

ANUARIO
DE
DERECHO PENAL
Y
CIENCIAS PENALES

TOMO XLI
FASCICULO I



ENERO-ABRIL
MCMLXXXVIII

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.

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 XLI
FASCICULO I



ENERO-ABRIL
MCMLXXXVIII

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

N.I.P.O.: 051-88-019-0

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

Depósito Legal: M. 126-1958.

Artes Gráficas Suárez Barcala, S.L.
D. Barraquer, 3. Getafe (Madrid)

IN MEMORIAM

Agustín Fernández Albor

GERARDO LANDROVE DIAZ

Catedrático de Derecho penal

I

El 6 de octubre de 1987 ha muerto, en su Santiago de Compostela, Agustín Fernández Albor, Catedrático de Derecho penal.

Ante la dolorida empresa de hilvanar unas páginas sobre su figura ejemplar de profesor universitario, hago más las palabras que escribiera, en trance semejante, otro penalista sobre el amigo y el colega desaparecido: «*E una parte essenziale della mia vita scientifica e della mia stessa umanità, che è venuta improvvisamente a mancare*» (1). Efectivamente, he sido su alumno, su colega y su amigo. Por ello, su desaparición me hiere con mayor intensidad. Su falta, unida a la de José Antonio Sainz Cantero, quiebra esencialmente lo que me atrevo a denominar la escuela compostelana de Derecho penal y personalmente me reduce a la amarga condición de superviviente. Quizá por ello se ha entendido que debo ser el llamado a redactar estas páginas. No importa, él me enseñó a no esquivar las tareas difíciles y a no entender desde la comodidad el oficio universitario.

Conocí al Profesor Fernández Albor en el ya lejano curso académico 1958-59, en la Universidad Compostelana. Mi recién estrenada condición de alumno de Derecho penal, Parte general, me permitió asistir a sus clases y muy pronto comprendí que me encontraba ante un auténtico docente de la disciplina que cultivaba. Supo ganarse, día a día y sin desmayo, el respeto de unos alumnos que nunca se vieron defraudados por sus clases. El rigor expositivo, la claridad y la cuidada información nunca fueron obviadas. Al margen del atractivo intrínseco de nuestra disciplina, sus exposiciones resultaban especialmente sugestivas para todos. También fui su alumno, de Parte especial, en el curso 1959-60. En ambas oportunidades me distinguí

(1) Cfr. P. NUVOLONE: *In memoria di Giuseppe Bettiol*, en «L'indice penale», 1982, p. 177.

con las más altas calificaciones. Y logró algo más. Algo que distingue a los verdaderos maestros. Despertar auténticas vocaciones por la ciencia de los delitos y de las penas. Es mi caso personal y el de otros muchos, a los que más adelante me referiré. Permítaseme ahora la exclusividad de la vivencia personal.

Terminados mis estudios de licenciatura, me incorporé como Profesor Ayudante a la Cátedra de Derecho penal de la Universidad santiaguesa, a propuesta —precisamente— de Agustín Fernández Albor. Desde entonces me distinguió con su afecto y con su amistad. Es ésta, en definitiva, la historia de casi treinta años de una relación académica y personal que sólo a mí honra. He sido testigo excepcional de sus exigentes horarios de trabajo, de su exclusiva dedicación a la Universidad y del entrañable amor que profesaba a la institución compostelana, a la que sirvió y prestigió hasta el último de sus días, a veces desde puestos de enorme responsabilidad y en épocas no precisamente fáciles.

La incorporación a la Cátedra de Derecho penal de Santiago de J. A. Sainz Cantero, en 1965, fue trascendental para todos. Yo fui el más beneficiado. Pude disfrutar de dos maestros y de dos ejemplos de lo que debe ser la docencia y la investigación del Derecho penal. Inmediatamente nació entre ellos un cordial clima de colaboración y de esfuerzo compartido que muy pronto se convirtió en una entrañable amistad que sólo la muerte impiadosa ha podido destruir. Para el Departamento de Derecho penal de Santiago se abrieron por aquel entonces posibilidades científicas nunca conocidas en el pasado. Buena prueba de ello son los magníficos resultados que muy pronto se alcanzaron y, precisamente, en un clima de lealtad, cordialidad y afecto que —por infrecuente— ahora subrayo.

El retorno de Sainz Cantero a su añorada Universidad granadina determinó que Fernández Albor ocupase la Dirección del Departamento de Derecho penal de Santiago. Yo le sucedí, algunos años más tarde, en la agregación que su promoción a Catedrático había dejado vacante. En 1977 fui nombrado Catedrático de la Universidad de La Laguna y poco después de la de Murcia. Ningún cambio sufrió mi relación personal y científica con Fernández Albor. La distancia física sólo logró acrecentar el mutuo afecto. Y desde el afecto redacto estas páginas.

Quedan su obra y su ejemplo. Y, sobre todo, un grupo magnífico de discípulos que él supo atraer e iniciar con pulso seguro en la carrera académica. Yo soy el más modesto de todos; solamente el primero, si utilizamos criterios puramente cronológicos. Asimismo, soy consciente de lo orgulloso que se sentía de todos y cada uno de sus colaboradores: María Dolores Fernández, Lorenzo Salgado, González Guitián, Carlos Martínez, Fidel del Río o Gumersindo Guinarte, para referirme —solamente— a los más cercanos a su magisterio.

Incluso desde el dolor, debemos ser optimistas sobre el futuro de la docencia y de la investigación del Derecho penal en la Universidad de Santiago. El ejemplar equipo que él supo aglutinar continuará su obra trágicamente interrumpida en plena madurez. Es la hora de la reparadora esperanza. No podemos defraudarle.

Posiblemente pequen estas líneas de un exceso de emotividad. No trato de evitarlo. Creo, como escribió otro penalista español ante la desaparición de su maestro (2), que cuando los sentimientos son nobles y sinceros nunca puede pecarse por exceso.

II

Agustín Fernández Albor nació en Santiago de Compostela el 27 de octubre de 1929. Cursó sus estudios de la licenciatura de Derecho en la Universidad santiaguesa. En el curso académico 1957-58 fue nombrado Profesor Ayudante de Derecho penal. En 1960 alcanzó el título de Doctor, con la calificación de Sobresaliente *cum laude*; posteriormente le sería concedido el Premio Extraordinario. En 1961 fue nombrado, en virtud de concurso-oposición, Profesor Adjunto de Derecho penal; en 1963, Profesor Encargado de Cátedra, y en 1968, Profesor Agregado provisional. Ya en 1969 obtiene por decisión unánime del tribunal la plaza de Profesor Agregado de Derecho penal. Finalmente, y en virtud de Orden Ministerial de 29 de marzo de 1971, es nombrado Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Compostela.

Esta rectilínea carrera académica ha sido calificada en alguna oportunidad de fulgurante (3). En cualquier caso, fue construida desde la exclusiva dedicación y sobre el esfuerzo continuado. Fernández Albor ha tenido siempre una enorme capacidad de trabajo. Sin menoscabo de las actividades docentes e investigadoras, desempeñó cargos de muy diversa naturaleza en la Universidad. Siempre con el mismo entusiasmo y con gran sentido de la responsabilidad.

En la Universidad santiaguesa fue Secretario de Publicaciones, Intercambio Científico y Extensión Universitaria, Secretario de la Facultad de Derecho, Director Adjunto del Instituto de Ciencias de la Educación, Director de los Cursos de Verano, Vicedecano de la Facultad de Derecho, Vicerrector de la Universidad durante seis años, Director del Departamento de Derecho penal y Director del Instituto

(2) Cfr. J. M.^a NAVARRETE URIETA: *Juan del Rosal. In memoriam*, en «Anuario de Derecho penal y ciencias penales», 1973, p. 485.

(3) Cfr. J. A. GARCÍA CARIDAD, en *Contestación* al discurso de ingreso en la Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación de Fernández Albor y publicado bajo el título *Delimitación del Derecho penal en el ordenamiento jurídico*, La Coruña, 1985, p. 44.

de Criminología. Nos encontramos, en definitiva, ante la limpia hoja de servicios de un profesor universitario que siempre supo resistir la tentación de utilizar su cátedra como trampolín hacia empresas políticas o más gratificantes en lo económico.

Estaba en posesión de la Medalla de las Ciencias Penales y Criminológicas del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid (4) y de la Insignia de Oro de la Universidad de Santiago, otorgada por Resolución Rectoral de 24 de mayo de 1984. Asimismo, desde 1985, era Académico de número de la Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación (5).

Como ya se indicó, su vida académica estuvo siempre vinculada a la Universidad de Santiago; como estudiante primero, como maestro después. Sin embargo, este amor a su tierra —y a su Universidad— no se tradujo en un localismo esterilizante. Universitario en el más noble sentido de la expresión, muchas veces intentó satisfacer su curiosidad intelectual y completar su formación más allá de nuestras fronteras. En 1958 realizó un dilatado viaje de estudios a Bélgica, Francia y Portugal. En 1963, a Yugoslavia, Francia, Austria e Italia, donde amplió estudios con el Profesor C. Pedrazzi, en la Universidad de Trieste. Bajo la dirección de M. Ancel siguió en París un curso sobre las modernas tendencias de la Política criminal. En Estrasburgo se diplomó en Derecho comparado. En 1966 permaneció una larga temporada en Roma, becado por el Consejo Superior de Investigaciones Científicas, colaborando con G. Vassalli, con el que desde entonces mantenía una estrecha amistad. Para participar en un curso sobre Derecho Comparado fue invitado por la Universidad inglesa de Exeter. En 1969, y designado por el Ministerio de Educación y Ciencia, formó parte de la Comisión que visitó las Universidades de Londres, Cambridge y Leeds.

Además, fue miembro de la Asociación Internacional de Derecho Comparado, de la Comisión nacional española para la redacción del Código penal tipo para Latinoamérica y de la Asociación Internacional de Derecho penal. En 1980 fue nombrado experto por el Consejo de Europa para participar en la Conferencia de investigaciones criminológicas, en la sede de Estrasburgo. En 1984 fue propuesto por la Delegación portuguesa como candidato para el Consejo Científico Criminológico del Comité europeo para los problemas criminales, del Consejo de Europa.

(4) Medalla que le fue impuesta el 30 de octubre de 1981, en la sesión de apertura del curso académico 1981-82 del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense. Solemne acto académico en el que Fernández Albor pronunció, además, la conferencia inaugural, sobre el tema *La reforma penal y penitenciaria: proyectos y realidad*.

(5) Su discurso de ingreso, leído el 26 de junio de 1985, versó sobre la *Delimitación del Derecho penal en el ordenamiento jurídico*, cit.

Por otro lado, acudió siempre con presteza y sin reserva a cuantas solicitudes de colaboración se le hacían desde muy diversos estamentos. Por ejemplo, formó parte de la Comisión nombrada por el Ministerio de Justicia para elaborar la Ley General Penitenciaria; por el Ministerio del Interior, fue nombrado Director del grupo de trabajo sobre Violencia y Economía, del Centro de Estudios de Protección Ciudadana; para realizar estudios sobre drogodependencia fue requerido por el Ministerio de Cultura (Dirección General de la Juventud).

Fue miembro del Consejo de redacción de la revista *Cuadernos de Política Criminal*, del Instituto de Criminología de Madrid, y del *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*. Con relación a una de sus obras más queridas, los *Estudios penales y criminológicos*, de la Universidad de Santiago, se atribuía la modesta condición de coordinador, cuando todos sabemos que se trata —como más adelante me permito subrayar— de un logro personal de Agustín Fernández Albor.

El prestigio alcanzado en las últimas décadas por el Departamento de Derecho penal de la Universidad de Santiago es, en gran medida, fruto de su esfuerzo personal. Todas las inquietudes experimentadas en el ámbito de nuestra ciencia tuvieron allí acogida. Y la tuvieron con un talante muy definido. Con una forma encomiable de entender el oficio universitario. Con apertura intelectual, con generosidad científica, con curiosidad nunca enteramente satisfecha, sin exclusiones ni exclusividades. Santiago se convirtió —no podía ser menos— en la etapa final de un camino emprendido por aquellos que tenían algo que enseñar o mucho que aprender. Las conferencias, seminarios, congresos, reuniones científicas de todo tipo proliferaron. Todos nos encontramos cómodos en un clima que Fernández Albor había sabido construir con entrega apasionada. Además, su sentido de la hospitalidad siempre rebasó con creces el marco hasta entonces considerado habitual.

Por todo ello, no puede extrañar que la Facultad de Derecho compostelana trate de enaltecer la memoria de uno de sus miembros más cualificado. Así, y por decisión unánime de su Junta, se acordó, en octubre de 1987, dar el nombre del profesor Agustín Fernández Albor a una de las aulas de la Facultad. También se ha decidido organizar una solemne sesión necrológica en su memoria.

El Seminario de Derecho penal, el Servicio de Publicaciones y el Instituto de Criminología de la Universidad de Santiago han acordado, además, la publicación de un libro homenaje en su memoria. Edición que se pretende culminar a finales de 1988.

III

Agustín Fernández Albor defendió su tesis doctoral en la Universidad de Santiago el 7 de noviembre de 1960. Algún tiempo después

crystaliza este primer trabajo de investigación en una interesante monografía que ya puso de relieve la minuciosidad y el rigor científico que siempre habrían de adornar su actividad. Efectivamente, *Homicidio y asesinato* (6) se convirtió en una aportación de referencia obligada para todas las líneas de investigación que se han enfrentado con el debatido tema de la sustantividad jurídica del asesinato respecto del homicidio y en la que destacan un sólidamente construido capítulo de antecedentes históricos, las eruditas referencias al Derecho comparado, el paciente y reflexivo espiguelo de la jurisprudencia y una limpia configuración de las características de concreción. Es una obra respetada por el paso del tiempo y a la que muy pronto siguieron otras muchas, fruto de la creatividad de su autor.

Para captar su exacta dimensión como penalista, creo necesario destacar que le preocuparon especialmente, como hombre y como intelectual, aquellas cuestiones en que el ser humano aparece notoriamente desasistido. Fue, por ejemplo, un apasionado abolicionista. Luchó siempre —a veces contra corriente— por la abolición de la pena capital. A nadie puede extrañar que Barbero Santos, feliz monografista del tema, haya considerado que su nombre merece particular cita dentro de la más significada corriente abolicionista española de nuestros días (7).

La problemática de las penas privativas de libertad y su ejecución es otro de los temas con papel protagonista en su labor investigadora. «Las técnicas penitenciarias que hoy se utilizan —escribió hace casi veinte años— son un eslabón más en los distintos períodos de la pena, pero que se deben aplicar sin olvidar que se imponen a un ser humano» (8). Con objetiva curiosidad siguió la reforma penitenciaria operada en nuestro país en los últimos años, y siempre supo distinguir entre los optimistas proyectos y la tozuda realidad. Más aún, con talante decididamente progresista, puso de relieve en 1981 que «cuando se discute en nuestra colectividad cuáles han de ser las penas privativas de libertad y se ha aprobado ya su forma de ejecución en la flamante Ley General Penitenciaria, la ciencia penal está ya de vuelta: no cree en este tipo de penas, por entender que responden a diferentes esquemas sociales ya periclitados, o, por lo menos, caducos, que deben ser sustituidos por otras medidas; si bien no deja de reconocerse que la sociedad aún no está *madura* para ofrecerle el

(6) Vid. FERNÁNDEZ ALBOR: *Homicidio y asesinato*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1964.

(7) Cfr. M. BARBERO SANTOS: *Pena de muerte (El ocaso de un mito)*, Depalma, Buenos Aires, 1985, p. 14.

(8) Cfr. FERNÁNDEZ ALBOR: *Los fines de la pena en Concepción Arenal y en las modernas orientaciones penitenciarias*, en «Revista de Estudios Penitenciarios», 1968, p. 58.

cambio» (9). Por ello, no sólo estudió las anormalidades psíquicas producidas por el ambiente penitenciario y la necesidad de un tratamiento adecuado a la personalidad de cada interno, sino que ofreció muy sólidas opiniones científicas sobre los posibles mecanismos de sustitución (10).

La delincuencia juvenil ha estado siempre presente en su preocupación y en su obra. En 1972 le oí pronunciar en Vigo una magnífica conferencia que después aparecería publicada en una obra colectiva, hoy considerada clásica por los especialistas (11). Se ocupó entonces de la etiología de la conducta socialmente desviada del menor, de los factores endógenos y exógenos de la misma y de las manifestaciones externas más frecuentemente ofrecidas. Fue especialmente crítico con la normativa al respecto vigente en España y con las limitaciones existentes en orden al adecuado tratamiento.

La problemática del consumo y tráfico de drogas aparece en su obra enfocada desde muy diversos puntos de vista: criminológico, estrictamente jurídico y político-criminal. Hace muchos años, y cuando estas cuestiones no se habían convertido aún en uno de los grandes temas nacionales, supo intuir su enorme complejidad. Ya en 1974 puso de relieve que si bien la verdadera droga de Occidente —especialmente de España— es el alcohol, no cabía entonces desconocer la importancia de otras drogas, que iniciaban una trágica escalada, tanto desde el punto de vista cuantitativo como cualitativo (12). Años más tarde, y cuando ya la reforma urgente y parcial del Código de 25 de junio de 1983 había alcanzado al artículo 344, supo subrayar la desarmonía existente entre las finalidades perseguidas por la ley reformadora y la realidad española, criticó muchas de las interpretaciones jurisprudenciales del nuevo texto legal y realizó una ponderada valoración de los frutos alcanzados. Lo que sí denunció con especial energía fue que la existencia en los últimos tiempos de campaña que «tratan de hacer recaer sobre el consumo de drogas el aumento de la delincuencia y, como consecuencia, la inseguridad ciudadana pueden conducir a un retroceso en el tratamiento penal y criminológico de la droga, convirtiendo en delincuentes a quienes son enfermos y

(9) Cfr. FERNÁNDEZ ALBOR: *Aspectos criminológicos de las penas privativas de libertad*, en «Estudios penales y criminológicos», IV, Universidad de Santiago de Compostela, 1981, p. 233.

(10) Vid. FERNÁNDEZ ALBOR: *La ejecución de las penas privativas de libertad en la reciente legislación española*, en «Estudios penales y criminológicos», III, Universidad de Santiago de Compostela, 1979, fundamentalmente pp. 113 y ss.

(11) Vid. FERNÁNDEZ ALBOR: *Introducción al curso sobre delincuencia juvenil*, Universidad de Santiago de Compostela, 1973, pp. 11 y ss.

(12) Vid. FERNÁNDEZ ALBOR: *Aspectos penales y criminológicos de las toxicomanías*, en «Ensayos penales», Universidad de Santiago de Compostela, 1974, pp. 9 y ss. Vid. También: *Reflexiones criminológicas y jurídicas sobre las drogas*, en «Delitos contra la salud pública. Tráfico ilegal de drogas tóxicas o estupefacientes», Universidad de Valencia, 1977, pp. 165 y ss.

más necesitados están de una ayuda que, hasta la fecha, no se les presta» (13).

También merece ser destacada su aportación al estudio de la delincuencia económica, tanto en sus formas tradicionales como en aquellas, más complejas y sofisticadas, que obstaculizan la administración de justicia y, en definitiva, «la persecución del poderoso que detenta, en la sociedad de consumo, influencias que entremezclan la economía y la política» (14).

En toda la obra de Fernández Albor está latente una preocupación por el cambio social y su reflejo en el Derecho penal. Así, desde una óptica político-criminal ha escrito muchas páginas de claro signo despenalizador en la mayoría de los supuestos (sobre delincuencia sexual o aborto); otras veces, por el contrario, exige una reconciliación del Derecho punitivo con la realidad social (delito fiscal). En cualquier caso, siempre consideró que «una de las tareas más importantes del penalista consiste en demostrar a la opinión pública que el Derecho penal hace tiempo que ha dejado de ser un Derecho conminatorio, cruel y expiatorio» (15).

Temas de muy variada entidad y naturaleza no escaparon a su curiosidad científica. Por ejemplo, el estudio sobre la delincuencia En el Camino de Santiago en el Medioevo —aparecido en fecha reciente— y en el que puso de relieve un profundo conocimiento de las fuentes con que trabajó, o la desaparición del uxoricidio por honor, publicado en Roma hace una veintena de años. De idéntica forma se ocupó del agio arrendatario en varias oportunidades, del parricidio, del adulterio, de la usurpación, del arbitrio judicial, del estudio comparado de los sistemas penales europeos o de la asistencia médica y la omisión del deber de socorro, ofreciendo en este último caso soluciones hasta entonces sólo intuitas por la doctrina y la jurisprudencia nacionales.

Quizá pueda suponer un estímulo para los más jóvenes penalistas, y un punto de reflexión para los no tanto, la objetiva exposición de la labor investigadora de Fernández Albor. Por ello, me permito reproducir a continuación la larga lista de sus publicaciones. Al margen de omisiones sólo imputables a mi torpeza, he prescindido, por ejemplo, de artículos, aparecidos muchas veces en la prensa diaria, de simple divulgación, o de sus colaboraciones para alguna enciclope-

(13) Cfr. FERNÁNDEZ ALBOR: *Otra vez sobre la droga: ¿Qué resuelve la reciente reforma del artículo 344?*, en «La problemática de la droga en España», Edersa, Madrid, 1986, p. 29.

(14) Cfr. FERNÁNDEZ ALBOR: *Estudios sobre criminalidad económica*, Casa Editorial Bosch, Barcelona, 1978, p. 7.

(15) Cfr. FERNÁNDEZ ALBOR: *Cambio social y Derecho penal*, en «Estudios penales», I, Universidad de Santiago de Compostela, 1977, p. 173.

dia (caso de las voces *Homicidio o lesiones* para la Gran Enciclopedia Rialp, publicada en 1973).

Soy de los que creen que nadie es lo que dice ser, sino lo que hace. La extensión y la calidad de su obra resultan incuestionables (16), sobre todo si se tiene en cuenta que desapareció en plena madurez científica y joven en ilusiones y vocación. La parte sustancial de su labor investigadora viene representada por las obras siguientes:

Contribución al estudio de la diferenciación dogmática entre homicidio y asesinato (1960).

Homicidio y asesinato (1964).

Normativismo e institucionismo en Derecho penal (1965).

Algunas observaciones sobre el arbitrio de los jueces penales (1965).

Aportación al estudio comparado de los sistemas penales europeos (1966).

Circa il cosiddetto «delitto d'onore» (1966).

El daño moral en los delitos contra el honor (1967).

Los fines de la pena en Concepción Arenal y en las modernas orientaciones penitenciarias (1968).

El agio arrendaticio (1969).

Robo y hurto de uso de vehículos de motor (1970).

El sentido de la justicia penal latente en la conciencia social (1972).

La conducta criminal (1972).

Tráfico de drogas y delincuencia juvenil (1972).

La juventud criminal: evolución y tratamiento (1972).

Introducción al curso sobre delincuencia juvenil (1973).

Conciencia y responsabilidad del hombre en el Derecho penal (1973).

Aspectos penales y criminológicos de las toxicomanías (1974).

Cambio social y Derecho penal (1977).

Reflexiones criminológicas y jurídicas sobre las drogas (1977).

Estudios sobre criminalidad económica (1978).

La ejecución de las penas privativas de la libertad en la reciente legislación española (1979).

Los delitos contra el patrimonio y el arbitrio judicial en el Proyecto de Código penal de 1980 (1980).

(16) Por ello, resulta sorprendente —por lo menos— que en una obra de reciente aparición, *La filosofía del Derecho penal en la Universidad de Santiago, 1800-1970* (Trivium, Madrid, 1987), de la que es autora M. M. OTERO PARGA, y en la que se trata de ofrecer la historia de la Cátedra de Derecho penal compostelana en los últimos dos siglos, aproximadamente, no se conceda a la labor de FERNÁNDEZ ALBOR la atención que la misma merece. Es cierto que el libro de referencia se ocupa, fundamentalmente, de la obra científica de los catedráticos compostelanos de Derecho penal hasta 1970, y FERNÁNDEZ ALBOR no lo fue hasta 1971; sin embargo, se presta especial atención a la obra de otros profesores que no habían alcanzado entonces aquella situación administrativa (yo, por ejemplo) y se ignora que en 1970 FERNÁNDEZ ALBOR había publicado ya un número considerable de páginas, bien acogidas por la doctrina penal española.

- Aspectos criminológicos de las penas privativas de libertad* (1981).
La supresión del delito de usurpación. Una predicción fallida (1981).
La reforma penal y penitenciaria: proyectos y realidad (1981).
Política criminal del delito fiscal (1982).
Violencia y economía (1982).
El patrimonio artístico y su protección penal (1982).
Delincuencia sexual, reforma penal y despenalización: una retracción (1983).
La supresión del delito de adulterio y su repercusión en el delito de abandono de familia (1983).
Delincuencia y economía, en colaboración C. Martínez Pérez (1983).
Asistencia médica y omisión del deber de socorro (1984).
Modificaciones introducidas por la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de reforma urgente y parcial del Código penal, en relación con los proyectos anteriores (1984).
La reforma penal en curso (1984).
Parricidio (1985).
Delimitación del Derecho penal en el ordenamiento jurídico (1985).
La delincuencia en el Camino de Santiago en la Edad Media (1985).
Otra vez sobre la droga: ¿Qué resuelve la reciente reforma del artículo 344? (1986).
Pero el agio arrendaticio ¿es delito o no? (1986).
In memoriam José Antonio Sainz Cantero (1986).

Quizá cuando estas páginas vean la luz, haya aparecido ya su colaboración —sobre el tratamiento penitenciario— al homenaje que tributa la Universidad de Coimbra al profesor Correia. Ilustre penalista portugués que mantuvo una gran relación personal con Fernández Albor durante muchos años, lo que cristalizó en una estrecha colaboración entre los departamentos que ambos dirigen.

También fue un brillante y celebrado conferenciante. Requerido con cierta frecuencia para esta actividad, se prodigó —a lo largo de muchos años— dentro y fuera de la geografía nacional. Siempre con generosidad y obviando las incomodidades que muchas veces ofrece esta faceta de nuestra vida académica. Por supuesto, renunció a intentar siquiera una relación de las muchas conferencias que pronunció sobre los temas más dispares, que siempre supo presentar ante su auditorio con rigor y plenos de ricas sugerencias.

IV

Otra de las notas más características de la personalidad intelectual de Fernández Albor era la de sentir como propios los triunfos de los miembros de su equipo. Con satisfacción personal, y con gran generosidad, participaba de los éxitos de sus discípulos, a los que siempre defendió ante la arbitrariedad. Al prologar la obra de uno

de los más queridos por él, escribió muy sentidas palabras sobre los más jóvenes profesores universitarios que «nos empujan y ayudan en la cotidiana labor y nos dan la mayor de las satisfacciones cuando alcanzan el fruto de su trabajo» (17). En la presentación de otra obra de análogas características dejó patente que tal invitación de su discípulo la apreciaba como un alto honor por la prueba de afecto y consideración que suponía, para concluir reconociendo —con total sinceridad— que «todos, en mayor o menor medida, somos sensibles a las atenciones» (18). Agustín Fernández Albor lo era en grado sumo. Me consta que había sabido despertar en la inmensa mayoría de sus numerosos discípulos un sentimiento de noble lealtad que se traducía —simplemente— en esas pequeñas atenciones de todos los días que en modo alguno pueden confundirse con el servilismo vergonzante.

Además, se mostraba profundamente tolerante con las convicciones científicas e ideológicas de sus colaboradores. Nunca fue intransigente con las opiniones no coincidentes con la propia. Con él trabajé durante muchos años; nunca¹ fui objeto de la más mínima presión en este sentido. Más aún, siempre se mostró celoso guardián de tan preciada parcela de libertad intelectual. Aún recuerdo la explosión de cólera contenida que le provocó la carta a él remitida por un prestigioso profesor de otra Universidad —y de otra disciplina— en la que se le reprochaba que «hubiese permitido» que dos de sus colaboradores se hubiesen atrevido a defender opciones político-criminales que el vocacional censor consideraba heterodoxas por aquel entonces. Uno de los trabajos en cuestión llevaba la firma de M.^a Dolores Fernández y se titulaba *Política criminal del adulterio* (19); del otro era yo responsable, me refiero a *Política criminal del aborto* (20).

Recuerdo también el profundo disgusto que le produjo, en fecha mucho más reciente y cuando ya la enfermedad que sufría empezaba a ganar la definitiva batalla, el mal trato que —en su opinión— había sufrido un joven y competente profesor de Derecho penal de una Universidad andaluza en un concurso a Cátedra del que él formó parte de la Comisión juzgadora. Y en este caso se trataba, solamente, de un discípulo adoptivo, si se me permite la expresión.

(17) Cfr. FERNÁNDEZ ALBOR: *Prólogo* a la obra de J. M. LORENZO SALGADO *Las drogas en el ordenamiento penal español*, Casa Editorial Bosch, Barcelona, segunda edición de 1983.

(18) Cfr. FERNÁNDEZ ALBOR: *Presentación* del libro de C. MARTÍNEZ PÉREZ: *El delito fiscal*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1982.

(19) Vid. M.^a D. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *Política criminal del adulterio*, en «III Jornadas de Profesores de Derecho Penal», Universidad de Santiago de Compostela, 1976, pp. 131 y ss.

(20) Vid. G. LANDROVE DÍAZ: *Política criminal del aborto*, Casa Editorial Bosch, Barcelona, 1976.

En suma, con las palabras que prologan el libro titulado *Delincuencia y economía*, y que firmó conjuntamente con uno de sus discípulos, expresó el desaparecido profesor de Santiago sentimientos que justifican la atribución del noble apelativo de maestro. Alude allí a la satisfacción que le producía contemplar cómo un antiguo alumno de la Facultad se había convertido en discípulo primero y en compañero de publicación compartida después (21).

Lamentablemente, no llegó a ser testigo del éxito académico de su más cualificado discípulo, J. M. Lorenzo Salgado, que, en diciembre de 1987, se convirtió en catedrático de Derecho penal de la Universidad santiaguense tras muy brillante demostración de su capacidad docente e investigadora.

A lo largo de su intensa vida académica dirigió muchas tesis doctorales. Con pulso seguro y con gran capacidad de comprensión para las limitaciones o los desánimos ajenos, inició en la investigación seria y rigurosa a todos los que a él se acercaron con esta pretensión. Fue un gran estimulador de vocaciones por la investigación jurídico-penal.

Entre las tesis doctorales que dirigió, cabe mencionar las de R. Taboada, titulada *La delincuencia juvenil en la provincia de Orense* (1972); L. González Gutiérrez, *El principio de legalidad y las modernas tendencias penales* (1976); F. Bello Landrove, *Protección penal de la familia* (1976); J. M. Lorenzo Salgado, *Algunos aspectos de la relevancia de las drogas en el ordenamiento penal español* (1977); C. Martínez Pérez, *El delito fiscal* (1981); S. Nogueira, *El delito de usurpación* (1985); C. Blas Orbán, *La asistencia médica en relación con los artículos 489 bis y 371-3.º del Código penal* (1985).

Sólo la muerte le impidió ver culminadas las tesis doctorales de F. del Río y G. Guinarte, sobre la intervención judicial en la ejecución de las penas privativas de libertad y los delitos contra la propiedad industrial, respectivamente. Investigaciones que se encuentran notablemente avanzadas. Estoy seguro de que al asumir su dirección un profesor de la reconocida competencia de E. Orts, catedrático de Derecho penal de La Coruña, ambos trabajos de investigación se culminarán satisfactoriamente en breve plazo.

V

Una de las más relevantes aportaciones de Agustín Fernández albor a la enciclopedia de las ciencias penales viene constituida por la publicación periódica hoy titulada *Estudios penales y criminológicos*

(21) Cfr. FERNÁNDEZ ALBOR y MARTÍNEZ PÉREZ: *Delincuencia y economía*, Santiago de Compostela, 1983, p. 7.

cos, que recientemente ha alcanzado su volumen número once. Esta ilusionada empresa anual de la que su promotor se sentía —me consta— íntimamente satisfecho es, sin duda, una de las publicaciones científicas más acreditada, dentro y fuera de nuestras fronteras. Las firmas más ilustres han prestigiado una colección que él inició y tuteló con especial cariño. Muchos hemos sufrido las «broncas» entrañables con las que nos recordaba nuestros compromisos en materia de entrega de originales o de corrección de pruebas. La cita era siempre para la Navidad de cada año.

En el décimo de los volúmenes de los *Estudios*, el último que alcanzó a ver publicado, se contienen unos párrafos emocionados y emocionantes de Fernández Albor con los que se dedica la obra a la memoria de otro maestro de la ciencia del Derecho penal recientemente fallecido y por el que sentía un afecto entrañable. Me refiero a José Antonio Sainz Cantero, el inolvidable maestro granadino (22).

Hoy los *Estudios* gozan de general y merecido reconocimiento, pero su gestación no fue fácil. Sólo la ilusión de Fernández Albor, su tesón, la hicieron posible. Yo fui testigo de excepción de una peripécia creadora que arrinconó al desánimo y, muchas veces, a la incompreensión. El origen de la obra está en los *Temas penales* (1973), *Ensayos penales* (1974) y *III Jornadas de Profesores de Derecho penal* (1976), publicaciones colectivas todas ellas de la Universidad de Santiago de Compostela cuyos rótulos había que modificar cada año para soslayar las sospechas —fundadas, todo hay que decirlo— de los responsables del Servicio de Publicaciones de que se intentaba alumbrar una publicación periódica que vinculase en el futuro a este organismo. Cuando apareció *Estudios penales*, I, supimos que lo habíamos conseguido. Que él lo había conseguido. Recuerdo su ilusión incluso en función de algo que puede parecer decididamente ingenuo a alguien que no ame apasionadamente los libros. Me refiero a la elección del formato de la revista y del color a utilizar en la portada.

Dos años más tarde, y en la presentación del volumen III, explica el propio Fernández Albor que la creación del Instituto de Criminología de la Universidad de Santiago había propiciado una nueva orientación de la obra, de su obra: «Se pretende, a partir de ahora, incluir en el contenido de nuestra publicación las actividades más importantes desarrolladas en el nuevo Instituto de nuestra Universidad compostelana, orientadas a la difusión de una ciencia que adquiere importancia creciente en los estudios universitarios españoles. Por ello, a partir de ahora, nuestros *Estudios penales* se denominarán *Estudios penales y criminológicos*» (23).

(22) Vid. FERNÁNDEZ ALBOR: *In memoriam J. A. Sainz Cantero*, en «Estudios penales y criminológicos», X, Universidad de Santiago de Compostela, 1987, pp. 7 y ss.

(23) Cfr. FERNÁNDEZ ALBOR: *Presentación*, en «Estudios penales y criminológicos», III, *cit.*, p. 5.

Creo que el mejor homenaje que puede rendir la Universidad de Compostela —su Universidad— a la figura de Agustín Fernández Albor es otorgar la continuidad que se merece a esta publicación que él amó entrañablemente. No se puede renunciar a una obra que prestigia universalmente a la propia institución, varias veces centenaria.

No concurría ni una brizna de exageración en las palabras de jurista tan ilustre como Ruiz Vadillo cuando afirmaba, no hace demasiado tiempo, que los *Estudios penales* que él creó y dirigió «constituyen una de las más importantes aportaciones de todos los tiempos al campo del Derecho penal» (24).

Estoy seguro de que la Universidad de Santiago no permitirá la extinción de los *Estudios penales y criminológicos* que dirigió Fernández Albor con generosa dedicación y ejemplar apertura a todas las opciones intelectuales. Trabajó más que nadie en unos comienzos difíciles y ya cuajada la obra quiso que todos sus colaboradores participasen del éxito que él había forjado. Así, en 1984 y en la presentación del volumen VII, escribió: «Presupuestos, medios de financiación, plazos de entrega, corrección de pruebas y otros entretenimientos que sería prolijo exponer ocupan nuestro tiempo con menoscabo de la labor investigadora que, para no perder su ritmo, deberá incrementarse alargando el horario universitario. Por eso, además de los autores de los trabajos que se publican, o que se han publicado, y que tanto prestigian la colección, deseo rendir tributo a los profesores del Departamento de Derecho penal por su entusiasmo e ilusión, mantenidos año tras año, y por su entrega y dedicación a todas las labores universitarias, desde las más prosaicas hasta las más delicadas que exige la atención científica. Sin su inestimable ayuda y su consejo no se hubieran alcanzado los objetivos que perseguimos, superando las dificultades que ofrece el entramado de toda publicación» (25).

Además de los *Estudios penales y criminológicos*, otras obras colectivas editadas por la Universidad santiaguesa lo fueron, fundamentalmente por la capacidad organizadora y de convocatoria de Fernández Albor. Por ejemplo, *Delincuencia juvenil* (1973) y *La reforma penal y penitenciaria* (1980), que aparecieron no sólo con enjundiosos artículos suyos, sino también con sugestivas presentaciones de otros tantos coloquios o cursos que él había sabido suscitar.

El último volumen de los *Estudios penales y criminológicos* (XI, de 1988) es el primero publicado sin la presentación de Fernández Albor. A él se dedica, con breves pero —me consta— muy sentidas

(24) Cfr. F. RUIZ VADILLO: *La punición de los delitos de robo con fuerza en las cosas, hurto y estafa en la reforma parcial del Código penal de 25 de junio de 1983*, en «Estudios penales y criminológicos», VII, Universidad de Santiago de Compostela, 1984, p. 327.

(25) Cfr. FERNÁNDEZ ALBOR: *Presentación*, en «Estudios penales y criminológicos», VII, *cit.*, p. 5.

palabras de uno de sus discípulos, L. González Guitián, actual director del Instituto de Criminología de la Universidad de Santiago de Compostela (26).

VI

Quizá no resulte demasiado ortodoxo en una nota de estas características hacer una referencia a la esposa del profesor al que he dedicado, desde el sentimiento, estas páginas. Pero no puedo silenciar la admiración, el respeto y el cariño que siento por su mujer, Rosa Nogueira. Fue siempre para el profesor Fernández Albor —y para el hombre— una abnegada compañera que compartió momentos muy felices y otros de angustia desgarrada. Los últimos tiempos, sobre todo, fueron una prueba diaria para su temple extraordinario y un ejemplo para todos. Desde la aflicción largamente prolongada, supo siempre envolver con su cariño conmovedor los últimos momentos del que fue ejemplar catedrático de Derecho penal de la Universidad de Santiago de Compostela.

Finalmente, hago mías las palabras que el propio Agustín Fernández Albor escribió en sentida nota *in memoriam* del amigo y del maestro desaparecido (27): que descanse en paz y que el ejemplo de su vida y su labor actúe como acicate para todos, y especialmente para quienes nos honramos con sus continuadas pruebas de enseñanza, afecto y amistad.

(26) Vid. L. GONZÁLEZ GUITIÁN: *Presentación*, en «Estudios penales y criminológicos», XI, Universidad de Santiago de Compostela, 1988, p. 5.

(27) Vid. FERNÁNDEZ ALBOR: *In memoriam José Antonio Sainz Cantero*, en «Anuario de Derecho penal y Ciencias penales», 1986, p. 7.

Observaciones sobre la «actio libera in causa» (*)

CLAUS ROXIN

Catedrático de Derecho penal. Universidad de Munich

I

La «actio libera in causa», una figura jurídica tradicionalmente poco tratada, ha venido siendo objeto en los últimos 25 años de una intensa discusión científica (1). Los casos que se denominan con este nombre son, en esencia, casos de esta índole: en el momento de la comisión del delito su autor es incapaz de culpabilidad, pero en un momento anterior, cuando aún no se encontraba en este estado, produjo culpablemente su propia incapacidad de culpabilidad. Según que haya actuado en relación con el resultado producido dolosa o imprudentemente, se le castiga por delito doloso o imprudente.

Existe amplio consenso (2) sobre esta conclusión y también sobre la importancia cada vez mayor que tiene la «actio libera in causa» en los casos de embriaguez, abuso de drogas, estupefacientes, estados pasionales extremos y otros similares excluyentes de la culpabilidad. Sin embargo, se discute ahora más que nunca la fundamentación jurí-

(*) Título original: *Bemerkungen zur actio libera in causa*; publicado en el «Festschrift für Karl Lackner», 1987. Traducción y notas de Francisco Muñoz Conde, Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Sevilla.

(1) Especial mención merecen MAURACH: *Fragen der a.l.i.c.*, «JuS», 1961, pp. 373 y ss. FR. W. KRAUSE: *Betrachtungen zur a.l.i.c.*, «Mayer Festschrift», 1966, pp. 305 y ss. HRUSCHKA: *Der Begriff der a.l.i.c. und die Begründung Ihrer Strafbarkeit*, «JuS», 1968, pp. 554 y ss. CRAMER: *Anm.zu BGHSt, 21,381*, «JZ», 1968, pp. 273 y ss. HORN: *A.l.i.c. — eine notwendige, eine zulässige Rechtsfigur?* «GA», 1969, pp. 289 y ss. OEHLE: *Anm.zu BGHSt 23, 133*, «JZ», 1970, pp. 380 y ss. HRUSCHKA: *Methodenprobleme bei der Tatzurechnung trotz Schuldunfähigkeit des Täters*, «SchwZStr», tomo 90, 1974, pp. 48 y ss. FR. W. KRAUSE: *Probleme der a.l.i.c.*, «Jura», 1980, pp. 169 y ss. PUPPE: *Grundzüge der a.l.i.c.*, «JuS», 1980, pp. 346 y ss. KÜPER: *Aspekte der a.l.i.c.*, «Festschrift für Leferenz», 1983, pp. 573 y ss. NEUMANN: *Zurechnung und «Vorschulden»*, 1985, pp. 24 y ss. PAEFFGEN: *A.l.i.c. und § 323-a) StGB, ZStW*, tomo 97, 1985, pp. 513 y ss. En la bibliografía española, véase SILVA SÁNCHEZ: *La estructura de la «actio libera in causa» en los delitos cometidos bajo un síndrome de abstinencia de drogas*, en «La Ley», 1988 (nota del traductor).

(2) Constituye una excepción PAEFFGEN: *ob. cit.*, nota 1, que rechaza la a.l.i.c. y busca una solución en el §323-c) StGB

dica que hay que darle a la punibilidad de la «*actio libera in causa*». En la discusión se enfrentan dos soluciones opuestas: el modelo de la tipicidad y el modelo de la excepción (3). El modelo de la tipicidad vincula el castigo del autor a su conducta causante de la exclusión de la culpabilidad, que se interpreta como una causación dolosa o imprudente del resultado. Quien, por ejemplo, se emborracha hasta el punto de llegar a una situación de exclusión de la culpabilidad para, desinhibido por la embriaguez, darle una paliza a su compañero, será castigado, si las cosas suceden tal como las planeó, como autor de un delito de lesiones dolosas, por el hecho de embriagarse, pero no por la paliza, pues al castigo por la paliza se opondría la incapacidad de culpabilidad del autor en el momento de su ejecución. Pero como el embriagarse representa ya una causación dolosa de un resultado, ésta sería el fundamento del castigo por el delito de lesiones. El que se embriaga es, en cierto modo, un autor mediato, que utiliza su propia persona, en situación de incapacidad de culpabilidad, como mediador del hecho, no diferenciándose, en principio, del que se sirve de otra persona incapaz de culpabilidad para la ejecución del delito. Este modelo de la tipicidad ha sido utilizado por la jurisprudencia desde el primer momento para fundamentar sus decisiones. Así, por ejemplo, en la sentencia 22,413 del Reichsgericht, con la que la «*actio libera in causa*» se introduce en la jurisprudencia. Se trataba de un cochero que, borracho hasta perder el sentido, había atropellado a un peón caminero, produciéndole lesiones: «Si el acusado durante el viaje hubiese dejado las riendas del caballo a un tercero inconsciente, no habría jurídicamente actuado de un modo distinto de como realmente actuó. Tanto en un caso como en otro ha realizado consciente y libremente una acción con la que dio lugar a la conducción incorrecta del coche por una persona inimputable» (p. 415). Esta jurisprudencia ha sido mantenida ininterrumpidamente por el RG (4) y por el BGH (5).

La principal objeción que, con numerosas variantes a las que después se aludirá, se ha formulado contra este modelo, señala que el ponerse en una situación de inimputabilidad no puede considerarse como una acción típica. Así, por ejemplo, el embriagarse en el ejemplo que antes ofrecíamos no sería una acción de lesionar, sino todo lo más la preparación de una acción de esta clase. Como alternativas se preconiza por los adversarios de este modelo el llamado «modelo de la excepción», expuesto por primera vez y luego mantenido por

(3) Estas formulaciones se deben a NEUMANN: *ob. cit.*, nota 1.

(4) RGSt 60, 29; 73, 182.

(5) Cfr. sólo BGHSt 2, 17; 17, 259 y ss.; 17, 335 (el embriagarse constituye la «propia acción típica»); 21, 381 y ss.; BGH, VRS, 231, 213. También la jurisprudencia del OLGes está en esa línea.

Hruscka (6). Según este modelo, la punibilidad de la «*actio libera in causa*» representa una excepción, justificada consuetudinariamente, del párrafo 20 StGB que, cuando regula la incapacidad de culpabilidad del autor, refiere esta situación «al momento de ejecución del hecho». El autor es, pues, castigado por su comportamiento (aquí: el propinar una paliza) realizado en situación de embriaguez, aunque en ese momento no fuera capaz de culpabilidad, siempre que en un momento anterior haya habido dolo o imprudencia.

II

Los partidarios del modelo de la excepción son todavía minoría, pero han ganado terreno en los últimos años. Efectivamente, muestra el modelo de la tipicidad algunas dificultades constructivas y no permite, como luego se verá, el castigo en todos los casos que algún autor considera comprendidos en la «*actio libera in causa*». El modelo de la excepción resuelve todas estas dificultades de un plumazo —pero al precio de infringir el principio de culpabilidad y la ley escrita (7).

El párrafo 20 StGB dice con toda la claridad deseable que la capacidad de culpabilidad debe existir «en el momento de la ejecución del hecho». Si se considera como «hecho» en la «*actio libera in causa*» la acción realizada en situación de incapacidad de culpabilidad, no se puede pasar por alto que en este momento no hay capacidad de culpabilidad. El modelo de la excepción ignora sencillamente el tenor legal. Cuando, por ejemplo, Jescheck dice (8) que «la limitación del párrafo 20», que él preconiza, «difícilmente se puede compatibilizar con el tenor literal», pero que «materialmente está justificada»; a ello hay que replicar que una tal interpretación no ya «difícilmente», sino en absoluto es compatible con el tenor literal y que una infracción del tenor literal inequívoco de la ley nunca puede justificarse materialmente, al contravenir lo dispuesto en el artículo 103, párrafo 2, de la Ley Fundamental. La justificación material puede todo lo más utilizarse como argumento *de lege ferenda*. También una excepción, justificada por el derecho consuetudinario, del párrafo 20, como la que propinó Hruschka (9), infringiría el artícu-

(6) Cfr. nota 1. En el mismo sentido KÜPER: *ob. cit.*, nota 1. NEUMANN: nota 1, pp. 24 y ss. Además SCH/SCHRÖDER/LENCKNER, «StGB», 22.^a ed., 1985, núm. marg. 35 del §20. JESCHECK, «AT», § 40, VI. Análogamente, STRATENWERTH, «AT», 3.^a ed., 1981, núm. marg. 551. También el artículo 12 del Código penal suizo se asemeja al modelo de la excepción.

(7) En este sentido recientemente también PUPPE, nota 1, pp. 347. PÄEFFGEN, nota 1, p. 523.

(8) Como nota 6, §40, VI, 2.

(9) Como nota 1, 1968, p. 559, en relación con el antiguo §51 StGB; cfr., sin embargo, ahora del mismo autor, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, 1983, pp. 295 y ss., donde propone una reforma legislativa.

lo 103, párrafo 2.º, de la Ley Fundamental, que precisamente prohíbe cualquier fundamentación consuetudinaria de la pena. Pero incluso prescindiendo de esto, tampoco puede hablarse de la vigencia consuetudinaria del modelo de la excepción; el modelo de la tipicidad, aplicado por la jurisprudencia, sí se apoya, en cambio, en la *compabitilidad con la ley y no debe alegarse para fundamentar su quebrantamiento*. Y cuando Lenckner dice (10) que la cuestión sólo puede ser la de si, en el modelo de la excepción, «se trata de una interpretación amparada por el tenor literal de los párrafos 20, 21..., o de una reducción teleológica que debe considerarse, históricamente, como admisible», olvida que una interpretación que convierte en lo contrario el inequívoco tenor literal, nunca puede ser, según los principios conocidos, una «interpretación» y que una «reducción teleológica» es posible cuando se trata de una «restricción» del tenor literal legal (es decir, de una interpretación restrictiva), pero no cuando se trata de una ampliación de la pena.

Independientemente del problema de tenor literal, que podría solucionarse con una modificación legal, el modelo de la excepción infringe además el principio de culpabilidad, por más que sus partidarios lo nieguen. Pues el dolo o la imprudencia que puede existir en el momento de la preparación no son la culpabilidad por el hecho que la Ley exige. Si alguien quiere matar a otro y mientras limpia la pistola, ésta se dispara sin querer matando a la persona a la que se iba a matar, no hay evidentemente un asesinato. En la «*actio libera in causa*» no puede ser de otro modo: pues el dolo que preside la acción realizada en situación de incapacidad de culpabilidad es un dolo sin culpabilidad y no sirve como fundamento del mismo (de lo contrario podría, incluso, renunciarse completamente también al dolo en la producción de la situación de incapacidad de culpabilidad). Sí, por tanto, en el caso de la muerte producida al limpiar el arma, el castigo a título de dolo infrigiría el principio de culpabilidad, lo mismo sucede con el modelo de la excepción. Un modelo consecuente de la excepción tendría, incluso, además, que prescindir de la causación del resultado típico por el comportamiento previo (11), pues no se anticipa la causación del resultado típico y con él el injusto sino sólo la culpabilidad (12). Una tal culpabilidad «ambulante» que nunca ha pasado la «prueba» de fuego de la situación crítica» (13) no es más que puro sentimiento malo: una ejecución no culpable» y una decisión jurídicopenalmente irrelevante no pueden dar juntas un hecho culpable.

(10) SCH/SCHRÖDER/LENCKNER, StGB, §20, núm. marg. 35.

(11) Así también muy claramente NEUMANN, nota 1, pp. 26 y ss.

(12) Esto cuadraría incluso también para el modelo de la tipicidad, mientras que el modelo de la excepción ve la acción del injusto en el comportamiento durante la incapacidad de culpabilidad.

(13) Acertadamente al respecto PUPPE, como nota 1, p. 347.

Tampoco puede utilizarse en apoyo del modelo de la excepción, la referencia al estado de necesidad del párrafo 35 StGB y la regulación sobre el error de prohibición (párrafo 17 StGB), que, en algunos casos, basándose en una culpabilidad anterior excluyen la exculpación. El tenor literal legal no se opone en estos casos a recurrir a una culpabilidad anterior. El párrafo 35 excluye, por ejemplo, expresamente la exculpación, cuando el autor «ha causado el peligro mismo» y el párrafo 17 sólo exige que el error de prohibición (¡y no su evitabilidad!) exista en el momento de la comisión del hecho. Pero en ambos preceptos el recurso a una culpabilidad anterior no infringe, por diversas razones, el principio de culpabilidad, así que sería errónea la aplicación analógica de las consideraciones decisivas en estos casos al párrafo 20. El párrafo 35 no excluye la culpabilidad (la «receptividad normativa»), sino sólo la responsabilidad. Quien en el estado de necesidad previsto en el párrafo 35 comete un hecho antijurídico, actúa todavía culpablemente (si bien con culpabilidad disminuida); pero por la ausencia de necesidad preventiva de pena no se le exige un comportamiento distinto. Este juicio de exigibilidad regido por reflexiones utilitaristas cambia, sin embargo, cuando es el propio autor que se encuentra en estado de necesidad quien ha provocado el peligro; en este caso, el legislador no tolera que el peligro sea eliminado a costa de otras personas. La culpabilidad anterior no fundamenta aquí, por tanto, la culpabilidad (¡que sigue existiendo!), sino sólo la exigibilidad, así que el principio de culpabilidad no es afectado.

No otra cosa sucede en el error de prohibición. Si aquí, bajo ciertas circunstancias, se castiga también a quien en el momento de la comisión del hecho ya no podía adquirir el conocimiento de la prohibición, porque en un momento anterior no utilizó, por ejemplo, posibilidades de información, esto es defendible. Pues el párrafo 17 es una combinación de dolo de hecho e imprudencia de derecho; puede imponerse la pena del dolo, aunque el conocimiento de la prohibición no exista debido a imprudencia. Y para la imprudencia es sabido que la infracción del cuidado puede darse mucho antes de la producción del resultado, ya que incluso materializa el desvalor de la acción que luego repercute en el resultado. En los casos de actuación en error de prohibición coinciden, pues, el injusto doloso y el injusto imprudente, aunque en algunos casos puedan no coincidir temporalmente, así que también la culpabilidad tiene diferentes puntos de referencia. Pero en el párrafo 20 de la situación es otra.

III

Puesto que el modelo de la excepción, al infringir el artículo 103.II de la Ley Fundamental y el principio de culpabilidad, es sencillamen-

te irrealizable, sólo queda, si quiere salvarse la «actio licita in causa», el tradicional modelo de la tipicidad, contra el que, sin embargo, también se alegan cada vez más argumentos (14). Aquí voy a intentar defenderlo de estos ataques (15).

1. En primer lugar, hay que dejar claro que el supuesto más frecuente afecta a la «actio libera in causa» imprudente, no a la dolosa. Con razón destaca el BGH que los casos de «actio libera in causa» dolosa no son «demasiado frecuentes». Más frecuentemente se producen casos en los que el autor se coloca en un estado de embriaguez, aunque, por experiencias anteriores desagradables hubiera podido prever que en ese estado puede provocar determinadas consecuencias ilícitas (BGHSt 17,263). Pero este caso normal de la «actio libera in causa» depara tan pocas dificultades al modelo de la tipicidad que se ha planteado ya la cuestión de por qué, en lugar de un delito imprudente completamente normal, no se habla de una «actio libera in causa» imprudente (16). Pues, de hecho, la «actio libera in causa» imprudente sigue las reglas normales de imputación en el tipo objetivo. El autor crea, por ejemplo, con su embriaguez un riesgo no permitido, que se realiza de manera imputable, cuando posteriormente en estado de incapacidad se produce el correspondiente resultado típico. Que el comportamiento imprudente y el resultado no coincidan temporalmente, también ocurre en muchos otros hechos improcedentes. La única diferencia entre la «actio libera in causa» imprudente y la imprudencia normal consiste en que en la «actio libera in causa» existen entre la acción imprudente y el resultado todavía otras acciones realizadas por el autor en estado de inculpabilidad, en las que falta la imprudencia «habitual». Pero esto no constituye una desviación de la estructura jurídica, sino sólo una imagen fenomenológica (17).

(14) Los más fundados y agudos contra el modelo de la tipicidad han sido formulados por NEUMANN, como nota 1, pp. 25-41.

(15) En esto coincido con PUPPE, como nota 1, y JAKOBS, «AT», 1983, 17/64 y ss.

(16) Cfr. HORN, como nota 1, pp. 289 y ss.

(17) Desde el punto de vista del modelo de la excepción considera JESCHECK, «AT», § 40, VI, 2, como un caso de a.l.i.c. no abarcable por las reglas generales de la imputación, el que alguien se embriague «sin pensar en que tiene que conducir un auto». En este caso considera que debe aplicarse el § 316-II, que castiga la embriaguez culposa en el tráfico, aunque el «embriagarse» no constituye ningún «conducir un vehículo de motor». Para el modelo de la tipicidad, en cambio, si la acción típica en este delito se limita a la conducción personal de un vehículo de motor, no será posible aplicar el § 316-II. De todas formas el § 323-a) puede satisfacer plenamente la necesidad de pena (*).

(*) El § 316-II StGB corresponde al artículo 340 bis-a)-1 del Código penal español (conducción bajo el efecto de bebidas alcohólicas). No existe en cambio en el Código penal español un precepto paralelo al § 323-a) StGB, que castiga a quien por el consumo de bebidas alcohólicas u otros medios estupefacientes se coloca dolosa o imprudentemente en un estado de embriaguez y en ese estado comete un delito, siempre que a consecuencia de ese estado hubiera quedado excluida su capacidad de culpabilidad;

2. Mayores dificultades hay con la «*actio libera in causa*» dolosa, aunque, en mi opinión, éstas son superables y, cuando no lo son, entonces simplemente es que hay que renunciar a fundamentar un castigo en base a la «*actio libera in causa*».

a) Se discute ya que el situarse en un estado de incapacidad (casi siempre: embriagarse) sea causal respecto al resultado típico. Neumann dice (18): «Todo lo más en casos excepcionales en los que el hecho representa un extrañamiento extremo de la personalidad» se puede demostrar que el autor no lo hubiera realizado si hubiera estado sobrio». Pero esto no convence (19). Si alguien —por seguir con el conocido ejemplo— bebe para darse valor y realizar el hecho en situación de incapacidad de culpabilidad, lo hace porque en estado de sobriedad no confía en realizarlo; y si con dolo eventual acepta que, como consecuencia de la desinhibición que produce la incapacidad de culpabilidad será empujado a cometer un determinado delito, esto implica entonces la constatación de que una persona sobria no hubiera cometido el hecho. En general, hay que partir de que la dirección de la acción por una persona sobria, sana física y psíquicamente transcurre de manera diferente a la de una persona completamente embriagada (20); de ello puede convencerse cualquiera a simple vista. Incluso si alguien hubiese realizado también el hecho independientemente de la situación de incapacidad, lo realizaría de otra manera —lo que para la causalidad es totalmente suficiente—. Cuando Neumann dice (21): «El comportamiento de quien, a consecuencia de su embriaguez, no puede comprender la ilicitud de unos daños materiales provocados en su estado, no se rige, en principio, por leyes distintas a las del comportamiento de quien realiza el mismo hecho en estado de sobriedad, por exceso de audacia»; son muchas las objeciones que contra esta afirmación pueden formularse. Incluso aunque fuera cierto que el comportamiento de uno completamente embriagado no se rige, en principio, por leyes distintas a las que sigue una persona completamente sobria, serían suficientes, sin embargo, más allá del difícilmente precisable «en principio», ya desviaciones en detalle de la realización para la causalidad. Pero sobre todo en los casos de embriaguez excluyente de la culpabilidad (y también en otros casos en los que se plantea la «*actio libera in causa*») es inimaginable que, como sugieren las palabras de Neumann, sólo queda excluida la capa-

por lo que este tipo de casos, que tampoco pueden entre nosotros excluirse de la eximente 1.^a del artículo 8 (por no preordenación al delito), deben considerarse impunes si se sigue el modelo de la tipicidad propuesto por Roxin (nota del traductor).

(18) Como nota 1, p. 26/87.

(19) En favor de la afirmación de la causalidad también PUPPE, como nota 1, p. 348.

(20) Con razón dice PUPPE, como nota 19, que debería imaginarse el hecho de un incapaz de culpabilidad como «obediente a otras leyes».

(21) Como nota 1, p. 27.

cidad para conocer la ilicitud y no sea también afectada la capacidad de dirección e inhibición que incide en la modificación del curso causal. Generalmente la capacidad de dirección será excluida incluso mucho antes que la capacidad para conocer la ilicitud. No se puede, por tanto, afirmar con éxito que el modelo de la tipicidad fracase ya por ausencia de causalidad.

b) Pero los ataques más importantes se dirigen contra la idea de que el colocarse en un estado de incapacidad puede considerarse como acción típica de un delito doloso. Para ello no sería suficiente con la causalidad y el dolo del comportamiento anterior. Más bien debería añadirse a la relación causal y final «todavía un momento ulterior que, de un modo u otro, convierte la acción en una acción delimitada, por ejemplo, en una acción específica de homicidio» (22). En esta afirmación es indiscutible que en el momento en que se desconecta la propia capacidad de culpabilidad hay que ver ya una tentativa de homicidio, de lesiones, etc., si se quiere que el modelo de la tipicidad sea realizable, pues la causación por un acto preparatorio no fundamenta la culpabilidad por el hecho (cfr. II). Pero, por otro lado, sería suficiente para admitir una acción típica que el autor en la fase de tentativa todavía con capacidad de culpabilidad ponga en marcha la relación causal; entonces habrá cometido un delito consumado, aunque en el momento de la producción del resultado no fuera ya imputable.

Todo depende, pues, de si el autor en el momento de ponerse en estado de incapacidad había alcanzado ya el estadio de la tentativa del hecho que pretende consumir ya en estado de incapacidad de culpabilidad. En contra de todas las objeciones esto se puede afirmar en los casos normales. Del mismo modo que en la autoría mediata, la tentativa de utilizar un instrumento no culpable comienza con la incidencia sobre el instrumento y termina cuando sale del propio ámbito de dominio (23), en la «actio libera in causa» la tentativa comienza al colocarse la propia persona en situación de incapacidad de culpabilidad: el autor se hace instrumento irresponsable de sí mismo y desde el momento en que se produce la incapacidad de culpabilidad pierde el curso causal posterior.

A esto se oponen los críticos del modelo de la tipicidad muchas veces con el argumento de que el caso de la «actio libera in causa» nada tiene que ver con la autoría mediata. Así, por ejemplo, dice Küper (24) que, «a pesar de la desaparición de la receptividad norma-

(22) HRUSCHKA, como nota 1, 1968, p. 557.

(23) Sobre ello ROXIN: *Der Anfang des beendeten Versuchs*, «Festschrift für Maurach», 1972, pp. 213 y ss. *El mismo*, «LK», 10.^a ed., § 25, núms. marg. 104 y ss. *El mismo*, «JuS», 1979, p. 11. En todos estos trabajos se contienen referencias sobre el estado de la polémica. A la tesis aquí mantenida se ha adherido el BGHSr 30, 363.

(24) Como nota 1, p. 590. En su «diálogo», KÜPER pone esta argumentación sólo en boca de uno de los dialogantes.

tiva» el autor sigue manteniendo —el dominio sobre el suceso—, que no pasa, como en la autoría mediata, a otro. Por eso, sigue diciendo Küper, «que no es correcta» la expresión «instrumento cuasi mecánico» y todavía menos la de «instrumento» en general. También Neumann (25) opina que, «a diferencia de lo que sucede en la autoría mediata», «en la “*actio libera in causa*” no pierde el autor el curso del suceso». Para Neumann las acciones del autor tras la aparición del estado de incapacidad no son producto de la ciega causalidad: «No puede discutirse que el borracho se puede decidir contra la realización del plan elaborado en estado de sobriedad».

