —*Derecho a la tutela judicial efectiva y motivación de las sentencias*— Artículos 24.1 y 120.3 CE.

ARTÍCULO 504

Prisión provisional. Plazo máximo: prolongación

«Es a la luz de los principios y normas constitucionales, en definitiva, como deben aplicarse aquellas normas legales. Y es desde esta perspectiva también cómo este Tribunal Constitucional puede, sin interferir en los hechos y en la competencia judicial [artículo 44.1 b) LOTC], valorar la trascendencia constitucional de las decisiones judiciales que incidan en los derechos fundamentales especialmente protegidos por la Norma suprema.

A tal fin se han de tener en cuenta tanto las normas constitucionales como las internacionales, que, de conformidad con el artículo 10.2 de nuestra Constitución, han de servir de base a la interpretación de las normas legales: Artículos 5 y 11.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; artículos 5 y 6.2 del Convenio para Protección de Derechos Humanos y de las libertades fundamentales, y los artículos 6.1, 9.3 y 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. De ellos se desprenden los principios de: a) Interdicción de la arbitrariedad de cualquier detención o prisión. b) Presunción de inocencia. c) Limitación temporal de la medida de prisión hasta un plazo razonable. d) Justificación de la medida para asegurar la comparecencia del acusado al acto del juicio, en su caso, para la ejecución del fallo, o para impedir otra infracción. e) Excepcionalidad de la medida cautelar de prisión, que no debe ser la regla general.

Estos presupuestos y criterios fueron ya recogidos en las Sentencias 41/1982, de 2 de julio; 124/1984, de 26 de diciembre; 85/1985, de 10 de julio, y 32/1987 y 34/1987, ambas de 12 de marzo. Pero nuestro constituyente —como dice la 127/1984, fundamento jurídico 3.º— “no se contentó con acudir a un concepto indeterminado como es el de ‘plazo razonable’ al que se remiten los Convenios Internacionales”, sino que impuso al legislador la fijación de plazos “y, entiéndase bien, plazos efectivos” y “aunque esos plazos puedan variarse por el legislador, mientras la ley fije unos, es evidente que han de cumplirse y que ese cumplimiento, como se ha dicho, integra la garantía constitucional de la libertad consagrada en el artículo 17 CE”. En definitiva, que lo que la Ley hace —afirma la Sentencia citada, fundamento jurídico 5.º— es fijar “imperativamente el deber de poner en libertad al acusado transcurridos los plazos legales”.

Es incontestable, como bien dice el Fiscal al recoger esta doctrina, que la Sala penal pudo prolongar la situación procesal de la privación preventiva antes del transcurso de los dos años desde el inicio de ésta, conforme al artículo 504.4.º de la LECr., si se dieran los requisitos de tal norma. Pero no lo hizo así, es decir, en el tiempo obligado, sin tampoco, como era preceptivo, poner en libertad al procesado. Por eso, cuando a instancias de éste acuerda la prórroga de la prisión dos meses y unos días más tarde de la fecha en la que cumplía el plazo legal perentorio (el 11 de febrero de 1986), dictando al efecto el Auto de 23 de abril, ya no cabía subsanar la vulneración constitucional de la garantía de la libertad personal no respetada por la omisión del órgano judicial.

La violación de la norma legal, que constituye el desarrollo del artículo 17.1 y 4 de la Constitución, vulneró, pues, el derecho fundamental cuya protección aquí se impetra.»

(Sentencia de 3 de abril de 1987. RA 786/86.—«BOE» de 14 de abril de 1987.—Ponente: Carlos de la Vega Benayas.)

ARTÍCULO 504

Prisión preventiva. Plazo máximo. Efectos retroactivos

«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 a los imputados en una causa penal, todo lo cual conduce a la elección y aplicación de la ley más favorable a los mismos. Por un lado, la prohibición de la retroactividad de las disposiciones “no favorables o restrictivas de derechos individuales” (artículo 9.3 CE) obliga a no otorgar a la nueva ley una eficacia hacia el pasado que comporte 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, de conformidad con lo dispuesto en el apartado 4, en relación con el apartado 1, del artículo 17 de la Constitución, representaba para el interesado la garantía constitucional del derecho fundamental a la libertad. De otra parte, como ha declarado este Tribunal en repetidas ocasiones, “en materia de derechos fundamentales la legalidad ordinaria ha de ser interpretada de la forma más favorable para la efectividad de tales derechos”, lo que implica que, ante la duda suscitada por un conflicto temporal de leyes sucesivas, reguladoras de las situaciones de prisión provisional, los órganos judiciales habrán de aplicar el principio *in dubio pro libertate*.

En consecuencia, cuando la ley posterior contenga disposiciones más restrictivas del derecho a la libertad y carezca de precepto transitorio que determine su propia eficacia normativa en relación con las situaciones acordadas con anterioridad, habrá de entenderse que la ley que regula la prisión provisional vigente en el momento de comenzar la privación de libertad extiende su vigencia hasta la conclusión de esta situación. Por ello, las situaciones de prisión provisional iniciadas bajo la vigencia de la Ley Orgánica 7/1983 deben juzgarse hasta su conclusión de acuerdo con las prescripciones de esta misma ley, dado que la Ley Orgánica 9/1984 tiene un carácter “más restrictivo de derechos individuales” al contener disposiciones que permiten una duración de la privación provisional de libertad mayor que la autorizada en la Ley anterior.»

Consultar: Sentencia TC 32/87, de 12 de marzo.

(Sentencia de 8 de julio de 1987. RA 53/86.—«BOE» de 29 de julio de 1987.—Ponente: Gloria Begué Cantón.)

ARTÍCULO 520.2 e)

Derecho a ser asistido por intérprete a los ciudadanos españoles que no comprendan o no hablen el castellano

«El derecho a ser asistido de un intérprete deriva del desconocimiento del idioma castellano que impide al detenido ser informado de sus derechos, hacerlos valer y for-

mular las manifestaciones que considere pertinentes ante la administración policial, pues si algunos de esos derechos pudieran respetarse por otros medios (la simple información, por ejemplo, por un texto escrito en la lengua que entienda el detenido) otros derechos, que suponen un diálogo con los funcionarios policiales, no pueden satisfacerse probablemente sin la asistencia de intérprete. Este derecho debe entenderse comprendido en el artículo 24.1 de la Constitución en cuanto dispone que en ningún caso puede producirse indefensión. Y aunque es cierto que este precepto parece referirse a las actuaciones judiciales debe interpretarse extensivamente como relativo a toda clase de actuaciones que afectan a un posible juicio y condena y, entre ellas, a las diligencias policiales cuya importancia para la defensa no es necesario ponderar. La atribución de este derecho a los españoles que no conozcan suficientemente el castellano y no sólo a los extranjeros que se encuentren en ese caso no debe ofrecer duda. Lo contrario supondría una flagrante discriminación prohibida por el artículo 14 de la Constitución. No cabe objetar que el castellano es la lengua española oficial del Estado y que todos los españoles tienen el deber de conocerla (artículo 3.1 de la Constitución), ya que lo que aquí se valora es un hecho (la ignorancia o conocimiento insuficiente del castellano) en cuanto afecta al ejercicio de un derecho fundamental, cual es el de defensa. En el fondo se trata de un derecho que, estando ya reconocido en el ámbito de las actuaciones judiciales (artículos 231.5 de la LOPJ y 398, 440, 711 y 758.2 de la LECr), debe entenderse que también ha de reconocerse en el ámbito de las actuaciones policiales que preceden a aquéllas y que, en muchos casos, les sirven de antecedente. Ciertamente, el deber de los españoles de conocer el castellano, antes aludido, hace suponer que ese conocimiento existe en la realidad, pero tal presunción puede quedar desvirtuada cuando el detenido o preso alega verosímelmente su ignorancia o conocimiento insuficiente o esta circunstancia se pone de manifiesto en el transcurso de las actuaciones policiales.

Consecuencia de lo expuesto es que el derecho de toda persona, extranjera o española, que desconozca el castellano a usar de intérprete en sus declaraciones ante la Policía, deriva, como se ha dicho, directamente de la Constitución y no exige para su ejercicio una configuración legislativa, aunque ésta puede ser conveniente para su mayor eficacia. El hecho de que la Ley impugnada, al dar nueva redacción al artículo 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se refiera sólo expresamente en su apartado 2.e) al extranjero podría ser una deficiencia legislativa, pero no supone propiamente un caso de inconstitucionalidad por omisión como pretende el Gobierno Vasco, ya que tal tipo de inconstitucionalidad sólo existe «cuando la Constitución impone al legislador la necesidad de dictar normas de desarrollo constitucional y el legislador no lo hace» (STC 24/1982, de 13 de mayo, fundamento jurídico 3.º). La norma contenida en el artículo 520.2.e) es, con toda evidencia, constitucional siempre que no se interprete en sentido excluyente, es decir, en el sentido de que al reconocer el derecho a intérprete del extranjero se le niega ese derecho al español que se encuentra en las mismas circunstancias. Basta, pues, con interpretar la norma impugnada con arreglo a la Constitución, lo que es perfectamente posible, para disipar todo reproche de inconstitucionalidad. Debe advertirse además que el derecho a intérprete, en cuanto nace única y exclusivamente del desconocimiento del castellano y de la imposibilidad subsiguiente de relacionarse en forma comprensible, con la administración policial, es aplicable con independencia del lugar en que se producen las diligencias, es decir, para el caso aquí examinado, fuera o dentro de la Comunidad Autónoma Vasca. Y por último, debe señalarse también que la asistencia del intérprete ha de ser gratuita para los españoles que la necesiten como lo es para los extranjeros, según el artículo 520.3.e) de la Ley de En-

juiciamiento Criminal. Lo contrario vulneraría el principio de igualdad consagrado en el artículo 14 de la Constitución y supondría un obstáculo irrazonable al derecho de defensa consagrado en el artículo 24.1 de la Norma fundamental.»

(Sentencia de 25 de mayo de 1987. R. de inconstitucionalidad 194/84.—«BOE» de 9 de junio de 1987.—Ponente: Angel Latorre Segura.)

ARTÍCULO 680

Juicio oral celebrado a puerta cerrada

V. Sentencia de 10 de junio de 1987 sobre —*Derecho a un proceso público*— Artículo 24.2 CE.

ARTÍCULO 746

Libre apreciación de la prueba

V. Sentencia de 9 de abril de 1987 sobre —*Presunción de inocencia*— Artículo 24.2 CE.

ARTÍCULO 792

Procedimiento de urgencia ante Juzgado. Apelación

«Debe tenerse en cuenta que el proceso penal de origen era un procedimiento de los regulados en el capítulo II del título III del libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En la fase de apelación en este procedimiento existe un trámite específico para la formulación de alegaciones, y por ello de adhesión a la apelación. Concretamente el de instrucción previsto por la regla tercera del artículo 792 de dicha Ley, que concede a las partes comparecidas y al Ministerio Fiscal tres días para la instrucción y «alegarlo que a su derecho convengan», añadiendo la regla cuarta de ese artículo que «las partes que no hayan recurrido podrán adherirse a la apelación al formular las alegaciones, deduciendo las oportunas pretensiones». Por su parte la regla sexta indica que en el acta de la vista «el recurrente, el Fiscal y las demás partes personales informaran en apoyo de sus pretensiones».

Estas reglas procesales han de ser entendidas a la luz de los preceptos constitucionales, pues como afirma, entre otras muchas, la Sentencia 161/1985, de 17 de diciembre, la legalidad vigente ha de interpretarse de conformidad con la Constitución y en el sentido más favorable para la efectividad del derecho fundamental, en este caso de derecho a un proceso penal con todas las garantías, que permita el conocimiento de la acusación e impida la indefensión. Desde esta perspectiva cabe entender como preclusivo el plazo establecido en el artículo 792.3 y 4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de forma que, en este tipo de procedimiento, el único momento procesal oportuno para adherirse a la apelación es el de la instrucción, que es cuando cabe formular «las oportunas pretensiones» de modo que en la vista no cabe formular, extemporáneamente, una adhesión a la apelación, sino sólo «informar en apoyo» de la pretensión adhesiva que hubo de ser formulada en los tres días de la instrucción y sólo entonces.

Sobre la indicada base legal ha de tenerse en cuenta que en el recurso de apelación al que puso término la Sentencia aquí impugnada, el Ministerio Fiscal, al evacuar el trámite de instrucción se limitó a expresar que quedaba instruido, sin realizar en aquel momento adhesión alguna al recurso, adhesión que sólo hizo posteriormente en el acto de la vista. La conducta procesal del Ministerio Fiscal ha sido así contradictoria, pues ha dejado pasar el plazo legal para la impugnación adhesiva, y ha permitido crear el convencimiento de que no se adhiere a la apelación, y luego, fuera de los términos establecidos para su apelación adhesiva y en ocasión de la vista de la apelación de la acusación privada, ha formulado intempestivamente una pretensión punitiva distinta de la de ésta y respecto a unos acusados también distintos.

La Audiencia, al admitir esa adhesión tardía, no ha respetado lo dispuesto en las reglas 3.ª, 4.ª y 7.ª del artículo 792 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Este Tribunal ha afirmado reiteradamente que corresponde a los órganos jurisdiccionales integrados en el Poder Judicial la interpretación y aplicación de las normas procesales y que no es la vía de amparo la adecuada para controlar la aplicación correcta o no de esas reglas procedimentales, y para corregir el quebrantamiento de las formas procesales. Sólo si ese «quebrantamiento lesiona con ello alguno de los derechos de los que pueden hacerse valer en amparo constitucional por llegarse a una consecuencia contraria a una norma constitucional, este Tribunal podría conocer, y en su caso, corregir dentro del recurso de amparo esa infracción en el procedimiento, por su relevancia constitucional (SSTC 121/1984, el 12 de diciembre, y 127/1984, de 26 de diciembre).

(Sentencia de 7 de mayo de 1987. R A 962/86.—«BOE» de 5 de junio de 1983.—Ponente: Miguel Rodríguez-Piñero.)

ARTÍCULO 792

Adesión a la apelación

Determinar si la adhesión a la apelación en el proceso penal debe ser configurada, dados los términos en que se expresa el repetido artículo 792, regla cuarta, de la CECr, como apelación subordinada, en relación de accesoriedad o coadyuvancia, a la pretensión de apelante principal o simplemente como dependiente tan sólo de la formulación de ésta en el sentido de instrumento procesal que permite al adherido aprovechar la apertura de la segunda instancia, producida por el apelante, para ejercitar su propia pretensión, aunque sea de signo contrario a la de éste, lo único que aquí procede a establecer si el entendimiento que la Audiencia Provincial tuvo de la adhesión a la apelación utilizada por la querellante ha vulnerado el principio acusatorio o ha causado indefensión a los demandantes de amparo, si bien no está de más recordar que la reciente STC 53/1987, de 7 de mayo, citando la STC 15/1987, de 11 de febrero, declara que este Tribunal no ha rechazado la posibilidad de que en la fase de apelación y, a través de un recurso adhesivo de la pretensión de quien formula la apelación principal más allá de la pretensión de quien formula a la apelación principal al abrirse un debate en el que se pueden sostener otras peticiones que, al proporcionar la oportunidad de defensa, amplía los poderes del órgano de apelación.»

(Sentencia de 3 de junio de 1987. R.A. 371/86.—«BOE» de 25 de junio de 1987. Ponente: Eugenio Díaz Emili.)

ARTÍCULO 873

Casación. Interposición. Nombramiento de Procurador

«El interesado, con Abogado y Procurador, que le habían defendido y representado en la causa penal, permaneció inactivo ante el Auto de la audiencia, debidamente notificado, que por error le entregó a aquél la certificación aludida. Ante eso pudo, o bien acudir directamente ante el TS con la solicitud de nombramiento de Procurador en Madrid, o bien recurrir en súplica ante la misma Sala (artículo 236 LECr), cuando no instar, mediante solicitud de aclaración, la corrección el error del Auto que no se correspondía con su escrito. Lejos de hacer una cosa u otra, consintió el Auto y no compareció en el TS, donde el recurso preparado fue declarado desierto por falta de formalización. Bastaba, pues, con una mínima diligencia para conservar y ejercer su derecho.

Por ello bien puede afirmarse que, desde la perspectiva constitucional, el autor no puede considerarse lesionado en su derecho, pues fue su propio comportamiento procesal la causa de su caducidad, al desdeñar los remedios procesales que tuvo a su alcance, pese al error de la Audiencia. En este sentido no cabe sino reiterar lo dicho en las SSTC 54/1987, de 13 de mayo, y 93/1987, de 3 de junio, para fundar la desestimación de recurso de amparo.»

(Sentencia de 17 de julio de 1987. RA 826/86.—«BOE» de 11 de agosto de 1987.—Ponente: Carlos de la Vega Benayas.)

ARTÍCULO 884

Casación: inadmisión

«El Tribunal Supremo ha fundamentado la inadmisión del recurso de casación por entender que el entonces y ahora recurrente al haber sido absuelto del delito que se le acusaba, aunque fuera por aplicación del Decreto de Indulto de 25 de noviembre de 1975, carecía absolutamente de interés a los fines de la casación que pretendía, por lo que su recurso incurriría en la causa cuarta del artículo 884 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, a lo que se añade la doctrina de la propia Sala de que el recurso de casación se da contra el fallo y no contra sus fundamentos de Derecho.

Por su generalidad, la causa cuarta del artículo 884 permite su aplicación al caso de que el recurrente carezca de interés para recurrir, y en particular en el caso de haber sido absuelto del delito que se le imputaba. La aplicación de esta causa de inadmisión ha de estimarse en principio como constitucionalmente irreprochable. En efecto, el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos sólo reconoce el derecho a la revisión del pronunciamiento de instancia a "toda persona declarada culpable de un delito", y además el derecho que se reconoce es precisamente el de que "el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un Tribunal Superior". Por ello, desde el punto de vista constitucional, no merece crítica la tesis del Tribunal Supremo de que no puede recurrir, por carecer de interés, el procesado absuelto que pretenda meramente una revisión de los fundamentos de la resolución, pero no inste una alteración de la parte dispositiva de la Sentencia de la que no derive perjuicio alguno para él.

Sin embargo, debemos cuestionarnos si tal tesis podría ser aplicada, como se ha hecho en el presente caso, y sin merma de derecho fundamental alguno al inculpado que es absuelto por aplicación de un indulto y no por la inexistencia o falta de pruebas de los hechos imputados, o porque éstos no fueran constitutivos de delitos. Es decir, no es clara la falta de interés, cuando justamente declarada la existencia de unos hechos, calificados éstos como punibles e imputados a una persona, ésta luego no resulta condenada por la aplicación de un indulto general.

La aplicación de un indulto en rigor produce la inejecución de una pena y presupone, normalmente, una Sentencia condenatoria. Aunque con una desviación excepcional y anómala, los indultos generales, que la Constitución hoy prohíbe expresamente, han presentado un dual carácter de óbices de procedibilidad, obligando al sobreseimiento libre cuando las penas pedidas están comprendidas dentro de aquellas a las que alcanzara el indulto total o, en otro caso, como motivo de inejecución de la pena obligando a su aplicación simultánea o posterior a la Sentencia que se haya dictado o se dicte.

En cualquier caso el indulto extingue desde el punto de vista material, total o parcialmente, la responsabilidad penal, pero en unos casos se trataría de responsabilidad presunta y en otros de responsabilidad declarada. La terminación del proceso penal en este último tipo de casos, como el aquí enjuiciado, supone que el indulto no se aplica anticipadamente, sino que el proceso ha de concluir, tras el juicio oral, con Sentencia y que ésta, forzosamente, ha de resolver con carácter previo a la aplicación total o parcial del indulto, si el delito ha existido y la pena que le correspondería. En tal caso la construcción técnica de la Sentencia, de acuerdo a nuestra jurisprudencia penal, debería haber sido la de una Sentencia condenatoria con aplicación simultánea o posterior del indulto, y no, como ha ocurrido en el caso de Autos, la de absolución del imputado.

No parece cuestión examinable en esta vía de amparo, sino de mera legalidad ordinaria la de los posibles defectos en la construcción técnica de la Sentencia, pero ello siempre que la forma de la construcción de la Sentencia no tenga consecuencias adicionales perjudiciales para el indultado. Y tal ocurriría desde luego si, como parece haber hecho el Tribunal Supremo, de una construcción no muy correcta técnicamente de absolución, extrae consecuencias distintas cara al recurso, de las que habría extraído de una construcción técnica distinta y más correcta de condena con aplicación de dicho indulto. No puede redundar así en falta de admisibilidad del recurso la forma de redacción del fallo, pues en tal caso de esa forma incorrecta de redacción habría de derivarse la violación de la Constitución.»

(Sentencia de 27 de mayo de 1987. RA 41/86.—«BOE» de 25 de junio de 1987.—Ponente: Miguel Rodríguez Piñero.)

Casación: inadmisión. Intervención de letrado

«Es evidente que la finalidad de los preceptos que la Ley de Enjuiciamiento Criminal contiene para exigir la intervención del Abogado es garantizar y asegurar la mejor defensa del procesado —en el caso condenado— mediante la aportación de su experiencia y conocimientos técnicos en la materia. Por su parte, la finalidad de la Ley de 8 de julio de 1980 es la de regular de modo más elástico y permisivo, con criterio de generalidad, la actuación de los Abogados Colegiados, permitiendo o autorizando su intervención en los recursos, nacidos de la causa judicial originaria, que hayan de proseguirse por imperativo legal en sedes jurisdiccionales distintas a la de la demarcación de su Colegio. Ambas normativas, pues, persiguen la consecución de la garantía técnica

de la defensa, a la cual, como es obvio, han de colaborar y concurrir tanto las partes como el Tribunal. La intervención obligada de Abogado y su habilitación para actuar ante Tribunales fuera de la sede de su Colegio son, pues, requisitos concurrentes que el Tribunal ha de apreciar y comprobar para que la garantía se cumpla.

La exigencia legal de presupuestos y requisitos procesales —como los establecidos para la viabilidad de las acciones judiciales y recursos— no puede, en principio, como reiteradamente ha señalado este Tribunal, considerarse contraria al artículo 24.1 de la CE, siempre que su aplicación no traspase los límites de la proporcionalidad y finalidad pretendida, ya que la normativa vigente ha de interpretarse siempre en el sentido más favorable para la efectividad del derecho fundamental, aquí el del acceso a la jurisdicción, y por eso cuando el requisito, en su caso, haya perdido su finalidad o su incumplimiento pueda ser subsanable, es razonable concluir que su exigencia pueda convertirse en desmesurada o excesiva desde la perspectiva constitucional, en cuanto aquella produzca la ineffectividad del derecho en juego, contrariamente a la tutela efectiva que la Constitución consagra en el precepto citado. En definitiva, si la omisión de requisito o presupuesto puede ser subsanable o no afecta a la regularidad del procedimiento ni a los intereses de la parte contraria, la interpretación judicial, lejos de ser restrictiva, habrá de ser favorable al ejercicio del derecho constitucional reconocido.»

(Sentencia de 22 de julio de 1987. RA 845/86.—«BOE» de 11 de agosto de 1987.—Ponente: Carlos de la Vega Benayas.)

ARTÍCULO 964 y 2 del Decreto de 21 de noviembre de 1952

Juicio de faltas: Lugar de celebración

V. Sentencia de 10 de junio de 1987 sobre —Derecho a un proceso público e indefensión— Artículo 24.2 CE.

ARTÍCULOS 965 y 3 del Decreto de 21 de noviembre de 1952

Juicio de faltas. Citación como acusado

«Dada la regulación legal del juicio sobre faltas, no hay en él, a diferencia del proceso por delitos, una fase de instrucción o sumario, ni una fase intermedia, de manera que, una vez iniciado el proceso, se pasa de inmediato al juicio oral, que es donde se formulan las pretensiones y se practican las pruebas. Ocurre por ello que la acusación se formaliza en el acto mismo del juicio, constituyendo esta formalización el comienzo del mismo. De esta suerte, como ya había dicho la STC 15/1984, de 6 de febrero, no hay falta de garantías constitucionales siempre que en el juicio se dé oportunidad a quien resulte en él acusado para que presente prueba de descargo. En la STC 34/1985, de 7 de marzo, se señaló también que cuando la citación para el juicio ha sido hecha para que el citado asistiera al juicio “con los testigos y demás pruebas de que dispusiera”, resulta perfectamente claro que no siendo querellante sólo puede ser llamado en calidad de “presunto culpable” o de “acusado”.

La indefensión no puede proceder tampoco del hecho de que, por razones que no hacen al caso, el juicio de faltas se escalonará a través de diferentes sesiones, de forma

que la citación para las siguientes se hiciera a los asistentes de modo personal, al concluir la sesión anterior. Efectivamente, la citación se produjo, y la limitación en los medios de defensa que se hubiera podido seguir por el hecho de no haber acudido a tal sesión, sólo a él y a la conducta de abandono que adoptó, desinteresándose de la continuación del juicio, le es imputable. De esta forma, es perfectamente aplicable la doctrina establecida por este Tribunal según la cual no puede mantener una alegación constitucional de indefensión quien, con su propio comportamiento omisivo o falta de la necesaria diligencia, es el causante de la limitación de los medios de defensa que se haya podido producir.»

(Sentencia de 13 de mayo de 1987. RA 1219/85.—«BOE» de 5 de junio de 1987.—Ponente: Luis Díez-Picazo.)

Juicio de faltas. Parte. Citación

Es cierto, como manifiesta el Ministerio Fiscal, que tal tipo de citación está expresamente prevista en el artículo 166 de la LECr., pero tan sólo lo está con carácter excepcional, siendo el Juez o Presidente del Tribunal quien, de acuerdo con dicha norma, debe adoptar la decisión, lo que no ocurrió en el presente supuesto, y en estas circunstancias la forma en que la citación se realizó al interesado no podría, en ningún caso, haber reducido las garantías de su recepción. Por otra parte, no cabe olvidar que se trata de la citación para la celebración del juicio de faltas y que, como hemos señalado anteriormente, este es el momento procesal en que el denunciante puede mostrarse parte y exponer oralmente lo que estime conveniente en apoyo de su pretensión. La finalidad esencial de dicha citación es la de garantizar el acceso al proceso y la efectividad del derecho de defensa constitucionalmente reconocido y, por ello, no puede reducirse a un mero requisito formal para la realización de los siguientes actos procesales. Es necesario que la forma en que se realice la citación garantice en la mayor medida posible que aquélla ha llegado a poder del interesado, por lo que, cualquiera que sea dicha forma, ha de asegurar en todo caso el cumplimiento de los requisitos que la LECr. establece para las notificaciones, citaciones y emplazamientos. Requisitos que, como este Tribunal ha declarado recientemente, permiten armonizar los derechos de las partes que intervienen en el proceso, evitando las dilaciones en el desarrollo del mismo y asegurando al mismo tiempo que la citación llegue a manos del destinatario mediante la concreción de las personas a las que puede entregarse la cédula. En definitiva, su cumplimiento es ineludible al constituir la garantía mínima de los derechos del destinatario de la citación, por lo que, en todo caso, la forma de verificación de ésta ha de proporcionar al órgano judicial los elementos necesarios que le permitan identificar al receptor de la cédula y comprobar así si ha sido satisfecho lo preceptuado en la mencionada Ley (SSTC 22/1987, de 20 de febrero, y 39/187, de 3 de abril).

En el caso que nos ocupa, no aparece en el acuse de recibo correspondiente al hoy demandante de amparo más que una firma que no concuerda con la del interesado contenida en el escrito de denuncia y que resulta ilegible, por lo que, al faltar todo elemento de identificación, no es posible determinar si pertenece al destinatario o a alguna de las personas señaladas en el artículo 172 de la LECr. Dicho acuse de recibo es, pues, manifiestamente insuficiente para que el órgano judicial pueda, con cierto grado de verosimilitud, estimar debidamente cumplido el acto de citación, imprescindible para que el hoy recurrente en amparo hubiera podido acceder al proceso y, en su caso, ejercer

la defensa de sus derechos e intereses legítimos. Defensa que, asimismo, se vio limitada en la apelación, ya que, no obstante haber solicitado el recurrente en la vista la nulidad de las actuaciones o bien la práctica de la prueba testifical consistente en la declaración de los testigos propuestos en el escrito de denuncia, el órgano judicial se limitó a afirmar, en el considerando único de la Sentencia, que la resolución impugnada había sido dictada con arreglo a Derecho, por lo que procedía confirmarla en todos sus pronunciamientos.»

(Sentencia de 6 de abril de 1987. RA 539/84.—«BOE» de 5 de mayo de 1987.—Ponente: Gloria Begué Cantón.)

ARTÍCULOS 969 y 7 del Decreto de 21 de noviembre de 1952

Juicio de faltas. Principio acusatorio

«Conviene recordar, ante todo, que como este Tribunal ya ha declarado en su Sentencia 54/1985, de 18 de abril, y reiterado en otras resoluciones, como la Sentencia 84/1985, de 8 de julio, el principio acusatorio debe regir también en los juicios de faltas, debiendo interpretarse las normas legales que regulen ese tipo de juicios en forma que se respete tal principio, porque la aplicación del principio acusatorio viene impuesto por la necesidad de respetar los derechos consagrados en el artículo 24 de la Constitución. Pues es evidente que el derecho a la tutela judicial efectiva “sin que en ningún caso pueda producirse indefensión” requiere que todos y, por tanto, también los implicados en un juicio de faltas, deban “ser informados de la acusación contra ellos”, acusación de la que puedan defenderse en forma contradictoria, sin lo cual tampoco se daría un proceso “con todas las garantías” como exige el citado artículo 24 de la Constitución. Sentado esto, basta hacer constar que de las actuaciones judiciales obrantes en autos resulta, como señala el Ministerio Fiscal, que el recurrente no fue en ningún momento objeto de acusación alguna, por lo que, al condenarle sin previa acusación ni posibilidades de defensa, la Sentencia impugnada vulnera los derechos fundamentales antes referidos. Todo ello conduce a la estimación del recurso, de acuerdo con lo que solicita el Ministerio Fiscal.»

(Sentencia de 18 de mayo de 1987. RA 110/85.—«BOE» de 5 de junio de 1987.—Ponente: Angel Latorre Segura.)

ARTÍCULO 976

Juicio de faltas. Emplazamiento

V. Sentencia de 26 de junio de 1987 sobre —*Emplazamiento al interesado*— Artículos 175 y 182 Ley de Enjuiciamiento Criminal.

ARTÍCULOS 978 y 15 del Decreto de 21 de noviembre de 1952

Juicios de faltas. "Reformatio in peius"

«Para que la llamada *reformatio in peius* pueda considerarse como un supuesto de violación de derechos fundamentales es necesario que el empeoramiento de la situación del recurrente tenga como única causa el recurso por él interpuesto. En este sentido, es claro que no hay verdadera *reformatio in peius* si se ha producido una adhesión a la apelación, que es, cabalmente, lo que ocurre en el presente supuesto, donde el Ministerio Fiscal, que en la vista del juicio de faltas solicitó de modo expreso y con exacta cuantificación, la correspondiente indemnización en el acto de la vista de la apelación, momento idóneo en los juicios de faltas para ello, solicitó la revocación de la Sentencia de forma coherente con lo que había pedido en primera instancia.

A mayor abundamiento puede recordarse en este mismo sentido lo que se dijo en la Sentencia de 4 de junio de 1986 (STC 75/1986), al señalar que si el apelante pudo manifestar su oposición a una adhesión a la apelación y a la petición de revocación parcial de la Sentencia apelada, pero no consta que lo hiciera y el acta del juicio oral no se recoge protesta alguna al respecto, no es lícito que después alegara violación de derechos fundamentales.»

(Sentencia de 3 de junio de 1987. RA 395/86.—«BOE» de 26 de junio de 1987.—Ponente: Luis Díez-Picazo y Ponce de León.)

LEY 10/1980, DE 11 DE NOVIEMBRE, DE ENJUICIAMIENTO ORAL DE DELITOS DOLOSOS, MENOS GRAVES Y FLAGRANTES

ARTÍCULO 10

Órgano judicial sentenciador imparcial

«La solicitante de amparo entiende que no ha habido imparcialidad, porque el conocimiento y fallo de su causa se han llevado a cabo por un mismo órgano judicial. Pero, con independencia ahora de si tal acumulación funcional en un solo órgano judicial podría cuestionar la citada imparcialidad, lo cierto es que del análisis de las actuaciones correspondientes al procedimiento se desprende con claridad que no se ha producido vulneración alguna del derecho fundamental de la solicitante al amparo a un proceso público con las debidas garantías de imparcialidad. Ello es consecuencia de la inexistencia de una real acumulación de las funciones de instructor y Juez sentenciador en un mismo órgano judicial en el proceso del que fue objeto, puesto que no fue juzgada ni condenada por el Juez que tuvo a su cargo las actuaciones de la causa. En las actuaciones mencionadas consta, en efecto, que una vez terminada la etapa previa, que comenzó con el atestado de 4 de junio de 1984 y terminó con la providencia de vista al Fiscal de 7 de junio del mismo año, el Juez que tuvo a su cargo aquellas actuaciones no volvió a figurar en la causa. Concretamente, este Juez no intervino en el juicio oral ni tuvo participación alguna en la redacción de la Sentencia. Por el contrario, fue otro Juez el que, reemplazando al anterior, tuvo íntegramente a su cargo el juicio en sentido

estricto desde el día 7 de febrero de 1985, en el que se dictó la providencia que tuvo por recibida la acusación del Fiscal, hasta el 13 de abril de 1985, en el que se falló el juicio mediante Sentencia de condena. Por consiguiente, en la medida en que la recurrente no fue juzgada por el Juez que realizó las actuaciones previas de la causa, sino por otro que no tuvo intervención alguna en las mismas y que, por tanto, pudo evaluar libremente la prueba producida en el juicio oral, es obligado rechazar la queja de la recurrente que erróneamente entiende haber sido juzgada por un órgano judicial cuya imparcialidad estuviera afectada por la acumulación en el mismo de funciones instructoras y de enjuiciamiento. Y por lo mismo, cualquiera que sea la valoración que pueda merecer, en abstracto, la LO 10/1980, desde el punto de vista del derecho fundamental a ser juzgado por un Tribunal imparcial, no cabe hacer en esta Sentencia pronunciamiento alguno al respecto por no haber existido en el presente caso lesión alguna de los derechos fundamentales de la recurrente que tenga por causa la aplicación de dicha Ley.»

(Sentencia de 3 de julio de 1987. RA 772/85.—«BOE» de 29 de julio de 1987.—Ponente: Jesús Leguina Villa.)

IV. CODIGO PENAL

ARTÍCULO 1

Principio de legalidad

V. Sentencia de 21 de julio de 1987 sobre —*Este principio*— Artículo 25.1 CE.

ARTÍCULO 9.9

Arrepentimiento espontáneo

No corresponde a este Tribunal, conforme al artículo 117.3 de la Constitución y a lo dispuesto en los artículos 41.3, 44.1 b) y 54 de su Ley Orgánica, coherentes con aquel *precepto constitucional*, examinar o valorar los hechos enjuiciados por los órganos judiciales o hacer consideraciones sobre su actuación, más que en el caso que resulte necesario para preservar o restablecer alguno de los derechos fundamentales susceptibles de amparo constitucional. Por ello, la referencia que a continuación hacemos de los hechos y razonamientos contenidos en la Sentencia recurrida, no tiene más significación que la de constatar la diferencia entre el planteamiento que hace el recurrente para impugnar la Sentencia y el que realmente se contiene en ésta:

En el primero de los fundamentos jurídicos, recoge la Sentencia del Tribunal Supremo con cita de su jurisprudencia, los dos elementos necesarios para la concurrencia del arrepentimiento espontáneo (artículo 9, circunstancia 9.^a del CP): a) Estado de pesar o reconocimiento de haber obrado mal o, simplemente, sentimiento de temor al castigo, a lo que hay que ligar el elemento cronológico de hacer la manifestación “antes de

conocer el culpable la apertura del procedimiento judicial y que responda a estímulos de espontaneidad”; y b) Como segundo elemento señala que, de forma alternativa, conjunta o incluso sucesiva, conste acreditado que el culpable ha procedido a reparar o disminuir los efectos del delito, a dar satisfacción al ofendido, o a confesar a las autoridades la infracción “con la suficiente entidad y en términos suficientes de identificación del hecho cometido”. Respecto de este segundo elemento hay que decir desde el primer momento que no coincide con el que se impugna en el recurso: No es lo mismo que la confesión tenga la suficiente entidad para conocer el hecho cometido —que es lo que dice la Sentencia—, que exigir una confesión coincidente con el relato fáctico que se haga en la Sentencia que ponga fin al procedimiento —que es el elemento impugnado—. Es cierto que en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona, como hemos recogido en el antecedente primero, al hacerse referencia a este requisito se decía que “... tal presentación o confesión ha de realizarse a impulsos éticos, espontáneos o morales de arrepentimiento, debiendo ser la confesión veraz y no dando una versión exculpatoria y desfigurada de los hechos, como dio el procesado, muy distinta a la redacción fáctica de la presente resolución, que da lugar a que fundamentalmente no pueda apreciarse la aludida atenuante”. Pero esta exigencia de veracidad, aun siendo más atenuada que la impugnada por el recurrente, no se contiene en la Sentencia recurrida. Al contrario, en el fundamento jurídico segundo, el Tribunal Supremo se refiere expresamente a que “por algún sector de la doctrina se ha pretendido incardinar otro elemento (además de los dos expuestos en el primer fundamento), como el que supone la confesión de los hechos en el plano propio de la culpabilidad y que no ha sido aceptado por el sector mayoritario, en tanto en cuanto sólo se exige por el precepto la confesión de la infracción”. Es, pues, claro que la exigencia de veracidad de la confesión en términos iguales o equivalentes a los hechos que se afirmen por la Sentencia condenatoria, no es un requisito al que subordine la Sentencia recurrida la apreciación de la atenuante, sino que, al margen de otras consideraciones sobre estrategia procesal en que no es preciso entrar, la razón de no apreciar dicha atenuante es la que se recoge así en el tercer fundamento: “Mal puede acogerse a dicha atenuante quien, una vez realizados los hechos, y cuando ya la Guardia Civil había practicado las primeras diligencias, alertada por la llamada de un vecino, dando una versión distinta a los hechos, afirmando que se había producido un forcejeo entre los contendientes y que se había disparado el arma accidentalmente, falseando tan notoriamente los hechos que no tienen el menor parecido o concordancia con la realidad”. Y es esta razón la notoria falsedad de los hechos confesados, contraria al arrepentimiento y a la espontaneidad que caracterizan la atenuante, según los elementos definidores de la misma, la que tiene en cuenta el Tribunal Supremo para rechazar su aplicación en el presente caso.

No se da, pues, la vulneración del artículo 24.2 de la Constitución que se denuncia en el recurso, sino la aplicación del Derecho por el Tribunal Supremo en los términos que estimó procedentes con arreglo a su propia doctrina que en nada contradice los derechos constitucionales “a no declarar contra sí mismo” y “a no confesarse culpable”, invocados por el recurrente, puesto que, en definitiva como acertadamente señala el Ministerio Fiscal, “ligar un efecto beneficioso a la confesión voluntariamente prestada, no es privar del derecho fundamental a no confesar si no se quiere.”»

(Sentencia de 25 de mayo de 1987. RA 330/86.—«BOE» de 9 de junio de 1987.—Ponente: Fernando García-Mon.)

ARTÍCULO 113-6.º

Indulto

V. Sentencia de 27 de mayo de 1987 sobre —Casación: Inadmisión— Artículo 884 LECr.

ARTÍCULO 240

Desacato. Ofensas proferidas por un Concejal contra el Alcalde. Principio de igualdad

«Sólo, pues, las Sentencias de 29 de diciembre de 1969 y de 18 de septiembre de 1984 pueden considerarse en este recurso como término de comparación adecuado con el que cotejar la impugnada, pues en aquellas resoluciones —como en la que es hoy objeto del recurso— se decidieron procedimientos criminales en los que fueron acusados de desacato, por ofensas al Alcalde del respectivo Ayuntamiento, quienes ostentaban el cargo de Concejal en la Corporación municipal, entendiéndose entonces el Tribunal Supremo —y aquí residiría, según la demanda, la discrepancia no motivada que se denuncia— que el tipo penal al que se viene haciendo referencia no era de aplicar, toda vez que, por las circunstancias en cada caso consideradas, las personas acusadas actuaron revestidas de la condición de «autoridad» y no subordinadas al ofendido. Si esta última cualidad fue o no de apreciar en la persona del hoy demandante no es, como hemos dicho en el fundamento que antecede, cosa que pueda examinarse en este recurso constitucional. En la Sentencia impugnada, y a efectos de aplicar el tipo cualificado previsto en el último inciso del párrafo tercero del artículo 240 del Código Penal, consideró el Tribunal Supremo que el acusado actuó como funcionario público que era (último párrafo del artículo 119 del Código) y esta implícita negación de su condición de autoridad (párrafo primero del mismo precepto), y de la consiguiente existencia de una causa de exclusión de la aplicación de la pena no prevista en la Ley, sino elaborada doctrinalmente, sólo sería reprobable a la luz del artículo 14 de la Constitución en el caso de que, resolviendo de este modo, se hubiera apartado el Tribunal *a quo*, sin dar razón, para ello, de una doctrina según la cual el Concejal ofensor del Alcalde del propio Ayuntamiento ostentaría siempre, en virtud de su cargo y en atención al del ofendido, la condición de autoridad no subordinada al sujeto pasivo del delito y no merecedora —en aplicación de tal doctrina— de la sanción prevista en el artículo 240 del Código penal.

Semejante doctrina, sin embargo, no se desprende de las Sentencias de 29 de diciembre de 1969 y de 18 de septiembre de 1984, porque en tales resoluciones no se destacó el dato de que fuese Concejal el acusado de desacato a la condición de elemento decisivo o concluyente —como hoy se hace en la demanda— para determinar la inaplicación al caso del tipo previsto en el citado artículo 240, ni se descartó, por ello, que pudiera considerarse cometido el delito de referencia, sobre la persona del Alcalde de la Corporación, por quien ostentara en ésta el cargo de Concejal. Lejos de elevar dicha circunstancia a la condición de premisa necesaria y suficiente para su decisión, el Tribunal Supremo hizo constar entonces que, a efectos de la resolución del caso, era necesario tener en cuenta “el carácter circunstancial del delito en relación al tiempo, al espacio y a las mismas relaciones personales vinculantes a los sujetos de la supuesta infracción, debiendo de ponderarse al máximo los distintos factores subjetivos, objetivos, antecedentes, ocasión, lugar de los hechos (...)” (Sentencia de 18 de septiembre de

1984), y advirtiendo, en esta misma resolución, que —no dándose el desacato entre autoridades, a menos que la ofensora esté subordinada a la ofendida— tal circunstancia no sería “exactamente aplicable al supuesto de autos, en el que es un Concejal quien se dirige al Alcalde en la forma que la relación fáctica proclama”, lo que habría de ponerse en relación con otros elementos del supuesto entonces enjuiciado (antecedentes violentos del procesado y lugar donde las expresiones se profirieron, que fue el del trabajo habitual para ambos) para concluir en la absolución por el delito de desacato.

Tampoco en la Sentencia de 23 de diciembre de 1969 estimó el Tribunal Supremo que la sola condición de Concejal y Alcalde en ofensor y ofendido fuese determinante para la absolución del primero, observando, más bien, que, por el carácter de las funciones de uno y otro, “todo exceso no encontraría holgado acomodo en el artículo 240 del Código sancionador”, y basado su fallo absolutorio no en la escueta advertencia de que el acusado ostentara la condición de Concejal, sino en la consideración —notablemente más precisa— de que “tenía el carácter de autoridad por el asunto que suscitó su comportamiento”, asunto —cabe señalar ahora— del todo diverso al que estuvo en la base del enjuiciamiento penal que culminó con la Sentencia hoy recurrida, pues en este supuesto las expresiones proferidas por el demandante actual no fueron en el curso del pleno de la Corporación municipal, bajo la presidencia de su Alcalde, en tanto que en el caso del que se conoció en la Sentencia de 23 de diciembre de 1969 las frases ofensivas que motivaron la acusación se vertieron en un oficio dirigido por el Concejal al Alcalde.