Pero nada de esto es sostenible. Ciertamente sigue manteniendo el autor incapaz de culpabilidad el «dominio de la acción» (26) sobre el suceso; pero este dominio lo tiene también el incapaz cuando otra persona se sirve de él y no por ello se niega la autoría mediata del que se sirve del incapaz. Al contrario, incluso es presupuesto de que el autor mediato pueda dominar el suceso con su dirección responsable. Y es indiferente para el dominio sobre el posterior curso causal ejercido por su actuar responsable, el si el autor mediato «traspasa» el dominio de la acción a un tercero o si lo mantiene él mismo en estado de inculpabilidad; mucho más podrá determinar su propia psique que la de un tercero, cuyo comportamiento en estado de incapacidad de culpabilidad es menos controlable por el autor. Lo cierto es que el incapaz de culpabilidad no actúa de un modo «ciego causal» o «cuasi mecánicamente» y que la expresión «instrumento» no caracteriza correctamente el supuesto de hecho. Pero lo mismo ocurre cuando se sirve de intermediario inculpable, ya que también es posible en este caso que el hecho finalmente no se consume. Lo que vale para todos los casos de autoría mediata por utilización de un intermediario inculpable, no puede alegarse contra la misma construcción en la «*actio libera in causa*». Además se ignoraría la estructura de la autoría mediata, si se exigiera del autor mediato que dominara al intermediario como si de un instrumento mecánico se tratara; la utilización de factores causales ciegos y de medios mecánicos auxiliares es más bien un caso de autoría directa. En los casos de la clase dicha anteriormente la autoría mediata se determina por el principio de responsabilidad: un responsable toma a su servicio a un agente no culpable, así que su comportamiento se le puede imputar conforme a criterios normativos. Nada más se exige ni en la autoría mediata ni en la «*actio libera in causa*».

Si se quiere ajustar al caso el modelo de la tipicidad, sólo queda la posibilidad de determinar el comienzo de la tentativa en la autoría

(25) Como nota 1, pp. 34 y ss.

(26) Sobre esta terminología, cfr. mi libro *Täterschaft und Tatherrschaft*, 4.^a ed., 1984, pp. 127 y ss. También allí se expone con detalles la estructura de la autoría mediata en tales casos.

mediata por utilización de un tercero no culpable o que no actúa dolosamente en el momento en el que el mediador pone en peligro directamente a la víctima. Esta tesis ha encontrado muchos partidarios en la bibliografía más reciente aparecida en torno a la sentencia del BGH (BGHSt) 30,363 (27). No es ahora el momento, por razones de espacio, de discutir con detalles esta problemática general de la tentativa y la autoría mediata (28). Pero sí hay que seguir manteniendo con énfasis que existe tentativa acabada cuando un responsable pone en marcha un curso causal y pierde su dirección, al traspasarlo a otra persona que actúa sin culpabilidad o sin dolo y que es la que, en definitiva, tiene que llegar al resultado. En tales casos, el autor ha pasado «la prueba de fuego de la situación crítica» (Bockelmann) y realizado todo lo que por su parte era necesario para producir el resultado. La ley *no* atiende a la inmediata puesta en peligro de la víctima, *ni tampoco* el actuar del intermediario, sino sólo al «comenzar a» que realiza el autor; pero éste no puede comenzar más que cuando el suceso ha salido claramente de su esfera de influencia. También el dolo y la culpabilidad, que tienen que estar presentes en el momento de la tentativa, sólo pueden referirse al momento en que el autor todavía actúa. Si, por ejemplo, tras «traspasar» el asunto al intermediario que actúa sin capacidad de culpabilidad o sin dolo, se echa a dormir, nada impide que, si todo transcurre conforme a lo previsto, pueda ser castigado por delito doloso. Si se mantiene otra opinión ¿cómo puede explicarse que alguien que está durmiendo comience dolosamente(!) a ejecutar un hecho?

Contra esta tesis de que en la autoría mediata la tentativa termina cuando el suceso causal sale del propio ámbito de dominio, se alega siempre que el mediador no equivale a un instrumento «ciego mecánico» y no puede ser equiparado a un perro al que se azuza para morder a otro. El azuzar al perro es ya desde luego tentativa, pero no el impulsar a un mediador que, a pesar de su incapacidad, puede omitir la ejecución. Es evidente que aquí existen diferencias materiales y que la situación psicológica no es la misma cuando se utiliza a un mediador sin culpabilidad o sin dolo. Pero esto no cambia el que en estos tres casos haya que tratar por el mismo rasero el comienzo de la tentativa con los criterios normativos decisivos. Si se afirma como algo indiscutible el dominio del hecho tanto en el empleo de un instrumento «mecánico» como en el de un mediador que actúa sin culpabilidad o sin dolo, «hay que admitir la equivalencia normativa ya *conocida* de las formas de dominio del hecho también para la descripción del comienzo de la tentativa por encima incluso de di-

(27) Cfr. sólo, por ejemplo, VOGLER, «LK», 10.^a ed., § 22, núms. marg. 96 y ss. KÜPER, «JZ», 1983, 361. KÜHL, «JuS», 1983, 186. KADEL, «GA», 1983, 299. PAEFFGEN, como nota 1, pp. 517 y ss.

(28) Mi propia postura ha sido fundamentada expresamente en los trabajos citados en nota 23. En relación con ella, habla LACKNER, «StGB», 16.^a ed., 1985, § 33, 1 c), de una «opinión preponderante y también preferible».

ferencias puramente fácticas» (29), tanto más cuanto, por lo demás los criterios legislativos rectores apuntan en esa dirección. Si, por ejemplo, en el caso de la inducción (parágrafo 30, párrafo 1.º, StGB) la tentativa comienza con la invitación al autor y termina todo lo más con su decisión, de tal manera que es suficiente para alcanzar los límites de lo punible con la puesta en marcha del proceso causal que ya no sea dominable por el inductor, no puede suceder de otro modo con la tentativa de la autoría mediata. Constituiría una contradicción valorativa insoportable que pueda ser castigado el que induce a un imputable a cometer un asesinato y que, por el contrario, permaneciera impune el que hace lo mismo con un enfermo mental, siempre que el mediador no haya puesto las manos en su víctima.

c) Tampoco es cierto que el modelo de la tipicidad sólo sea aplicable a los delitos de resultado (30). Naturalmente, son estos delitos (homicidio, lesiones, daños) los que ofrecen más casuística, con lo que la «actio libera in causa» incluso limitándola a ellos sería una útil construcción, pero no hay ninguna razón para esta limitación. También en el hurto cualificado (parágrafos 242 y siguientes StGB), en las lesiones peligrosas (parágrafo 223 StGB), en la violación (parágrafo 177 StGB) y delitos similares que presuponen una determinada forma de ataque, es posible, sin más, considerar el comienzo del delito en el momento en que se produce la situación de incapacidad. Pues el comportamiento en el estadio de la tentativa no tiene todavía por qué mostrar el mismo tipo de acción que en el delito consumado. Tampoco es, en modo alguno, necesario que la forma de ataque especificada en el tipo se realice con capacidad de culpabilidad. Así, por ejemplo, en las lesiones con medios peligrosos [parágrafo 223 a) StGB] o en el hurto con armas (parágrafo 244 StGB) el legislador pretende proteger a las víctimas con especial énfasis, siendo irrelevante a tales efectos si el autor es o no capaz de culpabilidad en ese momento (31).

Otra cosa ocurre con los delitos de propia mano (32), y dentro de ellos y en relación con nuestro tema, los que he llamado delitos de propia mano impropios, «en los que el deber que fundamenta la pena está configurado de tal manera que sólo puede ser lesionado por la realización directamente personal de la acción típica» (33). En el caso de que alguien tome un psicofármaco que excluya su culpabilidad, testimoniando falsamente bajo su influencia ante un Tribunal (34), no existe realmente un delito de falso testimonio, pues el deber de decir la verdad sólo surge en el momento de la declaración

(29) SCHLEHOFER: *Einwilligung und Einverständnis*, 1985, p. 71.

(30) En este sentido HRUSCHKA, como nota 1, 1974, p. 69.

(31) Acertadamente, PUPPE, como nota 1, p. 347.

(32) Sobre ellos, JAKOBS, «AT», 1983, 17/67.

(33) ROXIN: *Täterschaft und Tatherrschaft*, 4.ª ed., 1984, p. 393.

(34) HRUSCHKA, como nota 1, p. 556.

ante el Tribunal, de tal modo que no puede considerarse ni siquiera como tentativa de falso testimonio la ingestión del medicamento. Pero con ello no se cuestiona, sino se confirma el modelo de la tipicidad. Pues dicho modelo se basa en que las reglas que rigen la autoría mediata pueden transplantarse al caso en que alguien se sirve de sí mismo como intermediario sin culpabilidad. Entonces es consecuente excluir también la «*actio libera in causa*», allí donde no es posible una autoría mediata. Lo mismo vale si se limita el deber de conducir vehículos de motor sólo en correcto estado, al hecho mismo de conducir, como se desprende claramente del tenor literal de los párrafos 315 c) y 316 StGB Embriagarse no es, pues, todavía comenzar a conducir un vehículo de motor, por lo que no es posible castigar por los párrafos 315 c) y 316 StGB, a quien se embriaga completamente con el propósito de conducir en este estado un auto. Ello no resulta insatisfactorio desde el punto de vista político-criminal, porque los casos de esta clase pueden ser incluidos en el párrafo 323 a) StGB [ver nota del traductor (*)].

Una ulterior objeción (35) indica que el modelo de la tipicidad «tendría que llevar, necesariamente, en todos los casos, a aplicar el párrafo 21 StGB (capacidad de culpabilidad disminuida), pues la acción constitutiva de tentativa que se realiza en el momento de la producción de la incapacidad de culpabilidad («el último trago» antes de ponerse en esa situación) se produce en un estado de capacidad de culpabilidad disminuida». A ello hay que replicar diciendo que en el momento del «último trago» existe ya tentativa acabada, que va precedida de una tentativa incompleta o inacabada. Esta forma de tentativa no puede comenzar ciertamente tampoco con el «primer trago», ya que el primer trago no provoca todavía un estado próximo a la incapacidad de culpabilidad. Pero cuando la ingestión de alcohol —para seguir con nuestro ejemplo— ha llegado a tal nivel que el autor está a punto de alcanzar un estado de disminución relevante de la capacidad de culpabilidad, entonces es cuando comienza, si se da además el correspondiente dolo, la tentativa, ya que en este momento es cuando el posterior suceso generalmente se caracteriza por una pérdida relevante de la capacidad de dirección e inhibición.

Por lo demás en la «*actio libera in causa*» dolosa no habría porqué aplicar una pena atenuada incluso aunque la tentativa comenzara tras haber traspasado el autor los límites de la capacidad de culpabilidad disminuida (párrafo 21 StGB). Esta es también la tesis mantenida por la jurisprudencia que niega la aplicación facultativa de la atenuación de la pena cuando el autor se colocó dolosa y culpablemente en un estado de disminución de la capacidad de culpabilidad.

(*) Recuérdese lo dicho en nota del traductor (*) supra después de nota 17.
 (35) NNEUMANN, como nota 1, p. 36.

e) Un último argumento contra el modelo de la tipicidad proviene de la doctrina del desistimiento. Se critica que al admitir la tentativa ya no es posible el desistimiento voluntario del incapaz de culpabilidad (36). «El borracho que por compasión deja caer la pistola, no podría quedar impune por aplicación del parágrafo 24 (desistimiento voluntario de consumir el delito). Esta conclusión es totalmente insatisfactoria, pero obligada dogmáticamente si se parte de la teoría de la anticipación» (37). Realmente este tipo de argumentación ha puesto en un compromiso a los partidarios del modelo de la tipicidad. Así, por ejemplo, opina Puppe (38), un tanto despistada, que es «problemático» que se pueda calificar de «voluntario en el sentido del parágrafo 24 StGB el desistimiento realizado en estado de incapacidad de culpabilidad». Jakobs (39) sólo admite el desistimiento, «si en el momento de la pérdida de imputabilidad aún seguía existiendo el fundamento del desistimiento. De lo contrario, sería el desistimiento, “per definitionem” irresponsable, del inimputable involuntario».

En mi opinión, también desde el punto de vista del modelo de la tipicidad se puede fundamentar la admisión del desistimiento voluntario, pues el parágrafo 24 StGB no hace depender la impunidad de la capacidad de culpabilidad del que desiste, sino de su voluntariedad. Sólo si se considera el desistimiento como «causa de anulación de la culpabilidad», supondría la voluntariedad la capacidad de culpabilidad en el momento del desistimiento. Pero lo correcto es considerar que en este caso lo que falta es la responsabilidad jurídico-penal porque ni desde el punto de vista preventivo general, ni especial, es necesaria una pena (40). Desde el punto de vista de esta valoración político-criminal orientada a los fines de la pena existen buenas razones para no hacer depender la voluntariedad del desistimiento de la capacidad de culpabilidad del que desiste. Pues, si el parágrafo 20 pretende exculpar, se pervertiría su sentido, si aquí se le utilizara para frustrar una impunidad que a todas luces es recomendable. Tampoco las necesidades preventivas exigen la imposición de una pena, «pues si el autor ya incapaz, pero indudablemente peligroso, todavía desiste a tiempo, es esto lo que habla también en favor de la disposición a desistir y con ello de una menor peligrosidad del autor imputable» (41); en todo caso, parece razonable desde el punto de vista político-criminal partir de una tal hipótesis en favor del autor.

(36) Así ya WELP: *Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungs-äquivalenz der Unterlassung*, 1963, p. 135 (en las obras de PUPPE, como nota 1, 349, nota 18, y NEUMANN, como nota 1, p. 40, se cita erróneamente la página 195).

(37) NEUMANN, como nota 1, pp. 39 y ss.

(38) Como nota 1, p. 349; nota 18 al final.

(39) «AT», 1983, 17/68.

(40) Para más detalles ROXIN: *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2.^a ed., 1973, pp. 35 y ss. *El mismo*, «Festschrift für Heinitz», 1972, pp. 273 y ss. Cfr. también MAURACH, como nota 1, pp. 378 y ss.

(41) MAURACH, como nota 1, p. 379.

Para fundamentar la impunidad del que desiste en estos casos, no es, por tanto, preciso recurrir al modelo de la excepción. Generalmente con este modelo no hay en estos casos ningún problema, porque considera que no hay todavía tentativa. Pero no me parece convincente que en el ejemplo antes citado propuesto por Neumann, en el que «el asesino incapaz de culpabilidad baja la pistola con la que apuntaba» la impunidad pueda deducirse del modelo de la excepción. Pues en este caso, también desde el punto de vista del modelo de la excepción, hay que afirmar la tentativa. Tampoco se puede deducir del modelo de la excepción que se pueda prescindir completamente en el desistimiento de la capacidad de culpabilidad del autor que desiste, pues la inculpación supone siempre una culpabilidad anterior, mientras que aquí no puede hablarse de una anterior decisión de desistir. La impunidad en estos casos sólo puede, pues, fundamentarse también por los partidarios del modelo de la excepción, con los argumentos extraídos de los fines de la pena que ya antes se han hecho valer con el modelo de la tipicidad.

IV

Aunque, después de todo lo dicho, parece que el modelo de la tipicidad es en la mayoría de los casos realizable desde un punto de vista constructivo, hay que advertir que aún quedan dos grupos de casos —junto a los ya citados delitos de propia mano— a los que no es aplicable.

1. El primer caso en el que se excluye la pena del delito doloso es aquél en el que el autor en el momento de la aparición de la incapacidad de culpabilidad ciertamente tenía el propósito de cometer el delito, pero la situación de incapacidad se produce de un modo no doloso.

La «actio libera in causa» supone un «doble dolo»: el autor debe actuar como mínimo con dolo eventual tanto respecto a la posterior realización del tipo como a la producción del estado de incapacidad (42). Para el modelo de la tipicidad ello es incluso obligado: igual que en la autoría mediata el dolo tiene que abarcar no sólo la realización del tipo, sino también los factores que fundamentan el dominio

(42) Así con razón la doctrina dominante: por ejemplo, SCH./SCHÖNKE/LENCKNER, «StGB», 22.^a ed., 1985, § 20, núm. marg. 36. SK-RUDOLPHI, 3.^a ed., § 20, núm. marg. 30. JESCHECK, «AT», 3.^a ed., 1978, § 40, VI, 2. JAKOBS, «AT», 1983, 17/65, nota 118. OEHLER, como nota 1, pp. 386 y ss. PUPPE, como nota 1, p. 348 y s., que con razón se refiere a que de lo contrario faltaría el dolo de la causalidad del embriagarse para el resultado. Como aquí también RGSt 73, 117 y ss. (182); «BGHSt» 2, 17; 17, 334; «BGH», «VRS» 23, 213. Confuso «BGHSt» 21, 381. Análogamente como aquí también KRAUSE, como nota 1, p. 174.

del hecho (43), en la «actio libera in causa» dolosa el autor sólo puede pretender utilizarse a sí mismo como instrumento no culpable cuando su dolo abarca la producción de la propia incapacidad de culpabilidad. Sólo al colocarse dolosamente en estado de incapacidad de culpabilidad comienza a realizar el hecho y entra en el estadio de la tentativa. Quien en la preparación de un hecho que quiere realizar con capacidad de culpabilidad comienza a beber por aburrimiento y sin darse cuenta se pone en estado de incapacidad de culpabilidad, no ha comenzado todavía a realizarlo. Pues para la imagen que tenía del hecho, en la que no se comprendía la utilización de su propia persona como instrumento sin culpabilidad, sólo existiría un comienzo de tentativa cuando posteriormente procediera directamente a realizar el tipo.

La opinión contraria que considera que para castigar por delito doloso es suficiente con situarse imprudentemente (44) o incluso sin ningún tipo de culpabilidad (45) en estado de incapacidad, sólo puede mantenerse con el modelo de la excepción, para el que no importa ni la causalidad de la incapacidad ni el comienzo de la tentativa en el momento de su producción. Pero precisamente en esto se ve con claridad cómo infringe esta construcción el principio de culpabilidad, pues, la única «culpabilidad» que queda es un plan delictivo en estado de preparación. ¿Cómo puede ser esto suficiente para castigar por un delito doloso consumado? Es curioso que los partidarios del modelo de la excepción que refieren el dolo también a la producción del estado de incapacidad están con los argumentos que alegan para ello, sin darse cuenta, volviendo al modelo de la tipicidad. Cuando, por ejemplo, Jescheck (46) considera «incompatible con el principio de culpabilidad» «la teoría que pretende limitar el dolo a la acción típica», porque, según él, la «actio libera in causa» constituye «un paralelo con la autoría mediata», tiene efectivamente razón; pero, al decir esto, se aleja del modelo de la excepción que precisamente se basa no en la idea de autoría mediata, sino en la de la autoría directa. Lo mismo se puede decir de la tesis de Lenckner (47), cuando sostiene que hay que exigir el doble dolo «cuando la comisión del hecho sólo es la acción no libre “in actu”». Del principio de culpabilidad se deduce que sólo está justificado el castigo por delito doloso, cuando la relación de voluntad responsable entre el situarse en estado

(43) Con detalles ROXIN, «LK», 10.^a ed., § 25, núms. 96 y ss.

(44) MAURACH, como nota 1, p. 375; MAURACH/ZIPF, «AT»/I, 6.^a ed., 1983, § 36, núm. marg. 57. HRUSCHKA, como nota 1, pp. 28 y ss.

(45) CRAMER: *Der Vollrauschtatbestand als abstraktes Gefährungsdelikt*, 1962, p. 132. *El mismo*, como nota 1, pp. 273 y s.

(46) «AT», 3.^a ed., § 40, VI, 2.

(47) SCH./SCHÖNKE/LENCKER, «StGB», 22.^a ed., 1985, § 20, núm. marg. 36; contra la fundamentación de LENCKER desde el punto de vista del modelo de la excepción también NEUMANN, como nota 1, p. 28, nota 22.

de incapacidad y la posterior realización del hecho consiste precisamente en que el autor conscientemente se puso en estado de incapacidad para realizar el hecho concreto». Esto es también correcto, pero de nuevo desde el punto de vista del modelo de la tipicidad, pues la consciente pérdida de la capacidad de dirección «in actu» y del dominio del hecho que de ella se deriva con la «actio praecedens» fundamentan el modelo de la tipicidad, no el de la excepción.

Quienes para castigar por «actio libera in causa» dolosa, consideran suficiente que el autor se haya puesto en el estado de incapacidad imprudentemente o incluso sin culpabilidad, invocan la bondad político-criminal de esta solución. Pero sin razón, pues en la mayoría de los casos, el autor actúa respecto al ponerse en situación de incapacidad de culpabilidad, por lo menos con dolo eventual (48). Así, por ejemplo, en los casos de embriaguez el autor notará generalmente, que va perdiendo poco a poco el control; si sigue bebiendo y manteniendo su plan delictivo, no le faltará el doble dolo. Si no es así, habrá que recurrir al parágrafo 323 a) StGB (*) o, en su caso, al castigo por delito imprudente. De todos modos, habrá que admitir la impunidad, si la incapacidad de culpabilidad se produce sin culpa del autor decidido a cometer el delito antes de comenzar a ejecutarlo, por ejemplo, porque alguien ha vertido en su bebida un narcótico. Pero esto es también admisible, pues en este caso no se puede reprochar al autor más que un acto preparatorio impune. Los partidarios del modelo de la excepción también admiten en este caso la impunidad, pero desde esta teoría no se puede entender muy bien porqué hay que exigir para castigar por delito doloso junto al dolo típico todavía también imprudencia respecto a la producción de la propia incapacidad de culpabilidad (Ya antes se expuso que estas dudas surgen también cuando se quiere fundamentar con el modelo de la excepción la exigencia de doble dolo).

2. Finalmente, tampoco tiene nada que ver con la «actio libera in causa» el no menos importante grupo de casos en los que el autor produce dolosamente una relevante disminución de su capacidad de culpabilidad (parágrafo 21 StGB), realizando el hecho en ese estado. Aunque aquí la «casi unánime opinión» (49) considere aplicable la «actio libera in causa» o, por lo menos, la «idea jurídica» que la preside para evitar atenuar la pena (50), aquí hay que darles la razón a los críticos (51) del modelo de la tipicidad que consideran que en esto es inaplicable. Naturalmente, no se puede decir que alguien se utiliza a sí mismo como intermediario incapaz de culpabilidad, cuan-

(48) De otra opinión NEUMANN, como nota 1, pp. 30 y s.

(*) Recuérdese lo dicho supra nota del traductor después de nota 17.

(49) NEUMANN, como nota 1, p. 38.

(50) Cfr. sólo SK-RUDOLPHI, § 20, núm. marg. 29; «BGHSt», 21, pp. 381 y ss.; «BGH», «NJW», 1955, 1037; «BGH», «VRS», 21, 47; 264, 23, 438.

(51) — Sobre todo PUPPE, como nota 1, 349. NEUMANN, como nota 1, p. 38.

do sigue siendo hasta la consumación del hecho receptivo a las exigencias normativas y, por tanto, capaz de culpabilidad, pues la disminución de la misma no le anula completamente. En los casos de incapacidad de culpabilidad previstos en el párrafo 21 StGB la tentativa no comienza con la disminución de la misma, sino con el proceder directamente el autor todavía capaz a la realización del tipo.

Sin embargo, parece inadecuado conceder la atenuación prevista en el párrafo 49.1 StGB para la capacidad disminuida prevista en el párrafo 21 StGB a quien con propósito de cometer un delito se sitúa dolosamente en un estado de disminución de la culpabilidad.

Pero para evitar esta consecuencia no es preciso recurrir a la «*actio libera in causa*», basta con no aplicar la atenuación facultativa del párrafo 21 StGB [cfr. supra III d), «*in fine*»]. Ciertamente que esta atenuación facultativa del párrafo 21 es difícilmente compatible con el principio de culpabilidad. Pero precisamente en este caso sí está justificado no aplicarla. Además, si el párrafo 46.2 StGB considera como un factor relevante para la determinación de la pena el comportamiento del autor anterior a la comisión del delito, debe tenerse en cuenta entre las «circunstancias favorables y contrarias al reo» la provocación dolosa de la situación prevista en el párrafo 21 como una circunstancia que habla en su contra. La culpabilidad en la determinación de la pena es distinta a la culpabilidad que la fundamenta. Y lo que vale para el párrafo 20 StGB no puede transplantarse al párrafo 46 StGB que abarca toda la «*vida anterior*» del autor del delito.

V

Con razón destaca Karl Lackner (52), el gran comentarista del Código penal, a quien se dedica como homenaje este artículo, al aplicar a la «*actio libera in causa*» el modelo de la tipicidad, que «la estructura dogmática y en parte las consecuencias jurídicas de la «*actio libera in causa*» son discutibles y que aún no han sido definitivamente aclaradas». Ello se debe a que aquí coinciden de manera complicada problemas centrales del principio de culpabilidad, de la teoría de la tentativa y de la autoría mediata que ya de por sí son muy discutibles. Mis observaciones no son más que una modesta aportación para la posterior discusión de otras cuestiones fundamentales y cordialmente las dedico con mis mejores deseos a Karl Lackner.

(52) StGB, 16.^a ed., 1985, § 20, 8.

Protección penal de la intimidad y derecho a la información (*)

Prof. Dr. DIEGO-MANUEL LUZON PEÑA

Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Alcalá de Henares

I

1. El derecho a la intimidad o esfera íntima, como manifestación del derecho de la personalidad, íntimamente ligado a la dignidad de la persona (y relacionado por ello con el honor), tradicionalmente ha tenido una protección penal muy limitada y fragmentaria: tanto en las legislaciones extranjeras como en la nuestra. En la legislación española la protección se ha circunscrito fundamentalmente a los siguientes aspectos:

— A la intimidad domiciliaria: en los tipos de registro o violación domiciliaria del artículo 191.1.º, y allanamiento de morada de los artículos 490 y ss.

— A la intimidad documental, profesional-laboral y empresarial: en los delitos de descubrimiento y revelación de secretos documentales del artículo 497; registro de efectos del 191.2.º y 3.º, y violación de correspondencia del artículo 192; violación de secretos doméstico-laborales del artículo 498, y de secretos empresariales o industriales, con un matiz predominante de derechos económicos e industriales, del artículo 499; prevaricación de abogados (revelación de secretos profesionales de los mismos): artículo 360; y revelación de secretos por parte de funcionario, en el artículo 367 (revelación de los que tenga conocimiento por razón de su oficio con perjuicio para —entre otras modalidades— terceros), y en el artículo 368: revelación de secretos de un particular.

Aparte de ello, sólo existía una protección penal muy fragmentaria, tangencial e insuficiente de los hechos privados, o del carácter reservado de la imagen o de la palabra en la falta del artículo 566.2.º CP, que castiga con multa de 1.500 a 30.000 pesetas la divulgación por medio de la imprenta, litografía o medios de publicación de hechos relativos a la vida privada, que sin ser injuriosos, puedan producir perjuicios o disgus-

(*) Texto ampliado de la ponencia presentada en las Jornadas en Homenaje a la memoria del Profesor Sainz Cantero, en la Universidad de Granada, 11-14 de marzo de 1987.

tos graves a la familia a la que la noticia se refiera. De este precepto, además de la levedad de la pena y de la vinculación al perjuicio y al ámbito familiar, más que al puramente personal, hay que destacar que se limita a la divulgación de la noticia y no a fases anteriores de averiguación o grabación clandestina de la misma, debido a la aplicación de la regla general de la impunidad de la tentativa y actos preparatorios en las faltas.

Por consiguiente, en nuestro ordenamiento faltaba una protección penal eficaz del carácter reservado de la palabra y de la imagen, de los actos privados, y de los datos privados frente a su obtención, almacenamiento y empleo o tratamiento ilegítimos.

2. Ello respondía, desde luego, a una concepción atrasada de los derechos de la personalidad, más bien preocupada por lo material y tangible, o por concepciones extremadamente tradicionales en el aspecto de la honra personal o familiar. Por otra parte, hay que reconocer ciertamente que los medios de ataque a la intimidad también eran antes menos en número y variedad, y más toscos y menos peligrosos cualitativamente.

Pero hoy debe reconocerse la intimidad como una condición imprescindible para el armónico ejercicio y desarrollo de la personalidad del individuo. Y, en cambio, frente a ello, con el aumento de las dimensiones y complejidad de las poblaciones y consiguiente dificultad para el contacto personal, pero correlativas ansias de noticias y conocimiento por amplias capas de la sociedad y con el aumento del deseo, interés o necesidad de información de grupos, empresas, prensa, Estado, etcétera, sobre los actos, hábitos, gustos, ideas o inclinaciones de los demás como fuente de poder político, social, ideológico, económico o profesional, así como con los constantes y progresivos avances de los medios técnicos de la electrónica e informática, crecen sin parar los motivos y las posibilidades materiales de atacar y perturbar desde los más diversos frentes los variados aspectos de la esfera privada del ciudadano, que se encuentra cada vez más indefenso y expuesto a manipulación, control o incluso amenazas ante tales abusos, a no ser que jurídicamente se les ponga coto de modo decidido y claro para garantizar ese reducto de paz, libertad, equilibrio psíquico, dignidad y autoestima que para el ser humano constituyen las diversas esferas de su intimidad.

Por tanto, el derecho a la intimidad en todas sus facetas es un bien jurídico importante y digno —y necesitado— de protección jurídica en general, y penal en particular.

II

En otros campos jurídicos la situación era similar, con un reconocimiento y protección incompletos, fragmentarios e inespecíficos, hasta el punto de que no había siquiera consagración legal del derecho a la inti-

midad como tal. No obstante, la doctrina y la jurisprudencia civil sobre el derecho general de la personalidad, amparado en los artículos 29 y siguientes del Código civil, ya daba base para un concepto amplio de la esfera íntima o privada como parte de aquél, como derecho reconocido por nuestro ordenamiento jurídico.

Pero el año 1978 es clave en el reconocimiento y tutela jurídica de la esfera íntima de la persona.

a) Ante todo, por la entrada en vigor de la Constitución Española, que en su artículo 18 reconoce, y muy ampliamente, la intimidad como un bien digno de protección. En el artículo 18.1 de la CE se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen; mientras que en los apartados 2 a 4 de ese precepto se reconocen y protegen determinados aspectos específicos de la intimidad: la domiciliaria, la de las comunicaciones y la de los hechos y datos privados. Así, en el 18.2: el domicilio es inviolable; en el 18.3: se garantiza el secreto en las comunicaciones, y específicamente en las postales, telegráficas y telefónicas; y en el 18.4, la Ley limitará el uso de la informática, para garantizar el derecho al honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos.

Por otra parte, la Constitución Española es plenamente consciente de la posibilidad de colisión de las variadas facetas de la intimidad con otros derechos, muy especialmente con la libertad de información en sus diversas manifestaciones. En su artículo 20.1 se reconocen y protegen, entre otros, los derechos: d) a comunicar y escribir libremente información veraz por cualquier medio de difusión, etcétera. Y en el artículo 24 de la Constitución Española se dispone que estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos recogidos en este título, en los preceptos de las Leyes que lo desarrollan y, especialmente, en los derechos al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia.

b) En segundo lugar, se aprueba la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona. En su artículo 1.2 originalmente sólo incluía (en esta materia) en su ámbito de protección la libertad y secreto de la correspondencia y la inviolabilidad del domicilio. Pero el Real Decreto legislativo 347/1979, de 20 de febrero, añade, entre otros derechos, la intimidad en sentido genérico —siempre vinculada al honor— y algunos aspectos de la misma, al disponer: «Quedan incorporados al ámbito de protección de la Ley... los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, el secreto en las comunicaciones telefónicas y telegráficas...». Ello marca el comienzo de la protección legal específica de estos derechos.

Ahora bien, en la Ley 62/1978 no se amplían las conductas delictivas ya existentes en el Código penal, y que vimos al principio, sino que se

concede protección jurisprudencial genérica y medios procesales penales más eficaces en ciertos delitos: de imprenta o de injurias.

c) Posteriormente se dicta un texto que completa el desarrollo del precepto constitucional —artículo 18.1 de la CE en el ámbito extrapenal: la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo: de protección *civil* del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. La misma define ilícitos civiles (intromisiones ilegítimas, artículo 1.º, 1), establece causas de justificación (que afectarán en el futuro también a nuevos ilícitos penales), y prevé una protección civil especial de estos derechos (incluso cuando sea responsabilidad civil *ex delicto*: ver artículo 1.º, 2. De la importancia de esta Ley en su propio ámbito —el civil—, de su eficacia y de sus repercusiones en el terreno penal nos ocuparemos más adelante.

III

Evolución de la legislación penal

1. En los últimos años el legislador penal español, al igual que ha venido ocurriendo en otros países de nuestro ámbito cultural, parece haber comenzado a ser consciente de que la esfera íntima de los individuos, y no sólo sus tradicionales manifestaciones de la *intimidad domiciliaria*, documental o de la correspondencia o sus aspectos relacionados con el honor, la fama o la reputación, es un bien jurídico fundamental para el pleno y armónico desarrollo de la personalidad, y buena muestra de ello es que la Constitución lo incluya entre los derechos y libertades fundamentales; y de que, como ya hemos visto, no sólo se han multiplicado los intereses y motivos de personas, grupos, organizaciones o del propio Estado para entrometerse en la esfera privada de los demás, sino que los impresionantes avances de la electrónica, en el campo de lo audiovisual, para su captación, grabación, reproducción o transmisión mediante ingenios constantemente más potentes y eficaces, y de dimensiones cada vez más reducidas y, por tanto, de más fácil manejo, transporte y ocultación, al igual que los progresos, más espectaculares si cabe, de la informática constituyen medios de intromisión *especialmente peligrosos* para la intimidad, personal y familiar, del ciudadano, por poder hallarle totalmente desprevenido e indefenso, al burlar fácilmente las cautelas habituales para preservar la reserva de la palabra, la imagen o de los actos, y por poder provenir de múltiples direcciones y frentes las formas de intromisión. Circunstancias todas estas que no eran imaginables hace tan sólo una cuantas décadas y frente a las cuales, incluso aunque los ciudadanos vayan siendo conscientes de las mismas y de las posibilidades que implican de ataque a su paz, tranquilidad y libertad, y de control y manipulación por terceros, los sujetos tendrán muy pocas ocasiones, formas y medios de protegerse por sí mismos eficazmente. Por tanto, se cumplen los requisitos de los principios de *ultima ratio* y carácter frag-

mentario del Derecho penal, esto es, que éste sólo debe proteger los bienes jurídicos más importantes y frente a las formas más graves y peligrosas de ataque a los mismos. Y de ello parece ir tomando conciencia paulatinamente nuestro legislador penal.

2. Así, en primer lugar y siguiendo las propuestas del Anteproyecto 1979, en el P 1980 aparte de otras modificaciones, de menor importancia a nuestros efectos, en las figuras delictivas ya existentes contra ciertos aspectos de la intimidad, se crea por primera vez, dentro del título II del libro II, un capítulo VI, sobre un descubrimiento y revelación de secretos y atentados contra la intimidad personal y familiar (artículos 196-199 P 1980), aunque ciertamente tal capítulo continuaba estando, al modo del CP vigente, dentro del Título de delitos contra la libertad y seguridad.

En los delitos comunes (cometidos por cualquier persona) se distinguía según que hubiera o no la finalidad de descubrir secretos o la intimidad ajena. Sin concurrir ese elemento subjetivo de lo injusto ya se castigaba (artículo 198) la escucha artificial o grabación ilegales de conversaciones, mientras que si concurría dicha finalidad, el artículo 196 castigaba con una pena ligeramente superior, no sólo el apoderamiento documental, sino, equiparada al mismo, la utilización de aparatos técnicos de *escucha* o *grabación del sonido*, pero *también* de la *imagen* (sin paralelismo en la figura del artículo 198). Así, en el artículo 196.1 P 1980 se castigaba con arresto de doce a veinticuatro fines de semana y multa de seis a doce meses al que, «para descubrir los secretos o la intimidad de otro sin su consentimiento, se apoderare de sus papeles o cartas o utilizare instrumentos o artificios técnicos de escucha o grabación del sonido o de la imagen», imponiendo el párrafo 2.º las penas superiores en grado si se revelaren los secretos descubiertos. En el artículo 198 se preveía que el que, fuera de los casos permitidos por la Ley, utilizando aparatos o artificios técnicos, *escuchare* o *grabare* las *conversaciones* privadas de otro sería castigado con arresto de sólo siete a catorce fines de semana y multa de seis a doce meses, y con la superior en grado si *divulgare* lo escuchado o grabado. En estos preceptos faltaban todavía las conductas de transmisión o reproducción del sonido (o, en su caso, de la imagen), y en el tipo del 198, no cualificado por aquella finalidad específica, las modalidades de intromisión referentes a la imagen. Por tanto, la protección penal de la imagen, a diferencia de la del sonido, se hacía depender de la concurrencia de la finalidad específica: «para descubrir los secretos o la intimidad de otro»; y, como veremos, el mismo sistema se seguía para los delitos de funcionario. Por cierto, que con dicha redacción resulta muy discutible si sólo se está exigiendo para el tipo más grave dolo directo de primer grado, entendiendo que, aunque la finalidad de descubrir secretos es más específica, la alternativa de ánimo de descubrir la intimidad se daría siempre que

el dolo directo de primer grado se refiera precisamente a escuchar o grabar el sonido o la imagen de otro; o si, por el contrario, se está exigiendo un elemento subjetivo específico distinto del dolo (incluso directo), porque se maneje un concepto más restringido de «ánimo de descubrir la intimidad». Ahora bien, en cualquier caso, y como examinaremos al estudiar el empleo de dicha fórmula en el nuevo artículo 497 bis CP, introducido por LO 8/1984, dado que el término «sonido» es mucho más amplio que «conversaciones privadas», la utilización del elemento subjetivo finalidad de descubrir secretos o intimidad sirve para restringir la conducta típica al ámbito de la esfera privada (y lo mismo ocurre con la grabación de imágenes).

Por otra parte, el artículo 196.3.º P 1980, al margen de la correspondiente figura de prevaricación de Abogado o Procurador que revelara secretos del cliente —que mantenía en su artículo 504, igual que existe en el CP vigente—, proponía, lo que supondría una importante novedad en nuestro Derecho, el castigo de modo general de la revelación del secreto profesional, aunque sólo con penas de suspensión profesional de dos a cuatro años. En el artículo 197 se castigaba la revelación del secreto laboral-profesional, mientras que la de secretos industriales se sacaba de ese Título para llevarla al de delitos contra el orden socioeconómico. Y en el artículo 199 P 1980 se sancionaba por primera vez la conducta del que, faltando a las prescripciones legales sobre el uso de la *informática*, grabare *datos* relativos al honor o la intimidad personal o familiar de terceros, o en perjuicio de los mismos manipulare la información legítima o ilegítimamente procesada, y con la pena superior en grado si divulgare la información.

Esta protección, bastante amplia, de las diversas facetas de la intimidad, se completaba manteniendo entre las faltas del libro III una figura similar a la del actual artículo 566.2.º CP, conectada con el honor y los disgustos o perjuicios familiares, y añadiéndole otra figura de divulgación no autorizada de hechos íntimos. Así, en el capítulo I del título IV, libro III del Proyecto 1980, que mantenía la denominación actual de «faltas en el ejercicio de la libertad de expresión», el artículo 672 sancionaba con multa de uno a tres meses, salvo que el hecho fuera una infracción más grave, en el número 2.º la divulgación maliciosa por imprenta o medios de difusión de «hechos relativos a la vida privada de una persona que puedan producir perjuicios graves o disgusto a él o a su familia», pero en el número 1.º introducía como nueva figura la de quienes, sirviéndose de los citados medios, «publicaren imágenes o divulgaran hechos relativos a la intimidad personal o familiar de cualquier persona, sin su autorización», fórmula esta que posteriormente reproduce el artículo 601 AP 1983.

Al mantenerse en los Proyectos el sistema de nuestros diversos Códigos de regular dentro de los delitos contra la seguridad interior

del Estado los cometidos por funcionarios contra derechos y libertades cívicos, se regulan en el Proyecto 1980 dentro del Título correspondiente, en los artículos 469 y 470, las modalidades típicas cometidas por funcionario correlativas a los artículos 196.1.º y 2.º, y 198. Por lo demás, al igual que en los delitos comunes, la tipificación de estas conductas variaba en cuanto a requisitos y a gravedad de la sanción, según que en el funcionario concurra o no el elemento subjetivo de lo injusto de la finalidad de descubrir los secretos o la intimidad.

Así, el artículo 469 P 1980 disponía que el funcionario público que, con abuso de su cargo y para descubrir los secretos o la intimidad de alguna persona, se apoderare de sus papeles o cartas o utilizar instrumentos o artificios técnicos de escucha o grabación del sonido o de la imagen, sería castigado con prisión de uno a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial de seis a doce años, y si lo divulgare, con penas adicionales, Y, en cambio, para los casos en que no concurra el indicado ánimo de atentar contra la intimidad, prescindiendo entonces de los atentados al derecho a la imagen o intimidad visual, el artículo 470 P 1980, sancionaba al funcionario público que, fuera de los casos que la Ley lo autorice, utilizando instrumentos o artificios técnicos, escuchare o grabare las conversaciones privadas de cualquier persona, con arresto de doce a veinticuatro fines de semana, multa de doce a veinticuatro meses y suspensión de dos a cuatro años, y si divulgare lo escuchado o grabado con otras penas adicionales.

3. Aquí se ha inspirado la reforma introducida en el vigente Código penal, que, por primera vez, tipifica de modo específico los atentados graves a la intimidad de la palabra o de la comunicación oral, y que curiosamente no fue efectuada por la Ley Orgánica 7/1983, de 25 de junio, de Reforma Parcial y urgente del Código Penal, sino por la LO 8/1984, de 15 de octubre. Es llamativo que no se incluyera tal innovación en la reforma de 25 de junio de 1983, dada la amplitud de la misma y su declarada finalidad de anticipar, de los Proyectos de nuevo CP, aquellas modificaciones que se consideraran inaplazables; y era sorprendente y casi increíble que en los años ochenta de este siglo un Código que sancionaba la violación de correspondencia o de secretos documentales (artículos 191.2º, 192, 497) no castigara, en cambio, las escuchas telefónicas ilegales. Esta laguna era tan inverosímil que, habiéndose producido en esos años entre nosotros notorios casos de espionaje telefónico realizado por servicios de información o por particulares, pese a todo se llegaron a iniciar actuaciones judiciales por si era posible determinar alguna forma de responsabilidad penal. Y, en cualquier caso, ello motivó que el legislador tomara conciencia de que existía tal laguna legal y que se aprobara la LO 8/1984 para colmarla.

Esta Ley ha introducido en el CP las figuras de atentados a la intimidad oral o telefónica, sancionados en el artículo 497 bis (los cometidos por particulares) con arresto mayor y multa, agravándose la pena en caso de divulgación, y en el 192 bis los cometidos por funcionarios con arresto mayor en grado máximo e inhabilitación absoluta, agravándose también las penas en caso de divulgación (1). Pero no recoge la captación o grabación de la imagen, ni en el delito de particulares, a diferencia del P 1980 y del AP 1983 (de cuyos textos el primero la regulaba de modo distinto y el segundo igual a la captación y grabación de la palabra o del sonido), ni tampoco en el delito de funcionarios, en que esa modalidad se incluía ya para ciertos casos por el P 1980 y por el AP 1983. La preocupación concreta por las escuchas ilegales, telefónicas o en otro tipo de espionaje, que motivó la LO 8/1984, explica, aunque no justifica, que no se introdujera esa protección penal del derecho a la imagen, como que tampoco se haya tomado la figura del P 1980 relativa a la grabación ilegal de datos privados mediante la informática.

Ahora bien, en cambio se han añadido, tomándolo del AP 1983, en los artículos 192 bis y 497 bis CP, junto a la escucha o grabación, las modalidades de *transmisión* o *reproducción* del sonido, ampliación plausible, pues también se puede, mediante aparatos o sistemas técnicos, transmitir a otro punto el sonido de una conversación privada sin escuchar o grabar, o reproducir sin autorización una grabación —o transmisión— privada sin previamente haber intervenido en la grabación. Por lo demás, en los nuevos artículos 192 bis y 497 bis CP se destaca específicamente y en primer lugar la interceptación de comunicaciones telefónicas, pese a que ya encaja dentro del concepto genérico de escucha, grabación, transmisión o reproducción del sonido. Y, por otra parte, y a diferencia del modelo del P 1980, en el que, como hemos visto, era tanto en el delito común como en el delito de funcionarios donde se distinguía según que fuera con o sin ánimo de descubrir secretos o la intimidad ajena, en cambio, tal fina-

(1) Los citados preceptos dicen literalmente: Artículo 192 bis: «La autoridad, funcionario público o agente de éstos que sin la debida autorización judicial, salvo, en su caso, lo previsto legalmente en desarrollo del artículo 55.2 de la Constitución, interceptare las comunicaciones telefónicas o utilizare artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido incurrirá en la pena de arresto mayor en su grado máximo e inhabilitación absoluta. Si divulgare o revelare la información obtenida por cualquiera de los precitados medios, se le impondrá la pena inmediatamente superior en grado a la prevista en el párrafo anterior». Artículo 497 bis: «El que para descubrir los secretos o la intimidad de otros sin su consentimiento interceptare sus comunicaciones telefónicas o utilizare instrumentos o artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido será castigado con las penas de arresto mayor y multa de 30.000 a 150.000 pesetas. Si divulgare o revelare lo descubierto incurrirá en las penas de arresto mayor en su grado máximo y multa de 30.000 a 600.000 pesetas».

lidad se exige en el artículo 497 bis del CP para el delito de particular siempre —seguramente para buscar el paralelismo con el artículo 497—, pero no la requiere el artículo 192 bis para el delito de funcionario.

En cuanto a las dudas sobre el alcance de tal elemento subjetivo del tipo, me remito a lo dicho respecto de su utilización en los artículos 196 y 469 P 1980 y, sobre todo, a la solución que, como expondré detenidamente en relación con el AP 1983, cabe proponer ante una regulación, en la que se ha inspirado la actual, y que no distingue dos tipos de delito común, con o sin ánimo de descubrir la intimidad, sino sólo de un delito que requiere siempre ese ánimo (y cuya génesis histórica examinaremos); esa solución, consistente en entender que se requiere dolo directo, pero sin una finalidad ulterior, es a mi juicio aplicable al actual artículo 497 bis CP. Pero, dado que, a diferencia de los artículos 198 y 470 P 1980, que hablaban de escucha o grabación de «conversaciones privadas», en los artículos 192 bis y 497 bis CP se habla de escucha, grabación, etcétera, del «sonido» (inspirándose nuevamente en el modelo del AP 1983: artículos 187.1 y 547, y de los otros artículos del P 1980), la exigencia en el artículo 497 bis de finalidad de descubrir los secretos o la intimidad ajenos sirve para restringir la conducta igualmente al ámbito de las conversaciones u otras manifestaciones privadas y excluir de la tipicidad, por ejemplo, la grabación no autorizada de una conferencia, lección o coloquio (que en todo caso y más bien afectaría a los derechos de autor: ver el artículo 10.1.a de la nueva Ley de Propiedad Intelectual, 22/1987, de 11 de noviembre, que incluye entre las obras objeto de propiedad intelectual los discursos y alocuciones, conferencias, informes forenses o explicaciones de cátedra; pero la grabación no es todavía reproducción o comunicación pública del nuevo artículo 534 bis a CP, introducido por LO 6/1987, de 11 de noviembre); mientras que en el delito de funcionario del 192 bis, al no exigirse ese ánimo, tal restricción es, al menos, dudosa (salvo que se deduzca del contexto del precepto y del párrafo 2.º, que habla de divulgar o *revelar* la información).

Por otra parte, el término «sonido» es evidentemente mucho más amplio que «palabras» o «conversaciones», pero la conexión con la finalidad de descubrir la intimidad (o con la posibilidad de revelar la información) indica que ha de tratarse de sonidos, orales o no, pero producidos por la persona espiada o desencadenados o, al menos, escuchados por ésta y que denoten una actividad de su esfera íntima o privada; por tanto, lo espiado puede abarcar desde conversaciones, monólogos, exclamaciones o canciones de una persona, hasta sonidos orales, pero no articulados como palabras, tales como el jadeo o la respiración, u otro tipo de sonidos provocados por su actividad o por hacer funcionar aparatos, hasta, por último, la música

que está oyendo o los programas de radio, televisión, video, etcétera, que está sintonizando.

4. En el AP 1983, por fin, se preveía una protección penal muy completa de la intimidad y bajo la perspectiva de una regulación global y agrupada sistemáticamente de modo conjunto, y procurando evitar duplicidades, de los delitos contra la mayoría de las facetas de la esfera íntima.

a) Así, en primer lugar, aparte de mantener los delitos de revelación de secretos de funcionarios o de abogado o procurador, por primera vez el AP 1983 prevé en el Libro II un Título VII, distinto del de los delitos contra la libertad, bajo la rúbrica: «Delitos contra la intimidad». Este, a su vez, contiene dos capítulos, dedicado el Cap. I a los «delitos contra la intimidad personal y familiar», que contiene un amplio catálogo de figuras, de las que, al igual que en el P 1980, se ha segregado la revelación de secretos industriales para llevarla a los delitos socio-económicos, y el Cap. II a los delitos contra la «intimidad domiciliaria»; configuración esta del allanamiento de morada como atentado a la esfera privada que se acentúa aún más al tipificarse separadamente en el artículo 214 AP 1983, entre los delitos patrimoniales como forma de usurpación, la ocupación o entrada ilegal en vivienda, habitáculo o edificio ajeno. La regulación de las infracciones contra la esfera íntima se completa al mantenerse entre las faltas una figura similar a la del actual artículo 566.2.º CP, pero destacándose en el AP 1983 ya claramente que se trata de atentados leves contra la intimidad, sin necesidad de aptitud para producir disgustos ni conexión con el honor familiar (a diferencia del artículo 672 P 1980, que mantenía la duplicidad). En efecto, aunque en el AP 1983 el Capítulo I del Título IV del Libro II se denomine «De las faltas en el ejercicio de la libertad de expresión», aludiendo a la forma de ejecución y no al bien jurídico —por paralelismo con la rúbrica «De las faltas de imprenta» del Capítulo I, Título I, Libro III del vigente CP, pero con la diferencia de que en éste dicha rúbrica señala el común denominador a infracciones contra diversos bienes jurídicos, lo que no es el caso del Anteproyecto 1983—, su único precepto, el artículo 601 dispone que incurren en multa de uno a tres meses, «salvo que el hecho constituyere infracción más grave, los que por cualquier medio de difusión mecánico publicaren imágenes o divulgaran hechos relativos a la intimidad personal o familiar de cualquier persona, sin su autorización». A diferencia del precedente de esta falta en el P 1980, donde se la concebía como perseguible de oficio, en concordancia, por lo demás, con los restantes delitos contra la intimidad, que son delitos públicos, en cambio, el AP 1983 la configura, por cierto, —lo que es mucho más discutible— como infracción perseguible a instancia de parte (al añadir: «siempre que

lo denunciare el ofendido, cuyo perdón extinguirá la responsabilidad criminal»).

Por otra parte, dentro del título de delitos contra la intimidad del Anteproyecto 1983 se prevén, no sólo la protección del secreto documental (artículo 187), castigándose el apoderamiento con arresto de doce a veinticuatro fines de semana y multa de seis a doce meses (artículo 187.1) y la revelación con las penas superiores (artículo 187.2), y del secreto laboral-profesional, cuya divulgación se castiga en el artículo 188 con las mismas penas del 187.1, sino también en el 187.3, según el modelo del P 1980, el castigo de modo general de la revelación del secreto profesional —lo que supondría una novedad en nuestro Derecho— con las penas del 187.1 y la de inhabilitación profesional de dos a cuatro años —y no sólo con esta última, como ocurría en el artículo 196.3, P 1980—, y una protección muy amplia de la intimidad de la palabra y de la imagen (también en el 187.1 y 2) y de los datos y hechos privados frente al uso ilegal de la informática en el artículo 189 (en este último reproduciendo de modo casi textual el artículo 199 P 1980).

b) En cuanto a la intimidad oral —o auditiva— y visual se las protege en el artículo 187.1 contra su violación por medios artificiales (ampliándose su enumeración frente a la del P 1980) y se las equipara totalmente al secreto documental frente al apoderamiento de papeles o cartas, exigiéndose en ambos casos en el artículo 187.1 finalidad de descubrir los secretos o la intimidad de otro (2), y sancionándose en el 187.2 con las penas superiores en grado si hay revelación de los secretos —documentales, orales (o audibles) o visuales— descubiertos (fórmula problemática y discutible si se considera que «secreto» es un concepto más restringido que «intimidad», pues entonces no habría cualificación para la divulgación de la intimidad descubierta, pero que no llegara a ser secreto). Pero a diferencia del P 1980 aquí no se da la duplicidad de figuras de atentados a la intimidad de la palabra o el sonido, pues no se tipifica una ingerencia técnica en la misma sin la finalidad de descubrir la intimidad, sino, al igual que en los otros ataques a la intimidad visual o del secreto documental, sólo si concurre precisamente esa finalidad; por tanto, la intimidad auditiva y la de la imagen quedan equiparadas en trato.

Como ya ha planteado al ocuparme del elemento subjetivo del tipo en el artículo 196.1 P 1980 (y en el actual artículo 497 bis CP),

(2) Concretamente, el artículo 187.1 del AP 1983 dispone: «El que, para descubrir los secretos o la intimidad de otro se apoderare de sus papeles o cartas, o los reproducere, o utilizare instrumentos o artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, será castigado con la pena de arresto de 12 a 24 fines de semana y multa de 6 a 12 meses».

podría sostenerse que la finalidad de «descubrir la intimidad» es algo más que el dolo directo precisamente de descubrir (captar, grabar, transmitir, etcétera) el sonido o la imagen pertenecientes al ámbito de lo privado, es decir, que requeriría el ánimo de descubrir por ese medio otros datos o hechos pertenecientes al reducto de lo íntimo. Si esto fuera así, entonces se habría producido en el AP 1983 una equiparación de la protección penal de la intimidad oral o visual, pero considerablemente a la baja; es decir, reduciendo notablemente el ámbito de lo penalmente protegido frente a intromisiones de particulares. Pues, para que hubiera ilícito penal, no bastaría según eso con que, utilizando un aparato o artificio técnico, una persona consiguiera interceptar o grabar una conversación privada o una comunicación telefónica o filmar a otro clandestinamente, sin consentimiento ni autorización, a no ser que tuviera la ulterior finalidad de descubrir con ello otros datos o hechos ocultos —reservados o secretos— que las palabras o las imágenes pondrían de manifiesto. Mientras que, conforme a esta interpretación de «descubrir la intimidad», en la figura ligeramente menos grave del artículo 198 P 1980 al menos se podía castigar, ya que no en relación con la intimidad de la imagen, sí con la intimidad oral, la conducta de quien clandestinamente y mediante instrumentos técnicos, escuchara o grabara unas palabras privadas con la simple finalidad de oír las o conservarlas, pero sin ulterior propósito de descubrir otros datos íntimos que tales palabras pudieran revelar.

Sin embargo, no me parece esa la interpretación más plausible de la exigencia de tal elemento subjetivo. De entrada, no fue esa la voluntad del «legislador» al redactarse el artículo 187.1 del AP 1983 y suprimirse la figura del artículo 198 P 1980. Dicha supresión se debe a que el AP 1983 aceptó dos enmiendas solicitando la supresión de tal precepto, la número 1.412, de Martínez Villaseñor, por entender que las conductas del artículo 198 ya quedaban comprendidas en el 196 del P 1980, y la número 1.020, del Grupo Comunista, por entender que el contenido del 198 era sustancialmente igual que el del 196, con la sola diferencia de no exigir móvil de descubrimiento de secretos, lo que no justifica un precepto distinto (aparte de otra diferencia constituida por la referencia a la extralimitación en la autorización legal, que según tal enmienda era perturbadora de los delitos de particulares). Desde luego, no es exacto que los artículos 196.1.º y 198 del P 1980 fueran iguales, pues, como mínimo en el artículo 196 se requería dolo directo de atentar contra la intimidad, mientras que en el 198 no era preciso que fuera esa justamente la finalidad que guiaba al autor, cabiendo incluso el dolo eventual. Pero lo que sí está claro es que las enmiendas pensaban que eran preceptos coincidentes o sustancialmente coincidentes, y que el sentido de las mismas y el de su aceptación por el AP 1983 no era, en ningún caso, de considerar excesivamente amplia la protección penal de la intimidad

oral o en general auditiva frente a las intromisiones técnicas con simple dolo de captar o grabar conversaciones privadas, ni de restringir los delitos sólo a los casos en que la invasión de la intimidad oral, visual o documental tenga el propósito de descubrir ulteriores datos o hechos íntimos. Todo indica, por el contrario, que se pensó exclusivamente en evitar duplicidades, eliminando una figura innecesaria, y en equiparar los atentados a la intimidad del sonido o de la imagen con la redacción de los dirigidos contra el secreto o la intimidad (3) documental, del mismo modo que posteriormente se procedió en la reforma de 1984 al introducir el artículo 497 bis CP.

Al margen de la opinión del legislador, es cierto que técnicamente es discutible que la exigencia de dicha finalidad sea el procedimiento más adecuado para indicar el carácter de atentados a la esfera íntima de las correspondientes conductas. Pues ni siquiera en el apoderamiento de documentos, que al fin y al cabo podría tener otro sentido o connotación —por ejemplo, de atentado patrimonial lucrativo o con ánimo de venganza—, es imprescindible exigir aquella finalidad (aunque es más explicable que se haya recurrido a tal requisito para aclarar el sentido del apoderamiento), sino que bastaría con indicar que ha de ser apoderamiento de documentos de carácter privado o contenido reservado o secreto para denotar que (dando por sobreentendido el dolo) se trata de un atentado a la esfera íntima; con tanta más razón podía haberse dado ese carácter a la captación, grabación, etcétera, del sonido o la imagen sólo con indicar que han de ser pertenecientes a la vida o actividad privada de la persona, sin necesidad de exigir la finalidad de descubrir la intimidad. Y en cualquier caso, lo que se han creado son unos tipos de consumación anticipada, en que basta con el apoderamiento de papeles o la utilización de artificios técnicos de escucha, grabación, etcétera, del sonido o la imagen con la citada finalidad, para que el delito esté consumado, aunque por cualquier obstáculo o impedimento no se llegue a descubrir las conversaciones o imágenes privadas o el contenido de los documentos. Pero no hay datos concluyentes en la redacción legal (ni del artículo 187.1 AP 1983, ni de los artículos 497 y 497 bis CP, en estos últimos sin comprender los atentados a la intimidad de la imagen) para entender que su sentido inequívoco —o sea, la *voluntas legis* objetiva— sea el de exigir un elemento subjetivo de lo injusto distinto del dolo directo y consistente en el móvil o finalidad precisamente de descubrir ulteriores secretos o datos o hechos íntimos distintos de las propias palabras, sonidos o imágenes privadas, o distintos del propio documento reservado (de su existencia misma o de sus términos), y, consiguientemente, de excluir de la tipificación penal las invasiones

(3) Intimidad documental y no sólo secreto de los documentos, pues con la redacción del 187.1 AP 1983 se comprende el apoderamiento documental tanto para descubrir los secretos como la intimidad de otro.

por medios técnicos de la intimidad documental, auditiva o visual, incluso directamente dolosas, pero sin ese móvil o finalidad ulterior. Además, al exigirse por igual a todas las modalidades finalidad de descubrir la intimidad y, a diferencia del P 1980, no preocuparse la Ley de tipificar también un caso de atentado a la intimidad (la oral) sin esa concreta finalidad, realmente desaparece algo que podía dar pie a interpretar que si la Ley había querido excepcionalmente castigar una intromisión técnica, ya que no en otras facetas de la esfera íntima, sí en las conversaciones personales o telefónicas sin necesidad de que tuviera la finalidad de descubrir la intimidad, es porque se pensará que ahí encajaban, no ya y únicamente los casos de dolo eventual o imprudencia, sino los supuestos mucho más verosímiles y frecuentes y claramente reprobables de escuchas técnicas o grabaciones de conversaciones privadas con dolo directo, pero sin finalidad adicional de descubrir otros datos íntimos o secretos, supuestos que, en cambio, no estarían abarcados por los tipos que requieren ánimo de descubrir la intimidad. Es más, políticocriminalmente esa sería una interpretación de los textos del AP 1983 y del CP vigente de resultados sumamente indeseables, pues produciría una amplia laguna de punibilidad en conductas claramente atentatorias y peligrosas para las facetas mencionadas de la intimidad, dolosas pero sin esa finalidad ulterior, que, además, sería muy difícil de probar. Por tanto, ante una cuestión dudosa, por no ser inequívocos los términos legales, debe desecharse la interpretación políticocriminalmente indeseable y optar por la que conduzca a resultados más convenientes: en este caso, la de considerar que esos preceptos exigen dolo directo, desde luego incluyendo el de primer grado, pero —aunque sea más discutible— incluso cabe sostener que para la finalidad o ánimo de descubrir la intimidad basta el dolo directo de segundo grado, cuando el sujeto sabe que la utilización de aparatos o sistemas técnicos va a conducir directa y necesariamente a descubrir o grabar sonidos, conversaciones o imágenes privadas (o, si bien ese supuesto será más raro, que el apoderamiento del documento necesaria y directamente le va a mostrar el contenido o la existencia misma de un documento reservado), aunque ese no sea su móvil o propósito principal.

En consecuencia, considero que el artículo 187.1 AP 1983, al igual que los artículos 497 y 497 bis del vigente CP (en este caso sin incluir la imagen), requieren para los correspondientes delitos dolo directo de descubrir esos ámbitos de la intimidad —cuya mención en el elemento subjetivo indica, como ya hemos visto, que también en el tipo objetivo se sobreentiende que el sonido, la imagen o los documentos van referidos al ámbito de lo secreto o, al menos, de lo privado—, y que, por ello, no basta el dolo eventual, por ejemplo, de grabar una conversación ajena o filmar o fotografiar a alguien sin estar plenamente seguro de si se contaba con autorización a alguien sin estar plenamente seguro de si se contaba con autorización de los afectados.

o de dejar funcionando una grabadora ante los participantes en un coloquio público antes de su comienzo y sin que éstos lo noten, aceptando el riesgo de que se grabe una conversación reservada antes de las intervenciones públicas, etcétera, y que, por último, estará excluida la comisión imprudente. Y que, con ello, se ha querido equiparar los atentados a la intimidad oral o visual con el descubrimiento de secretos documentales y se han creado delitos de consumación anticipada. Pero no se requiere, en absoluto, para la punibilidad que el sujeto tenga una específica finalidad de descubrir la «intimidad» ajena, no en el sentido de descubrir las propias palabras o imágenes privadas o reservadas, sino de descubrir ulteriores datos o hechos íntimos del tercero revelados por sus palabras o sus imágenes.

c) Como ya he indicado, en el artículo 187.1, AP 1983, por primera vez se añaden a las modalidades de escucha o grabación las de transmisión o reproducción del sonido o de la imagen —ampliación plausible, como vimos—, en una enumeración de acciones típicas, que luego ha pasado en 1984 al artículo 497 bis CP (respecto del sonido solamente).

Si se observa, las formas ejecutivas de grabación, transmisión o reproducción son comunes al sonido y a la imagen, pero, en cambio, la utilización de aparatos técnicos de escucha, es decir, de captación del sonido, no cuenta con una modalidad paralela de aparatos o procedimientos artificiales de captación de la imagen. Habiéndose planteado tal posibilidad en la ponencia redactora del P 1983, se rechazó por entenderse que en la simple captación técnica de la imagen quedarían incluidas conductas, como la utilización de prismáticos, catalejos o teleobjetivos meramente para ver a largas distancias, y que político-criminalmente no son conductas lo suficientemente graves como para tipificarlas plenamente.

Se trataría de la misma idea que exponen autores como *Rehberg* o *Stratenwerth* al interpretar, restrictivamente, una de las modalidades del artículo 179 quater del Código Penal suizo, relativa a la observación con un aparato receptor, captador o de toma («Aufnahmeggerät» en la versión alemana, «appareil de prise de vues» en la francesa, o «apparechio da presa» en la italiana) de hechos de la esfera secreta o privada, en el sentido de que no basta que sean aparatos que se limiten a reforzar la capacidad natural de visión del ojo, sino que han de sustituirla por otra. La idea me parece político-criminalmente correcta, porque la notoriedad de la existencia, en el caso de algunos aparatos desde hace incluso siglos, de ingenios de acercamiento de imágenes lejanas hace que los individuos estén suficiente y habitualmente sobre aviso de tal posibilidad, y que, por tanto, no estén indefensos y desprevenidos frente a dichos aparatos, ya que saben que la distancia no es suficiente barrera o protección de

su intimidad y que, en consecuencia, si quieren preservarla normalmente de modo suficiente, deben acudir a otros obstáculos o barreras visuales. Ahora bien, por eso mismo creo, aunque no lo hiciera el artículo 187.1 A 1983, que debería incluirse en la tipificación penal la utilización de aquellos medios técnicos de captación de la imagen —aunque no haya grabación, reproducción o transmisión de la misma— que no se limitan a acercar más lo lejano, pero visible, sino que burlan las barreras visuales normales. Así se podría añadir a los aparatos o sistemas técnicos de grabación, reproducción o transmisión de la imagen, los de captación de imágenes protegidas frente a la observación, o una fórmula similar; en ella encajaría, por ejemplo, la utilización de aparatos de espejos, cámaras ocultas u otros sistemas de observación clandestinos (v. gr. espejos translúcidos), rayos infrarrojos, láser u otros que permitan la visión a través de cuerpos sólidos o en la total oscuridad, etc., e incluso, aunque esto ya es más dudoso, puede considerarse que se abarcaría también el espionaje desde el aire o el espacio a tierra, mediante utilización de teleobjetivos o sistemas telescópicos en aeronaves o satélites (aunque no hubiera fotografiado, filmación o transmisión a otro punto), por entender que así se violan las cautelas, medios de protección o barreras visuales normales de los ciudadanos. De lo contrario, la mayoría de estas conductas probablemente se consideraría que no encajan en la modalidad típica «transmisión» de imágenes, pues puede entenderse que tal transmisión se refiere a los casos en que la imagen —por ejemplo, mediante televisión— es trasladada desde un emisor a un receptor situado en otro lugar, y no cuando el mecanismo captador permite observarla *in situ*.

d) En los delitos cometidos por funcionarios, por último, aparte de los registros ilegales y la violación de comunicaciones postales, telegráficas y telefónicas (artículos 545 y 546), los artículos 547 y 548 A 1983, reproducen con ligerísimas variaciones (añadiendo la «autoridad» al funcionario, e incluyendo el concepto de transmisión —aunque, curiosamente, no el de reproducción— a los de escucha o grabación) el sistema de los artículos 469 y 470 P 1980 y, por tanto, distinguen el atentado a la reserva del sonido o la imagen si hay ánimo de descubrir los secretos o la intimidad (artículo 547) y, si no hay tal finalidad, sólo la violación de conversaciones privadas. Pese a tal duplicidad de tipos, considero también aplicable a estos casos la interpretación antes propuesta respecto del ánimo de descubrir la intimidad.

5. En Derecho comparado, desde los años sesenta se comienza a tipificar penalmente en una serie de países europeos atentados por procedimientos técnicos a la intimidad de la palabra y en algunos casos también a la de la imagen. Un breve examen de algunos modelos significativos puede resultar útil para acabar de valorar la situa-

ción actual de la regulación española y formular propuestas sobre lo político-criminalmente deseable para el futuro.

En Austria se introdujeron ya en 1965 en su antiguo Código Penal (StG) de 1945, aparte de una serie de preceptos sobre revelaciones de secretos industriales, comerciales o militares (§ 310 a-c), un § 310 sobre ingenierías técnicas en la intimidad oral. El nuevo StGB austríaco de 1974 reúne tales disposiciones (salvo las relativas a secretos militares o de Estado) junto con otras en el Capítulo 5.º de la Parte Especial sobre «Violaciones de la esfera privada y de ciertos secretos profesionales», que castiga como delitos perseguibles sólo a instancia de parte: la violación de correspondencia y de secretos documentales (§ 118), la de secretos de las telecomunicaciones (§ 119); la utilización abusiva de aparatos de grabación magnetofónica o de escucha para tomar conocimiento (o procurárselo a otro) de alguna manifestación no pronunciada públicamente ni destinada a su conocimiento, o la revelación no consentida de lo grabado, conductas castigadas con pena de hasta un año de prisión o multa por el § 120; la violación de secretos profesionales (§ 121), la violación y revelación de secretos comerciales o industriales (§§ 122-123), y, como delito perseguible de oficio, la revelación de secretos comerciales o industriales a favor del extranjero (§ 124). Además, la Ley de protección de datos personales, de 18 de octubre de 1978, contiene en sus artículos 48 y ss. normas penales al respecto. Pero, en cambio, el StGB austríaco no ha incluido los ataques a la intimidad visual.

Tampoco los prevé el StGB alemán (federal) —salvo en lo relativo a secretos plasmados en fotografías o grabados—, pero se ocupa de ellos una Ley especial. En efecto, tras la EGStGB (Ley de introducción al StGB) de 2 de marzo de 1974, que suprimió los §§ 298 y ss. del StGB (que ya desde 1969 castigaban las intromisiones técnicas en la intimidad de la palabra), trasladándolos a los §§ 201-205, éstos forman el Cap. 15 de la PE sobre «violación del ámbito secreto y de la vida personal». En el mismo se castigan, a instancia de parte (§ 205) —salvo los delitos de funcionario público contra la intimidad oral, del § 201.3, la violación del carácter confidencial de la palabra mediante aparatos técnicos de grabación o escucha (§ 201: prisión de hasta tres años —o hasta cinco años para el funcionario— o multa), la violación del secreto de la correspondencia, de documentos o de fotografías o imágenes reproducidas («Abbildungen») en el § 202, el espionaje de datos almacenados o transmitidos mediante procedimientos electrónicos, magnéticos o similares en el § 202 a, y el descubrimiento y revelación de secretos profesionales, de funcionarios, laborales, comerciales o industriales en los §§ 203 y 204. En cuanto a la intimidad de la imagen, aparte de la violación de secretos de reproducciones de imágenes del § 202 StGB, el § 33 de la KunstUrhG (Ley sobre los derechos de autor sobre obras de las artes gráficas y de la foto-

grafía) de 9 de enero de 1907, redactado conforme el artículo 145.1 de la EGStGB de 1974, castiga a instancia de parte con pena de hasta un año de prisión o multa la difusión o exposición, no autorizada ni justificada por los §§ 22 y 23 de la KunstUrhG, de una fotografía, retrato o filmación («Bildnis»); como se ve, aquí no se sanciona todavía la toma o grabación ilegal de imágenes, y que es más que dudoso que ello constituyera ya tentativa —cuya punición, por lo demás, no se prevé en dicho § 22—. Por otra parte, la protección penal de datos frente a la informática se contiene en otra Ley especial, concretamente en el artículo 41 de la Ley Federal sobre protección de datos (DSG) de 27 de enero de 1977.

En cambio, el § 146 del Proyecto Alternativo alemán (Parte Especial, Delitos contra las personas, II, 1971) considera equiparable —y así lo justifica expresamente en su exposición de motivos— la utilización ilegítima de aparatos de escucha o grabación de la palabra o de grabación o transmisión de la imagen de otro en lugares privados, o de los lugares privados, o de la persona fuera de los mismos pero en el ámbito de la vida estrictamente personal (o sea, en actitudes o hechos íntimos), castigando esas conductas y las de revelación, a instancia de parte —excepto que haya interés público—, con multa o prisión de hasta un año (aparte de castigar en los §§ 145 y 148-150 otros atentados a la esfera íntima o secreta).

También en otros Códigos se castiga por igual la utilización ilegal de sistemas técnicos de captación o grabación de la palabra o de la imagen. Así ocurre, por ejemplo, en los de Suiza, Portugal, Italia o Francia. Así, en la parte 2 (delitos contra la esfera secreta o privada) del Tít. 3 del Libro 2 del Código Penal suizo, junto al artículo 179, sobre descubrimiento de escritos o envíos, se introdujeron por Ley de 20 de diciembre de 1968 los artículos 179 bis a 179 quinquies sobre escuchas y grabaciones ilegales de conversaciones o imágenes, y posteriormente por Ley de 23 de marzo de 1979 los artículos 179 septies y octies, sobre abusos y molestias mediante el teléfono y sobre vigilancia oficial. De ellos merecere destacarse el castigo, a instancia de parte, con pena de prisión o multa, tanto de la escucha mediante aparatos técnicos o grabación sin consentimiento de una conversación ajena no pública (art. 179 bis) o de la grabación no consentida de una conversación no pública en la que se participa (artículo 179 ter), como (en el artículo 179 quater) del hecho de observar con un aparato de toma, percepción, captación o recepción (Aufnahmegerät, appareil de prise de vues), o de grabar o fijar en un portaimágenes, sin consentimiento, un hecho de la esfera secreta ajena o un hecho, no asequible sin más a cualquiera, de la esfera privada ajena —fórmula esta última de compromiso, pero que, según destaca la doctrina, suscita muchas dudas por su imprecisión—; añadiéndose en todos los casos vistos el castigo de las conductas de

revelación o conservación de lo grabado. Y, por cierto, las dudas se extienden a la modalidad típica de observación mediante aparatos de toma, captación, percepción o recepción: pues, mientras que en las versiones alemana e italiana del texto definitivo se suprimió la referencia a la toma o recepción de «vistas o imágenes», con lo que la doctrina suiza plantea si cabe la utilización de aparatos de percepción sensorial, por ejemplo, térmica, que delatan la ubicación de una persona, aunque no transmitan su imagen, en cambio, en la versión francesa del artículo 179 quater se habla de «prise de vues».

En el reciente CP portugués, aprobado por DL 400/1982, de 23 de septiembre, se contiene un Capítulo VI en el Título I del Libro II, sobre «delitos contra la reserva de la vida privada», siendo la mayoría perseguibles sólo a instancia de parte. En el mismo se castigan el allanamiento de morada y de lugares velados al público (artículos 176 y s.), la divulgación de hechos íntimos de la vida privada (artículo 178), grabaciones y fotografías ilícitas e intromisiones en la vida privada (artículos 179 y s.), utilización indebida y manipulación de datos mediante la informática (artículo 181), violación de correspondencia y telecomunicaciones (artículo 182), determinadas agravaciones en el artículo 183, y violación del secreto profesional (artículos 184 y s.). En concreto, el artículo 179 castiga con prisión de hasta un año y multa de hasta sesenta días, a quien sin consentimiento ni justa causa grabe palabras ajenas no destinadas al público, incluso aunque le fueran dirigidas a él, o fotografíe, filme o registre aspectos de la vida particular ajena, aun habiendo participado en ella, y también a quien utilice o deje utilizar tales grabaciones o filmes; y el artículo 180 castiga con la misma pena (con una amplitud inusual en la tipificación, pues en algunos casos no exige uso de aparatos técnicos), siempre que haya propósito de invadir la intimidad de la vida privada ajena y que no haya consentimiento, la interceptación, escucha, registro o divulgación de conversación o comunicación particular, la captación, registro o divulgación de la imagen de una persona, e incluso la observación a escondidas de personas que se encuentren en un lugar privado.

Los Códigos italiano y francés se caracterizan porque castigan estas intromisiones técnicas en la intimidad, pero a diferencia de los sistemas alemán, austríaco, suizo o portugués, sólo cuando se desarrolla en lugares privados (salvo que se trate del secreto de las comunicaciones). En el Código penal italiano, la Ley número 98, de 8 de abril de 1974, introdujo en la Sección IV (delitos contra la inviolabilidad del domicilio) del Capítulo III, Título XII del Libro II un artículo 615 bis sobre «interferencias ilícitas en la vida privada», que castiga con prisión de seis meses a cuatro años, previa querrela —salvo que el delito lo cometa un funcionario, un encargado de servicio público o un detective privado—, a quien, mediante instrumentos de

recepción o toma («ripresa») visual o sonora, se procure indebidamente noticias o imágenes referentes a la vida privada desarrollada en el domicilio u otros lugares privados, castigando con la misma pena la revelación o difusión. Y en la Sección V del citado Capítulo III, relativa a los delitos contra la inviolabilidad de los secretos (artículos 616-623 bis), que castiga, también previa querrela, la violación de correspondencia, de comunicaciones telegráficas o telefónicas, o de secretos documentales, profesionales, científicos o industriales, la citada Ley de 1974, aparte de dar nueva redacción al artículo 617, sobre intromisiones en comunicaciones telegráficas o telefónicas, y de tipificar la instalación de aparatos aptos para interceptarlas o impedir las en el artículo 617 bis y su falsificación o alteración en el 617 ter, equipara en el 623 bis la transmisión de sonidos, imágenes u otros datos mediante hilos conductores u ondas a las comunicaciones telegráficas o telefónicas.

En cuanto al Código penal francés, fue modificado en esta materia (artículos 368-372 sobre «ofensas a la vida privada») por la Ley de 17 de julio de 1970, que también reconoce en el campo civil el derecho al respeto de la vida privada. En los delitos, que son perseguibles a instancia de parte (artículo 372), el artículo 368 castiga con prisión de dos meses a un año y multa, o con una de esas penas, la violación voluntaria de la intimidad ajena, utilizando cualquier aparato sin consentimiento y, de ese modo, escuchando, registrando o transmitiendo palabras pronunciadas en lugar privado o fijando o transmitiendo la imagen de una persona en un lugar privado; el artículo 369 castiga la conservación o revelación de lo grabado; el artículo 370 el montaje de imágenes o palabras, figura distinta a las de otros Códigos; y el 372 equipara la instalación de los aparatos —tentativa— a su utilización. Por último, la Ley de 6 de enero de 1978, sobre informática, ficheros y libertades prevé en sus artículos 41-44 una serie de normas penales respecto de la utilización o adquisición abusiva de datos informatizados.

IV

1. En la actualidad, por consiguiente, el CP español está a mitad de camino de lo que puede ser una protección penal completa de los diversos aspectos de la intimidad, según el modelo más extendido en las modernas legislaciones europeas. Se protege, con mayor o menor amplitud, el secreto documental, de la correspondencia o las telecomunicaciones, el laboral e incluso el industrial, la intimidad domiciliar y la oral-auditiva. Pero falta una tipificación de la revelación del secreto profesional, de las preocupantes posibilidades de intromisión en los datos (y hechos) privados mediante la informática, respecto de lo cual debe desarrollarse el correspondiente mandato de regulación legal del uso de la informática contenido en el artículo 18.4 CE

—siendo posibles al respecto, cada una con sus ventajas e inconvenientes, la regulación, detallada o en blanco, en el propio CP o la técnica de la regulación en una ley penal especial, más precisa, pero con los inconvenientes simbólicos y técnico-jurídicos del Derecho penal accesorio—, y, sobre todo, falta una tipificación penal suficiente de los atentados técnicos a la intimidad visual y al derecho a la propia imagen, y, por último, al de los atentados graves al normal desenvolvimiento de las actividades de la vida particular.

2. Actualmente la mayoría de las intromisiones por medios técnicos en la reserva de la imagen constituyen sólo un ilícito civil, aunque, eso sí, la LO 1/1982, de 5 de mayo, sobre Protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, sanciona con medios reparadores propios del Derecho privado, como la indemnización de daños y perjuicios, pero de modo que puede ser bastante eficaz e incluso disuasorio por las elevadas cuantías de las reparaciones, las intromisiones ilegítimas, no consentidas ni autorizadas, en las diversas facetas de la intimidad (cuyo ámbito de protección, intromisiones, reglas sobre el consentimiento y otras excepciones son definidas en los artículos 1 y 2 y ss. 7, 8 y ss. de la LO 1/1982). Salvo que, por las particulares circunstancias en que se produzca (o por regla general, lo que es más discutible), la filmación o la fotografía no consentida pueda encajar en un tipo marginal, no específicamente previsto para tales atentados, como es el de la falta del artículo 585.5.º CP: coacción o vejación injusta de carácter leve; o también salvo que, tras haberse grabado la imagen, por efectuarse ya los actos para su divulgación, es decir, por haber concluido la fase ejecutiva (frustración —si se considera una falta contra las personas del 566.2.º— o incluso consumación, dado que en las faltas son impunes, no sólo los actos preparatorios, sino incluso, según el artículo 5, la tentativa, salvo la frustración de las faltas contra las personas o la propiedad), sea punible el atentado a la intimidad de la imagen mediante imprenta o medios de difusión conforme a la falta del artículo 566.2.º CP: divulgación en publicaciones de hechos de la vida privada que puedan perjudicar o disgustar gravemente a la familia a la que se refiere la noticia.

Frente a la opinión de algunos autores, como *Bajo* o *García Pablos*, que entiende que, al existir ya una importante protección civil específica del derecho a la propia imagen y a la intimidad visual en la específica del derecho a la propia imagen y a la intimidad visual en la LO 1/1982, en virtud del principio de subsidiariedad no es necesaria la intervención del Derecho penal, considero con la mayoría de los modelos del Derecho comparado europeo moderno y con los propios proyectos españoles de CP que la protección penal debe extenderse también a este ámbito: por la importancia que hoy cabe atribuir a ese bien jurídico para el libre y pacífico desenvolvimiento de la

personalidad, por la creciente indefensión de tal bien jurídico frente a los medios técnicos de intromisión en el mismo, y por la necesidad que por ello hay de recurrir al valor simbólico de esa importancia que supone la sanción penal. Pues también los ataques graves a otros bienes jurídicos personales importantes, por ejemplo, la libertad de actuación o ambulatoria, la salud e integridad personal, física o psíquica, o incluso los contemplados también en la citada LO 1/1982, como el honor o los otros aspectos de la intimidad, son objeto asimismo de protección civil, sin que ello obvie la necesidad de una adecuada protección penal de los mismos. Como dice la Fundamentación del Proyecto Alternativo alemán, justificando su postura en ese sentido frente a la del Proyecto oficial de 1962, que no tipificaba los ataques a la intimidad de la imagen, «la agresión (scil. que supone la grabación clandestina de la imagen) es valorativamente equivalente en forma y gravedad a la de la escucha ilegal; y la circunstancia de que para ella se utilice un medio técnico distinto —aquí, por ejemplo, una cámara de televisión oculta—, no justifica, contra lo que opina el Proyecto 1962 (Fundamentación, p. 327), dejar esa regulación en manos del Derecho civil o del Derecho penal accesorio, máxime cuando en la era de la técnica precisamente esa ingerencia en la esfera íntima también supone una grave y peligrosa amenaza para la esfera de libertad del ciudadano, frente a la que ha de ser protegido con los medios más extremos de que dispone el Derecho». Y en las observaciones generales al Título de delitos contra la esfera íntima destaca asimismo certeramente, la Fundamentación del Proyecto Alternativo que, al igual que en parte de las injurias, se plantea aquí también la cuestión de si la existencia de sanciones civiles hace que se pueda prescindir de la reacción con los medios del Derecho penal, y expone: «En efecto, la jurisprudencia reciente de los Tribunales civiles ha mezclado precisamente en este campo los límites entre el Derecho civil y el penal, en cuanto que, en parte por razones preventivo-generales, en parte por razones de satisfacción al ofendido, se ha reconocido una indemnización de perjuicios morales de carácter punitivo («Schmerzensgeld»), que va más allá de la estricta reparación o resarcimiento de daños materiales e inmateriales. Pero esa evolución no demuestra que se pueda prescindir de normas jurídicopenales, sino que precisamente prueba su necesidad».

En todo caso, lo que ya puede ser más discutible es la amplitud de la tipificación penal de los atentados a la reserva de la imagen; esto es, si sólo se deben incluir las intromisiones técnicas en la imagen ajena en lugares privados (sistema italiano o francés) o también en lugares públicos, pero sólo frente a hechos íntimos o que por su carácter deban considerarse privados no asequibles sin más a cualquiera, como, por ejemplo, efusiones amorosas en un parque o manifestaciones de dolor ante la muerte (ejemplos que plantea la doctrina en el sistema suizo), o también la recepción o grabación técnica de

la imagen ajena, aunque sea en público, con tal de que sea en manifestaciones de la vida particular o privada (así el sistema portugués o, a mi juicio, también el de los Proyectos españoles de CP), es decir, que no muestren expresa o tácitamente una voluntad de comparecencia o exhibición pública, como podría ser el tomar el sol, pasear o charlar con otra persona —aunque en infinidad de casos la no oposición de la persona que nota que es fotografiada o filmada denota su consentimiento tácito, y en otros muchos puede haber consentimiento presunto, aparte de lo que luego veremos sobre la causa de justificación del artículo 8.2.c) de la LO 1/1982—. No obstante, alguna opinión, como la de *García Vitoria*, se ha manifestado en el sentido de que la mera grabación ilegal de la imagen, sin divulgación podría ser una simple falta. A mi juicio, esa puede resultar la solución político-criminalmente más adecuada cuando haya solamente una grabación no consentida de la imagen relativa a la vida privada o particular, aunque sea en lugares públicos, con tal de que no haya circunstancias que agraven la significación —peligrosidad o desvalor— del ataque, como el empleo de cámaras ocultas, o que la grabación, etc., recaiga sobre actos o circunstancias esencialmente íntimas o secretas, en cuyo caso parece más idónea la sanción como delito.

3. En cambio, me parece muy discutible la necesidad, dentro de los delitos contra la intimidad, de una figura como la del artículo 370 del Código penal francés, sobre el montaje de imágenes o palabras, propugnada entre nosotros por *Morales Prats*; pues, o bien supone una grabación o reproducción en definitiva no autorizada de imágenes o palabras privadas, y entonces encajaría ya en los tipos genéricos de los delitos contra la intimidad, o bien se considera relevante junto a esto, o lo más relevante, el atentado a la fe pública en la veracidad de documentos gráficos o sonoros que a veces resultará, y ello pertenece más bien al ámbito de las falsedades, con independencia de si hay o no problemas de encaje en la conducta típica de la falsedad documental material o ideológica.

4. Por otra parte, y aunque sea la tónica dominante en el Derecho comparado, también me parece sumamente discutible la conveniencia de tipificar estas infracciones como perseguibles, no de oficio, sino solamente a instancia de parte; pues en general guardo grandes reservas frente a esa figura, y considero que tendría que demostrarse contundentemente en cada caso que es ineludible el recurso a la misma, sin que se pudiera solucionar con otros medios los problemas que planteara la persecución de oficio. Por ello, en principio me parece más recomendable este último sistema, por el que han optado el P 1980 y el AP 1983.

5. Por último, considero que otra posible laguna de protección de los actos de la vida privada, y no sólo del sistema español, sino

de la mayoría de las legislaciones, es la no tipificación penal del espionaje o sometimiento a vigilancia o incluso seguimiento de una persona por otra, cuando tenga un mínimo de persistencia y, sobre todo, cuando sea reiterado o prolongado. Una excepción la constituye el nuevo Código penal portugués de 1982 que, aunque no prevé especialmente tal espionaje o vigilancia, sí que castiga genéricamente, en su artículo 180.1 c), el observar a escondidas a personas que se encuentren en un lugar privado para descubrir su intimidad. Y naturalmente que, si por las circunstancias se llega a crear intranquilidad o temor en la persona vigilada o seguida, el hecho podrá considerarse como amenazas o coacciones, siquiera leves (en cuyo caso serían una falta del artículo 585.5.º del Código penal). Pero la tipificación expresa pondría de relieve la desaprobación penal de la conducta en todo caso, al margen de la posible amenaza o coacción, como atentado a la vida privada en sus actos o hechos, trascendentes o intrascendentes, íntimos o simplemente no públicos, con la consiguiente repercusión en la paz, tranquilidad y libertad del individuo, frente a la perturbación o incluso acoso que puede suponer su vigilancia o seguimiento. Para ello se podría tipificar tal conducta como falta, y en casos de espionaje o seguimiento reiterado y continuo, o amenazador por las circunstancias, como delito.

De entrada cabría pensar como objeción inmediata a tal propuesta, que la misma supondría criminalizar una serie de conductas de vigilancia u observación perfectamente legítimas o necesarias, o al menos totalmente habituales. Pero para solucionar adecuadamente esos casos están las causas de justificación y las causas de atipicidad. Lo cual supone las ventajas de la relación regla-excepción: no en sentido cuantitativo, pues no importaría que fueran tan o más numerosos los casos justificados que los prohibidos, sino en el aspecto cualitativo de que la regla es la protección de la esfera privada y del máximo de libertad no perturbada del ciudadano y la consiguiente prohibición de las intromisiones en aquélla, y que las excepciones que supongan las causas de justificación tienen que estar debidamente fundamentadas y sin que haya excesos ni abusos en las mismas.

Ya antes de la justificación, en los supuestos de causas (supralegales) de atipicidad, podrían operar el principio de insignificancia, o el de tolerancia social, cuando no se llegue a la auténtica adecuación social (cuya naturaleza de causa de justificación de atipicidad es discutida); en tales principios podría basarse, por ejemplo, la impunidad de breves observaciones furtivas de la intimidad —si es que ya el tipo no requiriera expresamente una cierta prolongación del espionaje— o conductas usuales, como las de los jóvenes que siguen a muchachas para averiguar su dirección o ver qué hacen, etc. Por otra parte, el consentimiento, expreso, tácito o (más raramente) presunto, de la per-

sona vigilada o seguida excluye asimismo la responsabilidad por justificar la conducta: piénsese sólo en casos en que el sujeto encargue a guardaespaldas o detectives que le vigilen o protejan, o en supuestos en que la persona acepta gustosa y conscientemente la observación de un «voyeur». Otras causas de justificación, para que no haya exceso y concurren como eximentes completas, habrán de estar sometidas, según los casos, a los principios de necesidad, proporcionalidad, subsidiariedad, etc., aparte de a los correspondientes requisitos legales específicos. Así ocurrirá para que el cumplimiento del deber, la obediencia debida o el ejercicio legítimo del cargo justifique un seguimiento o vigilancia policial, por ejemplo, de presuntos delincuentes, o actividades de espionaje de agentes de servicios de información del Estado; o, para que las correspondientes actividades de las agencias de detectives puedan incidir en el derecho a la intimidad de los ciudadanos, tendrá que haber autorización estatal expresa (tras una ponderación de intereses), por lo que el ejercicio legítimo del derecho o, más exactamente, de la profesión tendrá que atenerse escrupulosamente a los presupuestos y límites de la correspondiente regulación legal o reglamentaria —limitaciones estrictas que me parecen muy saludables en beneficio de la intimidad y libertad de los ciudadanos, que, hoy por hoy, son objeto frecuentemente de intolerables seguimientos y controles en su vida privada—; y, por último, en el caso de que sean los particulares quienes lleven a cabo tales actividades, para que estén legitimados, tendrán que darse, por ejemplo, las circunstancias o requisitos de la legítima defensa o el estado de necesidad.

V

1. Para terminar, vamos a ocuparnos de los límites que puede suponer para las diversas facetas de la intimidad, especialmente para la intimidad visual y el derecho a la propia imagen, así como para la intimidad de los actos y datos de la vida privada, el derecho a la información como causa de justificación de las intromisiones en aquellos bienes jurídicos y, a la inversa, del límite que éstos representan para el derecho a la información. En principio, el conflicto puede plantearse por parte del derecho a la información con cualquier faceta de la intimidad, pero en la práctica resulta menos verosímil o frecuente con la intimidad de la conversación oral o telefónica, porque su carácter reservado y excluido a terceros es mucho más fácilmente delimitable, practicable y defendible frente a esos terceros; normalmente basta con no dirigir las palabras al público o a otros o con bajar el tono de voz, volver la cabeza o hacer un aparte, etc., para proteger la reserva de la palabra frente a los demás, incluso aunque sea en un lugar público, a no ser que se trate de intromisiones por medios técnicos o audiciones clandestinas, o por capacidades especia-

les, como la lectura del movimiento de los labios, es decir, mediante procedimientos totalmente inusuales o excepcionales, de claro significado, si no ilícito (porque podría haber alguna causa de justificación, por ejemplo, por intereses de la seguridad del Estado), cuando menos furtivo y clandestino frente a lo inequívocamente reservado. Por ello será más infrecuente que periodistas o informadores recurran a tales procedimientos técnicos para la captación o grabación de la palabra reservada, y, si se produce, el carácter más inequívocamente íntimo de la conversación o comunicación privada —en comparación con la reserva del derecho a la propia imagen— y la consecuente oposición o falta de respeto más frontal a la voluntad excluyente de quien habla en privado hace que sea más difícil sostener y fundamentar que, en caso de colisión de intereses, el derecho a la información activa y pasiva sea un interés preponderante sobre la intimidad oral. De todos modos, los supuestos más frecuentes de colisión con el derecho a la información se darán respecto de la intimidad visual o reserva del derecho a la imagen, puesto que, a diferencia de la palabra, en que hemos visto que es fácil patentizar claramente la voluntad de exclusión de terceros como receptores, la parte más identificativa de la persona, el rostro, normalmente se lleva descubierta, y, por tanto, visualmente asequible a los demás —y lo mismo ocurre, si no con cada parte del cuerpo, sí con la figura en su conjunto, su talla, estatura, complexión, etc.—, y ello en lugares más o menos públicos o de una cierta reserva, pero no totalmente cerrados, e incluso en ciertos lugares y ocasiones se lleva descubierta la mayor parte del cuerpo; con la peculiaridad de que ya no es ostensible una voluntad expresa en contra (y la presunta podría ser contraria o favorable) a que la imagen sea grabada, transmitida o reproducida. Y algo similar ocurre con la mayor facilidad de obtención de información sobre datos de la identidad, circunstancias y actividades, por ejemplo, profesionales o particulares, de las personas, y con la posibilidad de divulgar tales datos o hechos, sin que tampoco haya una voluntad patente e inequívoca en contra de su conocimiento y divulgación.

Pues bien, aunque el artículo 24 CE plantea los términos de la cuestión en el sentido de que los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen, entre otros, constituyen precisamente el límite de las libertades de expresión o información, sin embargo, como reconocen la doctrina y jurisprudencia modernas, la cuestión es más compleja, pues se trata de un problema de límites recíprocos, ya que, a su vez, los derechos al honor o a la intimidad pueden verse limitados en determinados casos y circunstancias por la libertad de expresión o de información. Por consiguiente, puede plantearse en muchas ocasiones un problema de auténtica colisión de derechos, en el que lo más difícil será determinar cuál es el interés preponderante según los casos, cuáles son los límites de lo estrictamente imprescindible en el menoscabo de un derecho para la salvaguardia del otro, si y

cuándo comenzará el exceso o abuso del derecho, etc. Por ello, para evitar las dificultades de precisión de límites y de valoración de los términos de la colisión de intereses, que son inevitables si se intenta resolver la cuestión mediante la interpretación doctrinal y jurisprudencial de las causas de justificación de estado de necesidad, ejercicio legítimo de un derecho o salvaguardia de intereses legítimos, parece preferible la solución de que sea la propia ley la que haga la ponderación de intereses y marque con precisión los límites o excepciones a la prevalencia de un derecho sobre otros. Y éste es el sistema por el han optado, por ejemplo, la legislación alemana o la española en la LO 1/1982.

Tales causas de justificación, legalmente reguladas, no sólo operan frente al ilícito civil —por ejemplo: intromisiones ilegítimas, pero no delictivas, en el derecho a la propia imagen—, sino también frente aquellas conductas de obtención o divulgación de fotografías o filmaciones o de hechos o datos en publicaciones que actualmente puedan constituir ilícitos penales: de la falta del artículo 566.2.º o de la coacción o vejación leve del 585.3.º o de injurias leves del 586.1.º CP. Pero también operarían como causas de justificación en los delitos contra la intimidad visual y de la imagen que, siguiendo el modelo del Derecho comparado o las propuestas de nuestros Proyectos de CP, pudieran crearse en el futuro. Como también operarían como causas de justificación las autorizaciones que previsiblemente se regularían expresamente en una ley de protección de datos en el ámbito de la informática que contuviera una regulación penal o la incluyera en el Código.

2. En la regulación legal de la amplitud y límites de la protección penal y civil de la intimidad visual, del derecho a la propia imagen y de la intimidad de los actos, circunstancias o hechos privados caben varios sistemas. Por ejemplo, puede seguirse un sistema como el francés o el italiano, en que la protección penal se limita a la imagen de la persona en actos que se desarrollan en lugares privados, con lo que cabe entender que en lugares públicos se ha dado prioridad al derecho a la información (obtenerla, transmitirla o recibirla), o que, en todo caso, éste entraría en colisión de intereses que sólo tendría que justificar posibles ilícitos civiles; y de todos modos cabe plantear si dentro de lugares privados el derecho a la información podría excepcionalmente justificar algún caso de intromisión a la intimidad. También puede optarse por un sistema intermedio, como por ejemplo el suizo o el del Proyecto Alternativo alemán, de extender la protección penal de la reserva de la imagen o de los hechos privados no sólo a los lugares privados, sino también a los lugares públicos, pero fijando un límite por las circunstancias de la imagen o los hechos; según eso, la protección penal en lugares no privados sólo abarca el ámbito de la vida estrictamente personal (Proyecto Alterna-

tivo alemán), o el del secreto o la esfera privada no asequible sin más a cualquiera (CP suizo). Ello parece significar que en una ponderación legal de intereses se ha dado prioridad total a las imágenes o hechos del ámbito de lo secreto, o de lo por su naturaleza muy estrictamente privado o íntimo frente al derecho a la información, y que, en cambio, en los demás casos prevalece el derecho a la información. Pero también puede suceder que éste entre en conflicto con un interés, no penalmente, pero sí civilmente protegido, a la reserva de la imagen; y, en cualquier caso, ya es bastante problemática e imprecisa la determinación del límite de lo «estrictamente personal o privado» como frontera frente a los intereses ajenos en la intromisión en ese campo.

Por último, se puede optar, como en la legislación alemana y en la nuestra, por trazar el límite a la protección penal y civil de la intimidad en la condición personal del sujeto pasivo. Este sistema, que a mi juicio es el que más claridad produce, considera que la protección jurídica de la intimidad personal y visual y del derecho a la propia imagen concluye cuando en la persona que sufre la intromisión concurre la condición de *notoriedad*, bien por determinadas circunstancias, bien por su profesión o cargo, a no ser que se trate de su esfera estrictamente íntima; lo cual significa que la ley considera prevalente en el caso de las personas notorias el derecho a la información pública (salvo algunos reductos últimos de intimidad), pero que en los demás casos de personas particulares la decisión legal en cuanto a la ponderación de intereses en conflicto se ha tomado a favor de la intimidad personal y visual en sentido amplio y del derecho a la imagen incluso en lugares no privados, frente a otros pretendidos derechos de los demás a la información o simplemente a satisfacer la curiosidad. Aparte de la condición personal del sujeto pasivo como principal excepción, ambas legislaciones prevén otros supuestos o circunstancias concretas como intereses prevalentes frente al derecho a la intimidad y a la propia imagen.

Así, en la Ley alemana de los derechos de autor sobre obras de las artes gráficas y fotografía (de 9 de enero de 1907) se castiga en el § 33 la difusión o exposición pública de una fotografía, retrato o filmación contra lo dispuesto en los §§ 22 y 23 de la Ley. En el § 22 sobre el «derecho a la propia imagen» se dispone que sólo se pueden difundir o exponer fotografías, retratos o imágenes (no dice si tomadas en público o en lugar privado) con consentimiento del sujeto, o de los parientes hasta 10 años tras su muerte. Y el § 23 establece las siguientes excepciones: 1) Imágenes o fotos del ámbito de la historia actual (aquí entran las personas que, por su condición o circunstancias cobran notoriedad actual). 2) Si las personas aparecen accesoriamente en un paisaje o escena. 3) Imágenes de manifestaciones o reuniones, en las que tomen parte las personas fotografa-

das. 4) Fotos no encargadas, pero cuya exposición sirva para un interés artístico elevado. A ello añade el § 24 excepciones por intereses públicos (de la Justicia o de la seguridad pública).

En España, la LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, en sus artículos 1 y ss. tutela estos derechos frente a las intromisiones ilegítimas, y según el artículo 7, párrafo 5.º, no sólo en los lugares privados, sino también en los públicos, por una serie de medios procesales, cautelares y civiles regulados en el artículo 9. En su artículo 2.2.º exceptúa de las intromisiones ilegítimas las expresamente autorizadas por la Ley o las consentidas por el titular del derecho, y tras una modificación introducida en ese artículo 2 por Ley Orgánica 3/1985, de 29 de mayo, también las opiniones manifestadas por Diputados y Senadores en el ejercicio de sus funciones (añadiendo la nueva redacción en todo caso la exigencia de previa autorización de las Cámaras para la procedibilidad civil frente a los parlamentarios); en el artículo 2.3.º se establecen reglas sobre la revocabilidad del consentimiento, y en el artículo 3 reglas sobre el consentimiento prestado por menores e incapaces. Y, a los efectos que aquí interesan, en el artículo 8 se establecen excepciones a las reglas generales sobre intromisiones ilegítimas. En el artículo 8.1 se establece en general que son actuaciones que no se consideran intromisiones ilegítimas, en general, las autorizadas o acordadas legalmente por la Autoridad competente, o cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante. Y en el apartado 2 especifica, en relación con actuaciones que afecten al derecho a la propia imagen, que tampoco se considerarán ilegítimas: a) cuando se trate de la captación, reproducción o publicación de la imagen «de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público». Por consiguiente, la Ley española ha optado por limitar el derecho a la imagen en atención al derecho ajeno a la información sobre personas notorias, pero por razón de su cargo o profesión, es decir, por algo que voluntariamente se ha elegido o aceptado y cuyas cargas, molestias o riesgos, por tanto, también se han asumido voluntariamente; pero no se ha incluido la notoriedad o fama que involuntariamente se pueda adquirir por las circunstancias, por ejemplo, por haberle tocado la lotería: no hay derecho (más bien curiosidad) a conocer su imagen (o incluso identidad). Menos aún (como decía en una ocasión así el editorial de un conocido diario) hay un interés público en que quede claro que enriquecerse puede suponer perjuicios y riesgos para el agraciado o afortunado. E incluso para las personas públicas o famosas por razón de su cargo o profesión, les queda un ámbito privado dentro de los lugares privados (a no ser que, invocando el «interés histórico, cultural o científico relevante» del artículo 8.1, se quiera justificar en algún caso excepcional la intromisión incluso

dentro de hechos de la vida privada de tales personas, lo que es muy discutible, y personalmente considero inaceptable).

Tampoco es intromisión ilegítima, conforme al artículo 8.2.b) la utilización de la caricatura, conforme al uso social, de dichas personas. Por otra parte, el párrafo último del artículo 8.2 establece que no son aplicables las excepciones de las letras a) y b) respecto de las autoridades y personas que desempeñen funciones que por su naturaleza necesiten anonimato.

La última excepción a lo que se consideran intromisiones ilegítimas se establece en el artículo 8.2.c): Cuando la persona aparezca como meramente accesoria en una información gráfica sobre un suceso o acontecimiento público (excepción que se ha inspirado en el § 23.2 de la Ley alemana de 1907).

3. Para concluir, conviene aludir brevemente a dos cuestiones especialmente debatidas en la práctica periodística cuando surgen conflictos, reales o aparentes, entre el derecho a la información y el derecho a la propia imagen y a su reserva: la de la oposición aparente del sujeto a la grabación de su imagen, y la de la publicación, no autorizada por su titular, de imágenes cuya toma o grabación, en cambio, sí que fue consentida en su momento.

La primera cuestión realmente no plantea dificultad alguna: debe negarse la existencia de una intromisión ilegítima en la intimidad o reserva de la imagen, porque la verdad es que hay consentimiento, cuando es fingida la oposición, ya que el sujeto sabe que le están fotografiando o filmando y no lo evita (a veces incluso lo ha provocado, o aun pedido expresamente que le fotografíen con la apariencia por su parte de no ser consciente y ser una grabación clandestina), y es posteriormente cuando, tras haber obtenido la publicidad que deseaba —casos relativamente frecuentes en personas que por su profesión o cargo necesitan la notoriedad o les beneficia—, finge no haber consentido nunca en la grabación ni en la publicación de su imagen, con finalidad claramente abusiva, y hasta posiblemente defraudatoria, de obtener una indemnización en vía civil.

En cuanto a la publicación no autorizada de imágenes que en su momento fueron grabadas con autorización de su titular, pero para una ocasión concreta o con un motivo o finalidad distintos —y lo propio sucede si se trata de la reproducción no autorizada de una conversación, entrevista, palabras o declaraciones, cuya inicial grabación sí fue consentida—, en principio ya no hay un atentado a la intimidad de la imagen, puesto que el consentimiento inicial le privó de ese carácter de intimidad y, por tanto, ya no hay por ese concepto responsabilidad penal en los sistemas que tipifican ese tipo de intromisiones en la intimidad visual. A no ser que se consintiera en una grabación, pero destinada exclusivamente a conocimiento de otra per-

sona o a un círculo muy reducido y, en cambio, se difunda públicamente, en cuyo caso sí que hay un atentado a la intimidad visual. Pero incluso cuando éste falte, habrá un ilícito civil en un doble sentido: Como intromisión ilegítima en el derecho a la disposición (no a la intimidad) de la propia imagen conforme al artículo 7.5 de la LO 1/1982, de 5 de mayo, lo que dará lugar a responsabilidad civil en las formas previstas en la LO 1/1982, fundamentalmente a la indemnización por perjuicios morales. Y como ilícito civil de carácter patrimonial, también reconocido específicamente en el artículo 7.6 LO 1/1982, por el no reconocimiento al titular de la imagen del valor económico que la utilización de la misma puede suponer, y por el enriquecimiento a su costa (4). Ello —no sólo en este caso, sino de modo general en Derecho privado— genera para el afectado una acción o pretensión de resarcimiento (dentro de la categoría de *condictiones sine causa*, o *acciones in rem verso*) por el enriquecimiento sin causa de otros a su costa; lo que se admite por doctrina y jurisprudencia también cuando el enriquecimiento ajeno consiste en un *lucrum emergens* y el perjuicio propio en un *lucrum cessans*, aunque no haya *damnum emergens*.

Pero incluso el aspecto patrimonial-económico es totalmente prevalente en muchas ocasiones. Así se mantiene a veces por los medios de comunicación que se puedan publicar fotos, filmaciones, etc., de un famoso (por su condición personal) sin o al margen de su consentimiento; lo cual no es cierto, como vimos, si se trata de hechos o imágenes en lugares privados, pero sí lo es —desde el prisma del derecho a la intimidad y a la propia imagen— si están tomadas en lugares o actos públicos. Pero la cuestión es que incluso aunque no haya intromisión ilícita contra la intimidad visual y el derecho a la imagen por darse esa circunstancia o porque en su momento las fotos o imágenes (o entrevista) hubieran sido tomadas con consentimiento, y no clandestinamente, lo cierto es que, si luego se reproduce o publica sin autorización o incluso contra su expreso desacuerdo y prohibición (piénsese, por ejemplo, en un reportaje gráfico sobre el concierto en un gran auditorio de un cantante excepcionalmente famoso), ello puede tener una repercusión económica, a veces enorme: mayor tirada de una publicación, mayor audiencia de un programa, y por eso el titular tiene derecho a la valoración de su propia imagen, y a autori-

(4) Destacan, asimismo, la doble caracterización del derecho a la imagen como derecho de la personalidad y como derecho patrimonial en la LO 1/1982, *Salvador/Castineira/et al.*, ¿Qué es difamar? Libelo contra la Ley del Libelo, 1987, pp. 91 y ss. Entre las intromisiones ilegítimas del artículo 7 de la LO 1/1982, su apartado 5 enumera la «captación, reproducción o publicación por fotografía, filme o cualquier otro procedimiento de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos», salvo los casos previstos en el artículo 8.2; y el apartado 6 del artículo 7 añade la «utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga».

zar o no, imponer condiciones para la publicación, etc. Por tanto, si no se le respeta, tendrá una acción de resarcimiento por el enriquecimiento sin causa.

En conclusión, en estos casos habrá sólo ilícito civil de carácter patrimonial, en ocasiones unido al ataque al derecho de disposición de la propia imagen (con carácter predominantemente moral), a no ser que constituya un delito de infracción intencionada de los derechos de autor. Lo cual es hoy dudoso, dado que en el nuevo artículo 534 bis a CP se castiga la reproducción o comunicación pública intencionada de una obra artística o de una interpretación o ejecución artística (imponiendo el artículo 534 bis b penas superiores si hay ánimo de lucro y la cantidad es de especial trascendencia económica), y que en el artículo 10.1.d) y h) de la nueva Ley de propiedad intelectual (Ley 22/1987, de 11 de noviembre) se incluyen entre las creaciones artísticas objeto de propiedad las obras cinematográficas y cualquiera otras obras audiovisuales, y las obras fotográficas y las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía; y si se considera que las fotos o reportajes gráficos de personajes famosos son «obras» fotográficas y, por tanto, artísticas, podría considerarse que no sólo es autor el fotógrafo o cámara, sino el modelo o personaje cuya imagen se graba, sobre todo si ha colaborado activamente en que el resultado sea lo más satisfactorio posible, y en tal caso sería coautor de la obra conforme al artículo 7 de la Ley, correspondiendo a los coautores los derechos sobre tal obra como resultado unitario de la colaboración de todos, y requiriéndose el consentimiento de todos los coautores para su divulgación. Pero incluso en el supuesto de que se estime que concurre también responsabilidad penal en este sentido, se tratará de un delito de carácter patrimonial y no contra la esfera íntima de la persona.

Culpabilidad, legitimación y proceso

MERCEDES GARCIA ARAN

Profesora Titular de Derecho Penal. Universidad de Barcelona

La dogmática jurídico-penal europea ha alcanzado en este siglo unas altas cotas de elaboración: se han depurado al máximo las categorías propias de la teoría jurídica del delito, perfeccionándose —y en ocasiones, complicándose— un sistema conceptual que posiblemente sea, al menos en España, uno de los más acabados si se compara con los desarrollados en otras ramas del Derecho. Ello permite a los penalistas afrontar la solución de los problemas derivados de la aplicación de la Ley a los casos concretos con un sólido bagaje de conceptos dogmáticos que facilita su labor. Sin embargo, frecuentemente se han formulado advertencias sobre el peligro de abstracción y estancamiento de la dogmática penal, dirigidas fundamentalmente a destacar la importancia de la política criminal y de la relación entre Derecho penal y modelo de Estado. Junto a tales orientaciones sobradamente conocidas, se destaca cada vez con mayor insistencia la necesidad de no desvincular la teorización mantenida en el ámbito del Derecho penal respecto a la realización de tales principios en el marco del proceso. Orientaciones como la decisión sobre la necesidad de la pena, el principio de proporcionalidad de la reacción penal e incluso el de mínima intervención no pueden mantenerse en toda su plenitud si el proceso penal no cuenta con posibilidades para su acogimiento (1).

Debe tenerse en cuenta, que en el proceso no se opera tanto sobre el concepto de hechos ocurridos como sobre el de «hechos probados» (2) y que el propio concepto procesal de «hecho» aglutina distintas categorías deslindadas por las construcciones jurídico-materiales. Valgan como ejemplo los problemas planteados en materia de con-

(1) En este sentido, QUINTERO OLIVARES, G.: *Derecho penal. Parte general*, Barcelona, 1986, p. 117.

(2) CÓRDOBA RODA, J.: *Consideraciones sobre la jurisprudencia penal*, en «RJCat», 1984, p. 120.

curso de delitos entre el concepto jurídico-penal de acción y el concepto de «hecho» en sentido procesal (3).

Todo ello dota de autonomía a la elaboración conceptual propia del derecho procesal penal y al mismo tiempo plantea el peligro de desconexión entre las categorías jurídico-materiales y las procesales. Esta situación es en España, claramente apreciable: la elaboración del pensamiento dogmático penal se ha producido desconectada del ordenamiento procesal y éste mismo ha sufrido escasas alteraciones. Ni siquiera la teorización sobre la limitación de la intervención penal ha tenido reflejo palpable en las instituciones procesales. No ha ocurrido entre nosotros lo que Rüping considera reacciones del Derecho procesal frente a los cambios en el Derecho material (4), que han posibilitado en Alemania, por ejemplo, el afianzamiento del principio de oportunidad procesal y la renuncia a la acción en casos de escasa culpabilidad.

Las presentes páginas tienen una modesta finalidad: aportar una perspectiva distinta a la discusión sobre el contenido del concepto jurídico-penal de culpabilidad tal y como ha sido elaborado en el ámbito de la teoría del delito, que ofrece, en mi opinión, interesantes posibilidades en el sentido que se acaba de expresar. Incluso, con carácter previo a una profundización en el tema, resulta evidente que el término «culpabilidad» no es utilizado en el mismo sentido por la teoría jurídica del delito y por la Ley y la Doctrina procesales. La intención de este trabajo consiste en poner de manifiesto hasta qué punto esa dualidad de conceptos supone un completo divorcio o debe ser tenida en cuenta para reconsiderar o al menos relativizar algunos planteamientos propios de cada uno de los ámbitos de conocimiento. Ya en 1959, Quintano Ripollés ponía de manifiesto la duplicidad de concepciones en un trabajo titulado, precisamente, «Hacia una concepción unitaria jurídico-penal de la culpabilidad» (5), y tal camino no ha sido suficientemente tenido en cuenta por la doctrina posterior. Intentaremos aquí recoger algunas de sus sugerencias.

Para ello, partiremos de un rápido repaso a la revisión del concepto de culpabilidad para comprobar el vigor que como categoría autónoma sigue ostentando.

Desde que en los primeros años del siglo XX la orientación neokantiana revisa la sistemática naturalística de Von Liszt y Beling proporcionando un nuevo entendimiento de la culpabilidad, pocos conceptos como el contenido por la llamada concepción normativa se

(3) MIR PUIG, S.: *Derecho penal. Parte general*. Barcelona, 1985, p. 598. BÜCHNER, H.: *Der Begriff der Strafprozessualen Tat*. Würzburg, 1976, p. 16.

(4) RÜPING, H.: *Das Strafverfahren*. München, 1983, p. 94.

(5) QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Hacia una posible concepción unitaria jurídico penal de la culpabilidad*, en «ADP», 1959, pp. 485 y ss.

han visto sometidos a revisión. La introducción de la referencia a valores y fines socialmente reconocidos como punto de apoyo en el estudio de las normas (6) ofrecía un terreno, precisamente por valorativo, mucho más inseguro que la firmeza «natural» de los postulados psicologicistas anteriores, sobre todo, cuando la concepción normativa pura del finalismo, terminó de desprender el dolo y la imprudencia del concepto de culpabilidad.

Este abandono del naturalismo explica en parte, que la mayoría de las críticas al concepto normativo de culpabilidad se hayan dirigido a la indemostrabilidad de su presupuesto: la libertad de decisión y el poder actuar de modo distinto a como se actuó, aunque lo cierto es que la confrontación entre determinismo e indeterminismo puede hoy considerarse relativamente superada.

No puede decirse lo mismo respecto a lo que en mi opinión, constituye el trasfondo de la discusión mantenida. Me refiero a la forma en que el concepto normativo de culpabilidad legitima la intervención penal: este es un ámbito de discusión que hoy puede deslindarse ya con claridad respecto del que analiza la culpabilidad como categoría dogmática añadida al injusto y diferenciada de éste, con las consecuencias prácticas que ello comporta.

Por supuesto, ambos planos no son ni totalmente independientes ni siempre claramente separables, pero sí que manifiestan un distinto grado de virulencia en la discusión mantenida al respecto de cada uno de ellos. Un breve repaso, sin pretensión de exhaustividad a las consideraciones doctrinales producidas en ambas perspectivas, nos ayudará a comprobar hasta dónde llega hoy la solidez de concepto de culpabilidad.

1. LA CULPABILIDAD COMO CONCEPTO LEGITIMADOR

1.1. Visión general sobre la concepción normativa

Las primeras formulaciones de la concepción normativa, quizá por su pretensión de introducir lo valorativo en el juicio de culpabilidad, están fuertemente cargadas de intención justificadora o legitimadora del castigo; de ello constituye uno de los máximos exponentes la contundente expresión de Frank: «Culpabilidad es reprochabilidad» (7) o la atribución a la culpabilidad de facultades dignificadoras del De-

(6) LARENZ, K.: *Metodología de la ciencia del Derecho*, Barcelona, 1980, p. 118, con desarrollo de las tesis de Rickert y Lask. MIR PUIG, S.: *Introducción a las bases del Derecho penal*. Barcelona, 1976, pp. 237 y ss.

(7) FRANK.: *Über den Aufbau des Schuldbergriffs*, en «Giessener Fest». München, 1907.

recho penal (8). Sobre el tan repetido «reproche» que se le formula al autor recae todo el peso de la justificación del castigo como recaerán posteriormente la inmensa mayoría de las críticas. El sujeto es culpable porque podía haberse comportado de otra manera, y ello se fundamenta en la capacidad individual de autodeterminación y de libre decisión (9).

La línea del discurso tiene un claro componente individualista en la medida en que está presente ese enfrentamiento «Estado-ciudadano» como sujetos activo y pasivo del reproche, pero al mismo tiempo y quizá por ello, predominan los conceptos generalizadores, bien como fundamento de la concepción, bien como integradores del juicio del reproche: desde la infracción de la norma genérica de deber que supone la obligación de determinarse en Goldschmidt (10) hasta la misma idea de deber resultante de la «objetividad de la Ley moral» en Arthur Kaufmann (11), sin olvidar el concepto de «hombre medio», como baremo de determinación de la exigibilidad (12), aunque se introduzca la valoración de las condiciones personales y la situación del autor (13).

En España, la concepción normativa tuvo una favorable acogida, sobre todo a partir de la traducción y anotaciones del Tratado de Mezger por Rodríguez Muñoz (14), y aunque la doctrina reciente se ha hecho amplio eco de la crisis del concepto, como veremos más adelante, y son numerosas las matizaciones al respecto, no puede considerarse en absoluto abandonada (15).

(8) MAYER, M. E.: *Der Allgemeines Teils des Deutschen Staafrechts*, Heidelberg, 1923, pp. 228 y ss.

(9) FREUDENTHAL.: *Schuld und Vorwurf im geltenden Strafrecht*, Tübingen, 1922, pp. 9 y ss. Las exposiciones sobre la concepción normativa y sus principales representantes son numerosas y hacen innecesaria aquí una prolija cita de las mismas. Además de las acogidas en las obras generales más recientes, nos remitimos a los trabajos de: SAINZ CANTERO, J. A.: *El desenvolvimiento histórico dogmático del principio de no exigibilidad*, en «ADP», 1960; El mismo. *La exigibilidad de conducta adecuada a la norma de Derecho penal*, Granada, 1965; CORDOBA RODA, J.: *Una nueva concepción del delito. La doctrina finalista*, Barcelona, 1963; ACHENBACH, H.: *Historische und dogmatische Grundlagen der Strafrechtssystematischen Schuldlehre*, 1974; ZUGALDÍA ESPINAR, J. M.: *Acerca de la evolución del concepto de culpabilidad*, en «Libro homenaje a J. Antón Oneca, Salamanca, 1982.

(10) *Normativer Schuldbegriff*, en «Fest f. Frank», Tübingen, 1930.

(11) *Das Schuldprinzip*, Heidelberg, 1976, pp. 127-128.

(12) WOLF.: *Krisis und Neubau der Strafrechtsreform*. Tübingen, 1933. pp. 40 y ss. SCARANO, L.: *La non esigibilità nel diritto penale*. Nápoles, 1948, p. 85.

(13) JESCHECK, H. H.: *Tratado de Derecho penal*, I, Barcelona, 1981, (trad. Mir Puig, Muñoz Conde), p. 562.

(14) RODRÍGUEZ MUÑOZ: *Notas al Tratado de Derecho penal de Mezger*. Madrid, 1949. CORDOBA RODA, J.: *Culpabilidad y pena*, Barcelona, 1977. pp. 15 y ss., resumiendo tal repercusión. SAINZ CANTERO, J. A.: *La exigibilidad*, cit. RODRÍGUEZ DEVEZA, J. M.: *Derecho penal español*. «PG», Madrid, 1985, pp. 432 y ss. COBO DEL ROSAL VIVES ANTÓN.: *Derecho penal*, «PG», Valencia, 1984, pp. 443 y ss.

(15) CEREZO, J.: *Culpabilidad y pena*, en «ADP», 1980, p. 347. TORÍO, A.: *El concepto individual de culpabilidad*, en «ADP», 1985, p. 289.

Resulta innecesario aquí desarrollar a fondo las distintas aportaciones de los autores incluidos en la defensa de esta concepción, tanto en su primera formulación como en la versión finalista de la misma. Me interesa destacar simplemente el carácter *positivo o negativo* de la exigibilidad, cuestión con la que se hace referencia a valor concedido por la doctrina al concepto de exigibilidad en la comprobación de la culpabilidad, centrándonos en dos posibilidades: la exigibilidad de conducta adecuada a la norma es un elemento constitutivo del juicio de culpabilidad junto a los restantes elementos (imputabilidad, dolo o culpa, conocimiento de la antijuridicidad según las modalidades de la concepción normativa), (valor positivo de la exigibilidad) (16) o bien la no exigibilidad es sólo el fundamento de las situaciones de ausencia de culpabilidad, lo que supone que como elemento de la culpabilidad la exigibilidad se formula en sentido negativo: es la ausencia de causas de exculpación.

La relevancia de la cuestión se ha manifestado en la admisibilidad o rechazo de la no exigibilidad como causa supralegal de exculpación: quienes admiten tal exención supralegal es porque, explícitamente o no, consideran que la exigibilidad de conducta adecuada a la norma es un elemento positivo del juicio de culpabilidad, del que *cualquier* situación de inexigibilidad, aunque no esté prevista legalmente, *constituye su negación* y conduce a la absolución. Por el contrario, si se rechaza la posibilidad de exculpar en aquellos casos en que se considera que al sujeto no le era exigible actuar de otra forma, aunque no sea uno de los previstos legalmente, la no exigibilidad es simplemente el fundamento de las situaciones de exculpación recogidas en el derecho positivo, y se demuestra cuando una de ellas está presente, además de servir de criterio interpretativo de las mismas.

Volviendo, pues, a la consideración de las distintas opiniones sobre ese valor positivo o negativo de la exigibilidad, lo cierto es que si partimos de que la defensa de la no exigibilidad como exención supralegal es el índice del otorgamiento de carácter positivo a la exigibilidad, éste prácticamente no se mantiene hoy en la doctrina.

La posibilidad de exculpación supralegal defendida por Freudenthal y autores de la época (17) fue ya contestada por Liepmann en un comentario al trabajo de primero: «Schuld und Vorwurf im geltenden Recht» (18). Fundamentalmente, los argumentos contrarios a su admisión se basan en la obligatoriedad y generalidad de las normas, la exclusiva competencia del legislador para el establecimiento de las causas de exculpación y los problemas de inseguridad del derecho que ello conllevaría.

(16) SAINZ CANTERO, J. A.: *La exigibilidad*, cit. pp. 46-47.

(17) *Schuld und Vorwurf*, cit. p. 8.

(18) LIEPMANN: en «ZStW», 43. pp. 710 y ss. En el mismo sentido, GRUNHUT: *Grenzen der übergesetzliche Notstands*, en «ZStW», 51, p. 455.

Obsérvese que los argumentos son de índole preventivo general: la exculpación en una situación individual de no exigibilidad no puede admitirse si no está legalmente prevista, so pena de debilitar la seguridad del ordenamiento. En este momento, a un concepto ius natural de culpabilidad que permita comprobar en cada caso si al individuo concreto le era exigible o no el acatamiento a la norma (con independencia de si la Ley ha previsto o no una exención concreta), se opone el argumento de la generalidad de las normas y su función regulativa.

Con otros contenidos y alcance, algo recuerda, por lo que de tensión entre lo general y lo individual conlleva, a la posterior confrontación entre el concepto tradicional de culpabilidad y las modernas teorías preventivas.

Esta orientación preventiva general opuesta a la causa suprallegal de exención por no exigibilidad es especialmente clara en Shaffstein (19): «Se reclama el castigo del autor a pesar de que falte la exigibilidad, con independencia de que tampoco se desprenda del hecho la necesidad de mejora o aseguramiento mediante la ejecución penal, porque *el castigo aparece como exigible a partir de circunstancias generales*, no por las basadas en su personalidad».

Por su parte, Scarano rechaza la exención suprallegal por no exigibilidad porque «resulta contraria a la letra y al espíritu de la Ley y opuesta al carácter meramente objetivo del Derecho penal y a los fines de la función punitiva» (20). Sin embargo, admite la no exigibilidad como criterio interpretativo y la posibilidad de aplicación analógica de las causas de exculpación que se fundamentan en la no exigibilidad (21). Según este planteamiento, la aplicación analógica no supone una terminante intromisión en las funciones legislativas, sino una labor interpretativa del Derecho positivo, y extensión de su eficacia a casos no expresamente regulados, pero con el mismo contenido que los que sí lo están. Por lo tanto, es la misma Ley vigente la que se *confirma* sin crearse otra nueva.

La actual doctrina alemana rechaza igualmente la exención suprallegal por inexigibilidad, aunque acepta la colisión de deberes como exculpación suprallegal a partir de la interpretación del estado de necesidad (22).

La doctrina española se ha mostrado reacia a la admisión de la no exigibilidad como causa suprallegal de exculpación. Rodríguez Mu-

(19) *Die Nichtzumutbarkeit als allgemeiner übergesetzlicher Schuldaußschliessungsgrund*, Leipzig, 1933, p. 61. Subr. mío.

(20) *La non esigibilità*, cit. p. 60.

(21) *La non esigibilità*, cit. pp. 75-77.

(22) *Vid.*, por todos, JESCHECK, H. H.: *Tratado I*, pp. 684 y ss.

ñoz (23) entiende que no hay obstáculo en el Derecho penal español para su estimación aunque advierte que su utilización debe ser excepcional y precavida. Sainz Cantero trata la cuestión manifestando la relevancia que aquí le hemos otorgado en relación al carácter constitutivo de la exigibilidad. Para este autor la exención supralegal es lo más acorde con dicho carácter que él mantiene: «Desde luego, si decimos que la exigibilidad es un elemento constitutivo de la culpabilidad, cuando esta exigibilidad falte (situaciones de no exigibilidad) faltará también la culpabilidad, por no poderse hacer el juicio de reproche». Sin embargo, no acepta la exención supralegal por su base extrajurídica y por las conocidas razones propias de la fijeza de la Ley y sumisión a la misma (24).

La doctrina más reciente niega igualmente la exención supralegal y con ello el carácter constitutivo de la exigibilidad en la culpabilidad (25). Gómez Benítez se opone incluso a la no exigibilidad como característica negativa de este juicio, al integrarlo únicamente con la imputabilidad y el conocimiento potencial de la antijuridicidad (26).

En cambio, la posibilidad de aplicación analógica de las circunstancias eximentes basadas en la no exigibilidad es defendida por Octavio de Toledo, Huerta Tocildo y por Mir Puig, con especial referencia al miedo insuperable sobre la base de la admisión de la analogía *in bonam partem* (27). Este planteamiento que, como vimos, mantenía también Scarano, reconoce la no exigibilidad como fundamento de las causas de exculpación y permite la extensión de las legalmente previstas a casos similares. El problema radicará entonces en la determinación de cuáles son los casos «análogos», es decir, cuál es el fundamento de la no exigibilidad, puesto que ésta puede referirse, como en el caso de Mir Puig, a conceptos distintos del tradicional «poder actuar de otro modo» y encuadrarse en las modernas teorías preventivas que analizaremos más adelante.