De esta referencia a la doctrina invocada se desprende con claridad que, adoptando la Sentencia impugnada, no alteró el Tribunal Supremo precedente propio alguno, pues no era doctrina consolidada de dicho Tribunal la de que el delito de desacato no podía considerarse cometido cuando la ofensa imputada fuese causada en la persona del Alcalde por un Concejal del propio Ayuntamiento. Junto a esta circunstancia de hecho, examinó el Tribunal Supremo —para determinar si el acusado era al tiempo de perpetrar el ilícito, autoridad no subordinada al afendido— otros datos y rasgos de la acción. Estas consideraciones adicionales han de bastarnos ahora para concluir en que el elemento en común que hoy quiere elevarse a la condición de criterio identificador entre uno y otros casos —los cargos públicos de los que eran titulares ofensor y ofendido— no tuvo para el Tribunal Supremo un tal valor. Tampoco puede tenerlo para nosotros ni cabe, en consecuencia, que reconozcamos como iguales en derecho —como merecedores, de principio, de idéntica solución— unos supuestos que, aun mostrando similitudes en ciertos puntos, no carecieron, en otros, de diferencias objetivas y relevantes a la hora de su enjuiciamiento. Las mismas que pudo tomar en cuenta el Tribunal Supremo, en definitiva, para dictar una Sentencia de condena sin necesidad de motivar específicamente lo que, como aquí se ha demostrado, no entrañó un apartamiento de sus propios precedentes.

De cuando queda dicho se desprende, en consecuencia que los supuestos que se aducen como término de comparación no son rigurosamente idénticos al actual y, por tanto, no se puede afirmar que haya existido quiebra del principio de igualdad. Y siendo el principio de igualdad en la aplicación de la Ley el único fundamento de la pretensión de amparo, es claro que éste no puede ser concedido.»

(Sentencia de 22 de abril de 1987. RA 54/86.—«BOE» de 5 de mayo de 1987. Ponente: Antonio Truyol Serra.)

ARTÍCULO 425 bis d)

Prostitución. Medida de cierre del local

«La imposición de la pena o medida de seguridad consistente en el cierre del local donde se desarrollan actividades delictivas previstas en el artículo 452 bis d) del CP, no se refiere, lógicamente, conforme lo ha interpretado la jurisprudencia del TS al local en sí, sino al concreto negocio desarrollado en el mismo».

(Sentencia de 20 de julio de 1987. RA 1195/85.—«BOE» de 11 de agosto de 1987.—Ponente: Luis López Guerra.)

ARTÍCULO 467, párrafo segundo

Calumnia o injuria vertidas en juicio

«Nuestro ordenamiento penal sustantivo y procesal (arts. 467, párrafo segundo, del Código Penal, y 279 y 805 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) condiciona, en efecto, la libre disponibilidad de la querrela por supuestos delitos de calumnia e injuria vertidas en juicio a la previa autorización judicial, condicionamiento sobre cuya conformidad a la Constitución se ha pronunciado ya la Sección Cuarta de este Tribunal por Auto 1026/1986, de 3 de diciembre (RA 526/1985). De acuerdo con la doctrina mantenida en dicha resolución, los citados preceptos legales incorporan, desde luego, una restricción del derecho a la tutela judicial efectiva, y a la defensa de los propios derechos e intereses, pero tal restricción resulta, sin embargo, constitucionalmente fundada, en la medida en que con ella se trata de proteger a quienes han comparecido en un proceso frente a los perjuicios que una causa penal pudiera originarles como consecuencia de las manifestaciones realizadas o expresiones vertidas en el mismo para la defensa de sus intereses y pretensiones. La necesidad de obtener licencia del Juez o Tribunal para poder presentar querrela por presuntos delitos de calumnia e injuria causadas en juicio, es por tanto, una limitación razonable que opera como garantía del ejercicio efectivo de ese mismo derecho fundamental por parte de terceros. Desde este ángulo, la tutela judicial exige que las alegaciones formuladas en un proceso, que sean adecuadas o convenientes para la propia defensa, no puedan resultar constreñidas por la eventualidad incondicionada de una ulterior querrela por supuestos delitos atentatorios al honor de la otra parte procesal, que actuaría así con una injustificada potencialidad disuasoria o coactiva para el legítimo ejercicio del propio derecho de contradicción. Con esta única finalidad aparece configurada legalmente la autorización de que se trata, la competencia de cuyo otorgamiento se atribuye precisamente a aquel órgano judicial que, por haber entendido del caso, está en la mejor situación para apreciar la relevancia, significado e intención de las manifestaciones efectuadas o de las expresiones vertidas en el curso del proceso. A todo lo cual debe añadirse que, como resalta el Ministerio Fiscal en sus alegaciones, la singular peculiaridad de esta autorización exige que el órgano judicial disponga de ciertos márgenes de apreciación, sin poder abundar en prolijos razonamientos, que podrían prejuzgar lo que es materia propia de un proceso penal, de suerte que, tanto si otorga como si deniega la licencia, no puede entrar en consideraciones que prejuzguen la culpabilidad o la inocencia del presunto calumniador o injuriante.

En la resolución judicial se afirma que el otorgamiento o denegación de la licencia de que se trata es una facultad discrecional “dejada al arbitrio de las autoridades judiciales”, las cuales pueden pronunciarse según criterios de oportunidad, que “no precisa fórmula especial ni siquiera expresa”. Es ese un criterio interpretativo de los preceptos legales antes citados, que se inscribe en una larga tradición doctrinal y jurisprudencial, según el cual estamos ante un libre e incondicionado arbitrio del órgano jurisdiccional que conoce del juicio en que se produce la supuesta calumnia o injuria, pero que no puede ser hoy acogido desde la garantía constitucional del derecho a la tutela judicial, que requiere que el ejercicio de aquella facultad judicial se oriente exclusivamente al fin institucional ya señalado de asegurar la defensa en términos adecuados, sin el temor de la incoación de un proceso penal indebido.

Tampoco se aprecia una lesión en el derecho al Juez predeterminado por la Ley, porque en la decisión del Juez civil no cabe ver un pronunciamiento explícito o implícito sobre la culpabilidad o inculpabilidad penal de una determinada conducta, que sustraiga el conocimiento al orden jurisdiccional que legalmente tiene atribuida esta competencia, sino sólo la denegación de un presupuesto para abrir el proceso penal en el que luego habría de concretarse con plenitud la eventualidad de dicha clase de responsabilidad, denegación que, como queda dicho, es perfectamente lícita si, en el ejercicio de una facultad legalmente atribuida con carácter previo, y en aras del buen desenvolvimiento del juicio de que conocía, el Juez del orden jurisdiccional civil estimó que no existían siquiera los indicios necesarios para la apertura de la causa penal.»

(Sentencia de 12 de junio de 1987. RA 1071/86.—«BOE» de 9 de julio de 1987.—Ponente: Jesús Leguina Villa.)

ARTÍCULOS 565, 586-3.º y 600

Delitos y faltas imprudentes

«En la actualidad ya no caben dudas respecto del carácter “abierto” de los tipos que describen estos hechos punibles, toda vez que la infracción del deber de cuidado que los caracteriza sólo puede definirse —a los efectos de la subsunción— cuando el Tribunal tiene conocimiento de todas las circunstancias del hecho. Tal definición no puede practicarla, como es claro, el legislador, quien únicamente podrá dar pautas orientadoras genéricas, demasiado amplias a los efectos de la subsunción, inclusive cuando establece reglamentos específicos en ciertos ámbitos sociales (por ejemplo el tráfico, la seguridad en el trabajo, etc.). Asimismo, es preciso que se establezca motivadamente de qué manera la infracción del deber de diligencia se conecta con el resultado producido. Sin llevar a cabo fundamentalmente la concreción del deber de cuidado o de la diligencia exigida y su vinculación con el resultado en el caso que es objeto de juzgamiento, no cabe estimar que la Sentencia esté suficientemente fundada, pues sin esta especificación no puede orientarse a convencer a la opinión pública ni al acusado de su corrección y justicia, de la misma manera que no podrá posibilitar plenamente a otro Tribunal que, disponga de competencia para ello, el control de la potestad jurisdiccional vinculada a la Ley y al Derecho.»

(Sentencia de 13 de mayo de 1987. RA 416/86.—«BOE» de 5 de junio de 1987.—Ponente: Luis Díez-Picazo.)

V. OTRAS LEYES**LEY 40/1979 DE 10 DE DICIEMBRE, SOBRE REGIMEN JURIDICO DE CONTROL DE CAMBIOS**

ARTÍCULOS 6 y 7

Control de cambios. Penas privativas de libertad

«Reiterando la doctrina contenida en las Sentencias del Tribunal Constitucional de 11 de noviembre y 16 de diciembre de 1986 y 13 de febrero de 1987, el Tribunal afirma que resulta procedente la eliminación, como causa directa de la vulneración del derecho a la libertad personal, de la pena de prisión y de las penas accesorias de las privativas de libertad, pero no ocurre lo mismo respecto de la sanción pecuniaria y de las costas procesales.»

(Sentencia de 14 de julio de 1987. RRAA 242 y 247/86.—«BOE» de 29 de julio de 1987.—Ponente: Angel Latorre Segura.)

ARTÍCULO 6 A) 3.º

Constitución de un derecho de contenido crediticio. Real Decreto 2402/1980, de 10 de octubre

«El presente recurso lo es de amparo y un recurso de este carácter sólo puede tener por objeto la posible vulneración individualizada y concreta de un derecho fundamental que haya podido sufrir el recurrente, y no puede convertirse en un recurso abstracto de inconstitucionalidad contra unos preceptos legales. La cuestión que se plantea se circunscribe, por tanto, a determinar si las normas penales por las que se ha condenado a los recurrentes tienen rango de Ley y son lo bastante precisas para permitir a los ciudadanos conocer suficientemente la conducta que constituye delito, así como la pena correspondiente. Pues bien, los recurrentes fueron condenados en aplicación del artículo 6 A) 3.º de la Ley 40/1979. La lectura de ese precepto en el contexto general del artículo 6 permite afirmar que el supuesto de hecho de la norma penal aplicada a los recurrentes está descrito con la necesaria claridad y consiste en que un residente en España sin haber obtenido la preceptiva autorización previa constituya un derecho de contenido crediticio en cuantía que exceda de dos millones de pesetas. Ni existe indeterminación en el sujeto activo del delito ni en la conducta delictiva. Los recurrentes, sin negar la posibilidad de las normas penales en blanco y abiertas, afirman que para que tales normas respeten el principio de legalidad es necesario que las normas integradas del tipo determinado por la Ley tengan a su vez suficiente concreción para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada. Pero en el caso ahora examinado no aportan dato alguno concreto que provoque una imprecisión en la descripción del tipo o una particular dificultad para que sea conocido. La única norma integradora que citan es el Real Decreto 2402/1980, de 10 de octubre, que, en lo que aquí interesa, se limita a especificar en su artículo 3.1.6 que entre las operaciones que requieren previas autorizaciones se cuenta "la obtención por residentes de préstamos o créditos concedidos directamente o a través de un residente por no residentes", lo que no

suscita ninguna incertidumbre razonable sobre la conducta calificada como delictiva ni modifica en sustancia lo previsto en este punto por la Ley. Los recurrentes no han aducido ningún dato o elemento de juicio que permita calificar las normas penales por cuya aplicación han sido condenados como contrarias al principio de legalidad consagrado por el artículo 25.1 de la Constitución.»

(Sentencia de 14 de julio de 1987. RA 242/86.—«BOE» de 29 de julio de 1987.—Ponente: Angel Latorre Segura.)

LEY DE CAZA

ARTÍCULOS 31.8 y 42.1 c)

Artes o medios prohibidos para la caza

«Si bien es cierto que, como en él se sostiene, los perros no pueden considerarse en términos generales como “artes o medios prohibidos para la caza” y, por tanto, estimarlos comprendidos en el delito del artículo 42.1 c), de la Ley de Caza podría suponer introducir en este precepto un elemento no tenido en cuenta en su configuración legal; no es menos cierto que el artículo 31.8 de la Ley de Caza, enmarcado bajo la rúbrica “De las limitaciones y prohibiciones dictadas en beneficio de la caza”, prohíbe “entrar llevando armas, perros o artes dispuestas para cazar en terrenos sometidos a reglamentación cinegética especial, debidamente señalados, sin estar en posesión del permiso necesario”. Prohibición que reproduce el Reglamento en el artículo 33.8 que se cita en ambas Sentencias. Según las Sentencias recurridas, concurren en el caso, conforme al relato de hechos probados que contienen, los tres requisitos que exige la aplicación del artículo 42.1 c), de la Ley de Caza: 1.º Entrar en terreno sometido a régimen cinegético especial. 2.º Hacerlo sin el debido permiso. 3.º Portando artes o medios prohibidos legal y reglamentariamente. Los dos primeros no se discuten en el recurso de amparo y respecto del tercero las Sentencias no hacen una aplicación analógica *in peius* del precepto, sino que realizan la integración normativa por medio de otro precepto de la misma Ley y del Reglamento que establecen la prohibición que contempla el artículo 42.1 c), en términos que no permiten la distinción en que se basa el recurso de amparo entre perros y otros medios o artes prohibidos. Se trata, por tanto, de un problema de interpretación de la legalidad ordinaria, seguido por las Sentencias recurridas de acuerdo con reiterada jurisprudencia, que queda fuera del ámbito de la jurisdicción constitucional por no afectar al principio de legalidad que con invocación del artículo 25.1 de la CE citan los recurrentes.»

(Sentencia de 22 de julio de 1987. RA 484/86.—«BOE» de 11 de agosto de 1987.—Ponente: Fernando García-Mon y González-Regueral.)

LEY ORGANICA GENERAL PENITENCIARIA

ARTÍCULO 10

Establecimientos de régimen cerrado o departamentos especiales

V. Sentencia de 3 de junio de 1987 sobre—*Derecho de los penados a mantener comunicaciones íntimas*—Artículos 15, 18.1 y 25.2 CE.

REGLAMENTO PENITENCIARIO

ARTÍCULO 97

Prohibición a los penados a mantener comunicaciones íntimas

V. Sentencia de 3 de junio de 1987 sobre —*Derecho de los penados a mantener comunicaciones íntimas*— Artículos 15, 18.1 y 25.2 CE.

VI. LEY ORGANICA 7/1985, DE 1 DE JULIO, SOBRE DERECHOS Y LIBERTADES DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA

ARTÍCULO 7

Ejercicio del derecho de reunión por extranjeros

«El artículo 21.1 de la Constitución afirma genéricamente que “se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas”, sin ninguna referencia a la nacionalidad del que ejerce este derecho, a diferencia de otros artículos contenidos en el Título I, donde se menciona expresamente a los “españoles”, y a diferencia también de otras Constituciones comparadas donde este derecho expresamente se reserva a los ciudadanos.

El precepto impugnado permite el ejercicio del derecho de reunión, pero para el caso de las reuniones públicas exige la necesaria autorización del órgano competente. El problema que se plantea no es el de si es posible aquí esta diferencia de trato en el ejercicio del derecho entre los extranjeros y los españoles, sino si el legislador ha respetado el contenido preceptivo e imperativo que establece el artículo 21.1 de la Constitución, también para los extranjeros.

La necesidad de una autorización administrativa previa, referida al ejercicio del derecho de reunión, no es un requisito puramente rituario o procedimental, sobre todo porque nuestra Constitución ha optado por un sistema de reconocimiento pleno del derecho de reunión, sin necesidad de autorización previa (artículo 21.1). Esta libertad de reunión sin autorización se constituye así en una facultad necesaria “para que el dere-

cho sea reconocible como pertinente al tipo descrito" (STC 11/1981, de 8 de abril de 1981); al imponerse la necesidad de autorización administrativa se están desnaturalizando el derecho de reunión, consagrado en la Constitución "sin supeditarlo a la valoración discrecional y al acto habilitante y de poder implícito de la Administración" (STC 32/1982, de 16 de junio).

Cuando ese acto habilitante es preciso en todo caso, se acondicionan hasta tal punto las facultades que lo integran, que el pretendido derecho, muda de naturaleza y no puede ser reconocido como tal. Las eventuales restricciones al derecho de reunión que se mencionan en el último inciso del precepto pueden ser válidas por sí mismas desde la perspectiva de mera limitación de los derechos fundamentales, pero la tutela de otros bienes constitucionales no puede justificar la introducción, como paso previo al ejercicio del derecho de reunión, de una autorización preceptiva previa.

En consecuencia, procede declarar la inconstitucionalidad del inciso "y solicitar del órgano competente su autorización" contenido en el artículo 7 de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio.»

(Sentencia de 7 de julio de 1987. Recurso de inconstitucionalidad 880/85.—«BOE» de 29 de julio de 1987.—Ponente: Miguel Rodríguez Piñero.)

ARTÍCULO 8.2

Derecho de asociación. Extranjeros

«La suspensión y disolución administrativas de las asociaciones han sido manifestaciones tradicionales de un sistema de fuerte control estatal, sobre todo, el movimiento asociativo, caracterizado en lo esencial por la discrecionalidad y la valoración de la acción del grupo con arreglo a criterios de oportunidad, y no de mera y estricta legalidad. En relación con la tradicional actitud estatal —y a efectos de determinar hasta qué punto queda afectado el contenido esencial del derecho de asociación—, la prohibición de disolución o suspensión administrativa de Asociaciones no aparece tanto, o no aparece sólo, como norma atributiva de competencias (que resuelve la opción entre la Administración o los Tribunales), sino como una norma de actuación que garantiza que sólo la Ley puede legitimar la intervención estatal en este área de libertad ciudadana. El que la decisión se adopte por un órgano judicial desde el momento inicial, y no se reduzca a un momento posterior de control judicial de la actividad administrativa, supone, de forma preceptiva, una garantía adicional muy importante, por ser la vía judicial la más adecuada para interpretar y aplicar las restricciones de los derechos fundamentales.

A estas razones responde el artículo 22.4 de la Constitución, que establece que "las asociaciones sólo podrán ser disueltas o suspendidas en sus actividades en virtud de resolución judicial motivada". Se establece así una garantía del derecho de asociación no prevista en tales términos, en los Tratados Internacionales suscritos por España en la materia. Este mandato del artículo 22.4 constituye en puridad un contenido preceptivo del derecho de asociación que se impone al legislador en el momento de regular su ejercicio.

El problema así planteado es el de si el artículo 13.1 de la Constitución habilita o no al legislador a establecer una excepción para los extranjeros de la regla contenida en el artículo 22.4 de la Constitución. El artículo 13.1 de la Constitución reconoce al le-

gislador la posibilidad de establecer condicionamientos adicionales al ejercicio de derechos fundamentales por parte de los extranjeros, pero para ello ha de respetar, en todo caso, las prescripciones constitucionales, pues no se puede estimar aquel precepto permitiendo que el legislador configure libremente el contenido mismo del derecho, cuando éste ya haya venido reconocido por la Constitución directamente a los extranjeros, a los que es de aplicación también el mandato contenido en el artículo 22.4 de la Constitución. Una cosa es, en efecto, autorizar diferencias de tratamiento entre españoles y extranjeros, y otra es entender esa autorización como una posibilidad de legislar al respecto sin tener en cuenta los mandatos constitucionales.

No cabe duda que el artículo 8.2 de la Ley Orgánica 7/1985 establece una intervención administrativa que resulta totalmente incompatible con la garantía del derecho de asociación reconocida en el artículo 22.4 de la Constitución también para los extranjeros. Por ello ha de admitirse, con el recurrente, la inconstitucionalidad del artículo 8.2 de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio.»

(Sentencia de 7 de julio de 1987. Recurso de inconstitucionalidad número 889/85.—«BOE» de 29 de julio de 1987.—Ponente: Miguel Rodríguez Piñero.)

ARTÍCULO 26, número segundo, párrafo segundo

Internamiento preventivo de extranjeros

«El internamiento preventivo de extranjeros, previo a su expulsión, tiene diferencias sustanciales con las detenciones preventivas de carácter penal, no sólo en las condiciones físicas de su ejecución, sino también en función del diverso papel que cumple la Administración en uno y otro caso. En materia penal, una vez puesto el detenido por el órgano gubernativo a disposición judicial, la suerte final del detenido se condiciona a decisiones judiciales posteriores, tanto en lo relativo a la detención preventiva como en el resultado del proceso penal posterior. En el procedimiento de expulsión, la decisión final sobre la misma corresponde al órgano gubernativo, y por ello es una decisión que puede condicionar la propia situación del extranjero detenido. Ello significa que el órgano que “interesa” el internamiento persigue un interés específico estatal, relacionado con la policía de extranjeros, y no actúa ya, como en la detención penal, como un mero auxiliar de justicia, sino como titular de intereses públicos propios.

Pero ello no significa, en contra de lo que opina el Defensor del Pueblo, que la decisión misma en relación al mantenimiento o no de la libertad haya de quedar en manos de la Administración. La voluntad de la ley, y desde luego el mandato de la Constitución es que, más allá de las setenta y dos horas, corresponda a un órgano judicial la decisión sobre mantenimiento o no de la limitación de la libertad. No deja de ser relevante al respecto la previsión contenida en el artículo 117.4 de la Constitución que permite la atribución por ley de funciones no juzgadoras a los órganos judiciales “en garantía de cualquier derecho”, y, en el presente caso, para la garantía de la libertad del extranjero afectado. Por consiguiente, a la luz de la Constitución, el término “interesar”, ha de ser entendido como equivalente a demandar o solicitar del juez la autorización para que pueda permanecer detenido el extranjero más allá del plazo de setenta y dos horas.

Lo que el precepto legal establece es que el órgano administrativo, en el plazo máximo de setenta y dos horas, ha de solicitar del Juez que autorice el internamiento del extranjero pendiente del trámite de expulsión. El órgano judicial habrá de adoptar libremente su decisión teniendo en cuenta las circunstancias que concurren en el caso, en el bien entendido no las relativas a la decisión de la expulsión en sí misma (sobre la que el Juez no ha de pronunciarse en este procedimiento), sino las concernientes, entre otros aspectos, a la causa de expulsión invocada, a la situación legal y personal del extranjero, a la mayor o menor probabilidad de su huida o cualquier otra que el Juez estime relevante para adoptar su decisión. Interpretado en estos términos el precepto impugnado, es plenamente respetuoso no sólo del artículo 17.2 de la Constitución, sino, al mismo tiempo, también del artículo 25.3, al no ser una decisión administrativa, sino judicial, la que permite la pérdida de libertad, pues no existe condicionamiento alguno sobre el Juez para decidir sobre esa libertad. Tampoco entraría el precepto en colisión con el artículo 24.2 de la Constitución, porque del mismo no se deduce limitación alguna de los derechos de defensa del extranjero ni se impide su intervención en el correspondiente procedimiento.

(Sentencia de 7 de julio de 1987. Recurso de inconstitucionalidad 880/85.—«BOE» de 29 de julio de 1987.—Ponente: Miguel Rodríguez Piñero.)

ARTÍCULO 34

Suspensión de las resoluciones administrativas adoptadas en relación con extranjeros

«La efectividad de la tutela judicial que el artículo 24 de la Constitución establece no impone en todos los casos la suspensión del acto administrativo recurrido, pues dicho precepto lo que garantiza es la regular y adecuada prestación jurisdiccional, en un proceso con todas las garantías, por parte de los órganos judiciales. Sin embargo, ello no quiere decir que cuando la legislación ha establecido esa posibilidad para la protección de los derechos fundamentales, esta decisión legislativa no incide también sobre la configuración de la tutela judicial efectiva, como ocurre en el presente caso, de forma que la supresión de esa posibilidad de suspensión para ciertos casos o grupos de personas no afecte a este derecho a la tutela judicial efectiva, al margen de que también pueda afectar al derecho a la igualdad del artículo 14 de la Constitución.

De nuevo ha de recordarse aquí el tema de la igualdad de trato de extranjeros y españoles, y la homogeneidad de tratamiento de unos y otros que la Constitución reconoce respecto a ciertos derechos y garantías, entre los que se incluye, según ha dicho la STC 93/1985, de 30 de septiembre, el derecho a la tutela judicial efectiva, y por ello, las garantías judiciales vinculadas al ejercicio de los derechos fundamentales. Debe tenerse en cuenta, además, que aunque este Tribunal ha admitido para otros derechos fundamentales de los extranjeros algunas restricciones examinadas en los fundamentos jurídicos anteriores, ello ha sido en la medida que existe un sistema de garantías suficientes que reduzcan al mínimo el riesgo de que se produzca un uso arbitrario o injustificado de las facultades administrativas de intervención. Pero para prevenir este riesgo no es posible eliminar para todos los casos de facultad judicial de declarar la suspensión del acto si el juzgador comprueba que tal medida no se adecúa a la necesidad de salvaguardar los intereses generales.

Las razones que se dan en el escrito del Letrado del Estado para defender como principio general absoluto la no suspensión —la salvaguardia de otros valores constitucionales (seguridad nacional, orden público, derechos y libertades de los españoles)— puede garantizarse también de forma adecuada mediante el uso por el Tribunal competente de las facultades de valoración de los intereses en juego, que reconocen tanto el artículo 56 de la Ley Orgánica de este Tribunal o el artículo 7.4 de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre. Por ello, debe ser estimada la inconstitucionalidad del último inciso del artículo 34 de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, cuando establece que “en ningún caso podrá acordarse la suspensión de las resoluciones administrativas adoptadas de conformidad con lo establecido en la presente Ley”..»

(Sentencia de 7 de julio de 1987. Recurso de inconstitucionalidad número 880/85.—«BOE» de 29 de julio de 1987.—Ponente: Miguel Rodríguez Piñero.)

VII. LEY ORGANICA DEL PODER JUDICIAL

ARTÍCULO 232

Proceso público

V. Sentencia de 10 de junio de 1987 sobre —*Derecho a un proceso público*— Artículo 24.2 CE.

ARTÍCULO 448

Correcciones disciplinarias

V. Sentencia de 8 de junio de 1987 sobre —*Derecho a la tutela judicial efectiva*— Artículos 24.1 CE y 258 LECr.

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

JOSE LUIS MANZANARES SAMANIEGO

Magistrado del Tribunal Supremo. Profesor Titular de Universidad.
Letrado del Estado excedente

ARTICULO 4. CONSPIRACION. DIFERENCIAS CON LA COMPLICIDAD. APLICACION DEL DESESTIMIENTO. IMPUNIDAD

(STS de 21 de octubre de 1987. Pte. Sr. Manzanares Samaniego)

Segundo. Mejor suerte ha de correr el segundo motivo de casación, que, con apoyo en el número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia la aplicación indebida del artículo 16 del Código Penal y la inaplicación del párrafo último de su artículo 3.º, en relación con el procesado Antonio Arrabal Muñoz, cuya absolución se solicita, y esto es así porque, aunque las alegaciones del recurrente pequen de confusas, han de resumirse como que la conducta de aquél constituye un caso de **conspiración impune por el desistimiento**, criterio éste que merece ser acogido por las siguientes razones: A) los tres procesados «planearon apoderarse del dinero que pudieran de una entidad bancaria de ahorros, recayendo la elección en la Sucursal de la Caja de Ahorros Municipal de Bilbao de la localidad de Somorrostro», y a tal fin el Emiliano Nieto Taranilla y el Eusebio Martín Martínez se apoderaron de un vehículo con el que se trasladaron a dicho lugar, pero cuando llega el momento de cometer el atraco, el Antonio Arrabal Muñoz, que había llegado «a dicho punto por otros medios de transporte» y que «de acuerdo con lo previamente acordado (sic), debía haber acompañado a Emiliano Nieto Taranilla, provisto de una navaja, sin embargo, en vez de encaminarse a la sucursal, tomó otra dirección y se alejó del lugar de autos» (en el que quedó, amén de Emiliano, Eusebio, al volante del coche), de donde se desprende que el repetido Antonio Arrabal Muñoz, si bien intervino en la fase preparativa de conspiración, concertando con otras dos personas la ejecución de un delito y resolviendo ejecutarlo —en palabras del párrafo primero del artículo 4.º del Código Penal—, no realizó después acto alguno de comisión, ni siquiera en la línea periférica del auxilio efectivo, y ello tanto respecto a la utilización ilegítima del vehículo de motor —la propia Audiencia le absolvió por este delito— como en lo que atañe al robo en metálico frente al que la indicada sustracción del automóvil se decanta como simple antecedente medial. B) El silencio del Código Penal sobre la posibilidad del desistimiento en la conspiración no implica

necesariamente su rechazo, antes al contrario, los comentaristas —a salvo los matices o requisitos exigidos— vienen a coincidir en que aquella forma de resolución manifestada es una verdadera tentativa de participación y en que el desistimiento de los conspiradores les coloca en idéntica situación a la prevista en el párrafo 3.º del Código Penal, si no se desea tratarles peor que a los —en principio— responsables de un delito ya en vías de ejecución, de manera que, siendo el desistimiento voluntario —nota a la que algunos autores unen la del conocimiento por los restantes conspiradores, o su comunicación a los mismos— cabría afirmar, «mutatis mutandi» con la tentativa, que la conspiración, más que quedar impune, desaparece como tal, por cuanto la ausencia de desistimiento jugaría como elemento negativo de una y otra. C) En el ámbito jurisprudencial, si bien no falte alguna vieja declaración a cuyo tenor la coincidencia de voluntades en el propósito criminal supondría la perfección y «consumación» de la conspiración, lo que haría irrelevante todo desistimiento posterior (Sentencia de 5 de junio de 1948), o alguna más reciente que mantiene la responsabilidad como conspiradores de quienes convinieron en el delito, sin participar luego en su comisión (Sentencia de 22 de octubre de 1982), **la equiparación sustancial** entre el desistimiento en la tentativa y en la conspiración ha sido aceptada en repetidas ocasiones (Sentencias de 5 de julio de 1948, 19 de abril de 1965, 19 de marzo de 1978), bien en general, bien en el caso concreto examinado. D) Aunque la doctrina y la jurisprudencia exigen a veces que el desistimiento, además de voluntario, sea —como ya se dijo— conocido por los demás partícipes, e incluso se apunta la necesidad de que aquél repercuta en la renuncia a la ejecución, no parece que tal desistimiento deba ser sólo el activo (como el valuable en la frustración), porque ello implicaría de nuevo un trato más severo que en la tentativa, y, con igual criterio comparativo, resulta muy dudoso insistir en esa comunicación o proyección cognoscitiva, por mucho que se acuda al componente de inducción mutua que algunos pretenden ver en la conspiración y, en definitiva, a la conformación de un proyecto criminal con dinámica propia, bien entendido, por lo que hace al caso de autos, que la marcha o abandono del Antonio Arrabal Muñoz —tal y como se descubre en el relato fáctico— no pudo pasar desapercibida para los otros dos procesados, quienes fueron así conscientes de que su actuación en el atraco al banco carecía ya de todo respaldo por parte de aquél.

ARTICULOS 8.1.º Y 9.1.º ENAJENACION MENTAL. OLIGOFRENIA. TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL DE SUS DIVERSOS GRADOS

(STS de 3 de octubre de 1987. Pte. Sr. Moner Muñoz)

Séptimo. Es doctrina constante de esta Sala, sentencias 28 de enero y 16 de julio de 1985, 22 de enero y 27 de abril de 1987, basándose en la psicometría y test de personalidad y de inteligencia, así como la doctrina con unanimidad, el distinguir dentro de las oligofrenias, en la que la edad mental del sujeto es inferior a los 4 años, coeficiente de agudeza intelectual situado en un 25 por 100 de la normalidad; oligofrenia media, con edad mental entre los 4 y 8 años, y cociente entre el 26 y 50 por 100, y la debilidad o retraso mental, edad entre los 8 y 11 años, y coeficiente entre el 51 y 70 por 100, y por encima de los anteriores, sin llegar a la total normalidad, la denominada torpeza mental, y en tal calificación, incardinar la profunda en la eximente completa, la

media en la incompleta y la debilidad mental, en la mera atenuante analógica, si bien en las últimas resoluciones jurisprudenciales citadas, se ha aplicado la circunstancia incompleta de exención, cuando los coeficientes intelectuales se mueven entre un 65 y un 70 por 100.

Octavo. La sentencia de instancia, en su declaración fáctica, declara que el procesado padece una debilidad mental profunda, que corresponde a una edad mental de 11 años, y un coeficiente de 0,67 por 100, y que le disminuye sensiblemente sus facultades intelectivas y volitivas, sin llegar a anulárselas, con lo cual, lógicamente, hay que incluirlo, conforme a lo expuesto en el fundamento precedente en el tercer grupo, al expresarse claramente su edad mental, y su coeficiente de agudeza intelectual, e incluso el dictamen pericial verificado en el acto del juicio oral lo considera parcialmente imputable o semi-imputable, al no ser severas la disminución de sus facultades, con lo cual, debe apreciársele, según el último criterio jurisprudencial, también expuesto, la circunstancia eximente incompleta del número 1 del artículo 9 en relación con igual número del artículo 8, todos del Código Penal, que fue la aplicada por la Audiencia de origen, lo que conduce a la desestimación del motivo 1 que por infracción de Ley, y con apoyatura en el número 1 del artículo 849, por infracción del número 1 del artículo 8 del Código Penal, había formulado.

ARTICULO 8.4.º. LEGITIMA DEFENSA. EXCESO POR FALTA DE PROPORCIONALIDAD EN LOS MEDIOS E INSUFICIENTE NECESIDAD DE LA REACCION

(STS de 20 de octubre de 1987. Pte. Sr. Soto Nieto)

2. Así como la necesidad constituye premisa básica para cualquier consideración sobre la legítima defensa, tanto como eximente completa o incompleta, la proporcionalidad viene referida a la relación entre la entidad del ataque y la defensa, con especial atención a los medios empleados para impedir o repeler la agresión, que si, cualitativa o cuantitativamente, se ofreciesen desfasados, faltos de una racional correlación, al suponer un exceso intensivo en la reacción contrarrestadora, impidiendo el juego de la eximente plena, sólo permitirían, en su caso, la estimación de la incompleta. La necesidad defensiva ha sido entendida de modo enterizo y general, en el sentido de justificar la actitud de un contrataque frente a una agresión o acometimiento amenazantes que pone en situación de riesgo el bien jurídico cuya salvaguarda deviene acuciante; la necesidad racional del medio empleado para impedirlo o repelerla es de carácter instrumental, transida de especificidad y de un ámbito y consecuencias más restringidos. Si falta la necesidad de defensa será acusable el exceso extensivo o impropio, exceso en la causa, en tanto que si se halla ausente la proporcionalidad de los medios de repulsa, aparece el exceso intensivo o propio, exceso en los medios. Contra el injusto proceder agresivo, la defensa ha de situarse en un plano de adecuación, buscando aquella proporcionalidad que, conjurando el peligro o riesgo inminentes, se mantenga dentro de los límites del imprescindible rechazamiento de la arbitraria acometida, sin repudiables excesos que sobrepasen la necesidad contrarrestación. En la determinación de la racionalidad priman fundamentalmente módulos objetivos, atendiendo no solamente a

la ecuación o paridad entre el bien jurídico que se tutela y el afectado por la reacción defensiva, sino también a la proporcionalidad del medio o instrumento utilizado, empleo o uso que del mismo se hubiere realizado, circunstancias del hecho, mayor o menor desvalimiento de la víctima, y, en general, sus condiciones personales, posibilidad de auxilio con que pudiera contar, etc.; sin desdeñar absolutamente aspectos subjetivos relevantes y de especial interés, pues —cual ha resaltado la jurisprudencia— dada la perturbación anímica suscitada por la agresión ilegítima, no puede exigirse el acometido, la reflexión, serenidad y tranquilidad de espíritu para, tras una suerte de raciocinios y ponderaciones, elegir friamente aquellos medios de defensa más proporcionados, con exacto cálculo y definida mensuración de hasta dónde llega lo estrictamente necesario para repeler la agresión. Ha de tenerse en cuenta —destacan las sentencias de 4 de febrero, 4 de junio y 16 de diciembre de 1986, entre las recientes— tanto la perturbación psicológica que el acometimiento ilegítimo produce de ordinario como la dificultad en que normalmente se encuentra el agredido para escoger u obtener un medio adecuado con que hacer frente a la agresión.

3. A la vista de la doctrina que antecede, se ofrece ponderada la sentencia que se impugna, al considerar que en la actuación del procesado no cabe detectar el cumplimiento de esa segunda exigencia o requisito a que el apartado 4 del artículo 8 del Código Penal, subordina la plenitud justificante de la legítima defensa, a saber, la necesidad del medio empleado para impedir o repeler la agresión ilegítima. A tal fin se destaca en la resolución recurrida que no consta que el procesado diera voces de alto o avisara verbalmente de otra forma que se acercaba la Policía, encontrándose con un arma altamente vulnerante en la mano que fue innecesaria para detener al que huía, habiendo de valorarse si la obligación es mayor cuando en quien utiliza el medio defensivo concurre determinada cualificación personal relacionada con su función o el medio empleado; el precepto legal —se observa en la sentencia— es la expresión de un juicio de valor que se inicia con la exigencia de racionalidad generante de una proporcionalidad que no puede distanciarse de la dignidad de la persona a que se refiere el artículo 10 de la Constitución, como base de los derechos y deberes fundamentales, porque el injusto agresor, por el hecho de serlo, no deja de ser sujeto de Derecho y como tal titular de bienes jurídicamente protegibles y tutelados por el ordenamiento jurídico, frente a posibles excesos de la reacción defensiva. Aunque realmente el ataque del menor, pinchando sucesivamente dos veces con la navaja en el brazo del Agente, supone, a la par que una agresión ilegítima, una acometida seria y acusadamente peligrosa, la juventud del muchacho y el encontrarse ya prendido por hombro y cuello, hubieran permitido desde un principio, de disponer el Guardia Municipal del brazo izquierdo, máxime acercándose su compañero, reducir e inmovilizar al joven. De otra parte, aun haciendo el procesado uso del arma, dada la pericia que se le supone y exige en su manejo, no tenía, para defenderse, que dirigir su disparo a zona del cuerpo tan vulnerable, penetrando la bala en el hemitórax izquierdo, atravesando pulmón y rompiendo la arteria pulmonar. Como afirma la sentencia de 13 de octubre de 1983, en supuesto similar, dado el conocimiento del Policía del manejo de las armas, debió disparar contra su víctima en parte del cuerpo que fuese suficiente para impedir o repeler el ataque, sin llegar a provocar la muerte. El exceso de la defensa resulta acusable y, en consecuencia, ha de ser desestimado el motivo.

**ARTICULO 107. RESPONSABILIDAD CIVIL. INDEMNIZACION.
FALTA DE DETERMINACION DE LAS CUOTAS**

(STS de 27 de octubre de 1987. Pte. Sr. Rodríguez López)

Segundo. El segundo motivo del recurso se interpone por infracción de ley del artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por no aplicación del artículo 106 del Código Penal (motivo éste que afecta a los tres recurrentes), por no haber señalado la sentencia la cuota de que cada partícipe debe responder. El terminante mandato del precepto citado ha sido paliado por la jurisprudencia de esta Sala, que partiendo de la evidencia de que cuando los varios responsables, lo son por el mismo título de imputación y no existe diferencia en el aprovechamiento de lo sustraído, necesariamente la distribución de la responsabilidad civil procedente del delito ha de hacerse por cuotas iguales. Son numerosas las sentencias dictadas en tal sentido formando ya, un cuerpo de doctrina (Sentencias de 12 de junio de 1981, 10 de febrero de 1982, 11 de noviembre de 1983, 13 de abril de 1984, 22 de mayo, 16 de julio de 1984, 26 de noviembre y 218 de noviembre de 1985, 14 abril de 1987) todas basadas en una interpretación extensiva del artículo 107 del Código Penal y del 1.138 del Código Civil. Por tanto el pago de la indemnización solidaria de ciento noventa mil pesetas, y los aumentos que procedan, será pagada por los recurrentes por terceras e iguales partes, como hace la sentencia con motivo de la imposición de costas.

**ARTICULO 174 BIS A) (CUYO CONTENIDO PASO SUSTANCIALMENTE AL
ARTICULO 7.1 DE LA LEY ORGANICA 9/1984). INTEGRACION Y
COOPERACION CON BANDAS ARMADAS, TERRORISTAS O REBELDES.
CONSUMACION**

(STS de 14 de octubre de 1987. Pte. Sr. Manzanares Samaniego)

1. En el único motivo de este recurso de casación por infracción de Ley denuncia el Ministerio Fiscal —con apoyo en el número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal— la aplicación indebida del párrafo 3.º del artículo 3.º del Código Penal, en relación con su artículo **174 bis a)**, según el texto vigente al ocurrir los hechos enjuiciados, es decir en 1981 y 1982, antes de que este último artículo fuese derogado —al igual que los numerados como 174 bis b), 174 bis c), 216 bis a), 2 y 216 bis b)— por la Ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre, contra la actuación de bandas y elementos terroristas y de desarrollo del artículo 55.2 de la Constitución, si bien buena parte de los comportamientos afectados pasaron a ser tipificados de forma similar en la nueva normativa especial, tal y como sucede con el contenido de aquel artículo 174 bis a), **transvasado en líneas generales al número 1 del artículo 7.º de la mencionada Ley Orgánica 9/1984**; de manera que el problema planteado consiste en dilucidar si el delito de pertenencia a un grupo armado —en nuestro caso la organización terrorista ETA— admite en abstracto las formas imperfectas, o más exactamente la tentativa, como ha entendido la sentencia impugnada, o si, por el contrario, su propia estructura sólo tolera la consumación, siendo además suficientes los hechos probados para llenar el tipo penal correspondiente.

2. En una primera aproximación al tema debatido se observa en nuestra Patria una

clara posición de rechazo, doctrinal y jurisprudencial, a la estimación de dichas formas imperfectas en las figuras delictivas relativas a las **asociaciones ilegales**, aduciendo para ello su condición de **infracciones de mera actividad, de mero peligro e, incluso, de consumación anticipada** —por no utilizar también la poca afortunada expresión de delitos de «emprendimiento» con que algunos autores han traducido el vocablo alemán «Unternehmensdelikte»— pero, ciertamente, aquellas calificaciones responden a criterios diversos y, de otro lado, las conductas tipificadas alrededor de dichas asociaciones —terroristas o no— ofrecen tan variadas manifestaciones, en sí y en su decantación conforme a una legislación en perpetuo cambio, que las consideraciones generales han de ser completadas o sustituidas por las referencias a la particular figura delictiva de que se trate.

3. Por lo que atañe al tipo penal de «pertenencia» a determinados grupos o bandas armadas, según el mencionado artículo 174 bis a) del Código Penal —y lo mismo cabe decir respecto a la «integración» en una organización terrorista, rebelde o banda armada, recogida en el número 1 del artículo 7.º de la Ley Orgánica de 26 de diciembre de 1984—, su consideración como delito formal o de simple actividad parece más defendible que su inclusión en los otros dos conceptos de delitos de peligro o de consumación anticipada, pues, de un lado, sabido es —y esto constituye valiosa aportación de la doctrina alemana— que sólo merecen denominarse de peligro aquellos delitos en los que la situación de riesgo **concreto**, y comprobable caso por caso, surge como verdadero **resultado** de la acción, a diferencia de lo que sucede con los llamados delitos de peligro abstracto, en las que dicho riesgo no se halla incorporado al tipo y únicamente opera en la motivación del legislador (como ocurre en la previsión de que la asociación ilegal serviría de plataforma para el desarrollo de posteriores conductas criminales individualizables), y de otro, no es que se adelante la consumación hasta la tentativa —acabada o no— o se equiparen sus penalidades, sino que se crean tipos autónomos que, a lo sumo, serían actos preparativos para esa ulterior actividad criminal, de manera que se produce una absoluta desconexión estructural entre el delito asociativo y los demás, lo que, dicho sea de paso, obligaría a examinar la posibilidad o no de formas imperfectas con igual independencia y en relación exclusiva con la correspondiente figura contra la seguridad interior del Estado.