Como puede verse, la cuestión de la exención supralegal por no exigibilidad tuvo mayor trascendencia en momentos anteriores, y hoy la discusión ya no transcurre por tales derroteros, pero, en mi opinión, es algo que ayuda en cierta forma a resituar las críticas al

(23) *Notas al Tratado de Mezger*, T. II, p. 204.

(24) *La exigibilidad*, *cit.*, pp. 46-47 y 90 y ss.

(25) MIR PUIG.: *Derecho penal*, «PG», p. 524. Las opiniones de Quintero Olivares, Octavio de Toledo y Huerta Tocildo que matizan lo anterior se recogen al tratar de la culpabilidad en el CPE.

(26) GÓMEZ BENÍTEZ, J. M.: *Teoría Jurídica del delito*, Madrid, 1984, p. 491.

(27) OCTAVIO DE TOLEDO-HUERTA TOCILDO.: *Derecho penal. Parte general*, Madrid, 1986, p. 371. MIR PUIG: *Derecho penal*, pp. 527 y ss. Con carácter general, en relación a la analogía beneficiosa para el reo. *Introducción a las bases*, *cit.* pp. 316 y ss. Esta clase de analogía ha sido negada por CÓRDOBA, en base a lo dispuesto en el art. 2 CP, *Comentarios al CP*, I, Barcelona, 1976, pp. 56 y ss.

concepto tradicional de culpabilidad en el plano en que ahora lo analizamos, esto es, como concepto legitimador de la intervención estatal.

En mi opinión, si la exigibilidad de otra conducta se formula en sentido positivo, como elemento integrante del juicio de culpabilidad, su fundamento (el poder actuar de otro modo) tiene un papel mucho más relevante, por ser constitutivo de ese juicio, que si se trata del fundamento de las causas de exculpación y su criterio interpretativo. No es lo mismo comprobar *en todo caso* si realmente el autor podía hacerse comportado de otra forma y absolverlo si no fue así, *aunque no se encuentre dentro de los casos legalmente previstos*, que analizar si es aplicable o no una causa legal de exculpación atendiendo a si en ese caso se anuló la posibilidad de actuar de otro modo. Lo cuestionable del concepto permanece, pero la relevancia práctica es distinta; dentro de la segunda opción, que parece ser hoy la dominante, discutir si en un caso concreto es aplicable, por ejemplo, el error invencible de prohibición y hacerlo sobre la base de si el autor podía o no elegir libremente su conducta o bien a partir de la necesidad preventiva de intervención penal, dota al problema de una relevancia distinta a la que habitualmente se le concede cuando se discuten los problemas en abstracto: su importancia práctica es muy inferior a la expresada por el trasfondo ideológico de cada uno de los planteamientos. Dejemos la cuestión apuntada sin pretender cerrarla e este momento, pues mi intención es recogerla al analizar la pervivencia de la idea de no exigibilidad en el apartado dedicado a la culpabilidad como categoría dogmática.

Con independencia de las distintas variantes de la concepción normativa, su claro sustrato común es precisamente lo que constituyó el avance respecto a la concepción psicológica: el juicio de culpabilidad contiene el reproche que se le formula al autor por no haber actuado como le exigía el ordenamiento jurídico. Esta exigencia general, que ya en Goldschmidt contiene la motivación dirigida a la conciencia del individuo para que adecúe su comportamiento, se complementa con la idea de poder en Freudenthal para quien el deber de evitar conductas típicas supone el estar en condiciones de hacerlo (28).

A partir de ahí, los distintos autores introducen las correspondientes matizaciones sobre el modo de determinación del poder, el valor de la exigibilidad y, sobre todo, a partir de Welzel, realizan una u otra opción sistemática respecto a la ubicación del dolo, la imprudencia y el conocimiento de la antijuridicidad, pero la forma de justificar el castigo es la misma: a los ciudadanos les es exigible el cumplimiento de las normas, y si pudiendo cumplirlas no lo hacen, ello se les reprocha. De este modo, y seleccionando sólo algunas de las definiciones más representativas: culpabilidad es el reproche personal al

(28) *Schuld und Vorwurf*, cit. p. 11.

autor, por el hecho punible (Mezger), es reprochabilidad de un hacer o no hacer, contrariedad a deber de la voluntad (Maurach-Zipz), la conducta del autor no es como la que el derecho le exige, aunque podía haber observado esas exigencias (Welzel), y, por último, en palabras de Jescheck: La culpabilidad es reprochabilidad de la voluntad. Existe reproche cuando «el autor, en su situación, hubiera podido actuar de otra forma, en el sentido de que con arreglo a nuestra experiencia sobre la esencia del hombre, otro en su lugar hubiera actuado de otro modo empleando la fuerza de voluntad, que posiblemente le faltó al autor» (29).

Esta culpabilidad justificante del castigo se constituye así en su fundamento y con ello se consolida igualmente la teórica perfección del sistema dualista: pena equivalente a la culpabilidad y medida de seguridad adecuada a la peligrosidad (30).

La adecuación entre la pena y la culpabilidad entendida como reproche es lo que ha propiciado la asimilación de este concepto de culpabilidad a la concepción retributiva de la pena. Sin embargo, el modo en que el concepto normativo de culpabilidad legitima el Derecho penal posiblemente se diferencia de otras teorizaciones posteriores en su falta de referencia a la función del Derecho penal en el marco de la actividad estatal de regulación de conductas. Debe imponerse la pena, porque el autor concreto ha manifestado una actitud jurídicamente desaprobada cuando podía, en sus circunstancias, haber hecho lo contrario. Y el Estado tiene derecho a exigirle que cumpla las normas.

Los polos enfrentados en la relación son «individuo frente a la norma» y «Estado frente al individuo», abstracción hecha de la finalidad a perseguir con esa exigencia de responsabilidad, y del fundamento último de su necesidad.

Simplificando mucho el mecanismo legitimador, éste es casi tautológico: debe castigarse a los culpables (es decir, a los que han actuado libremente), porque han actuado libremente (es decir, porque son culpables). Con lo cual, si la culpabilidad ha de servir para justificar la intervención penal, ésta queda débilmente justificada. En este sen-

(29) MEZGER BLEI: *Strafrecht*, «IAT», (14 ed.), München, 1970, p. 156. La culpabilidad es el reproche personal al autor por el hecho punible. MAURACH: *Tratado*, II, pp. 25 y ss. y 31 y ss.: la culpabilidad tiene su esencia en el desvalor personal, aunque distinguiéndose entre la atribuibilidad y el reproche. MAURACH-ZIPF: *Strafrecht*, «AT», I, (16 ed.), Heidelberg, 1983, p. 440: Culpabilidad es reprochabilidad de un hacer o no hacer, es la contrariedad a deber de la voluntad. WELZEL, H.: *Das deutsche Strafrecht* (11.ª ed.), p. 138: la conducta del autor no es como la que el Derecho exige, aunque podía haber observado esas exigencias. JESCHECK, H. H.: *Tratado*, I, pp. 559-565.

(30) Críticamente, MUÑOZ CONDE, F.: *Introducción a la «Culpabilidad y prevención en Derecho penal»*, Madrid, 1981.

tido, lleva razón Jakobs cuando afirma que la introducción de la libertad de voluntad en Derecho penal encubre el problema de la legitimación del Derecho penal en lugar de resolverlo (31).

La existencia del Derecho penal (y consiguientemente su aplicación) sólo puede explicarse como instrumento estatal de regulación social y, por tanto, la forma de legitimar las penas no puede alejarse de la forma de legitimar el Estado. Pero con el planteamiento hasta aquí comentado, no se entra a cuestionarla: se da por supuesto, sin considerar *qué clase* de Derecho penal puede exigir el Estado que cumplan los ciudadanos y *por qué*.

Dejar estas cuestiones sin respuesta podría llevar a aceptar como justo un Derecho penal que mantuviera tal concepto de culpabilidad fundado en el libre albedrío, pero, en cambio, fuera producto de un Estado totalitario o impidiera el ejercicio de los derechos cívicos (32). Porque la libertad de decisión y la autodeterminación personal no puede darse por supuesta como algo regulado «en el orden trascendente del ser», ni el deber que fundamenta la responsabilidad se desprende de la objetividad de la Ley moral, como asegura Arthur Kaufmann (33), sino que la libertad se ejerce frente a unas normas concretas que responden a una línea político-criminal y que se elaboran tras un procedimiento más o menos democrático de selección de lo punible.

Lo anterior no significa que las concepciones normativas tradicionales omitieran toda referencia a los objetivos del Derecho penal. Lo que ocurre es que el mismo esquema «culpabilidad-reproche-pena» tiende a agotar esos objetivos en la retribución justa de la culpabilidad, aunque se entienda que ésta es el mecanismo de confirmación de la vigencia del Derecho ante la colectividad, y en este sentido se le haya atribuido por autores posteriores un principio de orientación preventiva (34).

Ello no elimina el carácter fundamentalmente retribucionista de la justificación de la pena basada en el reproche a la culpabilidad, pues no hay que olvidar, que incluso en el famoso ejemplo kantiano, exponente del retribucionismo absoluto, si una sociedad se disolviera habría que ejecutar antes la última pena, *para confirmar esa vigencia del Derecho*, es decir, para que el simple castigo cumpla los fines que le son propios.

(31) JAKOBS, G.: *Strafrechtliche Schuld ohne Willensfreiheit?*, en «Aspekte der Freiheit», (dir. D. Henrich), 1982, p. 69.

(32) En el mismo sentido, GIMBERNAT, E.: *¿Tiene un futuro la dogmática jurídica penal?*, en «Estudios de Derecho penal», Madrid, 1980. p. 111.

(33) KAUFMANN A.: *Das Schuldprinzip*. Heidelberg, 1976. p. 128.

(34) Así, MIR PUIG, S.: *Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva*, en «Poder y control», núm. 0, Barcelona, 1986, pp. 51-52.

Es, en cambio, en las revisiones críticas del concepto tradicional de culpabilidad donde aparece la orientación preventiva con mucha mayor fuerza en la línea general de justificación de la pena como en la integración concreta del juicio de culpabilidad.

1.2. La crisis de legitimación

Al principio del apartado anterior se ha señalado la estructura individualista liberal del esquema conforme al cual al hombre libre (o capaz de actuar como los hombre libres), que es considerado culpable, se le reprocha su conducta y se le retribuye por ello. La evidente crisis en que entró hace años ese concepto ha sido profusamente descrita, sin que hoy por hoy pueda darse por zanjada.

Con independencia de los argumentos ya conocidos sobre la abstracción indemostrable del libre albedrío y el rechazo del contenido moralizante de la retribución de la culpabilidad, la mencionada crisis se caracteriza claramente por una abierta desconfianza hacia todos aquellos conceptos generalizadores que servían para legitimar la intervención penal: si, como dijo Roxin (35), la exposición de motivos del proyecto de Código penal alemán de 1962 planteaba el concepto de culpabilidad como una «cuestión de fe», quedan pocas dudas acerca de que la fe se ha perdido en gran parte.

Sin embargo, sería ingenuo pensar que esa pérdida de fe sea un fenómeno exclusivo de la teorización penal: si más arriba hemos dicho que la legitimación del Derecho penal es inseparable de la del Estado, seríamos inconsecuentes ahora si desvinculáramos la crisis de los conceptos clásicos penales de la crisis de legitimación del Estado propio del capitalismo tardío.

El tema ha sido ampliamente tratado por especialistas de otras disciplinas, y constituiría una pretensión excesiva tratar de desarrollarlo aquí en profundidad, pero pueden señalarse algunas notas características que ayuden a situar la evolución última del Estado moderno, como marco de la ciencia jurídico-penal.

A tales efectos son destacables básicamente tres líneas de incidencia: a) la tensión producida entre las necesidades del desarrollo económico, por un lado, y el funcionamiento de la democracia representativa, por otro; b) la consecuente tendencia a la introducción de rasgos autoritarios de los sistemas jurídicos, y c) su repercusión en la teorización propia de las ciencias sociales y jurídicas:

En el primero de los temas, es frecuente referirse al estancamiento de la acumulación capitalista en los sistemas occidentales y al agota-

(35) ROXIN, C.: *Reflexiones político criminales sobre el principio de culpabilidad*, en «CPC», núm. 2. 1977, p. 146.

miento del modelo de Estado para hacerle frente. El modelo político del Estado democrático liberal había servido para legitimar la primera fase acumulativa y expansiva del capitalismo, y aunque la evolución posterior modificó la configuración del Estado, especialmente en su intervención en la sociedad y el desarrollo económico, las nuevas necesidades de este último amenazan con alterar el componente liberal, entendido como opción política, que originariamente había sido funcional al sistema económico.

Este progresivo agotamiento del modelo supone para Wolfe (36) que «los principales problemas políticos del capitalismo tardío no se desarrollarán dentro de los parámetros de la democracia liberal, sino por encima de los mismos». Es decir, si el Estado social y democrático de derecho resulta insuficiente para dar salida a esa crisis de acumulación, todos sus componentes, empezando por la consideración como «democrático», se debilitan.

Por lo que se refiere a lo que entendemos como Estado social o faceta social del Estado, el aumento de sus gastos improductivos constituye un nuevo estorbo para la respuesta estatal a las necesidades del desarrollo económico, resolviéndose con el recorte de lo que es una de las facetas del modelo: la intervención en lo social y el ofrecimiento de prestaciones, recorte que reduce consecuentemente las expectativas sociales (37). El repliegue en el otro aspecto fundamental (la intervención en lo económico) es también apreciable en la tendencia a la liberalización económica y la desnacionalización.

La interrelación entre el debilitamiento de las distintas facetas del modelo estatal es clara en el planteamiento de De Cabo: «... la adecuación del Estado a la nueva fase del capitalismo desarrollado, en cuanto ha implicado en gran medida la desaparición del Estado social, influye decisivamente en forma negativa en los otros dos términos, de tal manera que aquella adecuación amenaza con destruir las posibilidades de realización y desarrollo democrático y quebrar las bases y erosionar los mecanismos del Estado de Derecho» (38).

Por ello, no es de extrañar que los poderes económicos, cuyas manos estás más libre al debilitarse la faceta social del Estado, pasen por encima de las exigencias de la democracia «formal» y acepten o promocionen sin recelos formas autoritarias de Estado, de modo que «el capitalismo y la democracia se enfrentan el uno al otro como alternativas reales y en algún momento, en el futuro próximo..., uno u otro llegará a ser dominante» (39).

(36) WOLFE, A.: *Los límites de la legitimidad*. «Contradicciones políticas del capitalismo contemporáneo». México, S. XXI, 1980, p. 276.

(37) DE CABO, C.: *La crisis del Estado social*. Barcelona, 1986, pp. 47 y ss. (38) *Op. cit.* p. 19.

(39) WOLFE, A.: *Los límites...*, *cit.*, 356-357, refiriéndose al informe: «The governability of democracies». (1975), de la Comisión Trilateral, y añadiendo: «De he-

Que la escasa firmeza de los principios del Estado democrático no es una ilusión, se manifiesta en el segundo orden de cuestiones apuntadas: los rasgos autoritarios que aparecen en los sistemas clasificados como democráticos y que se reflejan no sólo en cuestiones de dinámica social y/o política, como la crisis de las instituciones representativas y de participación, sino en los mismos cuerpos normativos y fundamentalmente en legislaciones de excepción que, apoyándose en la amenaza del «enemigo interior» limitan indiscriminadamente derechos fundamentales. Recuérdese, como ejemplo, las reformas legislativas de los años setenta en la RFA a raíz de los atentados de la Baader-Meinhof, mediante las que, entre otras cosas, se limitaba el derecho a la defensa con la posibilidad de excluir a los abogados «gravemente sospechosos» de abusar de sus derechos legales [párrafo 138 a) ss. StPO] (40) o la legislación antiterrorista española, otorgadora de amplias facultades a la autoridad policial.

Este maquiavelismo justificador de los medios, está presente del mismo modo en el plano internacional, en el que son asumidas e integradas las intervenciones en la soberanía de los países dependientes con el argumento de la protección y la finalidad —se ha dicho muchas veces— de la defensa del sistema.

En suma, se sacrifica la coherencia con los principios de la legitimación democrática del Estado a sus propias necesidades de pervivencia y, dentro de ello, el poder punitivo se incrementa notablemente, sin que los grandes límites garantistas —y entre ellos, el del principio de culpabilidad— se vean apeados formalmente de su pedestal, pero también sin que resistan su propia cercenación por la vía de la excepción.

Por último, habíamos señalado una tercera línea caracterizadora de la crisis del actual modelo de Estado: su reflejo en la teorización propia de las ciencias sociales y jurídicas.

Para la consolidación de la fase liberal del capitalismo había sido necesaria la estructuración de un sistema jurídico racional y generalizador, que había incluido el impulso del movimiento codificador en la juridificación de las nuevas relaciones económicas (41). Consecuentemente, con ello surgieron las grandes teorías puras y generales del Estado y del Derecho, ajenas al plano socioeconómico en el que ope-

cho, las fuerzas ya se están alienando en un bando o en otro y la decisión de la Trilateral Comisión de hacer públicos unos sentimientos antidemocráticos, que han estado ocultos durante mucho tiempo, es sólo una indicación del nuevo tono político... No es posible predecir quién ganará en una confrontación entre capitalismo y democracia, pero siempre se pueden analizar las armas que hay en cada lado».

(40) Ver ampliamente, SCHIMINCK-GUSTAVUS, C. U. *El renacimiento de Levítan*. Barcelona, 1982, pp. 46 y ss.

(41) Movimiento en el que estaba especialmente interesada la burguesía. *Vid. TOMÁS Y VALIENTE: Manual de historia del Derecho español*, Madrid, 1979, p. 509.

rabán (42) y del que pretendían mantenerse incontaminadas. Es claro igualmente el reflejo en la concepción que sobre el poder judicial se mantiene: el Juez es el actor del silogismo propio de la subunción del hecho en la norma, con la que mantiene una relación directa y despersonalizada, concepción ésta que es hoy quizá, de las que en mayor medida se pretende salvar, al menos en el plano ideológico (43).

Sin embargo, el vigor de aquellas «teorías puras» parece haber llegado a su fin, y no tanto por su agotamiento intrínseco como, siguiendo con la línea aquí desarrollada, porque no sirven ya como mecanismos de legitimación de un tipo de Estado sometido a profundos cambios, que se justifica a sí mismo por la necesidad de perpetuación. Recogemos nuevamente las palabras de De Cabo por expresivas y sintéticas: «La separación Estado-sociedad desaparece tal como se planteaba en el liberalismo. Lo político se introduce en lo económico, y a la inversa. En el orden teórico, el cambio se acusa. Desaparecen las teorías puras. Por el contrario, surge la interdisciplinariedad» (44). Igualmente, se revisa la tradicional concepción sobre la función judicial y se demanda una actuación más comprometida (45).

El resquebrajamiento de las teorías puras, la denuncia de su abstracción y el paralelo recurso a ámbitos de conocimiento no jurídicos, nos resulta especialmente familiar a los penalistas, porque en esto, en Derecho penal, ha sido particularmente madrugador: ya la «lucha de escuelas» reflejaba el arremetimiento contra los dogmas liberales y la búsqueda de objetos de conocimiento «científicos». Ello no es de extrañar si se piensa en la íntima relación entre existencia del Estado y poder punitivo, apuntada más arriba, que se evidencia, entre otras cosas, en la dependencia de la legislación penal respecto a los cambios políticos y que, al mismo tiempo, determina la especial sensibilidad de la ciencia jurídico-penal ante la configuración del tipo de Estado.

En definitiva, si el razonamiento jurídico es instrumento clave en la legitimación estatal, no es extraño que los viejos conceptos ya no convenzan. Y tampoco debe sorprender que la discusión a que se ve sometido el concepto clásico de culpabilidad tenga uno de sus frentes más activos en autores relacionados con o pertenecientes a disciplinas no jurídicas. La moderna psiquiatría, la criminología y la sociología han bombardeado el concepto jurídico de culpabilidad, pero en mi opinión su debilitamiento no proviene de este acoso, sino que el proceso se produce en otro sentido: la debilidad del concepto de culpabi-

(42) DE CABO: *La crisis*, cit., p. 19.

(43) GARCÍA ARÁN, M.: *Responsabilidad y arbitrio judicial en la decisión sobre medidas alternativas a la privación de libertad*. «RFDUCM», mon. 11, Madrid, 1986, pp. 317 y ss.

(44) DE CABO: *op. cit.*, p. 40.

(45) DE CABO: *op. cit.*, p. 76. GARCÍA ARÁN: *Responsabilidad*, cit., p. 320.

alidad para justificar el Derecho penal, inscrita en la crisis general de legitimación estatal y paralela a la de tantos otros conceptos jurídicos generales, propicia el que se vuelva la mirada hacia otras disciplinas. De hecho, la orientación de la ciencia penal de los últimos años y la propia pervivencia del pensamiento político criminal, demuestran que no se trata sólo de la incorporación de otros conocimientos al análisis del Derecho, sino del entendimiento de éste como parte de la realidad histórica (46).

Pese a ello, los reproches formulados a la dogmática penal tradicional por las llamadas ciencias sociales son todavía insistentes. Y el concepto jurídico penal de culpabilidad es tachado con frecuencia de ocultar la realidad del problema penal. En opinión de Kargl, el pensamiento de la culpabilidad, ayudado por una «psicología esotérica» obstaculiza la investigación de los factores sociales, difumina la amplitud y profundidad del conflicto, que se resuelve en el proceso penal y limita la óptica analítica a los aspectos internos del injusto, generalizando a partir de ellos (47).

Y el concepto jurídico de culpabilidad sigue siendo relativamente impermeable a las observaciones de las ciencias sociales, porque además, según Lüderssen y más recientemente Scheffler, no proporciona ningún ámbito de trabajo que sea común al Derecho penal y a tales ciencias (48).

En la misma línea, señalaba Frey que la concepción de Derecho penal como ciencia del espíritu es incompatible con la metodología del conocimiento multilateral del delito y del delincuente (49). Lo que se trata ahora de ver es en qué medida las modernas explicaciones de la culpabilidad suponen una superación de lo anterior y, sobre todo, hasta qué punto cambia la forma en que a través de ellas se justifica la intervención penal.

1.3. La explicación prevencionista de la culpabilidad

Aunque la crítica al concepto normativo de culpabilidad dio comienzo fundamentalmente con la negación de su presupuesto —la libertad de voluntad—, este es un frente que hoy puede considerarse

(46) MIR PUIG, S.: *Sobre la posibilidad y límites de una ciencia social del Derecho penal*, en «Derecho penal y ciencias sociales». Bellaterra, 1982, pp. 9 y ss. MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal y control social*, Jerez de la Frontera, 1985, pp. 26 y ss.

(47) KARGL W.: *Kritik des Schuldprinzips*. «Eine rechtssoziologische Studie zum Strafrecht». Franckfurt/NY, 1982, p. 393.

(48) LÜDERSSSEN, K.: *Einführung*, en «Lüderssen, Sack» (dir). Seminar: Abweichendes Verhalten, I, Frankfurt, 1975. SCHEFFLER, U.: *Krimilogische Kritik des Schuldstrafrechts*, Frankfurt, 1985, p. 40.

(49) FREY, E. R.: *Verantwortung und Schuld oder der Zweckgedanke als Leitmotiv des Strafrechts?*, en «Frey» (dir): Schuld, Vernetworrtung, Srafe. Zürich, 1964, p. XVII.

claramente relajado. La discusión sobre tal elemento o discurre por cauces filosóficos escasamente relevantes para la delimitación jurídica del problema (50), o bien desemboca en un tratamiento «naturalístico» de la cuestión, en tanto que se obsesiona por su indemostrabilidad. Esa indemostrabilidad es hoy considerada similar a la de otros datos con los que igualmente cuenta la teoría del delito (51), y, desde luego, entendida desde una perspectiva «científica» puede predicarse igualmente de conceptos como la capacidad de motivación sobre la que se apoya gran parte de la doctrina moderna para explicar la culpabilidad.

Un autor tan crítico con el concepto tradicional de culpabilidad como es Hassemer afirma: «No creo que el Derecho penal y la vida cotidiana pudieran subsistir sin la idea de libertad de voluntad, ni que las relaciones humanas en general o las conformadas jurídicamente puedan existir o extenderse bajo la hipótesis determinista de la dirección causal» (52).

Ello no significa, sin embargo, que la vieja fundamentación librearbitrista haya superado su crisis (por segunda vez, si recordamos el acoso del positivismo criminológico). Porque si la discusión sobre el indeterminismo no es ya el problema central, en cambio sí parecen agotadas sus posibilidades para justificar la intervención penal.

Líneas más arriba (en el apartado 1.1) quedó expuesto cómo el concepto normativo de culpabilidad se caracteriza por su escasa referencia a la función del Derecho penal en el marco de la actividad estatal y de ahí su vinculación con la concepción retribucionista. Puede añadirse aquí que la discusión mantenida en los últimos años ha sentado y consolidado las bases de la consideración de la culpabilidad en relación a la función reguladora del Derecho penal sobre la vida colectiva. Este es el sentido general de los recientes enfoques preventivistas sobre la culpabilidad que, aunque con distintas variantes, se caracterizan en una u otra forma por relacionarla con los fines preventivo generales de la pena.

En otro lugar, y hace ya algunos años, resumí algunas de las más importantes aportaciones al concepto de culpabilidad, especialmente los referidos a los fines de la pena y en la discusión que entonces se mantenía sobre la determinación de la misma (53). La perspectiva que proporciona el tiempo transcurrido me permite ahora profundi-

(50) ZUGALDÍA, J. M.: *Acerca de la evolución*, cit., p. 567.

(51) En este sentido, QUINTERO, G.: *Intruducción al Derecho penal. Parte general*, Barcelona, 1981, P. 160. ZUGALDÍA: *Acerca de la evolución*, cit., p. 567.

(52) HASSEMER, W.: *¿Alternativas al principio de culpabilidad?*, en «CPC», núm. 18, 1982. Trad. Muñoz Conde, p. 479.

(53) GARCÍA ARÁN, M.: *Criterios de determinación de la pena en Derecho español*, Barcelona, 1982, pp. 190 y ss.

zar algo más en algunas de las opciones y, sobre todo, constatar las precisiones doctrinales que han tenido lugar con posterioridad.

Posiblemente, fuera la magra referencia a la función estatal en la concepción tradicional la que motivó lo que puede calificarse de éxito cierto de las tesis funcionalistas, habido en la doctrina penal de hace unos años. Es conocida la clara influencia de la metodología de Niklas Luhmann en autores como Jakobs (54) y en las primeras formulaciones de la función motivadora de la norma penal habidas en España. Así, Muñoz Conde aceptaba como punto de partida válido el esquema funcionalista, aun admitiendo sus insuficiencias (55), y éste ha estado presente en algunas de las concepciones prevencionistas (56).

La óptica funcionalista resultaba claramente atrayente precisamente por proporcionar la vinculación del concepto de culpabilidad con el funcionamiento del sistema jurídico en el sistema social. La norma jurídica se concibe como creación de un sistema de expectativas de cumplimiento mediante el que se regula la convivencia; la frustración de tales expectativas genera la sanción como reacción frente a tal incumplimiento. La culpabilidad puede considerarse como la «declaración de frustración de una expectativa de conducta determinada en la Ley penal, que recae sobre su autor y que posibilita la aplicación de una pena (57).

La declaración de la culpabilidad y la consiguiente imposición de la sanción juega, con ello, un papel de reafirmación del Derecho y, de esta forma, del sistema. La función preventivo general se concreta en la denominada *prevención general integradora*, que persigue la obtención del consenso en torno a lo protegido, aunque este concepto es compartido por autores críticos respecto al funcionalismo.

Jakobs es uno de los autores más cualificados dentro de esta tendencia: el sujeto culpable es castigado para la «conservación de la confianza en la norma general» y para la «puesta en práctica de su reconocimiento». Ello es irrenunciable para la existencia del sistema y sus subsistemas esenciales, pero el contenido de la culpabilidad no puede delimitarse más de lo que están delimitados los fines de la pena. Lo importante es la referencia a éstos, frente a la concepción retributiva clásica que, sin mayores precisiones, se asienta sólo en la necesidad de reaccionar ante todo frente a la violación de la norma. Pero el contenido de la propia prevención, de lo que debe prevenirse, es

(54) *Schuld un Prävention*, «Rechte und Staat», 425/53, 1976, pp. 25 y ss.

(55) MUÑOZ CONDE, F.: *El principio de culpabilidad*, en «III Jornadas de Profesores de Derecho penal», Santiago de Compostela, 1976, P. 226 y nota 10.

(56) Vid. MIR PUIG, S.: *Función de la pena y teoría del delito en el Estado Social y Democrático de Derecho*, Barcelona, 1982, pp. 29 y ss.

(57) MUÑOZ CONDE, F.: *El principio...*, cit., pp. 228-229.

algo que viene determinado por el modo de constituirse cada sistema social (58).

De esta forma, debe añadirse aquí, se mantiene un concepto de culpabilidad basado en la reafirmación del sistema, que es aceptable en tanto en cuanto sirve (es funcional) a tal fin. Es decir, es válido para cualquier clase de sistema.

Este resulta, indudablemente, el flanco más débil de la concepción funcionalista-sistémica, y así ha sido definitivamente establecido por autores que ya habían expresado sus reticencias al asumir el punto de partida de tal planteamiento. Recogemos en esta línea las palabras de Muñoz Conde: «...la teoría sistemática conduce a una concepción preventiva integradora del Derecho penal en la que el centro de gravedad de la norma jurídica penal pasa de la subjetividad del individuo a la subjetividad del sistema, buscando el fortalecimiento del sistema existente y de sus expectativas institucionales, pero no su modificación o crítica. El carácter conflictivo de la convivencia social y el coactivo de la norma penal desaparecen en un modelo tecnocrático en el que la desviación social y el delito, calificados de “complejidad” quedan integrados en el sistema, sin modificarlos en lo más mínimo. *La norma penal soluciona el conflicto (delito) reduciendo su complejidad, atacándolo allí donde se manifiesta, no donde se produce, legitimando y reproduciendo un sistema, que en ningún caso es cuestionado*» (59).

Suscribo plenamente las palabras anteriores: con la teoría funcionalista se da el paso de poner en relación el concepto de culpabilidad con los fines del sistema penal, pero con la pretensión de explicar sólo en qué le sirven. Y a ello no había nada que oponer si desde tal óptica no se aceptara de antemano que la misión del concepto de culpabilidad es precisamente la de servir a los fines del sistema, *sea éste el que sea*, renunciando a su crítica y proporcionando lo que puede calificarse de explicación estática de la dinámica: los conceptos que cohesionan a un determinado sistema son válidos en tanto que funcionales al mismo y a sus fines que, en definitiva, coinciden con la autopetruación (60).

Pero no es ésta la única crítica que recibe tal planteamiento. Directamente vinculado con el acriticismo general del mismo se encuentra, por un lado, el hecho de que no quepan límites a esa necesidad reafirmadora del Derecho penal y, por otro, la constatación de que en el fondo, se está manteniendo curiosamente una orientación similar al retribucionismo clásico: la aplicación del Derecho penal *para*

(58) JAKOBS, G.: *Strafrecht*, «AT», Berlin/NY, 1983, pp. 396-397.

(59) MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal y control social*, cit., p. 26-27, (subr. mio).

(60) Vid. BARATTA, A.: *Integración-prevención: una nueva fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica*, en «CPC», 24, pp. 541 y ss.

su propia confirmación. En este sentido, se han manifestado autores tan claramente prevencionistas como Mir Puig: «Al atender sólo a las necesidades de funcionamiento del sistema y negar la función limitadora de referentes materiales como el bien jurídico y el principio de proporcionalidad, la teoría sistemática de la prevención general positiva aparece como la más peligrosa de las teorías retributivas liberales» (61). Del mismo modo, Baratta y Luzón encuentran un claro paralelismo entre la teoría de la prevención general integradora y la concepción de la aplicación penal como búsqueda del «chivo expiatorio» mediante el que se consolida el Derecho (62). Por último y más recientemente, Kunz (63) ha puesto de manifiesto que la afirmación de la teoría de la prevención general positiva (o integradora) acerca de que el sujeto culpable no puede «distanciarse» de la antijuricidad de su conducta (64), es un concepto formal que no alcanza el contenido del juicio de imputación, destacando, además, que la prevención como criterio tecnocrático de reafirmación del Derecho no es un criterio de fundamentación de la pena.

Sin embargo, y fuera del planteamiento de Jakobs, resulta indudable que las concepciones preventivas sobre la culpabilidad tienen una amplia vigencia, tanto en Alemania como en nuestro país, donde la referencia a la necesidad de la pena es frecuente, tanto desde un punto de vista preventivo general (Gimbernat, Muñoz Conde, Mir, Luzón) como especial (Córdoba) (65). Por el contrario, Cobo y Vives entienden que las orientaciones preventivas están condenadas al fracaso (65).

La concepción de la prevención general integradora, como consolidadora de un sistema de valores, ha conseguido igualmente adeptos, en tanto que parece más justa que la prevención general intimidatoria, puesto que encuentra su límite en la propia conciencia social. Al respecto, son conocidos los planteamientos de Hassemer (67) o Ro-

(61) MIR PUIG, S.: *Función fundamentadora y función limitadora*, cit., p. 56. En el mismo sentido: LUZÓN PEÑA, D.: *Prevención general y psicoanálisis*, en «Derecho penal y Ciencias sociales», (ed. Mir Puig). BUSTOS RAMÍREZ: *Manual de Derecho penal español*, Barcelona, 1984, p. 368.

(62) Así lo denuncia BARATTA: «CPC», núm. 24, p. 550, y LUZÓN PEÑA: *Prevención general*, cit., p. 152. Vid. MECHLER, A.: *Der Verbrecher als Sündenbock der Gesellschaft*, «ZRP», 1971, pp. 1-3.

(63) KUNZ, K. L.: *Prävention und gerechte Zurechnung. Überlegungen zur normativen Kontrolle utilitaristischer Strafbegründung*, en «ZStW», 98 (1986), pp. 825-828.

(64) JAKOBS: *Strafrecht*, p. 396.

(65) Puede verse un resumen de las posiciones, en GARCÍA ARÁN: *Criterios*, cit., pp. 190 y ss. Una sistematización similar adopta BUSTOS RAMÍREZ: *Manual*, cit., pp. 365 y ss.

(66) COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN: *Derecho penal. Parte general*, Valencia, 1984, p. 442.

(67) *Generalprävention und Strafzumessung*, en «Hassemer, Lüderssen, Naucke, Hauptprobleme der Generalprävention», Frankfurt, 1979, pp. 29-53.

xin (68), que tuvo ocasión de analizar en otro lugar (69) y que como con razón afirma Mir (70) suponen la defensa de la prevención general positiva o integradora en un sentido limitador de la intervención penal, al incluir el concepto de proporcionalidad y la no superación del contenido de la culpabilidad por el hecho.

Este es un punto importante de la cuestión. Me he manifestado partidaria de no ignorar los fines del Derecho penal en el marco del Estado a la hora de justificar la pena que se impone al considerado culpable. La vinculación entre culpabilidad y prevención supone, como dice Muñoz Conde (71), la culminación de una elaboración conceptual destinada a explicar por qué y para qué se recurre a un método defensivo, como el Derecho penal. Pero esa explicación puede producirse de dos formas poco aconsejables: la primera, de forma acrítica y legitimadora sin más, como en el caso del funcionalismo, y la segunda, legitimadora no sólo del sistema, sino también de sus abusos: y no todo lo que es necesario para el Estado, desde un punto de vista preventivo, es justificable. Se ha dicho con razón que, por ejemplo, desde la necesidad preventivo general puede entenderse discutible la distinción «imputable-inimputable» (72), que pueden mantenerse delitos cualificados por el resultado o negarse eficacia al error de prohibición vencible (73), y no cabe duda de que en determinados momentos puede incluso producirse una demanda social de represión que, de satisfacerse, conduciría, incluso, al cuestionamiento del propio modelo garantista y a la instrumentación del reo con fines de prevención general (74).

En suma, no puede olvidarse que la necesidad preventiva es, en último término, una necesidad estatal, y como tal, hay que fijarles límites o, como dice Stratenwerth, la necesidad de sanción es una cuestión de la adecuación al fin que, como tal, resulta discutible desde todo punto de vista (75). Hassemmer (76) ha recordado que si el Derecho penal es la «barrera infranqueable de la política criminal, no puede convertirse en su subsistema funcional, sino oponérsele», añadiendo que «los conceptos que por razones preventivas desarrollan

(68) Trabajos recopilados en *Culpabilidad y prevención en Derecho penal*, (trad. Muñoz Conde), Madrid, 1981, y especialmente, *Culpabilidad, prevención y responsabilidad en Derecho penal*.

(69) *Criterios de determinación...*, loc. últ. cit.

(70) *Función fundamentadora...*, cit., p. 53.

(71) *Teoría general del delito*. Bogotá, 1984, p. 131.

(72) BUSTOS RAMÍREZ: *Manual*, p. 367.

(73) CEREZO, J.: *Culpabilidad y pena*. «ADP», 1980, p. 350.

(74) GARCÍA ARÁN, M.: *La prevención general en la determinación de la pena*, en «ADP», 1981, pp. 511 y ss..

(75) *Derecho penal. Parte general*. (Trad. Gladys Romero), Madrid, 1982, p. 165.

(76) *Fundamentos del Derecho penal*, (trad. Muñoz Conde-Arroyo Zapatero), Barcelona, 1984, pp. 292-293.

el criterio del poder general para actuar de otro modo, corren el peligro de hacer franqueable el Derecho penal a la política criminal».

La limitación pasa por descender nuevamente al plano de lo concreto y de ahí la importancia de conceptos como la proporcionalidad, la lesión efectiva del bien jurídico o la culpabilidad por el hecho. De ahí también, el cierto regreso a conceptos «individualistas» de culpabilidad y la nueva mención al individuo, aunque considerado como ser en sociedad (es decir, *no* «naturalmente» libre e igual), como la formulada por Bustos (77) o la crítica a la instrumentalización del individuo con fines funcionales llevada a cabo por Baratta (78). Especialmente interesante es el reciente trabajo de Torío, titulado precisamente «El concepto individual de culpabilidad», en el que pone de manifiesto cómo si la antijuridicidad supone el tratamiento igual de lo igual, la culpabilidad «es el ámbito en el que penetra en el concepto de delito el criterio valorativo de que se ha de tratar lo desigual como desigual» (79).

Obsérvese que esta última frase plantea una importante cuestión: si la teoría clásica de la culpabilidad era criticable por la generalización de conceptos que, según el propio Torío, la convertían en una realidad impersonal, con las nuevas teorías preventivas pueden correrse un riesgo similar, consistente en igualar de nuevo todos los casos, no ya con el criterio del hombre medio o la presunción de libertad personal, sino a partir del rasero de la necesidad general de pena, o, como dice Kunz, desestimando la subjetividad del autor, en lo que se aprecia la débil posición del concepto preventivo (80).

Conviene ya recapitular algunas de las cuestiones hasta aquí apuntadas: hemos admitido que la capacidad de motivación puede ser tan indemostrable como el libre albedrío, que el concepto de prevención general integradora puede tener un fondo retributivo y que la referencia a los fines de la pena puede resultar tan igualadora e injusta como las concepciones que pretende superar.

Son gráficas las palabras de Gómez Benítez al referirse a la motivabilidad como algo «pretendidamente alternativo» a la culpabilidad que no la suprime, sino que explica su contenido de forma distinta (81).

Este es el punto al que quería llegar y para hacerlo es bueno recordar que estamos refiriéndonos a la culpabilidad como concepto legitimador. A los ciudadanos les son exigibles determinados comportamientos bajo la amenaza de una pena. Imponerla porque son libres de elegir o porque deben dejarse motivar por normas dirigida a la

(77) *Manual*, p. 376.

(78) *Integración-prevención*, cit., p. 550.

(79) *El concepto individual*, cit., p. 288.

(80) KUNZ: *op. cit.*, p. 827.

(81) GÓMEZ BENÍTEZ: *Teoría jurídica*, cit., pp. 449-450.

prevención, se diferencia en el contenido *ideológico* de la justificación del castigo, pero en ambos casos supone aceptar que son *exigibles* conductas adecuadas al Derecho y que éste debe ejecutarse cuando se llevan a cabo *otras distintas*.

Y es en ese contenido ideológico en el que las teorías preventivas suponen el avance de buscar la racionalidad de la intervención penal, en la medida en que abandonan la justificación del reproche moral y supeditan la intervención penal a la necesidad de ordenar la convivencia. Pero por sí mismas no deben justificar cualquier política criminal (que, nuevamente, estará legitimada en la medida en que el Estado tenga legitimación democrática), ni pueden olvidar el límite de la aplicación individualizada del Derecho penal.

La racionalización de la intervención penal supone su sometimiento a pautas comprobables políticamente, surgidas de las necesidades sociales que, por encima de todo, permitan la responsabilización de esa intervención, cosa que no ocurre con el concepto clásico libre arbitrista de culpabilidad («el Estado castiga a quienes delinquen, porque son libres de no hacerlo»). Que no se acepte este planteamiento tienen su concreta relevancia, por ejemplo, en decisiones político-criminales que han de ser discutidas con realismo. Si se plantea la disminución de la mayoría de edad penal o, por el contrario, su elevación, no debe ser sobre la base de en qué momento el hombre es más libre o menos libre, sino a partir de una concepción racional sobre aquello que hay que prevenir. Y «racional» quiere decir comprobando si el Derecho penal es el mejor modo para hacerlo.

La orientación hacia los fines preventivos permite en mayor medida la referencia al ámbito de lo social y esa responsabilización del castigo no escudada en abstracciones (82). Ahora bien, racionalizar la intervención puede suponer también la racionalización del abuso y su enmascaramiento, en la medida en que se ignoren los límites de la intervención y, en palabras de Baratta, se supriman los referentes extrajurídicos que la delimitan. Lleva razón este autor cuando afirma que la teoría de la prevención-integración es funcional a la expansión e incremento de la intervención penal (83), pero no tendría por qué serlo si, en primer lugar, se mantienen los límites de individualización a que me he referido y, en segundo lugar, si se utiliza con el contenido político de referencia a la dinámica social: la integración en los valores defendidos por el Estado no es buena *per se*, sino en la medida en que la defensa de esos valores está fundamentada en una concepción democrática y participativa de la sociedad.

(82) Vid. GÓMEZ BENÍTEZ, J. M.: *Racionalidad e irracionalidad en la determinación de la pena*, en «RFDUCM», mon. 3, 1980, pp. 131 y ss.

(83) BARATTA, A.: *Integración-prevención: una nueva fundamentación de la pena dentro de la teoría sistemática*, en «CPC», núm. 24, pp. 541-544.

En esta línea, la mejor limitación de la intervención penal se encuentra antes en la teoría del bien jurídico o mejor, como dice Hassemer, en la política del bien jurídico concretada en el contexto social (84); en definitiva, se trata de una concepción democrática sobre la selección de lo protegible.

Los vaivenes que históricamente se han producido en la discusión sobre el concepto de culpabilidad, probablemente se deban a que a éste se le han demandado demasiadas cosas, tantas como el sustentar la mayor o menor justicia de la reacción penal. Y no cabe duda de que aquello, que es la culpabilidad como juicio sobre la persona individual centra la discusión sobre la justificación del castigo en el caso concreto, pero por sí sola no puede resolver la legitimación general del Derecho penal, que es algo previo, en tanto que dependiente de la legitimación general del Estado.

Pero dicho esto, el esquema por el que se aplica una pena a un sujeto declarado culpable, desde unas u otras perspectivas, no varía esencialmente: la pena es ejercicio de soberanía estatal sobre los individuos a quienes se exige sometimiento a la Ley. Lo que ha variado son los modos de legitimar ese ejercicio de soberanía y sus límites.

El «poder actuar de otro modo», que se supone en los hombres también supuestamente libres es lo que ha fracasado como concepto legitimador en la medida en que conlleva el desentendimiento respecto a la función política del Derecho penal y en la medida en que lo han hecho también otros conceptos abstractos dentro de la crisis general de legitimación (supra. 1.2). Las modernas teorizaciones presentan los riesgos que hemos visto, pero indudablemente responden a una nueva época histórica, tienen la virtualidad de poner de manifiesto la relación entre Derecho penal y modelo de Estado, y constituyen un instrumento de interpretación y crítica que ayuda a delimitar dónde está la «ultima ratio», que justifica la intervención penal.

Pero dogmáticamente, la culpabilidad sigue siendo el momento de imputación (subjettiva) del hecho a su autor y a ello, como se verá en el siguiente apartado, no renuncia la doctrina moderna. En este

(84) Para Hassemer, una política de bienes jurídicos no puede distanciarse del consenso expresado en la sociedad. Si la teoría del bien jurídico no tiene otros límites que la fantasía y la imaginación, la política del bien jurídico es diferente. En ella existe una conexión inmediata con el consenso social normativo. La racionalidad de una doctrina del bien jurídico no se demuestra en abstracto, sino en la concreción de alternativas de actuación. Y éstas sólo pueden proyectarse en el contexto de la propia actuación: la base del orden social. *Theorie und Soziologie de Verbrechen*, Frankfurt, 1973, pp. 240-242.

sentido son suscribibles las palabras de Torío, cuando afirma que la culpabilidad (o el reproche) tiene una carga semántica moralizante, pero su contenido no tiene por qué serlo: es simplemente la desaprobación normativa de la conexión personal entre el sujeto y su acción (85). En parecido sentido señala Mir que quizá debería sustituirse el término «culpabilidad», por otro con menores resonancias morales (atribuibilidad o responsabilidad), puesto que la culpabilidad no afecta al desvalor del delito, sino que permite atribuirlo «social y, por tanto, jurídicamente» a su autor. Por su parte, Octavio de Toledo y Huerta Tocildo optan directamente por referirse a la «atribuibilidad en lugar de a la culpabilidad» (86).

En todo caso y aun suscribiendo plenamente el rechazo al contenido moralizante, me parece interesante la observación reciente de Kunz, acerca de que la pena se diferencia de la sanción administrativa y la medida de seguridad, precisamente en el contenido del reproche personal (87). Es cierto, que la sanción administrativa es también castigo y que, dejando de lado las diferencias jurisdiccionales y de competencia legislativa, no conlleva el mismo grado de estigmatización social que la pena. La condena penal tiene un contenido especialmente reprobatorio y, en palabras del mismo Kunz (88), cumple una función de «llamada» (Appellfunktion), que no puede ignorarse olímpicamente, porque ignorándola se corre el riesgo de infravalorar también su gravedad.

2. LA CULPABILIDAD COMO CATEGORÍA DOGMÁTICA

2.1. La distinción «injusto-culpabilidad»

Si la discusión sobre el contenido del concepto de culpabilidad en tanto que vinculado a la justificación del Derecho penal tiene la amplitud de la que se ha visto una muestra en páginas anteriores, la consideración de tal concepto como uno de los pilares de la estructura del delito, es mucha más pacífica. Con independencia del sistema que se siga y de la ubicación sistemática del dolo y la imprudencia, la distinción «injusto-culpabilidad» puede considerarse hoy perfectamente sólida. Afirma Jescheck que «injusto y culpabilidad tienen que concurrir conjuntamente para que sea procedente la pena criminal, pues ésta cumple la doble tarea de poner públicamente de manifiesto la lesión del derecho y, asimismo, hacer personalmente responsable

(85) «ADP», 1985, p. 290.

(86) MIR PUIG: *Adiciones al Tratado de Derecho penal de Jescheck*, I. p. 584. OCTAVIO DE TOLEDO-HUERTA TOCILDO: *Derecho penal*, pp 294 y ss.

(87) KUNZ: *Prävention*, cit., p. 826.

(88) *Op. cit.*, p. 835.

al autor por tal motivo», constituyendo además el concepto tripartito de delito, el marco de referencia común en todo el Derecho comparado (89).

Claramente, tal distinción está presente en todos los manuales modernos y, por otra parte, la discusión general ha dejado en gran parte a salvo las funciones que cumple esta categoría dogmática. Las coincidencias teóricas en torno a su mantenimiento son resumidas por Hassemmer en la siguiente forma: 1) la necesidad de una categoría en la que llevar a cabo la imputación subjetiva; 2) la exclusión de la responsabilidad por el resultado, para lo que es necesario admitir sucesos no producidos por factores causales, sino por personas que los dirigen; 3) existencia de grados de responsabilidad; 4) distinta valoración normativa de los distintos grados de participación interna en el suceso; 5) repercusión de lo anterior en la medición de la pena y necesidad de tratar desigualmente lo desigual (90).

De todas estas razones, la necesidad de un ámbito en el que llevar a cabo la imputación subjetiva, de atribución del hecho a su autor, que permita además la consideración de la desigualdad de los casos, es quizá la que aparece con mayor firmeza (91). No faltan, sin embargo, planteamientos más radicales respecto a la categoría «culpabilidad», como el de Gimbernat (92) o el más reciente de Gómez Benítez, para quien «...esta tesis de la moderna teoría de la imputación... puede concluir —si se lleva hasta sus últimas consecuencias en la desaparición de la diferencia dogmática entre injusto y culpabilidad», preguntándose a continuación sobre si ha llegado el momento de descubrir «la artificialidad de esa pretendida diferencia material». El razonamiento se asienta en el hecho de que si el injusto pone de manifiesto el contenido del desvalor social del hecho, las características personales del autor deben tener cabida en tal desvalor. Añade Gómez Benítez que nadie mantiene que los abusos deshonestos realizados por un enajenado mental y los llevados a cabo por un ser psiquiátricamente sano tengan la misma significación social, pese a lo cual se mantiene la distinción injusto-culpabilidad, distinción que, de todas formas, entiende este autor sigue siendo un pilar fundamental de la teoría del delito, por lo que debe seguirse contando con ella (93).

En mi opinión, es cierto, que los actos de un enajenado no tienen la misma significación social que los de una persona psiquiátricamente

(89) JESCHECK, H. H.: *Nueva dogmática penal y política criminal en una perspectiva comparada*, «ADP», 1986, pp. 13-14.

(90) HASSEMER, W.: *Fundamentos*, cit., pp. 266 y ss.

(91) MIR PUIG: *Función de la pena y teoría del delito*, cit., pp. 91 y ss. Con especial firmeza, OCTAVIO DE TOLEDO-HUERTA TOCILDO: *Derecho penal*, cit., pp. 302 y ss.

(92) *¿Tiene un futuro...?*, cit., passim.

(93) GÓMEZ BENÍTEZ: *Teoría jurídica*, cit., pp. 95-96.

te sana, si esa significación social se refiere al hecho considerado en su globalidad, es decir, como hecho de un determinado sujeto. En este sentido, la distinta significación social se demuestra precisamente exculpando al inimputable en función de sus características personales. Pero si la significación social se refiere al desvalor recayente sobre la conducta y la lesión que del bien jurídico ocasiona (esto es, si referimos la significación social a lo que conocemos como tipo de injusto) (94), posiblemente, el ejemplo planteado sea matizable. Personalmente, me ofrece dudas que unos abusos deshonestos o una violación cambien su gravedad o modifiquen su afectación objetiva al bien jurídico según quien lo cometa. Ello no es así, desde luego, para la víctima y me parece dudoso que lo sea para la sociedad. Lo que sí se diferencia socialmente es la distinta posibilidad de atribuir (imputar) el hecho a su autor, que entiendo tiene su reflejo precisamente en la categoría «culpabilidad».

Puede objetarse a lo anterior que, en esa línea habría que concretar también la misma «gravedad» a la muerte dolosa y a la muerte imprudente, puesto que las dos afectan en la misma medida al bien jurídico vida, o que desde hace tiempo la doctrina admite la presencia de elementos subjetivos en el tipo de injusto, pero como afirma también Gómez Benítez, y ello me parece claro, los términos «objetivo» y «subjetivo» aluden a juicios sobre un mismo objeto de referencia —compuesto de elementos objetivos y subjetivos— que es precisamente la realización del injusto penal (95). En el caso de la diferenciación «doloso-imprudente» parece mucho más clara la distinta desvalorización jurídico-social y el distinto modo de prohibir con carácter general las conductas, que es, en definitiva, la misión de los tipos penales.

Cuestión distinta es la planteada por el valor de algunos conceptos mayoritariamente encuadrados en la culpabilidad, para la delimitación de la antijuridicidad. Henkel atribuía a la exigibilidad el carácter de «principio jurídico regulador» (96), de determinación objetiva en la antijuridicidad y subjetiva en la culpabilidad, y, recientemente, Mir ha manifestado la necesidad de ponderar la capacidad de motivación en el injusto (97).

(94) En este sentido he utilizado el concepto de significación social en mi trabajo: *Algunas consideraciones sobre la esterilización consentida*, en «Estudios jurídicos», en honor del prof. Pérez Vitoria, T. I, Barcelona, 1983, pp. 257 y ss. Vid. BUSTOS RAMÍREZ, J.: *Significación social y tipicidad*, en «Bases críticas de un Derecho penal», Bogotá, 1982, pp. 37 y ss.

(95) *Teoría jurídica*, cit., p. 94.

(96) HENKEL, H.: *Zumutbarkeit und Zumutbarkeit als regulatives Rechtsprinzip*, en «Fest. f. Mezger», 1954. Recientemente, OCTAVIO DE TOLEDO-HUERTA TOCILDO: *Derecho Penal*, p. 372.

(97) *Función de la pena y teoría del delito*, cit., p. 106.

Entiendo, que con ello nos adentramos en el complicado tema del justo equilibrio entre lo objetivo y lo subjetivo en la delimitación del injusto o, si se quiere, en la importancia del desvalor de acto y de resultado, que es uno de los problemas más arduos de la teoría del delito por la relación que mantiene con la concepción sobre la norma penal. Sin embargo, creo que la doctrina actual es consciente de los peligros de subjetivización del injusto, si determinados elementos pertenecientes a las características personales del autor se reconducen al desvalor objetivo de su conducta, tanto para aumentarlo como para disminuirlo. Personalmente, si estoy en contra de considerar menos grave el injusto cometido por un inimputable y a favor de que su condición se valore en la culpabilidad, es porque también me opongo a que se atribuya mayor gravedad o incluso se tipifiquen determinados hechos, porque demuestren una especial actitud del autor frente al Derecho o frente a la sociedad, sin que ello afecte a la lesión objetiva de bien jurídico alguno.

Lo que comparte la doctrina mayoritaria, a los efectos que aquí interesan, es que esas características personales o situacionales (98) del autor que el Derecho penal distingue, aunque no afectan a la prohibición general recayente sobre su conducta, tienen su ámbito de valoración, de tratamiento desigual de lo desigual, en la culpabilidad.

Por otra parte, este es el ámbito adecuado también para introducir el límite individualizador en que el apartado anterior aparecía como necesario frente a la finalidad preventiva que no debe ser llevada hasta el castigo de sujetos en especiales condiciones por las que su conducta no puede serles imputada. La delimitación del contenido de esas condiciones es tarea de todas las teorías de la culpabilidad, pero el reconocimiento de su relevancia constituye uno de los fundamentos de la atribución de responsabilidad.

Asimismo, las repercusiones de la distinción dogmática entre injusto y culpabilidad han sido frecuentemente puestas de manifiesto, básicamente, por lo que a la participación y el error se refiere. En cuanto a la primera, es pacífica la adscripción de la doctrina dominante a la tesis de la accesoriad limitada en virtud de la cual basta la realización de un hecho típico y antijurídico por el autor principal —aunque no sea culpable—, para poder atribuir responsabilidad a los partícipes (99). Por lo que concierne al error de prohibición en su modalidad evitable, el Código penal español se ha decidido finalmente por la teoría de la culpabilidad admitiendo en tal caso la realización de hecho típico doloso con culpabilidad atenuada (100).

(98) MIR PUIG: *Función de la pena y teoría del delito*, cit., pp. 91 y ss.

(99) *Vid.*, por todos, JESCHECK, H. H.: *Tratado*, II, pp. 901 y ss. MIR PUIG: *Derecho penal. Parte general*, pp. 339 y ss.

(100) Anteriores a la reforma de 1983: CÓRDOBA, J.: *El conocimiento de la antijuridicidad*, Barcelona, 1962. CEREZO, J.: *La conciencia de la antijuridicidad en el*

2.2. Concepto formal y concepto material de culpabilidad

Reconocida la culpabilidad como categoría añadida al injusto, en la que se realiza la imputación subjetiva, se utiliza en ocasiones la distinción entre concepto formal y concepto material de culpabilidad. Conforme a ella, una cosa son los elementos personales que el ordenamiento exige para que pueda darse la imputación subjetiva (concepto formal) y otra las razones por las que esos elementos son seleccionados como presupuestos de tal imputación, es decir, su fundamento (concepto material) (101).

Así, la imputabilidad, el conocimiento potencial de la antijuricidad y la exigibilidad —sin entrar ahora en el contenido de los conceptos— constituyen, en principio, los elementos necesarios para poder concluir la existencia de culpabilidad e integran su concepto formal que, como dice Torío (102), no prejuzga cómo debe entenderse tal categoría materialmente. Las razones por las que el ordenamiento jurídico exculpa a los inimputables, a los que desconocen la antijuricidad del hecho o a lo que se encuentran en situación de no exigibilidad (el contenido material de la culpabilidad) son básicamente el objeto de la discusión y donde aparecen las mayores divergencias reconducibles, como he intentado establecer, a la justificación de la intervención punitiva y la legitimación del Derecho penal. En opinión de Jescheck (103) este concepto material de culpabilidad puede basarse en exigencias éticas, de seguridad pública, en la especificidad de la conducción de los impulsos humanos o en los fines de la pena, donde se manifiesta, en suma, una discusión de política jurídica sobre los presupuestos de la imputación.

Creo que la distinción de los dos conceptos, aunque lógicamente sean dependientes, es saludable para el otorgamiento de la justa relevancia a las divergencias doctrinales que, como parece evidente, se dan en mucha mayor medida en lo concerniente al concepto material de culpabilidad. A algunas de las tendencias explicativas del mismo hemos dedicado ya la consideración de la culpabilidad como concepto legitimador. Veamos ahora algunos aspectos de la problemática planteada por el concepto formal de culpabilidad.

Código penal español, en «Problemas fundamentales de Derecho penal», Madrid, 1982. TORÍO, A.: *Error iuris: perspectivas materiales y sistemáticas*, en «III Jornada de Prof. de Derecho penal», Santiago de Compostela, 1975. Recientemente, HUERTA TOCILDO, S.: *Sobre el contenido de la antijuricidad*, Madrid, 1984. Entendiendo que el nuevo artículo 6 bis a) del CPE ofrece argumentos a favor de la teoría del dolo. MIR PUIG: *Derecho penal. Parte general*. p. 548.

(101) JESCHECK: *Tratado*, I, pp. 580-581. MANGAKIS: *Über dre Erfolg und Schuldhaftung als Kategorien geschichtlicher Betrachtung*, «ZStW» 83, 1971, p. 290.

(102) «ADP», 1985, p. 289.

(103) *Tratado*, I, p. 581.

2.3. Determinación positiva o negativa del concepto formal de culpabilidad.

La doctrina mayoritaria acepta hoy como elementos de la culpabilidad, la imputabilidad, el conocimiento de la antijuridicidad y la exigibilidad, aunque no dejen de estar sometidos a revisión, especialmente el tercero de ellos. Sin embargo, tales elementos no se encuentran establecidos de forma positiva en los ordenamientos sobre los que opera la doctrina que los acepta, sino que se desprenden a «sensu contrario» de las causas de exculpación por las que se concede relevancia a su ausencia.

De esta forma, comprobada la existencia del injusto, se es culpable si *no* concurre una causa que *niegue* la culpabilidad o, como añade Hassemer: dos negaciones conducen a una afirmación (104).

Ello tiene una concreta consecuencia en la práctica: la culpabilidad se da por supuesta en el autor de un injusto penal, *a no ser que* esté presente una causa de exculpación. Lo anterior es aceptado como inevitable por autores que han destacado esta especial configuración del juicio de culpabilidad. Para el mismo Hassemer, las razones de este «rodeo» en la decisión sobre tal elemento del delito radican en el hecho de que en el proceso penal no puede darse una fundamentación «positiva» de la culpabilidad por lo que hay que contentarse con «indicadores de deficiencias»: «culpabilidad, capacidad de culpabilidad, conocimiento de la prohibición, exigibilidad, no se demuestran en esta construcción, sino que se presuponen» (105).

En el mismo sentido se manifiesta, entre nosotros, Quintero Olivares, al afirmar que el juicio de exigibilidad no se verifica positivamente en la práctica, puesto que fuera de los supuestos de exculpación en que la doctrina entiende que «no hay exigibilidad», ésta se da por supuesta (106).

En cambio, Luzón Domingo denunciaba que la ausencia de causas de inculpabilidad como elemento de la culpabilidad es un error lógico elemental, puesto que resulta evidente que «para que exista una afirmación es preciso que no haya negación» (107).

Procediendo por partes y centrándonos ahora en el Código penal español: parece claro que el concepto de culpabilidad no tiene contenido positivo en nuestro Derecho, sino que a partir de las circunstancias eximentes identificadas como excluyentes de la culpabilidad, se delimitan lo que son sus elementos constitutivos.

(104) *Fundamentos, cit.*, p. 269.

(105) *Fundamentos*, p. 270.

(106) *Derecho penal. Parte general*, Barcelona, 1986, p. 394.

(107) LUZÓN DOMINGO: *Tratado de la culpabilidad y de la culpa penal*, Barcelona, 1960, p. 81.

Dejando ahora de lado la imputabilidad y el conocimiento de la antijuridicidad (también establecidos de forma negativa) el problema aparece ante circunstancias que, como el miedo insuperable, son interpretadas mayoritariamente como situaciones en las que al autor no le era exigible actuar de otra forma (108). Esa mención a la no exigibilidad como fundamento de algunas situaciones de exculpación, está presente en todos los autores que reconocen la categoría «culpabilidad», aunque la no exigibilidad se explique desde puntos de vista distintos como los que se han recogido anteriormente (tesis clásica del poder actuar de otro modo, tesis prevencionistas).

Ahora bien, con ello, es necesario retomar lo recogido al repasar la concepción normativa clásica: el reconocimiento del concepto de no exigibilidad supone una de estas dos opciones: la no exigibilidad es sólo el fundamento de determinadas eximentes, o bien, la exigibilidad es un elemento positivo del juicio de culpabilidad, que debe comprobarse en todo caso y excluir la responsabilidad en caso de que falte. Recordemos que esto último supondría aceptar la exención por inexigibilidad en casos no previstos en la Ley a lo que la doctrina mayoritaria se opone (vid. supra 1.1).

Hay que añadir aquí que el artículo 2 del Código penal español ofrece importantes argumentos en contra de la admisión de tal causa de exención supra legal, al establecer que el Tribunal acuda al Gobierno «sin perjuicio de ejecutar, desde luego, la sentencia, cuando de la rigurosa aplicación de las disposiciones de la Ley resultare penada una acción u omisión que, a juicio del Tribunal, no debiera serlo...».