4. La tradicional concepción del resultado como modificación real del mundo exterior perceptible por los sentidos facilitaba la distinción entre los delitos llamados precisamente así, de resultado, y los de mera actividad, con la conocida consecuencia de negar en éstos —por falta de una acción causal— la viabilidad de las formas imperfectas, al menos como una regla general que, si bien abría un portillo a las excepciones, no acababa de detallar cuáles fueron éstas; sin embargo, tal doctrina se encuentra sometida actualmente a profunda reconsideración porque, de una parte, **la comprensión del peligro efectivo como resultado contradice la vieja exigencia de la materialización física de éste**, difuminando la anterior línea divisoria entre ambas clases de delito, y, de otra, cobran cada vez mayor relevancia aquellas **doctrinas que aprecian en el punto final de algunas actividades —más o menos continuadas, fraccionables, o divisibles— la realidad de un resultado encubierto**, pudiendo recordarse incluso el apoyo —no ya doctrinal, sino legal— que en el Derecho alemán tiene tal exégesis en el delito de la fundación de la asociación ilícita, de modo que la fundación misma constituye el «resultado» de las actividades encaminadas a darle vida real, y así en los artículos 129 y 129 a) del Código Penal de la República Federal, referidos respectivamente a las asociaciones criminales en general y a las terroristas, se prevé expresamente la punibilidad de la tentativa de fundación o creación (sabido es que tal derecho

sigue para los delitos no muy graves el criterio de la incriminación particularizada en cada caso).

5. De los anteriores razonamientos pudiera concluirse que, en principio, no habría inconveniente para admitir la tentativa —aunque tal vez no la frustración— en aquellos comportamientos que, como los de integración en la banda, adoptan la forma de un proceso lineal que culmina en esa incorporación al grupo, pero este hilo argumental, que parece apuntar hacia el acierto de la sentencia impugnada, se rompe cuando desde el plano genérico se desciende al estudio de cada tipo penal y más en concreto al punto en que la propia ley entiende producida o alcanzada la «pertenencia» al colectivo armado, cuestión ésta que obliga a subrayar cómo el propio precepto aplicado como vigente al ocurrir los hechos, es decir el artículo 174 bis a) del Código Penal, redactado conforme a la Ley Orgánica 2/1981, equipara a la pertenencia las «relaciones de cooperación con bandas armadas o grupos terroristas extranjeros», lo que debe interpretarse como una manifestación de **pertenencia real**, al margen de exigencias formales, y no limitada al carácter extranjero del grupo, porque sería absurdo tratar con mayor severidad la actuación proyectada hacia dichas bandas foráneas que la relacionada con las nacionales (el artículo 7.º de la Ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre, omite ya el indicado condicionamiento), de modo que basta **cualquier** acto de cooperación para la consumación del delito, sin que, dada la autonomía de la figura asociativa, se requiera que los actos de cooperación se perfilen como integrantes de las infracciones criminales cuya realización constituye el objeto del grupo, antes al contrario, sólo se exige su conexión con la existencia misma de la banda, su funcionamiento y sus posibilidades, y así, obligado resulta concluir que el relato fáctico contiene extremos suficientes para entender que la cooperación se ha producido efectivamente —y con ella la consumación—, pues el ahora recurrente «entró en contacto con otros tres jóvenes... quienes manifestaban ser miembros de un comando, Ernio, de ETA-Militar... y les declaró su voluntad de integrarse en dicha organización», y a partir de ahí «deliberaron los cuatro sobre la voladura de una torreta de Iberduero, S.A.» —lo que no es acto ejecutivo del delito de estragos, pero sí se enmarca en las actividades de la asociación, como corresponde al estadio de planificación—, añadiendo los hechos probados que la no realización del proyecto se debió a que habían desaparecido las armas del «zulo» y a que el material explosivo en él oculto se encontraba en malas condiciones, circunstancias éstas de las que derivó el viaje que el procesado hizo, en compañía de uno de aquellos compañeros, «al Sur de Francia, donde conversaron con un alto dirigente de ETA-Militar sobre la desaparición de las armas y el mal estado de los explosivos», lo que no sólo confirma la pertenencia a dicha banda de los jóvenes a los que se unió el José Manuel Varona López, deliberando con ellos y tratando de esclarecer conjuntamente lo acaecido en el «zulo», sino también que **aquél —o si se prefiere su disponibilidad— enriqueció el acervo de la banda en medios personales**, de manera que, aun olvidando que fue detenido precisamente cuando se encontraba junto al «zulo» con quien le había acompañada a Francia, es claro que estableció con el grupo armado las «relaciones de colaboración» previstas en el repetido artículo 174 bis a) como equivalente a la pertenencia a la organización, sin que parezca superfluo recordar, por último, que en el mencionado precepto la cooperación carece de adjetivación o condicionamiento —frente a la de simple favorecimiento del entonces artículo 174 bis c)— por su mayor entidad intrínseca, o, con otras palabras, porque esa incorporación a la banda repudia las matizaciones propias de una actividad periférica y puntual.

**ARTICULOS 231 Y 236. ATENTADO A AGENTE DE LA AUTORIDAD.
NECESIDAD DE QUE AQUEL SE HALLE EN EL EJERCICIO DE LAS
FUNCIONES O EL ACTO SE REALICE CON OCASION DE LAS MISMAS**

(STS de 9 de octubre de 1987. Pte. Sr. Soto Nieto)

1. El único motivo del recurso, por infracción de ley y cita del artículo 849.1.º de la Ley de enjuiciamiento Criminal, considera infringido, por aplicación indebida, el artículo 236 en relación con el 231.2.º, del mismo cuerpo legal, y por inaplicación del artículo 585.1.º. Basa su impugnación el recurrente en la alegación de inexistencia del delito de atentado, dado que sólo cabe apreciar su existencia cuando la autoridad o sus agentes se hallen ejerciendo las funciones de su cargo o con ocasión de ellas, pues el dolo específico de este delito consiste y exige la ofensa voluntaria al principio de autoridad, es decir, la intención de faltar al respeto o acometer en alguna forma a quienes lo encarnan. Indudablemente que, en lo concerniente al delito de atentado, el sujeto activo ha de hallarse impuesto de la condición de agente de la autoridad —supuesto del artículo 236 del Código Penal— de la víctima, al ser preciso, como elemento subjetivo del injusto, la presencia de un ánimo tendencial y específico de menospreciar, menoscabar o vilipendiar el principio de autoridad, de herir o socavar el respeto debido a quienes, por razón de sus cargos o profesiones, hacen realidad aquél. Apareciendo ambos requisitos subjetivos íntimamente enlazados y obrando el primero como antecedente o presupuesto del segundo, de tal modo que este último viene a ser consecuencia necesaria de aquél, puesto que el que realiza alguna de las conductas enumeradas en el tipo del artículo 231 conociendo la cualidad personal de la autoridad a sus agentes, forzosamente se ha de representar el menosprecio que de ello resulta para el principio de autoridad, a no ser que prueba la existencia de un móvil divergente que por su entidad vendría a anular ya no sólo el dolo, sino el propio injusto de este delito. El agente de la autoridad ha de hallarse en el ejercicio de sus funciones o el acto integrantes del atentado ha de verificarse con ocasión de ellas, es decir, en directa contemplación de las medidas, intimidaciones o requerimientos adoptados para la efectiva realización de los fines encomendados.

2. El conocimiento de la condición de Sargento de la Guardia Civil que ostentaba Antonio Naranjo Galán por parte del procesado es expresamente resaltado en el factum de la sentencia y resulta de las propias expresiones por aquél proferidas. Se precisa en el relato histórico de la sentencia que el Guardia Civil Antonio Naranjo Galán, vistiéndose de paisano, marchaba por la calle en compañía de un cuñado suyo, cuando al cruzarse con el procesado Francisco Fernández Luque, éste se dirigió al segundo llamándole «chivato», «hijo de puta» y otras palabras por el estilo; siendo entonces cuando, al intentar intervenir el Sargento, el inculcado, a la vez que le decía que «le importaba tres cojones que fuera Sargento de la Guardia Civil», le cogió del cuello y con una navaja intentó agredirle, sin conseguirlo porque el guardia esquivó el golpe. Todo ello es revelador del propósito que animaba al inculcado de despreciar, menoscabar e infamar cuanto el guardia civil significaba en su función de representante de la autoridad y custodio del orden. Como consecuencia de la actitud insultante y provocativa mostrada por el encausado, el Sargento intentó intervenir, es decir, abandonando su pasividad, procurar, al menos y en principio, atajar un incidente que, provocado por aquél, podía alcanzar consecuencias imprevistas. Hay que tener en cuenta que a tenor del artículo 4.4 de la Ley 55/1987, de 4 de diciembre, de la Policía, «los Cuerpos de Seguridad del Estado se consideran en servicio permanente, teniendo sus miembros la obligación

de intervenir en todos los hechos y circunstancias que lo reclamen». Del mismo modo la Ley Orgánica 2/1986 de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, dispone en su artículo 5, apartado 4, que los miembros de las 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». El acometimiento verificado por Francisco Fernández al Sargento de la Guardia Civil no puede menos de ser conceptualizado como una agresión a agente de la autoridad incardinable en el artículo 236 en relación con el artículo 231.2.º, cual ha estimado la sentencia impugnada. Ello aparte de que —cual expresa la sentencia de 2 de julio de 1984, siguiendo la línea de la de 30 de diciembre de 1983—, nuestro Código admite el atentado *post officium vel in contemplatione*, al extender la figura delictiva y la protección penal de la función a los supuestos en los que la agresión haya tenido lugar aunque el funcionario se encuentre fuera de servicio, si aquélla es producto del resentimiento o de la venganza por la condición de funcionario. En consecuencia procede la desestimación del motivo referenciado.

**ARTICULOS 254 Y 255.1.º TENENCIA ILÍCITA DE ARMAS. SUBTIPO
AGRAVADO POR EL BORRADO DE LA NUMERACION. DOLO. CONCURSO
CON EL ROBO VIOLENTO O INTIMIDATORIO**

(STS de 9 de octubre de 1987. Pte. Sr. Jiménez Villarejo)

Segundo. El segundo motivo, en cambio, en que, al amparo asimismo del artículo 849 número 1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia el recurrente la indebida aplicación a los hechos probados de la agravación específica que el artículo 255 número 1.º del Código Penal prevé para el delito de tenencia ilícita de armas, merece ser acogido por este Tribunal, habida cuenta que la alegación que sirve de fundamento a la impugnación coincide plenamente con la línea interpretativa mantenida por la más reciente jurisprudencia. No apareciendo, en efecto, en los antecedentes de hecho del fallo recurrido que la circunstancia de tener limada la numeración la pistola que portaba en la ocasión de autos el recurrente, le fuese imputable a éste o la conociese el mismo si quiera, es evidente que su conducta, en lo que a la tenencia del arma se refiere, no debió ser subsumida en el subtipo agravado descrito en la norma mencionada, puesto que el elemento objetivo del mismo no estuvo cubierto o abarcado por el dolo del agente. La perspectiva formal y objetivista que inspiró la antigua doctrina y a cuyo tenor era suficiente el puro y escueto dato de la alteración en la marca de fábrica o número del arma, hace ya tiempo que, por fortuna, encontró justa y racional corrección en las Sentencias de esta Sala —recuérdense, entre las más recientes, las de 30 de abril y 18 de diciembre de 1986— de modo que **hoy es pacífico e indiscutido el criterio de que, para que sea procedente aplicar el artículo 255 número 1.º del Código Penal, es inexcusable que haya sido el propio tenedor ilegítimo del arma el autor de la raspadura o alteración de los signos identificadores de la misma.** El motivo, en consecuencia, ha de ser estimado y, en su virtud, dictar a continuación sentencia más ajustada a Derecho.

Tercero. Por último no es posible sino dar una negativa respuesta al tercer motivo impugnativo, igualmente inscrito en el ámbito procesal del artículo 849 número 1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, mediante cuya instrumentación pretende el recu-

rrente se ha cometido por el Tribunal de instancia una infracción por inaplicación indebida, del artículo 71 del Código Penal, al sancionar separadamente, en concurso real, los delitos de robo con intimidación y tenencia ilícita de armas de los que el mismo ha sido hallado culpable. No puede ciertamente sostenerse, ni desde una perspectiva dogmática ni a la luz de lo que cabe definir como jurisprudencia constante, que entre las antedichas infracciones se establezca un concurso instrumental o teleológico cuando el ataque violento o intimidatorio a la propiedad se lleva a cabo mediante el uso de un arma que el agente o agentes tuviesen en su poder. En primer lugar, porque a nadie se oculta que todas y cada una de las figuras penales que se enumeran en el artículo 501 del Código Penal pueden ser realizadas sin necesidad de utilizar un arma y menos aún, un arma de fuego de las sometidas al especial régimen restrictivo impuesto en el Reglamento de Armas de 24 de julio de 1981. Y en segundo término, porque es notorio que en la generalidad de los casos —entre los que se encuentra el que fue objeto de la Resolución recurrida, según es fácil deducir de su relato de hechos— el delito de tenencia ilícita de armas, en la medida en que es un tipo de comisión permanente, ha alcanzado ya plena y acabada perfección cuando su autor se decide a utilizar el medio mortífero que detenta en la comisión de un delito de robo, de suerte que, **habiéndose consumado la tenencia de armas con anterioridad al comienzo de la segunda actividad criminal, mal puede articularse entre una y otra la relación instrumental que sirve de base a la regla penológica del artículo 71 del Código Penal.** Carece de fundamento la denuncia de infracción de dicha norma y procede repeler este último motivo.

ARTICULO 302.4.º. FALSEDAD IDEOLOGICA. LETRAS DE CAMBIO

(STS de 30 de octubre de 1987. Pte. Sr. Barbero Santos)

Unico. El recurso se articula por un sólo motivo, por infracción de ley, al amparo del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por estimar infringidos, por aplicación indebida, el artículo 302.4.º en relación con el artículo 303 del mismo Cuerpo legal. De acuerdo con la parte recurrente, la conducta del procesado no es constitutiva del delito de falsedad ideológica porque actuaba como apoderado de una sociedad que «estaba en constitución, extremo previsto en el artículo 7 de la Ley de Sociedades Anónimas, donde se regula la ulterior ratificación y las consecuencias estrictamente civiles que se derivan de la no ratificación».

La referencia que el recurrente hace al artículo 7.º de la Ley de Sociedades Anónimas no es correcta. Este regula la validez de los contratos celebrados en nombre de la Sociedad antes de su inscripción en el Registro Mercantil, pero ya constituida. Con determinados efectos civiles respecto de los gestores si la Sociedad no se inscribe y no se aceptan por ella tales contratos en un plazo de tres meses.

La situación aquí es otra. **Europhone** no existía como Sociedad Anónima, lo que conocía el procesado por ser experto en materias jurídicas. Al aceptar cinco letras de cambio con el carácter de apoderado de **Europhone**, S. A., emitidas como resultado de un acuerdo previo, faltaba a la verdad en un requisito fundamental, ya que consignaba como constituida una sociedad anónima jurídicamente inexistente. El acuerdo era que en el momento del otorgamiento de la escritura pública de constitución de **Europhone**

se abonaría el total de la deuda reconocida, 2.369.866 pesetas. Un 25 por 100 en efectivo y el resto mediante la aceptación, por **Europhone**, S. A., de tres letras de cambio con vencimiento a 6, 12 y 18 meses inmediatamente siguientes al otorgamiento de la citada escritura. Se adquirió asimismo el compromiso de obtener el descuento inmediato de las tres letras con el fin de que el acreedor pudiese obtener el total del crédito reconocido, lo que no se cumplió. El mismo día que aceptó las cambiales anteriores, el 1 de abril de 1977, el procesado aceptó otras dos, firmándolas «por poder de **Europhone**, S. A.», de las que una fue descontada en Banco, la otra no.

La **veritatis mutatio**, la mutación de la verdad, su ocultación, falta o ausencia, elemento de la falsedad documental, y esencia de la falsedad ideológica, que el legislador prevé en el número 4.º del artículo 302 del Código Penal, se ha producido en el comportamiento descrito. También el peligro de perturbación en el tráfico jurídico, que no es necesario coincida con el perjuicio individual de un tercero. El procesado faltó a la verdad en un requisito fundamental del documento mercantil, y conocía los efectos perturbadores de su actuar en el tráfico jurídico. Se dan, pues, todos los componentes de la falsedad en letras de cambio, por lo que el motivo no puede prosperar.

ARTICULO 302.4.º FALSEDAD IDEOLOGICA EN ESCRITURA DE COMPRAVENTA. NO SE PRECISA LA MATERIALIZACION DEL PERJUICIO

(STS de 20 de noviembre de 1987. Pte. Sr. Rodríguez López)

Segundo. Inadmitidos el motivo primero del recurso por infracción de ley (segundo de los articulados) por entender infringido el principio de presunción de inocencia y el segundo por infracción de ley (tercero de los articulados) del artículo 849.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por error de hecho en la apreciación de la prueba, queda por examinar el motivo tercero también por infracción de ley (cuarto de los articulados) que parte en su argumentación y alegaciones de hecho de haber prosperado los anteriores motivos; pero desestimado el primero e inadmitido los otros dos, el presente (por infracción de ley sustantiva) carece totalmente de base fáctica en que apoyarse; y es obligado, dada la vía elegida en este motivo, respetar íntegramente los hechos probados de los que aparece con toda claridad el delito de falsedad ideológica del artículo 302.4.º por el que es castigado, pues se cumplen, plenamente, los requisitos que la doctrina legal y científica han exigido: 1.º que la declaración se produzca en documento público, oficial o de comercio con mutación de verdad; 2.º que la culpabilidad en su forma dolosa contenga el denominado dolo falsario, caracterizado por la conciencia en la que se representa la mutación de la verdad y una voluntad que la quiere y acepta, sin necesidad de que concurra en la misma un ánimo tendencial, y 3.º en cuanto a la antijuridicidad, que no se den —lo que es corriente en el tráfico inmobiliario— las concesiones a ciertas prácticas que persiguen con el otorgamiento de escrituras públicas más o menos exactas, la finalidad de simplificar las sucesivas transmisiones; supuesto que no se ha producido en el caso enjuiciado. Si el recurrente afirmó en la escritura pública notarial, que la vivienda que vendía estaba libre de cargos y gravámenes, y en esta creencia la adquirió la compradora, que al fin se encontró sin finca y sin dinero (que no consta que hasta este momento haya sido devuelto), aparece claro el acierto con que procedió la Sala sentenciadora en su calificación jurídica sin que sea válido argumentar,

que la falsedad no produjo perjuicio alguno —requisito esencial pues si la falsedad es inocua y no repercute en el tráfico jurídico carece de trascendencia penal— pues aquí ya se había producido, ya que los embargos ya estaban practicados, y perdida la disponibilidad del piso por el vendedor. Pero no ofrece duda que la compradora tuvo que hacer gastos de escritura y transmisión, y de haber sabido la verdad pudo, si aún era tiempo y le convenía, levantar los embargos pagando a los acreedores, pues el perjuicio, como reiteradamente tiene declarado la doctrina basta con que sea potencial. Por todo lo expuesto el motivo debe desestimarse.

**ARTICULO 303. EL PERMISO DE CONDUCIR VEHICULOS DE MOTOR
COMO DOCUMENTO OFICIAL. COOPERACION NECESARIA DEL
INTERMEDIARIO**

(STS de 7 de noviembre de 1987. Pte. Sr. Cotta y Márquez de Prada)

1. En cuanto al primero de los motivos de cada uno de los dos recursos planteados, que la inconsistencia jurídica de la argumentación que defienden es de todo punto notoria y evidente, pues si la conducta de los procesados consistió en la captación de individuos que precisasen proveerse de carnet de conducir y una vez logrado tal objetivo pedirles y hacerse cargo de las fotografías y demás datos necesarios para llevarlas al que materialmente cometía las falsificaciones quien devolvía por sus conductos a los interesados los documentos apócrifos tras haber puesto en las mismas dichas fotografías, es claro que la participación de aquellos dos, hoy recurrentes, supera con creces los moldes legales y jurisprudenciales de la simple complicidad a que se refiere el artículo 16 del Código Penal, pues este precepto contempla los actos de puro auxilio, no necesarios para la comisión de un delito aunque faciliten su ejecución, y no cabe duda que **lo que hicieron ambos encartados en todas las falsificaciones en que participaron recogiendo las fotografías y datos para entregarlos al autor material de mencionadas falsificaciones fueron actividades indispensables, en dichos casos, para su perpetración, pues es indudable que sin sus concursos, no se hubiesen producido esas concretas falsificaciones a que se alude al faltar el nexo de unión entre quien de propia mano las realizaba y los individuos que pretendían los carnets de conducir**, por lo cual los indicados motivos son desestimables desde luego.

2. Y en cuanto a los motivos segundos de ambos recursos, que sus respectivas sinrazones son de todo punto también incontestables, puesto que **los permisos de conducir**, según una jurisprudencia repetida y constante de la que son ejemplo las sentencias de 6 de octubre de 1981, 15 de junio de 1983 y 7 de marzo y 23 de diciembre de 1985 entre otras, **son documentos oficiales, y si ello es así, como así es, no es posible dudar que la falsificación por un particular de estos documentos y la cooperación necesaria para su falsificación, integra el delito tipificado y sancionado en el artículo 303 del Código Penal en relación, en este caso, con los números 1.º, 2.º y 9.º del artículo 302 del propio texto legal, y como esto fue lo que hizo el Tribunal juzgador, que en cumplimiento de ley aplicó con corrección y como debía dichos preceptos a la conducta de los recurrentes en unión del artículo 69 bis del propio ordenamiento sustantivo, es visto que por ello no cometió los errores de derecho que se le imputan, por lo que procede la desestimación de ambos recursos y la confirmación del fallo impugnado, bastante benévolo por cierto.**

**ARTICULO 344. TRAFICO DE DROGAS. AGENTE PROVOCADOR.
COCAINA. CANTIDAD DE NOTORIA IMPORTANCIA**

(STS de 9 de octubre de 1986. Pte. Sr. Jiménez Villarejo)

Segundo. Intacta e intangible ya la relación fáctica de la Sentencia recurrida, hemos de examinar ahora los motivos impugnativos en que se denuncian presuntas infracciones legales, el primero de los cuales es el que reprocha a la Audiencia Provincial haber subsumido los hechos en el tipo penal descrito en el párrafo primero del artículo 344 del Código sancionador, sin tener en cuenta, según se argumenta, que, habiendo sido provocada la operación por las maquinaciones de los policías y habiendo actuado el recurrente sin libertad ni espontaneidad —y siendo, por otra parte, imposible que llegara a consumarse el ilícito tráfico en que la operación consistía— el delito no pasó de ser artificial apariencia. El razonamiento, que descansa en el presupuesto, válido en principio, de la no punibilidad del llamado delito provocado, no es aplicable al caso enjuiciado por la sentencia impugnada. **Delito provocado**, en puridad, es sólo aquel que llega a realizarse en virtud de la inducción engañosa de un agente que, deseando conocer la propensión al delito de una persona sospechosa y con la finalidad de constituir pruebas indubitables de un hecho criminal, convence al presunto delincuente para que lleve a cabo la conducta que de su torcida inclinación se espera, simulando primero allanar y desembarazar el «iter criminis» y obstruyéndolo finalmente, en el momento decisivo, con lo cual se consigue por el provocador no sólo la casi segura detención del inducido sino la obtención de pruebas que se suponen directas e inequívocas, doctrina sentada en sentencias de esta Sala de 8-7-80, 8-6-84, 18-6-85 y 25-9-85. No fue, sin embargo, este «modus operandi», de todo punto recusable y ciertamente destipificador de la conducta aparentemente delictiva así producida el que pusieron en práctica los inspectores de policía autores del servicio que culminó con la detención del recurrente y su correo. Dichos agentes, por el contrario, sabedores de que en el barrio madrileño de Vallecas determinados reclusos, ya en período de régimen abierto, se venían dedicando al tráfico de sustancias estupefacientes, se situaron en condiciones de recibir la oferta de alguno de los traficantes, simulando aceptar la que les hizo el compañero del recurrente y entrando de esa forma en contacto con éste. La actividad de los inspectores no estuvo, pues, encaminada u orientada a suscitar en persona alguna la idea criminal sino a investigar, esclarecer y, en última instancia, poner término a una actividad delictiva permanente, no ya libremente concebida e iniciada sino reiteradamente consumada, con el consiguiente riesgo para la salud pública, con anterioridad a la intervención policial, no siendo inoportuno resaltar en este momento que, con frecuencia, las peculiares características de determinadas modalidades de criminalidad, entre las que merecería una singular mención el tráfico de estupefacientes, demanda de los agentes encargados de su persecución una inteligente y prudente adaptación de las técnicas investigadoras a la clandestinidad y sinuosidad de la delincuencia en cuestión, haciéndose necesaria, por ejemplo, la aparente inserción de los mismos, a veces incluso durante largo tiempo, en el submundo en que acontecen los hechos que deben indagar y prevenir. Puesto de manifiesto así que el recurrente no fue **provocado** a la comisión de actos constitutivos de tráfico de estupefacientes sino meramente **sorprendido** en uno de los que integraban su habitual ocupación, es evidente la corrección con que procedió el Tribunal de instancia, al incardinar los hechos en la figura delictiva del artículo 344 del Código Penal, así como la inevitabilidad de repeler el motivo en que erróneamente se denuncia la indebida aplicación de dicho precepto.

Tercero. Tampoco el segundo motivo de impugnación articulado en el recurso, que se inscribe como el anterior en el marco procesal del artículo 849 número 1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, puede encontrar favorable acogida en esta Sala, pues no puede hacerse cuestión de la procedencia de aplicar a los hechos declarados probados el párrafo segundo del artículo 344 del Código Penal, que en este motivo se denuncia como infringido por indebida aplicación. Acreditado y hecho constar, en efecto, que el recurrente se le intervino, en el momento de su detención, una bolsa en que se contenían **505 gramos de cocaína**, resulta harto difícil discutir que no deba considerarse notoriamente importante, para integrar este hecho en la agravación específica tipificada en el mencionado párrafo, la cantidad de droga que aquél poseía con la finalidad de difundirla. Aunque el peso de la droga ocupada se rebajase en la proporción correspondiente a su pureza y la cantidad reseñada se convirtiese en 168,67 gramos —y conviene advertir, para caer en la cuenta de que un cálculo más riguroso incrementaría la cifra, que **el grado de pureza de la cocaína no debe ser calculado sobre la cocaína base sino sobre el clorhidrato de cocaína que exista en el producto**— es evidente que, de acuerdo con la doctrina mantenida por esta Sala en reiteradas sentencias, entre las que pueden citarse las de 24-4-85, 8-11-85 y 25-12-85, seguiría siendo inatacable la decisión del Tribunal de instancia que por medio de este motivo se impugna, puesto que el número de dosis que podrían prepararse con la cantidad aprehendida estaría siempre por encima de las **doscientas**, magnitud que debe marcar aproximadamente la frontera en la que comienza el ámbito típico de la notoria importancia.

ARTICULO 344. TRAFICO DE DROGAS. CONSUMACION DEL DELITO. POSICION DEL INTERMEDIARIO COMO AUTOR

(STS de 26 de octubre de 1987. Pte. Sr. Díaz Palos)

1. El primero y único motivo subsistente del recurso plantea, en realidad, dos temas distintos que debieron ser objeto de motivación separada: El que mantiene que el delito contra la salud pública, en su modalidad de tráfico de estupefacientes, y por el que fue condenado el recurrente, no llegó a consumarse y quedó en grado de frustración. Y el que sostiene que la participación del recurrente no pasó de la de cómplice.

2. En cuanto al primer tema casacional planteado, es de recordar la continuada doctrina jurisprudencial de esta Sala, según la cual el delito previsto en el artículo 344 del Código Penal es de peligro abstracto, en cuanto tiene por objeto la salud pública como bien colectivo y comunitario, lo que hace de él, a su vez, un delito de resultado anticipado o cortado que propicia la consumación tan pronto se trasluce al exterior el propósito de difundir la droga, verdadera **ratio legis** de la regulación normativa, mediando, aquellos actos que, sin ser de estricto tráfico, como acontece con la posesión de la droga, evidencia, que, lejos de ser destinada al consumo, la finalidad del tenedor es la de llevarla, en todo o en parte, al mercado consumidor del producto; por lo que, siendo esto así, con mayor motivo habrá de tenerse el delito por consumado cuando la idea de tráfico que alienta al poseedor de la droga se llega a poner en práctica, siendo sorprendidos en el momento de la clandestina venta, tanto el tenedor como los demás intervinientes en el acto de la pretendida transacción, aunque ésta no llegue a tener efecto, sea por la intervención policial sea por no entendimiento en el precio, miedo a la depredación sospechosa en una de las partes interesadas en el negocio o por cualquier otra causa, puesto que el cumplimiento de la venta afecta ya al agotamiento del delito

y no a su perfección jurídica que, como se ha dicho, tiene lugar en cuanto se manifiesta al mundo de las acciones el propósito de transmitir a tercero la droga y, por ende, de provocar su difusión (Sentencias de 1 de marzo de 1984, 12 de marzo de 1985, 13 de diciembre de 1986, entre las más recientes).

3. A la vista de la anterior consideración, parece claro que no puede prosperar el motivo del recurso en este inicial aspecto, al alegar que la actitud del comprador puso nervioso al vendedor, quien pensando que aquél, con su acompañante, querían escapar con la droga —0,80 gramos de heroína— hizo que sacara un revólver con el que apuntó a uno de ellos, lo que provocó la huida de los mismos, al tiempo que tiraban la heroína que habían recibido para su examen, tan pronto oyeron un disparo hecho al aire por quien empuñaba el arma, lo que, en definitiva provocó la intervención de la Guardia Civil, alertada por tal disparo, cuya Fuerza detuvo a todos los intervinientes, entre ellos el recurrente Felipe de Moya Hernández, y la ocupación de la sustancia estupefaciente; argumento que, como se ve no excluye la consumación del delito, puesto que el relato probatorio evidencia, en la forma dicha, la realidad de la intentada transacción, lo que no debe confundirse con la frustración del delito, una vez que, el vendedor —poseedor de la droga, que venía dedicándose al tráfico, según dicción literal del **factum**—, manifestó por actos sus pensamientos de difundir, una vez más, la sustancia estupefaciente de que se trata y que, en su casa, tras realizar el hecho que se juzga, se encontró una balanza de precisión con las pesas correspondientes, instrumentos cortantes ahumados utilizados para el menudeo del hachís, del que se hallaron 500 miligramos y otros efectos que, igualmente, ponen de manifiesto aquella dedicación al tráfico; razones todas que llevan a desestimar este primer aspecto del recurso.

4. La doctrina de la participación, en su forma de cooperación necesaria ligada a la figura del **intermediario**, cobra superlativo relieve en el delictivo tráfico de drogas, a cuyo cooperador viene considerando también, de manera constante, la doctrina de esta Sala, como **incurso en la autoría del número 3.º del artículo 14 del Código Penal**; y ello, por la elemental consideración de la necesidad de tal favorecimiento, dado el alto riesgo que implica el tráfico de estupefacientes para cuantos intervienen en el mismo, lo que hace subir el papel de la persona mediadora o interpuesta en la transacción del producto, con aplicación al mismo de la doctrina de los bienes o servicios escasos, como la del dominio del acto, pues claro resulta que de fallar la promesa de aquella cooperación por parte del que media, la operación misma quedaría fallida (Sentencias de 5 de julio de 1984, 18 de septiembre de 1985 y otras muchas).

5. El segundo alegato del recurso queda desvirtuado con vista de la anterior doctrina, puesto que según la narración histórica de la sentencia recurrida, el recurrente Felipe de Moya, junto con el también procesado Luis Manuel Molina, atendiendo los deseos de un tercero llamado Vives que quería adquirir heroína, contactaron con el vendedor del producto, el procesado Manuel Menargues, habitual del tráfico, quien, para llevar a cabo la venta se hizo acompañar de Miguel Angel Lora, también procesado, concurrendo los cuatro en unión del comprador Vives, al lugar y hora señalados, donde tuvo lugar la escena ya relatada; es decir, que la anterior conducta del recurrente como mediador con la promesa de percibir del comprador por su intervención parte del producto como precio de la misma; el contacto que llevaron a cabo con el vendedor de la heroína y su presencia en el momento mismo de verificarse la transacción, aunque ésta, finalmente, no se llevara a cabo por disensión o suspicacia de quien acompañaba al traficante, no afecta a la participación como *coautor del impugnante*, puesto que consumado ya el delito, según se ha examinado anteriormente, y debiendo considerarse necesaria su participación como *intermediario* en el acto de tráfico, lo colocan, según la

doctrina interpretativa de esta Sala, también expuesta, en la autoría definida en el número 3.º del artículo 14 del Código; razones todas las indicadas que conducen a la desestimación del motivo subsistente del recurso.

ARTICULO 344. TRAFICO DE DROGAS. HACHIS. SUBTIPO AGRAVADO POR LA CANTIDAD DE NOTORIA IMPORTANCIA

(STS de 22 de octubre de 1987. Pte. Sr. Rodríguez López)

Segundo. El segundo motivo del recurso (primero en su numeración) se interpone por infracción de ley del artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por aplicación indebida del artículo 344 del Código Penal. El resultando de hechos probados afirma que la Guardia Civil, localizó «en un huerto arrendado al procesado Alberto... una plantación de doce plantas nacidas, las que analizadas fueron identificadas como "cannabis sativa"... con un peso total de un kilogramo» y a esta precisión del factum es obligado atenerse, pues si no estuvo conforme con el peso dado en el informe emitido por el organismo de Sanidad provincial que lo realizó, pudo pedir aclaración del mismo o la práctica de otro informe complementario; pero en este momento del proceso no es posible discutir esa afirmación del factum, que no ha sido impugnada por la única vía posible del error de hecho por prueba documental del artículo 849.2.º. **La tenencia de un kilo de hachís ha sido estimada por esta Sala como indicativa de ser destinada al tráfico y además constitutiva de la agravación específica de notoria importancia del párrafo segundo del artículo 344** (Sentencia de 5 de julio de 1984 que cita otras). La sentencia recurrida ha tenido en cuenta, sin duda, la posibilidad de que las plantas no estuvieran totalmente secas, para imponer la pena sin agravación alguna. El propio recurrente admite que **las plantas secas podrían pesar unos trescientos gramos, peso que esta Sala ha estimado como indicativo de ser destinado al tráfico** (Sentencia de 17 de febrero de 1983: 200 gramos; 13 de julio de 1984: 210 gramos; 26 de junio de 1985: 171 gramos; 15 de diciembre de 1986: 108 gramos, etc.), mucho más si se tiene en cuenta que el recurrente no aparece en el relato de hechos como adicto a la droga. Por todas las razones expuestas el motivo debe ser desestimado.

ARTICULOS 405 Y 406. RELACIONES ENTRE EL ASESINATO DEL PARIENTE PROXIMO Y EL PARRICIDIO. INOPERANCIA EN ESTE ULTIMO DELITO DE LA RELACION SENTIMENTAL SIN VINCULO MATRIMONIAL

(STS de 31 de octubre de 1987. Pte. Sr. Manzanares Samaniego)

Primero. El único motivo de este recurso de casación por infracción de Ley denuncia, al amparo del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la aplicación indebida del artículo 406, 1.º del Código Penal y la simultánea inaplicación de su artículo 405 con la agravante genérica 1.º del artículo 10, es decir, la calificación de asesinato del pariente y no la de parricidio con alevosía, de modo que se suscita en primer lugar el espinoso tema de su relación concursal tras la Ley Orgánica 8/1983, de

25 de junio, y así procede recordar que **la jurisprudencia ha optado por dar preferencia, como tipo especial al parricidio** porque —como se lee en la Sentencia de 4 de marzo de 1986, seguida por la de 29 de septiembre siguiente— «en modo alguno puede considerarse también que el mismo hecho integre el delito de asesinato comprendido en el artículo 406.1 del propio ordenamiento sustantivo, por la razón simplísima de que ello supondría desmembrar los elementos integrantes de una infracción delictiva autónoma, específica y hoy día privilegiada, como es el parricidio, extrayendo de su tipo la circunstancia cualificativa de ser el agredido una de las personas ligadas con el agresor por cualquiera de los vínculos señalados en el primero de los preceptos citados», de donde se desprende que, en principio, es correcto el punto de partida del recurso, aunque no deba olvidarse que el criterio expuesto es combatido por parte de la doctrina, señalando que tan incorporado al tipo se halla la alevosía del asesinato como el parentesco en el parricidio y que sólo así —con la relación de alternatividad— cabría llegar a una solución satisfactoria que en el marco del artículo 68 del Código Penal, diera preferencia al asesinato como delito más grave.

Segundo. Siguiendo con el examen del motivo, su propio planteamiento tropieza con la realidad de que, según advierte el segundo Fundamento de Derecho de la Sentencia impugnada, se echa «a faltar la vigencia actual, en el momento de los hechos, del vínculo afectivo», puesto que cuando se produce la muerte de María Mercedes Solé Rabella hacia ya un año que su convivencia con el ahora recurrente se había roto —al igual que las relaciones sentimentales de pareja—, si bien el condenado en la instancia acudiera en vacaciones a ver a su hijo, quien, como su madre, se había integrado en la familia de ésta, o mantuviera contactos con su antigua compañera —y oyerá los correspondientes reproches de la misma— en cuanto a los gastos de mantenimiento del niño; *argumento éste desestimatorio al que se une otro de índole estrictamente jurídica* en el sentido de que cuando la mencionada Ley Orgánica 8/1983 equiparó a la relación matrimonial aquellas otras análogas por afectividad, no lo hizo con carácter general, sino puntualmente en los artículos 11 y 18 del Código Penal, lo que, de «lege data» y en sentido contrario, revela el deseo de mantener sin variación otros preceptos, como el artículo 505 (o el 564), tanto más cuanto que, si se aceptara la interpretación del recurrente, se llegaría frecuentemente a conclusiones desfavorables para los reos, obligando a tipificar como parricidios conductas que conforme a la literalidad de la normativa eran y continúan siendo constitutivas de homicidios simples.

ARTICULO 406.1.º ASESINATO ALEVOSO. AGRESION SUBITA E INESPERADA

(STS de 10 de noviembre de 1987. Pte. Sr. Ruiz Vadillo)

Tercero. El motivo tiene que prosperar. El relato fáctico de la sentencia impugnada es suficientemente expresivo. La simple negativa o desacuerdo que a la propuesta que el procesado hacía a su novia, joven de 17 años, en orden al aborto que ella no quería, motivó el fuerte golpe que María José recibió en la parte lateral izquierda de la cara y seguidamente otro nuevo golpe en la parte también lateral izquierda del cuello, causándola una herida de unos tres centímetros de diámetro, de cortes irregulares con gran destrozo de capa muscular y paquete vasculo-nervioso del cuello que, en profundidad, afectó a todos los planos hasta vértebras cervicales que ocasionaron su muerte a los pocos momentos por shock traumático hemorrágico.

La descripción de los hechos, tomada de la resolución que se recurre, acredita la actuación alevosa del procesado. En efecto, éste actúa de forma tan súbita e inopinadamente, que no cabe dentro de una reacción lógica, es decir, teniendo en cuenta la reacción normal de una persona también normal, esperar un ataque de esta fuerza y brutalidad y de condición tan desenfrenada como el que llevó a cabo el procesado porque si éste actuó, y todo el relato descubre esta significación, de forma rápida y sorpresiva tales circunstancias conducen a la aplicación de la circunstancia referida.

La dimensión jurídico-penal de la alevosía se encierra en un contexto en el que el sujeto activo del delito utiliza o emplea medios, modos o formas encaminados a asegurar el éxito de su criminal propósito, evitando al propio tiempo el riesgo que podría provenir para su persona de la defensa que pudiera hacer el ofendido u ofendida, es decir en un realizar su punible acción en el grado de máxima seguridad para él y de sorpresa para la víctima (sentencia de 21 de mayo de 1986), circunstancias éstas que como ya se anticipó se dan en este supuesto, tanto en el requisito objetivo, acabado de describir, consistente en el empleo de tales medios, modos o formas en los términos ya afirmados, como en el subjetivo, caracterizado como componente teleológico o tendencial en cuanto el agente asume aquella condición objetiva y la integra en su dolo (sentencia de 25 de febrero de 1985).

En resumen, se está en presencia de un delito de homicidio en el que concurre la circunstancia de alevosía, número 1 del artículo 406 del Código Penal en relación con la número 1 del artículo 10 del mismo cuerpo legal, que la interpreta auténticamente. Dentro de las modalidades que ofrece la alevosía, concurre en este caso la versión del ataque súbito e inopinado cuando el agente, como en este caso, desarrolla su agresión «ex improvisu», esto es de modo fulgurante y repentino, con sorpresa y desprevenimiento de la víctima (en este sentido las Sentencias de 14 de febrero de 1987 y 18 de noviembre de 1986), con el componente teleológico que se infiere del hecho probado en cuanto al dolo del agente que se proyecta tanto sobre la acción como sobre la indefensión (sentencia 23 de febrero de 1987), incluso cuando se trata de ataques cara a cara.

ARTICULO 452 BIS D) 1.º DELITO RELATIVO A LA PROSTITUCION.

TERCERIA LOCATIVA. LOCAL DE «ALTERNE» COMO CASA DE CITAS. AUTORIA

(STS de 6 de noviembre de 1987. Pte. Sr. Gil Sáez)

Primero. El único motivo del recurso interpuesto por la representación de los tres procesados, acogido al número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, entiende infringido por indebida aplicación del artículo 452 bis d) número 1.º del Código Penal, por cuanto el relato probatorio de la Sentencia impugnada no sentaba las bases apropiadas para llegar a la conclusión de que concurrían los elementos característicos de los delitos relativos a la prostitución y, concretamente, de la modalidad descrita en el artículo invocado como vulnerado, alegando en su desarrollo y fundamentación sustancialmente que: «siendo la procesada recurrente **encargada del local de autos**, era obvio que su actividad no podía ser incardinada entre las personas que el tipo penal incluye como directora del local en que tenía lugar el tráfico, por lo que

en consecuencia su conducta debe ser degradada a la pena inferior de persona servidora del negocio»; que lo que el Código Penal sanciona en estos delitos es la cooperación constituida por la entrega carnal retribuida; que el relato fáctico sólo expresa que varias parejas fueron sorprendidas, «cuando previo pago a la dueña y con su consentimiento, salían de cohabitar del local explotado por los procesados, pero sin agregar que las mujeres tenían la condición de prostitutas o que recibieran retribución de los varones que con ellas cohabitaban», con lo que, «no aparecían reflejados con la concreción exigida los requisitos esenciales sobre la condición de las mujeres que acudían a los locales a que se refiere el artículo 452 bis d) mencionado».

La transcrita alegación sustentadora aparece inviable e inacogible por carencia de consistencia dialéctica, por cuanto desde el ámbito puramente formal, no se atiende a lo dispuesto en el artículo 874.1.º de la citada Ley Procesal Penal al no encabezar el motivo con el breve extracto claro y conciso de su contenido, aludir en la alegación solamente a la procesada recurrente y no a las conductas de los dos restantes coprocesados y recurrentes, igualmente englobados en el único motivo y contener la exposición defensiva **afirmaciones incongruentes y contradictorias con la narración fáctica** de la Sentencia recurrida, tal como no expresar la condición de prostitutas de las mujeres dedicadas al «alterne» en el local explotado por los recurrentes o que recibiesen retribución de los varones que con ellas cohabitaban, incurriendo el motivo así formalizado en las causas de inadmisión 3.ª y 4.ª del artículo 884 de la antecitada Ley Procesal, que en este trámite casacional son causa de desestimación, como tan copiosamente tiene afirmado esta Sala, haciendo ociosa la cita de resoluciones; y de otra parte, en cuanto a su aspecto de fondo, la argumentación enteramente confusa y deslavazada al confeccionarse con retazos inconexos de Sentencias de esta Sala, carece de convicción suasoria, ya que acreditando en esencia los hechos probados que: el procesado Eusebio Aranda explotaba como dueño el café «Cerebro» en Castellón de la Plana, servido por camareras de «alterne» que realizaban el trato carnal en siete habitaciones situadas detrás de la barra, percibiendo por cada cópula cantidades variables, de las que 300 pesetas entregaban a la coprocesada Felisa Silva, esposa del anterior, titular de la licencia de apertura del establecimiento, que al propio tiempo regentaba, siendo auxiliada en todos los menesteres por el asimismo procesado y recurrente Vicente García, que conocía las actividades que en el local se realizaban diariamente y además, en ocasiones, «acompañaba al dueño en la contrata y reclutamiento de mujeres para el mismo», manejos que se descubrieron el día 30 de noviembre de 1981 al realizarse la inspección del local, sorprendiendo en tres habitaciones a sendas camareras realizando el acto carnal con clientes masculinos, actividad a la que se dedicaban habitualmente, en unión de otras cuatro mujeres que también se encontraban en el local en dicho momento, de las que dos de ellas habían sido varias veces detenidas por prostitución, de cuya mera transcripción se desprende inequívocamente la **participación directa y personal de los tres recurrentes en concepto de autores** de la comisión del delito previsto y penado en el artículo 452 bis d) número 1.º del Código Penal, como expresa, amplia y debidamente se razona en el primero de los Considerandos de la resolución impugnada, y como tan uniforme y reiteradamente tiene declarado esta Sala, conforme a las Sentencias de 13 de marzo y 1 de diciembre de 1981; 28 de junio de 1982; 8 y 28 de febrero de 1983; 26 de marzo de 1984; 28 de marzo de 1985, y 25 de abril y 19 de mayo de 1986, lo que consecuentemente conduce a desestimar por su manifiesta improcedencia el motivo analizado.

ARTICULO 457. INJURIAS EN CAMPAÑA ELECTORAL. DOCTRINA GENERAL

(STS de 22 de octubre de 1987. Pte. Sr. Morenilla Rodríguez)

1. La acusación particular ha formalizado recurso de casación por infracción de ley al amparo del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Santander absolviendo al procesado del delito de injurias de que se le acusaba, alegando como motivo primero la inaplicación de los hechos que declara probados del artículo 457 en relación con el artículo 458 número 4, 459, párrafo 1 y 463 del Código Penal, porque el procesado cometió un delito de injurias graves continuado por escrito y con publicidad, al ser emitidas por Radiodifusión; y como motivo segundo, que se articula supletoriamente, para el caso de no ser acogido el primero, la infracción por inaplicación del artículo 457 en relación con los artículos 460 y 463 del Código Penal ya que las expresiones en el resultando de hechos probados se atribuyen al procesado si no se consideran como constitutivas de un delito de injurias graves por escrito y con publicidad lo serían de un delito de injurias leves por haberse hecho por escrito y con publicidad.

2. Una doctrina antigua y pacífica de esta Sala viene configurando el delito de injurias como un «delito eminentemente intencional y circunstancial» que exige para su comisión, atendidos los términos del artículo 457 del Código Penal, unos actos que manifiesten objetivamente una naturaleza difamatoria, por la significación desvalorizante y afrentosa de las expresiones proferidas o de las acciones ejecutadas, y una intención animadora de realizar estos actos en «deshonra, descrédito o menosprecio» de otra persona. Desde el actamiento a la relación fáctica de la sentencia impugnada, que exige el precepto procesal al que se acogen los dos motivos de casación alegados por el recurrente, los hechos declarados probados han de ser examinados en su triple **aspecto objetivo**, de las expresiones utilizadas por el procesado en la respuesta radiodifundida que dio a un periodista y en la nota remitida al día siguiente a un periódico en el mismo sentido, **subjetivo**, de la intención del procesado al proferir esas expresiones, y **circunstancial**, del contexto social en que se produjeron las declaraciones que el recurrente estima constitutivas de un delito de injurias graves o supletoriamente, leves por estar dirigidas a desprestigiarle y o menospreciarle.

3. Las frases vertidas por el procesado —abogado en ejercicio y, entonces, alcalde de la ciudad— poniendo en duda los méritos para llegar a ser Registrador de la Propiedad o cómo había ganado las oposiciones, o si le viene de herencia el título que ostenta o los conocimientos jurídicos del recurrente, aunque aisladamente no puedan ser estimadas, en su significación gramatical, deshonrosas, en su conjunto resultan ofensivas para el destinatario y afectan a su prestigio profesional y aprecio social. Sin embargo, si objetivamente esas expresiones pueden ser conceptuadas como injuriosas, cuando se valora la ocasión y el modo en que se produjeron no se aprecia el «animus injuriandi», el dolo difamatorio que es el elemento subjetivo del delito de injurias —sean graves o leves— sin el cual el delito no puede producirse conforme al artículo 1.º, 1 del Código Penal.

4. Los antecedentes del hecho, minuciosamente descritos y analizados en la sentencia impugnada, muestran que **esas expresiones ofensivas fueron vertidas por el procesado durante una campaña electoral**, y hacia el final de la misma, en la que el procesado se presentaba como candidato para la alcaldía y con ocasión de una que-

rella presentada por el recurrente contra el expresado alcalde acusándole de un delito de expropiación ilegal por la decisión de urbanizar una parcela de terreno, sobre la cual alegaba derecho, transformándola en una pequeña plaza pública (querella que motivó unas diligencias que después fueron archivadas). La presentación de esta querella fue recogida en la Prensa tres días antes de las elecciones y motivó una entrevista radiofónica en la que un redactor preguntó primero al querellante y después al procesado a quien dio a escuchar previamente la respuesta del primero y, fue seguida de la publicación de un comunicado firmado por el procesado que se remitió por la Oficina de Publicidad de la campaña de Prensa del procesado en las elecciones municipales.

La trascendencia pública de la querella interpuesta por el recurrente contra el procesado acusándole de la comisión de un delito en el ejercicio de sus funciones como alcalde y durante la campaña de las elecciones municipales que la propia sentencia impugnada describe como «fuertemente politizada y cargada de agresividad y apasionamiento dialéctico», privan a las frases vertidas en las declaraciones, del procesado de una intención difamatoria o de desprestigio del recurrente apreciándose en cambio no ya una finalidad de retorsión —pues el procesado no llegó a imputar hecho alguno ni delictivo ni deshonoroso al recurrente— sino una intención de defenderse públicamente del delito del que se le acusaba, cuya imputación había tenido también trascendencia pública, con frases que afectaban al prestigio profesional del querellante.

5. Los dos motivos del recurso han de ser desestimados: la sentencia absolutoria impugnada, está ajustada a derecho al valorar jurídicamente los hechos que declaró probados sin que se haya producido la infracción por inaplicación —alternativamente— de los preceptos penales invocados pues la conducta del procesado no reviste los caracteres del delito de injurias graves o leves a que se refieren los motivos primero y segundo del recurso que, por las razones expuestas no pueden ser acogidos.

ARTICULO 501. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE SUS DIFERENTES TIPOS. REFERENCIA ESPECIAL A LAS LESIONES FORTUITAS Y DOLOSAS

(STS de 3 de noviembre de 1987. Pte. Sr. Vivas Marzal)

1. Prescindiendo de construcciones doctrinales y jurisprudenciales ya superadas, lo cierto es que, en el artículo 501 del Código Penal, se contemplan y sancionan diversas hipótesis de **delitos complejos, compuestos o mixtos, denominados también modernamente «acompañados»**, cuyas infracciones se caracterizan por la combinación o asociación de un hecho punible contra la propiedad —robo— con un atentado contra la vida, la integridad corporal, la honestidad, la libertad y seguridad, o, simplemente, contra la voluntad o libertad de decisión, pudiendo, estos últimos, preceder, acompañar o subseguir a la infracción patrimonial con tal de que sea la idea lucrativa la prevalente, dándose, de ordinario, entre aquéllos y ésta, o, al menos, entre algunos de ellos y la infracción contra los bienes, tal como sostienen ciertos sectores doctrinales y algunos fallos de esta Sala, una relación de medio a fin, relación que no es siempre indispensable, como lo demuestra la «praxis», dentro de la cual se registran multitud de casos en los que no se detecta la dicha relación y sin embargo el complejo subsiste, debiéndose, asimismo, puntualizar que, contrariamente a lo que sostiene la sen-

tencia de instancia, la fase epilogal de la dinámica comisiva, es decir lo ocurrido durante el curso de la fuga o huida del culpable o culpables, con persecución o sin ella, pertenece al tracto comisivo de esta clase de infracciones, sin que se produzca la ruptura o truncamiento del complejo delictivo, lo que se evidencia con la simple lectura del párrafo último del susodicho artículo 501 o del número 4.º del mismo donde se dice, «se tomaren rehenes para facilitar la ejecución del delito o **la fuga del culpable**»; no produciéndose la ruptura antedicha sino cuando, entre ambos atentados —contra la propiedad y contra otros bienes jurídicos— se de tal disociación, distanciamiento o alejamiento espacial y temporal que, uno y otro delito, recuperen su autonomía y sustantividad, mereciendo un tratamiento distinto e independiente.

2. Tras la reforma de 25 de junio de 1983, y la consecutiva modificación de la redacción del artículo 501, tratándose de simbiosis o maridaje entre robo y lesiones, surge la cuestión de si, dichas lesiones, para integrar eficazmente el complejo, habrán de ser necesariamente dolosas —con dolo directo o, simplemente, con dolo eventual—, o podrán ser culposas y hasta de origen fortuito. A la vista del primer párrafo del artículo 1 del Código Penal y del primer inciso del párrafo segundo del mismo, se ha de descartar, «prima facie», que, las **lesiones generadas fortuitamente**, puedan integrar la infracción compleja, y, en lo que respecta a **las culposas**, el problema es de más difícil solución, pero esta Sala se inclina por la solución negativa merced a las siguientes razones: en primer lugar, porque, el legislador, cuando ha querido la solución positiva, lo ha dispuesto así, tal como ocurre con el homicidio culposo, al que se refiere en el número 4.º del artículo 501, si bien sancione, el complejo, en dicha hipótesis, de modo menos enérgico que cuando se trata de muerte dolosa —número 1.º del mentado artículo 501—; en segundo término, porque si, los números 2.º, 3.º y 4.º del citado precepto, se refirieran también a las lesiones de origen culposo, las penas establecidas serían desproporcionadas y excesivamente elevadas, y, finalmente, porque de prosperar la tesis positiva, se daría un patente y manifiesto agravio comparativo en el texto del número 4.º del precitado artículo 501, donde, el homicidio culposo y las lesiones, asimismo culposas, comprendidas en los números 3.º y 4.º del artículo 420 del Código Penal, recibirían idéntico castigo —prisión mayor—, lo que es, a todas luces, inadmisibile.

3. En el caso enjuiciado, la narración histórica de la sentencia de instancia, reseña cómo, el infractor, sorprendido por la madre de la inquilina del piso que había intentado desvalijar, forcejeó con ella con el fin de conseguir la huida, logrando desasirse de ésta, «pero cuando seguía bajando la escalera **tropezó** con la propietaria del piso, Angeles Martín Sáez, que cayó al suelo, causándose lesiones de las que ha tardado en curar 56 días». Infiriéndose, de dicho relato, y especialmente de los términos «tropezó», «cayó» y «causándose» que, por más que la ruptura del complejo, merced a las razones antes expuestas, todavía no se había roto o truncado, las susodichas lesiones no fueron causadas intencionalmente por el acusado, ni siquiera de modo claro y terminante, generadas, por el mismo, de forma culposa. En consecuencia, **la incardinación, de los hechos de autos, en el número 5.º del artículo 501 del Código Penal, efectuada por el Tribunal de instancia, fue certera y atinada**, sin que sea procedente enclavarlos en el número 4.º del mencionado precepto, tal como pretende el Ministerio Fiscal, cuyo primer motivo, amparado en el número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, debe ser desestimado.

4. Los delitos de robo, como los de hurto, se perfeccionan y consuman, de conformidad con doctrina constante de este Tribunal, acudiendo a la teoría de la «illatio», esto es, cuando el ofendido, ha sido privado de la posesión de los bienes muebles depredados y, el infractor o infractores, sino la efectiva disposición de los mismos, han gozado,

siquiera sea durante corto lapso de tiempo, de la disponibilidad de ellos, pero, en lo que concierne a los delitos de robo con violencia en las personas, el **artículo 512 del Código Penal**, establece una consumación anticipada o «ficta», de acuerdo con lo cual, los delitos comprendidos en el Capítulo, quedan consumados cuando se produzca el resultado lesivo para la vida o la integridad física de las personas; precepto que, descartada la hipótesis de que, las referidas infracciones, sean delitos cualificados por el resultado, ha de interpretarse en el sentido de que, **la muerte o las lesiones, han de haberse causado, dolosa o culposamente, en el caso del homicidio, y necesariamente de modo doloso, en lo que respecta a las lesiones, de una u otra especie, producidas durante el tracto comisivo.** Procediendo, y puesto que, las de autos, fueron de origen fortuito, la desestimación del segundo motivo del recurso entablado por el Ministerio Público, con la base y sustentáculo en el mismo precepto adjetivo que el anterior, por inaplicación del artículo 512 del Código Penal y aplicación indebida del párrafo segundo del artículo 3 del mismo cuerpo legal.

**ARTICULO 501. ROBOS CON VIOLENCIA O INTIMIDACION.
CONSUMACION SIN RESULTADO LESIVO PARA LA VIDA O INTEGRIDAD
FISICA DE LAS PERSONAS. DOCTRINA DE LA «ILLATIO».
DISPONIBILIDAD DEL BOTIN**

(STS de 5 de noviembre de 1987. Pte. Sr. Moner Muñoz)

Primero. Se formaliza el primer motivo de casación al amparo del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denunciándose la inaplicación del artículo 3.º del Código Penal, argumentándose que el procesado recurrente, no llegó a disponer de las cosas sustraídas, ni incluso tuvo posibilidad de efectuarlo, no alcanzando el lucro perseguido. Sin embargo, tal motivo debe parecer, puesto que para deslindar en el delito de robo, la figura de la consumación de la frustrada, se ha optado por la postura de la **illatio**, que establece la línea delimitadora no en la mera aprehensión de la cosa —*contrectatio*—, ni en el hecho de la separación de la posesión material del ofendido —*ablatio*—, sino en el de la **disponibilidad** de la cosa sustraída por el sujeto activo, **siquiera sea de un modo momentáneo**, fugaz o de breve duración, o incluso potencial, sin que precise la efectiva disposición del bien mueble objeto de la infracción —Tribunal Supremo, Sentencias de 11 de octubre de 1986, 17, 31 de mayo, 3 de abril y 29 de mayo de 1987.

Segundo. Aplicando las consideraciones precedentes al caso enjuiciado, si en la narración fáctica, se afirma que **el apoderamiento se realizó cuando el procesado y su acompañante circulaban en un ciclomotor**, que en dicho móvil, y con lo sustraído, marcharon desde la calle Santa Clara, a la calle Vida, de la ciudad de Palma de Mallorca, y en esta última, abandonaron los efectos, siendo detenidos y recuperados los mismos. Por tanto, el recurrente, ha tenido la libre disponibilidad de las cosas muebles, siquiera fuese de modo momentáneo o fugaz, y sin que se precise la consecución última del agotamiento material, para que el delito se considere consumado. Procede, pues, la desestimación del motivo.

ARTICULO 501.5.º ROBO INTIMIDATORIO. MODALIDADES DE LA INTIMIDACION

(STS de 19 de octubre de 1987. Pte. Sr. Vivas Marzal)

Primero. Dentro de la bipolaridad característica del delito de robo —con violencia o intimidación en las personas o con fuerza en las cosas—, la citada «intimidación», equivale al apoderamiento de cosas muebles ajenas mediante el empleo de «vis compulsiva» o «vis psíquica», esto es, amedrantando o atemorizando al ofendido u ofendidos y, más propiamente, infundiéndoles o inspirándoles un temor racional y fundado a sufrir un mal inminente y grave, de tal modo que, merced al referido temor, quede viciado el consentimiento o la voluntad del sujeto pasivo, el cual accede a entregar lo apetecido por el infractor o infractores o a admitir y tolerar la depredación de éstos, lo que no hubiera ocurrido de no mediar la compulsión y coacción reseñadas.

Segundo. En el caso enjuiciado, la narración histórica de la sentencia recurrida, reseña que, sobre la una treinta horas del día que se cita, el ofendido, fue abordado, en una calle de Tarrasa, por el recurrente y por su correo, los cuales le conminaron a que les entregase el dinero, situándose, uno de ellos, tras el mencionado ofendido, esgrimiendo un objeto no identificado, mientras, el otro, le registraba los bolsillos, hallándole la suma de tres mil pesetas en efectivo, de la cual se hicieron dueños; infiriéndose, de dicho relato, que, la intempestiva hora, el hecho de ser dos los sujetos infractores, la conminación que le dirigieron, y el que, uno de los acusados, esgrimiera un objeto no identificado y se situara detrás de la víctima, son circunstancias suficientemente elocuentes para evidenciar que sí, los infractores, lograron la consecución de sus patrimoniales apetencias fue merced al temor que inspiraron en la persona agraviada, temor totalmente justificado, que le disuadió de todo conato de resistencia y que le indujo a consentir el expolio, el cual sin duda no hubiera consentido de no mediar circunstancias mencionadas y que le infundieron temor a sufrir mayores males si se resistía. Procediendo, en consecuencia, la desestimación del primer y único motivo de la impugnación analizada, basado en el número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida de los artículos 500 y 501.5.º del Código Penal.

ARTICULO 535. PROTECCION PENAL DE LA CONSTRUCCIÓN DE VIVIENDAS. AGRAVACION POR EL VALOR DE LA DEFRAUDACION

(STS de 14 de octubre de 1987. Pte. Sr. Moner Muñoz)

Segundo. La protección penal de la vivienda en perspectiva de construcción, se actúa en nuestro ordenamiento jurídico, a través de dos tipos delictivos: a) la **estafa**, cuando el promotor de las viviendas, inicia su empresa sin contar para ello con medios económicos, o siendo éstos totalmente insuficientes, logrando con esta apariencia de solvencia económica, la entrega de anticipos por parte de los futuros compradores de los inmuebles; b) la **apropiación indebida**, cuando sin mediar esa inicial ficción engañosa, hace igualmente suyos los anticipos, sin devolverlos en ninguno de los dos casos a los destinatarios de la obra, ni por supuesto, entregar la prometida construcción,

que en el caso de la estafa nunca se pensó en llevar a cabo, y en el supuesto de la apropiación indebida, sin mediar aquel inicial ánimo de lucro, éste surge con posterioridad, al disponer de las cantidades anticipadas, sin haber tomado las medidas cautelares que la Ley de 27 de julio de 1968 exige, hasta el punto de que el incumplimiento de tales garantías por el promotor, sin la posterior devolución de la totalidad del dinero adelantado al mismo por los compradores futuros, genera, en todo caso, el delito de apropiación indebida que dicha legislación especial obliga a sancionar con la pena en su grado máximo. Sentencia de 15 de octubre de 1986.

Tercero. Los motivos segundo y tercero, articulados ambos al amparo del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción de ley, denuncian la aplicación indebida de los artículos 535 y 528.2.º del Código Penal, respectivamente, que deberán ser estudiados conjuntamente, pues como dice el recurrente, la suerte del motivo tercero se halla inexorablemente unida a la del segundo; sin embargo, ambos deben ser rechazados, ya que no puede decirse que el recurrente debido «a una mala previsión», a «una inexperiencia manifiesta», o a «unos cálculos hechos sin conocimiento de causa», no quisiera defraudar, pues es lo cierto que, conforme dicen las sentencias de esta Sala, de 20 de marzo y 13 de abril de 1978, **es preciso la dolosa defraudación y el perjuicio cierto**, sin que baste el mero incumplimiento formal de las garantías previstas en la Ley de 27 de julio de 1968, para la comisión del delito de apropiación indebida, y que en el caso que se examina concurren; el segundo, según se desprende del *factum* de la sentencia, completado por el Considerando 5.º de aquella, con indudable fuerza fáctica, y el primero, pues el recurrente no entregó a los múltiples perjudicados sus viviendas, ni les devolvió el dinero recibido en todo caso superior, como se ha dicho, a lo desembolsado en la iniciación de las obras, que como expresa, el relato histórico, que permanece incólume, «en propio beneficio, integró en su patrimonio», lo que demuestra el doloso propósito de defraudar, pues, en otro caso, habría devuelto el dinero sobrante, y puesto que tiene su «ratio» en el valor de la defraudación, siempre y cuando su cuantía sea superior a 1.000.000 de pesetas, es obvio, que la circunstancia 7.ª debe reputarse de aplicación, al exceder el montante de la defraudación patrimonial por el impugnante, de dicha suma; lo que igualmente debe predicarse de la circunstancia 8.ª al afectar la comisión del delito a múltiples perjudicados, según se desprende del *factum* de la sentencia impugnada. La concurrencia de estas dos circunstancias, por sí solas, y por imperativo del último inciso del párrafo 2.º del artículo 528 del Código Penal, determinan la imposición de la pena de prisión mayor, que el artículo 6 de la Ley de 27 de julio de 1968, obliga a imponer en su grado máximo, por lo que condenado al grado máximo de la pena de prisión mayor en el inicio de aquél, es intrascendente el que a su vez, haya de apreciarse o no la circunstancia 1.ª del artículo 529. Procede, pues, la desestimación del motivo.

ARTICULO 535. APROPIACION INDEBIDA. ENTREGAS PARA EL CAPITAL SOCIAL. AGRAVACION POR EL VALOR DE LA DEFRAUDACION

(STS de 22 de octubre de 1987. Pte. Sr. Cotta y Márquez de Prado)

2. Se comete el delito de **apropiación indebida** previsto en el artículo 535 del Código Penal cuando en perjuicio de otro hay apropiación o distribución de dinero, efectos o cualquiera otra cosa mueble que se hubiese recibido en depósito, comisión o ad-

ministración, o por otro título que produzca obligación de entregarla o devolverla, y como los recurrentes, según consta en los hechos ciertos y probados, aprovecharon, en su beneficio, nueve de los diez millones de pesetas que habían recibido para incorporarlos al acervo de la sociedad «Safidicansa», perjudicando en sus legítimos intereses a la persona que se los entregó para tal fin, no hay duda que **al desviar el destino de tales fondos y lucrarse con su importe, cometieron el delito calificado**, pues una doctrina jurisprudencial constante, de la que es ejemplo la sentencia de 24 de abril de 1947, viene entendiendo, desde dicha fecha, que existe dicha infracción si se celebra un contrato de sociedad y una de las partes entrega a otra una cantidad en concepto de aportación y ésta en vez de incorporarla al patrimonio social la hace suya y aplica a usos propios, ya que en tan escueta declaración, coincidente en un todo con lo que los juzgadores de instancia estampan en el supuesto actual, se ofrecen, con completa exactitud, cuantos elementos integran el delito de apropiación indebida previsto en la disposición rectamente aplicada para castigarlo, por lo que también debe rechazarse el motivo segundo del presente recurso.

3. Cualquiera que sea el criterio de esta Sala en orden a determinar si el Tribunal sentenciador aplicó con corrección, o por el contrario erróneamente, los preceptos legales rectores de la responsabilidad civil y los atinentes de modo específico a la indemnización de los daños y perjuicios dimanantes del hecho criminal que califica y sanciona, lo cierto es que, en este caso, en modo alguno puede resolverse la tesis planteada en el motivo tercero del recurso en examen, pues ceñida ésta a censurar la condena de tres millones setecientos mil pesetas que en tal concepto se impone a los recurrentes como «beneficios, en la sociedad, dejados de percibir por el sujeto pasivo de la infracción cometida por aquéllos», la falta de señalamiento de los artículos pertinentes del Código Penal en que amparar tal tesis, que no es por supuesto el artículo 535 que se invoca, impide a la Sala de casación establecer si fueron violados o no por aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación, por lo que este otro motivo debe decaer en la misma forma que los que le preceden.

4. Finalmente, que también procede rechazar el motivo cuarto del propio recurso, pues si esta Sala declaró ya en sentencia de 19 de diciembre de 1983 que ha de estimarse como muy calificada a efectos de la penalidad establecida en los artículos 528 en relación con la circunstancia 7.^a del 529, ambos del Código Penal, la cantidad de cuatro millones doscientas cincuenta mil pesetas, con mucha mayor razón lo ha de ser la de **nueve millones de pesetas** que dobla con creces aquella cifra anterior, por lo que la confirmación del fallo controvertido se hace inevitable a todas luces.

ARTICULO 546 BIS A). RECEPCION. ELEMENTOS DEL DELITO AUTONOMO.

(STS de 26 de octubre de 1987. Pte. Sr. Díaz Palos)

1. Tanto el encubrimiento-participación, como el encubrimiento receptacion constitutivo de delito autónomo, exigen un elemento subjetivo: conocimiento del hecho punible en el primero, conocimiento de la comisión de un delito contra los bienes en el segundo que, como tal elemento anímico, ha de ser indagado por regla general a través de datos y circunstancias objetivas en todo orden, que racionalmente lleven a la conclusión de la existencia de aquel conocimiento que, por lo que respecta a la recepta-

ción, no se exige que abarque también a las personas que cometieron el delito patrimonial antecedente, pues justamente una de las razones expuestas por el legislador al acordar por Ley de 9 de mayo de 1950 la autonomía de esta forma de delincuencia que pasó luego al Código Penal, era la posibilidad de poder perseguir a los receptadores aun que no se siguiera procedimiento conjunto contra autores y cómplices por ignorarse quiénes fueran.

2. Sentado lo anterior, ya desde los autores clásicos, como por su parte la jurisprudencia, han venido fijando aquel conjunto o constelación de datos objetivos y probados de los que cabe inducir el conocimiento del delito incubierto (que no es necesario alcance a su correcta calificación judicial), entre los que cabe destacar el hecho mismo de la venta clandestina de los efectos del delito o, al menos, hecha fuera de los normales cauces mercantiles; la personalidad de vendedor (menores de edad, por ejemplo) y comprobador (avezado y aun habitual en estas operaciones hasta el punto de constituir el tipo criminológico conocido por el nombre de «perista» en el argot delincuente y que sin llegar a constituir un tipo de autor en lo penal, si se tiene en cuenta en la forma agravada de «reo habitual»; el precio de adquisición muy inferior, por regla general, al normal en el mercado, hasta constituir en el lenguaje clásico el llamado «precio vil», elemento éste de gran relieve en tales transacciones delinquentes, sobre todo si se trata de efectos sustraídos en centros autorizados de compra-venta que por ser totalmente nuevos y recién fabricados deben alertar más al comprador sobre su procedencia; las explicaciones inaceptables o insatisfactorias de un tráfico normal por parte del sedicente comprador que se enmascara como legítimo, y tantas otras circunstancias que en el caso concreto pueden coadyuvar, además de las indicadas como más comunes, a concluir sobre aquel elemento intelectual del receptor, tan decisivo que el legislador, sacándolo de la esfera propia del dolo culpable, lo ha anticipado en el tipo como elemento subjetivo del injusto, decididor como tal de la antijuricidad.

ARTICULO 546 BIS B). RECEPCION. SUBTIPO AGRAVADO POR LA HABITUALIDAD. DELITO CONTINUADO

(STS de 27 de octubre de 1987. Pte. Sr. Moyna Márquez)

Segundo. Este motivo de casación es un mosaico de alegaciones inconexas que debieron formalizarse en impugnaciones independientes para observar el orden expositivo en que el recurso de casación debe desenvolverse, todas ellas desprovistas de la fundamentación que exige el artículo 874 de la Ley de Enjuiciamiento; se ha evitado, no obstante, la causa de inadmisión del número 4.º del artículo 884 de esta Ley Procesal por la prioridad de los que demandan tutela judicial sobre incorrecciones formales que no les son imputables.

1. Sobre el conocimiento de la ilícita procedencia de las alhajas, la reiterada adquisición a personas no identificadas pagando un precio —al peso— inferior al normal del comercio (hechos probados), apoyan decisivamente aquel juicio de valor.

2. La aplicación del delito continuado con cita del artículo 69 bis del Código Penal es una cuestión nueva que debería ser marginada del recurso. No obstante, puede argüirse que la habitualidad —cuando se trata de receptación con delitos antecedentes— no desempeña tanto una condición constitutiva de su estructura como una cualifica-

ción agravatoria que crea un subtipo penal, siempre que esté debidamente probada sin el favor de presunción legal alguna (vid. sentencias de 25 de abril y 21 de diciembre de 1985), y, efectivamente, la repetición de actos de la misma especie establece nexos indudables entre el delito habitual y el delito continuado; **la jurisprudencia de esta Sala (sentencia de 24 de mayo de 1984) niega la hipótesis de la receptación continuada cuando las infracciones base contra los bienes no tienen o no pueden tener ese carácter, como sería el caso de los robos intimidatorios que fueron antecedente inmediato de las receptaciones, pero la posibilidad de encontradas calificaciones cuando los hechos anteriores están determinados o individualizados debe inclinarse a la «habitualidad» que desplaza a la «continuidad» delictiva por razones de especialidad y por la mayor pena, asignada en los términos del artículo 68 del Código (prisión mayor hasta el grado medio en el delito continuado, y prisión mayor en toda su extensión —por inaplicación de las reglas del artículo 61— en el delito habitual), exacerbación penal justificada porque la dedicación habitual a negociar con los bienes procedentes de la comisión de delitos patrimoniales, estimula la comisión de tales delitos y dificulta su descubrimiento.**

La no devolución por el promotor de las cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas

**A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 2.ª)
de 17 de octubre de 1986**

NORBERTO DE LA MATA

Becario de Investigación del MEC. Departamento de Derecho Penal de la Universidad de Deusto

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. LA LEY 57/1968: NATURALEZA, ÁMBITO DE APLICACIÓN, ACTUALIDAD Y VIGENCIA DE LA MISMA.—II. EL ARTÍCULO 6.º, PÁRRAFO 2.º DE LA LEY 57/1968.—II.1. Bien jurídico protegido.—II.2. El tipo objetivo.—II.3. El tipo subjetivo.—II.4. Penalidad.—II.5. Especificidad del tipo. Su relación con el delito de apropiación indebida contenido en el artículo 535 CP.—II.6. Conclusión crítica.—III LA STS 17 OCTUBRE 1986.—III.1. Primer Fundamento. No aplicación de la Ley 57/1968.—III.2. Segundo Fundamento. No aplicación del artículo 535 CP.—III.3. Otros aspectos de la Sentencia. Conclusiones finales.

I. INTRODUCCION. LA LEY 57/1968 (*): NATURALEZA, AMBITO DE APLICACION, ACTUALIDAD Y VIGENCIA DE LA MISMA

En sentencia de 17 de octubre de 1986, la Sala 2.ª del Tribunal Supremo admite haber lugar al recurso de casación interpuesto contra sentencia condenatoria de la Audiencia Provincial de Huelva por un «delito de apropiación indebida previsto en el artículo 6.º, 2, Ley 57/1968, de 27 de julio, en relación con el artículo 535 CP vigente», casando y anulando dicha sentencia, en base a dos Fundamentos de Derecho que a su vez tratan diversos aspectos que serán objeto de este comentario (**).

(*) Ley 57/1968, de 27 de junio (Ley 57/1968), publicada en el «B.O.E.», núm. 181, de 29 de julio de 1968. Repertorio Cronológico de Legislación Aranzadi (RCLA) 1968, ref. 1335. Ver el Apéndice de este Comentario, que recoge los dos artículos, 1.º y 6.º, con relevancia penal.

(**) Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 2.ª), de 17 de octubre de 1986 (STS 17 de octubre de 1986). Ponente: señor Cotta y Márquez de Prado. Recogida en La Ley, 19 de diciembre de 1986, p. 8, ref. 6851. Ver en el Apéndice el Fallo y los Fundamentos de Derecho.

La Ley 57/1968 que regula la percepción de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas que no sean de protección oficial, tiene una finalidad preventiva y represiva (1), y surge como consecuencia de los continuos abusos que en la época de su promulgación venían produciéndose en la contratación de viviendas; estos abusos eran facilitados por un triple motivo: a) la escasez de viviendas; b) la falta de controles de seguimiento administrativo adecuados, y c) el afán especulador de quienes, en la situación privilegiada de constructores o promotores, podían exigir un anticipo sobre el precio final de la vivienda, requerido en el momento de formalización del contrato y, por ello, con anterioridad a la entrega de la misma (2). Y si quizás la intención del legislador fuera «loable» (3), la regulación que para ello configuró no fue todo lo acertada que era preciso, por la remisión a un tipo del Código Penal —y no sólo remisión a la pena impuesta en dicho tipo— que recoge una figura que ni por su origen ni por su realidad actual (4) se corresponde con el ilícito que en el artículo 6.º de la Ley reseñada se pretende sancionar; más aún, puede cuestionarse incluso la necesidad de una incriminación penal del ilícito contractual recogido por la Ley.

La relación entre comprador y promotor o constructor (5) es una

(1) Tales calificativos son formulados por la STS de 25 de junio de 1975, Jurisprudencia Criminal (JC), núm. 974, en el primer Considerando. En idénticos términos se expresa la «Circular núm. 5/1975 de la Fiscalía del TS sobre conductas delictivas en materia de viviendas», en *Anuario de Derecho Penal* (ADP), 1976, pp. 390-397.

(2) Apuntan el problema SAINZ-PARDO CASANOVA, J. A., *El delito de apropiación indebida*, Barcelona, 1978, p. 126. También MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, Sevilla, 1983, 5.ª ed., pp. 263-264. Más extensamente, MORILLAS CUEVA, L., «El no reintegro de cantidades anticipadas para construcción de viviendas como modalidad de apropiación indebida», en «ADP», 1979, pp. 701 a 703. El propio Preámbulo de la Ley 57/1968 explica con brevedad el motivo de su promulgación, en el contexto de unas medidas legales ya iniciadas y que necesariamente habrían de ser complementadas posteriormente [véanse notas (38) y (39)]. Con referencia a una problemática más global, incidiendo en el tema de las «estafas» de anticipo de cantidades entregadas, LANDROVE DÍAZ, G., *Los fraudes colectivos*, Barcelona, 1978, pp. 22 a 31. Ver igualmente «Circular núm. 5/1975 ...», *cit.*, pp. 390 a 394, así como la Circular núm. 5/1965 de la Fiscalía del TS, en *Cincuenta años de doctrina en la Fiscalía del Tribunal Supremo*, MONZÓN Y DE ARAGÓN, E., Madrid, 1980, tomo I, pp. 846 a 852, ref. 554.

(3) Término empleado por MORILLAS CUEVA, L., «El no reintegro ...», *cit.*, p. 722. Sin embargo, no sólo la propia regulación de la Ley es cuestionable, sino incluso la oportunidad y necesidad de dicha Ley, en tanto en cuanto —como más adelante veremos— existen otros medios alternativos a ser considerados en la prevención y sanción de las conductas que con la Ley 57/1968 pretendían evitarse.

(4) Sobre la figura de la apropiación indebida en general, además de las obras generales, ver FERRER SAMA, A., *El delito de apropiación indebida*, Murcia, 1945. FERRER SAMA, A., «La apropiación indebida», en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix* (NEJ), t. II, 1950, págs. 754 a 777. SAINZ-PARDO CASANOVA, J. A., *El delito...*, *cit.*

(5) Creo que no es determinante la denominación diversa que la Ley 57/1968 utiliza para referirse a las partes de la relación contractual, pues de tal denominación no se derivan especiales consecuencias. Por ello, en adelante me referiré al sujeto que recibe las cantidades, con el término de promotor —que es el empleado en el artículo 6.º—, bien entendido que con él abarco cualquier otra tipología que pueda dar base a esa relación contractual. En este sentido, ver la argumentación de SAPENA TOMÁS, J., CERDÁ BAÑULS, J. y GARRIDO DE PALMA, V. M., «Las Garantías de los adquirentes de viviendas frente a promotores y constructores», en *Ponencias presentadas por el Notariado*

relación obligacional, de carácter contractual, por la que una de las partes se ve obligada a la entrega de una vivienda mediando la contraprestación consistente en el pago del precio, subsumible —aun con matizaciones— en la regulación que el Código Civil dedica al contrato de compraventa; ello se deduce no tanto de la terminología empleada en la redacción de la Ley como del propio contenido de la misma (6). Ahora bien, tratándose de una relación en principio regulada por la legislación civil, se creyó conveniente crear una normativa que superando el marco de lo privado (7), contuviese normas de carácter administrativo y penal para de este modo incrementar los instrumentos de acción legal ante las incidencias que la ejecución de los contratos pudiera presentar (8).

Sobre la incriminación penal de conductas ilícitas en un sector normativo ajeno al Derecho Penal —sea éste civil, mercantil o administrativo—, o sobre la distinción entre ilícito civil e ilícito penal, los autores se han pronunciado repetidamente en contra o con escepticismo (9). Es evidente que el Derecho Penal puede y debe entrar en lo

español a los Congresos Internacionales del Notariado Latino, t. XIII, Barcelona, 1975, p. 91, citado por MORILLAS CUEVA, L., «El no reintegro...», *cit.*, p. 705. Véanse en todo caso las referencias que al Sujeto activo hago en el epígrafe II.2., correspondiente al tipo objetivo.

(6) Terminología que, siendo confusa, responde al propósito de entender comprendidos en el ámbito de aplicación de la Ley, cualesquiera contratos que con diversa nominación puedan otorgarse, en opinión de SAPENA TOMÁS, T., y otros, «Las garantías...», *cit.*, p. 91, citado por MORILLAS CUEVA, L., «El no reintegro...», *cit.*, p. 707.

(7) La STS de 2 de mayo de 1977 (JC, núm. 617) considera que siendo los artículos 2.º, 3.º, 4.º, 5.º y 7.º de carácter predominantemente civilístico y administrativo, «el 1.º y el 6.º son de bifronte contenido, orientados en una doble vertiente de carácter civil una y penal típicamente otra».

(8) Interesa aquí destacar varios supuestos que, con la interpretación estricta de la Ley 57/1968 pueden plantearse, y que dan lugar a sanciones de contenido diverso:

a) No se cumplen las medidas garantistas impuestas en el artículo 1.º de la Ley, pero se cumple la obligación de entrega de vivienda.

b) No se cumplen dichas medidas, pero se devuelve lo percibido como anticipo a cuenta del precio.

c) No se cumplen las medidas, pero se procede a la devolución de lo anticipado más el 6 por 100 exigido por el párrafo 1.º del artículo 3.º

d) No se cumplen las medidas, y ni se entrega la vivienda ni se devuelve lo percibido.

e) Se cumplen las medidas, pero no se procede a la devolución de lo percibido ni a la entrega de la vivienda.

Por supuesto, cuando me refiero a las medidas exigidas por el artículo 1.º de la Ley 57/1968, aludo tanto a la condición 1.ª como a la 2.ª; esto es, tanto al seguro o aval, como a la cuenta de depósito y percepción de cantidades. Ambas son cumulativas de modo que infringida cualquiera de ellas, se da por incumplido el mandato de la Ley.

Cabría aún particularizar más los cinco supuestos planteados; en especial el último de ellos, por cuanto aun cumpliéndose las garantías por parte del promotor, y aun salvado el posible perjuicio del adquirente de la vivienda, en base a la existencia de un seguro o aval, quedaría por determinar la posible responsabilidad exigible a tenor de la legislación civil, mercantil o penal —así, legislación concursal, entre otras—.

En cualquier caso, ahora simplemente apunto los supuestos posibles, en los cuales me centraré con mayor detenimiento al analizar la conducta típica.

(9) Ya en 1944 QUINTANO RIPOLÉS, A., «Incumplimiento de obligaciones civiles sancionado criminalmente», en *Revista de Derecho Privado* (RDPr), 1944, p. 728, decía: «Sería, pues, de desear que a continuación de las estafas propiamente dichas, las de enga-

que son meras relaciones de carácter particular —negocial o de otro tipo— cuando así se estime necesario, pero no en base a un capricho legislativo momentáneo y quizás debido a una situación coyuntural muy concreta, sino para evitar conductas lesivas o peligrosas para bienes jurídicos dignos de protección penal, y atendiendo en cualquier caso a las limitaciones que impone el principio de «ultima ratio» (10).

El 2.º párrafo del artículo 6.º de la Ley comentada, mediante la norma penal complementa otras que no pretenden sino «la aplicación real y efectiva de los medios económicos anticipados por los adquirentes y futuros usuarios a la construcción de su vivienda como su devolución en el supuesto de que ésta no se lleve a efecto» (11).

La técnica legal utilizada aquí es la de la Ley penal especial (12). El hecho de que la incriminación penal se recoja extramuros del Código Penal —y omito toda discusión sobre la conveniencia o no de la integración de las diversas leyes especiales en un solo Código Penal (13)— no implica que no hayan de ser mantenidas todas las garantías y principios que son exigidos respecto de la normativa que integra el Código Penal (14). Esto es, que si una ley de carácter excepcional, o especial impropia o extrapenal con remisión a la legislación penal —a nuestros efectos, la adjetivación es meramente nominal— crea una figura delictiva propia, tal figura habrá de responder a los caracteres que la teoría del delito exige con carácter general, de modo que podamos afirmar que estamos en presencia de un hecho injusto, culpable y punible.

no, se consignase debidamente tipificada una modalidad propia de incumplimiento malicioso de contrato civilmente válido ...». Recojo la cita únicamente como expresión del problema, sin valorar la solución apuntada por el autor. MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal ...*, cit., p. 256, habla de «tendencia a sancionar penalmente el incumplimiento de obligaciones civiles». SAINZ-PARDO CASANOVA, J. A., *El delito...*, cit., p. 125, incide en la problemática que plantea la «naturaleza de las cláusulas penales contenidas en las leyes civiles». Especialmente en el análisis de los delitos contra el patrimonio es cuando más problemática aparece la distinción. Recientemente insisten en ello CASTIÑEIRA PALOU, M. Y.; CORCOY BIDASOLO, M.; y SILVA SÁNCHEZ, J. M., «La reforma del artículo 531 del Código Penal (Ley Orgánica 8/1983) (Sobre la utilización del Derecho Penal para sancionar ilícitos civiles)», en *La Ley*, T. 1985-4, p. 1152. Entienden los autores que «se corre el peligro de que el Derecho Penal se convierta en un instrumento especialmente grave para exigir el cumplimiento de obligaciones civiles», y se decantan, como la mayoría de los autores por «la oposición frontal de tal posibilidad con el carácter fragmentario y de "última ratio" de nuestro Ordenamiento (penal)».

(10) Por todos, ver OCTAVIO DE TOLEDO y UBIETO, E., *Sobre el concepto del Derecho Penal*, Madrid, 1981, pp. 334 a 363, en especial pp. 358 y ss. MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho Penal*, Barcelona, 1976, pp. 124 a 141. MUÑOZ CONDE, F., *Introducción al Derecho Penal*, Barcelona, 1975, pp. 46 a 50 y 59 a 79.