En base a tal precepto se ha negado también la posibilidad de la analogía *in bonam partem* (109), aunque es posible interpretar esa «rigurosa aplicación de la Ley», como aplicación analógica beneficiosa (110), lo cual es algo distinto de la creación judicial de eximentes por no exigibilidad. Y ésta parece ser mucho más claramente vetada por el artículo 2 del Código penal español. Por el contrario, afirma Quintero que, pese a no determinarse positivamente la exigibilidad, «tras la introducción del principio de culpabilidad a partir de la reforma urgente y parcial del Código penal de 1983, sería necesario que esa valoración de la conducta exigible se llevara a cabo en todas

(108) Así, MIR PUIG: *Derecho penal*, pp. 527 y ss. En contra, considerando el miedo insuperable como causa de justificación, GÓMEZ BENÍTEZ: *Teoría jurídica*, pp. 429 y ss.

(109) QUINTANO, A.: *Curso de Derecho penal*, en «PG» I, Madrid, 1963, p. 198. CÓRDOBA, J.: en «Comentarios al Código penal español», Barcelona, 1976, p. 56; COBO DEL ROSAL-BOIX REIG: *Garantías constitucionales del Derecho sancionador*, en «Comentarios a la legislación penal», T. I., pp. 191 y ss.

(110) MIR PUIG: *Intruducción a las bases*, cit., pp. 319 y ss.

las ocasiones, sin contraerse a la concurrencia concreta de alguna de las circunstancias eximentes previstas en la Ley (111).

Octavio de Toledo y Huerta Tocildo mantienen en sentido paralelo que no hay obstáculo alguno para que el pensamiento de la no exigibilidad «se emplee no sólo para explicar el fundamento de ciertas causas de exclusión de la atribuibilidad (“culpabilidad”) explícitas en la Ley... sino también como base para apreciar eximentes de esta clase por analogía (perfectamente admitida cuando es *in bonam partem* conforme se ha dicho sobre este particular)» (112).

Entiendo que la aplicación de la analogía *in bonam partem* a las eximentes es algo parcialmente distinto a la comprobación positiva de la exigibilidad y exención (supra legal) por no exigibilidad. Vimos como Scarano aceptaba lo primero y negaba lo segundo. Aunque se trate de temas conexos, la aplicación analógica de, por ejemplo, el miedo insuperable, supone la concurrencia en la situación a enjuiciar no sólo de la no exigibilidad, sino también de condiciones «análogas» al miedo, por tratarse de una extensión de la circunstancia prevista antes que de la declaración de que al sujeto no se le podía exigir otra conducta.

Mientras que, en mi opinión, es posible la *aplicación* analógica beneficiosa de las eximentes legalmente previstas (pero aplicación del Derecho vigente, al fin y al cabo), el presuponer un concepto positivo de exigibilidad que viniera a ser negado en situaciones en las que faltara, incrementaría en la aplicación práctica del Derecho penal los problemas de indefinición teórica de lo que es la culpabilidad, y dentro de ella, la exigibilidad, a no ser que el Derecho positivo incluyera una definición concreta de la misma. En todo caso, hoy por hoy y a la vista de la actitud del Tribunal Supremo contraria a la posibilidad de ampliación judicial de las eximentes (sentencias 4-6-45, 6-3-65, 15-3-65, 22-2-65), cabe concluir que todos los elementos de la culpabilidad se encuentran configurados de forma negativa.

Es cierto, que formalmente constituye el error lógico, denunciado por Luzón Domingo, definir un concepto positivo sobre la base de que existe cuando no se niega. Pero lo que ocurre es que *tal concepto positivo no existe en el Derecho vigente*; me parecen más claras las afirmaciones de Hassemmer y Quintero, arriba reseñadas: en la práctica la culpabilidad se presupone a no ser que esté presente una circunstancia que la excluya. Como categoría añadida al tipo y la antijuridicidad viene constituida por un concepto doblemente negativo: ausencia de causas de exención de la culpabilidad.

Ello puede ser considerado o no como saludable, pero no cabe duda de que es así. Lo que es cierto es que en todo caso plantea

(111) *Derecho penal, cit.*, p. 394.

(112) *Derecho penal, «PG», cit.*, p. 371.

una serie de cuestiones no siempre analizadas cuando se discute sobre el concepto de culpabilidad y que, además, no aparecen de la misma forma en el Derecho penal español y en el alemán, aunque sea la teorización alemana la que ha dominado en la moderna ciencia penal española. Las líneas que siguen pretenden poner de manifiesto el distinto valor del concepto de culpabilidad en uno y otro ordenamiento.

2.4. El valor de la culpabilidad en Derecho español

Ni el término «culpabilidad» ni las consecuencias de su distinción dogmática respecto del injusto aparecen de forma clara en el Código penal español. Aunque el proyecto de Código penal de 1980, incluía en su artículo 3 la entonces discutida expresión «no hay pena sin culpabilidad», lo hacía con intención de excluir la responsabilidad por el resultado y limitarla a la existencia de dolo o culpa, como finalmente ha recogido la actual redacción del artículo 1 del Código penal, después de la reforma parcial de 1983, estableciendo, efectivamente, el principio de culpabilidad, pero no un concepto de culpabilidad.

Como es sabido, nuestro Código se refiere únicamente a la «responsabilidad» como *conjunto* de condiciones que posibilitan la aplicación de una pena. Ello no plantea mayores problemas cuando aparece precisamente fundamentando la aplicación de la pena y atribuyéndose a quien a realizado el hecho típico, sirviendo, por ejemplo, como género que incluye las distintas formas de intervención en el mismo: son responsables criminalmente de los delitos y faltas los autores, los cómplices y los encubridores (art. 12 del Código penal español), o bien cuando sirve para distinguir la responsabilidad criminal de la civil (art. 20 del Código penal español). Puesto que aquí el concepto de responsabilidad supone la presencia de todos los elementos del concepto dogmático de delito, la distinción entre el ámbito de la antijuridicidad y el de la culpabilidad, resulta innecesaria.

Sin embargo, cuando ocurre lo contrario, esto es, cuando se establece la impunidad, el hecho de que el Código penal español utilice igualmente el término «responsabilidad» u otras expresiones genéricas, obliga a desentrañar en cada caso cuál es el elemento del delito que queda afectado por la situación legal, es decir, cuáles son las razones de la absolucón. El ejemplo más claro es el de las eximentes que, según el artículo 8 del Código penal español, lo son de la «responsabilidad», sin distinguirse entre aquellas que afectan al injusto y las que inciden en la culpabilidad. La misma referencia a la responsabilidad aparece en la regulación reciente del error en el artículo 6 bis a) del Código penal español.

Las situaciones de exención por razón de parentesco ofrecen también dudas. En el encubrimiento entre parientes del artículo 18 del

Código penal español, se establece que están «exentos de las penas impuestas a los encubridores los que lo sean de su cónyuge..., etc.», utilizando una terminología igual a la de la excusa absolutoria de los rebeldes sediciosos recogida en el artículo 226 del Código penal (113).

En cambio, la exención de los parientes de la víctima en determinados delitos contra la propiedad, que regula el artículo 554 del Código penal, vuelve a recurrir a una expresión igual a la de las eximentes, lo que hace necesario, como en el caso del artículo 8, clarificar si esa relación parental afecta a la culpabilidad (estableciendo una presunción legal de no exigibilidad) o bien si se trata de una excusa absolutoria (114).

Lo anterior sólo pretende destacar algo que es sobradamente conocido por los penalistas españoles: la distinción antijuridicidad-culpabilidad no está expresada claramente en el Código penal español, sino que ha sido deducida doctrinalmente a partir de la teoría de las normas, fundamentalmente. En este terreno, junto a la tesis tradicional sobre la existencia de normas permisivas en las causas de justificación, que convierten el hecho prohibido en adecuado a Derecho (115), la teoría de los elementos negativos del tipo mantiene no ya la permisión de lo justificado, sino su falta de prohibición (116), pero en todo caso, la justificación respecto al ámbito de la culpabilidad consiste en la pervivencia del desvalor jurídico sobre el hecho en los casos en que se establece una circunstancia personal o situacional propia del autor, que impide la imputación jurídica del hecho a su persona (117).

(113) SAINZ CANTERO: *La exigibilidad*, cit., pp. 121 y ss.: el encubrimiento entre parientes es en realidad una causa de inculpabilidad. En cambio, para BAJO FERNÁNDEZ: *El parentesco en Derecho penal*, Barcelona, 1973, pp. 217 y ss., es una causa personal de exclusión de la pena.

(114) Junto a la doctrina mayoritaria, BAJO FERNÁNDEZ: *El parentesco*, cit., pp. 87 y ss., es una excusa absolutoria.

(115) Vid. ampliamente. CARBONELL MATEU, J. C.: *La justificación*, Madrid, 1983. JESCHECK: *Tratado*, I, pp. 339 y ss. RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: *Consideraciones generales en torno a la exclusión de la antijuridicidad*, en «Libro homenaje a Antón», Salamanca, 1982, pp. 509 y ss.

(116) En España, MIR PUIG, *Derecho penal*, cit., pp. 96-97.

(117) Tampoco incluye el Código penal español diferenciación expresa entre posibles clases de estado de necesidad. La distinción entre estado de necesidad justificante y exculpante es negada en España por GIMBERNAT: *El estado de necesidad: un problema de antijuridicidad*, en «Estudios», cit., pp. 155 y ss. QUINTERO: *Derecho penal*, p. 464. GÓMEZ BENÍTEZ: *Teoría jurídica*, cit., pp. 379 y ss. Vid. también ROLDÁN BARBERO: *Estado de necesidad y colisión de intereses*, en «ADP», 1983; la aceptan BUSTOS: *Manual*, p. 405, y MIR: *Derecho penal*, pp. 389 y ss. La discrepancia doctrinal en torno al carácter justificante o exculpante de las eximentes se ha planteado también en torno a la obediencia debida e incluso el miedo insuperable, que, aunque mayoritariamente se considera causa de exculpación, cuenta con la opinión en contra de GÓMEZ BENÍTEZ: *Teoría jurídica*, cit., p. 435, incluyéndolo entre las causas de justificación.

La necesidad de discernimiento del elemento del delito afectado por la eximente es obvia y se reconduce a la de la distinción entre injusto y culpabilidad. Se plantea sobre todo a partir de la admisión de la accesoria limitada en materia de participación que, en cierta forma es recogida por el Código penal español al determinar legalmente las penas de los partícipes, a quienes se impondrán las inferiores a la «señalada por la Ley al autor del mismo delito» (arts. 53 y 54 del Código penal español). La referencia a la pena señalada en lugar de a la pena «impuesta» supone reconocer la posibilidad de que el autor del hecho no sea responsable, pero sí los partícipes en el mismo.

E igualmente, la naturaleza dogmática de las eximentes resulta relevante para la admisión o rechazo de la legítima defensa enfrentada, desde el momento en que los hechos *no* justificados (aunque se exculpe a su autor) pueden constituir «agresiones ilegítimas» permitiendo la oposición de defensa (118).

En todas estas cuestiones es donde la categoría dogmática «culpabilidad» despliega su eficacia sistemática. Y en su resolución es donde reaparecen en cierta forma las opciones mantenidas respecto al concepto de culpabilidad. Indudablemente, para la delimitación del ámbito dogmático de tal categoría y de las circunstancias que la excluyen, se hace necesaria la teorización acerca de qué debe entenderse por culpabilidad, pero al estar ésta *negativamente determinada* en el Derecho positivo (vid. apartado anterior), se produce un cierto círculo vicioso: la culpabilidad es aquello que subsiste cuando no hay una causa que la elimine, y son causas que la eliminan aquellas en las que no está presente el fundamento de la culpabilidad.

En todo este tipo de procesos lógicos suele acudir a conceptos previos, y por tal motivo las líneas ideológicas que se han recogido al hablar de la culpabilidad como concepto legitimador, tienen en todo ello su importancia. Es evidente, que la concepción de cada autor sobre el Derecho penal y su función tiene un reflejo en la interpretación de las normas que lleva a cabo y, sobre todo, en la resolución que proponga para casos concretos. Si, desde una concepción estrictamente preventivo general, se atiende exclusivamente al grado de motivabilidad del autor, se puede hacer descansar el peso del injusto en la desobediencia a la norma y, por ejemplo, ampliar excesivamente el concepto de tentativa.

Pero al concluir la exposición de las modernas teorías sobre la culpabilidad puse de manifiesto cómo, en resumidas cuentas, la deci-

(118) En esta materia, GÓMEZ BENÍTEZ se muestra contrario a la equiparación entre causas de inimputabilidad y de inexigibilidad a los efectos de la legítima defensa enfrentada, manifestándose partidario de negarla respecto a las segundas y aceptar el estado de necesidad en tales casos. *Teoría jurídica, cit.*, pp. 436 y ss.

sión sobre la culpabilidad supone partir de la exigibilidad de conductas adecuadas a la norma y aceptar que debe imponerse una pena a quien realiza otras distintas. El contenido de lo exigible y el fundamento de la legitimación estatal para imponer el castigo es lo que ha variado a través del tiempo, pero la aceptación de los conceptos de exigibilidad y no exigibilidad es algo claro en la interpretación actual de las causas por las que se excluye la culpabilidad.

¿Supone ello aceptar llanamente el concepto tradicional de culpabilidad? Creo que no hay que temer ese peligro —si es que lo es— por dos razones básicas: en primer lugar, porque no es necesario admitir lo que, como ha quedado expuesto en páginas anteriores, constituye el mayor inconveniente de las tesis clásicas: la culpabilidad-reproche como mecanismo legitimador que evita la responsabilización política de la intervención penal: así, volviendo al ejemplo planteado anteriormente, la mayoría de edad penal no se establece en función del momento en que el hombre adquiere su libertad de decisión, sino a partir de una concepción racional de aquello que hay que prevenir y mediante qué instrumentos.

Por tanto, aceptar la exigibilidad como concepto que da cuerpo a la categoría «culpabilidad» no conlleva necesariamente optar por una u otra concepción sobre el Derecho penal, como destacan clara y acertadamente Octavio de Toledo y Huerta Tocildo (119).

Pero es que además y como segunda razón, toda la teorización sobre el concepto de culpabilidad desempeña en España una función más limitada que en Alemania.

Como se ha expuesto, en nuestro Código el concepto de culpabilidad y con él la exigibilidad de otra conducta sirve para deslindar este ámbito del de la antijuridicidad a los efectos de la resolución de los correspondientes problemas dogmáticos (participación, etc.), pero poca cosa más. El hecho de que no se acepten causas supralegales de exención basadas en la no exigibilidad confirma la ausencia, en la práctica, de su contrario concepto positivo y determina que esa no exigibilidad aceptada doctrinalmente sea sólo el criterio interpretativo de las causas de exculpación existentes en el Código penal.

Es decir, el concepto de culpabilidad cumple, en el Código penal español sólo una *función sistemática* dentro de la ordenación de los elementos del delito. Además de ello, como concepto ideológico, la discusión que se produce en torno a él sirve para poner en cuestión las razones de la intervención penal y ello siempre es beneficioso, pero al no tener contenido positivo en nuestro Derecho, los problemas de adopción de uno u otro concepto se limitan —sin que ello sea poco, desde luego— a la interpretación de las causas de exculpación.

(119) *Derecho penal, cit.*, p. 365.

Si nuestro sistema procesal se caracterizara por la división en dos fases del proceso, propia del modelo anglosajón, sería en mayor medida posible la distinción entre el pronunciamiento de la culpabilidad (la formalización del «reproche») y la decisión sobre la sanción, lo que en la doctrina alemana se conoce como «Schuldinterlokut», con separación entre el veredicto de culpabilidad («Schuldspruch») y el pronunciamiento de la pena («Strafausspruch») (120); en cambio, desde un punto de vista procesal, estoy de acuerdo con Quintano cuando afirma que «entre nosotros, jurídicamente hablando, “culpabilidad” vale tanto en lo penal como “condenabilidad”». El mismo autor repasa los principales momentos procesales de la siguiente forma: existe primero una constatación de hechos probados, viene después la calificación jurídica en que se adecúa lo anterior a la tipicidad y, finalmente, «surge el dispositivo o fallo que encierra la quintaesencia de lo valorativo y con ello la creación de la culpabilidad como un todo o su destrucción como un todo también», concluyendo que en la expresión ritual «debemos condenar y condenamos» se encarna la culpabilidad y se crea ésta jurídicamente hablando (121).

Realmente, si toda la conceptualización de la culpabilidad se redujera a su plasmación en la frase con que se concluye la Sentencia, habría que reconocer que su relevancia es más bien escasa. La función sistemática desempeñada por el concepto de culpabilidad tiene su acomodo procesal en la parte material de la sentencia, donde la distinción injusto-culpabilidad puede desplegar sus efectos, pero más allá de ellos, es cierto, que la declaración de la culpabilidad, procesalmente hablando, se reduce a la expresión de la condenabilidad, en esa estructura «dialogal» del proceso penal, que advierte Haft (122), para quien la doctrina de la culpabilidad es la que dirige su atención al proceso comunicativo entre las instancias de las que se desprende el reproche de culpabilidad y el autor que debe recibir el veredicto. Desde este punto de vista, resulta efectivamente difícil sustraerse a la idea de que cuando se *condena*, se reprocha, sin que ello suponga necesariamente aceptar el reproche moral como justificación del Derecho penal.

Lo anterior resultaría incompleto sin la consideración de las menciones a la culpabilidad como fundamento de la pena. Cuando se utiliza tal expresión puede hacerse en tres sentidos distintos, aunque no siempre se diferencien: 1.º, fundamento de la pena en tanto que razón por la que el Estado impone castigos a los ciudadanos; 2.º, fundamento de la pena como posibilidad procesal de aplicarla, y 3.º, fundamento de la pena en su determinación concreta.

(120) ULMEN, H.: *Das Schuldinterlokut*, Bonn, 1973, pp. 15 y ss.

(121) QUINTANO RIPOLLÉS: *Hacia una posible concepción*, cit., pp. 530-532.

(122) HAFT, F.: *Der Schuldiallog*, «Prolegomena zu einer pragmatischen Schuldlehre im Strafrecht», Freiburg/München, 1978, p. 11.

A la primera de las acepciones corresponde la discusión ideológica sobre el concepto de culpabilidad y aquí es donde hay que deslindarla de su función sistemática. Cuando Zugaldía afirma que la simple atribubilidad del injusto a su autor no puede fundamentar la pena, sino que el fundamento único es la necesidad de la misma (123), entiendo que se está moviendo en el terreno de la discusión precedentemente recogida sobre la legitimación del Derecho penal y de la pena. Y en este sentido estoy de acuerdo: el *porqué* de la imposición de una pena requiere plantear otras cosas además de la atribución de un injusto a su autor, pero en el plano dogmático, la consideración exclusiva de la necesidad de la pena es insatisfactoria y puede acarrear la extensión de lo punible.

Si nos referimos al fundamento de la pena como posibilidad procesal de aplicarla, el concepto de culpabilidad, tal y como lo entiende la doctrina que opera el Derecho penal material, resulta estrecho.

Lo que responde en mayor medida a esa posibilidad de aplicación de la pena es, por un lado, el concepto *global* de responsabilidad, al que habría que añadir la discutida categoría de la punibilidad y, por otro, el conjunto de requisitos procesales, entre los que están los propios presupuestos del proceso y que alteran, en ocasiones, el orden lógico de comprobación de los elementos del delito, tal y como los concibe la dogmática penal.

Por último, si al hablarse de la culpabilidad como fundamento de la pena se hace referencia a la determinación concreta de la misma, debo remitirme a lo que mantuve en otro trabajo (124): Con independencia de los problemas de su determinación legal y, sobre todo, del juego de las circunstancias modificativas de la responsabilidad, el Código penal español no obliga a fundamentar la determinación de la pena en la culpabilidad, como hace el StGB, sino que utiliza los conceptos de «gravedad del hecho», «personalidad del delincuente», «gravedad del mal producido por el delito» (art. 61, 4.º y 7.º). Naturalmente, el problema radica en el contenido de tales conceptos y sobre todo en la depuración de la culpabilidad por el hecho y su posible coincidencia con aquella «gravedad del hecho» (125), pero resulta claro que tampoco en este terreno el Código penal español otorga relevancia positiva a lo que conocemos como culpabilidad.

2.5. El valor de la culpabilidad en el Derecho penal y procesal alemán

Un mero repaso a la parte general del Código penal alemán pone de manifiesto que la distinción sistemática de la categoría «culpabili-

(123) *Acerca de la evolución, cit.*, p. 578.

(124) GARCÍA ARÁN, M.: *Criterios de determinación, cit.*, pp. 212 y ss.

(125) GÓMEZ BENÍTEZ: *Teoría jurídica, cit.*, p. 446, recoge la relación entre «culpabilidad por el hecho», límite de la determinación de la pena y el concepto de «gravedad del hecho».

dad» se encuentra claramente reflejada en el ordenamiento germano, al contrario de lo que ocurre en el Código penal español. El StGB distingue claramente entre las situaciones en que se actúa sin culpabilidad, como en el caso del error de prohibición invencible (par. 17 StGB: «handelt er ohne Schuld...») y aquellas en que la actuación misma se encuentra justificada, como en la legítima defensa (par. 32: «...handelnicht rechtswidrig»). La problemática del estado de necesidad es resuelta legalmente en favor de la diferenciación entre estado de necesidad justificante y exculpante (pars. 34 y 35) y del mismo modo, la culpabilidad como categoría personal y diferenciable entre los partícipes en que se basa el principio de accesoriedad, tiene su reflejo en el parágrafo 29: cada partícipe es castigado según su culpabilidad sin consideración de la culpabilidad del otro («...nach seiner Schuld bestraft»).

El hecho de que tales categorías aparezcan delimitadas en el Derecho positivo ahorra muchos de los problemas interpretativos que se producen con el Código penal español y posibilita también que el lenguaje utilizado en los Tribunales esté más próximo al de los teóricos de lo que lo está en España. De esta forma, la necesidad de acudir a la función sistemática de la culpabilidad como vía de interpretación del Derecho positivo, que se da en nuestro país, es en la R.F.A. relativamente menor. Por ello, afirma Naucke, que las reglas para ordenar sistemáticamente un concepto o institución jurídico penal se encuentran en la aplicación práctica, en la que antes que una ordenación de elementos se produce la inclusión de cada decisión en una u otra categoría como justificación o como exculpación (126). En definitiva, el grado de elaboración alcanzado por la dogmática alemana y la conceptualización de aquello que es injusto y lo que es la culpabilidad, tiene su reflejo en el Derecho positivo, con lo que se produce en menor medida aquella influencia del preconcepto de culpabilidad en la interpretación de las circunstancias eximentes, que se ha destacado en el caso español.

Veamos a continuación cuál es el reflejo de lo anterior en el ordenamiento procesal alemán. Cuando la Ley Procesal alemana regula la formación de la Sentencia, establece la exigencia de una mayoría de dos tercios de los votos del Tribunal «para cada resolución en perjuicio del acusado sobre la *cuestión de culpabilidad y las consecuencias jurídicas del hecho* (par. 263 StPO), mientras que según la Ley Orgánica de Tribunales basta la mayoría simple para las restantes cuestiones (presupuestos procesales, costas; par. 196 GVG). Ahora bien, esa «cuestión de culpabilidad» (Schuldfrage) es algo que tiene un sentido distinto al del Derecho penal material o, en palabras de

(126) NAUCKE, W.: *Der Begriff der «geringen Schuld» im Straftatsystem*, en «Fest. f. Maurach», Karlsruhe, 1972, p. 201.

Roxin, la «Schuldfrage» o cuestión de la culpabilidad en el ordenamiento procesal va más lejos que la cuestión acerca de la culpabilidad («die Frage nach der Schuld») en el Derecho penal material (127).

Y efectivamente, el alcance de la cuestión de culpabilidad en sentido procesal se corresponde con el *conjunto* de condiciones que permiten o impiden la imposición de la pena; ello se desprende, en primer lugar, del propio tenor del párrafo 263 StPO que, en su segundo párrafo establece: «La cuestión de culpabilidad abarcará *también* las circunstancias previstas especialmente por la Ley Penal, que excluyeran la punibilidad, la disminuyeran o la aumentaran».

Esas circunstancias que excluyen la punibilidad son interpretadas unánimemente como incluyentes de las causas de justificación, causas de exculpación y situaciones de levantamiento de pena como el supuesto del desistimiento en la tentativa del párrafo 24 del StGB (128). Así, concluye Schmidt (129), la cuestión de culpabilidad en sentido procesal incluye tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad en sentido material y a ello habría que añadir lo que también en sentido material conocemos como punibilidad, excluida por las causas que impiden la pena (Strafbarkeitausschließungsgründe) como las excusas por razón de parentesco (130) y las causas de levantamiento de pena (Strafaufhebungsgründe) como el citado desistimiento en la tentativa.

La concurrencia de todos los elementos del delito en el sentido expresado permite emitir el veredicto de culpabilidad (Schuldspruch), lo cual, sin embargo, no supone, en todo caso, la imposición de la pena, puesto que el ordenamiento alemán incluye, como es sabido, supuestos de falta de merecimiento de la pena, en los que se condena declarándose la culpabilidad, pero renunciándose a la imposición de la sanción, lo que pertenece a las consecuencias jurídicas de hecho, también sometidas a la exigencia del párrafo 263 StPO, en cuanto a la mayoría cualificada para su decisión. Por tanto, de la cuestión de culpabilidad entendida como requisitos de punibilidad, debe ex-

(127) ROXIN, C.: *Strafverfahrensrecht*, München, 1985, p. 291.

(128) STRARENWERTH, P. G.: p. 73. GÖLLWITZER, W.: en LÖWE-ROSENBERG: *Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz*, Berlin, 1978, pp. 84-85. GÖSEL, K. H.: *Strafverfahrensrecht, I*, Stuttgart, 1977, p. 277. HURXTHAL, en «Pfeiffer, dir, Karlsruhe Kommentar zur Strafprozessordnung», München, 1982, p. 873. KLEINKNECHT-MEYER: *Strafprozessordnung (Kommentar)*, 37 ed., München, 1985, p. 849. MÜLLER, G.: *Der Schuldspruch unter Strafverzicht im AE eines Strafgesetzbuches*, Köln, 1969, p. 12. SCHLÜCHETER, E.: *Das Strafverfahren*, Köln, 1983, p. 624. ROXIN, C.: *Strafverfahrensrecht, cit.*, p. 291. ZIFP, H.: *Strafprozessrecht*, Berlin-NY, 1976, pp. 161-162.

(129) SCHMIDT, E.: *Deutsches Strafprozessrecht*, Göttingen, 1968, p. 156.

(130) GÖLLWITZER, W.: *Die Strafprozessordnung, cit.*, pp. 84-85, citando el par. 173 StGB.

traerse lo referente al merecimiento de pena y renuncia a la misma (131).

La cuestión de culpabilidad se vota globalmente (*Totalabstimmung*) y la mayoría requerida se exige respecto al resultado final, esto es, la condena o la absolución, con independencia de que se esté o no de acuerdo en los fundamentos de la decisión: el acuerdo se exige respecto al veredicto (132). Hay que tener presente, por otra parte, que en la R.F.A. existe un sistema de jurado mixto y que en la votación de la Sentencia no existen diferencias entre los Jueces profesionales y los legos (133).

De esta forma, la decisión sobre la culpabilidad se corresponde en el proceso penal alemán con el conjunto de elementos que posibilitan la aplicación de la pena y de entre ellos, lo que se corresponde con la culpabilidad en el sentido del Derecho penal material, se considera presente en tanto no exista una circunstancia que la anule.

Hasta aquí, la situación es prácticamente igual a la española si dejamos a salvo lo que se ha dicho respecto a la mayor depuración sistemática del StGB, puesto que en gran medida la «*Schuldfrage*» de la StPO viene a corresponderse con el concepto de responsabilidad utilizado por el Código penal español.

Sin embargo, ello no significa que el valor del concepto de culpabilidad del Derecho penal material sea el mismo en ambos ordenamientos. En el sistema alemán no puede concluirse, como en el caso español, que la culpabilidad carezca totalmente de valor positivo, con lo que la afirmación de Hassemer recogida más arriba (2.3) es, en parte matizable. Destacaré dos supuestos en los que puede apreciarse lo anterior: la determinación de la pena y el principio procesal de oportunidad.

a) El parágrafo 46 del StGB establece que la culpabilidad del autor es el fundamento de la determinación de la pena. En torno a tal declaración se produjo hace unos años una viva discusión en Alemania con considerables repercusiones en nuestro país. En las distintas argumentaciones se dieron cita todas las opciones sobre el contenido del concepto de culpabilidad y su carácter constitutivo para la aplicación de la pena. La consideración en ésta de los fines de la pena, reconocida por la cláusula preventivo especial del propio parágrafo 46 del StGB, dio origen a una fructífera elabora-

(131) JESCHECK: *Tratado*, II, p. 1175. MÜLLER: *Der Schuldspruch*, cit. p. 15. BRUNS: *Strafzumessungsrecht*, 1974, p. 29.

(132) SCHMIDT, E.: *Deutsches Strafprozessrecht*, cit.; p. 157. HURXTHAL: en *Karl-sruhe Komm*, cit., p. 873.

(133) HURXTHAL: *loc. ult. cit.* GÓMEZ COLOMER: *El proceso penal alemán*, Barcelona, 1985, pp. 56-57.

ción sobre las relaciones entre culpabilidad y prevención de la que son exponentes, entre otros muchos, los trabajos de Roxin, Stratenerwerth o Hassemer (134). A la polémica se añadía además, la opción formulada por el Proyecto Alternativo en su artículo 59 al señalar que «la culpabilidad por el hecho determina la medida máxima de la pena».

Lo acertado de que la culpabilidad sea el fundamento de la medición de la pena o su límite y cómo juegan sobre ello las consideraciones preventivas no constituye el objeto de estas páginas. En cambio, me interesa destacar cómo en el ordenamiento alemán, aunque sigue siendo cierto que el juicio de culpabilidad se emite en tanto no está presente una circunstancia que niegue tal culpabilidad, una vez emitido el veredicto condenatorio, la entidad «culpabilidad» debe ser tenida en cuenta por el Tribunal para adecuar a ella una cantidad de pena. Es decir, existe un momento *procesal* en el que la culpabilidad adquiere un contenido positivo y cuantificable en cuya concreción toda la discusión sobre el concepto de culpabilidad adquiere una relevancia práctica claramente superior a la que tiene en la aplicación del Código penal español. Con la regulación alemana, el mantener un concepto de culpabilidad librearbitrista o bien basado en la capacidad individual de motivación repercute en la elección de los datos a valorar para obtener la medida de la culpabilidad y con ella, la de la pena.

De ello no debe inducirse que una fórmula como la del parágrafo 46 del StGB sea acertada: en todo caso está llena de problemas difícilmente asumibles en plena crisis del concepto. Pero lo que si es cierto es que su existencia hace más rentable ya el cuestionamiento, ya la defensa del concepto tradicional de culpabilidad. En Alemania éste no incide sólo en la teorización legitimadora del Derecho penal y en la interpretación de las causas de exculpación legales (funciones que desempeña en España), sino que resulta necesaria para conformar la decisión última del proceso penal.

b) El segundo supuesto procesal de la valoración de la culpabilidad en sentido positivo —aunque en el «iter» del proceso tenga lugar antes de la determinación de la pena— es el de la aplicación del principio procesal de oportunidad. Al respecto el parágrafo 153 del StPO establece: «Si el proceso tuviera como objeto un delito castigado con

(134) ROXIN, C.: Trabajos recopilados y traducidos por Muñoz Conde, en *Culpabilidad y prevención en Derecho penal*, Madrid, 1981. STRATENWERTH, *Culpabilidad por el hecho y medida de la pena*, en «El futuro del principio jurídico-penal de culpabilidad (trad. Bacigalupo-Zugaldía), Madrid, 1979. HASSEMER, W.: *Strafzumessung, Strafvollzug und die «Gesamte Strafrechtswissenschaft»*, en «Die Strafvollzugsreform», Karlsruhe, 1971. *Die Formalisierung der Strafzumessungentscheidung*, «ZStW», 90, 1978, pp. 69 y ss. *Generalprävention und Strafzumessung*, en «Hauptprobleme der Generalprävention», Frankfurt, 1979, pp. 29-53.

pena privativa de libertad mínima inferior a un año (Vergehen), podrá la fiscalía prescindir de la persecución con aprobación del Tribunal competente para la apertura del procedimiento principal, cuando la culpabilidad del autor fuera considerada insignificante y no existiera interés público en la persecución».

La aprobación del Tribunal es innecesaria en determinados casos menos graves y el párrafo segundo permite al Tribunal archivar el proceso, aunque la acción ya haya sido ejercida si se dan los presupuestos del párrafo primero y existe aprobación de la Fiscalía y el imputado (135).

Se trata, como puede verse, de una posibilidad de renunciar a la persecución penal en casos de poca importancia con la que se ofrece una salida ya en los inicios del proceso, al tratamiento de la «Bagatellkriminalität», opción que posiblemente sea de las menos costosas y más practicables (136). Los beneficios de tal institución son asumibles aunque para algunos autores como Dreher y Gössel supongan una cierta renuncia al principio de legalidad y la efectividad del Derecho (137).

El carácter evidentemente político-criminal de la institución hace difícil la delimitación de su naturaleza dogmática que, por ejemplo, Naucke ha intentado situar entre las causas personales de exclusión de la pena, aunque sea difícil sostenerlo de *lege lata* por la forma de renuncia antes que de absolución que posee la decisión (138). Lo que sí es cierto es que en esta institución se hace patente la inseparabilidad entre Derecho penal material y procesal, habida cuenta de la introducción de la valoración de la culpabilidad en un momento tan temprano del proceso y con la finalidad de renunciar no ya a la pena, sino al ejercicio de la acción penal.

Al respecto, la doctrina ha destacado la necesidad de valorar el grado de culpabilidad a efectos de aplicación del principio procesal de oportunidad con los criterios proporcionados por el Derecho material (139). Concretamente, Schoreit afirma que no existe opinión en contra de aplicar en esta materia los criterios que el parágrafo 46

(135) Esta renuncia al ejercicio de la acción pública es posible también de forma provisional y con la imposición de determinadas condiciones (prestaciones reparadoras o de utilidad social, etc.) recogidas en el par. 153 a StPO, o bien si la consecuencia jurídica a imponer carece de relevancia [pars. 154 a 154a) StPO], en casos de determinados motivos políticos y de arrepentimiento activo [153 d) y e) StPO].

(136) Así, DREHER entiende que es la única, justa y ejercitable. *Die Behandlung der Bagatellkriminalität*, «Fest. f. Welzel», Berlín, 1974, p. 933.

(137) DREHER: *op. cit.*, p. 934. GÖSSEL, K. H.: *Überlegungen zur Bedeutung des Legalitätsprinzips im rechtsstaatlichen Strafverfahren*, «Fest. f. Dunnebiet», Berlín, 1982, p. 135.

(138) NAUCKE: *Der Begriff der «geringen Schuld»*, *cit.*, p. 202.

(139) Así, GÖSSEL, *op. cit.*, p. 136. MEYER-GROSSNER, L: en LOWE-ROSENBERG: *Die Strafprozessordnung*, *cit.*, p. 194.

del StGB proporciona para la determinación de la pena y, especialmente, la personalidad y antecedentes del reo o las consideraciones preventivo generales y especiales (140).

En resumen, la valoración de la culpabilidad a los efectos de aplicación del principio de oportunidad, conforme al parágrafo 153 del StPO se sitúa en el mismo plano que la valoración de la culpabilidad como categoría dogmática independiente en Derecho material, con el mismo contenido positivo que posee en la determinación de la pena. No coincide, por tanto, con la suma de condiciones que posibilitan la pena, es decir, con la cuestión de culpabilidad alemana o con nuestra culpabilidad en sentido procesal, pues tales categorías se refieren al veredicto respecto al cual es difícil imaginar la graduación: en tal sentido, el reo será culpable o inocente, pero no culpable «de forma insignificante».

De todo lo anterior se desprende que la depuración del contenido de la culpabilidad, su dependencia respecto al libre albedrío o su conformación con arreglo a las exigencias preventivas, tiene en Derecho alemán muchas más posibilidades de adquirir relevancia procesal en tanto que existen al menos dos momentos (el principio de oportunidad y la determinación de la pena) en los que el Tribunal puede graduar de mayor a menor la «cantidad» de culpabilidad con arreglo al concepto que sobre la misma se mantenga. Situación que, como se ha visto, no se produce en España pese a que el contenido de la discusión se haya importado y reproducido en gran parte.

3. CONCLUSION

Con tales consideraciones no se pretende ignorar o despreciar la importancia de la revisión del concepto de culpabilidad, pues como ha quedado dicho, sirve ni más ni menos que para sacar a la luz la cuestión de la legitimación del sistema penal y la intervención punitiva. Pero sí me parece saludable situar en lo que a mi juicio son sus justos términos, la virtualidad que el concepto de culpabilidad tiene en Derecho español: con nuestra actual estructura procesal y con la configuración material de la categoría «responsabilidad», el concepto de culpabilidad sirve a la distinción respecto del injusto y sus consecuencias sistemáticas que sólo puede encontrar acomodo en la parte material de la sentencia. Una mayor relevancia del concepto de culpabilidad como categoría autónoma sólo podría obtenerse sobre la base de la revitalización de la no exigibilidad y la aceptación de circunstancias de exculpación no previstas legalmente, pero fundamen-

(140) SCHOREIT: en *(Pfeiffer dir) Karlsruhe Kommentar zur Strafprozessordnung*, München, 1982, p. 495. MEYER-GROSSNER: *op. cit.*, p. 194. GÖSSEL: *op. cit.*, p. 136.

tadas en tal situación, cuestión ante la que la doctrina española se ha mostrado tradicionalmente reacia a excepción de las menciones a la analogía *in bonam partem* que se han descrito.

Posiblemente la problemática planteada por el concepto de culpabilidad sea lo suficientemente profunda como para aceptar la exención por no exigibilidad en casos no previstos legalmente sin temor a que lo discutido del concepto complique extraordinariamente la decisión judicial. Por ello, creo que debe procederse con extraordinaria cautela en este terreno, aunque tal revitalización del pensamiento de la no exigibilidad sea el camino lógico para quienes consideran salvable el concepto de culpabilidad.

La eutanasia: perspectivas actuales y futuras (*)

Dr. JOAN J. QUERALT

Profesor titular de Derecho penal UAB
Letrado del Tribunal Constitucional

1. Dos son las cuestiones que me han motivado a elegir el presente tema. La primera: se trata de uno de los puntos que no sin cierta hipocresía están en el candelero de la opinión pública desde hace ya algún tiempo y sobre el que pocas son las voces que ante aquélla exponen de forma ordenada aspectos de la cuestión: aquí, los jurídicos-penales. La segunda: el hecho de ser ésta una reunión de científicos hispano-alemanes no puede pasarse por alto; en efecto, tanto la indudable influencia del pensamiento jurídico-alemán sobre la mayoría de nuestra Ciencia como por haber sido un grupo de profesores germano-federales, juristas y médicos, quienes hayan abordado de modo sistemático, y antes incluso que sus propios gobierno y parlamento, la temática de la eutanasia, mediante la formulación y pública presentación de un llamado «Proyecto Alternativo de una Ley de Eutanasia».

Este Proyecto Alternativo, como es sabido, no es en realidad alternativo, puesto que no existe una iniciativa gubernamental o parlamentaria en este sentido, sino sólo los trabajos de información de una comisión de la Dieta Federal; es más, la Secretaría de Estado del Ministerio Federal de Justicia reconoció que no existía intención de presentar proyecto oficial alguno. Al menos esa era la situación antes de las elecciones generales del 25 de enero de 1987, situación en parte provocada por la publicación del citado Proyecto Alternativo.

Pero pese a esta momentánea paralización legislativa de la cuestión en la República Federal, no es menos cierto el positivo influjo que dicho Proyecto, y la doctrina que le sirve de base, puede llegar a ejercer en el resto de la Europa continental y singularmente en Es-

(*) Ponencia presentada en el Nachkantaktreffen der Ehemaligen DAAD-Stipendiaten, Sevilla, marzo de 1987.

pañá, máxímo en la fase de reforma que desde hace una década vive con mayor o menor intensidad nuestro país.

Con todo, ni echen unos las campanas al vuelo ni los otros levanten fortalezas: el Proyecto Alternativo, salvo en su forma muy singular de ver la excepción de pena a unos supuestos del homicidio rogado, no supone sino la plasmación de las opiniones mayoritariamente dominantes en la jurisprudencia, en la doctrina y en la deontología médica. Dicho Proyecto pretende dar carta de naturaleza a una serie de prácticas socialmente admitidas, llevadas a cabo clínicamente no sin cierto temor en ocasiones, amparadas por la jurisprudencia con soluciones de diversa naturaleza, no exentas de cierto corte moralizante en ocasiones y sobre las que, en público, tanto el legislador —al igual que en otros embarazosos terrenos— y los propios implicados guardan un significativo silencio, que sólo estos últimos vencen, en «*petit comité*».

2. Acabo de señalar algo que me parece del mayor interés: salvo en lo tocante a la muerte rogada, el Proyecto Alternativo (al igual que, por ejemplo, hace el Proyecto Oficial holandés) no añade ningún elemento nuevo en la discusión y, en aras de la *seguridad jurídica*, intenta disciplinar una serie de criterios ampliamente compartidos por ciudadanos, médicos y juristas; las excepciones, que las hay y algunas, como las de Bockelmann, de relieve, en nada empecen lo dicho. Y la situación del Proyecto Alternativo, en parte hijo de aquel otro más audaz de 1968, es equiparable a la española, aunque aquí pueda verse algo más agravada, pero no sustancialmente más, por la tradición de la teología católica oficial, que ha influido en excesiva medida en la jurisprudencia más tradicionalista en éste y en otros aspectos sobre los que dicha teología reclamaba el monopolio de la dispensa de patentes de licitud verdaderas; y a ésta, cada vez menos agravante, se le une un aumento de la influencia de un sector de lo que no por casualidad se denomina clase médica.

Esta práctica identidad de problemas y soluciones arbitradas por la propia dinámica social facilitan en gran medida las cosas y permiten, en consecuencia, un tránsito fácil de uno a otro Derecho. Así, de este modo, las cuestiones relativas a lo que se denomina convencionalmente eutanasia pasiva e indirecta podrá hallar un tratamiento prácticamente unitario desde ambas perspectivas; en cambio, la cuestión del consentimiento en situaciones que aboquen a dichas prácticas y el caminar por el filo de la navaja que supone el homicidio rogado podrán plantear divergencias, entre otros, de quien les habla, para con los criterios innovadores más extendidos.

3. Como se ve, el término eutanasia abarca diversos campos de actuación en la referencia a lo que podríamos denominar la ayuda a morir prestada a un doliente. Esta equívocidad del concepto hace, ante su mera invocación, que no pocos sujetos, incluidos facultativos

y juristas, lancen un «¡va de retro!». La historia y algunas anticipaciones bastante reales parecerían darles la razón y permitirían cerrar, así, las puertas a la admisión y regulación de una *nueva concepción del dolor y la noción personal de la propia calidad de vida*.

En efecto, se quiera o no, la sociedad camina lejos de los senderos tradicionales de la sublimación del sacrificio y de la permanente autoinmolación que, en defecto de otras gratificaciones más suculentas, implicaban buenas dosis de masoquismo. Como causa o como efecto de la sociedad de consumo, los sujetos no están dispuestos a perder determinados estándares de confort tanto en lo material como en lo personal. Por otro lado, la persona en concreto, el ciudadano con cara y nombre y en plena sociedad de masas, tiene un lugar en la misma como tal persona, lugar que nunca en la historia había tenido.

No se trata, como desde perspectivas tradicionalistas se pudiera propalar, de que los sujetos contemporáneos se den a la molicie; ello, aunque sólo fuera porque no existe posibilidad de molicie para todos, parece incorrecto. Lo que sucede es que, más bien, los sujetos no están dispuestos a continuar ejerciendo prácticas de comportamiento que tenían lugar en unas sociedades más bien miserables en lo económico y cosificadoras en lo político. La *capacidad de sacrificio inútil* de las personas tienden a desaparecer a pasos agigantados; dónde se detendrá esta evolución no es fácil predecirlo. Lo que sí, en cambio, parece cierto, es que empieza por la *propia calidad de vida*. Esto y la cuestión del pluralismo que indeclinablemente implica una sociedad democrática y democráticamente organizada hacen el resto y sobre esta cuestión volveremos a hablar.

4. Decía que la historia y algunas anticipaciones suelen forzar a intentar doblegar el curso del tiempo. Sin embargo, un examen atento de esos temores hará que se desvanezcan.

Así, cuando se alude a experiencias históricas pasadas y actuales de genocidio, no debe pasarse por alto que la expresión eutanasia en nada casa con dichas prácticas; todo lo más, y perdón por lo que tenga de humor negro, será eutanasia desde la perspectiva de lo bueno que la muerte de las víctimas tenga para sus verdugos y tiranos. La eutanasia requiere, como supuesto de hecho, que el estado físico del sujeto que la va a recibir sea de postración o abocado irremisiblemente a ella. Ese no es el caso, claro está, de los supuestos actuales e históricos de genocidios.

Cuando, por contra, se alude a inquietantes aspectos de las ciencias biomédicas actuales, la *eugenesia* aparece como el quinto jinete de la Apocalipsis. Y con razón. Pero no hay que olvidar que nuestra cultura está basada, al menos eso se dice, en la *intangibilidad de la vida humana con independencia de su cualidad*. El que, algunos que se pasan la vida predicando, sean remisos a dar trigo, no ha de alte-

rar la afirmación precedente. La cuestión radicará en la predisposición del sistema para hacer realmente creíbles sus máximas, admitidas todas las excepciones (lógicas) que se quieran. Si nuestros Estados de cultura (Art. Kaufmann) han de trocarse en Espartas más o menos encubiertas, es algo que depende del grado efectivo de realización de mecanismos democráticos y no de los avances científicos en sí mismos considerados.

5. Uno de estos mecanismos de democratización de la vida en común lo constituye el asentamiento de la sociedad política, del Estado, sobre una serie de *pilares básicos* y (para su constitución) elementales. Uno de estos pilares lo constituye el de la *libertad* y otro no menos importante el del *pluralismo político*. Ambos están configurados, junto con la igualdad y la justicia, como los valores superiores del ordenamiento jurídico vigente en España, al constituirse nuestro país en un Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1 de la Constitución Española), es decir, en algo que era lo diametralmente opuesto a la esencia misma del anterior Estado español.

Desde posiciones hipercríticas se ha puesto en tela de juicio la corrección y significado del mentado párrafo primero de nuestra Magna Carta; desde ópticas conservadoras se ha puesto especial énfasis en señalar el carácter meramente programático y no dispositivo —ni siquiera operativo— de tal norma. Se ha tildado a la Constitución, y como botón de muestra se ha puesto la mención a la libertad como valor, de ser una «constitución de profesores». Dejando de lado que ni ello es cierto ni que, aun siéndolo, sería intrínsecamente pernicioso, los *análisis jurídicos* de la Constitución y en particular de sus aspectos más nucleares, como es el de los llamados «valores superiores» propugnados por el ordenamiento jurídico, han de partir de un hecho que presenta dos facetas indisolublemente unidas: se trata de un texto jurídico, pero también eminentemente político. O lo que es lo mismo: el análisis formal, en el supuesto de que pueda ser válido como elemento de ahondar en la entrada de una norma, no es desde luego ni el único ni el más importante en el tema que aquí nos ocupa.

La impronta que se cierne sobre todo el texto constitucional, y que cabe atribuir a ese primer párrafo inicial, ha de ser determinada con instrumentos de más calado y más sutiles que los de la mera referencia gramatical. En primer lugar, a la formulación no es ajena cierta grandielocuencia, no sé si conveniente, pero sí parece que inevitable. No pasa de ser una figura retórica, de belleza discutible según las preferencias literarias, el afirmar que «España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político». Para lo que me interesa proponer, me conformo con señalar los aspectos siguientes:

— Está claro que los constituyentes pretendían alejarse lo más posible del, por llamarlo de algún modo, modelo constitucional inmediatamente anterior. En lo que, por antonomasia, era conocido y sufrido como «el régimen», tales valores no sólo no eran vigentes, sino que la razón de ser de aquél era, precisamente, la no existencia de los dichos valores. Acometer tal empeño era lógico en el artículo 1.1 de la Constitución Española.

— Consecuencia expresa de la redacción del precepto es que tales valores no sólo afectan a la Constitución, al bloque constitucional, sino que la trascenden e impregnan todo el ordenamiento jurídico en la que aquélla también se inserta (art. 9.1 de la Constitución Española). Es decir, que tanto en la esfera de normación a todos los niveles y en la de aplicación de los productos normativos, como a la hora de enjuiciar la corrección de ambas funciones, tales actuaciones han de estar presididas por los valores tantas veces reseñados: libertad, igualdad, justicia y pluralismo político.

6. Pero es que con todo y con esto, es decir, pese a la probable fuerza de convicción de los argumentos precedentes, queda por esclarecer una expresión de la mayor importancia, dado que, según el sesgo que se adopte, la posición del ordenamiento jurídico respecto del tema que nos ocupa, la eutanasia, será más o menos comprensiva, o lo que es lo mismo, el problema de la desesperanza del desahuciado se situará más o menos en el centro, o más o menos en el margen del campo de visión. La expresión en cuestión es la de «valores superiores».

En efecto, podría sostenerse, pues la literalidad del precepto da pie para ello, que los constituyentes fueron unos devotos de Nikolai Hartmann. Pero *afirmar* que los constituyentes, y más concretamente, los siete ponentes constitucionales, eran devotos de la filosofía de los valores media un abismo. La prueba parece serlo el modo en que se estructura la propia constitución y su mismo contenido claramente normativo y dispositivo.

En el contexto político-ambiental del artículo 1.1 de la Constitución Española parece más cabal concluir que la expresión «valores superiores» no es una declaración de adscripción a la filosofía axilógica, sino una forma de hablar, un recurso retórico, en suma. Recursos de este estilo y ambigüedad no son infrecuentes en nuestra Magna Carta: ahí están, por ejemplo, el «todos» del artículo 15, el derecho a la educación del artículo 27 (en todas sus facetas), o qué hay que interpretar por trabajadores como sujetos activos del derecho público fundamental de huelga (art. 28.2) en relación con el derecho a la libre sindicación (art. 28.1), o, por último, qué ha de entenderse por «desarrollo de los derechos fundamentales...» (art. 81.1), bastando a este respecto recordar el debate de la Diputación Permanente de

las Cortes en febrero de 1979 sobre el Decreto-Ley 3/1979, sobre seguridad ciudadana (antiterrorismo) o los debates sobre el Decreto-Ley 2/1983, expropiatorio del Grupo Rumasa y la propia sentencia del Tribunal Constitucional 111/1983, de 2 de diciembre, sobre el caso.

Lo que sugiero, al igual que constantemente efectuamos en todas las ramas jurídicas, a fin de constituir sistemas válidos y operativos, es no ceñirse al pie de la letra de la norma, puesto que ello nos puede conducir a un callejón sin salida. Este callejón sin salida no es más que dejar en letra muerta, en una simple inscripción en el frontispicio constitucional, el nervio que la anima. La presunta torpeza —que aún está por ver, pero no toca aquí adentrarnos en el asunto— de los constituyentes en ningún modo puede afectar a la validez y efectividad normativa de la Constitución, salvo que lo que se pretenda sea precisamente eso: limitar la Constitución a su función estética (lo cual despierta no pocas avideces).

En consecuencia, no veo la razón por la que «valores superiores» no pueda interpretarse, dentro del contexto histórico que alumbró la Constitución como expresión equivalente a «orientación última del ordenamiento jurídico», «guía operativa e interpretativa», «determinación de que, en cada caso, se persiga la solución que mejor favorezca la libertad...». Vistas así las cosas, puede afirmarse que «valores superiores» es una fórmula elegante y concisa de decir algo importante: A partir de la entrada en vigor de la Constitución, la libertad, la igualdad, la justicia y el pluralismo político, impregnan todo el ordenamiento jurídico con la misma intensidad con la que hasta ahora se les ha mantenido proscritos del mismo; las normas o actuaciones que vulneren injustificadamente este planteamiento recibirán la sanción pertinente. O también dicho de otro modo: «valores superiores» es el *código genético* de la nueva realidad institucional española.

7. No resulta en absoluto descabellada esta interpretación si se tiene en cuenta que en el mismo párrafo se incluye, de forma igualmente grandilocuente, la expresión «España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho». Dejando de lado el que una nación pueda constituirse o no en un Estado, lo que no resulta discutible, por ser conceptualmente extendida, es que la expresión «Estado social y democrático de Derecho» configura un modelo de Estado en el que, buscando un equilibrio entre el individualismo liberal y la intervención niveladora de los poderes públicos, las garantías al ejercicio de los derechos que constituyen el patrimonio político-jurídico de los ciudadanos y de los grupos en que éstos se integran sean reales y efectivas (art. 9.2 de la Constitución Española). Puesta, pues, esta expresión en relación con la de los «valores superiores» que en concreto haya que considerar, resulta que la primacía que tales «valores superiores» tienen en la práctica sobre cualquier otra consideración

jurídica o política es —o ha de ser— una realidad y no una mera entelequia.

Para lo que aquí nos interesa, la libertad, pueden extraerse consecuencias del mayor relieve; máxime cuando se incorpora a la palestra de la situación el llamado derecho fundamental a la vida. Pero para estudiar este entrecruzamiento normativo ha de efectuarse una breve consideración sobre lo que entiendo son los derechos y libertades públicas fundamentales y si el derecho a la vida e integridad física y moral lo es, y si lo es en qué medida, y, si no lo fuere, qué sería.

8. Como ya he expuesto en otros lugares, adhiriéndome a un amplio sector doctrinal, no parece correcto concebir los derechos y libertades públicas fundamentales ni como auténticos derechos subjetivos ni desplegando su virtualidad fuera del campo de las relaciones poder público/ciudadano.

Sin ánimo ni espacio para terciar en la polémica sobre si los derechos y libertades públicas subjetivas son realmente unos derechos subjetivos, me inclino por acentuar su carácter institucional, es decir, aquello que permite distinguir con relativa certeza si un sistema político es democrático o no. En efecto, un sistema político se distingue de otro no por la forma de Estado o por su Parlamento uni-o bicameral, sino por la extensión real y efectiva de la que gozan los derechos de sus ciudadanos. No deja de ser llamativo —y reforzador de esta postura— el que, salvo mención expresa de la propia constitución y tal como ya parece ser doctrina asentada del Tribunal Constitucional, los derechos y libertades públicas no puedan ser renunciables; poco derecho es aquél al que no se puede renunciar.

Pero, apuntado esto, reviste aún mayor importancia el delimitar lo más certeramente posible el campo de actuación de tales derechos y libertades públicas. Entiendo que desde una perspectiva dogmático-constitucional este campo de operaciones no puede ser sino el de las relaciones públicas, es decir, el de las relaciones entre los individuos y los poderes públicos y no el de las relaciones de los particulares entre sí. Ello, lógicamente, no obsta, sino que más bien demanda que el Estado social intervenga entre los particulares para que cesen y se sancionen las situaciones abusivas; pero el derecho a esta intervención nace de la concepción del Estado no de las relaciones interprivatos.

Puestas así las cosas, han de llevarse estas consideraciones al terreno llamado derecho fundamental a la vida. El artículo 15 de la Constitución Española establece: «todos tienen derecho a la vida...». La polémica se centró en su día en torno al «todos», a fin y efecto de poder considerar incluido al «nasciturus» dentro del cúmulo de potenciales sujetos; pero la sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985, de 11 de abril, al menos en este aspecto, resultó esclarecedora: el «nascitu-

rus» no es sujeto de ningún derecho, puesto que no es aún persona y sólo las personas pueden ser sujeto de derechos; además, y a la luz del artículo 10.2 de la Constitución Española, esta es la posición mantenida por el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos civiles y Políticos y por el artículo 2 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

Ahora bien, obtenida ya esta delimitación es forzoso establecer el campo de actuación de este derecho público subjetivo. Como queda dicho más arriba, despliega su operatividad en las relaciones públicas (sometidas o no a Derecho público) entre los ciudadanos y su Estado correspondiente. Este derecho a la vida, pues, hace referencia a la supresión casi total en la práctica de la pena de muerte, a la integridad física y moral de los ciudadanos en su contacto con los agentes públicos y a no verse sometidos a tratamientos inhumanos o degradantes, como las diversas formas de tortura, por parte de éstos.

Es en este contexto donde el Estado adquiere el compromiso de dejar de lado muestras de brutalidad secular y de tratar a los ciudadanos —del que surge, por otro lado— como personas, respetando la inherente dignidad de cada una de sus personas (art. 10.1 de la Constitución Española). Lo que no puede hacer el Estado es asumir el compromiso de que el resto de los sujetos, los particulares, se comportarán entre sí como se le pide al Estado que se comporte; todo lo más, y no es poco, que el Estado aquí puede hacer es, además de la práctica de una *política* social que facilite el respeto por la vida de los particulares, *promulgar* una serie de disposiciones tendente a la protección de ciertos bienes jurídicos, aquí la vida, y *aplicar* las sanciones correspondientes a los transgresores.

9. Sin embargo, la actuación del Estado va más allá aún y recorta sensiblemente el derecho público fundamental a la vida de sus ciudadanos. La vida, así, deja de ser ese bien absoluto que en no pocas ocasiones, quizá con ligereza, se proclama.

La propia Constitución, en su artículo 30.1, adelanta, al crear el deber/derecho de defender España, la posibilidad cierta de que, declarada una guerra, muchos ciudadanos hayan de perder obligatoriamente su vida. Se encarga de recordarlo la tradicional fórmula de juramento a la bandera con la final admonición de «hasta la última gota de vuestra sangre» (Ley 79/1980). En otros lugares, como en el Código penal, al regular la legítima defensa y el cumplimiento de un deber, se admite —e incluso se llega a imponer el deber— que se pueda matar a otro por parte de agentes públicos; la, en este y otros aspectos, desafortunada LOFCS considera a todos los cuerpos policiales como institutos armados, civiles o militares, y en la defectuosísima regulación del uso del arma de fuego, admite que, en primer lugar el arma pública está para defender al propio agente [art. 5.2.d)] Además, el ordenamien-

to jurídico en diversos sectores obliga a ciertos sujetos (militares, policías, bomberos, médicos, por ejemplo) a correr riesgos —que la experiencia demuestra más que virtuales— y a poner en peligro así sus vidas. Y, por último, pero no por ello el peor, el reciente y generalmente atinado Código penal militar establece 28 penas de muerte en tiempo de guerra —lo cual abre una brecha en tal tino.

Estas y otras exigencias estatales de cobrarse unas vidas humanas demuestra que la sacrosantidad del derecho a la vida es más que relativa cuando entran en juego otros polos de comparación, que difícilmente pueden, en ocasiones, recibir el calificativo de intereses legítimos. El propio Estado y la propia sociedad demandan ciertos sacrificios de vidas humanas y toleran otros (accidentes en minas, en carreteras, por ejemplo, estadísticamente previstos cada 1 de enero). En este contexto no es fácil sustentar la inalienabilidad de la vida frente al propio Estado.

10. Quien sostenga una argumentación similar a la acabada de exponer habrá de concluir que no existe un derecho público ni privado subjetivo de un particular respecto de otro particular a fin de preservar su vida e integridad física y moral. O lo que es lo mismo: no puede esgrimirse ante otro particular la vida como derecho.

¿Quiere ello decir que entre los particulares la vida carece de valor? Plantear la pregunta roza lo demagógico. Lo que sucede es que la vida antes que nada, con independencia de otras consideraciones, es el *substrato material* sobre el que cada sujeto puede edificar su patrimonio jurídico; sin vida, pues, no existe paso al Derecho. De ahí la importancia radical de mantenerla y fomentarla por parte del Estado y de respetarla por parte de los demás.

No obstante, con todo y con esto, queda por responder una pregunta crucial: ¿puede el sujeto titular de ese llamado derecho renunciar a él por propia voluntad? Pese a que el *suicidio* es *impune*, tanto por razones prácticas como por razones político-criminales, si alguien renuncia a su vida, al Estado, en cuambio, le está vedado el colaborar a ese deseo de pérdida de la vida por mano de sus propios agentes. Tal sería el caso de alguien que, por haber cometido los crímenes más horripilantes, solicitara del Estado que se le impusiera la pena de muerte.

Así las cosas, queda claro que el Estado no pone por medio de sus propios agentes los útiles necesarios para que quien desea quitarse la vida se la quite echando mano de tales instrumentos. Sin embargo, en los supuestos, mucho más mayoritarios en la realidad, en que alguien solicita o consiente en que su vida sea abreviada en relación a la duración que cabría esperar; no parece que entre en juego la prohibición de la renuncia a un derecho fundamental, sino *la renuncia, en uso de la libertad, a continuar sufriendo la vida misma*. Para

el sujeto, al menos, la vida más que soporte se convierte en una carga y dado que *no existe el deber de vivir*, ejerce su más íntima libertad y, decidiendo quitarse o abreviarse la vida, solicita de otro la adopción de medidas más o menos radicales.

Este es el momento en que aparece la eutanasia en todas sus formas, incluido el homicidio rogado. Y la cuestión en tales casos estriba en *saber si el Estado debe intervenir* para abolir esa voluntad o bien, dadas unas minuciosas garantías, *puede considerar* que la libertad del sujeto y/o su propia dignidad pueden justificar —nunca obligar— la realización de las medidas concordes a tan extremo caso: acelerar o adelantar la muerte del sujeto.

Si se parte, como aquí se hace, de que el núcleo esencial de la dignidad del hombre es la posibilidad de ejercer su libertad y de que, como se ha dicho es *communis opinio*, no existe el deber de vivir, la solución queda clara: *se ha de dar la debida protección jurídica a quien así decide y a quien le auxilia, siempre que se cumplan unas estrictas condiciones.*

11. Tal como se ha señalado anteriormente, tres son las versiones relevantes de la eutanasia: la *pasiva*, la *indirecta* y la *activa*; pero a esta triple problemática hay que añadir la que plantea el *consentimiento* en las dos primeras, por lo que de hecho son cuatro órdenes de problemas, si bien uno, el consentimiento, es común a dos de ellos.

Por *eutanasia pasiva* se suele entender aquella actividad, fundamentalmente médica o de otro personal sanitario, que consiste en dejar de prolongar artificialmente la vida de aquellas personas a las que, irremisiblemente avocadas a la muerte, tal prolongación les causa padecimientos insufribles.

Por así decirlo, esta modalidad constituye un fracaso de las más modernas técnicas médicas: de una mayor posibilidad de alargamiento de la vida no se sigue ni la curación ni este alargamiento significa lenitivo alguno; antes al contrario, la prolongación técnica de la vida significa mayores dolores aún.

Ante esta situación, es decir, ante la irreversibilidad de la situación y los dolores sin cuento del paciente, se opta por cesar en la aplicación de las técnicas de prolongación y/o sostenimiento. Contra lo que pudiera pensarse, no se trata de una conducta activa, sino de una omisión, puesto que la maquinaria, cuando la hay, no es más que la «lunga manus» del médico. En puridad se trata más bien de una ortotanasia, puesto que lo que se hace es permitir, a partir de cierto punto, que la naturaleza siga su curso.

Aquí la *figura delictiva* en juego sería la del homicidio en comisión por omisión. Sin embargo, en auxilio del médico surgiría la causa de justificación que supone el estado de necesidad en su variante de

colisión de deberes: el deber de intentar salvar una vida cede ante el de llevarlo a cabo sin que ello suponga una tortura para el moribundo, es decir, por mor de respetar su libertad de decisión de cuál es el tratamiento que desea seguir y, en todo caso, su dignidad, manifestada en su derecho a una muerte lo menos cruel posible.