(11) Preámbulo de la Ley 57/1968, en la argumentación que para la creación de normas preventivas y de otra índole desarrolla.

(12) MORILLAS CUEVA, L., «El no reintegro ...», cit., la denomina «ley penal especial impropia».

(13) Ver en este sentido, entre otros, QUINTERO OLIVARES, G., y MUÑOZ CONDE, F., *La reforma penal de 1983*, 2.ª ed., Barcelona, 1984, pp. 56 a 61. MUÑOZ CONDE, F., «Introducción al ...», cit., pp. 25 a 27.

(14) Ver, en general, las obras citadas en la nota (10). Además, QUINTERO OLIVARES, G., y MUÑOZ CONDE, *La reforma ...*, cit., pp. 58 a 61, con las precisiones que respecto al actual artículo 7.º del CP realizan, bien entendido que nuestra figura no se ajusta a lo en él prescrito, a tenor de la remisión puntual al artículo 535 del CP de la Ley 57/1968.

La actualidad de la problemática que suscita la Ley 57/1968 es patente dadas las numerosas sentencias recientes del Tribunal Supremo al respecto (15), ya sea para la aplicación de su artículo 6.º, párrafo 2.º, ya para la desestimación del mismo.

La vigencia de la Ley —de carácter ordinario (16)— parece no suscitar discusión alguna, a pesar de que alguna sentencia del Tribunal Supremo haya querido ver en la nueva formulación del artículo 529.1.ª del Código Penal —tras la reforma de la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio— una derogación tácita de la Ley en cuestión, a tenor del artículo 604 del texto legal, al incluirse como agravación en dicho número 1.º del artículo 529 la estafa sobre viviendas (17).

Problema diferente es que al amparo de dicha reforma hubiera podido ser conveniente o no la incorporación tanto de éste como de otros supuestos (18) al tipo de apropiación indebida del artículo 535

(15) Tomando los tres años anteriores al de la Sentencia comentada, tenemos: STS de 2 de febrero de 1983 (JC, núm. 124), STS de 25 de enero de 1984 (Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, RJA, 405), STS 20 de marzo de 1984 (RJA, 1839), STS de 13 de abril de 1984 (RJA, 2361), STS 22 de junio de 1984 (RJA, 3603), STS de 25 de septiembre de 1984 (RJA, 4316), STS de 25 de octubre de 1984 (RJA, 5043), STS de 18 de diciembre de 1984 (RJA, 6578), STS de 26 de febrero de 1985 (RJA, 1543) y STS de 18 de marzo de 1985 (RJA, 1660). Especial referencia a esta figura hace RODRÍGUEZ RAMOS, L., *Compendio de Derecho Penal (Parte especial)*, Madrid, 1985, p. 338, en atención —además de a su peculiar estructura— a su relativamente frecuente aplicación. MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal ...*, cit., p. 263, también habla de la existencia de bastantes sentencias condenatorias en virtud de esta Ley.

(16) Aspecto que no presenta mayores problemas por cuanto la exigencia de Ley Orgánica en todo caso vendría dada en el supuesto de que la Ley —que impone penas privativas de libertad— fuera de posterior promulgación a la Constitución. A modo de introducción al tema, RODRÍGUEZ RAMOS, L., «Reserva de Ley Orgánica para las normas penales», en *Comentarios a la legislación penal*, dirigidos por Cobo del Rosal y coordinados por Bajo Fernández, Madrid, 1982, t. I, pp. 299 a 306.

(17) En estos términos se expresa la STS de 26 de febrero de 1985 (RJA, 1543) que, a pesar de admitir la existencia de un delito de apropiación indebida en el supuesto que juzga, lo hace en base a las características propias de la figura del artículo 535 del CP, y no por la aplicación de la Ley 57/1968 que entiende derogada. Sin embargo, el artículo 529, en su circunstancia 1.ª, al referirse a la alteración de la sustancia, calidad o cantidad de las cosas —viviendas— no está abarcando el supuesto de incumplimiento de la prestación. Ver en este sentido QUINTERO OLIVARES, G., y MUÑOZ CONDE, F., *La Reforma ...*, cit., p. 170. BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de Derecho Penal. Parte especial*, Barcelona, 1986, pp. 245 y 246, RODRÍGUEZ RAMOS, L., *Compendio de Derecho Penal ...*, cit., p. 338, y BAJO FERNÁNDEZ, M., *Manual de Derecho Penal (Parte Especial). Delitos patrimoniales y económicos*, Madrid, 1987, p. 299, son de la misma opinión.

(18) Son tres las leyes que, al margen del Código Penal, se remiten al delito de apropiación indebida recogido en este texto, y una más cuya remisión genérica al Código Penal parece ir dirigida a aquel delito en concreto. Son éstas —con omisión de la Ley 57/1968— las siguientes:

— Ley de 15 de marzo de 1935 (RCLA, 527) y Reglamento 745/1959, de 29 de abril (RCLA, 655), cuyo artículo 48 dice: «Perteneciendo a ambas partes en común y proindiviso los productos de la finca cedida en aparcería hasta tanto se haya realizado la partición de los mismos, el hecho de que cualquiera de ellas retirase sin el consentimiento de la otra la totalidad o parte de dichos productos, dará lugar al ejercicio de la correspondiente acción penal».

— Ley de 16 de diciembre de 1954 (RCLA, 1851), en cuyo artículo 59 se dice: «El dueño de los efectos pignorados, a todos los efectos legales, tendrá la consideración

CP que, a pesar de la profunda reforma efectuada en el Título XIII, y en concreto en el Capítulo IV «De las defraudaciones», no ha sufrido modificación alguna, excepto la incorporación de la apropiación de bien perdido —calificada antes de la reforma como hurto impropio— al 2.º párrafo del artículo 535 CP. O bien, que se hubiera conformado como tipo específico, incluye en un capítulo dedicado a los delitos socioeconómicos (19), o dentro del propio Título XIII (20).

Así pues, tenemos una Ley penal especial impropia que procede a la calificación de una conducta concreta, como delito —o en su caso falta— de apropiación indebida (21), siéndole de aplicación las penas del artículo 528 CP, a imponer en su grado máximo.

Antes de entrar en el comentario de la Sentencia objeto de esta trabajo, voy a referirme a algunos aspectos de la figura recogida en el artículo 6.º, párrafo 2.º de la Ley 57/1968, sobre los que girará el análisis de la resolución judicial. Otros problemas que en un estudio completo de la figura deberían ser analizados conforme al esquema básico que nos ofrece la Teoría general del delito, no serán tratados en estas líneas, puesto que no se pretende un estudio exhaustivo de la figura (22).

de depositario de los mismos, con la consiguiente responsabilidad civil y criminal, no obstante su derecho a usar los mismos sin menoscabo de su valor».

— Ley 50/1965, de 17 de julio (RCLA, 1313), que dice en su artículo 12: «El comprador que dolosamente, en perjuicio del vendedor, o de un tercero que haya financiado la operación, dispusiera de la cosa o la dañara, será castigado con las penas previstas en el Código Penal para los delitos de apropiación o de daños, respectivamente, persiguiéndose el hecho solamente a denuncia del perjudicado».

(19) En este sentido, MORILLAS CUEVA, L., «El no reintegro ...», *cit.*, p. 723, dice: «Todo lo expuesto justifica la urgente revisión del contenido penal de la Ley, con la consiguiente creación de un tipo específico, que albergado en el Código Penal bajo una nueva titulación referida a los delitos económicos, proteja a los adquirentes..., sin remisión a ningún otro tipo...». Ver extensamente sobre la problemática del Derecho Penal Económico, BAJO FERNÁNDEZ, M., *Derecho Penal Económico aplicado a la actividad empresarial*, Madrid, 1978 y, en especial, sobre el concepto de delito económico, pp. 36 a 46.

(20) Sin embargo, ni el Proyecto de Código Penal de 1980, ni la Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código Penal de 1983 presentan novedades a este respecto —si exceptuamos la diferencia de penalidad y la nueva redacción dada a los preceptos— salvo la incorporación del artículo 249 del Anteproyecto que regula la entrega y recepción de dinero u otra cosa abonados por error.

(21) Será ciertamente poco frecuente la calificación de la conducta perseguible como falta, en atención a que para ello sería necesario que lo no devuelto no superara las treinta mil pesetas que operan como límite de las faltas. En este sentido, la «Circular 5/1975 ...», *cit.*, BAJO FERNÁNDEZ, M., *Manual de Derecho Penal ...*, *cit.*, p. 298, entiende que cuando el artículo 6.º párrafo 2.º de la Ley 57/1968 se refiere a faltas, «se remite a la estafa y a la apropiación indebida (art. 586.3), por lo que no sabe qué figura delictiva habría de tomar como modelo para la remisión».

(22) Un estudio más extenso puede encontrarse en MORILLAS CUEVA, L., «El no reintegro ...», *cit.* HJAS PALACIOS, J., «De la apropiación indebida. Exégesis Jurisprudencial», en *ADP*, 1977, pp. 747 a 800, realiza un estudio amplio del tratamiento de la figura por el Tribunal Supremo.

II. EL ARTICULO 6.º, PARRAFO 2.º, DE LA LEY 57/1968

Dice textualmente:

«La no devolución por el promotor al adquirente de la totalidad de las cantidades anticipadas, con infracción de lo dispuesto en el artículo primero de la presente Ley, será constitutivo de falta o delito sancionados en los artículos 587, número 3, y 535 del vigente Código Penal, respectivamente, imponiéndose las penas del artículo 528 en su grado máximo.» (23).

II.1. Bien jurídico protegido

La incriminación penal de una conducta se fundamenta en la necesidad de proteger un determinado «bien jurídico» frente a esa conducta capaz de lesionarlo o ponerlo en peligro de manera particularmente intolerable (24).

Para conocer cuál es el bien jurídico protegido en nuestro supuesto típico, hay que atender no tanto a la remisión concreta del artículo 6.º de la Ley al artículo 535 CP, cuanto a la propia redacción de dicho artículo 6.º y su remisión al artículo 1.º de la propia Ley para fijar los términos de la conducta incriminada.

El texto del Preámbulo de la Ley habla de «alteración de la convivencia social» y de «conductas atentatorias a los más altos intereses de la comunidad», y hace especial referencia a los perjuicios que, irreparables, se ocasionan en los adquirentes individuales; pero, se trata de expresiones generales que nos ayudan poco para la determinación del bien jurídico, aunque indican el interés del legislador, y la incidencia social de estas conductas.

Lo que quiero resaltar aquí es que, aun pudiendo ser múltiples los perjudicados por la actuación ilícita del promotor (25), ello no implica que estemos necesariamente ante un bien de carácter supraindividual (26). Si lo que se trata de evitar es la causación del perjuicio patrimonial concreto, tenemos que el bien a proteger es de carácter in-

(23) Ver en el Apéndice el contenido completo del artículo 1.º de la Ley 57/1968, sin el cual el artículo 6.º queda incompleto.

(24) Ver, sobre la función de la norma penal, MUÑOZ CONDE, F., *Introducción ...*, cit., pp. 46 a 50. También sobre la protección de bienes jurídicos, MIR PUIG, S., *Introducción ...*, cit., pp. 128 a 132 y 139 a 141. Asimismo, OCTAVIO DE TOLEDO y UBIETO, E., *Sobre el concepto ...*, cit., pp. 336 y ss.

(25) En este punto, CASTIÑEIRA PALOU, M. T., «El delito masa en la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español», en *Estudios Penales. Libro Homenaje al profesor J. Antón Oneca*, Salamanca, 1982, pp. 139 a 162. De la misma autora, *El delito continuado*, Barcelona, 1977, específicamente pp. 15 a 35.

(26) BAJO FERNÁNDEZ, M., *Derecho Penal Económico ...*, cit., p. 169, refiriéndose al delito de quiebra, indica que aunque el bien jurídico protegido sea el derecho de los acreedores a ver satisfechos sus créditos, ello no implica que con el castigo de la quiebra no se proteja también el orden económico, del mismo modo que resultan protegidos indirectamente otros intereses de diverso tipo. En general, sobre el bien protegido en estos delitos, PEDRAZZI, C., «El bien jurídico en los delitos económicos», en *La reforma penal: Los delitos socio-económicos*, ed. de Barbero Santos, M., Madrid, 1985, pp. 281 a 298.

dividual. De ello es muestra palpable tanto la motivación razonada del Preámbulo como la referencia al no cumplimiento de las garantías del artículo 1.º (27) para la sanción del artículo 6.º párrafo 2.º. Si tales garantías —e independientemente de la conducta posterior del promotor— se han formalizado, la compensación económica del adquirente de la vivienda va a venir garantizada por el asegurador o por el avalista; en este caso, salvaguardado el posible perjuicio patrimonial, no tiene interés el legislador en sancionar penalmente la conducta irregular —o ilegal— del promotor. No obsta que puedan entrar en juego diversos tipos penales, que sí podrían tener una incidencia supraindividual, pero que son independientes —e incluso compatibles si optamos por un concurso de delitos— del delito que analizamos, los cuales serían de aplicación si cumpliera la conducta del promotor con los elementos de los mismos (28).

El bien jurídico protegido en este delito es de carácter patrimonial individual (29). Específicamente, es el derecho de crédito del comprador, su derecho a la devolución de las cantidades anticipadas al promotor, una vez que se produce el incumplimiento contractual por parte de éste (30). Ahora bien, la lesión de ese derecho de crédito, desvalor de resultado, no es, sin embargo, suficiente para integrar el injusto típico. Es imprescindible la concurrencia del particular desvalor de acción —modo de poner en peligro el bien jurídico—, significado por la no formalización de las garantías requeridas en el artículo 1.º de la Ley (31).

(27) «... con infracción de lo dispuesto en el artículo primero ...», se dice en el artículo 6.º, y ello ayuda a delimitar el objeto de protección.

(28) Me refiero a delitos como la quiebra, alzamiento y concurso punibles, regulados en los artículos 519 y ss. del CP, así como a la falsificación de documentos, en los artículos 302 y ss. La opción que tomemos entre apreciar un concurso de leyes o un concurso de delitos, dependerá del precepto que entendamos infringido, y consiguientemente, del bien jurídico que se quiere proteger.

(29) Sobre las diferencias de concepto entre propiedad y patrimonio, ver MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal ...*, cit., pp. 180 y ss.; BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de Derecho Penal ...*, cit., pp. 189 y 190; QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Tratado de la Parte especial del Derecho Penal*, t. II, 2.ª ed. puesta al día por García Valdés, C., Madrid, 1977, pp. 3 y ss., quienes prefieren hablar de delitos patrimoniales. Postura diferente, la mantenida por RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., *Derecho Penal Español. Parte especial*, 9.ª ed., Madrid, 1983, pp. 347 y ss. No obstante, en general, los autores al tratar de la apropiación indebida, entienden lesionado el derecho de propiedad. BAJO FERNÁNDEZ, M., *Manual de Derecho Penal ...*, cit., p. 277, entiende que cuando el objeto material del delito consiste en dinero, se complica la cuestión, y afirma: «... lo que se está protegiendo, no es sólo el derecho de propiedad, sino también el derecho de los acreedores a satisfacer su crédito ...». Extensamente sobre la concepción del patrimonio, HUERTA TOCILDO, S., *Protección penal del patrimonio inmobiliario*, Madrid, 1980, pp. 29 y ss.

(30) En este sentido BAJO FERNÁNDEZ, M., *Manual de Derecho Penal ...*, cit., p. 298, en relación con la problemática que se plantea cuando el objeto material consiste en dinero, ya apuntada en la nota precedente.

(31) Opina BAJO FERNÁNDEZ, M., *Manual de Derecho Penal ...*, cit., p. 298, que «para que el castigo de la simple insolvencia no implique el reconocimiento de la prisión por deudas, hay que añadirle un desvalor de acción que en el delito que estamos comentando consiste en el incumplimiento de unas medidas de carácter público impuestas al comerciante en defensa del más débil en la contratación».

II.2. El tipo objetivo

El Tribunal Supremo exige para apreciar «el delito de apropiación indebida al que se refiere el párrafo segundo del artículo 6.º de la Ley de 27 de julio de 1968, reguladora de la percepción de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas», que se den los siguientes elementos: «... a) que la actividad delictiva sobre la construcción se refiera a viviendas que no sean de protección oficial, destinadas a domicilio o residencia familiar, con carácter permanente o bien de temporada; b) que el sujeto o sujetos activos del delito, reciban cantidades de dinero, antes de iniciar la construcción o durante la misma, de los adquirentes; c) que los promotores no devuelvan, a los adquirentes, la totalidad de las cantidades anticipadas; y d) que se haya infringido lo dispuesto en el artículo 1.º de la Ley citada, ...» (32).

Voy a centrarme en el análisis de la conducta típica sancionada, sin detenerme en el análisis de otros elementos de la parte objetiva del tipo. Únicamente respecto de los sujetos del hecho típico haré unas precisiones muy breves.

Los elementos apuntados por la sentencia 25 de septiembre de 1984 transcrita anteriormente son evidentes; sin embargo, la afirmación de que el artículo 6.º de la Ley 57/1968 constituye un delito de apropiación indebida, deberá —y posteriormente lo haré— ser matizada.

Sujeto activo de este delito sólo puede serlo el promotor o constructor de las viviendas. Entiende Morillas Cueva que «sujeto activo será la persona que vende la vivienda o responde de su construcción, ya en calidad de constructor-vendedor, promotor o promotor-constructor» (33). Considero que la denominación que a dicho sujeto se le dé no es determinante. Si lo es que este sujeto tenga una facultad de disposición sobre un terreno, para poder edificar, y que realice él mismo la actividad de construcción (34). Por tanto, no podrá ser autor de este delito quien actúe en lugar del promotor, sin poseer tal cualidad, sin que quepa en ningún caso una analogía en contra del sujeto (35). Estamos ante un tipo especial propio.

Sujeto pasivo del delito es quien anticipa unas cantidades a cuenta del precio final, para la adquisición de una vivienda que no sea de protección oficial, y que esté destinada a domicilio o residencia familiar. Por tanto, no podrá ser sujeto pasivo quien adquiera la vivienda como

(32) En parecidos términos a la STS de 25 de septiembre de 1984 (RJA, 4316) transcrita, se expresan la STS de 26 de diciembre de 1981 (JC, núm. 1554), la STS de 2 de febrero de 1983 (JC, núm. 124), o la STS de 25 de enero de 1984 (RJA, 405), que recoge en el tercer Considerando cuatro motivos desestimatorios del recurso al entender, por diversas razones, no podía ser aplicada la Ley 57/1968; en esta última sentencia se recogen parcialmente los elementos posteriormente expresamente fijados en la STS de 25 de septiembre de 1984.

(33) MORILLAS CUEVA, L., «El no reintegro ...», *cit.*, p. 707.

(34) Tanto MORILLAS CUEVA, L., «El no reintegro ...», *cit.*, p. 707 como GRACIA MARTÍN, L., *El actuar en lugar de otro en Derecho Penal, I. Teoría general*, Zaragoza, 1985, p. 204, opinan que así se deduce del articulado del Reglamento de viviendas de protección oficial de 24 de julio de 1968 [arts. 22, 79 e), y 101].

(35) Así se expresa GRACIA MARTÍN, L., *El actuar en lugar de otro ...*, *cit.*, pp. 204 y 205.

inversión lucrativa, pero sí quien la adquiera como residencia de temporada (36). Así, una posible protección al consumidor —cuyo desarrollo legal íntegro está todavía por hacer— queda apuntada por esta Ley, aunque deficientemente.

Con la especialidad de los sujetos enlaza la especialidad de las viviendas objeto de la Ley, pues éstas no pueden ser de protección oficial y han de ser destinadas a domicilio o residencia familiar. Así, se limita el Sujeto activo no sólo por su función —promotor—, sino también por el destino y calificación de la vivienda construida.

Parece a todas luces incongruente que el legislador excluya las viviendas de protección oficial de la protección penal que otorga a las que no lo son. No es fácil adivinar el motivo que haya podido existir para discriminar en el momento de la sanción penal conductas que, siendo idénticas, únicamente se diferencian por el tipo de vivienda sobre el que recaen; y es más, si se pensara que uno de los supuestos mereciera la sanción penal y otro no, debería ser sancionada la infracción de la normativa reguladora de las garantías a tomar en el supuesto de viviendas de protección oficial, por ser éstas, de renta limitada y beneficios de carácter diverso, las destinadas a familias de economía más humilde, y por ello —si se discrimina, hágase en este sentido—, más necesitadas de protección legal.

Esta incongruencia no puede ser solucionada mediante la interpretación extensiva de la Ley 57/1968, aplicándola a otros supuestos (37), sino tan sólo mediante la tipificación legal (38), como exige el principio de legalidad. Parece que estamos ante una clara laguna, por error del legislador.

No puede argumentarse tampoco en el sentido de que siendo las garantías del artículo 1.º de la Ley 57/1968 exactamente las mismas que las que se exigen en el Decreto regulador de las garantías a tomar en la construcción de viviendas de protección oficial (39), debe ser ex-

(36) Sobre el concepto de vivienda, a tenor de la Ley 57/1968, la STS de 25 de enero de 1984 (RJA, 405) argumenta en sentido restrictivo, lo que le lleva a entender no aplicable la Ley a un supuesto de adquisición de vivienda como inversión lucrativa, en perfecta consonancia con el texto legal. Ahora bien, sí será aplicable la Ley cuando el sujeto pasivo adquiera la vivienda para su residencia, aunque ésta fuere —por ejemplo— la décima de su propiedad.

(37) Así ocurre en la STS de 14 de junio de 1977 (JC, núm. 846) en base a la imposición establecida en el Decreto 9/1963, de 3 de enero [nota (39)] de depositar «las cantidades anticipadas por los beneficiarios con indisponibilidad por el promotor para otro fin que no sea el de la construcción de las viviendas proyectadas y comprendidas en la calificación provisional y hasta la obtención de la calificación definitiva de protección oficial». La propia sentencia cita con el mismo argumento, a las STS de 28 de marzo de 1974, y STS de 18 de abril de 1975, entre otras.

(38) Como ocurriría posteriormente con los Decretos 3114/1968 y 3115/1968, ambos de 12 de diciembre (RCLA, 2240 y 2241), respecto a otra modalidad de adquisición de viviendas —adquisición en régimen de comunidad—.

(39) El Decreto 9/1963, de 3 de enero (RCLA, 61), que contempla la construcción de viviendas de protección oficial, establece en su artículo 1.º: «... d) Que por el promotor se ofrezca aval bancario suficiente o contrato de seguro que garantice la devolución del importe total de las cantidades que entreguen los beneficiarios en el caso de que no se obtenga la calificación definitiva o no se termine la obra dentro del plazo fijado

tendida la sanción penal a ambos supuestos; en su caso, si se infringe el tipo penal de apropiación indebida —en virtud a un pretendido quebranto del depósito en el que por exigencia legal se encontraban las cantidades anticipadas (40)— habría de venir en aplicación el artículo 535 C. P., y no el artículo 6.º párrafo 2.º de la Ley.

Así, vemos cómo a través del carácter —más bien calificación administrativa— de la vivienda se restringe el Sujeto activo, creando un delito especial, y cómo se discrimina respecto del Sujeto pasivo, a mi juicio, equivocadamente.

Analizando ya la conducta, vemos que la tipicidad requiere varios actos sucesivos. Sólo la presencia de todos ellos permite afirmarla. El artículo 6.º, párrafo 2.º, dice: «La no devolución por el promotor al adquirente de la totalidad de las cantidades anticipadas, con infracción de lo dispuesto en el artículo primero ...». Conforme al texto legal, los supuestos que pueden darse los podemos dividir en dos grupos básicos.

El primer grupo de supuestos abarcaría aquellos casos en los que el promotor cumple con las garantías que se exigen en el artículo 1.º de la Ley. En estos casos no entra en juego la normativa penal, independientemente de que posteriormente se cumpla el contrato o no.

El segundo grupo engloba aquellos casos en los que el promotor incumple con las garantías exigidas. En estos supuestos intervendrá la normativa penal sólo si se produce la no devolución de las cantidades anticipadas. Ello supone que no será de aplicación el artículo 6.º en su párrafo 2.º, siempre que se cumpla con la entrega de la vivienda, y aunque se infrinja la normativa del artículo 1.º Tampoco será aplicable el artículo 6.º, párrafo 2.º, si voluntariamente o por requerimiento, el promotor que ha incumplido las garantías del artículo 1.º devuelve lo percibido, en caso de imposibilidad de cumplimiento del contrato (entrega de la vivienda). En estos dos supuestos, aunque no intervenga la normativa penal, se deberán aplicar las sanciones administrativas a las que se alude en el párrafo 1.º del artículo 6.º de la Ley 57/1968 por incumplimiento de las garantías del artículo 1.º

Respecto a la formalización de las garantías exigidas por el artículo 1.º de la Ley, el artículo 2.º, último párrafo, dice: «En el momento del otorgamiento del contrato el cedente hará entrega al cesionario del documento que acredite la garantía ...». Ahora bien, el artículo 1.º, párrafo 1.º, admite la entrega anticipada de cantidades «antes de iniciar la construcción o durante la misma», con lo cual es posible la formalización de garantías durante el desarrollo del contrato, respecto

en la calificación provisional o prórroga reglamentariamente concedida. e) Que el importe de las cantidades entregadas a cuenta se aplique precisamente a la construcción de viviendas del proyecto, a cuyo efecto las cantidades que entreguen los beneficiarios deberán ser depositadas en cualquier establecimiento bancario o Caja de Ahorros a disposición del promotor, con perfecta distinción de cualquiera otra clase de fondos pertenecientes al mismo.»

(40) Opinión que como más adelante se verá es susceptible de crítica, por cuanto aunque hablemos de depósito, no es éste ni siquiera el irregular que viene admitiendo la doctrina. Nos remitimos en este punto al epígrafe II.5. del Comentario.

de las nuevas cantidades aportadas. En todo caso, tanto de unas cantidades como de otras, creo que siempre que se cumpla con las garantías exigidas antes del incumplimiento del contrato, se evitaría la sanción penal, pues aún se está a tiempo de asegurar que el derecho de crédito del adquirente no quede afectado en caso de imposibilidad de llevar a buen término el contrato.

El elemento de la conducta consistente en la «no devolución» plantea un problema interesante respecto al *momento* de exigencia de dicha devolución. Dice así el artículo 3.º de la Ley 57/1968: «Expirado el plazo de iniciación de las obras o de entrega de la vivienda sin que una u otra hubiesen tenido lugar, el cesionario podrá optar entre la rescisión del contrato con devolución de las cantidades entregadas a cuenta, incrementadas con el 6 por 100 de interés anual, o conceder al cedente prórroga, que se hará constar en una cláusula adicional del contrato otorgado, especificando el nuevo período con la fecha de terminación de la construcción y entrega de la vivienda...». El artículo 6.º, párrafo 2.º, no se aplicará cuando ante el incumplimiento de la obligación de entrega por parte del promotor —expirado el plazo inicialmente fijado para ello (41)—, el adquirente no proceda a la rescisión del contrato y por tanto a la exigencia de devolución de las prestaciones ya efectuadas —devolución de la parte del precio anticipada—, pues la opción que al adquirente —cesionario, según el texto legal (42)— le otorga el artículo 3.º de la Ley ha de ser ejercitada.

Hasta que no se proceda a la rescisión del contrato —esté de acuerdo o no el promotor con ella (43)— no se le puede exigir a éste la devolución de lo ya percibido, y en tanto ello no le sea exigido, falta la actualidad de la obligación de devolver, por lo que aún no puede hablarse de conducta típica penalmente (44).

Ello no supone dejar a la iniciativa privada la perseguibilidad de este delito, mediante la exigencia de denuncia del perjudicado para poder proceder a la apertura del proceso penal, como de hecho así ocurre en otras figuras de caracteres similares (45). Pero, si va a depen-

(41) Plazos que han de ser fijados en el contrato que se formalice, según exigen los artículos 1.º y 2.º de la Ley 57/1968.

(42) Ya comenté cómo la terminología de todo el texto legal está basada en la pretensión de evitar que hubiera contratantes que, amparados en una calificación negocial diferente de aquella por la que el texto optase, omitiesen el cumplimiento de la Ley. Véase la nota (6).

(43) En la STS de 18 de diciembre de 1984 (RJA, 6578) el promotor se muestra de acuerdo con la rescisión del contrato, incumpliendo posteriormente lo que la misma supone. Así en el Primer Considerando se dice: «... al no haber terminado las obras en el plazo estipulado, dicho procesado se avino a dar por resuelto el contrato haciendo devolución a los compradores del total de las cantidades recibidas de éstos, a los que entregó 6.000 pesetas, quedándose con ánimo de exclusivo beneficio personal con la cantidad de 370.000, ...».

(44) Al tratar de fijar el momento en el que la conducta se hace típica, hemos de observar que la consumación de la infracción penal no coincide con el de la infracción administrativa, sino con el momento de la no devolución de las cantidades.

(45) Así, en el artículo 12 de la Ley 50/1965, de 17 de julio: «..., persiguiéndose el hecho sólo a denuncia del perjudicado». En sentido crítico de esta exigencia, que convierte a la figura en un delito privado, CASTIÑEIRA PALOU, M. T., *Ventas a plazos y apro-*

der del adquirente perjudicado, en cierta medida, que pueda aflorar la conducta típica, y en qué momento. No plantea ningún problema en los supuestos comunes en los que, ante el requerimiento de este adquirente, el promotor puede devolver lo percibido; pero sí supone cierto sesgo diferenciador en dos sentidos. Por un lado, el tratamiento frente a la imposibilidad de devolución va a ser diferente en función de la voluntad del adquirente, quien puede dar un mayor o menor margen de cumplimiento del contrato —mediante la ampliación de plazos o por la no reclamación judicial—; lo cual incide en los presupuestos de la situación típica de la que se deriva la obligación positiva de devolución de las cantidades anticipadas.

Y por otro lado, va a existir en manos de estos adquirentes un medio de presión sobre los promotores, que si en la mayoría de los casos puede compensar la posición normalmente dominante que éstos tienen en la relación contractual, en otros muchos —en los que el promotor puede no haber tenido mayor actuación que la de una mala gestión—, va a suponer que, por la rigidez formal excesiva del tipo (46), se imponga necesariamente la pena prevista, que puede ser bastante grave (47).

Ciertamente lo que se castiga no es sólo la no devolución, sino el incumplimiento de condiciones que aseguren dicha devolución, tratando de evitar o al menos de paliar que un comportamiento arriesgado del promotor —traducido en insolvencias o fraudes de diverso tipo— se materialice en un impago de la deuda proveniente de las cantidades anticipadas.

Por ello, el tipo analizado, con la exigencia de las garantías del artículo 1.º de la Ley 57/1968, tiene una finalidad doble: asegurar el cumplimiento del contrato, y garantizar —en caso de dificultades— la rescisión de dicho contrato sin perjuicios para el adquirente. Por eso, con el cumplimiento de las condiciones del artículo 1.º el promotor evita la persecución penal; ello incluso independientemente de que el adquirente no vea satisfecha su pretensión de cobro si la Compañía aseguradora quiebra, o el avalista no responde.

Ahora bien, lo decisivo de este delito no es la infracción de un deber extrapenal, pues en este caso se agotaría el injusto con el desvalor de acción (48); máxime si ya esa infracción conlleva la aplicación de las sanciones administrativas que, conforme al artículo 6.º, párrafo 1.º, correspondan. Por eso, el elemento de la no devolución requiere particular atención. Lo que ocurre es que este incumplimiento no siempre dependerá de la voluntad del sujeto activo, pues pese a la au-

piación indebida, Barcelona, 1983, pp. 48 y ss. Sin embargo, tal vez sea una alternativa a considerar en la persecución de los ilícitos derivados de incumplimiento de obligaciones de carácter patrimonial en los que el desvalor de resultado no sea grave, máxime si ya el perjudicado puede haber visto compensado el perjuicio sufrido por otros medios.

(46) En similares términos, MORILLAS CUEVA, L., «El no reintegro ...», *cit.*, p. 722.

(47) Véase el epígrafe II.4., correspondiente a la penalidad del delito.

(48) En el mismo sentido, en relación con los delitos consistentes en la infracción de un deber y, en general, respecto de cualquier delito, GRACIA MARTÍN, L., *El actuar en lugar de otro ...*, *cit.*, p. 333.

sencia de los avales requeridos ha podido sopesar los riesgos de posible insolvencia o crisis, y confiar en la evitación de la misma, que sin embargo acontece. Para la Ley, es indiferente la causa de la no devolución —negativa voluntaria del constructor solvente, imposibilidad de devolución por falta de activo líquido u otro motivo no imputable al constructor—. La explicación puede residir en la especial facilidad con que el sujeto activo pudo evitar o al menos prevenir la lesión del bien jurídico con un comportamiento previo exigible legalmente (49). Puede decirse que con las primeras omisiones —al no asegurar el depósito—, se está asumiendo una especie de riesgo de vulneración de un bien jurídico, lo cual, y debido a la especial posición que tiene el sujeto activo, no puede permitirse.

Estamos, en definitiva, ante un delito de lesión; si no se exigiera el resultado consistente en la insatisfacción del deudor al cobro de sus créditos con el consiguiente perjuicio patrimonial, derivada de la no devolución de lo anticipado, estaríamos ante un tipo de peligro (50). La función de adelantamiento de las barreras de protección del bien jurídico que cumpliría ese supuesto tipo de peligro, la desempeñan suficientemente las sanciones administrativas a imponer en caso de incumplimiento de lo preceptuado por el artículo 1.º de la Ley.

II.3. El tipo subjetivo

En cuanto a la primera parte de la conducta —percibir cantidades anticipadas sin establecer el depósito en cuenta especial bancaria y/o no formalizar el contrato de seguro o el aval exigidos—, en principio sólo parece posible la comisión dolosa. El promotor debe conocer y asumir la ausencia de tales garantías al recibir el anticipo en cuestión, lo que normalmente significará que ha decidido eludir tales obligaciones por propia conveniencia. Difícilmente podrá existir error sobre esta obligación extrapenal —con incidencia penal—, en cuyo caso entrarían en juego las reglas del error de prohibición conforme al artículo 6.º bis a) del Código Penal. Caso de error sobre la efectiva formalización de las garantías —por confusión en la recepción de las cantidades, irregularidades de la gestoría o intermediario, etc.—, podría existir error de tipo y consiguiente responsabilidad culposa. La no exigencia de ánimo de lucro permite admitir esta posibilidad.

No obstante, la jurisprudencia ha venido exigiendo constantemen-

(49) GRACIA MARTÍN, L., *El actuar en lugar de otro ...*, cit., pp. 375 y 379, destaca la «relación de dominio de ese sujeto sobre la vulnerabilidad del bien jurídico», en el sentido de que el sujeto «domina el espacio social en el que pueden surgir peligros para los bienes jurídicos que penetran en dicho espacio, con lo que se erige en garante del control de fuentes de peligro». Por ello, «no sólo tiene el deber de omitir las acciones tendentes a lesionar o poner en peligro esos bienes jurídicos, sino también el deber de realizar acciones tendentes a evitar dicha lesión o peligro».

(50) Peligro abstracto, en base a un injusto administrativo o mera desobediencia. Sobre la diferencia con los delitos de «peligro hipotético». Véase TORIO, A., «Los delitos de peligro hipotético», en *ADP*, 1981, pp. 825 y ss.

te la necesidad de ánimo de lucro para admitir la aplicación de esta figura delictiva; pero, más parece que ello es debido a su asimilación a la apropiación del artículo 535 CP, que a un análisis de la figura en cuestión (51). Ello le daba la posibilidad de, ante un caso de injusticia material, negar la existencia de este ánimo de lucro, evitándose la imposición de la pena a que hubiera dado lugar la interpretación taxativa del precepto de la Ley 57/1968 y omitir así la problemática al respecto (52).

Ahora bien, de la propia esencia del tipo en cuestión no parece exigirse la existencia del ánimo de lucro, sino la presencia de un incremento de activo en el patrimonio del promotor, por más que contablemente tenga su contrapartida en el derecho de crédito del adquirente. No es necesario el ánimo lucrativo del sujeto activo, que no concurrirá cuando la no devolución sea consecuencia de una insuficiencia patrimonial existente al exigirse la resolución contractual, que puede provenir de un simple retraso en la entrega de la vivienda objeto del contrato. El Tribunal Supremo, ante la manifiesta ausencia del ánimo de lucro en estos casos, ha considerado en alguna ocasión —para aplicar la Ley 57/1968— que el ánimo de lucro ya de alguna manera puede deducirse de la aplicación de las cantidades a otro destino que la propia construcción de la vivienda (53), razonamiento que no creo aceptable, por cuanto de ello no se va a derivar necesariamente la no devolución. Y, aunque la devolución no se produzca, no hay necesidad de justificar la sanción buscando un ánimo de lucro que puede no existir, pues el injusto típico descansa en el incumplimiento doloso de las obligaciones del artículo 1.º de la Ley, más la mera no devolución (54).

(51) La exigencia de ánimo de lucro se reitera en la Jurisprudencia hasta recientemente; así, entre otras, las STS de 25 de junio de 1975 (JC, núm. 974), 13 de abril de 1978 (JC, núm. 338), 26 de diciembre de 1981 (JC, núm. 1554) y 18 de diciembre de 1984 (RJA, 6578), si bien en esta última se habla de «ánimo de exclusivo beneficio personal». MORILLAS CUEVA, L., «El reintegro ...», *cit.*, p. 717, en el mismo sentido, entiende que por la remisión de la Ley 57/1968 al tipo de apropiación indebida, y por ser una auténtica defraudación, «parece obligado, aunque no se diga expresamente, reconocer la necesidad de ánimo o propósito de lucro».

(52) Como ocurre en la antedicha STS de 13 de abril de 1978 —en un claro intento de evitar la responsabilidad objetiva—, en la que se niega la aplicación del artículo 6.º, párrafo 2.º, porque «... aunque con infracción de las garantías legales ... tampoco puede hablarse de dolo correlativo a dicha acción a virtud de las fortuitas causas sobrevenidas». En el supuesto enjuiciado es claro que no existía ánimo de lucro, y aunque se incumplieron las garantías legales del artículo 1.º, el incumplimiento de entrega de la vivienda se debió a diversas causas totalmente fortuitas —crisis laboral, enfermedad de la esposa—. Lo que ocurre es que la sentencia absolutoria se basa más en consideraciones de justicia material que en razones legales.

(53) Así en la STS de 29 de diciembre de 1978 (RJA, 4401).

(54) Considera MORILLAS CUEVA, L., «El no reintegro ...», *cit.*, p. 718, que el elemento subjetivo del injusto —ánimo de lucro— «ha de entenderse en el momento en que el sujeto no cumple con la devolución». Ciertamente, si fuera exigible este ánimo, podría surgir con anterioridad a dicho momento —pero siempre con posterioridad al de la percepción del dinero, puesto que si existiera en un momento anterior nos encontraríamos posiblemente ante el tipo de estafa—, si bien habría de ser mantenido hasta el momento que fija el autor; así, si en el promotor existiese un ánimo de lucro surgido con la entrega de las cantidades, pero luego éstas son devueltas, no vendría en aplicación el tipo delictivo. Por otra parte, si surgió el ánimo de lucro en dicho momento, las can-

La no devolución, segunda parte de la conducta, constituye un elemento objetivo, que no requiere ser abarcado por el dolo del sujeto. Es indiferente que el sujeto intencionadamente incumpla la obligación de devolver, pudiendo hacerlo, o que aun deseando realizar esa devolución no tenga medios económicos para ello. Pudo prever la situación de imposibilidad de pago, y evitarla simplemente observando la obligación legal de garantía, por lo que prácticamente siempre existirá al menos culpa. La exigencia del artículo 1.º, párrafo 2.º, del Código Penal es aquí aplicable, en todo caso, a fin de excluir la responsabilidad penal objetiva (55).

II.4 Penalidad

El artículo 6.º, párrafo 2.º, dice: «La no devolución... será constitutivo de falta o delito sancionados en los artículos 587, número 3, y 535 del vigente Código Penal, respectivamente, imponiéndose las penas del artículo 528 en su grado máximo.»

Para la determinación de la pena que corresponde imponer al hecho típico analizado, la Ley 57/1968 se remite al artículo 535 CP. Sin embargo, si bien al redactarse la Ley, la pena del delito de apropiación indebida se determinaba de conformidad con lo dispuesto en el entonces artículo 528 CP referente a la estafa, hoy —tras la reforma mediante Ley Orgánica del Código Penal 8/1983, de 25 de junio— la pena a imponer en el delito de apropiación indebida viene fijada conjuntamente en los artículos 528 y 529, por cuanto aun cuando el artículo 535 CP no mencione el último de los preceptos citados, lo cierto es que el actual artículo 528, al que se sigue remitiendo el 535, fija las penas en función de la existencia o no de las circunstancias del 529.

De las ocho circunstancias contenidas en el artículo 529, sólo alguna puede concurrir en la comisión del delito de apropiación indebida (56), con lo cual la determinación de la pena se complica. El ar-

tidades no se devuelven, pero por causas diversas al ánimo de lucro —así el promotor decide al fin cumplir con el contrato o con la rescisión, pero no es económicamente solvente—, también sería impune la conducta que, aunque suponga un enriquecimiento injusto, no implica ánimo de lucro. No creo que las soluciones anteriores sean desacertadas, pero difícilmente se puede llegar a las mismas siguiendo los preceptos de la Ley 57/1968. CASTIÑEIRA PALOU, M. T., *Ventas a plazos ...*, cit., pp. 112 y 113, apunta la posibilidad de que el ánimo de lucro no sea un elemento del tipo de apropiación indebida —en general— por la no exigencia de la ley. En todo caso, lo que sí es preciso es el ánimo de apropiación, que forma parte del dolo. BAJO FERNÁNDEZ, M., *Manual de Derecho Penal ...*, cit., opina que el dolo en el delito de apropiación indebida «es el único elemento subjetivo necesario ... El ánimo de lucro, ..., el ánimo de apropiación o *animus rem sibi sabendi*, etc., se convierten en este caso en simples formas más o menos literarias de explicar el mismo fenómeno subjetivo a que se refiere el dolo». En general, sobre el ánimo de lucro y el ánimo de apropiación, ver BAJO FERNÁNDEZ, M., «Animo de lucro y ánimo de hacerse pago», en *ADP*, 1975, pp. 358 y ss.

(55) Véase, ASUA, A., «La Reforma Urgente y Parcial del Código Penal (LO de 25 de junio de 1983). Algunas repercusiones de la exigencia de dolo o culpa», en *Rvta. del Colegio de Abogados de Vizcaya*, núm. 15, 1983, p. 23.

(56) Son tales circunstancias la 5.ª, la 7.ª y la 8.ª, según BAJO FERNÁNDEZ, M., «La de-

tículo 6.º, párrafo 2.º, de la Ley 57/1968 indica que las penas del artículo 528 que corresponda aplicar, serán de imposición en su grado máximo (57); pero al estar la pena base de este artículo —ahora, tras la reforma— cualificada por las circunstancias del artículo 529, se plantea el problema de si esa agravación máxima ha de operar sobre la pena final, tras la comprobación de la existencia de alguna de las circunstancias antedichas, o bien si sólo es operativa en caso de que no exista ninguna de las agravantes del citado artículo 529. Esta solución es la más lógica, pues en otro caso podríamos estar cualificando doblemente, en función de dos circunstancias de muy similares características; no obstante, esto no se deduce del texto de la Ley, que a pesar de la reforma 8/1983 no ha sufrido variación, ya que al no fijarse el motivo o circunstancia que obliga a imponer las penas del artículo 528 en su grado máximo, no cabe afirmar que esta agravación sea incompatible con las circunstancias 5.ª, 7.ª u 8.ª del artículo 529 CP.