Dos son los problemas que se suscitan ahora: por un lado, determinar si la calificación jurídico-penal es la correcta y, por otro, plantear lo que sucede cuando el paciente —lo que no es infrecuente— no ha podido prestar su consentimiento expreso, tal es el caso de los inconscientes y de los recién nacidos.

12. A fin de establecer si la calificación jurídico-penal es correcta, debe plantearse una pregunta: ¿es punible por lesiones el facultativo que prolonga el tratamiento torturante al paciente al que no le asiste la más mínima esperanza de vida? La respuesta ha de ser positiva: otra cosa es que, al tratarse de enfermos terminales, y dada la absurda peculiaridad del Derecho penal español que tipifica dentro de las *faltas graves* ataques contras las esferas de la personalidad, como es aquí la integridad física y mental, la pena sea más bien exigua (art. 582 del Código penal).

Si el paciente realmente está desahuciado, el único tratamiento exigible y razonable es el de prepararle física y anímicamente para la muerte de la forma menos dolorosa posible. Dado que existe la duda más que razonable de que, en lo anímico, el sistema sanitario español pueda prestar ese consuelo paliativo, lo lógico será demandar, cuando menos, que la tortura física no le sea inflingida y/o agravada por el propio sistema.

Vistas así las cosas, es decir, ante la dolorosísima inutilidad del tratamiento, no puede hablarse rectamente de homicidio justificado alguno. Se tratará, más bien, de una *conducta socialmente adecuada*, la que realiza el médico y, por tanto, *atípica*. No existe colisión de deberes, cuando uno de los deberes carece de sustrato fáctico en el caso concreto.

13. Sin embargo, queda en pie la cuestión relativa al consentimiento que el paciente —obsérvese que nunca se habla aquí de víctima— pueda prestar para que cese la actividad médica de mantenimiento. Aquí se suscitan dos órdenes de cuestiones, a saber: i) si este consentimiento es igual al del resto de consentimientos que exige la Ley para ciertas intervenciones de extraños en la esfera personal del titular de un derecho, y ii) cómo ha de tratarse el caso del paciente que o no está en condiciones de prestar consentimiento válido o está inconsciente o es un recién nacido.

Podría argumentarse para el primer orden de cuestiones que el moribundo no está realmente en condiciones de prestar un consentimiento al estilo del que, por ejemplo, se exige en la Ley 30/1979,

sobre trasplantes, a saber: ha de estar en pleno uso de sus facultades para manifestar su consentimiento libre, expreso y consciente tras haber sido asesorado por el médico (art. 4). Esta argumentación reduce a la nada los planteamientos hasta aquí efectuados, puesto que es difícil concebir un consentimiento de tal guisa inmerso el paciente en padecimiento sin cuento, tal como la experiencia hospitalaria avala. A la vista de su estado, prácticamente sumido en la semiinconsciencia y de seguro no en pleno uso de sus facultades mentales por las dificultades de la circulación cerebral, ha de relativizarse muy mucho lo que correspondería a la prestación de consentimiento en otras circunstancias y para otras necesidades. Más que la propia libertad plena del individuo, que por lo general falta o es incompleta, prima el planteamiento de *no inferir daños innecesarios*; o lo que es lo mismo: por más daños que se le causen, no por ello va a recobrase la esperanza de su recuperación, aunque fuere parcial.

Salvo en los pocos casos en que sí podrá prestarse un consentimiento digno de tal nombre, será el médico quien de acuerdo a la *lex artis* y comunicándolo a los familiares, si los hubiera, procederá al cambio de tratamiento, sustituyendo el intensivo por uno de mero mantenimiento, si éste fuera aún posible; tratamiento que ha de tener como consecuencia la monoración de los padecimientos del moribundo.

De esta guisa queda resuelta también la cuestión atinente al *consentimiento presunto*. Y no hay que olvidar que para otro trance igualmente delicado, el legislador ha decidido en favor de la mujer cuando, en peligro grave para su integridad, no puede prestar consentimiento a fin de que se le practique un aborto (art. 417 bis, 1.1.^a-II del Código penal). Decidir en favor de la mujer supone presumir que ella habría reaccionado en igual sentido; pues otro tanto de lo mismo acontece con el moribundo que no puede prestar su consentimiento —o su exigencia— a dejar de ser tratado de forma tan cruel y torturante.

14. Por lo que respecta a los recién nacidos con malformaciones tales que les obligarían a llevar todo lo más una vida negativa, parece que, de acuerdo con los padres, la solución de no prolongar por más tiempo el tratamiento que lo mantiene artificialmente con vida es una solución ajustada a Derecho.

Mayores problemas penales plantea la cuestión que Eser aporta, extraída de la realidad judicial alemana. Sintetizando, se trata de un recién nacido que padece una serie de graves malformaciones irreversibles de la columna vertebral, de la pelvis y de las extremidades inferiores (síndrome de displasia caudal), a lo que se añade, como consecuencia, el peligro de una formación hidrocefálica, todo ello complicado con una atresia anal; no se manifestaron lesiones cerebrales, aunque los daños neurológicos eran importantes. Se dijo a los padres

que la oclusión intestinal podría ser operada con éxito y así se evitaría una septicemia; también se les dijo reiteradamente que el niño sería de inteligencia normal, pero que nunca podría andar y que no podría controlar fiablemente ni su recto ni su vesícula urinaria. Ante este panorama, los padres optaron por la no operación; sin embargo, se obtuvo la correspondiente autorización judicial para llevarla a cabo y, en el momento de realizarla, el anestésista se negó; en última instancia, se desarrolló una hidronefrosis bilateral y una obstrucción colónica, muriendo el niño a los doce días por shock séptico. La fiscalía de Friburgo decidió sobreseer el procedimiento iniciado por entender que la acusación no podría prosperar y que, en todo caso, el asunto se saldría con la impunidad de los padres y del anestésista.

Como aspecto positivo, de carácter sistemático, puede señalarse sólo uno: cada facultativo interviniente en un tratamiento médico ha de regir su propia conducta, no siendo válido el ampararse en la de los demás; desde esta perspectiva, la negativa, mejor dicho la posibilidad de negativa, del anestésista es correcta. No lo es, sin embargo, la resolución de sobreseimiento que formuló la Fiscalía. Y no lo es, porque, en definitiva, está *equiparando eutanasia precoz a eugenesia* y más que tener en cuenta los posibles dolores y padecimientos del niño a medida que fuera creciendo, lo que tiene en cuenta son los padecimientos morales y cargas físicas, superior a las ordinarias, que deberían soportar los padres —y a las que el anestésista no quiso contribuir—. Dada la pronosticada normalidad cerebral e intelectual del recién nacido no es sustentable la impunidad de los padres ni del médico que se negó a intervenir en la operación. Pesó aquí más una cierta idea de la comodidad que el principio del mantenimiento de la vida humana sin referencia a su cualidad —cualidad que en el caso presente era mentalmente aceptable, aunque físicamente deplorable—. A diferencia de lo que sucede con la eutanasia que se aplica a enfermos terminales, en la eutanasia precoz aquí predicada, pero encubridora de eugenesia, se pasa por alto que no es lo mismo aplicar tan drástico remedio al final que al comienzo de la vida humana: en aquélla se ayuda a la persona, tras haber vivido, a morir; y en ésta se practica en el momento mismo de asomarse a ella.

La detección fetal de malformaciones, no suficientemente amplias en nuestro Derecho para permitir el aborto (aunque pudiera entrar bajo la indicación relativa a la salud mental de la madre), y una correcta política social, como la instauración de padres sustitutos, pudieran ser remedios mucho menos drásticos y mucho más respetuosos para con la vida de quien no puede aún ejercer su libertad, pero que ya posee su propia dignidad inalienable.

Desde la perspectiva de la libertad y la dignidad de la persona es absolutamente improcedente que los padres, u otros sujetos legiti-

mados jurídicamente, para ejercer la representación de sus hijos o pupilos, puedan en nombre de éstos prestar su consentimiento para que se les quite la vida, por más razones fundadas que existan. Ni de la regulación civil ni de la penal cabe extraer tal posibilidad; antes al contrario, otra de signo opuesto. El Código civil en su artículo 154.1.º, en su referencia al bienestar de los hijos, no puede dilatarse hasta el extremo de autorizar su muerte; el Código penal, en su reciente reforma de 1983 y al confirmar la licitud de las operaciones voluntarias de esterilización y cambio de sexo, especifica que no la podrán efectuar los menores de edad ni los demás incapaces ni aun mediante autorización de sus representantes legales. Si no se puede otorgar consentimiento en nombre del hijo para proceder a su esterilización, mal podrá presentarse para que se le practique una eutanasia real o encubierta.

Esta argumentación confirma un hecho ya enunciado anteriormente: *cuando el paciente no pueda prestar su consentimiento tras la información obligada del médico, éste, de acuerdo con los conocimientos actuales de la Ciencia y previa comunicación a los familiares si los hubiera, puede cesar en la práctica de tratamientos torturantes que no pueden devolver la esperanza de vida; los casos de inconsciencia tenida por irreversible, ya sea en adultos o en recién nacidos, es el supuesto de hecho de esta decisión.* El Proyecto Alternativo alemán no prevé la garantía de un consejo de médicos, lo cual sería sumamente deseable. Pero mientras tal no exista, la actuación médica, aun sin mediar acuerdo de los eventuales parientes, es correcta dentro de los márgenes establecidos. No ha de olvidarse, pues reviste la mayor importancia, la recomendación número 779 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, de 29 de enero de 1976, en su párrafo 6.º, en el sentido de no poder considerar la prolongación de la vida, en cuanto tal, «como objetivo exclusivo de la práctica médica».

15. La *eutanasia indirecta* suscita otra serie de aspectos, que en parte coincidentes con los anteriores, merece su tratamiento separado. Por esta práctica se entiende el adelantamiento de la muerte como consecuencia, que se sabe cierta, de la administración de lenitivos para aliviar el dolor cruel que sufre el enfermo.

En la eutanasia indirecta se plantea con mayor claridad que en los supuestos anteriores los aspectos que deben primar sobre el mero mantenimiento de una vida sin esperanza de recuperación: *la libertad de decisión del afectado* (autodeterminación) y la protección de la propia *dignidad de la persona*, consistente aquí —incluso si no puede prestar su consentimiento— a morir lo más plácidamente posible. Al igual que en la eutanasia pasiva no se trata de *ayuda para morir*, sino *ayuda en el morir*. Si el sujeto confirma su deseo de una muerte lo menos dolorosa posible, el médico ha de colaborar a ello:

igualmente, si está inconsciente el paciente, o ha manifestado con anterioridad próxima tal decisión, o, de acuerdo a la práctica médica, ello es lo más conveniente para el último tránsito.

Aquí la *conducta médica es jurídico-penalmente irreprochable*, ajustada a la adecuación social y la normativa deontológica. No puede hablarse ni de homicidio —por las razones expuestas anteriormente— ni de auxilio o inducción al suicidio en cualquiera de sus modalidades. Los tipos del artículo 409 del Código penal no entran en juego por el hecho de que no se trata de que el paciente quiera quitarse la vida o no, sino porque, a la vista del irremisible fin de su estado —sobre el que no puede disponer— elige el medio más conforme a sus planteamientos personales. Aunque se trata de algo más simple que la alegación de las propias creencias (artículo 16.1 de la Constitución Española).

Por lo que respecta al actuar médico sin consentimiento concluyente del enfermo, el tema ya ha sido planteado en la modalidad anterior de eutanasia.

16. Que el paciente pueda prestar su consentimiento en forma tras la preceptiva información del médico sobre su estado real y las consecuencias del tratamiento es lo usual. Sin embargo, el consentimiento expreso presenta en ocasiones manifestaciones menos convencionales. Se plantea aquí la cuestión de la validez de estas formas de consentimiento expreso, singularmente la llamada *disposición de eutanasia o testamento vital*.

En virtud de una declaración documental de una persona, en la que se contiene su deseo de no verse sometida a tratamientos innecesariamente dolorosos, cuando se le haya desahuciado clínicamente, se suspende el tal tratamiento. La doctrina y la legislación positiva que lo reconoce (como, por ejemplo, la Natural Death Act de California de 1976) se resisten a conceder una eficacia total a este consentimiento. Y les asiste la razón. Una cosa es hacer en un momento de plenitud vital dicha declaración y otra muy distinta realizarla en el momento del trance. Por ello, se suele exigir o la *ratificación* o otorgarle, como hace la Ley californiana, una *validez* temporal de 5 años, siempre y cuando esté debidamente registrado.

Por ello, esta declaración no exime al médico de suscitar el problema al paciente, si está consciente, o de resolver la cuestión, de acuerdo a los planteamientos médicos, a la vista de la desesperanza de rehabilitación.

17. Queda, por último, la modalidad más espinosa de eutanasia: la *eutanasia activa*. Pero de las diversas modalidades imaginables —y la historia y la actualidad son generosas en muestrario— hay acuerdo en sólo admitir a discusión relevante a efectos atenuatorios o de impunidad, el llamado *homicidio rogado*. Este homicidio rogado en-

cuentra acogida en nuestro derecho en el tipo del *auxilio ejecutivo al suicidio*. Como veremos a continuación esta denominación casa más adecuadamente con la realidad que los hechos presentan.

En efecto, supuestos típicos de la eutanasia activa aquí considerada hacen referencia a situaciones en las que una persona, abocada irremisiblemente a la muerte, solicita seriamente de otra que ponga fin a su vida. Tanto puede ser el caso del enfermo incurable de cáncer, con seis meses de vida, el camionero atrapado en la ferralla de su cabina en el que el fuego ha empezado a prender o el parapléjico que únicamente conserva movilidad de cuello para arriba.

Aquí se sabe de lo *irremisible* de la muerte a un plazo determinado, o bien la *calidad de vida* del sujeto es tan defectuosa para él que, aún queriéndose quitar la vida, no puede y solicita a un tercero que lo haga por él.

Dados los requisitos de un requerimiento serio y expreso, el Derecho alemán (§ 216 StGB) ofrece una penalidad menor que la del homicidio; en cambio, el Derecho español (art. 409 del Código penal) iguala la pena a la del homicidio y algún sector doctrinal considera que ello está plenamente justificado y aun privilegiado respecto de las figuras que merecerían aplicarse al caso (como los de parricidio o asesinato). Por mi parte, he sostenido en otro lugar que, aun sin mediar los móviles de la eutanasia, la pena del auxilio ejecutivo al suicidio debería ser inferior a la actual; mientras llega ese momento he propuesto que se acuda al expediente de la circunstancia atenuante muy cualificada (ya sea por proceder de un estado de necesidad incompleto, ya sea por proceder de una atenuante analógica en relación con éste), lo que permitiría la reducción de hasta dos grados de la pena y, entonces, dentro de la prisión menor imponerla en un año, lo que, a su vez, facilita la concesión quasi automática de la remisión condicional. La Propuesta de Anteproyecto de nuevo Código penal, si bien plantea una reducción de las conductas a incriminar, puede llevar al contrasentido, desde mi punto de vista, a castigar más el auxilio ejecutivo al suicidio que un homicidio; esta discordancia valorativa debería tenerse en cuenta.

A este planteamiento de salida, el Proyecto Alternativo alemán y, en parte, el Proyecto Oficial holandés, añaden la impunidad en el caso de que se realice el homicidio rogado, teniendo en cuenta una situación de enfermedad y/o padecimiento sin salida alguna. La diferencia esencial entre ambos proyectos está en que el Proyecto holandés limita al personal sanitario la posibilidad de poner fin a la vida del requerimente, mientras que el alemán no tiene esta limitación. Pero mayor relieve ofrece otra diferencia, a saber que en el Proyecto holandés la conducta terminal no es *antijurídica*, mientras que en el Alternativo alemán sí lo es, viéndose únicamente libre de pena el sujeto por el instituto de la renuncia a pena.

Si bien hay que considerar un acierto la ampliación subjetiva de los redactores del Proyecto Alternativo, no parece serlo el *mantenimiento de la antijuricidad*. A ello se opuso, con razón, uno de sus redactores, Klug, pero, por lo que se ve, sin éxito.

Admitida en ciertos supuestos la muerte rogada, la colaboración decisiva en la realización de la automuerte que el recipiario ya ha decidido, y establecidas las garantías de rigor, no parece congruente que el médico u otra persona que haya efectuado la muerte deba ser considerado como realizador de un hecho antijurídico. Entre otras consecuencias ello implica que será también punibles quienes colaboren con el sujeto activo de este delito y que, por ser un hecho antijurídico y culpable, aunque por ministerio de la Ley impune, tal conducta generará responsabilidad civil que podrían demandar las causahabientes del doliente fallecido; y podría generar legítima defensa por parte de terceros.

18. Pero la *cuestión decisiva es saber porqué no se debería considerar antijurídico* este hecho.

En primer lugar se ha de conceder que, salvo las causas mentales de enfermedad irreversible o padecimientos fuera de lo corriente en que se halle el paciente, ha de mantenerse la punición del auxilio ejecutivo al suicidio, aunque, dicho sea de paso, con pena posiblemente inferior a la actual, tal como hace, por ejemplo, el StGB alemán (de 6 meses a 5 años).

Pero concurriendo las causas mentadas, ha de entenderse que ellas son por sí solas suficientes para desplazar la antijuridicidad de la conducta del que pone fin a la vida del desahuciado y/o doliente a petición de éste. Y parecen suficientes estas causas a la vista de los razonamientos hechos anteriormente en relación con la primacía que, en nuestro ordenamiento, tiene la libertad personal, cuando menos de decisión, es decir, de autodeterminación, ante el bien jurídico vida, que en las relaciones entre particulares, como ya vimos no se pone en juego como derecho público fundamental.

No hay que volver a reiterar que no existe el deber de vivir. Pero hay más: tampoco se estima correcta una intromisión del Estado en un excesivo fomento de la propia vida, hasta el punto que la haga absolutamente irrespirable para el propio titular al que se quiere proteger. Ni siquiera en nombre del Estado social, salvo un paternalismo cuasi (o sin cuasi) totalitario, puede intrincarse en esa esfera tan íntima de la persona: su decisión de vivir. Cabría argumentar que ello ya está contemplado así desde el punto y momento en que el suicidio y, en general, las autolesiones son impunes; y que lo que no se puede exigir al Estado es que autorice la muerte del que no desea vivir a manos de un tercero.

Para ello desconoce una serie de aspectos que se revelan básicos, a saber:

— *No se obliga* a nadie a matar al doliente o desahuciado; o sea, que no se instituye el *deber de matar* en ciertas circunstancias (deber que, por otra parte, se impone en otras, en las que la libertad de la, en esos casos sí víctima, para nada se tiene en cuenta).

— El sujeto decide a la vista de su estado que ya no posee, de forma irreparable, el nivel de cualidad de vida medio que le haría su existencia, sino gozosa, sí, al menos, llevadera; si bien es cierto que, por razones del tipo que sean, existen personas con una admirable y formidable capacidad de aguante, otras, en cambio, ven en la inutilidad de su esfuerzo una razón más para solicitar que se les quite de en medio. Es más, si ellos pudieran hacerlo, significaría que su postración no era que la que en realidad es: o sea, que el homicidio rogado es la *única salida* para estas personas, fuera, claro está, de esperar que la naturaleza siga su curso propinándoles toda clase de sufrimientos físicos y morales.

— Ante esta situación el sujeto decide hacer uso de su capacidad de autodeterminación, de mayor rango que la vida como bien jurídico a ser respetado; la vida sin opción libre de vivirla pierde parte de su valor y lo pierde totalmente cuando el nivel de calidad de la propia vida se sitúa muy por debajo del ordinario.

Incluso, y esto se olvida, de no autorizar el Estado la práctica de la muerte del solicitante en estos *casos-límite*, sucedería que el Estado está infringiendo al doliente un *trato inhumano*, dado que los dolores físicos y morales van más allá de lo medianamente aceptado como soportable. Llegados a este punto, y en cumplimiento del artículo 15 de la Constitución Española, el doliente solicita que se le quite la vida; no aceptarlo por el Estado podría plantear problemas jurídico-constitucionales, con su traducción en la esfera jurídico-penal.

En resumidas cuentas, el compromiso por la libertad, es decir, por la capacidad de autodeterminación de las personas, de llevarse hasta sus últimas consecuencias. O dicho con otras palabras: la solución a este tema no puede ser la misma que la dada por el ordenamiento autoritario, o cuando menos, autoritariamente interpretado. Por eso mismo, aquí, el consentimiento es absolutamente insustituible; *ni siquiera*, el médico u otro tercero puedan ampararse en el *consentimiento presunto*. El planteamiento de la autodeterminación expuesto obliga consecuentemente a esta solución.

Y este compromiso por la libertad de decisión de todos los sujetos capaces que integran la comunidad jurídica se manifiesta mediante la *admisión del pluralismo político*; y, a decir verdad, no puede existir pluralismo político si no se da el pluralismo ideológico, cultural y aquí existencial. El Estado, la sociedad política, de reconocer, como

ya van dándose pasos en este sentido, que diferentes sujetos tengan diferentes opiniones, mayormente en los temas más íntimos y vitales. Y no basta con reconocerlo, sino que en la medida de lo posible no ha de ser rechazado. Y aquí parece posible.

19. A la vista de todo lo expuesto, queda, para finalizar, una última cuestión: ¿qué sucede si no se impide un suicidio? Al igual que la legislación y doctrina alemanes, en otro lugar me he opuesto al castigo de la ayuda al suicida por omisión o la punición de tal conducta omisiva como omisión del deber de socorro; éste, en cambio, parece ser el planteamiento dominante español, acudiendo a diversos expedientes.

Tanto en la expresión «prestar auxilio» del primer párrafo del artículo 409 del Código penal como de la «persona que se hallare desamparada» del artículo 489 bis I del Código penal he intentado argumentar la no conveniencia de incriminar por omisión pura la pasividad ante un suicidio; además, me he inclinado por una interpretación del auxilio no ejecutivo como cooperación necesaria y no como cualquier complicidad, en el suicidio que otro realiza. Si, por regla general, la doctrina española considera que la inducción al suicidio es una inducción en regla, es decir, como la comprendida en el artículo 14.2.º del Código penal, no veo dificultad en considerar el auxilio como cooperación necesaria y no también como complicidad. Ello tiene como base el que, de este modo, al limitar la modalidad auxiliadora a las formas más graves se produce una reducción del injusto, de un injusto que ya es de por sí excepcional al castigar la participación en un hecho impune. Y, además, la doctrina mayoritaria no admite la complicidad ordinaria por omisión, con lo cual, además de ampliar sin fundamento legal que compeliere a ello el ámbito de lo que haya que entender por ayuda, se ampliaría el concreto injusto incluyendo la omisión cuando no se admite en la conceptualización general.

Podría argüirse que procedería al castigo del omitente en comisión. Pero para la realización de esta figura se ha de aceptar que en el caso concreto existe lo que se denomina *posición de garante*. Y salvo que se trate de incapaces, ya por edad, ya por estado físico o mental, no me es fácil comprender que se pueda fundamentar en el cuidado médico o familiar tal posición de garante, máxime a la vista del papel que entiendo juega la libertad de decisión en este contexto. De nuevo, la Constitución ha venido a innovar, y creo que positivamente, el ordenamiento preexistente. Sólo, como también efectúa el Proyecto Alternativo, con la salvedad de que el suicida sea una persona con sus facultades mentales perturbadas por razones endógenas o exógenas o sea menor de edad, podrá negarse la impunidad que, por lo dicho, para mí, lo es por falta de antijuridicidad.

BIBLIOGRAFIA

- ALVAREZ CONDE, E.: *El régimen político español*, Madrid, 1983.
- BAJO FERNÁNDEZ, M.: *La intervención médica contra la voluntad del paciente*, «ADPCP», 1979 (II), pp. 491 y ss.
- Agresión médica y consentimiento del paciente*, «CPC» (25), 1985, pp. 127 y ss.
- Manual de Derecho penal. Parte especial*, I, Madrid, 1986
- BAUMANN, J. y otros: *Alternativentwurf eines Gesetzes über Sterbehilfe*, Stuttgart-Nueva York, 1986 (contiene, entre otros, el proyecto alternativo sobre una ley de eutanasia, su fundamentación, el proyecto sobre eutanasia del Gobierno holandés y la Ley californiana de 1976 sobre muerte natural).
- BOCKELMANN, P.: *Strafrecht des Artzes*, Stuttgart, 1968.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.: *El consentimiento en las lesiones*, Salamanca, 1982.
- BUENO ARUS, F.: *Límites del consentimiento en la disposición del propio cuerpo desde la perspectiva del Derecho penal*, en «Poder Judicial» (15), 1985, pp. 11 y ss.
- BUSTOS RAMÍREZ, J. J.: *Manual de Derecho penal. Parte especial*, Barcelona, 1986.
- CARBONELL MATEU, J. C.: *La justificación penal*, Madrid, 1982.
- CEREZO MIR, J.: *La regulación del estado de necesidad en el Código penal español*, en «Estudios penales y criminológicos X», Santiago de Compostela, 1986, pp. 53 y ss.
- COBO DEL ROSAL, M.: *Protección jurídico-penal del Derecho a la vida y su negación*, en «Estudios de Filosofía del Derecho y Ciencia Jurídica en Memoria y Homenaje al Catedrático don Luis Legaz y Lacambra (1906-1980)», Madrid, I, 1981, pp. 259 y ss.
- COBO DEL ROSAL, M., y VIVES ANTÓN, T.: *Derecho penal. Parte General*, Valencia, 1984.
- CUERDA RIEZU, A. R.: *La colisión de deberes en el Derecho penal*, Madrid, 1984.
- ENGISCH, K.: *Suizid und Euthanasie nach deutschem Recht*, en «Eser» (ed.). *Suizid und Euthanasie als human und sozialwissenschaftliches Problem*, Stuttgart, 1976.
- ESER, A.: Vid. Schönke/Schröder.
- Límites del deber de tratamiento médico desde el punto de vista jurídico*, en «NFP» (307, 1985, pp. 435 y ss.).
- Rechtfertigungs- und Entschuldigungsprobleme bei medizinischer Tätigkeit* (Problemas de justificación y disculpa penal en materia de actuaciones médicas), en «Avances de la medicina y Derecho penal» (S. Mir Puig ed.), Barcelona, en prensa.
- ESTEBAN, J., y LÓPEZ GUERRA, L.: *El régimen constitucional español*, dos volúmenes, Barcelona, 1980-1981.
- DÍEZ RIPOLLES, J. L.: *La huelga de hambre en el ámbito penitenciario*, en «CPC» (30), 1986, pp. 603 y ss.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *La Constitución como norma jurídica y el Tribunal Constitucional*, Madrid, 1981.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: *Curso de Derecho administrativo*, Madrid, vol. I, ³1979; vol. II, ²1981.
- GANORENA MORALES, E.: *El Estado social y democrático de Derecho*, Madrid, 1984.
- GEILEN, G.: *Euthanasie und Selbstmord*, Tubinga, 1975.
- GIMBERNAT ORDEIG, E.: *Inducción y auxilio al suicidio*, en «Ensayos penales», Santiago de Compostela, 1974, pp. 175 y ss. («Estudios de Derecho penal», ²Madrid, 1981, pp. 211 y ss.).
- GONZÁLEZ CASANOVA, J. A.: *Teoría del Estado y del Derecho constitucional*, Barcelona, 1980.
- HORN, E.: Vid. Rudolphi-Horn-Samson.
- JÄHNKE, B.: *Comentarios a los §§ 211 y ss.*, en «Leipziger Kommentar», Berlín, ¹⁰1980.
- JORGE BARREIRO, A.: *La relevancia jurídico-penal del consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico*, en «CPC» (16), 1982, pp. 5 y ss.
- KAUFMANN, A.: *Zur ethischen und strafrechtlichen Beurteilung der sogenannten Früh-euthanasie*, en «JZ», 1982, pp. 481 y ss.
- Relativierung des rechtlichen Lebensschutzes? (¿Relativización de la protección jurídica de la vida?)*, en «Avances de la medicina y Derecho penal» (S. Mir Puig ed.), Barcelona, en prensa.
- KLUG, U.: *Das Recht auf ein menschenwürdigen Tod*, en «Sonnemann-Festschrift», 1982, pp. 114 y ss.

- KREY, V.: *Strafrecht. Bendorere Teil*, I, Stuttgart ⁶1985.
- LENCKNER, T.: Vid. Schönke-Schröder.
- MARTÍN RETORRILLO, L.: *Derechos fundamentales en tensión*, en «Poder Judicial» (13), 1984, pp. 31 y ss.
- MAURACH, R., y SCHRÖDER, F. C.: *Strafrecht. Besonderer Teil*, I, Karlsruhe, ⁶1977.
- MIR PUIG, S.: *Problemas de estado de necesidad en el artículo 8.7.º del Código penal*, en «Estudios jurídicos en homenaje a Pérez-Vitoria», Barcelona, 1983, pp. 501 y ss.
- Derecho penal. Parte General*, Barcelona, ²1985.
- MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal. Parte especial*, Sevilla, ⁶1985.
- PÉREZ LUÑO, E.: *Los derechos fundamentales*, Madrid, 1984.
- PÉREZ ROYO, J.: *Las fuentes del Derecho*, Madrid, 1985.
- PECES BARBA, G.: *La Constitución Española de 1978*, Valencia, 1981.
- Derechos fundamentales*, Madrid, ⁴1983.
- Los valores superiores*, Madrid, 1984.
- QUERALT JIMÉNEZ, J. J.: *Derecho penal español. Parte Especial*, I, Barcelona, 1986.
- QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Tratado de la Parte Especial del Derecho penal*, I, Madrid, ²1972.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: *La omisión del deber de socorro*, Madrid, 1967.
- ROLDÁN BARBERO, H.: *Estado de necesidad y colisión de intereses*, «CPC» (20), 1983, pp. 469 y ss.
- Prevención del suicidio y sanción interna*, «ADPCP», 1987 (III), pp. 625 y ss.
- ROMEO CASABONA, C. M.: *El médico y el Derecho penal*, Barcelona, 1981.
- ROSAL BLANCO, DEL, B.: *La participación y el auxilio ejecutivo en el suicidio: un intento de reinterpretación constitucional del artículo 409 del Código penal*, en «ADPCP», 1987 (I), pp. 73 y ss.
- ROXÍN, C.: *Die Mitwirkung beim Suizid ein Tötungsdelikt?*, en «Dreher-Festschrift», 1977, pp. 331 y ss.
- Der Schutz des Lebes aus dem Sicht des Juristen*, en «BLAHA-GUTJAHR-LÖSER-NIEBER», *Schutz des Lebens Recht auf Tod*, Munich, 1978, pp. 85 y ss.
- RUDOLPHI, H. J./HORN, Eck./SAMSOM, Erik: *Systematischer Kommentar*, Frankfurt a. M., AT, ⁴1984, BT ³1985.
- SCHÖNKE/SCHRÖDER (LENCKNER, Th.; CRAMER, F.; ESER, A.; STREE, W.): *Strafresetz-buch. Kommentar*, Munich, ²⁰1982.
- SCHREIBER, H. L.: *Kriterien des Hirntodes*, en «JZ», 1983, pp. 593 y ss.
- Das Recht auf eigenen Tod-zur gesetzlichen Neuregelung der Sterbehilfe*, en «NSStZ», 1986 (8), pp. 337 y ss.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M.: *Sobre el estado de necesidad en Derecho penal español*, en «ADPCP», 1982 (II), pp. 663 y ss.
- La responsabilidad penal del médico por omisión*, en «La Ley», núm. 1632 (1987).
- STRATENWERTH, G.: *Sterbehilfe*, en «SCHWZSTR», 1978, pp. 60 y ss.
- TORIO LÓPEZ, A.: *La noción jurídica de suicidio*, en «Estudios de Derecho público y privado.. Homenaje a don Ignacio Serrano y Serrano», II, Valladolid, 1965, pp. 653 y ss.
- Instigación y auxilio al suicidio, homicidio consentido y eutanasia como problemas legislativos*, en «Estudios penales y criminológicos», IV, Santiago de Compostela, 1984, pp. 169 y ss.

Justificación y exclusión de la culpabilidad a la luz del Derecho comparado

(Con especial consideración del Derecho penal español) (*)

Dr. WALTER PERRON

Colaborador científico del Instituto Max Planck de Derecho penal extranjero e internacional en Freiburg i. Br. República Federal de Alemania

I. INTRODUCCION Y METODO

El tema de «La justificación y la exclusión de la culpabilidad» constituye, desde hace ya algunos años, un punto central de la investigación del Instituto Max Planck de Derecho penal en Freiburg. Hasta ahora se ha intentado una aproximación iuscomparatista a estos dos elementos centrales del sistema material del Derecho penal por diversas vías; en especial por la asignación de trabajos particulares, por un lado, y la organización de congresos internacionales, por el otro (1). Mi exposición abarca ambos aspectos: Da cuenta, en primer lugar, de una investigación particular sobre la justificación y la exclu-

(*) Versión ampliada con notas de la conferencia pronunciada por el autor el 13 de febrero de 1987, con ocasión de la sesión del Consejo de Dirección del Instituto Max Planck de Derecho penal extranjero e internacional en Friburgo. Título original: *Rechtfertigung und Entschuldigung in Rechtsvergleichender Sicht —unter besonderer Berücksichtigung des spanischen Strafrechts*. Publicada también en la ZStW, 1987, pp. 902 y ss.

Traducción de Jesús M.^a Silva Sánchez. Profesor titular de Derecho penal. Universidad de Barcelona.

(1) Se han concluido hasta ahora, como *obras individuales*, las siguientes: CHOI: *Notwehr und «Gesellschaftliche Sitten» —ein deutsch-koreanischer Vergleich zu sozialet-hischen Implikationen von Rechtfertigungsgründen* (en prensa). PERRON: *Rechtfertigung und Entschuldigung im deutschen und spanischen Recht —ein Strukturvergleich straf-rechtlicher Zurechnungssysteme* (en prensa). Se han realizado los siguientes congresos: Segundo coloquio germano-polaco sobre Derecho penal y Criminología del 5 al 9 de abril de 1984 en Friburgo (las ponencias están publicadas en un tomo con el mismo título, editado por Eser-Kaiser-E. Weigend, aparecido en 1986 en «Baden-Baden»); coloquio germano-angloamericano del 1 al 21 de julio de 1984 en Friburgo; coloquio penal germano-escandinavo del 22 al 31 de mayo de 1985 en Friburgo (las ponencias están publicadas en Eser-Cornils (ed.), *Neuere Tendenzen der Kriminalpolitik: Beiträge zu einem deutsch-skandinavischen Strafrechtskolloquium*, Freiburg 1987; tercer coloquio germano-soviético sobre Derecho penal y Criminología del 23 al 27 de septiembre de 1985 en el palacio Ringberg-Tegernsee (las ponencias están publicadas en un tomo

sión de la culpabilidad en Derecho español (2) y, al final, trata de mostrar las perspectivas de una ulterior actividad investigadora en este terreno, tomando en consideración las conclusiones de las demás reuniones habidas al respecto.

El estudio de las causas de justificación y exclusión de la culpabilidad en Derecho español tenía por objeto penetrar, por medio de un análisis estructural de estas eximentes, lo más profundamente posible en el sistema del Derecho penal español, con el fin de obtener así un conocimiento exacto de su estructura global. La cuestión no era, pues, comparar las soluciones del Derecho español y del alemán en relación con aspectos particulares, como el enjuiciamiento de las acciones de salvación en situaciones individuales de necesidad. En el centro de nuestro interés se hallaba, más bien, la determinación de la posición específica de las causas de justificación y exclusión de la culpabilidad en el seno del sistema global de los presupuestos materiales de la punibilidad, o —conforme a una terminología de nuevo en auge— en el seno de la *imputación jurídico-penal* (3).

Los conceptos «justificación» y «exclusión de la culpabilidad» remiten de modo inmediato a las categorías valorativas de la antijuricidad y la culpabilidad y, con ello, a la disposición del delito sobre la base de tres grados: tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, propia de la dogmática penal alemana. Sin embargo, esta configuración del delito, dado que representa una característica estructural esencial del Derecho penal alemán y, por ello, es precisamente objeto de la comparación, no puede servir de baremo para el enjuiciamiento de ordenamientos jurídicos extranjeros. Por este motivo, el comienzo de aquel estudio vino constituido por una serie de consideraciones acerca de cómo reducir la compleja sistemática alemana del delito a estructuras básicas más generales y elementales. Así surgió un cuadro de principios fundamentales de la imputación jurídico-penal, que también deberían poder hallarse en otros Ordenamientos. Estos principios se exponen brevemente en el esquema que sigue.

con el mismo título, editado por Eser y Kaiser y aparecido en «Baden-Baden» en 1987). Todas las ponencias de estas reuniones relativas al tema de la «justificación y exclusión de la culpabilidad» se recogen en: Eser-Fletcher (ed.), *Rechtfertigung und Entschuldigung -Rechtsvergleichende Perspektiven, Justification and Excuse, Comparative Perspectives*, 2 tomos (en prensa) en la colección «Beiträge und Materialien aus dem Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Freiburg»).

(2) La conferencia se basa en la Tesis del autor sobre la justificación y la exclusión de la culpabilidad en Derecho penal español, mencionada en nota 1.

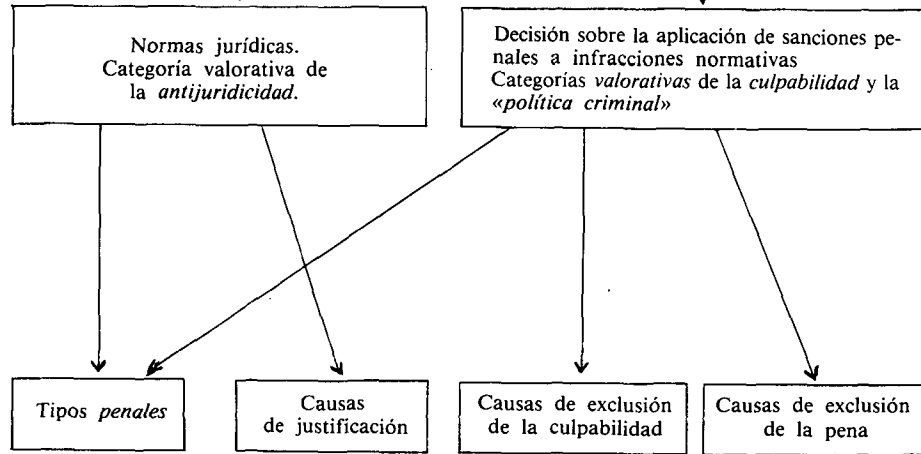
(3) Sobre el concepto, propio del Derecho común, de la *imputación*, cfr. SCHMIDT.: *Einführung in die Geschichte der Strafrechtspflege*, 3.^a ed., Göttingen, 1965, pp. 165 y ss. La moderna teoría del delito, en un primer momento, desplazó este concepto de su posición central en la sistemática de la infracción penal (cfr. WELZEL, «JuS», 1966, p. 422), pero vuelve a aplicarse de modo creciente en la actualidad (así, por ejemplo, en los títulos de las obras de JAKOBS: *Strafrecht, AT, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, Lehrbuch*, Berlin-New York, 1983. WOLTER: *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem*, Berlin, 1981).

PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DE LA IMPUTACION JURIDICO-PENAL

Valoraciones abstractas

Sistema de valores de la Constitución, etc.

Fines de la pena generales: (protección de bienes jurídicos) y especiales (mecanismos de eficacia preventiva general y especial)
Límites de la pena generales (dignidad humana, proporcionalidad) y concretos (inmunidades etc.).



Sistema concreto de enunciados jurídico-penales (unidades básicas de imputación): «Zurechnungselemente»

El punto de partida viene dado aquí por una constatación propia de la teoría general del Derecho. Según ella, el Derecho penal alemán consta —como el español— de un sistema de enunciados jurídicos concretos, plasmados en leyes o en decisiones judiciales, a los que subyacen —respectivamente— valoraciones de signo determinado (4). Por tanto, es preciso diferenciar en primer lugar entre la *estructura valorativa* material de un sistema jurídico-penal, por un lado, y su transformación en enunciados jurídicos, por el otro. Las valoraciones materiales apuntan en dos direcciones diversas: ante todo, la pena es siempre una reacción a un hecho prohibido, es decir, caracterizado por una norma jurídica como indebido; pero además debe adoptarse adicionalmente una decisión acerca de si determinada infracción normativa ha de ser gravada precisamente con la sanción de la pena (5). Mientras que el primer nivel valorativo viene dado por el complejo de mandatos y prohibiciones del Ordenamiento jurídico en su totalidad (6), el segundo depende de los concretos fines atribuidos a la pena, así como de sus límites, constitucionales o de otra naturaleza. Según esto, la categoría alemana de la antijuricidad debe situarse en el primer nivel axiológico, siempre que no se le añadan también valoraciones relativas de modo específico a la función y límite de la pena, en la línea del Escrito de Habilitación de *Günther*, «Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss» (7). En cambio, la categoría de la culpabilidad pertenece al segundo nivel valorativo, existiendo discrepancias en cuanto a su concreta configuración: Según antiguas concepciones, viene determinada por la función retributiva de la pena (8); según los recientes trabajos de *Roxin* y *Jakobs*, por las funciones preventivo-general y preventivo-especial (9); y, por contra, a juicio de la doctrina más extendida, por los principios constitucionales —limitadores de la pena— de la dignidad humana y la proporcionalidad (10). Con todo, de esta perspectiva resulta, a la vez, que la anti-

(4) Cfr. COING: *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, 4.ª ed., Berlín-New York, 1985, p. 280.

(5) La distinción entre normas de comportamiento (*primarias*) dirigidas directamente a los ciudadanos, por un lado, y normas *secundarias*, que deciden sobre la consecuencia jurídica aplicable a las infracciones de normas primarias, por el otro, se estimó fundamental ya en el siglo pasado (cfr. THON: *Rechtsnorm und subjectives Urteil*, Weimar, 1878, pp. 1 y ss.; 5, 59 y 104. MERKEL: *Juristische Encyclopädie*, 1.ª ed., Berlín-Leipzig, 1885, pp. 34 y ss.). Recientemente ha acogido de nuevo esta idea en especial RÖDIG: *Festschrift für Richard Lange*, 1976, pp. 56 y ss.

(6) Cfr., por ejemplo, LENCKNER, en *Schönke-Schröder*, núm. 50, antes del § 13, y nota 27, antes del § 32.

(7) Cfr. GÜNTHER: *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss*, Köln, etc., 1983, p. 247.

(8) Cfr., por ejemplo, MAURACH: *Deutsches Strafrecht*, AT, 4.ª ed., Karlsruhe, 1971, pp. 56 y ss., y 76.

(9) Cfr. ROXIN: *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2.ª ed., Berlín-New York, 1972, pp. 33 y ss. JAKOBS (nota 3), pp. 394 y ss.

(10) Cfr. BVerfGE 50, 125, 133. JESCHECK: *Lehrbuch des Strafrechts*, «AT», 3.ª ed., Berlín, 1978, p. 17. LENCKNER: *Schönke-Schröder*, núm. 103, antes del § 13. MAURACK-ZIPF: *Strafrecht*, AT, tomo I, 6.ª ed., Heidelberg, 1983, p. 85.

juricidad y la culpabilidad no agotan por completo la estructura valorativa material del Derecho penal alemán, en la medida en que no todo hecho antijurídico y culpable es también punible. Por tanto, en el segundo nivel axiológico, específicamente penal, deben acogerse de modo complementario a la culpabilidad otras valoraciones; éstas se configuran, de modo muy vago, con referencias al «merecimiento de pena» o a la «política criminal» (11).

Las valoraciones materiales del Derecho penal se concretan en un sistema de enunciados jurídicos positivos que en Alemania están contenidos, en su parte esencial, en el Código penal. Los presupuestos básicos de la punibilidad plasmados en estos enunciados jurídicos pueden descomponerse en determinadas unidades, que llamaré «unidades básicas de imputación» (*Zurechnungselemente*). Las «unidades básicas de imputación» del Derecho penal alemán vienen constituidas, según esto, por los tipos penales, las causas de justificación, las causas de exclusión de la culpabilidad, las causas personales de exclusión de la pena, etc. Tales *unidades* tienen una considerable autonomía con respecto a las categorías valorativas abstractas de la antijuricidad y la culpabilidad debido a su fijación legal o judicial, si bien continúan vinculadas conceptualmente a aquéllas de modo todavía ostensible. Por esta razón, y a título de ejemplo, le es posible a una opinión doctrinal en expansión distinguir entre las causas de exclusión de la culpabilidad y las causas de exculpación (*) del Derecho alemán. Ello,

(11) Sobre el «merecimiento de pena», cfr. ALWART: *Strafwürdiges Versuchen*, Berlín, 1983, pp. 30 y ss. SAX, en *Bettermann-Nipperdey-Scheuner* (ed.), «Die Grundrechte», tomo 3.º, parte 2.ª, Berlín, 1959, pp. 923 y ss. VOLK, ZStW 97 (1985), pp. 872 y 876 y ss. Se reconoce de modo general, por ejemplo, que las «condiciones objetivas de punibilidad» y las «causas de exclusión de la pena» no pertenecen ni al injusto ni a la culpabilidad (cfr. LENCKNER, en *Schönke-Schröder*, núm. 124, antes del § 13, núms. 127 y ss., con más referencias).

(*) En alemán, el término «Entschuldigung» tiene un sentido más propio del lenguaje ordinario y otro más específicamente jurídico. En el primer sentido, significa tanto como «exclusión de la culpabilidad» o «exculpación (en sentido amplio)». En el segundo sentido, en cambio, viene a significar «disculpa». En esta línea, se aplica a situaciones como las del estado de necesidad descrito en el § 35 StGB o las del exceso en la legítima defensa descrito en el § 33 StGB. Estas, a juicio de la doctrina dominante en aquel país, no excluyen completamente la culpabilidad, pero «disculpan» al autor (con el mismo efecto de impunidad y la misma —salvo en Roxin— ubicación sistemática) en virtud de una doble disminución de injusto y de culpabilidad (*doppelte Schuld minderung*). Así las cosas, lo mejor había sido traducir «Entschuldigung» en sentido amplio (por ejemplo, en el título de este trabajo) como «exclusión de la culpabilidad» o «exculpación», indistintamente, pues en español ambas expresiones son equivalentes; y traducir «Entschuldigung» en sentido estricto como «disculpa» (por ejemplo, en este contexto). Si no lo he hecho ha sido porque al estado de necesidad del actual § 35 alemán en España se le llama «exculpante». Claro que ello es debido a que se ha impuesto la traducción que Rodríguez Muñoz hizo de Mezger. Pero Mezger, por su parte, no aceptaba la distinción que hoy acoge la doctrina dominante alemana: para él, como de hecho sucede hoy en España, *todo son causas de exclusión de la culpabilidad (o de exculpación)*. En definitiva, sin embargo, por adaptarme al máximo a la terminología usual, he traducido «Entschuldigung» en sentido amplio por «exclu-

a los efectos de no derivar estas últimas únicamente de la categoría de la culpabilidad, sino de entenderlas como un caso de concurrencia de disminución del injusto y de la culpabilidad, así como de especiales consideraciones político-criminales (12).

En resumen, y por las razones apuntadas, no cabe manejar en el análisis iuscomparatista la estructura tripartita del delito usual en Alemania. La antijuricidad y la culpabilidad son categorías abstractas que vienen preconstituidas respecto al sistema de imputación; mientras tanto, la tipicidad se vincula a concretas *unidades básicas de imputación*, expresadas en los enunciados jurídicos-penales y, por ello, se halla situada en el mismo nivel que las causas de justificación y exclusión de la culpabilidad (13). De este modo, los tipos penales, junto con las causas de justificación, transportan el plano concreto la categoría abstracta, superior, de la antijuricidad; pero, a la vez, contienen también valoraciones «político-criminales» de naturaleza específicamente jurídico-penal (14). Como resultado de estas consideraciones generales puede confirmarse, en fin, que las causas de justificación y de exclusión de la culpabilidad del Derecho alemán son «unidades básicas de imputación» muy concretas, que se encuentran en una relación muy concreta con las categorías valorativas previas de la antijuricidad y la culpabilidad y que, en consecuencia, dependen de determinadas valoraciones materiales sobre el hecho y sobre la función y límites de la pena. Así, subyace a las causas de justificación la idea de la limitación de las normas jurídicas prohibitivas, mientras que las causas de exclusión de la culpabilidad constituyen simplemente una forma especial de renuncia a la sanción penal que toma como fundamento la individualidad del autor.

Sentado lo anterior, se constata que la aproximación a un ordenamiento jurídico extranjero puede tener lugar por diferentes vías. En primer lugar, su estructura valorativa material puede ya inferirse en parte de las previsiones constitucionales sobre la función general del Derecho penal, de las limitaciones generales de la intervención del Estado en la esfera jurídica de los ciudadanos y, en fin, de las referencias a los concretos fines de la pena que se advierten en los preceptos sobre medición y ejecución de la pena. Además, el sistema de los concretos elementos del juicio de imputación puede analizarse

sión de la culpabilidad» y en sentido estricto por «exculpación». Por lo demás, y sobre el problema de traducción, cfr. MIR PUIG: *Adiciones al Tratado de Jescheck*, I, Barcelona, 1981, núms. 657-658 (N. del T.)

(12) Cfr. ESER: *Strafrecht I* (Juristischer Studienkurs), 3.ª ed., München, 1980, p. 194. JESCHECK (nota 10), p. 385. LECKNER, en *Schönke-Schröder*, núm. 108, antes del § 32, núm. 111, todas con más referencias.

(13) Desde luego, el concepto de tipo penal se discute (cfr. en relación con esto LENCKER, en *Schönke-Schröder*, núm. 47, antes del § 13); sin embargo, en general, se entiende por tal la descripción positiva de un hecho punible en la parte especial del Código penal [cfr. JESCHECK (nota 10), p. 195].

(14) Cfr. GÜNTHER (nota 7), pp. 116, 121 y 125.

de modo independiente de la elaboración conceptual dominante en la ciencia, si se atiende suficientemente a la estructura de las fuentes del derecho específica del país (15). Sólo después se trata de comprobar si existe una sistemática científica análoga a la de la dogmática alemana y en qué relación se encuentra con los principios generales de la imputación penal antes expuestos. Finalmente, sobre la base establecida cabe afrontar el problema aquí decisivo de si existen unidades básicas de imputación similares a las causas de justificación y exclusión de la culpabilidad alemanas, y qué concretos factores estructurales muestran. En lo que sigue, se expondrá este modo de actuar a propósito del Derecho español.

II. EL DERECHO ESPAÑOL

1. Estructuras generales del sistema del Derecho penal español

El Derecho penal español es muy similar al alemán en diversos aspectos. Al igual que éste, surgió históricamente como resultado de la confluencia de elementos romanos y germánicos (16), y, en el marco del movimiento continental europeo de codificación del siglo XIX, fue recopilado en un cuerpo legal cerrado, el Código penal de 1848 (17). Luego, durante el siglo XX, lo ha ido desarrollando una ciencia penal orientada con gran intensidad a la dogmática alemana (18), y, finalmente, en 1978, se le ha fijado —análogamente— el marco jurídico de una Constitución, con un riguroso control por parte del Tribunal Constitucional (19).

Por todo ello, la estructura valorativa general se corresponde ampliamente con la del Derecho alemán. Esto se pone ya de relieve en las previsiones constitucionales, desarrolladas tanto por el Tribunal Constitucional español como por la ciencia penal en íntima relación con el modelo alemán. Así, aunque en la Constitución Española falta un precepto que se refiera directamente a ello, ambos atribuyen al Derecho penal la función general de protección de los bienes jurídicos fundamentales (20). A este mismo nivel se reconocen, igualmente, los

(15) Sobre el significado de la respectiva estructura de las fuentes del Derecho para las investigaciones iuscomparatistas, cfr. CONSTANTINESCO: *Rechtsvergleichung*, tomo 2, Köln, etc., 1972, pp. 179 y ss.

(16) Sobre la historia del Derecho español, cfr. SÁNCHEZ LÓPEZ, en Haensch-Hartig (ed.), *Handbücher der Auslandskunde*, Spanien, tomo I, 1975, pp. 34 y ss.

(17) La historia de la codificación penal española la expone BARBERO SANTOS, *ZStW* 87 (1975), pp. 397 y ss.

(18) Con más detalle, de modo inmediato en el texto.

(19) Proporciona una introducción en lengua alemana a la Constitución española de 1978, WEBER, *JÖR* 29 (1980), pp. 209 y ss.

(20) Cfr. la sentencia del Tribunal Constitucional español de 11 de abril de 1985, en «Boletín de Jurisprudencia Constitucional», 1985, pp. 515 y 533. ARROYO ZAPATE-

principios de culpabilidad y proporcionalidad como límites generales de la pena (21).

Los fines concretos de la pena se corresponden también en lo esencial con los del Derecho alemán. Desde luego, es cierto que los preceptos del Código penal relativos a la medición de la pena provienen del período pre-democrático y muestran una intensa connotación retributiva (22). Pero, no obstante, en la ciencia penal española y en la jurisprudencia —en lo que puede percibirse— se sostienen hoy de modo generalizado teorías mixtas, que subrayan los múltiples mecanismos de eficacia preventivo-general y preventivo-especial que se derivan de la pena ajustada a la culpabilidad por el hecho (23).

A la vista de estas coincidencias, así como de la afinidad de los fundamentos de ambas codificaciones, no sorprende que tampoco el sistema legal de «unidades básicas de imputación» difiera sustancialmente de el del Derecho alemán. El Código penal español está, en efecto, estructurado de modo análogo al alemán. Consta así de una *parte especial* con descripciones de delitos y conminaciones penales que se corresponden con los *tipos penales* de este último, y de una *parte general* en cuyo artículo 8.º se contiene un catálogo de eximentes muy similares a las causas de justificación y de exclusión de la culpabilidad del StGB. Sin embargo, el Código penal español no se sirve de conceptos valorativos correspondientes a los de «antijurídico» y «culpable», que se utilizan en Alemania, sino que habla tan sólo, de modo general, de «exención de responsabilidad criminal» (24). Con ello, establece una coyuntura similar a la que hubo de afrontar la ciencia penal alemana en el Código penal de 1871 y que le sirvió de base para la construcción de la sistemática que se acepta hasta hoy.

RO Cuadernos de Política Criminal, núm. 17 (1982), p. 387. ESCRIBA GREGORI, «Papers 13» (1980), 157. MIR PUIG: *Derecho Penal, Parte General*, 2.ª ed., Barcelona, 1985, p. 75.

(21) Cfr. Tribunal Constitucional (nota 20), p. 534. ARROYO ZAPATERO (nota 20), p. 387. ESCRIBA GREGORI (nota 20), pp. 158 y ss. GONZÁLEZ RUS, en «Estudios penales y criminológicos», tomo VII (1984), pp. 242 y ss., y 271 y ss. MIR PUIG (nota 20), pp. 73 y ss.; 79 y ss., y 83 y ss.

(22) El sistema legal de medición de la pena se retrotrae al Código penal de 1848, que a su vez se basada de modo determinante en la concepción penal de Joaquín Francisco Pacheco. Desde luego, éste sostenía una teoría mixta, que, junto a la finalidad retributiva, incluía también la intimidación de terceros, así como el aseguramiento y corrección del autor; pero en su planteamiento dominaba claramente el aspecto retributivo (cfr. PACHECO: *Estudios de Derecho penal*, 2.ª ed., Madrid, 1854, pp. 47 y ss., y 198). A consecuencia de ello, los marcos penales de la parte especial están todavía hoy orientados muy intensamente según la gravedad del daño producido (cfr., por ejemplo, los arts. 420, 505 y 515 y ss.).

(23) Cfr. sobre la jurisprudencia CASABO RUIZ, en *Córdoba Roda* y otros, *Comentarios al Código penal*, tomo 2 (arts. 23-119), Barcelona, 1972, pp. 19 y ss. Sobre la doctrina CEREZO MIR: *Curso de Derecho penal español*, 3.ª ed., Madrid, 1985, p. 24, ambos con referencias detalladas.

(24) Cfr. el artículo 8.º del Código penal.

Esta sistemática, por su parte, desarrollada en Alemania hacia comienzos de siglo, influyó muy pronto sobre la ciencia española con tal fuerza que puede hablarse abiertamente de una «recepción». El primer paso en este sentido vino dado por el conocido discurso de Jiménez de Asúa del año 1931, en el que se propugnaba la sustitución de las doctrinas penales dominantes, de corte criminológico, por una perspectiva propiamente jurídica, de la mano de la sistemática de Liszt y Beling (25). La traducción del Tratado de Mezger por Rodríguez Muñoz (26) apareció sólo cuatro años después, ejerciendo una influencia persistente, aún hoy perceptible, en la doctrina penal española. Por el contrario, la teoría final de la acción de Welzel tuvo en principio menor acogida, de manera que los grandes Tratados de la vieja generación de penalistas se basan, sin excepción, en la sistemática alemana usualmente denominada «causalista». Ahora bien, los catedráticos más jóvenes se han acercado al Derecho alemán en general de modo directo, por medio de estancias de investigación en la República Federal; debido a ello, o toman como base la *teoría del injusto personal* o sostienen teorías *funcionales* del delito, exactamente igual que ocurre en nuestra evolución actual (27). La postura de la ciencia española confirma inmediatamente las estructuras fundamentales del Derecho penal que se desarrollaron al principio. En efecto, se reconoce en ella de modo pacífico que la imputación jurídico-penal debe distinguir entre la valoración de un comportamiento humano como indebido —mediante la categoría de la antijuricidad—, por un lado, y la decisión adicional de si un determinado comportamiento indebido debe ser sancionado precisamente con una pena —a través, en especial, de la categoría de la culpabilidad—, por el otro. Asimismo, existe unanimidad en el sentido de que el segundo nivel valorativo no se agota en el juicio de culpabilidad sino que contiene consideraciones complementarias de naturaleza «político-criminal» (28). Desde luego, se discute, de modo análogo a lo que ocurre en Alemania, acerca de cómo deben integrarse concretamente en este punto los diversos fines y valoraciones limitativas de la pena (29). Pero, no obstante, incluso los partidarios de concepciones opuestas proceden a una clasificación igual, en lo esencial, de las tradicionales «unidades básicas de imputación» (30).

(25) JIMÉNEZ DE ASÚA: *La teoría jurídica del delito*, Madrid, 1931, pp. 21 y ss., y 28 y ss.

(26) MEZGER: *Tratado de Derecho penal, traducción de la segunda edición alemana (1933) y notas de Derecho español por José Arturo Rodríguez Muñoz*, tomos 1 y 2, Madrid, 1935.

(27) Sobre este tema, de modo más detallado mi *Literaturbericht Spanien*, en ZStW 99 (1987), p. X.

(28) Cfr. CEREZO MIR (nota 23), pp. 254 y ss., con más referencias.

(29) Cfr., por ejemplo, CEREZO MIR: *Problemas fundamentales del Derecho penal*, Madrid, 1982, pp. 179 y ss. MIR PUIG (nota 20), pp. 92, 97 y ss., y 471 y ss.

(30) Cfr. simplemente CEREZO MIR (nota 23), pp. 253 y ss. COBO-VIVES: *Derecho penal, Parte General*, Valencia, 1984, pp. 261, 454 y 361. MIR PUIG (nota 20), pp. 90

En resumen, pues, cabe concluir que la doctrina española conforma el sistema de imputación plasmado en el Código penal, siguiendo el modelo alemán, según las categorías genéricas de antijuricidad y culpabilidad, y lo descompone en las concretas unidades básicas de imputación constituidas por los tipos penales, las causas de justificación y exclusión de la culpabilidad, las causas personales de exclusión de la pena, etc. En definitiva, la sistemática alemana del delito ofrece un convincente modelo explicativo del Derecho penal tradicional, codificado en el siglo XIX. Además, ha demostrado ser lo suficientemente dinámica como para superar la transformación general de la conciencia social vinculada al cambio de las circunstancias políticas, así como la nueva determinación de la función del Derecho penal desde perspectivas democráticas.

La jurisprudencia española tampoco ha podido, a la larga, sus- traerse completamente a esta evolución y ha ido acogiendo paulatina- mente la sistemática científica (31). No obstante, no se han producido cambios sustanciales, de modo que simplemente se ha adaptado al nuevo bagaje conceptual la forma tradicional de aplicación de la Ley. Por lo demás, los tribunales se remiten al precepto del artículo 2.II del Código penal, que les prohíbe, incluso en los casos en que de la aplicación rigurosa de la Ley se deriven consecuencias poco equita- tivas, proceder a subsanarlas según su arbitrio. Dicho precepto dispo- ne simplemente la exposición del caso al Gobierno con el fin de que éste se encargue de solventarlo mediante medidas legislativas o de gra- cia. Debido a todo ello, el Tribunal Supremo ha rechazado siempre, por ejemplo, la posibilidad de derivar de las categorías genéricas de antijuricidad y culpabilidad causas supralegales de justificación o exculpación (32). Pero, además, tampoco se ha producido en los mis- mos términos que en Alemania, ni remotamente, un diálogo entre doctrina y jurisprudencia. Sólo en tiempos muy recientes cabe hallar esporádicamente en las sentencias del Tribunal Supremo una discu- sión dogmática de opiniones doctrinales (33). En suma, pues, la re- cepción de la teoría del delito alemana por la jurisprudencia debe calificarse de superficial. Por tal razón, en la postura de los tribuna- les es posible comprobar qué queda en Derecho español de los princi- pios fundamentales de la imputación jurídico-penal expuestos al prin- cipio, al margen de la dogmática alemana del delito. Esta cuestión

y ss. RODRÍGUEZ DEVESA-SERRANO GÓMEZ: *Derecho penal español, parte general*, 10.ª ed., Madrid, 1986, pp. 411, 419, 502, 581 y 655.

(31) Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, en Mezger-Schönke-Jescheck (ed.), *Das ausländische Strafrecht der Gegenwart*, 6.º tomo, Berlín, 1982, p. 322.

(32) Cfr. en relación con las causas de justificación CEREZO MIR (nota 23), p. 174, con referencias en nota 118. La sentencia de 2 de octubre de 1984 (en RUIZ ANTÓN: *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, 1984, pp. 964 y ss.) ha subrayado esto recientemente en relación con las causas de exculpación.

(33) Cfr. las STS de 21 de junio de 1982 (A. 3.564) y 12 de noviembre de 1985, en RUIZ ANTÓN: *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, 1986, p. 313.

se aclara en la descripción de las causas de justificación y exclusión de la culpabilidad que sigue a continuación. Procederé a ella abordando en primer lugar la concepción general de estas «unidades básicas de imputación» en la ciencia y la jurisprudencia españolas, para comentar luego, más detalladamente, el caso del estado de necesidad justificante y exculpante a modo de ejemplo.

2. Justificación y exclusión de la culpabilidad

El artículo 8.º del Código penal español contiene un catálogo de eximentes que la doctrina y la jurisprudencia, coincidiendo en lo esencial, califican de causas de justificación y de exclusión de la culpabilidad. Conforme a este criterio, se cuentan entre las primeras la legítima defensa, el estado de necesidad justificante, el actuar en cumplimiento de un deber o en ejercicio de un derecho, oficio o cargo, así como la obediencia debida; y, entre las segundas, la enajenación o el trastorno mental transitorio, la minoría de edad, la alteración de la percepción desde el nacimiento o la infancia, el estado de necesidad exculpante, el miedo insuperable de un mal igual o mayor y, por último, el error de prohibición invencible, previsto legalmente desde 1983 en el artículo 6, párrafo III, del Código penal (34).