Así pues, para determinar la pena a imponer, primero habrá de determinarse la pena base, en función de los artículos 528 y 529 CP, para posteriormente aplicar sobre esa pena base la agravación específica del artículo 6.º, párrafo 2.º, de la Ley. Es clara la crítica que a ello puede hacerse, simplemente advirtiendo que se sanciona más gravemente la conducta objeto de estudio que una apropiación indebida o que una estafa que verse también sobre viviendas. Por otra parte, concurriendo las circunstancias 7.ª y 8.ª del artículo 529 —lo cual será frecuente en una típica actividad constructora—, y teniendo en cuenta la agravación específica, la pena a imponer estará comprendida entre diez años y un día y doce años de prisión mayor. Parece excesiva esta pena; al menos en muchos casos en los que únicamente hay una gestión profesional defectuosa.

II.5. Especificidad del tipo. Su relación con el delito de apropiación indebida contenido en el artículo 535 CP

◦ Hasta aquí hemos visto brevemente la esencia de la figura delictiva, prescindiendo en cierto modo de la concreta remisión que al Código Penal establece la Ley 57/1968. Esta, tras definir la conducta a sancionar, establece que la misma será constitutiva «del delito sancionado en el artículo 535 CP, imponiéndose las penas del artículo 528 en su grado máximo». Por ello, en general los autores que analizan esta

terminación de la pena en el delito de apropiación indebida», en *Comentarios ...*, cit., t. V, vol. 2.º, pp. 1269 a 1271, opinión que confirma en *Manual de Derecho Penal ...*, cit., página 299.

(57) La STS de 28 de octubre de 1975 (RJA, 4022) dice que ello se debe a que el precepto crea una agravación específica por motivos socioeconómicos, al gravitar la apropiación sobre la promoción de construcción de viviendas. No obstante, no precisa qué entiende por motivos socioeconómicos, ni cuál es el motivo concreto de agravación: la existencia de un delito masa, la cuantía del perjuicio sufrido, la consideración de la vivienda como bien de primera necesidad o la débil situación social del sujeto pasivo.

figura, lo hacen al estudiar la apropiación indebida, ya que el artículo 6.º, párrafo 2.º, de la Ley no se limita a señalar la penalidad por remisión al artículo 535 —como ocurre con otros supuestos de leyes especiales (58)—, sino que amplía el supuesto típico de la apropiación indebida, considerando la no devolución de las cantidades depositadas para la adquisición de viviendas como una modalidad cualificada de apropiación (59).

Como dice Morillas Cueva, es evidente que «el que no devuelve (cuando hay obligación de devolver) se apropia ilegítimamente de la cosa» (60). Del mismo modo, quien sometido a una obligación, legal o contractual, de entregar una cosa —en cumplimiento de una prestación— no la cumple, incrementa su patrimonio manteniendo en su activo algo que es pasivo —débito a un acreedor—. Sin embargo, ello no necesariamente supone una apropiación indebida, en el sentido penal del término, pues este tipo requiere, por propia definición del mismo (61), que el sujeto pasivo siga siendo propietario del objeto material apropiado. El bien jurídico protegido en este tipo es el patrimonio, y más concretamente la plena disponibilidad con ejercicio de todos los derechos derivados del título de propiedad que existe sobre

(58) Así el artículo 12 de la Ley 50/1965, dice: «... será castigado (el comprador que...) con las penas previstas en el Código Penal para los delitos de apropiación o de daños ...».

(59) Sin embargo, aunque los autores estudien esta figura dentro del marco general de la apropiación indebida, no la entienden del mismo modo.

SAINZ-PARDO CASANOVA, J. A., *El delito ...*, cit., pp. 126 y 127, critica la regulación actual entendiendo que «la expresa remisión destruye el fundamento del 535», se pronuncia por la sanción administrativa, o por la estafa, en su caso, y considera la «creación de un tipo penal específico sería un mal menor».

RODRÍGUEZ RAMOS, L., *Compendio ...*, cit., p. 338, habla de «peculiar apropiación indebida». MORILLAS CUEVA, L., «El no reintegro ...», cit., se pronuncia por la «creación de un tipo específico» (p. 723); sin embargo, opina que «ex lege» estamos ante una «modalidad de apropiación indebida» (p. 705).

BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual ...*, cit., menciona únicamente el supuesto, al tratar la determinación de la pena de la apropiación indebida, considerándolo como supuesto de «agravación especial». También, al tratar de la penalidad, menciona MUÑOZ CONDE, F., *Derecho ...*, cit., p. 263, la figura, si bien matiza «el encorsetamiento excesivamente rígido de estos comportamientos delictivos y la remisión tajante al delito de apropiación dificulta muchas veces su persecución final», siguiendo en este punto a MORILLAS CUEVA, L., «El no reintegro ...», cit., pp. 772 y ss., RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., *Derecho Penal ...*, cit., páginas 390 y 391, la considera tipo cualificado, si bien entiende que «para que la cualificación opere es necesario que haya una apropiación indebida por parte del promotor». Criticando la figura, QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho Penal Español. Parte especial*, V. I, Barcelona, 1986, p. 347, habla de una agravación por no devolución. GARCÍA VALDÉS, C., en la puesta al día de QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Tratado ...*, cit., p. 957, habla de una remisión a la penalidad del artículo 535, en su grado máximo.

Por fin, BAJO FERNÁNDEZ, M., *Manual de Derecho Penal ...*, cit., p. 298, opina que «el comportamiento típico y todos los elementos objetivos y subjetivos se encuentran recogidos en el artículo 6.º de la Ley de 1968 con las penas previstas en el artículo 528 del Código Penal». Considera también que «el delito descrito en esta Ley especial emparenta mejor con los delitos de insolvencia que con la apropiación indebida».

(60) MORILLAS CUEVA, L., «El no reintegro ...», cit., p. 710.

(61) Entre otros, SAINZ-PARDO CASANOVA, J. A., *El delito ...*, cit., pp. 67 y ss. QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Tratado ...*, cit., pp. 883 y ss. MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal ...*, cit., pp. 257 y 258.

el concreto objeto en cuestión. Si tal propiedad ya no existe, al haberse transmitido el objeto a otro, en virtud de título apto para ello (62), el receptor del mismo no puede ser sancionado por apropiarse de algo de lo que ya es propietario.

El Tribunal Supremo, en jurisprudencia ya reiterada, viene declarando que las cantidades anticipadas al promotor constituyen un depósito irregular (63), en base a que dichas cantidades han de constituir un patrimonio separado afecto a un fin (64). Incide el Tribunal en esta idea, tratando de justificar cómo la entrega del dinero al promotor se realiza en virtud de algún título que no transmite la propiedad del mismo, para, de este modo, posibilitar la aplicación del artículo 535 CP —que exige un título de tales características— a las conductas perseguidas.

Pero aunque el patrimonio en cuestión tiene la peculiaridad de estar ingresado en cuenta especial y su empleo ha de pasar por la exigencia de ser destinado única y exclusivamente a las «atenciones derivadas de la construcción de viviendas» (65), tal patrimonio es propiedad exclusiva del promotor, aunque afecto a un fin. Así, si admitimos que las cantidades «anticipadas» lo son a cuenta del precio total de la vivienda (66), de las mismas será propietario el promotor, quien

(62) Son tales títulos, según el artículo 535 del CP, el depósito, la comisión, la administración u «otro que produzca obligación de entregarlos o devolverlos» (el dinero, efectos o cosa recibidos). Doctrina y Jurisprudencia establecen una amplia enumeración. Así podemos encontrar un estudio exhaustivo de los mismos en FERRER SAMA, A., *El delito ...*, cit., pp. 21 y ss. QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Tratado ...*, cit., pp. 955 y ss. SAINZ-PARDO CASANOVA, J. A., *El delito ...*, cit., pp. 108 y ss. En cualquier caso, del análisis de tales títulos se deduce que a pesar de la cláusula abierta del artículo 535 del CP, no cabe admitir aquellos títulos que transmitan la propiedad; ello ya no ofrece dudas tras la promulgación del texto refundido de 1944, en que se dota a la apropiación indebida de sustantividad propia, impidiendo la admisión del título de préstamo como incluido en el artículo 535 del CP; ver en este sentido, RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., *Derecho Penal ...*, cit., p. 384.

(63) La enumeración de sentencias es extensa, y basta tomar la STS de 9 de febrero de 1977 (JC, núm. 167) o la STS de 14 de junio de 1977 (JC, núm. 846) para apreciar la doctrina del Tribunal. Sin embargo, incluso para el delito de apropiación indebida del artículo 535 del CP, SAINZ-PARDO CASANOVA, J. A., *El delito ...*, cit., pp. 95 y ss., no admite la admisión del depósito irregular como incluido en dicho artículo. En este sentido, QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Tratado ...*, cit., p. 944. En sentido opuesto, FERRER SAMA, A., *El delito ...*, cit., pp. 26 y ss. Ver nuevamente, en relación con el tema del dinero, BAJO FERNÁNDEZ, M., *Manual de Derecho Penal ...*, cit., pp. 277 y 286.

(64) Ver las STS de 26 de diciembre de 1981 (JC, núm. 1554) y STS de 13 de abril de 1978 (JC, núm. 338) entre otras. La STS de 25 de junio de 1975 (JC, núm. 974) habla de una transmutación «del fin o destino, determinado por el título fiduciario de comisión» (¿?). La STS de 26 de febrero de 1985 (RJA, 1543) dice en su séptimo Considerando: «... y sabido es, decía Ulpiano, que una cosa es adquirir y otra recibir ..., pleno dominio de un lado, simple detentación condicionada de otro».

(65) Dice el artículo 1.º de la Ley 57/1968: «... 2.ª ... con separación de cualquier otra clase de fondos pertenecientes al promotor y de las que únicamente podrá disponer para las atenciones derivadas de la construcción de las viviendas ...».

(66) SAPENA TOMÁS, J., y otros, «Las garantías ...», cit., p. 91, en MORILLAS CUEVA, L., «El no reintegro ...», cit., p. 711, considera que el contrato más frecuente será la compraventa. La STS de 22 de junio de 1984 (RJA, 3603), admitiendo la consideración de lo recibido como anticipo del precio, aplica el tipo en cuestión —artículo 6.º—. La STS de 25 de enero de 1984 (RJA, 405) entiende, sin embargo, que la entrega inicial de parte del precio convenido no lo es a título posesorio, sino dispositivo.

no está obligado a la custodia y restitución de dichas cantidades (67), sino a la entrega de una vivienda. Tras la rescisión del contrato por incumplimiento de plazos, según se establece en la Ley (68), las contrapartes han de restituirse lo ya percibido, obligación que nace no de un depósito impropio, sino de dicha rescisión. Más aún, si constituido lo que el Tribunal Supremo llama patrimonio afecto a un fin, el mismo se destina a otro diferente (69), pero no se rescinde el contrato, no existirá «todavía» ni infracción del artículo 6.º, párrafo 2.º, ni delito de apropiación indebida.

El fundamento para entender aplicable el artículo 535 del CP no puede residir en este título en virtud del cual se posee el dinero anticipado, pues ello no proporciona la fundamentación esperada, y si únicamente en base a la expresa remisión legal del artículo 6.º de la ley al artículo 535 del CP. Sólo en base a esa remisión cabe decir que una conducta que antes de la Ley de 1968 no era típica según el artículo 535 del CP, ahora lo sea. Y según dice Sainz-Pardo, «la expresa remisión destruye el fundamento del artículo 535» (70), en el sentido de que si la conducta encajara en el artículo 535, no sería necesario remitirse a este precepto. Más bien, como dice Muñoz Conde, refiriéndose a supuestos similares al de nuestra figura, estamos ante «normas extrapenales que consideran delictivos supuestos de hecho cuya subsumción en una norma penal es, por lo menos, dudosa» (71).

La remisión legal no desvirtúa sin embargo los elementos del delito examinado. En palabras de Bajo Fernández, «el comportamiento típico y todos los elementos objetivos y subjetivos se encuentran recogidos en el artículo 6 de la Ley de 1968 ...» (72).

Para concluir este apartado, voy a mencionar las diferencias principales que existen entre el delito de apropiación indebida del artículo 535 del CP, y la figura recogida en el artículo 6.º, párrafo 2.º de la Ley 57/1968:

1.ª Aunque es el patrimonio en sentido amplio el bien jurídico protegido por ambos preceptos, en el artículo 535 del CP se protege específicamente el derecho de propiedad —al menos cuando el objeto material no consista en dinero—, mientras que en el artículo 6.º de la

(67) Sobre el depósito, véanse los artículos 1758 y ss. del Código civil.

(68) Así se recoge en el artículo 3.º de la Ley 57/1968. No obstante, pueden existir otras causas no recogidas en dicho artículo que den lugar a la rescisión del contrato; así, la diferencia de superficie o cabida de la vivienda, o la existencia de gravámenes de diverso tipo (ver en este punto los artículos 1469, 1470 y 1483 del Código Civil, entre otros).

(69) Supuesto que habría de suponer la negligencia de la Entidad depositaria, o bien la actuación ilícita del promotor, ya que para la disposición de tales cantidades —destinadas a gastos concretos en la construcción de las viviendas— sólo si se justificara la necesidad de la misma sería posible.

(70) Según cita ya recogida de SAINZ-PARDO CASANOVA, J. A., *El delito ...*, cit., p. 127.

(71) MUÑOZ CONDE, F., *Introducción ...*, cit., p. 25. Si bien el autor no menciona entre los ejemplos que cita la figura del artículo 6.º, párrafo 2.º, de la Ley, sí señala los otros tres supuestos que, en leyes especiales, se ha entendido remitían a la propiedad indebida del artículo 535 del CP.

(72) BAJO FERNÁNDEZ, M., *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 298.

Ley se protege el derecho de los acreedores a la satisfacción de sus créditos.

2.^a Las conductas de ambos delitos son totalmente diferentes, pues mientras en el artículo 535 se exige una apropiación o una negativa de haber recibido el objeto, en la Ley 57/1968 nos encontramos ante una serie de actos sucesivos que han de concurrir cumulativamente para que pueda imponerse la sanción penal. Especialmente hay que incidir en la importancia que tiene para que proceda apreciarse el delito, la no formalización de las garantías que vienen exigidas por el artículo 1.º de la Ley.

3.^a Para apreciar el delito del artículo 535 del CP se exige que el sujeto activo posea aquello de lo que se apropia, en virtud de título que obligue a su devolución. Por el contrario, en la Ley de 1968, el promotor es propietario del dinero que se le anticipa, y no tiene obligación alguna de devolver esas cantidades, salvo que se rescinda el contrato.

4.^a El delito del artículo 6.º de la Ley 57/1968 es especial en atención al sujeto activo, así como por la específica determinación de las viviendas sobre las que ha de recaer la conducta delictiva. Si las viviendas fueran de protección oficial no cabría aplicar la Ley de 1968, y habría que analizar si la conducta podía encajar en el artículo 535 del CP, lo cual no necesariamente habría de ocurrir.

5.^a Tradicionalmente la doctrina entiende que se requiere en el delito de apropiación indebida un elemento subjetivo del injusto consistente en el ánimo de lucro, aunque en la actualidad se cuestiona tal postura (73). Este elemento no se exige en la figura del artículo 6.º, en la que es suficiente el dolo (74).

Creo que las diferencias señaladas permiten afirmar que estamos ante un tipo específico, con características propias, y la remisión legal al delito de apropiación indebida no ha de desvirtuar esas características ni añadir nuevos requisitos para poder apreciar el delito recogido en el artículo 6.º, párrafo 2.º, de la Ley 57/1968. Por otra parte, las conductas que se pretenden evitar con ambos preceptos son lo suficientemente dispares como para poder afirmar la necesidad de tipicidades diversas, no asimilables ni siquiera a efectos de penalidad.

II.6. Conclusión crítica

Queda, para concluir esta breve visión de la problemática que la figura comentada presenta, resumir las críticas anteriores y establecer unos criterios para su reforma o supresión.

(73) Encontramos la opinión tradicional en FERRER SAMA, A., *El delito ...*, cit., pp. 62 y ss. También en QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Tratado ...*, cit., pp. 903 y ss. Críticamente, sin embargo, SAINZ-PARDO CASANOVA, J. A., *El delito ...*, cit., p. 139 y CASTIÑEIRA PALOU, M. T., *Ventas a plazos ...*, cit., pp. 111 y ss. En general, y ya citado en el epígrafe II.3, BAJO FERNÁNDEZ, M., «Animo de lucro ...», cit., pp. 358 y ss.

(74) Véase en este punto la argumentación completa contenida en el epígrafe II.3. de este Comentario.

Es claro que el ámbito de protección de la figura de la estafa —regulada en los artículos 528 y 529 del CP— es suficientemente amplio como para subsumir en el mismo la conducta del promotor que desde un primer momento piensa incumplir su contrato, y lo único que pretende es obtener una ventaja patrimonial en perjuicio de los adquirentes, siendo la formalización del contrato el medio idóneo para el engaño (75).

Ahora bien, si no existe dicho ánimo de defraudación y se formaliza el contrato, pero se eluden las garantías previstas en el artículo 1.º de la Ley, ocurrirá que en caso de imposibilidad de cumplimiento de la obligación de entrega de vivienda, surge la posibilidad de rescisión contractual por incumplimiento (76). La consiguiente devolución de lo ya entregado —el dinero en nuestro caso— como restitución de las prestaciones recíprocas, podrá ser exigida mediante el oportuno procedimiento civil. Si no fuera posible el resarcimiento del acreedor, por ser el patrimonio del deudor —promotor— insuficiente, podríamos plantearnos la posibilidad de que la conducta fuera constitutiva de un delito de alzamiento de bienes o de quiebra, en cuanto con el mismo produce el perjuicio patrimonial del adquirente-creedor, el cual ve disminuido su activo, no por la pérdida de algo de su propiedad, sino por la no satisfacción de una deuda de la que era acreedor (77).

Por otra parte, si se cumple con las garantías del artículo 1.º, la situación no es diferente en cuanto incumplimiento contractual, si bien en este caso el acreedor no sería el adquirente, sino el avalista ó asegurador que ha satisfecho al anterior lo debido por el promotor, y sin embargo, el supuesto no da lugar a la sanción del artículo 6.º (78). Esto supone que el incumplimiento de una obligación civil produce efectos jurídicos distintos —en un caso, efectos penales— en función del sujeto que ve burlado el pago de su deuda, lo cual puede explicarse sólo por la distinta posición económica —en cuanto a poder económico— del avalista respecto al comprador de vivienda, aunque no siempre el comprador sea un sujeto económicamente débil (79). En todo caso, parece que el espíritu de la Ley busca la especial protección del comprador, más vulnerable frente a los promotores de la construcción.

(75) En este sentido, los supuestos de estafas inmobiliarias a gran escala que, iniciados en los años sesenta, se extendieron hasta principios de los ochenta, tratados y juzgados como estafas, son base de la preocupación del legislador.

(76) A nuestros efectos, no interesa profundizar sobre las diversas alternativas civiles de rescisión o de resolución de los contratos, así como de las formas que las mismas pueden adoptar. En todo caso, véanse los artículos 1290 y ss. del Código Civil, así como —específicamente para la compraventa— los artículos 1469 y ss.

(77) Pero para ello habría de demostrarse la concurrencia de todos los elementos típicos que se exigen respecto de los delitos mencionados, en atención a los artículos 519 y ss. del Código Penal.

(78) Aunque el avalista siempre se convertirá, tras el pago de lo debido, en acreedor del promotor, el asegurador sólo lo será en determinados casos muy puntuales, pues con el pago de la prima de seguro el promotor ya está cubriendo su responsabilidad.

(79) Ver a este respecto la caracterización del sujeto pasivo, en el epígrafe II.2., y en especial la nota (36).

En relación con la protección del comprador, evidentemente no tiene justificación la aplicación de sanciones penales sólo cuando las viviendas que se adquieren no son de protección oficial; la corrección de esta laguna o situación discriminatoria es algo que ha de abordarse (80).

En definitiva, el incumplimiento de las garantías requeridas —aval o seguro y depósito— se toma como presunción de una voluntad de no devolución de las cantidades adelantadas como precio, en el eventual supuesto de imposibilidad de hacerlo en su momento si la construcción no se desarrolla como se pensaba. De alguna manera, ante las dificultades de prueba sobre el dolo de defraudar al comprador —que caso de no existir o no probarse sólo permitiría hablar de un incumplimiento obligacional—, la ausencia de las garantías exigidas se interpretan como asunción de un riesgo mayor, equiparable a un dolo eventual hipotético o en su caso a una culpa, presente ya desde la recepción de las cantidades a cuenta, respecto a la no devolución y consiguiente perjuicio patrimonial por incumplimiento contractual. Así, incidiendo en el tema de las garantías, el sentido de la normativa hay que buscarlo en la protección del ciudadano comprador de vivienda habitual mediante el traspaso a la Compañía Aseguradora o Entidad avalista de la obligación de devolver el dinero que surge con la rescisión contractual.

La conducta sería más equiparable a la estafa que a la apropiación indebida, pues a diferencia de esta última la propiedad se ha transferido al sujeto activo. La no cumplimentación de garantías podría asimilarse a las maniobras engañosas, pues el comprador de la vivienda actúa confiado en la solvencia del constructor promotor, y en todo caso, confiado en que caso de insolvencia de éste o problemas en la construcción que supongan la revocación contractual, lograría recuperar la parte del precio adelantada, por existir el aval o seguro correspondiente. La defraudación de esta confianza descansa en la elusión de las obligaciones garantistas requeridas por la Ley. Aun así, la figura del artículo 6.º de la Ley 57/1968, en atención al bien jurídico protegido y a la modalidad comisiva, guarda más relación con las insolencias punibles que con la estafa o con la apropiación indebida.

A pesar de todo ello, si aun con todas las críticas expuestas a lo largo de este Comentario, se entendiera que la conducta del promotor debe ser sancionada penalmente y no sólo civil o administrativamente (81), deberán fijarse con precisión los elementos integrantes de la conducta delictiva, constituyendo si es necesario un tipo específico

(80) Ver el epígrafe II.2. del Comentario, si bien es ésta una idea presente a lo largo de todas las páginas del mismo.

(81) Esta solución ha de tomarse en función de puntos de vista político-criminales, atendiendo a la situación que se quiere resolver o prevenir y estudiando en todo caso si tales medidas penales son las más adecuadas para lograr los resultados pretendidos. Quizá un mayor control administrativo en la exigencia del cumplimiento de la preceptiva legal destinada al efecto puede suplir tales medidas penales. De todos modos, los principios generales del Derecho Penal han de ser respetados, y se ha de procurar mantener con claridad la frontera existente entre ilícitos de diversa índole.

que la recoja, y que conlleve una pena proporcional al grado de desvalor de acción y de resultado de la conducta típica. Problemas de especial importancia que con la actual regulación no quedan solventados —en especial los que se refieren al elemento subjetivo del injusto y a la objetividad de la no devolución—, quedarían así subsanados.

III. LA STS 17 OCTUBRE 1986

El Tribunal Supremo resuelve el caso de autos basándose en dos Fundamentos de Derecho, de aparente sencillez, casando y anulando la sentencia condenatoria de la Audiencia Provincial de Huelva. Opta el Tribunal Supremo por la libre absolución del procesado atendiendo en dos Fundamentos «diferentes», a dos cuestiones: 1.ª) relativa a la concurrencia o no del delito mencionado en el párrafo 2.º del artículo 6.º de la Ley 57/1968; 2.ª) subsidiariamente, si se ha cometido o no un delito de apropiación indebida del artículo 535 del CP. Siendo la respuesta a ambas cuestiones negativa, entiende el Supremo que «la sentencia recurrida [que] contempla un caso no delictivo sino un puro incumplimiento contractual que deberá ser en último extremo sometido al conocimiento y decisión de los tribunales del orden civil y no a los de la jurisdicción represiva», y en virtud de ello, falla absolviendo.

Los hechos, brevemente resumidos, se desarrollaron del modo siguiente:

1.º El procesado, con anterioridad al 15 de julio de 1972, había solicitado de la Delegación Provincial del Ministerio de Vivienda la iniciación del oportuno expediente para conseguir la Calificación de Viviendas de Protección Oficial.

2.º En fechas inconcretas de ese año, algunas anteriores a la de iniciación del expediente, se puso en contacto con alguno de los futuros adquirentes de las viviendas, quienes le entregaron pequeñas cantidades a cuenta.

3.º El 14 de julio de 1973 fue otorgada la Cédula de Calificación Provisional de Viviendas de Protección Oficial.

4.º En septiembre de 1973 comenzó el procesado a plasmar en documentos privados las ventas realizadas en 1972, así como las que llevaba a cabo por primera vez, recibiendo de los compradores una cantidad inicial —en la que se reflejaba la ya percibida antes de la Calificación provisional (no permitido legalmente)—, así como varias letras de diverso vencimiento.

5.º El 20 de julio de 1975, plazo fijado en la Cédula de Calificación de terminación de las obras, éstas no se concluyen. El plazo se prorroga hasta el 20 de julio de 1977.

6.º El 4 de mayo de 1976 el procesado utiliza las letras aceptadas, en garantía de operaciones particulares. Alguna de ellas fue cobrada a los adquirentes, pese al compromiso existente de no hacerlas efectivas antes de la entrega de las llaves de los pisos.

7.º En la misma fecha, el procesado suscribe un préstamo hipotecario, en el que subroga a los adquirentes.

8.º En la fecha fijada, 20 de julio de 1977, el procesado no dio fin a la ejecución de la obra, lo que provocó, junto con las denuncias habidas ante la Delegación Provincial de la Vivienda, por infracciones cometidas por el acusado conculcando lo legislado sobre el particular, que le fuese *denegada* la Calificación *Definitiva* de Viviendas de Protección Oficial.

9.º Los compradores, habiendo entregado cantidades en metálico y aceptadas letras por el importe total de los respectivos pisos, continuaban sin tener su acceso a la propiedad y abocados a hacer frente a deudas hipotecarias, sin que, por otra parte, vieran garantizada la devolución de las cantidades anticipadas.

10.º Consta que el procesado, que no contaba con infraestructura económica, comenzó a endeudarse con entidades financieras, que supuso el embargo sobre determinados locales y viviendas.

11.º En mayo de 1977, concedores los adquirentes de pisos de la difícil situación financiera del promotor, y visto el retraso en la ejecución de las obras, comenzaron a denunciar judicialmente los hechos.

12.º A partir de 1978 a alguno de los adquirentes se le rescindió el contrato y se le devolvió lo anticipado con indemnizaciones que oscilaban entre un 10 por 100 y un 50 por 100. De un grupo de adquirentes no se constató la existencia de un perjuicio y, en su caso, su cuantía. Un tercer grupo, compradores originarios y ocupantes desde el mes de mayo de 1979 de las viviendas, en las que entraron sin terminar, realizaron gastos inconcretados para su adecuación, y acreditaron un concreto perjuicio. Un cuarto grupo, que entregó en 1973 una cantidad a cuenta, no ha sido satisfecho ni con la entrega del piso que adquirieron, ni con la devolución de las cantidades anticipadas. De un quinto grupo, no consta dato alguno.

13.º El Juzgado de Instrucción número 1 de Huelva instruyó sumario con el número 20/1978, y la Audiencia Provincial de Huelva dictó sentencia el 17 de noviembre de 1983.

III.1. Primer Fundamento. No aplicación de la Ley 57/1968

El primer Fundamento de la desestimación del recurso, que considera no existe el delito contenido en la Ley 57/1968, se basa en la exigencia de sumisión al principio de legalidad y correlativa prohibición de analogía en el ámbito de punición, lo cual impide que «sea posible extender su campo de acción (el de la Ley 57/1968) a otros supuestos no comprendidos en su normativa», aunque el Tribunal alude a «el carácter excepcional o especial de su cobertura».

La Ley de 1968 es taxativa en su ámbito de aplicación, como deducimos de su artículo 1.º: «Las personas ... que promuevan la construcción de viviendas que no sean de protección oficial ...». Ello supone se excluyan «ex lege» las viviendas de protección oficial, a pesar de las críticas que anteriormente he formulado.

Ahora bien, siendo claro el ámbito de aplicación de la Ley —por el tipo de vivienda—, es preciso ver si la conducta enjuiciada encaja

o no en el supuesto contemplado en dicha Ley. Esto es, interesa fijar si estamos ante el supuesto de «viviendas que no son de protección oficial». No hay duda de que la denegación de la calificación definitiva como viviendas de protección oficial impide su consideración como tal, a todos los efectos que, de índole administrativo/civil (de tipo urbanístico, fijación de precios, cumplimiento de garantías de diverso contenido), hayan de ser fijados. Pero la STS entiende que «es al primer momento de su calificación provisional y no a otro posterior al que hay que atender para poder decidir con justeza por cuál ordenación es por la que se encuentran regidas ...». Este razonamiento no ofrecería dudas si el promotor que ha obtenido la calificación provisional ajusta su comportamiento a lo prescrito en el Decreto regulador de las viviendas de protección oficial —artículo 1.º d) y e) (82)—; así, no se le puede exigir un comportamiento distinto, a tenor de una Ley bajo la cual su conducta no se encuentra regulada, para posteriormente, y en base a esa Ley, imponer una sanción penal. No obstante, si —como en el caso de autos— el promotor ha incumplido las garantías exigidas por cualquiera de las dos legislaciones —Ley 57/1968 y Decreto 9/1963—, similares de contenido aunque con diferente redacción, ¿cabe afirmar que por el mero hecho de solicitar un beneficio —esto es, la inclusión en la categoría de viviendas de protección oficial, que le será denegada, aunque con posterioridad a la fecha fijada para la entrega de las viviendas así como a la presentación de la denuncia judicial— no se le puedan imponer unas sanciones penales creadas aparentemente para ser aplicadas a un tipo de conductas de las que es paradigma la presente? Así es a tenor del estricto ámbito de la Ley y en base a la argumentación de la STS. Ciertamente, en este caso todos los incumplimientos —garantías, plazos de construcción que llevan a la rescisión, y «no devolución»— ocurren bajo la calificación provisional de Vivienda de Protección Oficial y, por tanto, a falta del elemento típico relativo a la clase de vivienda.

Sin embargo, pueden plantearse los siguientes interrogantes: 1.º ¿qué ocurre si la denegación de la Calificación definitiva se produce con anterioridad a la expiración del plazo fijado en la Provisional para terminación de las obras?; 2.º ¿sería exigible nuevamente —pero ahora por la Ley 57/1968 y no por el Decreto 9/1963— la formalización de las medidas de garantía obligatorias?; 3.º ¿sería aplicable en tal caso la Ley 57/1968 ante el incumplimiento, produciéndose consiguientemente un cambio en la legislación a que el promotor se encuentra sometido? La respuesta será afirmativa. La solicitud de la Calificación provisional —que normalmente será concedida— basta para excluir las medidas penales, mientras tal calificación se mantenga, pero la denegación de ésta antes de finalizar los plazos de cumplimiento contractual hace posible la aplicación de la norma penal en cuestión.

Toda esta sinrazón procede de la cuestionable configuración de la sanción del artículo 6.º, párrafo 2.º.

(82) Transcrito en los puntos que nos afectan en la nota (39).

III.2. Segundo Fundamento. No aplicación del artículo 535 del CP

Visto que no es aplicable el artículo 6.º, párrafo 2.º, de la Ley 57/1968, procede todavía analizar si la conducta juzgada es susceptible de ser calificada conforme al tipo descrito en el artículo 535 del CP.

Este Segundo Fundamento sólo tiene sentido si entendemos que los dos preceptos son diferentes, ya que si se considera que el de la Ley especial no supone más que una agravación respecto al delito del Código Penal, bastaría, en un Primer Fundamento, desestimar la existencia de este delito para ni siquiera entrar en la consideración de aquella agravación. Ahora bien, entendiendo que la figura recogida en la Ley 57/1968 es una modalidad específica de apropiación indebida diferente, o si se quiere un tipo específico —aunque a ello parece oponerse el texto legal—, procede considerar —para su desestimación— ambos supuestos, como si se tratara de figuras independientes.

En este Fundamento, el argumento de la STS es claro y sencillo, y se asienta en la exigencia, para que pueda ser apreciada la infracción del artículo 535 del CP, de que «la recepción de la cosa lo sea por título traslativo de la posesión —que es el que lleva inherente la obligación de entregarla o devolverla, o aplicarla al fin para el que se entrega—, pero no del dominio». En los supuestos en que se transmite la propiedad de la cosa no cabe apreciar delito de apropiación indebida, y ello es lo que acontece en el caso que ante el Tribunal se plantea. Taxativamente entiende el Supremo que «el dinero y letras de cambio entregadas por los compradores al recurrente lo fueron en concepto de precio», lo cual implica que «el numerario recibido lo fue para incorporarlo a su propio patrimonio y no para darle otro destino». Ello es evidente, y creo así debiera ser entendido en todos los casos, como en los epígrafes anteriores apuntábamos. Sin embargo, ¿de qué modo desvirtúa este razonamiento toda la doctrina jurisprudencial que, reiteradamente, viene hablando de un depósito irregular o de un patrimonio afecto a un fin? ¿Es que tal planteamiento sólo se produce ante la aplicación efectiva de la Ley 57/1968, y no en los supuestos que —siendo idénticos— en cuanto a modalidad contractual (venta)— se regulan por el Decreto 9/1963? Dicho de otro modo, ¿cambia la naturaleza jurídica contractual a tenor de la legislación aplicable a efectos penales? Así, si en la Sentencia que analizo hubiera sido de aplicación la Ley 57/1968 —y estuviéramos ante viviendas de no protección oficial—, ¿cambiaría de algún modo la argumentación del segundo Fundamento de derecho para dejar de entender que se hubiera producido una transmisión de propiedad?

Nuevamente entiendo que el planteamiento de la STS es correcto en este punto, aunque no se ajusta a la línea tradicional mantenida por la Jurisprudencia. Pero deja en el aire múltiples interrogantes que revelan la débil fundamentación material del delito examinado, tanto en cuanto a su inclusión como apropiación indebida —aunque sea como supuesto irregular— como en cuanto a la procedencia de penalización de la conducta descrita en el artículo 6.º.

III.3. Otros aspectos de la Sentencia. Conclusiones finales

Quiero resaltar aquí la complejidad que presenta la correcta fijación de hechos probados en supuestos como el que nos ocupa. Ello se deriva de la dificultad que existe en el seguimiento de las actuaciones mercantiles de los procesados en general, debido tanto a la dificultad de fijar las fechas concretas en que aquéllas tuvieron lugar, como por la falta de pruebas, en especial documentales, que pudieran permitir aquel seguimiento. Esto conduce a que por falta de hechos probados, como ocurre en la Sentencia, el perjuicio de muchos de los sujetos pasivos no quede debidamente acreditado, así como que no se pueda determinar con exactitud cuál sea la conducta delictiva llevada a cabo por los procesados.

Por otra parte, y como ocurre con gran número de infracciones de índole patrimonial, es muy difícil —y en este caso así ocurre— fijar con precisión el elemento subjetivo del injusto. Es cierto que el promotor de la STS de 17 de octubre de 1986 observa una conducta irregular desde antes incluso de la solicitud de iniciación del expediente para conseguir la Calificación de Viviendas de Protección Oficial, conducta que sigue siendo irregular hasta el mismo momento de la presentación de las demandas judiciales. Ahora bien, de la misma no puede deducirse un dolo que abarque, por ejemplo, los elementos del delito de estafa; máxime cuando no pueda demostrarse que el anticipo de cantidades por parte de los adquirentes originarios de las viviendas se debe a maniobras engañosas del promotor dirigidas por un dolo destinado a tal fin.

De otro lado, la presencia de unas actuaciones profesionales cuando menos negligentes y arriesgadas y la infracción de diversas normas administrativas no son suficientes para determinar la existencia de un tipo penal.

No queda tampoco aclarada la insolvencia del promotor, y en su caso las irregularidades que hubieran conducido a la misma, por lo que tampoco los tipos relativos a la insolvencia punible pueden ser aplicados.

Por fin, insistiendo en lo dicho al comentar el Primer Fundamento de la Sentencia, hay que destacar la importancia que tiene en este caso fijar con precisión el momento respecto al cual ha de buscarse la legislación aplicable. La diferencia entre optar por una u otra es definitiva en cuanto a efectos penales se refiere. El Tribunal opta —y parece acertado— por el primer momento en que se concede la Calificación provisional: pero, ¿qué ocurre respecto a las cantidades anticipadas con antelación a esa fecha que no constan en documento ninguno: se aplica también la legislación sobre Viviendas de Protección Oficial?

La conclusión que de todo este Comentario pudiera formularse, podríamos sacarla del propio texto de la Sentencia comentada, que dice: «la sentencia recurrida (que) contempla un caso no delictivo sino un puro incumplimiento contractual que deberá ser en último extremo sometido al conocimiento y decisión de los Tribunales del orden civil y

no a los de la jurisdicción represiva». En el fondo, no se trata sólo de la improcedencia de penalizar un mero incumplimiento contractual —de manera selectiva, pues casos sustancialmente idénticos no se penalizan— o un mero incumplimiento de una obligación administrativa, sino de la improcedencia de una técnica de remisión al Código penal que crea confusión e imprecisión, contrarias a la seguridad jurídica.

APENDICE

1. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 2.ª) de 17 de octubre de 1986. Ponente: señor Cotta y Márquez de Prado

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: La Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre regulación de la percepción de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, es únicamente aplicable a los concretos casos que comprende, sin que sea posible extender su campo de acción a otros supuestos no contemplados en su normativa dado el carácter excepcional o especial de su cobertura, y esto sentado, es claro que en modo alguno puede decirse que las viviendas a que la presente causa se refiere caigan dentro de las específicas medidas de garantía que por dicha ley se establecen, ya que las mismas son solamente adoptables para las viviendas que no sean de protección oficial pero no para las de protección oficial subvencionadas regidas por el Decreto de 3 de enero de 1963 y Reglamento de 24 de julio de 1968, que son a las que este proceso se contrae, sin que a ello obste el que con posterioridad a la iniciación del expediente administrativo de su calificación no se concediese para las de autos la cédula definitiva de tal clase que la ley previene o quedasen algunas excluidas del expediente en fecha muy ulterior y por causas que ni la misma sentencia recurrida aclara pormenorizadamente, porque es a aquel primer momento de su calificación provisional y no a otro posterior al que hay que atender para poder decidir con justeza por cuál ordenación es por la que se encuentran regidas, por lo que no siendo aplicable, por lo expuesto, la ley mencionada a la construcción de las viviendas de autos, el suceso que se enjuicia queda reducido a determinar si la conducta del recurrente se enmarca o no en la letra del artículo 535 del CP, que es por el que la sentencia contradicha le sanciona.

Segundo: En tal orden de cosas se ha de tener en cuenta que a tenor de la ley y de la doctrina constante de esta Sala, cometen el delito de apropiación indebida tipificado y sancionado en el artículo 535 del CP, en relación con los 528 y 529 del CP los que, en perjuicio de otro, se apropiaren o distrajeren dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble que hubieren recibido, de donde resulta que el principal elemento constitutivo de este tipo de infracciones exige por modo a todas luces notorio y evidente que la recepción de la

cosa lo sea por título traslativo de la posesión —que es el que lleva inherente la obligación de entregarla o devolverla, o aplicarla al fin para el que se entrega—, pero no del dominio, porque en este último caso en manera alguna se podrá decir que se apropia de algo aquel a quien en propiedad se le entrega el objeto de que se trata, que es lo que ocurre en el presente caso en el que, según la resolución combatida, el dinero y letras de cambio entregadas por los compradores al recurrente lo fueron en concepto de precio, y si esto es así, como así es, es llano que no cometió el delito por el que se le condena, ya que el numerario recibido lo fue para incorporarlo a su propio patrimonio y no para darle otro destino, lo que obliga a estimar el presente recurso y a revocar la sentencia recurrida que contempla un caso no delictivo sino un puro incumplimiento contractual que deberá ser en último extremo sometido al conocimiento y decisión de los Tribunales del orden civil y no a los de la jurisdicción represiva.

Fallamos: Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por la representación del procesado José Antonio contra Sentencia de 17 de noviembre de 1983 pronunciada por la Audiencia Provincial de Huelva, en causa seguida al mismo por apropiación indebida y estafa y, en su virtud, casamos y anulamos dicha sentencia con declaración de las costas de oficio.

2. Ley 27 de julio de 1968, núm. 57/68 (Jefatura del Estado). Regula la percepción de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas

Artículo 1.º Las personas físicas y jurídicas que promuevan la construcción de viviendas que no sean de protección oficial, destinadas a domicilio o residencia familiar, con carácter permanente o bien a residencia de temporada, accidental o circunstancial y que pretendan obtener de los cesionarios entregas de dinero antes de iniciar la construcción o durante la misma, deberán cumplir las condiciones siguientes:

1.ª Garantizar la devolución de las cantidades entregadas más el 6 por 100 de interés anual, mediante contrato de seguro otorgado con Entidad aseguradora inscrita y autorizada en el Registro de la Subdirección General de Seguros o por aval solidario prestado por Entidad inscrita en el Registro de Bancos y Banqueros, o Caja de Ahorros, para el caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin por cualquier causa en el plazo convenido.

2.ª Percibir las cantidades anticipadas por los adquirentes a través de una Entidad bancaria o Caja de Ahorros, en las que habrán de depositarse en cuenta especial, con separación de cualquier otra clase de fondos pertenecientes al promotor y de las que únicamente podrá disponer para las atenciones derivadas de la construcción de las viviendas. Para la apertura de estas cuentas o depósitos la Entidad bancaria o Caja de Ahorros, bajo su responsabilidad, exigirá la garantía a que se refiere la condición anterior.

Artículo 6.º El incumplimiento por el promotor de lo dispuesto en esta Ley será sancionado con una multa por cada infracción, que será impuesta con-

forme a las normas previstas en la Ley 49/1959, de 30 de julio, de Orden Público, sin perjuicio de la competencia de los Tribunales de Justicia.

La no devolución por el promotor al adquirente de la totalidad de las cantidades anticipadas, con infracción de lo dispuesto en el artículo 1.º de la presente Ley, será constitutivo de falta o delito sancionados en los artículos 587, número 3.º, y 535 del vigente Código Penal, respectivamente, imponiéndose las penas del artículo 528 en su grado máximo.

SECCION DE BIBLIOGRAFIA

Revista de Libros

ARROYO ZAPATERO, Luis: «Delitos contra la Hacienda Pública en materia de subvenciones». Ed. Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, Madrid, 1987, 146 págs.

En los últimos tiempos, los delitos contra la Hacienda Pública en general han venido siendo objeto de interés preferente tanto por los legisladores como por la doctrina. Sin embargo, el tema sobre el que centra su atención el Profesor Arroyo Zapatero, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Castilla-La Mancha, constituye un terreno prácticamente «virgen» dentro de este bloque de delitos, lo cual supone, sin duda, una dificultad adicional al abordar su estudio.

Comienza su obra Arroyo con un acercamiento al tema desde una perspectiva amplia, que pasa por planteamientos fiscales, criminológicos y de Derecho comparado, para terminar con unos capítulos destinados al tratamiento de este delito con anterioridad a la Reforma de 1985, su posible paralelismo con el delito de estafa y unas conclusiones y propuestas de lege ferenda del autor. En la segunda parte de su obra, el estudio se centra en nuestro Derecho positivo vigente, momento en que se procede a un minucioso análisis del art. 350 C.P.

En la primera parte de su obra, y tras una breve introducción dedicada al «fenómeno subvencional» y a los «instrumentos de intervención del Estado en la Economía», el Profesor Arroyo entra de lleno en el concepto de subvención pública, concepto que se trata de delimitar desde una doble perspectiva: subjetiva, en tanto que la subvención ha de tener un «origen presupuestario público» y, a efectos del art. 350 C.P., ha de ser destinada a particulares; y objetiva, en tanto que los elementos que la configuran son una atribución patrimonial, no devolutiva y afectada a un fin.