El contenido esencial de las causas de justificación se sitúa por la doctrina y la jurisprudencia, conforme al modelo alemán, en el hecho de que limitan las normas prohibitivas generales que subyacen a los tipos penales y, de ese modo, permiten jurídicamente determinadas formas de comportamiento (35). Así, dichas causas conforman de modo definitivo, junto con los tipos, la categoría jurídico-penal de la antijuricidad. De cualquier manera, la delimitación entre exclusión de la tipicidad y justificación se ha cuestionado mucho menos que en Alemania, decidiéndose en general desde perspectivas predominantemente formales, en función de la posición del precepto correspondiente en la Parte General o en la Parte Especial del Código penal (36). Por su parte, las causas de exclusión de la culpabilidad, según convicción generalizada, dejan subsistente la antijuricidad del

(34) Desde luego, en cuestiones concretas se discuten algunos extremos. Cfr. por la doctrina CEREZO MIR (nota 23), pp. 404 y 423 y ss. GIMBERNAT ORDEIG, en «Festschrift für Welzel», pp. 495 y ss. MIR PUIG (nota 20), p. 526. En cuanto a la jurisprudencia, baste remitir a las SSTs de 30 de mayo de 1973 (A. 2.472), 21 de junio de 1982 (A. 3.564), 29 de noviembre de 1966 (A. 5.358), 23 de junio de 1973 (A. 2.896) y 2 de octubre de 1981 (A. 3.597).

(35) Cfr. STS de 2 de noviembre de 1971 (A. 4.401). CEREZO MIR (nota 23), p. 403. COBO-VIVES (nota 30), p. 383. MIR PUIG (nota 20), p. 95. RODRÍGUEZ DEVESA-SERRANO GÓMEZ (nota 30), p. 502.

(36) Algunos autores, ciertamente, reconocen la existencia de causas de justificación también en la parte especial del Código penal [cfr. CEREZO MIR (nota 23), p. 404, con más referencias].

hecho y, en consecuencia, simplemente impiden la sanción jurídico-penal (37). A diferencia de lo que ocurre con las causas de justificación, aquéllas concretan de modo inmediato la categoría de la culpabilidad y no precisan combinarse con otras unidades básicas de imputación. El alcance de la culpabilidad se determina, como en Alemania, de modo negativo, mediante la configuración de supuestos especiales en los que, excepcionalmente, está ausente la responsabilidad personal del autor por el hecho antijurídico. Esto es válido para el caso español incluso desde el punto de vista de la sistemática «causalista», dado que los artículos 6 bis a) y 6 bis b) del Código penal determinan también de modo negativo los límites del dolo y de la imprudencia. En cambio, no se efectúa la distinción, usual en Alemania, entre causas de exclusión de la culpabilidad, por un lado, y causas de exculpación, por el otro, en las que la culpabilidad no se excluye de modo completo, sino que sólo aparece sustancialmente disminuida (38). Tal construcción conduce a una complicación adicional del sistema, puesto que reconoce, como tercera forma de exclusión de la sanción penal, junto a la exclusión de la culpabilidad y la mera exclusión de la pena, la renuncia expresa a formular el reproche ético-social de culpabilidad, pese a subsistir esta última. De ahí que no sorprenda que la ciencia española ya no siga esta «sinuosidad» de la dogmática alemana, sino que encuadre sin problemas los casos de la llamada «inexigibilidad de comportamiento adecuado a la norma» en el ámbito de la exclusión de la culpabilidad.

Los principios tradicionales de la justificación y la exclusión de la culpabilidad tampoco desempeñan prácticamente papel alguno en la discusión española. Ante la negativa de la jurisprudencia a admitir eximentes supralegales, la doctrina se limita a una discusión puramente teórica de los argumentos tomados de Alemania (39). Por otro lado, tampoco los proyectos de reforma del Código penal, elaborados con la participación de la doctrina, prevén modificaciones esenciales de las causas de justificación y exclusión de la culpabilidad (40). El significado práctico de los mencionados principios se agota, pues, en la práctica, en constituir normas explicativas de la clasificación de las eximentes tradicionales en el esquema de la justificación/exclusión de la culpabilidad. A diferencia de la evolución doctrinal y jurisper-

(37) Cfr. CEREZO MIR (nota 23), pp. 253 y ss. MIR PUIG (nota 20), p. 466. De otra opinión, en virtud de su peculiar concepción normativa de la culpabilidad, COBO-VIVES (nota 30), p. 453.

(38) Cfr. MIR PUIG, en Jescheck, *Tratado de Derecho penal*, «PG», traducción y adiciones por Mir Puig-Muñoz Conde, tomo I, Barcelona, 1981, p. 657. Recientemente constituye una excepción BACIGALUPO: *Manual de Derecho penal*, Bogotá, 1984, pp. 138 y ss. Referencias a la concepción alemana en nota 12.

(39) Cfr. en especial CARBONELL MATEU: *La justificación penal*, Madrid, 1982, pp. 22 y ss.

(40) Cfr. el artículo 26 del Proyecto de 1980 o el artículo 22 de la Propuesta de Anteproyecto de 1983.

dencial en Alemania, en España se han aprovechado hasta ahora muy poco las posibilidades que, a los efectos del desarrollo del Derecho, ofrece la distinción de diferentes perspectivas valorativas dentro de la exclusión de la imputación.

Constatada la escasa influencia de la sistemática científica tanto en la actividad directamente creadora del Derecho por la jurisprudencia como en los proyectos legislativos en el ámbito de las causas de justificación y exclusión de la culpabilidad, pasan a un primer plano las consecuencias materiales del encuadramiento de las tradicionales unidades básicas de imputación en la estructura alemana del delito. Según ésta, la exención de responsabilidad criminal puede aparecer en cuatro formas diferentes, a saber, como exclusión de la tipicidad, justificación, exclusión de la culpabilidad o mera exclusión de la pena. Pues bien, estas diferencias no repercuten de modo muy intenso en el autor. A diferencia de lo que ocurre en el Derecho alemán, ni el Código penal ni los tribunales en los procesos penales emiten juicios de valor como los de «ajustado a Derecho», «antijurídico, pero no culpable», o bien «antijurídico y culpable, pero no punible (41)». En la mayoría de los casos, el fundamento de la impunidad queda oculto al público y el Juez se sirve de él simplemente como medio de ayuda en la aplicación de la Ley. Por ello, en general, no puede desplegar ningún efecto especial de estigmatización ni de eliminación de la misma. El autor sólo tiene que contar con medidas de seguridad, pese a la impunidad, en el caso de la exclusión de la culpabilidad por enajenación. Estas, por tanto, no se hallan vinculadas de modo general a la clasificación de una eximente como causa de justificación o de exclusión de la culpabilidad, sino simplemente al fenómeno concreto constituido por determinadas perturbaciones psíquicas (42). El tratamiento de los problemas de error por la jurisprudencia también dependió, tiempo atrás, de los respectivos requisitos de contenido de las concretas eximentes más que de consideraciones sistemáticas trascendentes. Con todo, recientemente se han producido variaciones, de modo que en la actualidad el error sobre los presupuestos fácticos de una causa de atipicidad, de justificación, de exclusión de la culpabilidad o de una excusa absoluta puede conducir a consecuencias diferentes en cada caso. Pero no quisiera entrar ahora en detalles sobre la situación presente, complicada en extremo (43).

La concreta calificación de la eximente repercute, en cambio, en medida esencialmente superior en la posición jurídica de la víctima

(41) Cfr. la recopilación de sentencias del Tribunal Supremo sobre el artículo 8 en DURÁN BERROCAL-ABELLA POBLET: *Código penal*, 4.^a ed., Madrid, 1983, pp. 38 y ss. En ellas se omite casi sin excepción toda referencia a la naturaleza jurídica de las eximentes.

(42) Cfr. TERRADILLOS BASOCO, en Cobo (ed.), *Comentarios a la legislación penal*, tomo V, Madrid, 1985, pp. 137 y ss.

(43) Cfr. BACIGALUPO, en Cobo (ed.), *Comentarios a la Legislación penal*, tomo V, vol. I, Madrid, 1985, pp. 53 y ss.

de la infracción. En efecto, también el Derecho español contiene un precepto especial sobre la legítima defensa, que permite acciones eficaces de defensa contra agresiones «ilegítimas» (44). Así pues, lo determinante es, como en el Derecho alemán, si la impunidad del agresor deriva de una permisión jurídica por atipicidad o justificación, o de un mera renuncia a la pena por exclusión de la culpabilidad o cualquier otra fuente de exclusión de la punibilidad. Mientras en el primer caso no se concede a la víctima de la agresión la legítima defensa, dado que aquélla no es antijurídica, en el segundo conserva, en principio, la facultad de defenderse (45).

También cabe establecer ciertos efectos de la diferenciación de diversas clases de exclusión de la imputación en el ámbito de la responsabilidad penal de otros intervinientes en el hecho. En efecto, el Derecho español contiene un sistema de participación análogo al de los §§ 25 y ss. del Código penal alemán, distinguiéndose diferentes formas de autoría y de participación. La doctrina —y probablemente también la jurisprudencia— aplica a este sistema el principio de la accesoriadad limitada de la participación (46). Así pues, y al igual que en el Derecho alemán, sólo la atipicidad o la justificación del hecho principal impiden la sanción penal del partícipe, pero no la exclusión de la culpabilidad en aquél ni ninguna otra fundamentación de la impunidad. Evidentemente, también en España puede elevarse al partícipe a la categoría de autor mediato en caso de producirse un *déficit* de imputación del autor principal. Debido a ello, en última instancia, y dejando aparte unos pocos delitos especiales y de propia mano, apenas se dan consecuencias diferentes (47).

En suma, pues, cabe constatar que la jurisprudencia española no se sirve de las posibilidades de la estructura alemana del delito, ni siquiera en el desarrollo de sus consecuencias prácticas. Sin embargo, pese a aferrarse a lo tradicional, no puede prescindir, en especial, de la llamada «prueba de la legítima defensa», es decir, de plantear la cuestión de que una agresión impune sea antijurídica y, por tanto, quepa repelerla apelando a aquella causa de justificación. Así pues, las eximentes tradicionales del Derecho español se basan, al menos de modo implícito, en la diferencia valorativa entre permisión jurídica, por un lado, y simple renuncia a la sanción penal, por el otro.

(44) Cfr. art. 8.4.º del Código penal. Más detalladamente. CEREZO MIR (nota 23), pp. 416 y ss.

(45) Cfr. CEREZO MIR (nota 23), pp. 423 y ss.

(46) Cfr. GIMBERNAT ORDEIG (nota 31), p. 396. MIR PUIG (nota 20), p. 339. RODRÍGUEZ MOURULLO, en Córdoba Roda y otros, *Comentarios al Código penal*, tomo I (arts. 1-22), Barcelona, 1972, p. 856, (nota 70).

(47) COBO-VIVES (nota 30), p. 628. MIR PUIG (nota 20), pp. 320 y ss. RODRÍGUEZ DEVESA-SERRANO GÓMEZ (nota 30), p. 801. La postura de la jurisprudencia no es muy clara y, por ello, difícilmente valorable por un espectador extranjero (cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO (nota 46), p. 856, nota 70).

También por este motivo resulta evidente cuál es la razón de que la jurisprudencia haya aceptado tan rápidamente la clasificación alemana de las unidades básicas de imputación. En último lugar, con todo, la observación de las consecuencias prácticas que se derivan de las diferentes eximentes confirma que, frente a la distinción entre comportamiento permitido y comportamiento meramente impune, pierden importancia las existentes entre atipicidad y justificación, por un lado, y entre exclusión de la culpabilidad y cualesquiera otras formas de renuncia a la pena, por el otro.

Como colofón de la exposición general sobre las causas de justificación y exclusión de la culpabilidad, quede constancia de la existencia en España de dos importantes preceptos que permiten que los tribunales, incluso en la interpretación de leyes vigentes, se separen de las determinaciones de la ciencia en aspectos esenciales. En efecto, conforme al artículo 9.1.º en relación con el artículo 66 del Código penal es posible atenuar de modo relevante la pena cuando concurren sólo en parte los presupuestos de una causa de justificación o de exclusión de la culpabilidad del artículo 8. Al mismo tiempo, el artículo 9.10.º en relación con el artículo 61 del Código penal prevé una atenuación inferior para los casos de «análoga significación». La jurisprudencia hace uso ampliamente de estos preceptos. Así, fija muy alto los presupuestos de la plena exención; pero, si falta poco para la misma, aprecia una intensa atenuación que puede llegar hasta el límite de la impunidad y, en los restantes casos de concurrencia parcial de los presupuestos de la justificación o exclusión de la culpabilidad, recurre con frecuencia al segundo precepto atenuatorio, más moderado (48). De este modo, en especial en los supuestos de legítima defensa y estado de necesidad, elude una determinación clara de los límites entre la justificación y la exclusión de la culpabilidad, trasladando todos los casos problemáticos al ámbito de la medición de la pena, configurado a estos efectos de modo particularmente flexible. A continuación expondré tal forma de actuar de modo más detallado sobre el ejemplo del estado de necesidad.

El precepto originario sobre el estado de necesidad, en el artículo 8.7.º del Código penal de 1848, se limitaba a los daños y no se aplicó prácticamente en ningún caso (49). En 1932, el legislador, bajo la influencia de *Jiménez de Asúa*, introdujo una nueva formulación, orientada a la teoría alemana de la ponderación de bienes, según la cual quedaba exento de responsabilidad criminal el que, impulsado

(48) Cfr. CORDOBA RODA: *Comentarios*, 1, pp. 210 y ss.; 234 y ss.; 243, 249, 286, 290, 302, 307, 341 y ss.; 355, 408 y ss., y 535 y ss. SAINZ CANTERO: *Lecciones de Derecho penal*, PG, tomo II, Barcelona, 1982, pp. 354 y ss.; 374 y ss., y 387, tomo III; Barcelona, 1985, pp. 38 y ss.; 50 y ss., y 120 y ss.

(49) La exposición que sigue se basa en lo esencial en un trabajo de ROLDÁN BARBERO: *Cuadernos de Política Criminal* 20 (1983), pp. 469 y ss. La evolución histórica del precepto del estado de necesidad se recoge allí en las pp. 471 y ss.

por un estado de necesidad, lesionare un bien jurídico ajeno, siempre que el mal que amenazaba fuera mayor que el mal causado. Finalmente, en 1944 el precepto fue ampliado todavía más, por razones hoy ya no verificables, de modo que desde entonces basta con que el mal causado no sea mayor que el que amenaza. Al principio, la clasificación de la mencionada ampliación planteó ciertas dificultades a la doctrina. Pero *Rodríguez Muñoz*, ya en las notas al Tratado de *Mezger*, llegó a una solución generalmente aceptada, que todavía hoy puede calificarse de doctrina dominante (50). Dicho autor, en efecto, trasladó al precepto español sobre el estado de necesidad la teoría alemana de la diferenciación. Así, lo concibió como una causa de justificación cuando el bien salvado fuera mayor que el lesionado, sometiendo, en cambio, los casos de colisión de bienes iguales a la categoría, entonces desconocida en España, de la inexigibilidad de comportamiento adecuado a la norma. De este modo se introdujo en la formulación legal unitaria un segundo ámbito meramente exculpante.

La jurisprudencia ha acogido de modo patente esta explicación doctrinal del artículo 8.7.º del Código Penal (51). En la práctica, sin embargo, el Tribunal Supremo no ha apreciado ni una sola vez como concurrentes los presupuestos del estado de necesidad exculpante (52). Más bien, ha relegado los supuestos críticos al ámbito de la atenuación de la pena. Asimismo, ha colocado tan altos los requisitos del artículo 8.10.º del Código penal, considerado generalmente como causa de exculpación, que este precepto no puede cumplir prácticamente nunca una función eximente (53). Según su tenor literal, queda exento de responsabilidad criminal el que obra impulsado por miedo insuperable de un mal igual o mayor. Así, bien mirado, la acentuación del elemento subjetivo del miedo debería sugerir una interpretación del precepto como eximente complementaria del estado de necesidad justificante en el ámbito de la exculpación. Sin embargo, frente a esto, el Tribunal Supremo acentúa el componente objetivo de la ponderación de bienes hasta tal punto que, al final, resulta absorbido prácticamente por completo por la legítima defensa y el estado de necesidad justificante (54). Así las cosas, sólo adquiere relevancia en

(50) Cfr. ROLDÁN BARBERO (nota 49), pp. 505 y ss. Vid. también CEREZO MIR, en «Gedächtnisschrift für Hilde Kaufmann», 1986, pp. 690 y ss.

(51) Cfr. las pruebas en ROLDÁN BARBERO (nota 49), pp. 511 y ss.

(52) Cfr. ROLDÁN BARBERO (nota 49), pp. 511 y ss. Tampoco en relación con los años 1983-1985 puede observarse caso alguno en tal sentido en la colección jurisprudencial de Aranzadi.

(53) Cfr. CÓRDOBA RODA (nota 48), pp. 336 y ss., y 358. MIR PUIG (nota 20), pp. 530 y ss. ROLDÁN BARBERO (nota 49), p. 475. La colección de Aranzadi recoge, en los años 1980-1985 un sólo caso en el que se haya apreciado la eximente del artículo 8.10.º [STS de 21 de diciembre de 1980 (A. 4.985)].

(54) De hecho, el artículo 8.10.º se aplica sobre todo en los casos de exceso en la legítima defensa. Es instructivo, por ejemplo, el caso de que se ocupó la STS de

relación con las atenuantes de los artículos 9.1.º y 9.10.º del Código penal. En definitiva, el Tribunal Supremo desplaza la diferenciación decisiva en el seno del estado de necesidad de la frontera entre justificación y exculpación al plano de la exención y la atenuación. Con ello, priva a la distinción de justificación y exculpación de un ámbito esencial de incidencia práctica en la esfera de la mera aplicación de la Ley. Dada esta postura de la jurisprudencia, ha comenzado a dudarse en la doctrina española acerca de que el precepto del estado de necesidad del artículo 8.7.º sea adecuado siquiera para la aplicación de la doctrina alemana de la diferenciación (55). En lo esencial, se proponen tres vías de solución: *Cerezo Mir* trata de integrar la idea básica de los §§ 34 y 35 del StGB en el artículo 8.7.º del Código penal, mediante una interpretación ampliamente extensiva de su tenor literal, no obstante reconocer que lo indicado *de lege ferenda* sería una reformulación y subdivisión del precepto (56). *Mir.Puig* y otros reducen el artículo 8.7.º del Código penal al ámbito de la justificación y tratan de perfilar de modo particular el estado de necesidad exculpante a través de una reinterpretación del artículo 8.10.º del Código penal (obrar por medio insuperable) (57). Finalmente, *Gimbernat Ordeig*, a partir de su concepción funcional de la norma, reconduce todos estos preceptos al ámbito de la justificación, de modo que ésta se amplía significativamente a costa de las causas de exculpación (58). Lamentablemente, en el limitado espacio de que dispongo no es posible exponer con detalle tales concepciones. Estas, sin embargo, muestran que la dogmática alemana de la justificación y la exclusión de la culpabilidad requiere la existencia de una estrecha colaboración de la base legislativa y de la sistemática científica, lo que en ocasiones no es practicable ni siquiera en un ordenamiento jurídico estructurado en forma muy similar. Por todo ello, y para finalizar, desearía resumir las conclusiones de la exposición realizada, situándolas en un marco general iuscomparatista, con el fin de poner claramente de relieve las perspectivas de una ulterior actividad investigadora en éste ámbito.

15 de noviembre de 1984 (A. 5.491): El autor había sido amenazado abiertamente por la víctima con un cuchillo y la apuñaló por miedo, después de haberle arrebatado el cuchillo y de que la víctima no se separara pese a ello de él. El Tribunal Supremo negó la «insuperabilidad» del miedo, pues el autor se había sobrepuesto al agresor, al arrebatarle el cuchillo. En Derecho alemán habría bastado para la exculpación por el § 33 StGB el simple hecho del miedo.

(55) Cfr. CEREZO MIR (nota 50), pp. 691 y ss.

(56) (nota 50), pp. 700 y ss., y 707.

(57) Cfr. MIR PUIG, en «Estudios jurídicos en honor del profesor Octavio Pérez-Vitoria», Barcelona, 1982, pp. 502 y ss. ROLDÁN BARBERO (nota 49), pp. 504, 513 y 525 y ss. SILVA SÁNCHEZ: *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, 1982, 664.

(58) (Nota 34), pp. 495 y ss. Asimismo, CUERDA RIEZU: *La colisión de deberes en el Derecho penal español*, Madrid, 1984, p. 311.

III. PERSPECTIVAS DE LA INVESTIGACION DE LAS CAUSAS DE JUSTIFICACION Y DE EXCLUSION DE LA CULPABILIDAD EN DERECHO COMPARADO

El estudio del Derecho español ha puesto de relieve que las causas de justificación y exclusión de la culpabilidad constituyen una buena vía de acceso a un sistema jurídico-penal extranjero. Este, en efecto, al fijar su límite inferior con la impunidad, ha de descubrirse en forma mucho más profunda y diferenciada, mostrando sus estructuras en forma significativamente más abierta que en otros lugares. Desde luego, el Derecho español es demasiado similar al alemán como para que puedan extraerse ya ahora conclusiones de amplio espectro. Pero, en todo caso, se confirma la tesis, sostenida al principio, de que las valoraciones materiales se orientan de modo decisivo a la distinción entre prohibición general de una acción por el Ordenamiento, por un lado, y la sanción penal del hecho prohibido, por el otro. Es cierto que el Código penal español no hace referencias expresas a tal diferenciación. Sin embargo, la jurisprudencia española, con su postura más bien de rechazo de la sistemática científica, reconoce su corrección, por lo menos en lo principal. En especial, el artículo 8.4.º del Código penal contiene una regulación de la legítima defensa que permite la reacción defensiva contra agresiones «ilegítimas». Por tanto, también el Derecho español debe plantearse la cuestión de si esta «legitimidad» viene dada por toda exención de responsabilidad penal del agresor o si acaso no será preciso enjuiciar de modo diferente la agresión de un enajenado que la medida coactiva de un funcionario de policía, conforme con todas las exigencias jurídicas.

En otro orden de cosas, sin embargo, la jurisprudencia española no aprovecha, ni con mucho, las posibilidades que laten en esta diferenciación estructural. Así, ni agota realmente en la interpretación de la Ley el amplio espectro de las eximentes ni se sirve de la oportunidad de poner en claro ante el autor y ante la opinión pública que la renuncia a la sanción penal no siempre significa también una aprobación jurídica del hecho.

Fenómenos similares pueden observarse en otros ordenamientos jurídicos. El Instituto Max Planck de Derecho Penal en Friburgo ha llevado a cabo durante los últimos años varios congresos sobre el tema de la «justificación y exclusión de la culpabilidad» con científicos de los países de lengua alemana, así como de Polonia, los Estados Unidos, Escandinavia y la Unión Soviética (59). En ellos se hizo patente, por ejemplo, que también en el Derecho noruego, polaco y suizo existen tendencias en el sentido de aplicar a las situaciones de necesidad análogas a la justificación, en vez de causas de exculpación, meras atenuaciones de la pena hasta llegar al extremo de pres-

(59) Vid. nota 1.

cindir de la misma (60). En otros ordenamientos jurídicos pudieron constatarse discrepancias, ya a niveles más generales, respecto al Derecho alemán. Así, por ejemplo, se observó que los juristas soviéticos concebían las causas de justificación no sólo como expresión de enunciados jurídicos permisivos, sino además como estímulos para un comportamiento socialmente deseado (61), mientras que un participante norteamericano, polemizando, calificó la determinación de si una acción concreta está jurídicamente permitida o es simplemente impune como una cuestión desde luego interesante, pero innecesaria (62).

Por muy variado que parezca el panorama a primera vista, lo cierto es que de los trabajos realizados y reuniones habidas es posible extraer algunas consecuencias para sucesivas actuaciones. Todos los ordenamientos jurídicos examinados contienen eximentes que, al menos en su configuración, son muy similares a las causas de justificación y exclusión de la culpabilidad del Derecho alemán (63). En algunos países, la ciencia está asimismo familiarizada con la dogmática alemana y su especial bagaje conceptual, de modo que durante los congresos fue posible en ocasiones un profundo diálogo sobre las estructuras de la justificación y la exculpación (64). En cualquier caso, el análisis del Derecho español ha mostrado que el contenido de los manuales de los profesores universitarios sólo refleja una parte del respectivo ordenamiento extranjero, y no siempre permite conocer de modo suficientemente claro la postura de quienes aplican la Ley. Pese al interés de todas las ponencias y discursos, pues, la investigación estructural de los diferentes sistemas sigue siendo una tarea a realizar.

Para elaborar en cada caso las estructuras de la justificación y la exculpación debería recurrirse a los principios generales de la imputación jurídico-penal expuestos al principio. Según ello, ha de comenzarse con las bases generales de la estructura valorativa material, en especial, las previsiones constitucionales y las tradiciones históricas, porque aquí se dan ya importantes decisiones previas. Así, por ejemplo, el criterio acusadamente educativo que los juristas socialistas atribuyen a las causas de justificación está en relación con la idea general

(60) Cfr. ANDENAES, en «Rechtfertigung und Entschuldigung», tomo I (nota 1), pp. 442 y 444. SPOTOWSKI, en «Zweites deutsch-polnisches Kolloquium» (nota 1), pp. 53, 57 y 59. KRAUSS, en «Zweites deutsch-polnisches Kolloquium» (nota 1), pp. 11 y ss., y 19.

(61) Cfr. KELINA, en «Drittes deutsch-sowjetisches Kolloquium» (nota 1), pp. 60 y ss.

(62) La expresión oral no se recogió por escrito. Toma posición de modo similar GREENAWALT, en «Rechtfertigung und Entschuldigung» (nota 1), tomo I, p. 266.

(63) Cfr. en especial las ponencias en los dos tomos de «Rechtfertigung und Entschuldigung» (nota 1).⁵

(64) Aquí hay que contar en especial, de entre el círculo de ordenamientos jurídicos incluidos en los Congresos, a Suiza, Polonia y —con matices— los países escandinavos. Por contra, el diálogo se hizo especialmente difícil con los participantes norteamericanos. Cfr. en relación con ello los problemas de traducción referidos también por FLETCHER en su *Introduction*, en Eser-Fletcher (nota 1), tomo I, pp. 10 y ss.

educativa, inherente al Estado socialista como vía al comunismo en la teoría de Marx. En el otro lado, tampoco sorprende que la concepción liberal de los Estados Unidos preste poca atención a la función de las normas prohibitivas y permisivas consistente en la *determinación* de conductas, pretendiendo decidir luego de modo global simplemente acerca de si un hecho concreto debe ser sancionado con pena o no.

A continuación puede accederse al concreto sistema de imputación jurídico-penal, tal como éste se plasma en las leyes y en las decisiones judiciales. La cuestión decisiva se plantea entonces en torno a si las eximentes tradicionales son compatibles con la diferencia valorativa entre permisión jurídica y mera renuncia a la sanción penal o incluso si, además, la requieren de modo obligatorio. Si esta cuestión puede responderse afirmativamente, se da una base firme para una más profunda comparación de estructuras con las causas de justificación y exculpación del Derecho alemán. En caso contrario, habría que buscar una nueva base de comparación y, dado un nuevo fracaso, no restaría sino constatar la total diversidad del ordenamiento jurídico extranjero.

Una vez que, con el caso español, se ha analizado en primer lugar un ordenamiento jurídico de configuración similar, debería en el futuro prestarse atención de modo intensificado a países con estructuras más diversas. En el círculo jurídico europeo continental se ofrece a este respecto en primer lugar Francia, donde, pese a la similitud de los Códigos, se rechaza la influencia alemana, ahora tanto como antes (65). Son, además, de interés los países socialistas, que, si bien hunden sus raíces en la misma tradición codificadora, han adaptado el Derecho penal tradicional a su nuevo sistema social (66). Finalmente, es de especial importancia todo el círculo jurídico anglosajón, al que no une con el Derecho alemán ni siquiera una base común romanista (67). En este sistema jurídico, de configuración totalmente diversa, se mostrará en especial si las estructuras en las que se basan las causas de justificación y de exclusión de la culpabilidad en Alemania vienen dadas de modo «lógico-objetivo» por el propio concepto de Derecho o se trata simplemente de productos del pensamiento sistemático continental europeo. Considero, sin embargo, que tal decisión es un objetivo que merece la pena, por grande que sea el esfuerzo para alcanzarla.

(65) Cfr. CONSTANTINESCO-HUBNER: *Einführung in das französische Recht*, München, 1974, pp. 99 y ss., así como la descripción de STEFANI-LEVASSEUR-BOULOC: *Droit pénal général*, 12.^a ed., París, 1984, pp. 145 y ss.

(66) Cfr. en relación con ello, ANDREJEW, ZStW 99 (1987), pp. 152 y ss.

(67) SCHWARZ, en Goldschmidt y otros (ed.), *Die Zivilgesetze der Gegenwart*, tomo II, Das Zivilrecht Englands in Einzeldarstellungen, Erster Teil, Mannheim, etc., 1931, pp. 5 y ss.

Algunos aspectos de los delitos previstos en el artículo 325 bis del Código penal (*)

ARACELI MANJON-CABEZA OLMEDA

Profesor Titular Interino de Derecho penal de la Universidad Complutense de Madrid

I. INTRODUCCION

El artículo 325 bis se introduce en el Código penal en el título IV, relativo a los delitos contra la Administración de Justicia, por la Ley de Reforma Urgente y Parcial del 25 de junio de 1983. Sorprende la ubicación sistemática que, dentro del título, recibe el artículo de referencia, ya que se incluye en el capítulo I, dedicado a la acusación y denuncia falsas, que con anterioridad a la reforma de 1983 sólo recogía el artículo 325 referido al delito que daba nombre al capítulo.

Las figuras delictivas nuevas, pues en realidad son dos distintas, nada tienen que ver con la acusación y denuncia falsas, salvo el que afectan a la Administración de Justicia; pero por lo demás se refieren los dos preceptos, el 325 y el 325 bis, a la protección de otros bienes jurídicos distintos (1) y tienen estructuras típicas perfectamente dife-

(*) El presente trabajo no pretende ser un tratamiento exhaustivo de los tipos contenidos en el artículo 325 bis del Código penal, limitándose al análisis de algunos aspectos parciales.

(1) En el párrafo 1 del artículo 325 bis se protege la Administración de Justicia, puesto que se pretenden evitar las conductas que supongan una intervención no libre de testigos, peritos, etc.; pero de forma, aunque sea mediata, también se está protegiendo la libertad de obrar de dichos sujetos. En cambio, en el párrafo 2 es más que dudoso que el objeto de protección siga siendo la Administración de Justicia y, sin embargo, es claro que se protegen otros bienes jurídicos, concretamente la vida, la integridad, la libertad, la seguridad y los bienes de las personas aludidas en el párrafo anterior. Luego el artículo 325 bis ni siempre, ni sólo protege la Administración de Justicia. Por lo que se refiere a la acusación y a la denuncia falsas, algunos autores han señalado que se protege, junto a la Administración de Justicia, el honor del falsamente denunciado o acusado (MUÑOZ CONDE, F., «DPPE», 6.^a ed., Sevilla, 1985, p. 655. Y RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., «DPEPE», 9.^a ed., Madrid, 1983, p. 970). Otros han afirmado incluso que «...el fundamento del delito ha de encontrarse en la *lesión del honor*, que, desde luego, prevalece en este caso sobre las perturbaciones procedimentales que pudieran producirse» (COBO DEL ROSAL, M.; VIVES ANTÓN, T. S., y otros, «DPPE», vol. I, Valencia, 1987, p. 285). Argumentos en contra del carácter pluriofensivo del delito del artículo 325 pueden verse en MAGALDI, M. J., y GARCÍA ARÁN, M.: *Los delitos contra la Administración de Justicia en la reforma penal*, en «Docu-

renciadas (2), lo cual justificaría su mejor tratamiento en capítulos distintos, con rúbricas que hiciesen referencia, en cada caso, al verdadero contenido de los preceptos. En el Proyecto del Código penal de 1980 se recoge un precepto casi idéntico, en el artículo 512, del que el artículo 325 bis es prácticamente una reproducción (3). Este artículo 512 se sitúa en un capítulo que lleva por título «De la obstrucción a la Justicia y de la realización arbitraria del propio derecho» y que contiene tres preceptos: los dos primeros relativos a la obstrucción a la Justicia y el tercero a la realización arbitraria del propio derecho (4). Más correcta parece la técnica utilizada por la PANCP de 1983, que recoge en el capítulo VI, «De la obstrucción a la Justicia», tres preceptos, siendo el segundo de ellos, el 436, el relativo a los delitos objeto de estudio. Este artículo 436 reproduce casi literalmente los términos del artículo 512 del Proyecto del Código penal de 1980 (5).

Sobre la necesidad de incluir el artículo 325 bis en el Código penal, la doctrina no es unánime, siendo necesario distinguir en este punto entre el delito del párrafo 1 y el del párrafo 2. En el primero se castigan las conductas violentas o intimidatorias realizadas sobre testigos, denunciante, etc., con la finalidad de que modifiquen su actuación procesal. Como ha señalado Muñoz Conde, se trata de atentados genéricos a la libertad ya punibles conforme a las figuras de coacción o amenaza, por lo que el único sentido de la nueva tipifi-

mentación Jurídica», vol. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1983, pp. 417 y ss. Y más ampliamente en MAGALDI PATERNOSTRO, M. J.: *Aspectos esenciales de la acusación y denuncia falsa*, en «ADP», 1987, pp. 37 y ss. Pone de manifiesto esta autora que el delito del artículo 325 no es pluriofensivo puesto que los móviles personales que pueda perseguir el autor son ajenos a la estructura típica y, en su caso, pueden dar lugar a un concurso de infracciones.

(2) En este sentido ver MAGALDI y GARCÍA ARÁN: *Los delitos contra...*, *ob. cit.*, p. 416. Y CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C.: *Coacción o represalia a denunciante, perito, intérprete o testigo*, en «Comentarios a la Legislación Penal. La reforma del Código penal de 1983», t. V, vol. 2, Madrid, 1985, p. 721.

(3) Hay una importante diferencia por lo que se refiere a la regla concursal del párrafo 2 que produce oscuridad y dudas en el actual artículo 325 bis; a ello me referiré más adelante.

(4) LUZÓN PEÑA señala que no se entiende bien por qué se coloca en el mismo capítulo la obstrucción a la Justicia y la realización arbitraria del propio derecho, pues estas figuras no guardan relación entre sí, ya que la primera incide en el proceso, mientras que la segunda afecta a la fase preprocesal, en la medida en que se prescinde de la actuación de la Justicia (*Consideraciones sobre la sistemática y alcance de los delitos contra la Administración de Justicia*, en «Libro homenaje al Profesor Antón Oneca», Salamanca, 1982, p. 779).

(5) Las diferencias entre los artículos 512 del PCP y 436 de la PANCP son dos: 1) la pena, en el artículo 512 es de 6 meses a un año de prisión o multa de 6 a 24 meses, mientras que en el artículo 436 es de 6 meses a 3 años de prisión y multa de 6 a 24 meses; 2) el artículo 512, en su párrafo 2, se refiere a cualquier acto atentatorio contra la vida, integridad, libertad y *seguridad*, mientras que el artículo 436.2 habla de cualquier acto atentatorio contra la vida, integridad, libertad o *indemnidad sexual* o bienes. Es decir, se sustituyen los actos contra la seguridad por los actos contra la indemnidad sexual.

cación es la agravación de la pena (6). En cambio Magaldi y García Arán creen «...necesaria y correcta la incriminación de tales conductas, porque la libertad de los intervinientes en un proceso es presupuesto ineludible del principio de contradicción y de la validez del proceso». Lo que justifica, a juicio de estas autoras, el que el legislador adelante las barreras penales construyendo el tipo del artículo 325 bis como delito de peligro (7).

Lo que parece evidente es que las conductas de violencia e intimidación recogidas en el párrafo 1 del nuevo artículo 325 bis eran ya típicas conforme a las figuras de amenaza imponiendo condición, cuando se trataba de intimidación, y de coacciones, cuando se emplea la violencia; lo que ocurre es que las penas de estos delitos son menores que las del artículo 325 bis, debiendo tenerse en cuenta que para aplicar la superior pena del nuevo precepto basta con el intento, es decir, la consumación no requiere la producción del resultado, cual ocurre con las amenazas condicionales y con las coacciones. A estas diferencias de penas nos referiremos más adelante.

- En relación al párrafo 2, que castiga las represalias que se puedan tomar contra los que ya han intervenido en un procedimiento por su actuación en el mismo, se preconiza su desaparición, por lo que tiene de innecesario y porque crea más problemas de los que pretende solucionar, dada la incomprensible regla concursal que tiene en su último inciso. Este aspecto será objeto de tratamiento especial.

II. EL TIPO DEL PARRAFO PRIMERO DEL ARTICULO 325 BIS

1. La relación con los tipos de amenazas condicionales y coacciones

El delito previsto en el párrafo 1 del artículo 325 bis tiene un evidente paralelismo con los delitos de amenazas condicionales y coacciones, ya que la conducta descrita en el nuevo tipo consiste en el

(6) «DPPE», *ob. cit.*, p. 667. De la misma opinión es QUINTERO OLIVARES en relación al artículo 512 del PCP de 1980, pues entiende que estas conductas «...de no existir este tipo, serían igualmente punibles. El tipo especial indica una voluntad legal de diferenciar agravatoriamente el ámbito práctico en que el hecho se produce creando un delito que entrara en concurso con el que en todo caso constituya» (*Los delitos contra la Administración de Justicia*, en «Revista Jurídica de Cataluña», 1980, núm. extraordinario, p. 200). También refiriéndose al artículo 512 del PCP ha señalado LUZÓN que el sentido de la figura está en la mayor pena que se aplica, puesto que tratándose en realidad de una tentativa de coacciones, merece pena superior a la de la genérica tentativa de coacciones (art. 192). Pero señala este autor que cuando se trata de una coacción consumada «...entonces de pronto el tipo especial se convertiría absurdamente en tipo privilegiado, ya que no podría llegar a imponer nunca la pena de prisión de tres años que permiten las coacciones genéricas» (*Consideraciones...*, *ob. cit.*, p. 797). Como veremos, este absurdo efecto privilegiador no se produce en el actual Código penal, dado el mayor marco penal del artículo 325 bis con respecto a las coacciones y amenazas.

(7) *Los delitos contra...*, *ob. cit.*, p. 429.

ejercicio de la intimidación o violencia. Para la determinación de estas dos modalidades de conducta resulta útil la remisión a los conceptos que de violencia e intimidación ha elaborado la doctrina al referirse a las coacciones y amenazas condicionales (8), motivo por el cual aquí haremos sólo una breve alusión.

Por lo que se refiere a la violencia, hay que tener presente el proceso de espiritualización o volatilización que ha sufrido, pasando de ser conceptuada exclusivamente como fuerza o energía que recaía sobre el cuerpo de la víctima, para admitirse posteriormente la fuerza ejercitada sobre un tercero o sobre una cosa, incluso, el uso de narcóticos o de la hipnosis. En este sentido afirma Mir que «...la esencia de la coacción no requiere la violencia como fuerza material sobre una persona, sino sólo como *fuerza sobre la libertad de actuación*» (9).

Problema importante es el que plantea la inclusión de la intimidación en el marco de la violencia a efectos de coacciones. Así el Tribunal Supremo, siguiendo a Carrara (10), distingue entre intimidación y amenaza, en base a que en la primera se anuncia un mal inmediato, mientras que en la segunda el mal conminado es remoto, y en base a ello incluye la intimidación dentro del ámbito de la violencia. Esto ha llevado al propio Tribunal Supremo a decir que amenazas condicionales y coacciones son figuras coincidentes. La doctrina rechaza esta postura jurisprudencial, entendiendo que la intimidación no puede constituir coacción, sino amenaza condicional (11). Tratándose de amenazas condicionales y coacciones, es importante determinar si la intimidación integra una u otra figura, aunque sólo sea por su diferente penalidad; pero en el supuesto del artículo 325 bis la discusión carece de consecuencias, porque tanto la intimidación como la violencia, ejercitadas con la finalidad descrita en el tipo, tienen tratamiento unitario, mereciendo la misma pena.

Decía que el paralelismo entre los delitos de coacciones y amenazas condicionales, por un lado, y el delito del párrafo 1 del artículo

(8) A parte de las obras generales, puede verse TORIO LÓPEZ, A.: *La estructura típica del delito de coacción*, en «ADP», 1977, pp. 19 y ss. MIR PUIG, S.: *El delito de coacciones en el Código penal*, en «ADP», 1977, pp. 269 y ss. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: *Sobre el delito de coacciones*, en «Estudios Penales y Criminológicos», VI, Santiago de Compostela, 1983, pp. 103 y ss. MIRA BENAVENT, J.: *El concepto de violencia en el delito de coacciones*, en «CPC», 1984, núm. 22, pp. 95 y ss. HIGUERA GUIMERA, J. F.: *El delito de coacciones*, 2.ª ed., Barcelona, 1983.

(9) *El delito de...*, ob. cit., p. 278. Esta interpretación evita dar un trato diferencial al impedir y al compeler.

(10) «Programma del Corso di Diritto Criminale. Parte Speciale», IV, 9.ª ed., Firenze, 1923, § 2132. La distinción de Carrara no es válida en nuestro Derecho pues parte de un plano más amplio, distinguiendo entre extorsión, amenazas simples, condicionales, hurto violento y coacciones. Críticamente se manifiestan RODRÍGUEZ DEVESA, «DPEPE», ob. cit., p. 278. Y MIR PUIG: *El delito de...*, ob. cit., p. 283.

(11) En este sentido MIR PUIG: *El delito de...*, ob. cit., p. 284. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA: *Sobre el delito...*, ob. cit., p. 117. MIRA BENAVENT: *El concepto...*, ob. cit., p. 153.

325 bis por otro, es evidente. Sin embargo hay diferencias fundamentales: así las coacciones y las amenazas condicionales son delitos de resultado, pues la amenaza o la violencia han de producir la entrega de una cantidad o el cumplimiento de una condición (arts. 493.1 y 494) o una acción u omisión (art. 496), siendo además delitos de lesión (12), mientras que el delito que nos ocupa es de mera conducta y de peligro, como veremos a continuación. Además la aplicación del artículo 325 bis)-1, que siempre será preferente con respecto a los artículos 493.1, 494 y 496 cuando se dé el especial ánimo al que hace referencia el tipo, supone una mayor penalidad. Téngase en cuenta que la pena de prisión menor del artículo 325 bis se aplica siempre, aunque no se consiga el propósito buscado, pues el mero intento perfecciona el tipo; pena que se impondrá en su grado máximo tratándose de procesos penales por delito. Naturalmente si no existiese el artículo 325. bis. 1, las conductas en él descritas serían punibles conforme a los artículos 493, 494 y 496.

La diferencia de penas se observa en el siguiente cuadro:

1) A intenta que B no testifique, amenazándole con un mal constitutivo de delito:

Art. 493-1: B no testifica: *prisión menor*.

B testifica: *arresto mayor*.

Art. 325 bis)-1 B testifica o no lo hace: *prisión menor*.

2) A intenta que B no testifique, amenazándole con un mal no constitutivo de delito.

Art. 494: B testifica o no lo hace: *arresto mayor*.

Art. 325 bis)-1; B testifica o no lo hace: *prisión menor*.

3) A ejerce violencia sobre B para que no testifique o para que lo haga desviadamente:

Art. 496: *Arresto mayor y multa de 30.000 a 300.000 pesetas*.

Art. 325 bis)-1: *prisión menor*.

Como se ve, sólo en un supuesto la punición es la misma, en la amenaza de un mal constitutivo de delito lográndose el propósito (*prisión menor*), naturalmente, salvo que se trate de procesos penales por delito, en cuyo caso el artículo 325 bis)-1 obliga a elevar el grado máximo y no, en cambio, el artículo 493.1. Pero en todos los demás casos el artículo 325 bis)-1 supone una mayor punición, que naturalmente es debida a que el nuevo precepto no protege sólo ni principalmente la libertad de obrar, como ocurre con los tipos de amenazas y coacciones. Es más, la ubicación que tiene el artículo 325 bis en el Código penal pone de manifiesto que el legislador ha pretendido

(12) TORIO LÓPEZ: *La estructura...*, ob. cit., p. 22.

proteger la Administración de Justicia. La libertad de las partes intervinientes se protege sólo de forma mediata, como necesaria para la protección del proceso debido (13).

2. La consumación. Delito de resultado cortado. Delito de mera conducta. Delito de peligro abstracto

El delito previsto en el párrafo 1 del artículo 325 bis hace referencia a una finalidad o propósito que debe de impregnar la acción típica; es decir, la violencia o la intimidación han de ejercerse con la finalidad de que alguno de los sujetos aludidos modifique su actuación procesal en uno de los sentidos previstos. Pero el tipo no exige para su consumación que dicha modificación procesal se llegue a producir. Nos encontramos por tanto ante un delito de intención (14) o de tendencia interna trascendente, por requerir una finalidad o motivo que va más allá de la realización del hecho típico: efectivamente el autor de la violencia o de la intimidación realiza la conducta con la finalidad de obstruir la Justicia, como elemento subjetivo del injusto. Habida cuenta de que la realización de la finalidad perseguida por el autor depende, no de sí mismo, sino de la actividad que después desarrolle el testigo, perito, etc., hay que afirmar que se trata de un delito de resultado cortado (15). La presencia del elemento subjetivo del injusto, en los términos descritos, conduce a la constatación de que el tipo es de los incongruentes por exceso subjetivo (16).

Que no se requiere el resultado de modificación de la actuación procesal, sino sólo la tendencia a conseguirlo, se deriva de la expre-

(13) MAGALDI y GARCÍA ARÁN entienden por «proceso debido» «...aquel proceso en el cual las garantías formales se impregnen de contenido material, de tal manera que pueda ser calificado además de “legal” como “debido”» (*Los delitos contra...*, *ob. cit.*, p. 415).

(14) En este sentido CONDE-PUMPIDO: *Coacción o represalia...*, *ob. cit.*, pp. 727 y 728. La sentencia de 9 de mayo de 1986 señala que se trata de un «...delito de tendencia, o actividad, en cuanto se propende, en lo concerniente al testigo, a obstruir su espontánea actitud de colaboración con el órgano judicial, tratando de disuadirle de su propósito de declarar, atendiendo la llamada judicial, o desviarle de la línea de exactitud e imparcialidad que debe ser norma de cualquier aportación testimonial...». Sobre esta sentencia puede verse TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA, J. M.: *El delito contra la Administración de Justicia. Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 1986*, en «Revista Jurídica de Castilla-La Mancha», 1987, núm. 1, pp. 221-224.

(15) Los delitos contenedores de elementos subjetivos del injusto se clasifican en delito de intención o de tendencia interna trascendente, delitos de tendencia interna intensificada y delitos de expresión. Dentro de los primeros se diferencia entre delitos de resultado cortado y delitos mutilados en dos actos. Según MIR PUIG el criterio distintivo entre estos dos últimos está en que tratándose de delitos mutilados en dos actos «...la intención del autor al ejecutar la acción típica debe dirigirse a realizar otra actividad posterior del mismo sujeto (delito de dos actos)...», mientras que si se trata de un delito de resultado cortado, la intención del autor debe dirigirse «...a un resultado independiente de él» («DPPG», 2.ª ed., Barcelona, 1985, pp. 167 y 168).

(16) *Id. id.*, p. 167.

sión utilizada por el precepto: «El que... intentare...». En base a ello, Bustos Ramírez califica el delito como de emprendimiento, pues, «...se entiende consumado por cualquier acto de ejecución (de tentativa); no es necesario, por tanto, que se produzca la retractación, desestimiento o desviación» (17). Esta categoría, la de delitos de emprendimiento, supone que la tentativa y la consumación se equiparan; emprender un hecho supone tanto su tentativa como su consumación, con el efecto de que ni el desistimiento excluye la punibilidad, ni la tentativa se castiga con pena atenuada (18). La figura del emprendimiento no existe en el Derecho español, por faltar en el mismo un artículo paralelo al parágrafo 11.I.6 del Código penal alemán; sin embargo, sí existen supuestos en el Derecho español en los que se equipara la pena del delito intentado a la del consumado, cual ocurre con el homicidio del Jefe del Estado (art. 142) (19). Entiendo que no es correcto hablar en el supuesto del artículo 325 bis)-1 de delito de emprendimiento por dos razones: primera, porque se trata de una categoría extraña en nuestro Derecho, y, segunda, porque el artículo 325 bis)-1 no equipara la tentativa a la consumación a efectos de pena; lo que ocurre es que se eleva la tentativa a la categoría de delito autónomo, como ocurre en los supuestos de los artículos 163, 214 y 218. Es decir, nos encontramos ante un delito de consumación anticipada (20).

Debe tenerse en cuenta que en ocasiones el legislador introduce en los tipos elementos subjetivos del injusto con el propósito de adelantar la barrera de protección (21), y esto es lo que ocurre precisamente en este caso: el legislador castiga expresamente los actos de violencia o intimidación tendentes a obstruir la Justicia, antes de que se llegue a producir ese efecto o resultado y sin necesidad del mismo. Y es que de no ser ésta la idea del legislador —adelantamiento de las barreras de protección— no hubiera sido necesario introducir este tipo, puesto que la conducta en él descrita es típica en relación a las amenazas condicionales y a los coacciones; pero estos delitos, como ya he dicho, son de resultado, lo cual quiere decir que, en ausencia del artículo 325 bis)-1 exigirían para aplicar la pena del delito consumado, y por lo tanto la más grave, que de hecho se produjese la modificación de la actuación procesal. Naturalmente el deseo del legislador expresado en el artículo 325 bis)-1 no es sólo el de adelantar las barreras de protección construyendo un tipo de consumación anti-

(17) «MDPEPE», Barcelona, 1986, p. 427.

(18) JESCHECK, H. H.: *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, traducción y adiciones de Derecho español por S. Mir Puig y F. Muñoz Conde, Barcelona, vol. I, p. 362, y vol. II., p. 715.

(19) Adiciones de Derecho español a JESCHECK: *Tratado...*, ob. cit., vol. II, p. 724.

(20) CÓRDOBA RODA, J., y RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: *Comentarios al Código penal*, t. I, Barcelona, p. 140.

(21) En este sentido, RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: «DPPG», Madrid, 1978, p. 329.

cipada, sino también el poder aplicar penas más graves que las previstas en los correspondientes tipos de amenazas condicionales y coacciones, que, como ya hemos visto, prevén penas más leves (salvo en un supuesto en el que se podría llegar a la misma pena).

El delito previsto en el párrafo 1 del artículo 325 bis es de mera conducta, puesto que no exige la producción de ningún resultado separado en el tiempo y en el espacio de la conducta; la sola conducta dirigida a conseguir la modificación procesal sirve para consumir el tipo. Naturalmente, si además se consigue el objetivo propuesto por el autor, porque hay retractación, desistimiento, etc., la pena aplicable será la misma.

La caracterización del delito como de mera conducta hace que nos planteemos la viabilidad de formas imperfectas de ejecución. La sentencia de 9 de mayo de 1986, tras afirmar que nos encontramos ante un delito de tendencia o actividad, señala «...que la consumación de la infracción criminal se alcanza con la conducta desatadora de la *vis física* o merced al proferimiento de las amenazas o coacciones capaces de amedrentar al testigo y torcer su ánimo, sin precisarse la consecución del resultado propuesto por el autor..., la perfección delictiva se logra con el intento... de lo que se colige la imposibilidad de formas imperfectas de ejecución...» (22). Por lo que se refiere a la admisibilidad de la frustración, debe ser negada, ya que ésta es inviable en los delitos de mera conducta (23), puesto que si se practican todos los actos de ejecución, el delito queda consumado. En relación a la tentativa, suele ésta admitirse en los delitos de mera conducta cuando el comportamiento es fraccionable en varios actos, por tratarse de comportamientos plurisubsistentes (24). Sin embargo, en el supuesto que nos ocupa creo que no debe admitirse la tentativa, puesto que al consumarse el delito con el mero intento, la tentativa sería tentativa de una tentativa que «...no es punible por tratarse de actos demasiado alejados de la zona previa» (25).

Habida cuenta de que el legislador al tipificar la conducta del párrafo 1 del artículo 325 bis, lo hace sin exigir la efectiva lesión del bien jurídico, castigándose por el peligro que supone para el mismo, debe afirmarse que nos encontramos ante un delito de peligro. Y me inclino a pensar que es un delito de peligro abstracto y no concreto,

(22) En el mismo sentido, CONDE-PUMPIDO: *Coacción o represalia...*, *ob. cit.*, p. 735. Y TORRES FERNÁNDEZ: *El delito...*, *ob. cit.*, p. 222.

(23) CÓRDOBA RODA y RODRÍGUEZ MOURULLO: *Comentarios...*, *ob. cit.*, p. 106. GÓMEZ BENÍTEZ no ve inconveniente en admitir las formas imperfectas en los delitos de mera conducta y «...si bien la *frustración* encuentra un ámbito difícilmente diferenciable de la consumación, cabe imaginar supuestos de frustración por inidoneidad de la conducta» («TJDDPPG», Madrid, 1984, p. 169).

(24) CÓRDOBA RODA y RODRÍGUEZ MOURULLO: *Comentarios...*, *ob. cit.*, p. 141.

(25) JESCHECK: *Tratado, ob. cit.*, vol. II, p. 715.

puesto que el legislador no exige como resultado de la acción la probada proximidad de la lesión del bien jurídico, es decir, no hay una efectiva puesta en peligro concreto, a diferencia de lo que ocurre en el número 2 del artículo 340 bis)-a). Lo cual quiere decir que las conductas de violencia o intimidación dirigidas a obstruir la Justicia son peligrosas en sí mismas, son peligrosas «ex ante» para el bien jurídico de la Administración de Justicia. Esta naturaleza de delito de peligro abstracto y no concreto es congruente con el carácter de delito de mera conducta que le hemos atribuido. Y es que, como ha puesto de manifiesto Rodríguez Ramos, «...la figura del peligro abstracto es de mera conducta y la de peligro concreto de resultado» (26), aun cuando las categorías «peligro-lesión» y «resultado-mera conducta» pertenezcan a diversos elementos del delito. Naturalmente lo contrario no es cierto, es decir, no todos los delitos de mera conducta son de peligro abstracto ni todos los de resultado son de peligro concreto; tanto los delitos de resultado como los de mera conducta pueden ser —y ello ocurre en muchos supuestos— delitos que supongan la efectiva lesión del bien jurídico y no su mera puesta en peligro (27).

3. La cuestión de la autoría mediata y de la inducción al delito de falso testimonio y al delito de denegación de auxilio

Entre las modalidades típicas del artículo 325 bis)-1 se encuentran las de intentar, con violencia o intimidación, que un perito o testigo presten su informe o declaración desviadamente o que dejen de prestar su informe o declaración.

Si un perito o testigo prestan su informe o declaración desviadamente, pueden cometer delito de falso testimonio; si un perito deja de prestar su informe, teniendo la condición de funcionario, puede cometer delito de denegación de auxilio del artículo 371.1, y si un perito no funcionario o un testigo dejan de comparecer a prestar sus declaraciones pueden cometer delito del artículo 372.2.

Como hemos visto, el delito del artículo 325 bis)-1 se consuma con el mero intentar, pero bien puede ocurrir que el sujeto activo consiga su propósito y que el testigo o perito declaren en falso o que no comparezcan a declarar. Dos preguntas debemos plantearnos si esto ocurre: 1) ¿el autor de la violencia o de la intimidación puede ser autor mediato o inductor de un delito de falso testimonio o de dene-

(26) *El «resultado» en la teoría jurídica del delito*, en «Temas de Derecho penal», Madrid, 1977, p. 12.

(27) GÓMEZ BENÍTEZ, «TJD», *ob. cit.*, pp. 170 y 171.

gación de auxilio?, y 2) ¿la conducta del testigo o del perito puede en algún supuesto quedar impune?

Tratamos en primer lugar lo relativo al delito de denegación de auxilio del artículo 371.1. Se trata de un delito de omisión que se consuma con el sólo desatender el requerimiento de la autoridad competente (28). Nos centramos en los supuestos en los que el autor del delito del artículo 325 bis)-1 utiliza una *vis absoluta* para impedir que el perito funcionario preste su debida cooperación con la Administración de Justicia, excluyendo toda posibilidad de actuación al perito. Creo que aquí no se plantea un supuesto de autoría mediata ya que el hombre de atrás —el autor del delito del artículo 325 bis)-1— resultaría ser, si ello fuese posible, autor directo, pues como ha puesto de manifiesto un sector de la doctrina «el que emplea fuerza irresistible es el autor directo» (29) y si el sujeto padece una fuerza absoluta no realiza ninguna acción al convertirse en «objeto sin voluntad», siendo autor directo el que despliega la fuerza (30). Ahora bien, dada la naturaleza de delito especial propio (31) que tiene la denegación de auxilio, resulta que el hombre de atrás no puede ser autor del mismo, al no concurrir en él una característica del tipo, por lo que en el supuesto que nos hemos planteado, el que despliega la fuerza será sólo autor de un delito del artículo 325 bis)-1. En relación al sujeto que sufre la fuerza absoluta, hay que decir que nos encontramos ante un caso de fuerza irresistible del artículo 8.9 y, por tanto, de ausencia de acción.

Tampoco cabe plantearse en los casos de *vis compulsiva* la autoría mediata del hombre de atrás, puesto que siendo la denegación de auxilio un delito especial propio, no puede cometerlo ni como autor directo ni como autor mediato el sujeto no cualificado (32). Luego

(28) En este sentido, COBO y VIVES y otros, «DPPE», vol. I, *ob. cit.*, pp. 453-454 y MUÑOZ CONDE, «DPPE», *ob. cit.*, p. 705.

(29) MIR PUIG, «DPPG», *ob. cit.*, p. 320.

(30) CÓRDOBA RODA y RODRÍGUEZ MOURULLO: *Comentarios...*, *ob. cit.*, pp. 845-846. En contra, GÓMEZ BENÍTEZ incluye entre los supuestos de autoría mediata, en base al primer párrafo del artículo 14.2 los casos de fuerza irresistible, que, además, para él no constituyen una causa de inexistencia de acción, sino de atipicidad por falta de imputación objetiva del hecho al autor («TJD», *ob. cit.*, p. 146).

(31) Ver MUÑOZ CONDE, «DPPE», *ob. cit.*, pp. 668-689.

(32) La doctrina no suele admitir la autoría mediata del «extraneus». Sobre los argumentos que se han dado para admitirla QUINTERO distingue aquéllos que se refieren al hecho de que el bien jurídico en estos supuestos resulta lesionado y aquéllos que se basan en razones de política criminal, rechazando unos y otros (*Los delitos especiales y la teoría de la participación*, Barcelona, 1974, pp. 112-115); así, para este autor, «...quien no puede ser autor inmediato tampoco lo puede ser mediato» (p. 111). Tampoco admite esta posibilidad GIMBERNAT ORDEIG, al decir que «si un *extraneus* utiliza a un funcionario como instrumento (funcionario inimputable o que actúa bajo miedo insuperable, por ejemplo) no por ello se convierte aquél en autor mediato del delito especial...» (*Autor y cómplice en Derecho penal*, Madrid, 1966, p. 229). La autoría mediata es autoría y no simple participación, por eso el autor mediato ha de reunir todos los requisitos que el tipo exija para ser autor, de ahí que no quepa

estos casos de utilización de *vis compulsiva* por el *extraneus* sobre el perito *intraneus* para que no preste su informe serán punibles para el agente de la fuerza conforme al artículo 325 bis)-1. La punición o impunidad del sujeto coaccionado, es decir, del perito, dependerá de la intensidad de la coacción sufrida, pudiendo plantearse la aplicación de la eximente del miedo insuperable (33).

Queda por tratar si la conducta del artículo 325 bis)-1, en su modalidad de intimidación, puede considerarse como de inducción al delito de denegación de auxilio. En la consideración de este supuesto no se choca con la naturaleza de delito especial propio, como, sin embargo, ocurría en temas de autoría mediata, puesto que siendo la inducción una forma de participación, el inductor no debe reunir las especiales características del autor del delito especial propio. En la medida que «inducir significa causar mediante influjo psíquico en otra persona la resolución de ejecutar un hecho típicamente antijurídico» (34), cabe considerar que la conducta intimidatoria tendente a que un perito deje de prestar su debida colaboración con la Administración de Justicia, no sólo constituye autoría del delito de obstrucción a la Justicia del artículo 325 bis)-1, sino además inducción a la denegación de auxilio. Ahora bien, para hablar de inducción se requerirá que el intento de obstrucción a la Justicia y, por tanto, la inducción, vaya seguido de la denegación de auxilio por parte del sujeto inducido, puesto que la inducción precisa, para ser tal, que el inducido de comienzo a los actos de ejecución, es decir, que al menos empiece la tentativa del delito al que se le ha inducido (35).

autoría mediata del sujeto no cualificado en un delito especial propio. Esta afirmación, evidentemente, puede suponer el mantenimiento de ciertas lagunas de punición, y así lo pone de manifiesto MAURACH (Traducción y notas de J. Córdoba Roda, «Tratado de Derecho penal», Barcelona, 1962, p. 320). Ahora bien, al igual que el Derecho alemán a veces cubre expresamente esas lagunas con tipos especiales, como los de los artículos 160 (inducción al perjurio) y 271 (mediata falsa atestación), según expresa MAURACH, también en los casos que nos estamos planteando de autoría mediata a la denegación de auxilio y, como veremos, al falso testimonio, el nuevo artículo 325 bis viene a rellenar la laguna de punición.

(33) MIR PUIG entiende que los casos de fuerza física absoluta se refieren a la fuerza irresistible del artículo 8.9, mientras que la fuerza moral se regula en el artículo 8.10 como miedo insuperable («DPPG», *ob. cit.*, p. 153). Esta es la postura que se acepta en el texto que, sin embargo, otros autores no comparten. Así QUINTERO OLIVARES sostiene que la fuerza irresistible puede obedecer no sólo a una fuerza física directamente actuada sobre el sujeto, sino también a una «vis compulsiva» (*Introducción al Derecho penal. Parte General*, Barcelona, 1981, p. 186; del mismo autor ver «DPPG», Barcelona, 1986, p. 426).

(34) CÓRDOBA RODA y RODRÍGUEZ MOURULLO: *Comentarios...*, *ob. cit.*, p. 846. Sobre los medios a través de los cuales se puede inducir, ver pp. 849-850.

(35) Efectivamente, para hablar de inducción se requiere que el inducido dé al menos comienzo a la tentativa. Sobre la punición de la inducción frustrada no hay acuerdo en la doctrina. Así para COBO y VIVES «...la inducción no seguida de realización es impune» («DPPG», 2.ª ed., Valencia, p. 524). Otros autores, en cambio, consideran que esta laguna de impunidad puede y debe cubrirse. Para algunos, la inducción frustrada debe castigarse como proposición (MIR PUIG, «DPPG», *ob. cit.*, pp.