En segundo lugar, Arroyo estudia los presupuestos criminológicos del fraude en materia de subvenciones. Señala el autor cómo el «propio sistema subvencional se ha llegado a definir como un factor altamente criminógeno por sí mismo» (pág. 31). Si a ello se une su «masificación» y atomización, el efecto criminógeno se dispara. Todo ello conlleva, para Arroyo, dos importantes consecuencias en el orden penal: una primera, de índole político-criminal que supone «una tutela del patrimonio subvencional de la Hacienda Pública más enérgica que la que el ordenamiento otorga al patrimonio particular frente al fraude» (pág. 32); y la segunda, en un plano «dogmático y hermenéutico».

Tras la referencia a la «dañosidad social» del fraude (págs. 32 y 33), a sus formas de aparición (págs. 33 y ss.) y el «sistema de control y sanciones administrativas» (págs. 36 y ss.), Luis Arroyo hace un breve análisis de Derecho comparado, referido éste a los países de la CEE.

En estos países encontramos que el tratamiento del tema no es homogéneo. Mientras que en la República Federal de Alemania y Portugal se han introducido tipos especiales que recogen la figura del fraude de subvenciones, el resto de los países dispone «tan sólo de los tipos penales comunes de tutela del patrimonio (tipo común de estafa)» (pág. 41).

De este capítulo, y en atención a una mayor homogeneidad en el tratamiento del tema en los países de la CEE, merecen destacarse, a mi juicio, las conclusiones elaboradas por el autor y que son suficientemente expresivas por sí mismas:

«1. La incorporación a la CEE comporta un incremento sustancial del fenómeno subvencional con la peculiaridad de que se acompaña de la exigencia de un sistema adecuado de control, tanto respecto de la correcta adjudicación y aplicación de las subvenciones comunitarias, como respecto de las nacionales, habida cuenta de la reglamentación de incompatibilidades total o parcial entre subvenciones comunitarias y nacionales.

2. Este control debe ser también un control penal, en correspondencia con la naturaleza criminal de los fraudes de subvenciones.

3. Junto a los fondos subvencionales deben protegerse penalmente en pie de igualdad, los fondos comunitarios.

4. En aras de la armonización legislativa propugnada por las Comunidades, la regulación nacional debe adecuarse a los sistemas de protección penal que se introducen recientemente en otros países de la Comunidad Económica Europea» (pág. 45).»

Ya en Derecho español, y tras una breve referencia a la situación anterior a la reforma de 1985, en cuanto a los problemas que puede plantear la similitud de la figura de fraude de subvenciones con los delitos de malversación de caudales públicos, apropiación indebida y delito fiscal, nos encontramos con un amplio tratamiento de las relaciones existentes entre aquél y el delito de estafa. En este capítulo merecen destacarse, a mi juicio, dos conclusiones: la no subsunción del tipo de fraude de subvenciones en el de estafa, que sufriría en caso contrario una ampliación forzada, y la aceptación de la comisión imprudente de este delito, si bien reservando la cláusula de imprudencia a la «de carácter grave o temeraria». Parece, por otra parte, lógico que la utilización de este instrumento permita «una efectiva intervención penal en el fraude de subvenciones» (págs. 78, 84 y 85).

En la segunda parte de su obra, Luis Arroyo aborda con minuciosidad el análisis del art. 350 C.P., introducido, como novedad en nuestro ordenamiento jurídico, por la Ley Orgánica 2/1985, de 29 de abril.

Comienza Arroyo por señalar cómo en el citado precepto se contienen «en realidad dos tipos diferentes, el primero relativo a la obtención fraudulenta de subvenciones públicas (350, I) y el segundo al disfrute fraudulento de subvenciones lícitamente obtenidas (350, II), para los que se dispone una misma penalidad (350, III)» (pág. 89).

Para dar inicio a la exégesis de este precepto, el autor estudia el concepto de «Hacienda Pública», para acercarse al bien jurídico protegido en este delito. A este respecto, Arroyo llega a la conclusión de que «el bien jurídico protegido de modo específico en el delito del art. 350 no es otro que el del patrimonio, que se tutela con penalidad similar a la de la estafa común, es decir, sin particular consideración al mayor valor material del patrimonio público, en tanto que patrimonio afectado a fines sociales. Si esto es así, la razón de la aparición concreta del nuevo delito del art. 350 ha de encontrarse en una dimensión diferente a la del bien jurídico en sentido estricto» (pág. 95); todo

esto no es obstáculo para que el autor señale la existencia de otras alternativas «en la reforma penal», que puedan suponer «una protección privilegiada del bien jurídico patrimonial en atención a su dimensión pública» (pág. 96).

Tras la consideración del objeto y sujeto activo del delito, el autor aborda el estudio de las consecuencias que en este tipo tiene la existencia de la cuantía mínima, que posee para Arroyo naturaleza de «condición objetiva de punibilidad», cuya consecuencia más importante sería la de que «no es preciso que la misma sea abarcada por el dolo del autor. Por lo tanto, un error al respecto es irrelevante» (pág. 104). Por otra parte, «es una condición relativa al tipo de subvención, y no a la cuantía del perjuicio que la misma pueda comportar al obtenerse fraudulentamente» (pág. 105).

Se ocupa, con posterioridad al análisis de la acción, del tipo subjetivo del art. 350, dentro del cual merece destacarse la elaboración que de la problemática del error en este delito realiza Arroyo; aquí insiste en la necesidad que de la incriminación del tipo imprudente del fraude de subvenciones ha venido haciendo a lo largo de su obra, constituyendo ésta, para el autor, «la tarea fundamental en “la reforma de la reforma” de los delitos contra la Hacienda Pública» (pág. 127).

Termina su trabajo con la referencia a los problemas que en el delito presenta la autoría (págs. 128 y ss.), unidad y pluralidad de delitos (págs. 132 y ss.) y posibilidad de establecer relaciones concursales entre el fraude de subvenciones y los delitos de falsedad documental, estafa y delito fiscal (págs. 134 y ss.).

La gran utilidad práctica de la obra, debida en gran medida a la originalidad del tema, inédito entre los penalistas españoles, y a la claridad y sencillez de que hace gala el autor en su exposición, no desdican en absoluto el enorme rigor científico y profundidad que presiden la obra. No se observan en este trabajo las limitaciones a que alude el autor en su cuota introductoria. Por el contrario, puede decirse sin reservas que supone una gran aportación a la investigación en el campo de los delitos socioeconómicos, tanto por la labor interpretativa que en este libro se realiza de nuestro derecho positivo, como por las conclusiones y propuestas que en él se aportan.

SILVIA VALMAÑA OCHAÍTA

DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio: «El delito de tenencia ilícita de armas de fuego». Editorial Colex. Madrid 1987, 271 pp.

Lo primero que hay que decir del libro del Profesor Díaz-Maroto, como señala el prologista de la obra, Profesor Rodríguez Mourullo, es que representa el primer estudio monográfico completo sobre la tenencia ilícita de armas de fuego, recogida en los artículos 254 y ss. del Código Penal. Se viene así a colmar la laguna que en esta materia existía en el ámbito doctrinal español.

El autor realiza en el primer capítulo de la obra un análisis exhaustivo de los antecedentes históricos de la figura delictiva. Dichos antecedentes son desglosados en dos grandes apartados: el primero de ellos abarca hasta el siglo XIX; el segundo, comprende todo el período codificador y las reformas habidas hasta la actualidad.

De este primer capítulo de la obra conviene resaltar la minuciosidad con que el autor recoge, amén de las disposiciones penales, toda la reglamentación de que fue objeto las armas de fuego en el ámbito administrativo.

A partir del capítulo segundo, se inicia, el estudio técnico-dogmático del artículo 254 del Código Penal, estudio que se verá complementado con el análisis de los tipos o figuras agravadas del artículo 255 (capítulo sexto) y de la apología específica del artículo 268 (capítulo noveno).

Al abordar la problemática del bien jurídico, Díaz-Maroto entiende que el objeto de tutela por parte de la norma penal objeto de análisis se encuentra configurado por la seguridad general proyectada sobre los bienes, vida e integridad personal, patrimonio y orden público. Ello en modo alguno significa que estos tres últimos bienes constituyan objeto específico de protección del artículo 254. Se trata más bien de entender que la lesión del bien jurídico, seguridad general, entrañaría no haber actuado para evitar una posible situación de peligro para la vida e integridad personal, patrimonio u orden público. Sólo en este sentido, el objeto de protección del artículo 254 se identifica con la seguridad de estos tres últimos bienes.

Consecuente con este modo de concebir el bien jurídico tutelado en el delito de tenencia ilícita de armas, el autor nos señala que el sujeto pasivo del mismo es la comunidad social, aunque precisa acto seguido, que de no admitirse que pueda ser sujeto pasivo aquel que no posea personalidad jurídica, como podría ser el caso que nos ocupa, siempre cabría establecer como sujeto pasivo inmediato del delito al Estado, como representante de esa comunidad social.

En el ámbito de la acción típica y tras unas breves referencias al sujeto activo de la acción, se analiza en primer término el significado y alcance de lo que el autor denomina característica positiva del delito. Esto es, la tenencia o posesión del arma de fuego, que Díaz-Maroto define como «la posesión material durante un cierto período de tiempo de armas de fuego idóneas para ser utilizadas conforme a su función sin las autorizaciones administrativas pertinentes». Definición de la cual, el autor extrae las características necesarias para poder incriminar la tenencia bajo el ámbito del artículo 254. Características configuradas por la posesión material, disponibilidad del arma de fuego, aptitud de dicha arma para disparar y la falta de las correspondientes autorizaciones.

En el ámbito de la acción típica se analiza también la problemática que representan otros elementos como la disponibilidad del arma de fuego y la idoneidad y presunción de funcionamiento, cerrándose este apartado con un estudio del alcance que la expresión «domicilio» ostenta en el ámbito del artículo 254, concluyéndose que el concepto de domicilio, en el ámbito jurídico penal, se acerca más al significado jurídico constitucional que al meramente civil.

Tras caracterizar la tenencia ilícita de armas de fuego como un tipo de mera conducta a la vez que delito de peligro presunto y de consumación permanente, se aborda, en el ámbito del objeto material de la acción, el concepto de arma de fuego, para lo cual se analiza el contenido de los artículos 584 y 91 del Reglamento de Armas de 1981.

El estudio del objeto material de la acción se ve brillantemente complementado por un exhaustivo análisis del contenido del artículo 259 del Código Penal, conforme al cual quedan exceptuados de carácter delictivo la tenencia y uso de armas de caza así como la tenencia de las de valor artístico, siempre que se acredite respecto de éstas que el poseedor no les da otro destino que el puramente artístico o coleccionista. A esta excepción, se añade también por el mencionado precepto, la colección de armas de finalidad deportiva cuyo poseedor se halle provisto de autorización especial.

La obra ofrece uno de sus puntos más interesantes en el análisis que se hace para determinar si nos encontramos ante una norma penal en blanco, como sostiene la mayor parte de la doctrina o por el contrario si la naturaleza del tipo penal es de los denominados «tipos abiertos». Desde esta óptica, el autor resalta la naturaleza de tipo penal abierto del artículo 254 del Código Penal, cuyos elementos normativos los configura la licencia y la guía de pertenencia.

En relación con la licencia, se nos dice que constituye el documento que acredita que su titular está facultado para tener y usar armas cortas de fuego, reseñándose así mismo el alcance que en la Doctrina y en la Jurisprudencia han tenido las expresiones «licencia oportuna» y «ha de estar en vigor».

Con el análisis del elemento subjetivo del tipo, *ánimus rem sibi habendi* sobre el cual el autor, haciéndose eco de la postura mantenida por Antolisei, nos señala que es aquel elemento anímico que «acompaña y sustenta el señorío sobre la cosa, es decir, el ánimo de tener la cosa para sí», se cierra el capítulo dedicado al tipo de injusto del artículo 254 y se inicia el análisis del resto de los elementos que conforman el delito de tenencia ilícita de armas de fuego.

Tras una breve referencia a la antijuricidad y su exclusión, el profesor Díaz-Maroto aborda el problema de la culpabilidad en esta figura delictiva, poniendo de manifiesto que, a su juicio, no es posible una forma culposa del delito debido a la concurrencia del elemento subjetivo del tipo de injusto. Abordándose, a continuación la problemática que plantean los supuestos de error, se presta especial atención a los casos de error de prohibición vencible, en donde se realiza un detallado análisis de la línea mantenida por el Tribunal Supremo en esta materia.

En el capítulo dedicado a las formas imperfectas de ejecución, Díaz-Maroto resalta la inviabilidad de apreciar en este delito ni la tentativa ni la frustración por haberlo calificado con anterioridad de delito de mera actividad.

Asimismo, la naturaleza del delito de peligro que la figura ostenta, corrobora, en su opinión, la idea de no admisión de formas imperfectas de ejecución.

El capítulo sexto del libro está dedicado a los tipos o figuras agravadas. En el mismo se analiza el contenido de los diversos apartados del artículo 255 del Código Penal, poniéndose de manifiesto que la redacción de este artículo procede del artículo 2.º de la Ley de 22 de noviembre de 1934, y en él se reproducen sustancialmente disposiciones de los artículos 36 a 39 y 49 del Reglamento de armas y explosivos de 1944.

Tras analizar el contenido de los artículos 256, referente a las causas de atenuación específicas, y 267, sobre un supuesto de agravación personal de la pena, el autor concluye la obra con un estudio de la apología específica del artículo 268 del Código Penal. Tras el estudio de los antecedentes de tan discutido artículo, el autor no duda en señalar, con acierto, la conveniencia ya apuntada por diversos autores, de que la apología debe dejar de estar contemplada en el Código Penal como un delito per sé.

Es evidente que nos encontramos ante una importante monografía de la que es necesario resaltar la exhaustividad con que se abordan los distintos problemas que en la misma se analizan. Para ello, el autor no escatima esfuerzos ni en el aparato bibliográfico ni en el soporte jurisprudencial que le acompaña. En este sentido, resalta el cuidado y esmero puestos a la hora de analizar la jurisprudencia del Tribunal Supremo. La obra, que constituye un importante libro de consulta para todos los estudiosos del delito de tenencia ilícita de armas, resulta además de fácil y amena lectura, debido al claro estilo literario de su autor.

MESTRE DELGADO, Esteban: «Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional».
Ed. Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia. Madrid, 1987, 324
páginas.

«Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional» es el título del libro que contiene las investigaciones y conclusiones que conformaron la tesis doctoral de Esteban Mestre Delgado, profesor ayudante de Derecho Penal de la Universidad de Alcalá de Henares, por la que obtuvo la máxima calificación de Apto «cum laude».

«El presente trabajo está dedicado primordialmente a estudiar la interpretación jurisprudencial de la legislación antiterrorista promulgada en la España democrática y a realizar una "lectura constitucional" de esta interpretación jurisprudencial» (pág. 15). Nadie salvo el propio autor podría haber realizado en menos palabras tan espléndida reseña del trabajo que nos ocupa.

A lo largo de los cinco capítulos en que se divide su obra, Mestre no sólo aporta un pormenorizado análisis de dicha jurisprudencia, sino que realiza, sobre todo en los dos primeros capítulos, una elaboración propia de la teoría jurídica del terrorismo.

Tras exponer, a modo de introducción, el objeto y método de la investigación, se ocupa el autor en el primer capítulo de la delimitación conceptual de la delincuencia terrorista (págs. 27 y ss.), los problemas que plantea una respuesta extraordinaria a esta cuestión (págs. 58 y ss.), y el estudio de la Audiencia Nacional como órgano encargado de aplicar jurisdiccionalmente la legislación antiterrorista española (págs. 88 y ss.).

El análisis del concepto de terrorismo, a mi juicio, merece mayor detenimiento. Aquí el autor contempla breve, pero profundamente, el alcance que tienen las distintas concepciones del fenómeno terrorista; y tras la exégesis de los elementos que conforman la delincuencia terrorista, ofrece, a modo de conclusión, un concepto jurídico de terrorismo tomado de su maestro, Carlos García Valdés, singularmente útil a la hora de aplicar la normativa contenida en la legislación antiterrorista. Así pues, la delincuencia terrorista sería, en palabras de García Valdés, plenamente asumidas por Mestre, «aquella conducta delictiva que, mediante actos de extrema violencia o grave intimidación, y con un fin subversivo, trata de destruir el sistema político democrático empleando, a estos efectos, medios selectivos o catastróficos».

También en este capítulo el autor expone acertadamente, tras un recorrido por las legislaciones antiterroristas en Derecho comparado y en nuestro Derecho histórico, «el peligro que late intrínseco en la permanencia de la legislación de emergencia, cual es el que la excepcionalidad propia de estas normas dirigidas a la represión de una delincuencia claramente delimitada, ya en términos objetivos y subjetivos, termine por convertirse en un principio guía de la entera legislación penal y del concreto funcionamiento de los aparatos de la justicia penal, peligro sobre el que ya se ha pronunciado abundantemente la doctrina» (pág. 88).

Respecto de la Audiencia Nacional, el autor señala, junto a su evolución histórica y competencias en materia penal, que la «Audiencia Nacional no es, pues, una jurisdicción especial porque, con un criterio formal, la regulación de sus competencias y atribuciones se realiza en la Ley Orgánica del Poder Judicial y porque, con un criterio de fondo, la independencia e imparcialidad del juzgador hace imposible que a su través la administración pueda aplicar interesadamente el Derecho» (pág. 97). El capítulo finaliza con una breve consideración acerca de su constitucionalidad para pasar posteriormente a analizar si la legislación antiterrorista española es conforme o no a la Constitución (págs. 103 y ss.).

Pero, y sin que ello suponga merma alguna en el interés que ofrecen los capítulos anteriormente reseñados, es en los tres últimos capítulos de esta obra donde radica el especial mérito y dificultad de la misma, por cuanto, a partir de unos materiales absolutamente inéditos, como señala García Valdés en el Prólogo, el autor ofrece una visión de nuestra legislación antiterrorista a la luz de la interpretación jurisprudencial realizada por la Audiencia Nacional.

Al margen de este ya primer y señaladísimo acierto, por el interés, oportunidad y originalidad del tema, destaca a simple vista la espléndida sistematización del mismo, ofreciendo al lector una clara visión de la actuación de la Audiencia Nacional en tres grandes ámbitos: «la aplicación de la legislación antiterrorista por la Audiencia Nacional» (págs. 161 y ss.), la «delimitación jurisprudencial de la delincuencia funcionalmente terrorista» (págs. 195 y ss.), y las «especialidades político-criminales de la legislación antiterrorista en orden a los arrepentidos y el régimen de indemnizaciones» (págs. 225 y ss.).

Dentro de estos tres últimos capítulos merece especial consideración la parte destinada a la «configuración jurisprudencial del delito de pertenencia a banda armada» (pág. 188 y ss.) y a la «delimitación jurisprudencial de la delincuencia funcionalmente terrorista» (págs. 195 y ss.) en sus vertientes de colaboración y apología del terrorismo.

Pero si en general la magnitud de la obra se comenta por sí misma, las conclusiones que podrían destacarse en este apartado han sido ya suficientemente resaltadas por el autor en las páginas 257 y 260 de la obra. Sin embargo, una de ellas me parece de singular importancia a la hora de ser señalada: el innecesario mantenimiento de una legislación penal específica para estos delitos (conclusión 8.ª, págs. 258 y 259), teniendo en cuenta, además de otros razonamientos posibles, el «grado de inaplicación jurisprudencial de las leyes antiterroristas».

Finaliza este trabajo con la inclusión de tres anexos, donde se sistematiza el material jurisprudencial empleado, atendiendo a las «sentencias dictadas por la Audiencia Nacional en materia de delincuencia terrorista» (págs. 263 y ss.), a los «grupos terroristas enjuiciados por la Audiencia Nacional con indicación de las sentencias citadas en esta obra que les afectan» (págs. 297 y ss.), y a las «normas penales empleadas por la Audiencia Nacional al enjuiciar y condenar la delincuencia terrorista con indicación de las sentencias citadas en esta obra donde se utilizan» (págs. 301 y ss.).

Para finalizar sólo resta señalar que este documentadísimo trabajo (basta ojear la abundante bibliografía reseñada) supone sin duda un material indispensable para cuantos pretendan obtener una visión global de la aplicación de la legislación antiterrorista en España. Si al gran soporte de datos que contiene la obra unimos la indiscutible sensibilidad de su autor, concluiremos que Esteban Mestre es, sin lugar a dudas, un digno discípulo de su maestro.

SILVIA VALMAÑA OCHAÍTA
Profesora de Derecho Penal
C.U. «Cardenal Gil de Albornoz» (Cuenca)
Universidad de Castilla-La Mancha

ORTS GONZALEZ, María Dolores Soledad: «El delito de usurpación típica de funciones públicas», Colección Estudios criminológicos. Serie: Minor, n.º 1, Servicio de Publicaciones, Universidad de Córdoba, 1987, 156 pp.

El libro que con el título de «El delito de usurpación típica de funciones públicas» nos presenta su autora doña María Dolores Soledad Orts González, constituye una magistral obra brillantemente desarrollada bajo la dirección del profesor Miguel Polaino Navarrete y en la que se aúnan el interés práctico, la profundidad doctrinal y la atención jurisprudencial.

En cuanto a su estructura, la obra consta de 10 capítulos, iniciándose con una introducción en donde la autora centra la problemática del tema objeto de su trabajo, referente a las usurpaciones funcionales como a las usurpaciones profesionales.

Se nos pone de manifiesto en el ámbito de las usurpaciones típicas la grave problemática de aquellas conductas delictivas en donde básicamente la astucia, la sutileza en su exteriorización, la falacia que comportan y el abuso de la buena fe, junto a la mayor apariencia de adecuación social hacen que la infracción al objeto de tutela del Derecho Penal sea mucho menos ostensible que aquellos otros comportamientos de orden fundamentalmente violentos.

A continuación se realiza un detallado estudio de los antecedentes histórico-legislativos, analizándose la diversidad de modalidades típicas de comportamiento usurpatario previstas en los distintos Códigos penales españoles, las modificaciones y alteraciones notables del contenido de la descripción de los tipos delictivos en su respectiva formulación y singularidades que ofrece la incriminación de las conductas delictivas objeto de consideración.

Seguidamente se procede en el marco del sistema legal vigente, a la concreción sistemática de la amplia diversidad de conductas usurpatorias genéricamente y a la delimitación sistemática del casuismo legislativo referida a las singulares categorías de figuras delictivas de usurpación de ejercicio de función pública, usurpación de ejercicio de profesión titulada, usurpación de uso de nombre supuesto o de título mobiliario y usurpación de uso de uniformes, títulos, diplomas o nombramientos.

En el capítulo 4.º, se efectúa el estudio de los momentos esenciales de la acción típica, delimitando los conceptos penales de autoridad y de funcionario público, como presupuestos de la acción típica usurpatoria de la función pública, la determinación del significado y alcance del ejercicio de los actos propios de autoridad o de funcionario público, trascendente en la delimitación de la conducta típica e igualmente se efectúa el examen del sentido de la relación existente entre el núcleo de la acción, esto es, el ejercicio de los actos propios de la función pública y la falsa atribución de carácter oficial por parte de quien procede a realizar tal conducta usurpatoria funcional careciendo de legitimidad y actuando como si estuviera públicamente investido de ella.

En el estudio de la tipicidad, se realiza el estudio de la delimitación estructural positiva del tipo legal al diferenciar los elementos de tipificación que se limitan a la caracterización positiva de la conducta de aquellos otros correspondientes a la acción delictiva, refiriéndose en concreto bajo un nuevo planteamiento de relevante trascendencia dogmática a la exigencia de que el sujeto de la conducta actúe sin título o causa legítima, de un lado, y, de otro, al elemento de tipicidad determinado por la atribución de carácter oficial.

Seguidamente, en el estudio de la antijuricidad se examinan detenidamente los posibles objetos de protección en orden a la delimitación del bien jurídico protegido en

los tipos de usurpaciones funcionariales, así como también lo relativo a la posibilidad de apreciación de las causas de justificación.

Relativo a la culpabilidad, se hace examen de las posibles formas de realización culpable del tipo de injusto de la usurpación funcionarial.

En el capítulo 8, estudia lo concerniente a la punibilidad, el «*iter criminis*» y autoría y participación.

Finalmente, la autora dedica los dos últimos capítulos de este libro al estudio, por un lado, del tipo privilegiado de usurpación de funciones contenido en el párrafo 3 del artículo 320 del Código Penal y relativo a la usurpación de atribuciones en orden a la concesión de distinción honorífica y, de otro, al del tipo equiparado a la usurpación funcionarial previsto en el párrafo 2 del artículo 320 del Código Penal y referente a la usurpación de carácter que habilite para el ejercicio de actos propios de ministros de culto o ejerciere dichos actos.

Se hace, pues, por doña María Dolores Soledad Orts González un completo estudio que ofrece una visión clara y minuciosa del tema de las usurpaciones de funciones públicas, expuesto con gran sencillez para su comprensión, ordenado de forma clara y con un análisis riguroso de todas las cuestiones que se suscitan.

Se trata, en suma, de una obra de uso imprescindible y consulta para todos aquellos interesados en el conocimiento de los temas jurídicopenales.

Son de destacar asimismo las palabras elogiosas del profesor Dr. Manuel Cobo del Rosal en el prólogo del libro, diciendo que «la calidad científica del trabajo que presenta, sobre un tema de máximo interés jurídicopenal y políticocriminal, a la luz de las exigencias constitucionales de la salvaguarda normativa y de la aplicación efectiva de la Función pública al servicio de la Sociedad, lo acredita fehacientemente».

Constituye, asimismo, motivo de satisfacción académica el que con este libro se inicia una serie de publicaciones monográficas del Instituto de Criminología de la Universidad de Córdoba, en el cual su Director el profesor Miguel Polaino Navarrete viene realizando e impulsando una continua y progresiva labor investigadora y científica.

ENRIQUE CASAS BARQUERO
Profesor Titular de Derecho Penal
Universidad de Córdoba

ROMERO COLOMA, Aurelia María: «Derecho a la intimidad, a la información , y proceso penal», Editorial COLEX, Madrid, 1987, 109 pp.

Ciertamente, como señala la propia autora en el escueto «prólogo» de la obra, el derecho a la intimidad frente al derecho a la información «ofrece cada vez mayor interés, suscitando grandes dificultades y posiciones enfrentadas en la doctrina». Y ello es así, porque no podía ser de otra manera.

Cuando en el artículo 20 de nuestra Constitución de 1978 se proclama que se reconoce y protege el derecho «a comunicar y recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión», se hace especial énfasis en que existen unos límites en su ejercicio, «*especialmente*, en el derecho al honor, a la *intimidad*, a la propia imagen, etc.». Se intenta, pues, mantener un cierto equilibrio entre ambos derechos.

Ese «interés», que podemos denominar «privado», a la intimidad puede chocar, choca de hecho en múltiples y variadas ocasiones, con otro interés, que denominaríamos

«público» en contraposición al anterior, cual es el interés a la información. Ciertamente también, como señala la autora, que la difusión de informaciones se ha convertido hoy en un servicio necesario para la sociedad; se trataría entonces de armonizar ambos tipos de interés.

A esta especial problemática intenta dar solución o, por lo menos, señalar las pautas interpretativas que puedan ser punto de partida para ello, la obra que comentamos.

Con este manifestado fin, la autora bucea en los textos históricos y en el Derecho comparado para aproximarnos a la cuestión. Realizada dicha operación de una manera sucinta, se trata de delimitar los conceptos de *intimidad* y su protección, y del denominado «derecho a la información».

Tras analizar algunas de las opiniones más significativas de la doctrina en tales cuestiones, la autora llega a esbozar un concepto de la intimidad en estos términos: «la intimidad es el derecho en virtud del cual excluimos a todas o determinadas personas del conocimiento de nuestros pensamientos, sentimientos, sensaciones y emociones. Es el derecho a vivir en soledad aquella parte de nuestra vida que no deseamos compartir con los demás, bien sea con la sociedad que nos rodea, con todo el mundo que nos circunda, o bien con una parte de ese mundo». De ahí pueden desprenderse claramente los límites infranqueables de la información, que, por otra parte y como bien señala la autora, debe reunir los requisitos de veracidad de los hechos, interés de los mismos para el público, y que su divulgación no ocasione daños a los intereses colectivos.

Continuando con su exposición, Aurelia María Romero pone de manifiesto cómo la normativa española sobre la intimidad es fragmentaria e incompleta, y repasa las diversas disposiciones que en nuestro ordenamiento jurídico contemplan la cuestión, con especial detenimiento en las disciplinas del Derecho Constitucional, Derecho Penal, Derecho Civil y Derecho Procesal.

Se detiene después en aspectos concretos de la colisión entre la divulgación de un hecho concerniente a la vida privada de alguien y la libertad de información, separando las nociones de honor, imagen e intimidad, y resaltando la importancia capital del acto libre del consentimiento.

Las últimas páginas del libro están referidas a la problemática de la intimidad y la información en el proceso penal y a la exposición de unas someras conclusiones a modo de resumen.

En definitiva, la obra constituye un buen estudio de cuestiones de tanta actualidad, y es, por lo mismo, obligado punto de partida para ulteriores investigaciones sobre las mismas. Consigue, pues, el objetivo primordial confesado por su autora: «tomar postura y llegar a unas conclusiones que puedan servir tanto al investigador como al profesional del Derecho».

JULIO DÍAZ-MAROTO y VILLAREJO
Universidad Autónoma de Madrid

ROMERO, Gladys: *«Los elementos del tipo de estafa»*, Lerner Editores Asociados, Talleres Edigraf, Buenos Aires, 1985, 323 pp.

El libro sobre «Los elementos del tipo de estafa», constituye una obra valiosa e interesante que viene a dar soluciones novedosas a los problemas más importantes que en la sociedad actual se plantean con el aumento de la «criminalidad engañosa», cons-

tituyendo propiamente la elaboración de una teoría general del delito de estafa, como la autora en el prólogo de su obra señala.

En cuanto a su estructura, la obra consta de dos partes. La primera, está dedicada a la evolución del concepto de estafa, y en la que diferencia tres capítulos, dedicados, el primero de ellos, al análisis de su evolución conceptual, bien a través de los diferentes Códigos penales españoles, así como con alusión a la legislación argentina; el segundo, a la evolución del concepto de estafa en la doctrina, en donde se analiza el pensamiento de aquellos juristas que van a conformar el moderno concepto de estafa para, con mayor profundidad pasar a su estudio en la moderna teoría, a partir de la tipificación dada por el Código Penal español de 1944, planteando la problemática entre otra de la determinación del tipo básico de estafa, su concepto y elementos generales que lo constituyen.

El tercer capítulo, examina la concepción tanto amplia como restringida en el ámbito jurisprudencial, de este tipo de delito tanto española como argentina.

La segunda parte del libro, mucho más amplia y extensa, nos ofrece en un primer apartado unas referencias básicamente en orden a la distinción entre el tipo del texto y tipo de la interpretación, a fin de definir un concepto de estafa, fijando su fundamento, y en un segundo apartado, una visión clara y minuciosa de los distintos elementos del tipo-objeto de estafa, con los capítulos referidos al análisis del engaño, el error, la disposición patrimonial y el perjuicio patrimonial.

Sería muy prolijo hacer aquí breve referencia a la gran cantidad de cuestiones y supuestos que se plantean en la obra, sobre todo de aquellos más actuales y controvertidos que suelen en la praxis plantearse, dándole una visión personal, tanto original, como innovadora, y con continua revisión de la doctrina más reciente, tanto científica como jurisprudencial.

Las últimas hojas del libro se dedican a la exposición de las conclusiones finales, que nos muestra de forma sintética y sencilla aquello que la autora piensa como consecuencia del detenido estudio de cada particular problema, para, finalmente, hacer referencia a la bibliografía empleada en el desarrollo dogmático de este trabajo.

Debe decirse que la obra, aun cuando fundamentalmente se refiere al estudio de este delito tal como está regulado en el Derecho español, no prescinde en «alguna medida» del Derecho iberoamericano y más propiamente argentino, al cual le dedica, prácticamente en la totalidad de los capítulos de la obra, apartados específicos que nos hace ver de forma comparativa la concepción doctrinal y jurisprudencial de lo que «podría llamarse el Derecho Penal moderno», como lo denomina la autora.

El trabajo se hace acreedor de altos elogios, no sólo por cuanto que realiza un riguroso análisis doctrinal y jurisprudencial de la problemática delictiva objeto de estudio, sino también por la palpante actualidad de las cuestiones que en el libro se suscitan y resuelven de los problemas que la sociedad tiene, como en el prólogo de la obra se indica, debido al incremento de «nuevas técnicas de criminalidad engañosa» a causa de «la complicación en el ámbito de los negocios de la vida capitalista y el ansia de lucro», lo que «obliga a una constante reelaboración del tipo de interpretación de este delito».

ENRIQUE CASAS BARQUERO
Profesor Titular de Derecho Penal
Universidad de Córdoba

TERRADILLOS BASOCO, Juan: «Delitos societarios. El Derecho Penal en las Sociedades Mercantiles a la luz de nuestra adhesión a la CEE», Ed. Akal, Madrid, 1987, 111 pp.

Es conocido, puesto que así lo ha denunciado ya reiteradamente la doctrina, que el Derecho Penal español de fin de siglo se presenta estructurado, fundamentalmente, en torno a un Código que ha sufrido más reformas parciales que las que su lógica interna admite, que no satisface todas las exigencias constitucionales de defensa de bienes jurídicos y que se sitúa al margen del proceso de reestructuración y actualización que está experimentando nuestro ordenamiento jurídico como consecuencia de la integración española en las Comunidades Europeas.

Con estos presupuestos, la necesidad de construir un nuevo ordenamiento penal adecuado a la sociedad española contemporánea se justifica por sí sola, y a esa tarea deberían estar abocados los estudios e investigaciones de nuestros teóricos. Sin embargo, frustradas todas las esperanzas de que lleguen a materializarse como derecho vigente los proyectos alternativos que, en distinto grado de maduración normativa, fueron hechos públicos en 1980 y 1983, y no existiendo (al menos, aparentemente) voluntad política dirigida a elaborar un nuevo Código que satisfaga las actuales exigencias sociales de tutela de bienes jurídicos (en particular, los de carácter colectivo), la investigación doctrinal está reforzando notablemente sus aspectos testimoniales y críticos, poniendo de manifiesto, con esta perspectiva, los numerosos defectos y disfuncionalidades que caracterizan al ordenamiento penal vigente.

En este contexto se sitúa la última aportación del profesor Terradillos, reciente Catedrático de la Universidad de Cádiz (Facultad de Derecho de Jerez), que, haciendo referencia a un aspecto muy determinado de nuestro ordenamiento jurídico (al que también dedicó atención, en su día, y con otra perspectiva, en el monográfico que «Documentación Jurídica» dedicó a la PANCP), y ya desde su sugestivo título, pone de manifiesto la existencia y gravedad de aquella crisis normativa.

No pretende el autor, tan sólo, remarcar, con ánimo descriptivo, la insuficiencia de las tipologías delictivas tradicionales para hacer frente a la delincuencia societaria, lo que es evidente (pp. 36, 41 y 48), sino, profundizando en el modelo económico diseñado por la Constitución de 1978, y en el marco normativo comunitario al que debe ajustarse la legislación española, señalar la ineludible obligación que pesa sobre el legislador de adoptar una nueva regulación penal sobre esta materia, ofreciendo propuestas concretas para su construcción.

Para ello, Terradillos parte, como presupuestos de hecho, de los siguientes datos: primero, la complejidad y tecnificación que ha adquirido el tráfico jurídico mercantil en la actualidad; segundo, la idoneidad del entramado societario para determinadas conductas delictivas de carácter económico; y, tercero, la exigencia, contenida en la normativa comunitaria, de que los Estados miembros defiendan la seguridad del tráfico y los intereses públicos en la actividad económica. En estas condiciones, entiende el autor que la trascendencia general de los ilícitos societarios, su proliferación, impunidad histórica y carácter pluriofensivo (pp. 55, 69 y 103), justifican sobradamente la necesidad de atribuir esas funciones de tutela al ordenamiento penal (superando un modelo meramente sancionatorio de ilícitos civiles), introduciendo en el mismo preceptos que, fundamentalmente, castiguen la comisión de falsedades en la información social, los actos de «infidelidad de los órganos sociales» (abuso de posición preeminente fraudulentamente obtenida, explotación abusiva de informaciones privilegiadas, disposiciones no autorizadas del patrimonio social) y los ataques a la integridad del capital social.

La incriminación de estas conductas en el ordenamiento jurídico español habría de realizarse, en opinión del autor, evitando en lo posible la técnica de reenvío a las normas mercantiles (p. 53), utilizando fórmulas amplias que permitan abarcar todo el espectro de posibles sujetos (p. 58), y posibilitando el castigo de determinados comportamientos omisivos de los administradores (pp. 65 y ss.). Como puede apreciarse, late en toda la obra un marcado interés por dotar de efectividad al contenido de esta regulación punitiva que se propone.

Esta finalidad es particularmente notoria en el estudio de las sanciones penales, capítulo éste (pp. 103 y ss.) que posiblemente resulte el más polémico de la obra. En efecto, la propuesta que realiza Terradillos, de exclusión de las penas privativas de libertad para el delincuente de cuello blanco, y su sustitución por otras medidas que se califican de mayor eficacia preventiva (así medidas de seguridad de tipo patrimonial u organizativo sobre la propia sociedad; multas; inhabilitaciones; o publicación de las sentencias que se impongan), puede propiciar que se replantee el problema del denominado «benefit of bussines», o que se cuestione si, en estos delitos societarios, por naturaleza con trascendencia mercantil, la imposición de penas de multa a los infractores protege efectivamente a la colectividad, toda vez que el costo económico que supone el riesgo de su imposición podría, en no limitados supuestos, repercutirse sobre el consumidor final.

Es virtud de este libro permitir que se planteen todas estas cuestiones, porque hace patente la necesidad, cada día más ineludible, de elaborar un derecho penal societario que satisfaga las exigencias de tutela que actualmente formula la sociedad española. Junto a ella, la novedad del tema, la redacción ágil, y el rigor con que se abordan las soluciones que han quedado esbozadas, son también méritos indiscutibles de esta obra.

Esteban MESTRE DELGADO
Profesor Ayudante de Derecho Penal
Universidad de Alcalá de Henares

Revista de revistas

«NEUE JURISTISCHE WOCHENSCHRIFT»

Revista semanal. Año 40, primer tomo (fascículos 1 a 26, páginas 1 a 1576).
C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung. München y Frankfurt, 1987.

KNAUTH, Alfons: Kapitalanlagebetrug und Börsendelikte im zweiten Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität. (Estafa de inversión de capital y delitos bursátiles en la segunda Ley de represión de la criminalidad económica). Págs. 28-33.

La segunda Ley de represión de la criminalidad económica, en vigor desde el 1 de agosto de 1986 creó tipos penales nuevos y reformó otros ya existentes. Entre los de nueva creación está el § 264 a StGB, relativo a la llamada estafa de inversión de capital; entre los reformados, los §§ 88 y 89 de Ley de Bolsas (Börsengesetz, BörsG), relativos a las estafas de cotización (Kursbetrug) y con prospectos (Prospektbetrug) y a la inducción a la especulación bursátil (Verleiteten zur Börsenspekulation). El autor del presente artículo explica el contenido de todos estos preceptos, subrayando las cuestiones que se plantean, especialmente orientadas a la práctica.

WOLF, Rüdiger: Nochmals: Helm ab zum Gebet. (De nuevo: Quitense el casco para la oración). Pág. 36.

Contestación crítica al artículo de Kiskalt en NJW 1986, 2479-2480, ya recogido por mí en ADPCP 1987.

BAUMANN, Jürgen: Demonstrationsziel als Bewertungsposten bei der Entscheidung nach § 240 II StGB? (¿El fin de la manifestación como factor de valoración para la decisión según el § 240 II StGB?) Págs. 36-38.

El § 240 II StGB declara que hay coacciones de carácter antijurídico cuando la utilización de la violencia o la amenaza del mal aparecen como reprobables para la consecución del fin que se pretende.

Comienza Baumann criticando la ampliación del término violencia en las coacciones realizado por la jurisprudencia alemana y que ha llevado, en su opinión, a decir que «es violencia lo que funciona como violencia» o peor aún, «es violencia lo que funciona coactivamente». Ciertamente reconoce el veterano catedrático de Tubinga que hay medios coactivos importantes que escapan al concepto violencia en sentido estricto o al de amenaza de un mal y que frente a tales medios se impone una respuesta fuerte, como la del Derecho penal. Pero tal respuesta ha de darla el legislador creando nuevas definiciones de las coacciones y no la jurisprudencia ampliando de modo intolerable el término violencia.

Todo ello tiene gran importancia en el tema de las sentadas que bloquean el tráfico, tan de moda en la R.F.A. en los últimos años.

Efectivamente, contemplando ya el § 240 II StGB, para quien amplíe de la forma señalada el contenido del término violencia, ya la aplicación de esa violencia será antijurídica y reprochable o al menos «la aplicación ilícita de violencia no podría ser un medio recto para un fin recto» y siempre habría coacción antijurídica. Sin embargo, para Baumann, como hemos visto, esto no se puede interpretar así y habrá que analizar la relación medio-fin en cada caso. Y aquí se plantea si debe contemplarse el fin próximo o el fin remoto o último de la manifestación. El fin próximo de las sentadas es interrumpir o dificultar durante un periodo breve de tiempo el tráfico. Se dice que, salvo cuando esa interrupción sea insignificante, ya estamos, desde el punto de vista de la relación medio-fin, ante algo antijurídico. Para Baumann, con ello se olvida que, en muchas manifestaciones de tipo convencional y permitidas, se produce una interrupción o dificultamiento mayor del tráfico que durante una breve sentada y que en ellas también hay una «causalidad psíquica» frente a los demás participantes en el tráfico, que les obliga a tomar en consideración la posibilidad de retrasarse o tener que realizar desvíos. Y sin embargo no se plantea el carácter criminal de tales manifestaciones. ¿Por qué entonces han de ser más criminales las sentadas brevísimas que las manifestaciones «que marchan»? , acaba preguntándose retóricamente Baumann.

En cuanto a los fines últimos o remotos de cualquier manifestación, Baumann toma clara postura contra la teoría jurisprudencial del «fin noble» y contra Janknecht (NJW 1986, 2411-2412, recogido en ADPCP 1987). Para el autor del presente artículo el fin remoto no debe tenerse en cuenta a la hora de considerar punible o permitir la conducta, pues ello llevaría a la inseguridad jurídica y sería contrario al principio de igualdad de trato y a la neutralidad judicial. Sería en definitiva contrario al derecho de manifestación, que ha de valer para todos, sobre todo teniendo en cuenta que las ideas políticas, sociales, económicas, etc., dominantes acaban cambiando y no pueden imponerse (hace 30 años, una manifestación-sentada contra las centrales de energía de carbón o contra la «muerte» de bosques habría sido tachada de no tener un fin noble, de ser contraria al progreso).

EVERS, Hans-Ulrich: Sprengung an der Celler Gefängnismauer: Darf der Verfassungsschutz andere Behörden und die Öffentlichkeit täuschen? (Explosión en el muro de la prisión de Celle: ¿puede la Defensa Constitucional engañar a otros funcionarios y a la autoridad?) Págs. 153-168.

Para analizar hasta qué punto pueden los funcionarios de la Defensa Constitucional realizar actuaciones que en principio parecen encajar en lo penal o administrativamente

te prohibido engañando u ocultando los hechos a la opinión pública y a otros funcionarios, como los judiciales por ejemplo, se sirve Evers de un caso real ocurrido en el verano de 1978: Funcionarios de la Defensa Constitucional pusieron en escena la explosión de una bomba junto al muro de la prisión de Celle, que no causó daños personales (se tomaron precauciones al efecto) y sólo un pequeño agujero en tal muro. El fin de lo mismo y de informaciones difundidas después por esos funcionarios era hacer recaer las sospechas sobre el infiltrado L y un tal B, también infiltrado, de modo que L (que aparentemente había salido de la cárcel, en que estaba preso, con un permiso de paseo, sin regresar) pudiera conseguir información infiltrándose en grupos terroristas, cosa que le sería fácil si a él se le había imputado un hecho terrorista como el de la prisión de Celle. Funcionarios judiciales y administrativos abrieron los procedimientos judiciales oportunos, sin ser informados de la maniobra puesta en acción, para no frustrar el éxito de la operación. Sólo con bastante posterioridad se les informó de todo, así como a la opinión pública.

Según el autor del artículo, los funcionarios de la Defensa constitucional no incurrir en responsabilidad penal ni administrativa alguna. En lo penal, pese a que su actuación pareciera encajar en algunos tipos penales, como el § 164 StGB (acusación falsa), cosa que tampoco le parece absolutamente clara a Evers, la conducta estaría justificada por el § 4 de la Ley de la Defensa constitucional del Land Niedersachsen (NdsVerfSchG), que permite a esos funcionarios la utilización de medios con carácter de servicio secreto, para la realización de sus tareas, con ciertas precisiones. Interpretando conjuntamente las normas, según el autor, tal párrafo permitiría realizar acciones típicas que no atenten contra derechos fundamentales, cosa que no ocurre con la figura del § 164 StGB. En cuanto al ataque de los bienes jurídicos personales del infiltrado, en cuanto pudiera ser típico, está justificado por el consentimiento del mismo.

WEIDES, Peter: Der Jugendmedienschutz im Filmbereich. (La protección de la juventud frente a los medios de comunicación en el ámbito cinematográfico). Págs. 224-233.

Entre otras muchas cuestiones, trata el autor la de la protección penal en este campo, representada fundamentalmente por el § 131 StGB (en realidad no específicamente pensado para proteger a los jóvenes) y el § 184 (más concretamente orientado a tal protección).

HELLE, Jürgen: Der Ausschluß privatrechtlichen Ehrenschatzes gegenüber Zeugnisaussagen im Strafverfahren. (La exclusión de la protección jurídica privada del honor frente a las declaraciones de los testigos en el proceso penal). Págs. 233-234.

KUPSCH: Das neue Ordnungswidrigkeitenrecht. (El nuevo Derecho de contravenciones). Págs. 352-357.

Explicación de las modificaciones realizadas en ese campo, en especial para conseguir la agilización de procesos (por ejemplo: mayor intervención de órganos no judiciales), modificaciones que no han quedado exentas de críticas.

LAMBERT, Gisbert: Umweltgefährdende Beseitigung von Gärfuttersickersaftten. (Desecho peligroso para el medio ambiente de los rezumes del forraje almacenado en silos). Págs. 421-424.

Comentario a partir de la sentencia de 11-2-1986 del OLG Celle, recogida en NJW 1986, 2326-2328 (reseñada por mí en ADPCP 1987).

MAATZ, Rüdiger: Zur Zäsurwirkung einer früheren Verurteilung im Rahmen nachträglicher Gesamtstrafenbildung. (Acerca del efecto de cesura de una condena anterior en el marco de la ulterior determinación de la pena final resultante). Págs. 478-479.

Comentario a la sentencia del BGH de 13-11-1985 (NJW 1986, 440-441, recogida por mí en ADPCP 1986, 1034).

BRUNS, Manfred: AIDS, Prostitution und das Strafrecht. (SIDA, prostitución y Derecho penal). Págs. 693-695.

El autor del artículo parte de un caso aireado por el diario sensacionalista Bild: Un hombre afectado de SIDA y consciente de ello ofrecía contra pago «sus servicios» en la estación de Múnich, haciendo tres o cuatro clientes al día. Preguntado por un cliente qué eran las manchas marrones raras que tenía en su cuerpo, contestó que sólo señales de viruela. El sujeto fue finalmente detenido, algún tiempo después de que las autoridades sanitarias recibieran «un soplo», habiendo contagiado a unos cien hombres.

El Bild se preguntaba si al sujeto le correspondería cadena perpetua y citaba al respecto al ministro bávaro de Justicia, Sr. Lang, diciendo que la infección dolosa de otro con SIDA se podía castigar como delito de envenenamiento (§ 229 StGB) e incluso, en su caso, el sujeto podía ser acusado de asesinato (§ 211 StGB). El Bild añadía que sólo se había interpuesto contra el autor del contagio denuncia por «prostitución profesional». El autor del artículo intenta aclarar qué responsabilidad penal puede haber realmente en un caso como ése, dadas las peculiaridades, respecto a otras enfermedades contagiosas, del propio contagio, tiempo de incubación y posibilidad de detección de la infección con virus del SIDA (lesión utilizando procedimiento o medio peligroso del § 223 a StGB fundamentalmente) y sobre todo plantea qué medidas se pueden tomar para evitar o reducir al máximo esos contagios, llegando a la conclusión de que los únicos medios efectivos y recomendables son los informativos, que traten de concienciar a las personas de que las aventuras sexuales sólo pueden realizarse con precauciones, fundamentalmente la utilización de preservativos. En otras formas de contagio, es decir

en las producidas por vía sanguínea, la concienciación fundamental sería la de inculcar que se usen jeringuillas desechables y una sola vez en la inyección de drogas.

KILIAN, Wolfgang: Rechtliche Aspekte der digitalen medizinischen Archivierung von Röntgenunterlagen. (Aspectos jurídicos del archivo médico digital de los documentos de rayos X). Págs. 695-698.

Los adelantos técnicos permiten ya que no sea necesario fijar la imagen obtenida por rayos X a una placa o papel sensible para su archivo. Las nuevas formas de archivo gracias a la digitalización plantean cuestiones jurídicas que, en lo relativo al Derecho penal, afectan según Kilian al deber de secreto médico, pues entran en juego puestos internos y externos de documentación y sus colaboradores técnicos (en vez de un médico o equipo médico exclusivamente, como en las placas); para el autor del artículo, el comunicar datos a esos colaboradores no quiebra el secreto médico, pues se trataría de ayudantes del médico y no de terceros extraños, siempre que, eso sí, exista la capacidad de control por parte del médico sobre el uso que se haga de los datos (en especial cuando son empresas privadas las que manejan comercialmente la documentación). Como esa posibilidad de control no está muy clara, habría que tener muchas precauciones a la hora de decidir si en estas actividades se lesiona o no el secreto médico (§ 203 I, 1 StGB).

KÜHL, Kristian: Neue Gesetze gegen terroristischen Straftaten. (Nuevas leyes contra delitos de terrorismo). Págs. 737-747.

El autor del artículo expone el proceso legislativo ocurrido en la R.F.A. para combatir el fenómeno terrorista, proceso que ha culminado con la promulgación de distintas normas que entran en vigor en 1987, entre las que destaca la llamada Ley de represión del terrorismo, cuyas novedades jurídicopenales, de proceso penal y de Derecho constitucional organizativo de los tribunales trata Kühl.

HENTSCHEL, Peter: Gesetzliche Neuregelungen im Straßenverkehrsrecht. (Nuevas regulaciones legales en el Derecho de la circulación). Págs. 758-763.

Recogemos este artículo por lo que puedan interesar las modificaciones relativas a las contravenciones en el ámbito del Derecho de la circulación.

ARLOTH, Frank: Grundlagen und Grenzen des Untersuchungsrechts parlamentarischer Untersuchungsausschüsse. (Fundamentos y límites del derecho de investigación de las Comisiones parlamentarias de investigación). Págs. 808-812.

HUFF, Martin, W.: Die mißbräuchliche Benutzung von Geldautomaten. (La utilización abusiva de cajeros automáticos). Págs. 815-818.

Tras analizar distintos aspectos de esta problemática, el autor llega a la conclusión de que, tras la entrada en vigor de la Segunda Ley de represión de la criminalidad económica, el que utiliza ilegítimamente una tarjeta de cajero automático ajena debe ser castigado por el § 263 a StGB y el titular legítimo de la tarjeta que la utiliza de modo ilegítimo (sobrepasando la suma autorizada), por el § 266 b StGB, siendo ambos párrafos ley especial respecto a otras posibles normas penales aplicables.

KUNZ, Wolfgang: Zum Geltungsbereich des § 170 b StGB. (Acerca del ámbito de vigencia del § 170 b StGB). Págs. 881-882.

Kunz estudia si el § 170 b StGB, relativo al quebrantamiento del deber de alimentos, es aplicable también a extranjeros en la R.F.A., asunto sobre el cual existe una jurisprudencia contradictoria, incluso en la cuestión sobre si la R.D.A. se debe considerar como «el extranjero» o no.

HENTSCHEL, Peter: Die Entwicklung des Straßenverkehrsrecht im Jahre 1986. (El desarrollo del Derecho de la circulación en el año 1986). Págs. 995-1001.

El autor continúa la serie de artículos que dedica durante varios años al tema (el anterior en NJW 1986, 1314, recogido por mí en ADPCP 1986, 1031).

DÖLLING, Dieter: Das Dreiundzwanzigste Strafrechtsänderungsgesetz - Straffaussetzung zur Bewährung. (La Vigésimotercera Ley de reforma del Derecho penal - Suspensión condicional de la pena). Págs. 1041-1049.

El 1-5-1986 entró en vigor la 23.^a Ley de reforma del Derecho penal (StrÄndG). El autor del artículo señala, comentándolos, los principales cambios introducidos por la citada ley y que afectan en gran parte a la suspensión condicional de la pena. El § 56 I pasa a establecer el límite temporal superior de pena hasta el que cabe suspender la pena en un año (en vez de nueve meses), límite que puede aumentar hasta dos años, según el § 56 II, cuando concurren determinadas circunstancias en el hecho y en la personalidad del condenado. Todo ello para adecuar la ley al desarrollo jurisprudencial.

El nuevo § 57 supone una clara ampliación de la figura de la suspensión de la ejecución del resto de pena. Junto a ello, se establecen modificaciones sobre la configuración de la suspensión (asistentes o vigilantes, etc.).

La nueva ley de reforma ha regulado un problema que antes el legislador había querido dejar a la práctica: el de la suspensión del resto de pena en caso de ejecución de varias penas privativas de libertad. La reforma de los §§ 53 y 54 StGB extiende el ámbito de aplicación de los preceptos sobre determinación de la pena final resultante a la pena privativa de libertad perpetua.

Se introducen también en el § 454 b StPO (*Strafprozessordnung*, Ordenanza o Ley procesal penal) reglas para el caso en que distintas penas independientes hayan de ejecutarse sucesivamente.

Se suprime el § 48 StGB relativo a la reincidencia, lo cual es un acierto según el autor del artículo, pues, en opinión del mismo, este párrafo constituía, en el ámbito de los delitos poco graves, el peligro de imponer penas no proporcionadas a la culpabilidad, pues un hurto bagatela, por ejemplo, podía llevar a la imposición de una pena privativa de libertad de seis meses por el juego del § 48.

Se completa el § 51 II StGB, relativo al cómputo de pena anterior en la nueva pena que la sustituye, impuesta en un proceso posterior: ahora no sólo se computará la pena anterior en cuanto haya sido ejecutada, sino también cuando esa primera pena estuviera «resuelta» por haberse computado o descontado de ella otra privación de libertad anterior (prisión preventiva, medidas de seguridad privativas de libertad, etc.).

Se completan también las normas sobre amonestación con reserva de pena, con la reforma del § 59 I StGB y la introducción de un nuevo § 59 a III.

Se hace una nueva regulación que perfecciona y complementa la anterior relativa al trabajo voluntario como forma de evitar la pena privativa de libertad sustitutoria de una pecuniaria (§ 293 EGStGB, *Einführungsgesetz zum StGB*, Ley de Introducción al StGB).

También en el ámbito de las medidas de seguridad la ley comentada ha introducido cambios, como la posibilidad de interrupción del internamiento en un centro de deshabitación (internamiento recogido en el § 64 StGB) recogida por el § 67 d V, de nueva creación.

La nueva versión del § 67 II permite, en casos en que se imponga pena y medida, la ejecución de toda o una parte de la pena antes de la medida de seguridad, cuando así se consiga más fácilmente el fin de la medida, frente al antiguo § 67 II, que se refería sólo a la ejecución de toda la pena antes de la medida en esos mismos casos. Con la nueva regulación el § 67 III será en muchos casos innecesario.

El § 67 IV StGB se reforma, tomando como ejemplo el § 36 I 1 BtMG (*Betäubungsmittelgesetz*, Ley de estupefacientes), de modo que el cómputo a la pena posterior del tiempo de ejecución de la medida de seguridad ejecutada anteriormente a ella se limita a dos tercios de la pena (frente al total de la pena, como sucedía en la antigua regulación). Naturalmente el resto de pena se podrá suspender condicionalmente, si hay pronóstico favorable. Se reforma también el § 67 V 1 StGB, relativo precisamente a la suspensión del resto de pena en caso de ejecución anterior de la medida de seguridad.

Los §§ 66 II y 68 StGB se adecúan a la supresión del § 48 y se crea un § 68 II en correlación con las novedades introducidas por el § 67 d V 2.

Por fin, el § 316 I EGStGB establece una excepción a la aplicación de los §§ 67 IV y 67 d V StGB para los internamientos ordenados antes de la entrada en vigor de la ley de reforma (1-5-1986).

Por último, la nueva ley ha introducido otros cambios en la StPO y en la GVG (*Gerichtsverfassungsgesetz*, Ley constitucional organizativa de los Tribunales).

El artículo termina con una valoración global positiva de Dölling hacia la ley de reforma y una estimación de lo que considera que deben ser los siguientes pasos a dar por el legislador en la reforma de la JGG (*Jugendgerichtsgesetz*, Ley de tribunales para jóvenes).

KARL, Gerhard: Fahrverbote aufgrund verschiedener Verfahren. (Prohibiciones de conducir como consecuencia de distintos procesos). Pág. 1063.

El autor se plantea el problema de si dos prohibiciones de conducir impuestas en procesos distintos, uno según el § 25 StVG (Straßenverkehrsgesetz, Ley de la circulación) y otra según el § 44 StGB, han de cumplirse sucesiva o simultáneamente, analizando los argumentos en favor y en contra de una u otra solución.

MEYER-GOßNER, Lutz: Das Strafverfahrensänderungsgesetz 1987. (La Ley de reforma del proceso penal de 1987). Págs. 1162-1169.

El autor comenta las principales novedades introducidas por la Ley de reforma del proceso penal aprobada el 30-1-1987 y que entró en vigor el 1-4-1987. Aunque no recogemos normalmente aquí artículos relativos al Derecho procesal penal, en este caso hacemos una excepción, por el carácter informativo del artículo sobre una reforma muy amplia, que además ha afectado a parágrafos de la Ley de contravenciones (OWiG), StGB, BtMG y de la Ley sobre indemnizaciones por medidas de persecución penal (Gesetz über Entschädigung für Strafverfolgungsmaßnahmen, StREG).

HOHENDORF, Andreas: § 153 a I StPO als Radikalmittel zur Bewältigung der «Massen-Bagatell-Kriminalität»? (¿El § 153 a I StPO como medio radical de dominio de la «criminalidad-bagatela-masiva»?) Págs. 1177-1180.

WEIGEND, Thomas: Das Opferschutzgesetz - kleine Schritte zu welchem Ziel? (La ley de protección de la víctima - ¿pequeños pasos hacia qué meta?) Págs. 1170-1177.

STERNBERG-LIEBEN, Detlev: «Genetischer Fingerabdruck» und § 81 a StPO. («Huella dactilar genética» y § 81 a StPO). Págs. 1242-1247.

TIEDEMANN, Klaus: Parteispenden-Entscheidung des BGH. (La sentencia del BGH sobre donativos a los partidos). Págs. 1247-1248.

Al hilo de la sentencia citada en el título, el catedrático de la Universidad de Friburgo hace ciertas reflexiones sobre algunos aspectos del § 2 StGB, relativo a la vigencia temporal de las normas penales, en concreto sobre el problema de las leyes llamadas intermedidas (o «intertemporales»), cuya regulación en el § 2 StGB no parece clara y a cuya clarificación tampoco ha contribuido, en opinión de Tiedemann, la sentencia comentada.

SACK, Hans-Jürgen: Strafbarkeit umweltgefährdender Beseitigung von Hausmüll? (¿Punibilidad de la eliminación de basura doméstica de modo peligroso para el medio ambiente de basura doméstica?) Pág. 1248.

LAUFS, Adolf: Die Entwicklung des Arztrechts 1986/87. (El desarrollo del Derecho médico en 1986/87). Págs. 1449-1456.

Colaboración anual del autor para el período 1986/87. La anterior apareció en NJW 1986, 1515-1521 (recogida por mí en ADPCP 1986, 1032-1033).

KATHOLNIGG, Oskar: Aus der Rechtsprechung zu den Vorschriften über betäubungsmittelabhängige Straftäter (§§ 35 ff. BtMG). (De la jurisprudencia sobre los preceptos relativos a delincuentes drogodependientes (§§ 335 ss. BtMG). Págs. 1456-1461.

Este artículo es similar al publicado por el autor en NStZ 1984, 496, con la diferencia de que en el presente artículo Katholnigg toma posición crítica (al menos parcialmente) frente a las sentencias que recoge.

HERZBERG, Rolf-Dietrich: Die Strafdrohung als Waffe im Kampf gegen AIDS? (¿La amenaza penal como arma en la lucha contra el SIDA?) Págs. 1461-1446.

En este interesante artículo, se enfrenta Herzberg con el tema de la responsabilidad penal del que contagia el SIDA que padece a la persona con quien mantiene relaciones sexuales (o con la que comparte jeringuilla hipodérmica). El tema ya había sido abordado por Herzberg en un artículo publicado en Aids-Forschung 1987, 52 ss., pero ahora revisa y amplía lo allí expuesto, dado el interés no sólo teórico, sino también práctico del tema, especialmente desde que existe ya alguna sentencia de tribunales alemanes al respecto.

El autor, que opina que el Derecho penal es un medio útil en la contención del SIDA, estudia diversos supuestos de hecho posibles, pero se centra en el caso del que, sabiendo que tiene SIDA, tiene relaciones sexuales con otra u otras personas. Cuando en uno de esos casos se produce realmente la muerte o el daño a la salud que implica un grave riesgo para la vida del sujeto (irrupción de la enfermedad), los únicos problemas que se plantearán (no pequeños, por cierto) para castigar al sujeto como autor de un delito consumado (doloso o imprudente) serán de carácter procesal, de prueba de la relación de causalidad. Ahora bien, insiste Herzberg, en todos los casos el peso fundamental, lo que habrá que ver para admitir o negar la responsabilidad del sujeto, es la imputación objetiva. No se puede (como, según Herzberg, se hace a menudo) pasar por encima de ella para centrar la discusión en la parte subjetiva, el dolo o la imprudencia. Sólo habrá imputación objetiva allí donde se sobrepase el riesgo permitido. Determinar dónde acaba el riesgo permitido y empieza lo injusto es difícil: Para Herzberg (y para Bruns, al que cita), el riesgo deja de ser permitido en el momento en que el sujeto no avisa del

peligro de infección a su pareja sexual o bien no toma las medidas profilácticas adecuadas (uso de preservativo) para impedir el contagio.

En cuanto a la posibilidad de castigar al que, conociendo su enfermedad, mantiene relaciones sexuales con otra persona, sin su consentimiento y sin la protección necesaria, ya como autor de una tentativa de delito doloso de homicidio o de lesiones cometidas por medio que pone en peligro la vida de la víctima, Herzberg sostiene que hay que prescindir del elemento volitivo del dolo (elemento que requiere la doctrina mayoritaria). Así, para Herzberg, bastaría para afirmar el dolo el conocimiento del peligro (no evitado con la utilización de preservativo) de contagio, lo cual procesalmente le parece fácil de probar. El «tomarse en serio» o el «consentir» o «aprobar» o «aceptar» el riesgo, la posibilidad de que se produzca el resultado (o, para excluir el dolo, el hecho de que el sujeto confiara firmemente en la no producción del resultado), que la jurisprudencia y la doctrina mayoritaria pide como elemento volitivo («querer») del dolo, junto al elemento cognoscitivo, le parece a Herzberg algo que no se da en la mayoría de los casos o que no puede ser probado. Advierte Herzberg que con esta menor exigencia para la existencia de dolo no se aumentará la punibilidad excesivamente, pues la imputación objetiva se ocupará de recortar y excluir de lo injusto muchos casos cuya punibilidad hoy se discute en el ámbito de la existencia o no de dolo. Y además no piensa que al sujeto (en los casos citados, naturalmente) se le pueda imputar sólo el contagio, pero no su consecuencia letal. Herzberg acaba reconociendo que su solución no es algo claro y que no merezca discusión, pero piensa que con ella el problema se aborda con más realismo y que desde luego no conduce a excesos, y permite al Derecho penal jugar un papel importante, pues la prevención produce sus efectos sobre posibles delinquentes de los tipos citados.

LOSCHELDER, Wolfgang: Gesundheitsrechtliche Aspekte des Aids-Problems. (Aspectos jurídico-sanitarios del problema del SIDA). Págs. 1467-1470.

Aunque los temas tratados no son estrictamente penales, sus repercusiones en este ámbito del Derecho (y viceversa, de éste en aquéllos) son evidentes. Así por ejemplo la posibilidad de reconocimiento forzoso para detectar la enfermedad o el tratamiento forzoso de la misma en presos.

EBERACH, Wolfram H.: Heimliche Aids-Tests. (Pruebas secretas del SIDA). Págs. 1470-1472.

El problema tratado en este artículo es el de la realización de pruebas para detectar la presencia del virus del SIDA en sangre de pacientes que han consentido la extracción para otro fin y que no son consultados ni informados de antemano de que se van a realizar esas pruebas.

Desde luego no hay problemas cuando la extracción y posterior prueba se realizan con consentimiento, aunque no sea expreso sobre ese punto, del paciente, por ejemplo cuando éste solicita un reconocimiento general o cuando pide que se busque la causa de los síntomas que padece y hay indicios de que pueda ser el virus del SIDA.

El caso conflictivo lo presenta la llamada «prueba para la protección del médico», por ejemplo cuando el paciente está siendo tratado únicamente de una enfermedad menor, pues en tal caso el consentimiento del paciente en la extracción no se extiende a la prueba de anticuerpos al virus del SIDA o incluso estaría el médico fuera del ámbito de las intervenciones curativas. Así, si el médico (para la protección suya y del personal sanitario frente a posibles contagios) realiza sin consentimiento (o con consentimiento conseguido fraudulentamente, diciéndole al enfermo que los análisis a realizar son los ordinarios para ver su evolución) en ese caso la extracción y prueba, cometería un delito de lesiones peligrosas del § 223 a StGB.

Mayores problemas presenta el caso de «dolus subsequens» del médico: una vez realizada la extracción con consentimiento para otros análisis, surge en el médico la idea de realizar la prueba del SIDA, cosa que hace. En tal caso no habría, según el autor del artículo, responsabilidad penal (probablemente civil sí).

El caso más difícil parece aquel en que, a la hora de la extracción, al paciente se le informa sólo de la realización de análisis ordinarios, que luego se realizan además del muy especial del SIDA. En este caso el médico podría alegar que había consentimiento válido del paciente. Como el consentimiento no es divisible, es difícil decir que el consentimiento es en parte válido y en parte no. De todas formas, para el autor de este artículo, cuando no se informa sobre algo tan importante como la realización de la prueba del SIDA (no de cualquier prueba ordinaria) al paciente, puede considerarse inválido el consentimiento global del mismo en la extracción. Por tanto, el médico sería autor de lesiones peligrosas del § 223 StGB. Y, aunque se considerara válido el consentimiento y no hubiera consecuencias penales, subsistirían las civiles (ataque a la libertad de decisión del paciente).

En los casos en que se ha afirmado la responsabilidad penal del médico, opina Eberach que no podría acudirse a la causa de justificación del estado de necesidad del § 34 StGB, pues el peligro posible para la salud o la vida del médico y el personal sanitario no es de los que «no se pueden evitar de otra manera». Como alternativa se puede informar al paciente sobre el plan de realización de la prueba, a la que, según el autor, ningún paciente razonable se negará, explicándole que es algo que se hace con carácter general, no únicamente sobre un sujeto concreto, para lograr mayor seguridad del personal sanitario en su trabajo. Y, si el paciente se niega, el médico está obligado a seguir tratándole, tomando, eso sí, las medidas higiénicas oportunas, incluso las que tomaría de haber resultado positiva la prueba. Pero es que incluso falta el requisito principal del estado de necesidad consistente en el «peligro actual», pues, actuando con las normales precauciones sanitarias, médicamente se ha comprobado que el riesgo de contagio es prácticamente nulo.

JURISPRUDENCIA

A) COMISION EUROPEA DERECHOS HUMANOS:

— «Anspruch auf unüberwachte Verteidigersgespräche während der Untersuchungshaft.» (Pretensión de comunicación no vigilada con el defensor durante la prisión preventiva). Informe 12-7-1984. Págs. 563-564.

B) BUNDESVERFASSUNGSGERICHT (Tribunal Constitucional Federal):

- «Starbarkeit von Sitzdemonstrationen.» (Punibilidad de las manifestaciones en forma de sentada). S. 11-11-1986. Págs. 43-50.
- «Verfassungsmäßigkeit der Gurtanlegepflicht für Kraftfahrzeugführer.» (Constitucionalidad del deber de ponerse el cinturón de seguridad de los conductores de automóvil). S. 24-7-1986. Pág. 180.
- «Beschlagnahme zugunsten des Untersuchungsausschusses "Neue Heimat".» (Incautación en favor de la Comisión de investigación del asunto «Neue Heimat»). S. 5-11-1986. Pág. 770.
- «Auslieferung aufgrund eines Abwesenheitsurteils.» (Extradición en virtud de una sentencia dictada en rebeldía). Resolución 17-11-1986. Pág. 830.
- «Asylgewährung und Nachfluchtgründe.» (Concesión de asilo y motivos posteriores a la huida). Resolución 26-11-1986. Pág. 1141.

C) BUNDESGERICHTSHOF (Tribunal Supremo Federal):

- «Mittäterschaft bei Diebstahl und Raub.» (Coautoría en hurto y robo). S. 20-5-1986. Págs. 77-78.
- «Brandstiftung an einem gemischt genutzten Gebäude.» (Incendio de un edificio de utilización mixta). S. 20-6-1986. Págs. 140-141.
- «Brandstiftung bei gemischt genutztem Gebäude.» (Incendio en caso de edificio de utilización mixta). S. 18-6-1986. Págs. 141-142.
- «Auferlegung eines Verkehrsverbots.» (Imposición de una prohibición de tráfico). Resolución 21-10-1986. Págs. 198-199.
- «Garantenstellung eines Ordnungsamtsleiter.» (Posición de garante de un director de la Oficina de orden). Resolución 15-7-1986. Pág. 199.
- «Unterlassene Festsetzung der Tagessatzhöhe.» (Omisión de la determinación de la cuantía de la cuota diaria). Resolución 10-6-1986. Págs. 199-200.
- «Abgrenzung zwischen Diebstahl und unbefugtem Kfz-Gebrauch.» (Delimitación entre hurto y uso indebido de vehículos de motor). S. 16-9-1986. Pág. 266.
- «Kartellordnungswidrigkeit im Pressebereich.» (Contravención de «cartels» en el ámbito de las empresas de prensa). Resolución 4-2-1986. Págs. 266-267.
- «Unterlassene Organisationsverfügungen.» (Omisión de disposiciones de organización). S. 10-12-1985. Págs. 267-268.
- «Voraussetzungen des anwaltlichen Parteiverrats.» (Requisitos de la prevaricación consistente en deslealtad del abogado respecto de su cliente). S. 7-10-1986. Págs. 335-336.
- «Begriff des Vermögensschadens.» (Concepto del daño patrimonial). S. 22-10-1986. Págs. 388-389.
- «Anbieten pornographischer Schriften.» (Oferta de obras pornográficas). Resolución 10-6-1986. Págs. 449-450.

- «Begriff des Werbens in § 5 II GJS.» [El concepto publicidad en el § 5 II GJS (Gesetz über die Verbreitung jugendgefährdender Schriften, Ley sobre difusión de obras peligrosas para la juventud)]. S. 4-11-1986. Pág. 451.
- «Fortsetzungszusammenhang bei Bestechlichkeit.» (Carácter de continuidad en el cohecho). S. 19-8-1986. Págs. 509-510.
- «Grenzen der Unschuldvermutung.» (Límites de la presunción de inocencia). S. 30-10-1986. Págs. 660-661.
- «Abgrenzung von Versuch und Vollendung beim Betäubungsmittelhandel.» (Delimitación entre tentativa y consumación en el tráfico de estupefacientes). S. 18-6-1986. Págs. 720-721.
- «Voraussetzungen des Eiuuhrmerkmals.» (Requisitos del elemento importación). S. 1-10-1986. Págs. 721-722.
- «Vereinbarung über Lohnsteuerhinterziehung.» (Connivencia para la defraudación del impuesto sobre la renta del trabajo personal). S. 24-9-1986. Págs. 786-787.
- «Keine Garantenstellung durch Wohngemeinschaft.» (No existe posición de garante derivada de la comunidad de domicilio). S. 7-11-1986. Págs. 850-851.
- «Kettenbriefaktion kein Glücksspiel im strafrechtlichen Sinn.» (Una campaña de cartas en cadena no es juego de azar en sentido jurídico-penal). Resolución 29-9-1986. Págs. 851-853.
- «Zu langes Fahren auf der überholspur.» (Permanencia demasiado prolongada en el carril de adelantamiento). Resolución 9-12-1986. Pág. 913.
- «Ernstlichkeit eines Tötungsverlangens.» (Seriedad de la solicitud de homicidio a petición de la propia víctima). Resolución 25-11-1986. Págs. 1092-1093.
- «Verstoß gegen Lenk— und Ruhezeitvorschrift im Ausland.» (Infracción del precepto sobre tiempos de conducción y descanso en el extranjero). Resolución 19-6-1986. Págs. 1152-1153.
- «Einbeziehung früherer Gesamtstrafen.» (Inclusión de penas finales resultantes anteriores). Resolución 12-12-1986. Pág. 1210.
- «Verhängung von zwei getrennten Gesamtstrafen in einem Urteil.» (Imposición de dos penas finales resultantes separadas en un juicio). Resolución 18-9-1986. Páginas 1211-1212.
- «Strafbarkeit von verdeckten Parteispenden.» (Punibilidad de donativos clandestinos a los partidos). S. 28-1-1987. Págs. 1273-1279.
- «Umweltgefährdende Ablagerungen auf Mülldeponien.» (Almacenamiento peligroso para el medio ambiente en depósitos de basura). S. 31-10-1986. Pág. 1280.
- «Straftat eines Beamten als Diensthandlung.» (Delito de un funcionario como acto de servicio). S. 28-10-1986. Págs. 1340-1342.
- «Referenzfilmförderung.» (Fomento de película recomendada). S. 20-6-1986. Páginas 1426-1427.
- «Erschleichen von Heileingriffe.» (Consentimiento obtenido fraudulentamente del paciente para intervenciones curativas). S. 23-12-1986. Pág. 1495.

D) OTROS TRIBUNALES PENALES:

- «Unrechtsbewußtsein bei Beurteilung einer Straftat als Ordnungswidrigkeit.» (Conciencia de la antijuridicidad al considerar equivocadamente un delito como contravención). OLG Celle. S. 10-9-1985. Págs. 78-80.
- «Trunkheitsfahrt auf einem Parkplatz.» (Conducción en estado de embriaguez dentro de un aparcamiento). OLG Stuttgart. Resolución 15-10-1986. Pág. 142.
- «Anforderungen an "actio libera in causa"; Wahl des Strafrahmens.» (Requisitos de la «actio libera in causa»; elección del marco penal). OLG Schleswig. Resolución 16-5-1985. Pág. 142.
- «Aussetzung von Jugendstrafe und Dauerarrest.» (Suspensión de pena para jóvenes y arresto prolongado). LG Aushurg. S. 22-1-1986. Pág. 142.
- «Keine Gurtanlegepflicht beim Halten vor einer Verkehrsampel.» (No hay deber de tener puesto el cinturón de seguridad durante la parada ante un semáforo). OLG Celle. Resolución 10-10-1985. Págs. 200-201.
- «Laufenlassen eines Hundes im Straßenverkehr.» (Dejar un perro suelto en mitad del tráfico). OLG Düsseldorf. Resolución 22-8-1986. Pág. 201.
- «Voraussetzungen der Wahlfälschung.» (Requisitos del fraude electoral). OLG Zweibrücken. S. 6-5-1986. Pág. 201.
- «Mitwirkungsverweigerung durch Jugendgerichtshilfe.» (Negativa a colaborar del auxiliar del Tribunal de jóvenes). OLG Köln. S. 24-6-1986. Pág. 201.
- «Voraussetzungen der Mittäterschaft.» (Requisitos de la coautoría). OLG Düsseldorf. Resolución 9-9-1986. Págs. 268-269.
- «Vorrecht beim Parken.» (Derecho preferente de aparcar). OLG Düsseldorf. Resolución 23-9-1986. Pág. 269.
- «Straflosigkeit des Mißbrauchs einer Codekarte.» (Impunidad del uso indebido a una tarjeta codificada). OLG Hamburg. S. 7-11-1986. Págs. 336-337.
- «Rechtsbeugung durch Finanzbeamtem.» (Prevaricación de funcionario de finanzas). OLG Celle. Resolución 17-4-1986. Pág. 337.
- «Ledermanschetten als Schlagringe.» [Puños de cuero como llaves americanas (anillos con púas)]. BayObLG. Resolución 15-5-1986. Pág. 337.
- «Verunreinigung des Diensthemdes eines Polizisten.» (Ensuciar la camisa del uniforme de un policía). OLG Frankfurt am Main. S. 25-4-1986. Págs. 389-390.
- «Schuß auf einen Uhu.» (Disparo sobre un búho). OLG Köln. Resolución 16-9-1986. Pág. 390.
- «Gegenstandsneutrale Werbung für pornographische Schriften (Filme).» [Publicidad neutral respecto de su objeto de obras pornográficas (películas)]. OLG München. Resolución 8-8-1986. Págs. 453-454.
- «Straflosigkeit neutraler Werbung für einfache Pornographie.» (Impunidad de la publicidad neutral de pornografía simple). OLG Frankfurt. Resolución 28-10-1986. Páginas 454-455.

- Keine Taxibeförderung bei Bezahlung mit Euroscheck. (No es obligatorio el servicio de taxi cuando se paga con eurocheques). OLG Frankfurt. Resolución 22-9-1986. Página 455.
- «Mißbräuchliche Benutzung einer Codekarte.» (Utilización abusiva de una tarjeta codificada). BayObLG. S. 20-11-1986. Págs. 663-665.
- «Mißbräuchliche Benutzung einer Codekarte.» (Utilización abusiva de una tarjeta codificada). BayObLG. S. 14-11-1986. Págs. 665-666.
- «Mißbräuchliche Benutzung einer Codekarte.» (Utilización abusiva de una tarjeta codificada). OLG Stuttgart. S. 18-12-1986. Págs. 666-667.
- «Mißbräuchliche Benutzung einer Codekarte.» (Utilización abusiva de una tarjeta codificada). LG Oldenburg. S. 1-2-1986. Pág. 667.
- «Mißbräuchliche Benutzung einer Codekarte.» (Utilización abusiva de una tarjeta codificada). LG Köln. S. 22-8-1986. Págs. 667-669.
- «Beschlagnahme zugunsten des Untersuchungsausschusses "Neue Heimat".» (Incautación en favor de la Comisión de investigación del asunto «Neue Heimat»). LG Frankfurt. Resolución 22-10-1986. Págs. 787-789.
- «Beschlagnahme zugunsten des Untersuchungsausschusses "Neue Heimat".» (Incautación en favor de la Comisión de investigación del asunto «Neue Heimat»). LG Frankfurt. S. 31-10-1986. Pág. 790.
- «Beugehaft wegen Verweigerung des Zeugnisses vor Untersuchungsausschuß "Neue Heimat".» (Arresto reflexivo por rehusar el testimonio ante la Comisión de investigación del asunto «Neue Heimat»). LG Bonn. Resolución 21-10-1986. Págs. 790-792.
- «Erscheinen eines Prüfers zur betriebsnahen Veranlagung.» (Comparecencia de un inspector para la tasación cuasiempresarial). BayObLG. Resolución 17-9-1986. Página 792.
- «Mißbräuchliche Verwendung einer Fremdrete.» (Utilización abusiva de una pensión ajena). OLG Düsseldorf. Resolución 13-11-1986. Págs. 853-854.
- «Hütschenspiel kein Glücksspiel.» (El juego de los cubiletes no es un juego de azar). AG Frankfurt. S. 21-8-1985. Pág. 854.
- «Unbefugte Verwendung einer Scheckkarte.» (Utilización indebida de una tarjeta de cajero). AG Berlin-Tiergarten. S. 18-4-1986. Pág. 854.
- «Gurtanlegepflicht für Amtsboten.» (Deber de ponerse el cinturón de seguridad para recaderos oficiales). BayObLG. Resolución 18-12-1986. Pág. 855.
- «Begriff des "Gestattens" einer Pkw-Fahrt.» (El concepto «autorizar» la circulación de un turismo). OLG Köln. Resolución 17-10-1986. Pág. 914.
- «Aussetzung des Restes einer Ersatzfreiheitsstrafe.» (Suspensión del resto de una pena privativa de libertad sustitutoria). OLG Koblenz. Resolución 8-12-1986. Pág. 914.
- «Sensorkontrolle im Warenhaus.» (Control por sensor en un gran almacén). OLG Hamm. Resolución 30-6-1986. Págs. 1034-1035.
- «Beaufsichtigung eines Hundes.» (Vigilancia de un perro). BayObLG. Resolución 12-12-1986. Pág. 1094.

- «Beaufsichtigung eines Hundes.» (Vigilancia de un perro). BayObLG. Resolución 24-10-1986. Pág. 1094.
- «Weisung zum Anhalten durch einen Polizeibeamten.» (Orden de pararse procedente de un funcionario de policía). BayObLG. Resolución 27-10-1986. Págs. 1094-1095.
- «Unrichtige Angaben eines Asylbewerbers.» (Declaraciones incorrectas de un solicitante de asilo). OLG Karlsruhe. Resolución 9-6-1986. Pág. 1095.
- «Äquivalenzverhältnis bei der Vorteilsannahme.» (Relación de equivalencia en la aceptación de ventajas en el cohecho pasivo). OLG Düsseldorf. S. 13-10-1986. Páginas 1213-1214.
- «Begriff des radioaktiven Abfalls.» (El concepto de desecho radiactivo). OLG Celle. S. 9-12-1986. Pág. 1281.
- «Betreiben einer Abfallbeseitigungsanlage durch Unterlassen.» (Utilización de una planta de almacenamiento de desechos por omisión). OLG Stuttgart. S. 5-12-1986. Página 1282.
- «Besetzung eines US-Militärgeländes.» (Ocupación de una zona militar de los EE.UU.). OLG Stuttgart. S. 5-12-1986. Pág. 1342.
- «Unterlassene Buchführung.» (Omisión de la teneduría de libros). OLG Hamburg. S. 31-10-1986. Págs. 1342-1343.
- «Verbreiten von Kennzeichen verfassungswidriger Organisationen.» (Difusión de enseñanzas de organizaciones anticonstitucionales). OLG Bremen. Resolución 3-12-1986. Págs. 1427-1428.
- «Infizierung mit Aids.» (Infección con SIDA). LG München I. Resolución 2-3-1987. Pág. 1495.
- «Kein Einzelfernsehen wegen Aids-infizierter Mitgefangener.» (No se tiene derecho a ver la televisión aislado por haber otros presos infectados de SIDA). LG Krefeld. Resolución 22-7-1986. Pág. 1495.
- «Schutz vor Aids-Ansteckung im Strafvollzug.» (Protección frente al contagio con SIDA en la ejecución de la pena). LG Bonn. Resolución 15-5-1986. Pág. 1495.
- «Ausübung der Prostitution in einem in reinem Wohngebiet gelegenen Haus.» (Ejercicio de la prostitución en una casa situada en una zona destinada exclusivamente a vivienda). OLG Celle. Resolución 8-4-1986. Pág. 1563.

E) MINISTERIO FISCAL (Staatsanwaltschaft):

- «Aufklärungspflicht des Arztes vor Blutentnahme für einen Aids-Test.» (Deber de información del médico antes de extraer sangre para una prueba del SIDA). StA en el KG. Págs. 1495-1497.

NOTICARIO

NUEVOS CATEDRATICOS DE DERECHO PENAL

Tras haber superado las pruebas de acceso al Cuerpo de Catedráticos de Universidad, han obtenido la Cátedra de Derecho Penal: Dr. D. José Manuel Lorenzo Salgado, en la Universidad de Santiago de Compostela; Dr. D. Luis Felipe Ruiz Antón, en la Universidad de Extremadura (Facultad de Derecho de Cáceres); y Dr. D. Carlos María Romeo Casabona, en la Universidad de La Laguna.

INDICE

Págs.

IN MEMORIAM

<i>Semblanza política y penitenciaria de Victoria Kent</i> , por Carlos García Valdés	573
---	-----

SECCION DOCTRINAL

<i>Sobre los conceptos de omisión y de comportamiento</i> , por Enrique Gimbernat Ordeig..	579
<i>Consideraciones sobre la reforma del Libro III del Código Penal</i> , por Antonio González-Cuéllar García	609
<i>Prevención del suicidio y sanción interna</i> , por Horacio Roldán Barbero	625
<i>Observaciones sobre el conocimiento «eventual» de la antijuricidad</i> , por Jesús-María Silva Sánchez.....	647
<i>El delito de homicidio y lesiones en riña tumultuaria</i> , por Angela Salas Holgado.....	665
<i>El error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación en la actual Jurisprudencia del Tribunal Supremo</i> , por Ujala Joshi Jubert	697

CRONICAS EXTRANJERAS

<i>Nueva parte general del Código Penal Brasileño</i> , por Francisco Muñoz Conde	721
<i>Interpretación, principio de legalidad y jurisprudencia</i> , por Juárez Tavares.....	753
<i>Las paradojas del movimiento descarceratorio en Estados Unidos</i> , por Elena Larrauri	771

SECCION LEGISLATIVA

<i>Disposiciones</i>	795
----------------------------	-----

CIRCULARES, CONSULTAS E INSTRUCCIONES DE LA FISCALIA GENERAL DEL ESTADO

<i>El procedimiento a seguir en las Audiencias provinciales por delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones por los componentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad</i>	851
--	-----

SECCION DE JURISPRUDENCIA

<i>Comentarios a la jurisprudencia del Tribunal Supremo</i> , por Santiago Mir Puig.....	857
<i>Legítima defensa del honor y límites del derecho de defensa</i> , por M. Teresa Castiñeira	
<i>Jurisprudencia Constitucional</i> , por Antonio González-Cuéllar García.....	871
<i>Jurisprudencia del Tribunal Supremo</i> , por José Luis Manzanares Samaniego	917
<i>La no devolución por el promotor de las cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas</i> , por Norberto de la Mata.....	945

SECCION DE BIBLIOGRAFIA

<i>Revista de libros</i>	977
<i>Revista de revistas</i>	991

NOTICIARIO

<i>Nuevos Catedráticos de Derecho penal</i>	1007
---	------