Si esto no ocurre, porque el perito no cede a la intimidación y presta su informe, cooperando debidamente con la Justicia, sólo se podrá hablar de autoría del delito del artículo 325 bis)-1 y no de inducción a un delito del artículo 371.1. En los supuestos en los que si quepa esta doble calificación, creo que debe optarse por castigar la conducta como autoría del delito de artículo 325 bis)-1, descartándose la inducción al delito de denegación de auxilio en base al principio de especialidad. Debe tenerse en cuenta que si el perito no es funcionario y deja de prestar su informe, al igual que ocurre con el testigo que se abstiene de declarar, entrará en juego, no el artículo 371.1, sino el artículo 372.2, referido al perito y al testigo «...que dejen de comparecer ante un Tribunal a prestar sus declaraciones, cuando hubieren sido oportunamente citados al efecto». Hay que observar que este precepto habla del testigo o del perito que no comparecen; si comparecen pero declaran en falso, serán de aplicación los preceptos relativos al falso testimonio. A continuación nos referimos a estos supuestos.

Se trata de ver si en los casos de utilización de violencia o intimidación para que un testigo o perito presten desviadamente su declaración o informe, cabe hablar de autoría mediata o de inducción.

La posibilidad de autoría mediata, es decir, de utilización de un instrumento para cometer el falso testimonio, debe ser descartada, no sólo porque el falso testimonio es delito especial propio según unánime doctrina (36), sino además porque es un delito de propia mano, en el sentido de que el tipo exige una actividad personal del sujeto: sólo el testigo o el perito pueden declarar o informar en falso (37). La doctrina está de acuerdo en considerar que los delitos de propia mano no admiten la autoría mediata (38).

En cambio, sí es posible admitir que la conducta del artículo 325 bis)-1 consistente en la intimidación para que un testigo o perito presten desviadamente su declaración o informe sea constitutiva de inducción al falso testimonio (39); naturalmente siempre que se den

286-287. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., y HUERTA TOCILDO, S., «DPPG», 2.ª ed., Madrid, 1986, p. 534); otros creen que la inducción frustrada es una provocación (GÓMEZ BENÍTEZ, «TJD», *ob. cit.*, pp. 522 y 567).

(36) Ver por todos MAGALDI PATERNOSTRO, M. J.: *El falso testimonio en el sistema penal español*, Barcelona, 1987, p. 89.

(37) *Id. id.*, p. 89, y CÓRDOBA RODA, J.: *Comentarios al Código penal*, III, Barcelona, 1978, p. 1130.

(38) MIR PUIG, «DPPG», *ob. cit.*, p. 325. COBO y VIVES, «DPPG», *ob. cit.*, p. 520. GÓMEZ BENÍTEZ, «TJD», *ob. cit.*, p. 149. GIMBERNAT: *Autor...*, *ob. cit.*, p. 247. QUINTERO: *Los delitos especiales...*, *ob. cit.*, p. 106. RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: *El autor mediato en Derecho español*, en «ADP», 1969, p. 477. OCTAVIO DE TOLEDO y HUERTA, «DPPG», *ob. cit.*, p. 487. JESCHECK: *Tratado...*, *ob. cit.*, p. 920. MAURACH: *Tratado...*, *ob. cit.*, p. 311.

(39) MAGALDI admite todas las formas de participación en el falso testimonio y, en relación a la inducción mantiene que «...al deber reunir los requisitos exigibles para

todos los requisitos de la inducción. Cuando esto ocurre y, en consecuencia, una misma conducta puede ser calificada a la vez de inducción al falso testimonio y de autoría de un delito del artículo 325 bis)-1, optaremos por la última calificación por su mayor especialidad.

II. EL TIPO DEL PARRAFO SEGUNDO DEL ARTICULO 325 BIS

Se contiene en el párrafo 2 un tipo que, como veremos a continuación, produce extrañeza por su ubicación y por la regla concursal que recoge. Se trata de lo que algún autor ha venido a denominar «represalia a denunciante, parte, perito, intérprete o testigo» (40); otros, en cambio, agrupan las dos modalidades —la del párrafo 1 y la del 2— bajo la expresión «delitos contra la libertad de las partes, peritos y testigos en el proceso» (41). Prefiero la primera denominación, que separa este tipo del párrafo 2 del del párrafo 1, porque se trata de dos delitos totalmente distintos, como así lo han puesto de manifiesto Magaldí y García Arán al decir que «...obedecen a estructuras típicas absolutamente diferentes y con cuestiones interpretativas propias, siendo diverso, también, su objeto de protección» (42). Por ello mismo estimo, con las autoras citadas, que no es cierto lo que al respecto ha afirmado Muñoz Conde cuando dice que «en el artículo 325 bis se recogen, en realidad, dos delitos distintos, aunque ambos tengan la misma finalidad y sean reconducibles al mismo bien jurídico» (43); sólo lo primero es correcto —que son dos delitos distintos—, no así lo segundo.

1. Su naturaleza y el bien jurídico protegido

El párrafo analizado castiga con la pena de prisión menor (44) la realización de cualquier acto contra la vida, integridad, libertad,

la misma de manera general puede presentar dificultades de apreciación dada la estructura de los tipos de falso testimonio, por lo que sería deseable la configuración de una específica tipología legal de inducción al falso testimonio en términos similares a lo establecido en el § 161 del Código penal alemán» (*El falso testimonio...*, ob. cit., p. 109).

(40) CONDE-PUMPIDO: *Coacción o represalia...*, ob. cit., p. 719.

(41) MUÑOZ CONDE, «DPPE», ob. cit., p. 666. COBO y VIVES y otros, «DPPE», ob. cit., p. 289.

(42) *Los delitos...*, ob. cit., p. 427.

(43) «DPPE», ob. cit., p. 667.

(44) Creo que no puede aplicarse aquí la pena de prisión menor en su grado máximo, tal como prevé el párrafo 1, cuando se trata de procesos penales por delito, porque si esta exigencia ya es absurda en el párrafo 1, más lo es todavía en el párrafo 2, porque en éste no se recoge ningún tipo protector de la Administración de Justicia, por lo que es irrelevante el tipo de proceso en el que actuó la víctima de la represalia. Digo que es absurdo agravar la pena en el párrafo 1 cuando se trata de procesos

seguridad o bienes de los intervinientes en un procedimiento como represalia por su actuación. Al hablarse de «...actos contra la vida, integridad, etc...» parece que el legislador no exige la consumación del correspondiente delito o falta, sino que basta con el hecho de atentar. Así lo ha entendido Conde-Pumpido al decir que «...no es preciso para que se cumpla la hipótesis típica, que se consume el delito en concurso con la lesión del bien jurídico tutelado, sino que basta la ejecución externa del acto tendente a producir esa lesión, esto es, creador de un riesgo para dicho bien jurídico» (45).

No se explica fácilmente el por qué quedan fuera de la enumeración de bienes contra los que se puede atentar en represalia, la honestidad, e incluso el honor, pues son perfectamente imaginables, en venganza por una actuación en un procedimiento, una injuria y una violación o unas lesiones y unos malos tratos. En cambio, son difícilmente imaginables ciertos delitos que, sin embargo, están incluidos en la hipótesis típica, como pueden ser las maquinaciones para alterar los precios de las cosas (46).

Los requisitos que integran la redacción típica pueden resumirse de la siguiente manera:

1) Que se realice alguno de los actos atentatorios a los que hemos hecho referencia.

2) Que dichos actos tengan como sujeto pasivo a una de las personas enumeradas en el párrafo 1, es decir, a un denunciante o parte, intérprete, perito o testigo. Lo cual quiere decir que si se realizan contra un pariente o un allegado (no interviniente en el procedimiento) no será aplicable este párrafo 2.

3) Los atentados deben tener por causa la actuación del sujeto pasivo en un procedimiento. El móvil ha de ser el de represalia por la actuación en el procedimiento. Esta motivación supone la exigencia de un elemento subjetivo del injusto. Sobre este punto se han pronunciado críticamente Magaldi y García Arán al decir que «...la figura se construye técnicamente sobre la base de elevar el móvil de comisión de cualquiera de los atentados... a la categoría de elemento,

penales, porque el proceso penal no sufre perjuicio alguno si, por ejemplo, un denunciante se retracta de su denuncia (en procesos por delitos públicos), mientras que la incidencia en el proceso civil del desistimiento de la acción es mayor, dado el principio dispositivo que rige en estos supuestos. Sobre este particular ver MAGALDI y GARCÍA ARÁN: *Los delitos contra...*, *ob. cit.*, pp. 428-429.

(45) *Coacción o represalia...*, *ob. cit.*, p. 730.

(46) Como ha señalado CONDE-PUMPIDO, la no alusión a los delitos contra la honestidad obedece a que el artículo 325 bis es una copia literal del artículo 512 del PCP de 1980, Proyecto en el que los actuales delitos contra la honestidad se recogen, correctamente, como delitos contra la libertad sexual y, por tanto, como delitos contra la libertad, bien jurídico éste que si viene aludido en el texto de los dos preceptos (*Coacción o represalia...*, *ob. cit.*, pp. 730-731).

esencial y único, generador y motor del tipo, lo cual responde... a una técnica legislativa reprochable, y es expresión de una política criminal preocupante» (47).

Por lo que al bien jurídico se refiere, dada la ubicación que este tipo tiene entre los delitos del Título IV del Libro II, sería lógico pensar que se trata de la Administración de Justicia y, sin embargo, no es así. En efecto, la Administración de Justicia no se ve lesionada ni puesta en peligro por la conducta descrita. Luzón, basándose en la clasificación de Quintano (48), distingue los delitos contra la Administración de Justicia en cuatro apartados: 1) delitos que afectan a la fase preprocesal; 2) delitos que provocan el nacimiento indebido del proceso; 3) delitos que inciden en el proceso, ya sea en su fase probatoria, ya en el desarrollo o en la conclusión, incluyéndose aquí el delito de obstrucción a la Justicia del artículo 512 del Proyecto del Código penal de 1980, que como ya hemos dicho es el equivalente al actual artículo 325 bis, y 4) delitos que afectan a la fase ejecutiva (49). Asumido este criterio clasificatorio, ha de afirmarse que la represalia sobre los intervinientes en un procedimiento por su actuación en el mismo no afecta a ninguna de las fases procesales descritas, lo que sí ocurre, en cambio, con la conducta descrita en el párrafo 1 del artículo 325 bis, que efectivamente afecta o puede afectar al desarrollo del proceso. Y es que si el perito o el testigo han intervenido en el proceso sin ser coaccionados, prestando su informe o testimonio en libertad y, precisamente por ello, son después objeto de actos de venganza, no es posible que dichos actos incidan en modo alguno en el proceso. La Administración de Justicia no puede verse afectada en modo alguno por los atentados dirigidos contra los que ya han intervenido de alguna manera y libremente. El legislador probablemente no lo ha entendido así, y por ello ha incluido esta extraña figura en el Título IV.

El nuevo tipo lo único que puede proteger son los bienes jurídicos que resulten afectados de modo inmediato por el atentado vindicativo, es decir, la vida, la integridad, etc., pero todos estos bienes encuentran ya protección en los correspondientes tipos delictivos, por lo que entiendo que el nuevo párrafo no tiene razón de ser (50).

(47) *Los delitos contra...*, *ob. cit.*, p. 430.

(48) QUINTANO clasifica los delitos contra la Administración de Justicia en base a la dinámica procesal de la siguiente manera: 1) delitos que afectan a la fase procesal; 2) delitos que afectan al nacimiento indebido del proceso; 3) delitos que afectan a la fase probatoria, y 4) delitos que afectan a la fase ejecutiva (*Curso de Derecho penal*, t. II, Madrid, 1963, p. 570).

(49) *Consideraciones...*, *ob. cit.*, p. 779. GARCÍA MIGUEL sostiene que los hechos castigados en el artículo 436 de la PANCP «...constituyen un verdadero atentado al normal desenvolvimiento del proceso...» (*Los delitos contra la Administración de Justicia en la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código penal*, en «Documentación Jurídica», vol. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1983, p. 403).

(50) MAGALDI y GARCÍA ARÁN, que también se muestran partidarias de la supresión, entienden que aunque se partiera de la idea de que está más desvalorado realizar

2. Concurso con la figura agravada del número 1 del artículo 558

En la aplicación del tipo del párrafo 2 del artículo 325 bis debe tenerse en cuenta que el artículo 558 prevé entre las circunstancias que sirven para agravar los daños que exceden de 250.000 pesetas la de que éstos se causen «con la mira de impedir el libre ejercicio de la autoridad o en venganza de sus determinaciones, bien se cometiere el delito contra funcionarios públicos, bien contra particulares, que como testigos o de cualquier otra manera hayan contribuido o puedan contribuir a la ejecución o aplicación de las leyes». Por su parte, el artículo 559 prevé la pena de arresto mayor para los daños causados con las mismas circunstancias, cuando excedan de 30.000 pesetas y no pasen de 250.000. En relación con esta agravación ha señalado Quintano que se trata de daños de tendencia (51) en los que la acción no se agota por la intención del daño «in re ipsa», persiguiéndose otras finalidades ulteriores, de donde se deriva el aumento de la penalidad y la imposibilidad de la versión culposa (52). Igualmente ha señalado este autor la poca aplicación de esta agravación de venganza por pérdida de un proceso (53).

Fácilmente se comprende que este tipo de daños cualificados puede entrar en concurso con el tipo del párrafo 2 del artículo 325 bis, cuando se producen daños en la propiedad de un testigo en venganza por su actuación en un proceso. Entiendo que se trata de un concurso de leyes, puesto que un mismo hecho parece infringir dos preceptos, aunque sólo se puede castigar conforme a uno de ellos. La solución de este concurso no reside en el principio de especialidad, pues tratándose de daños ninguno de los dos preceptos contempla el hecho de modo más específico. En efecto, tanto la aplicación del párrafo 2 del artículo 325 bis como la de los artículos 558.1 ó 559 requieren los mismos elementos, a saber: atentado contra los bienes que, sin duda alguna, lo es el delito de daños, ánimo vindicativo y que el sujeto pasivo sea un testigo o un funcionario (piénsese en los funcionarios llamados a peritar en juicio) por su contribución a la aplicación de las leyes (cosa que los testigos y peritos hacen con su actuación en un procedimiento). La única diferencia que se podría apreciar entre un tipo y otro es que en el artículo 325 bis)-2 la venganza o

alguno de los tipos descritos en el precepto cuando se hace por venganza, aun no afectando al proceso, el Estado podría cubrir con garantías penales la libre intervención en un proceso sin temor a futuras represalias articulando una única figura en el párrafo 1 en la que tales consideraciones estuviesen presentes (*Los delitos contra...*, *ob. cit.*, p. 431).

(51) Este autor clasifica los daños cualificados en tres grupos: a) daños de tendencia; b) daños de específica peligrosidad modal, y c) daños de cualidad e interés del objeto (*Tratado de la parte especial del Derecho penal*, t. III, Madrid, 1965, p. 508).

(52) *Id. id.*, p. 509.

(53) *Id. id.*, p. 511.

represalia tiene por causa la actuación en el proceso, mientras que el artículo 558 habla de venganza por las determinaciones de la autoridad (54). Pero esta diferencia es irrelevante, a efectos del principio de especialidad, puesto que en ambos casos la venganza la sufre no la persona de la autoridad, sino el particular o funcionario que presta su testimonio o colaboración en el proceso. Tampoco parece solucionarse el concurso con los principios de subsidiariedad o consunción, por lo que parece debería aplicarse el artículo 68 y resolver en favor del precepto que prevea mayor pena. Así tratándose de daños entre 30.000 y 250.000 pesetas será de aplicación el párrafo 2 del artículo 325 bis y su pena de prisión menor, relegándose el artículo 559 que prevé una pena de arresto mayor. El problema se plantea cuando los daños son superiores a 250.000 pesetas, ya que también el artículo 558 establece la pena de prisión menor, con lo que nada soluciona el artículo 68. Parece entonces indiferente aplicar un tipo u otro, lo cual demuestra que, al menos por lo que se refiere a los daños, el artículo 325 bis es superfluo (55).

3. Problemas concursales: el inciso final del párrafo segundo del artículo 325 bis

En el párrafo 2 del artículo 325 bis se castigan con la pena de prisión menor una serie de atentados a la vida, integridad, etc., de las personas citadas en el anterior párrafo, si se realizaren como represalia por su actuación en un procedimiento judicial, aplicándose la pena en su *grado máximo* cuando «...el hecho constituya *delito más grave*...».

La inclusión de esta regla concursal ha producido una cierta perplejidad entre los autores que han estudiado el precepto; así Muñoz Conde señala que el precepto es «superfluo y perturbador» y que no «...se entiende muy bien por qué si el hecho realizado constituye un delito más grave (que el del artículo 325 bis) se ha de imponer la pena en su grado máximo, salvo que se quiera derogar expresamente el artículo 71» (56).

(54) Opinión contraria manifiesta CONDE-PUMPIDO al entender que el concurso de leyes debe resolverse por el principio de especialidad en favor del artículo 325 bis)-2 Este autor parte de la idea de que el precepto que cree especial tiene un bien jurídico distinto del de el artículo 558, ya que los delitos del artículo 325 bis son en su opinión de carácter pluriofensivo al atacar conjuntamente la Administración de Justicia y otros bienes, como el patrimonio (*Coacción o represalia...*, *ob. cit.*, pp. 739-740). Como queda ya dicho, creo que en el párrafo 2 del artículo 325 bis no se protege el bien jurídico Administración de Justicia.

(55) De la misma opinión y por el mismo motivo, ver MUÑOZ CONDE, «DPPE», *ob. cit.*, p. 667.

(56) *Id. id.*, p. 667.

Para una mejor interpretación de la regla cuestionada debe tenerse en cuenta que cuando el artículo 325 bis)-2 habla de «...acto contra la vida, integridad...» está haciendo referencia no a cualquier mal que como represalia se pueda dirigir contra las personas expresadas, sino a males que son constitutivos de delito o falta conforme a otros preceptos del Código penal. Debe señalarse también que la aplicación de la pena en su grado máximo sólo rige cuando el hecho realizado constituye delito más grave que la represalia, y no cuando constituye delito igual o menos grave.

Para Mir nos encontramos ante un *concurso de leyes*, que se soluciona, no por aplicación de los principios generales que rigen estos supuestos, sino por la específica regla de subsidiariedad que recoge el precepto, pues «...condiciona expresamente su propia aplicación a que el hecho por él previsto no constituya delito más grave...» (57). Si la subsidiariedad supone, como dice Mir, que «...un precepto penal sólo pretende regir en el caso de que no entre en juego otro precepto penal» (58), entonces, en el caso del párrafo 2 del artículo 32 bis no estamos ante un supuesto de subsidiariedad, ya que según la incomprensible redacción del mismo la pena prevista —prisión menor— ha de aplicarse siempre, lo que ocurre en unos casos se aplicará necesariamente en su grado máximo y, en otros, en toda su extensión. La subsidiariedad consiste en que el precepto subsidiario queda desplazado por el precepto primario, pero con su pena en toda su extensión, tal como ocurre en el artículo 68, y no con la pena en su grado máximo, como requiere el artículo 325 bis)-2. La literalidad de este precepto impide la solución de la subsidiariedad. Para afirmar que estamos ante un concurso de leyes resuelto por el principio de subsidiariedad se requeriría que el artículo 325 bis)-2 dijese: «igual pena (o sea, prisión menor) se impondrá a quien realizare cualquier acto contra la vida..., salvo que el hecho constituya delito más grave, en cuyo caso se impondrá la pena del delito más grave». Esto sí que supondría una aplicación específica de lo dispuesto en el artículo 68 y, entonces, en palabras de Mir, sí se estaría condicionando expresamente por el artículo 325 bis)-2 su propia aplicabilidad a que el hecho por él previsto no constituya delito más grave. Pero no éste el caso del artículo estudiado.

No puede verse en el último inciso del párrafo 2 una concreción del artículo 68 del Código penal, que soluciona el concurso de leyes, a falta de otros principios, con la aplicación del precepto que prevea mayor sanción, y así lo ha entendido Rodríguez Devesa al decir, en relación a este inciso, que «...el único sentido que puede tener es el de un endurecimiento de las penas, al aplicarse conjuntamente con

(57) «DPPG», *ob. cit.*, p. 606.

(58) *Id. id.*, p. 606.

las correspondientes al delito (o falta) cometidos, pues es evidente que no viene en aplicación lo dispuesto en el artículo 68...» (59). Como vemos, este autor opta por la solución del *concurso real* de delitos (art. 69) que supone la aplicación conjunta de las dos penas, la correspondiente al acto contra la vida, integridad, etc., y la derivada de la represalia por la actuación en un procedimiento. Esta solución, sin embargo, no parece admisible por dos motivos:

1) No se explica el por qué si se han de aplicar las dos penas conjuntamente deba elevarse al grado máximo la correspondiente a la represalia, cuando la pena aplicable por el acto contra la vida, integridad, etc., sea más grave que la prisión menor. La aceptación del concurso real choca con esta exigencia de agravación de la pena; si hay concurso real deben aplicarse las dos penas conjuntamente, pero sin elevar ninguna al grado máximo, tal como se deriva del artículo 69 del Código penal. El concurso real supone la acumulación material o aritmética de las penas suavizada con las reglas del artículo 70 (60).

2) Si el legislador hubiese optado por el concurso real lo habría manifestado claramente, cual ocurre en los artículos 512 del PCP de 1980 y 436 de la PANCP de 1983. En efecto, estos dos preceptos recogen en su párrafo 2 el mismo tipo que el actual artículo 325 bis)-2, pero optando por la solución del concurso real (61); se dice así que «iguales penas se impondrán a quien, sobre las personas citadas en el párrafo interior, realizare cualquier acto atentatorio a su vida, integridad..., como represalia de su actuación en un procedimiento judicial, *sin perjuicio de la pena correspondiente a la infracción de que tales atentados sean constitutivos*». La diferencia con el actual artículo 325 bis es clara: la pena por la represalia es la misma sea cual sea la gravedad del atentado, y se aplica además de la correspondiente a dicho atentado.

Rechazadas las soluciones del concurso de leyes, resuelto en base a la subsidiariedad, y del concurso real de delitos, debemos examinar qué posibilidades quedan.

Del tenor literal del artículo 325 bis se deriva que la pena de prisión menor fijada por este artículo absorbe la que podría corresponder al acto contra la vida, integridad, etc., impiniéndose en su grado máximo sólo cuando la absorbida fuese mayor. Se trataría entonces de un concurso de normas resuelto por el principio de consunción o absorción. «Según el principio de absorción, basta con la pena del

(59) «DPEPG», *ob. cit.*, p. 972.

(60) Ver SANZ MORÁN, A. J.: *El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa*, Valladolid, 1986, pp. 227 y ss.

(61) En relación al artículo 436 de la PANCP, así lo han entendido MAGALDI y GARCÍA ARÁN (*Los delitos contra...*, *ob. cit.*, p. 475).

delito más grave para hacer justicia a todos los que concurren» (62). El criterio de la consunción parece admisible en aquellos supuestos en los que la ley que consume señala una pena mayor que la que tiene la ley consumida o incluso la misma pena. Lo que ya parece más difícil de admitir es que la pena del precepto que absorbe sea menor que la pena del precepto que queda absorbido. Y esto es precisamente lo que puede ocurrir si se atiende al tenor literal del artículo 325 bis)-2. Piénsese en el que comete un parricidio en represalia por la actuación en un procedimiento de un pariente suyo. Al absorber la pena del artículo 325 bis la del parricidio se aplicaría aquélla, es decir, la prisión menor, en su grado máximo por ser el atentado contra la vida delito más grave. Esta absurda consecuencia que se deriva del tenor literal del artículo 325 bis no es admisible, pues supone privilegiar todo acto contra la vida, integridad, etc., que tenga pena superior a prisión menor y que se cometa como represalia por una actuación en un procedimiento judicial. Pero es que, además, la interpretación literal del artículo 325 bis)-2 es contraria al mismo principio de consunción que parece entrañar. En efecto, según este principio, es el delito más grave el que consume al menos grave, y no al contrario, por lo que en ocasiones nos encontraríamos ante la aplicación del principio de consunción al revés, ya que, no es que la figura más grave (parricidio, homicidio, lesiones graves del número 1 del artículo 420) absorba a la menos grave (represalia), sino al revés.

Se ha sostenido también que la exacerbación penal consistente en elevar la pena de prisión menor al grado máximo opera si el hecho constituyere delito más grave «...sin perjuicio de la pena correspondiente al delito contra la vida, la integridad, libertad, seguridad o contra los bienes» (63). Pero esta solución no parece correcta porque admitiendo el concurso real de delitos al castigar con las dos penas, la de la represalia y la del delito contra la vida, la integridad, etc., parece que no tiene sentido la exacerbación relativa a la pena del hecho de represalia. Es decir, el concurso real de delitos (dos delitos y aplicación de dos penas) no se concilia con la exigencia de elevar una de las dos penas al grado máximo. Además esta solución no explica por qué castigando los dos delitos por separado se debe elevar la pena de uno de ellos al grado máximo, sólo si el otro es más grave y no cuando es de igual o menor gravedad (64). En definitiva,

(62) SANZ MORENO: *El concurso...*, *ob. cit.*, p. 28.

(63) «Código penal», Colex, 3.^a ed., Madrid, 1986, p. 170.

(64) CONDE-PUMPIDO: *Coacción o represalia*, *ob. cit.*, p. 738. Según este autor, la solución criticada es armonizadora, pero «...deja sin explicar el por qué ha de agravarse la pena del delito base de obstrucción a la justicia sólo si se comete otro delito más grave y no si se comete otro de igual o menor gravedad, cuando en todo caso ese segundo delito va a ser castigado *per se* en atención al concurso, castigo que ya absorbe en sí la mayor antijuridicidad de ambos supuestos».

si hay concurso real es absurdo e injusto elevar al grado máximo una de las penas; y el hecho de aplicar una de las penas en su grado máximo nos da la idea de otra solución distinta a la del concurso real, más cercana a la del concurso ideal del artículo 71, aunque como veremos después, tampoco el artículo 71 es aplicable al supuesto que nos ocupa.

Según Conde-Pumpido el problema que plantea el último inciso del artículo 325 bis debe resolverse diferenciando dos supuestos:

1) Que el delito contra la vida, integridad, etc., sea de menor o igual gravedad que el acto típico del artículo 325 bis; en este caso ha de aceptarse la existencia de un concurso ideal a solucionar *en base al artículo 71*.

2) Que el delito contra la vida, integridad, etc. sea más grave que el delito del artículo 325 bis: se aplica entonces como pena única la del delito más grave en su grado máximo, *sin tener en cuenta el artículo 71*, es decir, sin atender a la regla en virtud de la cual los delitos se sancionarán por separado cuando el límite que represente la suma de las penas que pudieran imponerse por separado exceda de la pena resultante de aplicar la del delito más grave en su grado máximo (65).

No podemos compartir la solución dada para el primero de los casos: cuando el delito contra la vida, integridad, etc., tenga menor o igual gravedad que el delito del artículo 325 bis ha de imponerse la pena de prisión menor en toda su extensión y no en el grado máximo, cual resultaría de aplicar el artículo 71. Conclusión ésta a la que obliga el propio artículo 325 bis que impone la pena de prisión menor «...salvo que el hecho constituya delito más grave, en cuyo caso se impondrá la pena en su grado máximo». O sea, que cuando el hecho no constituye delito más grave, no puede aplicarse el grado máximo de la prisión menor, sino ésta en toda su extensión. El último inciso del artículo 325 bis)-2 deroga al artículo 71.

Si compartimos, en cambio, la solución dada por Conde-Pumpido al segundo supuesto: cuando el delito contra la vida, integridad, etc., tiene pena superior a la de prisión menor debe aplicarse la pena del delito más grave en su grado máximo. Esta interpretación, aunque no se deriva del tenor literal del artículo 325 bis, es la que debe prevalecer para evitar el inadmisibles efecto privilegiador que más arriba denunciábamos. De manera que el que mata a su padre en represalia por una actuación procesal debe ser castigado con la pena de reclusión mayor en su grado máximo (y no con la de prisión menor en su grado máximo). Pero esto no supone aceptar que se está aplicando en este supuesto el artículo 71, porque, aunque aplicando la pena

(65) Id. id., p. 739.

del atentado contra la vida en su grado máximo se llegase a una mayor penalidad que castigando por separado, no por ello se iba a penar separadamente, cual resultaría del artículo 71.3. Y es que, como ha señalado Muñoz Conde, el último inciso del artículo 325 bis)-2 sólo se entiende como derogación expresa del artículo 71 (66).

A esta solución que aquí preconizamos se llega por la vía de entender que cuando el artículo 325 bis)-2 habla de «pena en su grado máximo» se está refiriendo a la del delito más grave (y no a la prisión menor) que se impone en su grado máximo por concurrir el móvil de la represalia. Este móvil de la represalia confiere al atentado contra la vida, integridad, etc., un mayor contenido de injusto que justifica la imposición en el grado máximo. Por tanto creo que el artículo 325 bis)-2 debería expresarse en los siguientes términos: «Igual pena (o sea, prisión menor) se impondrá a quien realizare cualquier acto contra la vida..., salvo que el hecho constituya delito más grave, en cuyo caso se impondrá la pena *de este último* en su grado máximo». Y probablemente es esto lo que quiso decir el legislador, porque si hubiese querido que se aplicasen las reglas generales de los concursos, no hubiese introducido este último inciso, y si hubiese optado por la solución del concurso real de delitos no hubiese modificado la solución ofrecida por los artículos 512 del PCP de 1980 y 436 de la PANCP de 1983.

De todas formas, esta solución no me parece buena, es sólo la que mejor salva la inexplicable redacción del último inciso del párrafo 2 del artículo 325 bis. Puede parecer correcto agravar la pena del atentado cometido cuando éste merece pena superior a prisión menor, por el mayor contenido de injusto que supone el móvil de represalia. Pero lo que ya no parece congruente con lo anterior es que cuando el atentado merezca pena inferior a prisión menor, deba, sin embargo, aplicarse esta pena. Piénsese que en represalia por una actuación procesal se producen unas lesiones del artículo 422, que se castigan con la pena de arresto mayor o multa de 30.000 a 150.000 pesetas. En este caso, el móvil de represalia hace que deba aplicarse, no ya la pena del artículo 422 en su grado máximo, sino la pena de prisión menor. No parece ni lógico ni justo que cuando el atentado se castiga con pena inferior a prisión menor deba, sin embargo, aplicarse siempre la pena de prisión menor, lo cual supone, tratándose de delitos, subir al menos un grado escala (de arresto mayor a prisión menor) o modificar la naturaleza de la pena (de multa a prisión menor), mientras que cuando el atentado se castiga con pena superior a prisión menor, entonces basta con aplicar la pena que merece el atentado en su grado máximo. Este defecto será todavía más patente cuando el atentado sea constitutivo de falta y, por tanto, merecedor de pena

(66) «DPPE», *ob. cit.*, p. 667.

leve y se castigue, por la concurrencia del móvil de represalia, con pena de prisión menor.

La conclusión a la que se llega es que el precepto es absolutamente incomprensible y que, incluso, la que creo solución menos mala es, sin embargo, injusta; se comprende entonces por qué la doctrina reclama la supresión del párrafo 2 del artículo 325 bis (67).

(67) Id. *id.*, p. 667. CONDE-PUMPIDO: *Coacción o represalia...*, *ob. cit.*, p. 739. MAGALDI Y GARCÍA ARÁN: *Los delitos contra...*, *ob. cit.*, p. 431.

Un modelo penitenciario latinoamericano en transición: Colombia (*)

CARLOS GARCIA VALDES

Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Alcalá de Henares (Madrid)

I. DIAGNOSTICO Y EVALUACION DEL SISTEMA PENITENCIARIO COLOMBIANO

A diferencia de lo que sucede en los ordenamientos europeos avanzados, la regulación legal del problema penitenciario en Colombia no tiene una normativa de carácter constitucional o de rango legislativo superior. Tampoco está coherentemente reunida en un único cuerpo normativo, y sus disposiciones se acumulan temporalmente con escasa estructura sistemática.

Efectivamente, *en la vigente Constitución colombiana* (a efectos meramente ejemplificativos se cita la edición de Javier Hernao Hidrón: *Constitución política de Colombia*, Bogotá, 1984) *no se consagra ningún precepto penitenciario*. Los artículos 23, 24, 25, 26 y 27 de la Constitución, que conservan la misma redacción de 1886, recogen distintas garantías penales, conformando un procedimiento de «Habeas Corpus», y plasmando el principio de legalidad, pero no llega a la regulación de la realidad penitenciaria. El artículo 29, establecido por el artículo 3.º del Acto Legislativo número 3, de 1910, establece la abolición de la pena de muerte, pero no hay más referencia al sistema de penas vigente en Colombia. El artículo 5.º del Acto Legislativo número 1 de 1968, que modificó el artículo 28 de la Constitución, introdujo de nuevo el principio de legalidad en la punición, sin llegar a recoger semejante principio para regular la ejecución de las penas. Ni en el artículo 58, ni en todo el Título XV (arts. 147 a 164, ambos incluidos), reguladores de la Administración de Justicia, se hace referencia al ordenamiento penitenciario.

(*) Los datos y bibliografía empleados en este trabajo están cerrados a 1985.

La legislación penitenciaria colombiana no posee un cuerpo normativo homogéneo, ni este sector del ordenamiento tiene la relevancia normativa que debiera. El Estatuto Penitenciario, establecido por el Decreto 1.817, de 17 de julio de 1964, no posee rango formal de Ley penitenciaria, y su contenido ha de integrarse con las disposiciones del Decreto-Ley 1.405, de 7 de julio de 1934, no derogado por él, y con los numerosos Decretos posteriores, que lo han modificado (Decreto 2.660, de 28 de diciembre de 1973, que subroga, entre otros, los artículos 39, 40, 43, 44, 49 y 52, y el texto de los Decretos 3.172 y 3.176 de 1968, y todos cuantos contienen normas incompatibles con su regulación). Bernardo Echeverri Ossa, Director General de Prisiones, ya afirmó en este sentido, en su obra «Temas Penitenciarios» (Publicaciones de la Escuela Penitenciaria Nacional, Bogotá, 1971), la necesidad de que «el Código 1.817 del 64 ya deba ser revisado, en cuanto su misma toponomástica es antitécnica, y que le sobran normas, faltándole muchas aún que son indispensables de acuerdo con los adelantos criminológicos».

La sucesión de normas que son inmediatamente derogadas (así, el Decreto 1.985, del 66, que creó el Centro de Observación, Clasificación y Rehabilitación, derogación calificada como «golpe mortal» por Echeverri Ossa, *op. cit.*), y de aquellas otras que no son cumplidas en la práctica, tampoco colabora nada a la necesaria clarificación y funcionalidad de un ordenamiento como el penitenciario. A esta situación hacía referencia Jaime Castro en su *Memoria Ministerial* (titulada *La Justicia en Colombia*) presentada al Congreso en 1974, al decir que «no es seguro que los Códigos y las numerosas leyes que los adicionan y reforman estén dando auténtica respuesta a las demandas nacionales».

El sistema penitenciario colombiano sigue, formalmente, y con algunas adaptaciones, el sistema progresivo irlandés, no conociéndose en la legislación el sistema de individualización científica separado en grados. Y en la práctica, ni siquiera se aplica el sistema irlandés. El artículo 248 del Decreto 1.817 de 1964, que ordena que el condenado permanezca aislado en el establecimiento penal por un período no mayor de 60 días, en el que se procede a su observación a los fines de clasificación en el grupo correspondiente, y los artículos 330 y 331 del mismo cuerpo legal, que crean la libertad preparatoria y la franquicia, y la institución de la libertad condicional, contemplada en el Código penal, permiten subsumir al sistema carcelario colombiano en el progresivo irlandés, pero la práctica judicial restringe e incluso con frecuencia niega las libertades preparatorias y la franquicia, por temor a fugas, con lo que se desvirtúa absolutamente el sistema formalmente establecido.

En la actual situación colombiana, las deficiencias que se puedan observar en su sistema penitenciario no deben considerarse aisladas.

sino en profunda relación con los problemas que aquejan a toda la Administración de Justicia. La Ley 22 de 1980 decretó la emergencia judicial que rigió durante un período de quince meses en Colombia. Los Decretos 5.288 y 3.529 del mismo año ponen de manifiesto las excepcionales circunstancias de saturación de la Administración de Justicia colombiana (véase Jaime Giraldo, y otros: *Mecanismos para descongestionar los establecimientos carcelarios*, Bogotá, 1978, y Annette Pearson: *La congestión carcelaria en Colombia*, en «Revista de Derecho Financiero, núm. 7, Bogotá, 1978), que no pueden por menos de trascender a la situación carcelaria. El Informe editado por la Contraloría General de la República, en 1983, afirmaba que «es posible que un aligeramiento en el trámite de los procesos penales produzca serios traumatismos en el aspecto penitenciario». La reforma del sistema penitenciario ha de estar conectada necesariamente a la del ordenamiento penal y procedimental penal colombianos, y estas reformas son necesarias. Jaime Castro, en la Memoria Ministerial citada, decía que «las fallas en la administración de Justicia son grandes. Los perjuicios que por esa razón está recibiendo la sociedad son inmensos, y los resultados de esta situación, imprevisibles y de gran riesgo para la solidez institucional del país». Y continuaba, más adelante, afirmando que «la manera como está concebida y organizada la administración de justicia es deficiente. Así no puede seguir funcionando. Necesita reformas sustanciales, de carácter constitucional y legal. Requiere mayor consideración por parte del Congreso, del Gobierno y de la sociedad. Su mejora tiene un costo, institucional y presupuestal, que debe asumirse».

La solución a ese problema real, que hoy permanece, pasa por la revisión de las normas sustanciales e instrumentales que gobiernan la administración de justicia. Concluía Castro afirmando que «ade-cuar constantemente las leyes a las urgencias y fenómenos de la época es una de las principales vías para remediar los problemas de la justicia».

La relación entre ambos ordenamientos, material y procesal, es evidente. En esa Memoria Ministerial quedaba claro que las fallas y dificultades del sistema judicial se reflejan necesariamente en el sector penitenciario y, a su vez, los problemas de éste y, sobre todo, su incapacidad para prevenir la reincidencia, generan nuevos escollos a la Administración de Justicia.

El sistema penitenciario colombiano no cumple con su misión rehabilitadora, produciendo nueva delincuencia, y ello por la falta de medios materiales en las prisiones. Humberto Barrera Domínguez dice, prologando a Echeverri, ya citado, que «si el fin de la justicia penal es la readaptación del hombre que delinque, bien cabe entender cómo resultan inútiles las constantes reformas de los estatutos procesales y punitivos cuando el resultado de su misión, la utilidad de las

sanciones que declaran, no puede alcanzarse por el abandono y descuido en que se ha tenido el régimen carcelario. De nada sirve que la nación cuente con buenos jueces y modernos códigos en materia penal si el fruto que de ellos se espera, la readaptación del hombre delincuente, no se alcanza porque los establecimientos de reclusión existentes en el país carecen de medios indispensables para el objeto a que están llamados». La sanción no debe consistir sólo en el aislamiento del delincuente, sino que ha de buscar su readaptación a la vida en sociedad. Para ello son precisos tanto los adecuados establecimientos penitenciarios como la superación de los actuales problemas de hacinamiento, promiscuidad y ocio en los establecimientos de reclusión».

Los objetivos de rehabilitar y readaptar a la vida social a los internos no se consiguen por la imposibilidad actual de ocupar en actividades laborales o educativas a todos los detenidos, situación que se agrava por la falta de adecuada clasificación, hacinamiento e imposibilidad de desarrollar en esas condiciones adecuados programas de tratamiento. Todo ello convierte a los actuales centros de detención en centros criminógenos de alto riesgo. Se presentan problemas de hacinamiento por el exceso de reclusos existente en comparación con la capacidad de los establecimientos; problemas de promiscuidad originados en las dificultades de la clasificación y problemas de ocio generalizado en las prisiones, por falta de tareas de educación y laborales para todos los detenidos. En esta situación, se observa un alarmante número de homicidios, lesiones, delitos contra la propiedad y fugas en esos establecimientos, agravados por un alarmante problema de tráfico de narcóticos y consumo en el interior de las prisiones colombianas.

La superación de estos problemas pasa necesariamente por la creación de nuevos y adecuados centros penitenciarios, donde se observen las más elementales funciones de clasificación, separación y ocupación de los internos, realizadas por los correspondientes cuerpos de personal técnico cualificado.

El problema se agrava si se considera que cerca del 80 por 100 de la población reclusa es preventiva (sindicada), y que esta población se convierte en agente multiplicador del delito, por el eventual desmejoramiento de sus niveles éticos, por el contacto directo que en esos centros experimentan con delincuentes de incluso peligroso comportamiento, y porque su experiencia en los centros de detención, como puso de manifiesto el Ministro Castro en su día, es generalmente desastrosa. Baste señalar, como alarmante ejemplo, que en 1981 el 73,6 por 100 de los reclusos se encontraban en situación de detención preventiva («Boletín de 30 de septiembre», Bogotá, 1981, editado por el Ministerio de Justicia colombiano, Dirección General de Prisiones), y que en junio de 1982, la relación era de 6.429 presos condenados

frente a 19.398 presos preventivos (*Juicio y reforma, Justicia penal*, estudio publicado por la Contraloría General —Fescol— Instituto SER, 1983).

Los establecimientos penitenciarios actualmente existentes no cumplen con las funciones de rehabilitación o readaptación social de los internos que los habitan, pues faltan plazas (y consecuentemente edificios), faltan instalaciones básicas en los existentes, faltan medidas de seguridad, y no existe relación entre la naturaleza de su destino, o las exigencias de la pena que debe cumplirse en ellos y su actual conformación y distribución. Los 186 establecimientos actuales (22 cárceles de Distrito Judicial, 7 penitenciarías nacionales, 10 reclusiones de mujeres, 145 cárceles de circuito, la Isla prisión de Gorgona y la Colonia penal agrícola de Acacias), la cárcel militar de Tolemaida o la cárcel para la Policía Nacional en la decimosegunda estación en Bogotá, o el anexo psiquiátrico femenino, que cumple funciones de manicomio criminal, creado en junio de 1979, no han sido pensados, en su mayoría, en función del tipo de penado que van a albergar, o del régimen y tratamiento concreto que en cada centro vaya a dispensarse. El artículo 5.º del Decreto 1.817 de 1964 distingue nominalmente los tipos de prisiones, pero la diferenciación no llega a una efectiva separación entre establecimientos para preventivos, establecimientos de cumplimiento de penas y establecimientos especiales. Los centros de cumplimiento deben estar clasificados, en función de su régimen, en centros de régimen cerrado, centros de régimen ordinario y centros de régimen abierto. Exceptuando el régimen de la antigua prisión de isla Gorgona, no hay en Colombia indicios de esta distinción, necesaria en un moderno sistema penitenciario.

Escasas referencias se encuentran a establecimientos creados en función de la pena. El Decreto 2.661/73, que crea la reclusión de mujeres de Cúcuta sólo hace hincapié en el sexo de la población reclusa, sin entrar en más consideraciones penológicas.

Los establecimientos especiales, que deben comprender centros hospitalarios, psiquiátricos y de rehabilitación social, empezaron a conformarse con el Decreto Legislativo 2.595 de 1950, que proveía la construcción de un «Manicomio Criminal», y se han plasmado en junio de 1979, con la creación del Anexo Psiquiátrico Femenino, dentro de la Reclusión Nacional de Mujeres, si bien es cierto que la actual dotación de establecimientos especiales es insuficiente para el sistema carcelario colombiano.

En la regulación de las Colonias Agrícolas Penales (arts. 340 a 353 del Decreto 1.817 de 1964) se establece una tipología semejante a la aquí propugnada para todo el sistema penitenciario, pero su escasa implantación hace que no se le pueda tomar como régimen-tipo. Del mismo modo, la instrumentación de la cárcel abierta, realizada por el Decreto 2.537 de 1973 desde la perspectiva de las «Colonias

Penales Agrícolas de Tercera Clase», tampoco ha producido en la práctica la instauración de establecimientos de régimen abierto similares a los que existen en otros ordenamientos más avanzados.

Pero es que, además, se parte de un mal de base, que es *la absoluta falta de planificación en el sistema material de construcciones carcelarias*. El Congreso Penitenciario y Carcelario, realizado entre los días 21 y 26 de febrero de 1966 ya recomendó al Gobierno colombiano la «especificación de los establecimientos carcelarios de acuerdo con las penas que deben purgarse en ellos y de conformidad con la naturaleza de su destinación».

Es obvio que «*existe una relación vital entre las construcciones carcelarias, sus sistemas de corrección y el éxito de sus resultados*. El diseño y la adecuación del edificio en su distribución, servicios y áreas determina la disposición del ánimo de los reclusos y la eficiencia de los empleados en sus tareas básicas» (Echeverri, *op. cit.*).

La doctrina colombiana, y los propios Directores Generales de Prisiones de Colombia han denunciado *los terribles errores e inverosímiles costes que se han cometido en las construcciones penitenciarias en Colombia por falta de arquitectos penitenciarios específicamente preparados*. La precaria construcción de muchos edificios, su absoluta falta de sistemas de seguridad, la construcción de cárceles sin comedores o sin salones para talleres, la utilización de planos de una cárcel de tierra fría para la construcción de otra en tierra caliente, el derrumbe de alguna construcción por falta de estudio previo de la conformación de los suelos, no debe volver a ocurrir en Colombia.

Para la construcción del interior de las nuevas prisiones, las recomendaciones contenidas en los artículos 15 y 16 del Decreto 1.817 de 1964 son realmente insuficientes, y sería recomendable su sustitución por preceptos más precisos y funcionales.

Falta en la práctica una adecuada clasificación de los internos. El artículo 24 del Decreto 1.817/64 ordena que en todos los establecimientos de reclusión exista una «absoluta separación entre hombres y mujeres, menores y adultos, detenidos y condenados, cuando no existan establecimientos distintos para el efecto», y el 25 encarga a los Directores de esos centros la clasificación y separación de los reclusos en «agrupaciones homogéneas». Dice Carmona López (*Apuntes sobre legislación penitenciaria*, Medellín, 1984) que estas indicaciones, después de 19 años, no han podido cumplirse en muchos establecimientos carcelarios *por falta de edificios adecuados y por el hacinamiento en la mayoría de ellos*. Un mismo establecimiento, afirma, «tiene que servir de penitenciaría, reclusión de mujeres, cárcel del Distrito Judicial, del Circuito y Municipal».

La clasificación previa, en estas condiciones, sólo se realiza siguiendo criterios de peligrosidad y seguridad, tanto del propio recluso

como de los otros internos. Las condiciones de saturación de las prisiones anulan en la práctica la finalidad preventiva que tiene la clasificación previa de los internos y, consecuentemente, anulan toda posibilidad de tratamiento individualizado.

No se observa en los traslados de detenidos y penados la concurrencia de las mínimas condiciones de seguridad y respeto. El enunciado de los artículos 335 a 339 del Decreto 1.817 de 1964 no se refiere a las condiciones materiales de los traslados, que son realizados en medios inadecuados, llegándose incluso a utilizar los transportes públicos. Tan sólo en algunos centros existen furgones, adaptados a tal fin.

Por problemas de hacinamiento, no se cumplen las instrucciones sobre celdas individuales establecidas en las Reglas Mínimas de Ginebra y Estrasburgo. Conviene realizar su adaptación dentro del amplio programa de reformas materiales sobre establecimientos penitenciarios.

La participación de los internos en las actividades de la prisión, canalizada a través de los Comités de Internos, puede incrementarse, y pasar, desde una mera participación consultiva o informativa (ver el Comunicado de la Dirección General de Prisiones en la Revista «Prisiones», núm. 8, Bogotá, junio 1984), a una participación en la toma de decisiones. Las experiencias española, italiana y francesa acerca de la cogestión en actividades y responsabilidades de orden educativo, recreativo, religioso, laboral, cultural y deportivo, llegándose también al servicio alimenticio de las prisiones, confección del racionado y control de calidad, son realmente positivas.

Se aprecia una desproporción, en el régimen horario, entre la estancia ociosa en patios y las ocupaciones, señalándose la inexistencia de actividades de tratamiento. El régimen horario de las prisiones colombianas resalta por la escasa variación y monotonía de las actividades que contempla, hechos que generan una amplia dedicación del interno a la estancia ociosa en patios. El recluso se aleja así de los fines resocializadores de la condena, y se pone en contacto con la realidad delincuente en el interior de la prisión.

La obligatoriedad del trabajo en prisión alcanza, en contra de lo deseable, a penados y preventivos. Si bien es muy positiva la variedad de trabajos y ocupaciones que se observan en los centros penitenciarios colombianos, como también lo es la existencia de un régimen de redención de penas por el trabajo o el estudio (regulado por la Ley 32 de 1971, y el Decreto 2.119 de 1977), el régimen laboral en el interior de las prisiones, recogido, en lo que aquí interesa, en los artículos 175, 233 y 269 del Decreto 1.817 de 1964, y que hace obligatorio el trabajo para presos y detenidos no se acomoda a las modernas tendencias penitenciaristas [en las que incluso ha llegado a cuestionarse la obligatoriedad del trabajo para los mismos presos (así, De

La Cuesta, en el colectivo *Lecciones de Derecho Penitenciario*, Alcalá de Henares, 1985). Está ampliamente admitida hoy la obligatoriedad del trabajo para los presos, pero en modo alguno debe serlo para los detenidos, excepto tareas indispensables del establecimiento, debiéndose establecer, al menos, un orden de prelación, no obligándose al preventivo (sindicado) al trabajo, sino cuando todos los condenados ya lo tengan].

Todo ello en cuanto resulta evidente la incapacidad del sistema penitenciario colombiano para dar trabajo a todos los internos.

Se hace preciso, pues, realizar una adecuada prelación de ocupaciones, dando trabajo, en primer lugar, a los condenados y, en la medida en que se encuentren plenamente ocupados, proporcionárselo a los preventivos.

En cualquier caso, el preso trabajador debe gozar de condiciones laborales similares a las del trabajador libre, pues frecuentemente el preso trabajador no recibe el salario mínimo, rentándole escasamente su obra; no posee seguridad social ni prestación por desempleo, como ocurre en las legislaciones más avanzadas. En la medida en que materialmente resulte posible, es muy conveniente esta equiparación con la situación del trabajador libre.

Estos supuestos quedan garantizados si la Administración otorga carácter preferente, en igualdad de condiciones, a los bienes, productos o servicios de los internos, en las adjudicaciones de suministros y obras de las Administraciones públicas. La planificación del trabajo penitenciario se realizaría así desde la perspectiva de la utilidad nacional, y ello repercutiría muy positivamente en el régimen laboral penitenciario.

No existe, como regla general, en la práctica, trabajo en régimen abierto, ni medidas de seguridad e higiene en el trabajo. Ambos supuestos deben cumplirse, no sólo por preceptuarlo expresamente así la legislación penitenciaria, sino por la necesidad de aquel trabajo en régimen abierto para la resocialización del condenado, y la extrema conveniencia de éstas para el correcto funcionamiento de las actividades laborales en prisión.

La asistencia médica, en enfermerías, no se complementa con los necesarios equipos de observación y tratamiento, compuestos por especialistas médicos, psiquiátricos y psicológicos, entre otros, tan importantes en las tareas de tratamiento. Efectivamente, los métodos de tratamiento pueden ser, en lo que a este epígrafe interesa, tanto médicos (farmacológicos o quimioterápicos —uso de neurolépticos o antidepresivos—, quirúrgicos), como psicológico-psiquiátricos. En las actuales condiciones de equipamiento de las prisiones colombianas es

imposible, por falta de personal médico especializado, el tratamiento penitenciario.

El régimen de sanciones es extremadamente severo, y no respeta los derechos fundamentales de los reclusos, siendo un obstáculo a la finalidad resocializadora de la pena. Los artículos 243 y 289 del Decreto 1.817 de 1964 enumeran, respectivamente, las sanciones que pueden imponerse a detenidos y condenados, en una relación que incluye medidas restrictivas o eliminadoras de las relaciones del interno con el exterior, y medidas restrictivas o privativas de libertad dentro de la privación de libertad, apreciándose una clara contradicción entre esas sanciones y la finalidad resocializadora y readaptadora que debe tener toda pena privativa de libertad.

Más aun cuando se observan sanciones que, por ejemplo, en el actual sistema español serían claramente inconstitucionales. La sanción de permanecer en «posición de plantón» hasta un máximo de tres horas no podría aplicarse en España, donde están prohibidas las penas infamantes o degradantes; la suspensión de las visitas hasta por un mes y la privación del paseo en común, hasta por diez días, no serían del agrado de los legisladores europeos, pese a que en este punto hay división entre las diversas legislaciones; el aislamiento celular hasta por tres meses (y, por supuesto, la posibilidad de imponer ese aislamiento hasta por un año que permitía el Decreto 485 de 1960 en la Isla Prisión de Gorgona y que se utilizó hasta 1982, conforme afirma Emiro Sandoval Huertas en *La región más oscura y más transparente del poder estatal: la disciplina carcelaria*, en «Sistema», núms. 60-61, Madrid, junio de 1984) supera desproporcionadamente el límite más duro establecido en Europa (los excesivos 45 días establecidos en el artículo D. 167 del Código de Procedimiento Penal francés); la privación de la correspondencia hasta por tres meses no se aplica ni a los presos de máxima seguridad en los países europeos, de manera idéntica a lo que ocurre con la privación de visitas hasta por dos meses establecida en la legislación colombiana. El mismo razonamiento hay que utilizar para la descalificación a efectos resocializadores, y aún de régimen interno penitenciario, del artículo 290 del Decreto 1.817/1964, en el que se apareja a la sanción de aislamiento celular la de privación de visitas y envío de correspondencia.

En la regulación del régimen penitenciario ha de establecerse un equilibrio entre la salvaguarda de los derechos humanos de los internos y la necesaria convivencia ordenada en los centros.

La Administración penitenciaria debe someterse al principio de legalidad en la ejecución de las sanciones, y debe fijar, en aras de la seguridad jurídica, claramente, un catálogo de faltas leves, graves y muy graves, estableciendo las correspondientes sanciones y eliminando las actuales cláusulas abiertas. En los artículos 291 a 295 del Decreto 1.817 de 1964 se contemplan las infracciones merecedoras de

sanción de manera ambigua e indeterminada, puesto que éstas se enumeran de manera ejemplificativa, con expresiones tales como «entre otras», «por otras como las siguientes», admitiéndose en el artículo 296 del mismo Decreto, y en contra de los más básicos principios de los ordenamientos occidentales, y aun de lo establecido en el artículo 70 del nuevo Código penal colombiano, una amplia utilización de la analogía en la interpretación de las cláusulas punitivas. Todo ello dice muy poco en favor del principio de legalidad en la ejecución de las penas (hay quien considera ese artículo 296 inconstitucional, por ir en contra de los artículos 23 y 28 de la vigente Constitución colombiana —así, Emiro Sandoval Huertas, en *op. cit.*—), y debe ser sustituido por una enumeración clara y precisa de infracciones y sanciones correspondientes, prohibiéndose expresamente la analogía.

Los permisos de salida, instrumentados por el Decreto 815, de 5 de abril de 1984, deben ponerse en práctica efectiva. La concesión de permisos de salida a los internos es de gran utilidad para que éstos se acerquen al mundo libre y puedan readaptarse a la vida en libertad. El temor a fugas no puede ser un obstáculo para su adopción efectiva, ya que la experiencia española o francesa ha sufrido un mínimo índice de fracasos (alrededor del 2 por 100. Ver García Valdés: *Informe General*, 1979, y Direction del'Administration Penitentiaire: *Rapport general sur l'exercice*, 1976).

La censura y restricciones a las comunicaciones de los internos con el mundo exterior van en contra de la finalidad resocializadora de la pena. Con independencia de lo ya establecido, las comunicaciones entre reclusos y mundo exterior deben existir, y realizarse de la manera en que se respete al máximo su intimidad, no debiendo tener más restricciones, en cuanto a las personas y al modo, que las que exijan razones de seguridad, de interés del tratamiento y del buen orden del establecimiento. No se entiende, así, la prohibición de las comunicaciones telefónicas, ni la censura de las escritas. El artículo 38 de la vigente Constitución colombiana establece claramente los casos y formalidades en que puede intervenir la comunicación escrita, y los artículos 56 h) ó 206 del Código 1.817 de 1964 deben interpretarse desde ese contenido de la norma suprema.

La realización de las visitas íntimas en la misma celda no se corresponde con las exigencias de una regulación penitenciaria avanzada. Neuman, en *El problema sexual en las prisiones* (Buenos Aires, 2.ª, 1982) critica acertadamente estos sistemas de visitas en la propia celda, propugnando permisos temporales de salida o, en todo caso, el sistema norteamericano —y hoy también en España— de utilización de pabellones anejos especiales para tal fin (ver Hopper: *Conyugal visiting at the Mississippi State penitentiary*, en «Federal Probation», junio de 1965). *Esta reforma debe realizarse en la nueva planificación de establecimientos penitenciarios.*

Debe incrementarse la atención educativa a la población reclusa, mejorando los medios materiales que hoy se poseen. En 1981, el 8,2 por 100 de los reclusos colombianos eran analfabetos absolutos, el 4 por 100 sabían leer y escribir mínimamente, y el 51 por 100 no habían llegado a terminar la enseñanza primaria (ver Yolanda Gómez de Ospina: *La educación en los establecimientos carcelarios*, en Revista «Prisiones», citada). El escaso número de educadores actualmente existentes para proporcionar educación a los reclusos, el deficiente material y los problemas de instalaciones, hacen necesaria una mayor atención a este aspecto, toda vez que es imprescindible para lograr la efectiva resocialización de los internos.

No existe tratamiento, ni equipos calificados de especialistas que lo realicen, ni siquiera planificación del mismo. Los ordenamientos europeos otorgan primordial importancia, en la regulación penitenciaria, a las tareas de tratamiento, por ser las más idóneas para lograr la efectiva resocialización de los reclusos. En el sistema carcelario colombiano no existen más pedagogos que los educadores (y éstos, como quedó ya de manifiesto, escasos), ni, por regla general, psicólogos penitenciarios, ni criminólogos, ni sociólogos trabajando en prisiones, y no hay más equipos de especialistas médicos que los que atienden las enfermerías penitenciarias. *Tampoco existe un Cuerpo Técnico, integrado por personal cualificado, de nivel superior,* que integre a estos especialistas en la mejor consecución de los fines que asume el sistema penitenciario colombiano. La significación positiva que tuvo el Decreto 1.985 de 1966, que creó el Centro de Observación, Clasificación y Rehabilitación, no ha podido desarrollarse por falta de acomodación a las realidades concretas colombianas, por lo que se derogó. Urge introducir en la regulación penitenciaria colombiana la noción y contenido del tratamiento penitenciario, para lo que deben establecerse las adecuadas condiciones de clasificación (lo que requiere edificios adecuados) y los necesarios medios materiales y humanos.

El control de la actividad penitenciaria no se realiza por una jurisdicción especializada, que no existe, si bien un adecuado servicio de la «Sección de Visitadores» contemplada en el artículo 46 del Decreto 1.817 de 1964, y del Abogado Procurador (art. 61 del mismo Decreto), así como la útil práctica que están realizando los asistentes jurídicos de cada prisión, puede conseguir un efectivo control que tienda a lograr el respeto debido a los derechos de los reclusos.

Las anteriores consideraciones se realizan no sólo desde los ojos de un penalista europeo que ha dedicado gran parte de su obra al penitenciarismo, y que ha realizado la reforma penitenciaria española de 1979. Reconocidos autores de la doctrina colombiana han detectado, en esquema, algunos de los problemas que aquí, sistemática y globalmente, se han expuesto. Así, se ha pedido la reorganización de las colonias agrícolas, el impulso de un activo programa de cons-

trucciones, la modificación de la ley procedimental, la sustitución de las penas privativas de libertad de corta duración, la instauración del régimen abierto, la protección de la industria carcelaria, la efectiva consecución de las libertades preparatoria y condicional, hasta ahora no llevadas a cabo, aunque sin establecer un programa minucioso de reformas que es el que, a partir de la actual situación del sistema carcelario colombiano, se pretende ofrecer aquí, con la voluntad de perfeccionar el penitenciarismo actualmente existente, tarea a la que he dedicado una buena parte de mi vida y obra.

II. PROPUESTAS CONCRETAS DE ADAPTACION DEL SISTEMA CARCELARIO DE COLOMBIA A LAS TENDENCIAS PENITENCIARISTAS MAS RECIENTES

1. Reconocimiento constitucional, además del ya existente principio de legalidad de las penas, de la garantía jurisdiccional y el principio de legalidad en la ejecución, recomendándose la plasmación constitucional de los principios generales del ordenamiento penitenciario y, concretamente, su finalidad reeducativa y de orientación a la reinserción social.

2. Elaboración de un cuerpo normativo penitenciario homogéneo, actualizado, coherente, y con rango formal de Ley, que contemple los avances técnicos, materiales y legislativos de la ciencia penitenciaria, avalados por la ya larga práctica de los países europeos más avanzados.

3. Adopción del sistema de individualización científica, separado en grados, el último de los cuales es la libertad condicional, para la ejecución de las penas de privación de libertad.

4. Realización de estas adaptaciones del sistema penitenciario en armónica relación con la reforma general del sistema de Administración de Justicia, para no causar disfuncionalidades.

5. Dotación al sistema penitenciario de los suficientes medios, materiales y humanos, para la consecución práctica de esas reformas formales.

6. Logro de un correcto sistema de clasificación en las prisiones, estableciéndose la adecuada separación entre hombres, mujeres y jóvenes; condenados y preventivos; primarios y reincidentes; única posibilidad de evitar el contagio criminógeno en el interior de las prisiones, y requisito imprescindible para la realización de adecuados programas de tratamiento. Ello debe realizarse al tiempo que se disminuye la población de cada establecimiento, hasta las cifras internacionalmente vigentes, y se consigue la efectiva ocupación, laboral o educativa, de los reclusos.

Esta propuesta debe analizarse desde la necesaria creación de nuevos establecimientos penales, y formación de personal técnico, supuestos a los que se hace a continuación referencia.

7. *Construcción de nuevos edificios penitenciarios* para resolver los problemas de hacinamiento —y sus inmediatos efectos criminógenos— en los ya existentes, *realizando los nuevos centros en función de un plan de construcciones* en el que se prevean los distintos tipos de establecimientos y regímenes que han de poseer, instalando las necesarias medidas de seguridad e instalaciones básicas para el cumplimiento de los programas de tratamiento, realizándose tanto establecimientos específicos para preventivos, como estrictamente de cumplimiento, y observando en éstos sus distintos regímenes, sin que falte señalar la necesaria construcción de una adecuada red de establecimientos especiales.

8. *Reforma y adaptación de los edificios penitenciarios actualmente existentes*, de conformidad con lo establecido en la propuesta anterior.

9. Realización de una adecuada clasificación de los internos, cumpliendo en la práctica lo dispuesto en el artículo 24 del Decreto 1.817 de 1964, para lo que es necesario *disponer de establecimientos adecuados*, que deben realizarse de conformidad con lo prevenido en las propuestas seis y siete.

10. Incremento de las condiciones de seguridad en los traslados de presos o detenidos, creando un sistema que garantice, al tiempo, el respeto a su dignidad.

11. Alojamiento de los internos, en la medida de lo posible, en celdas individuales, de conformidad con las regulaciones de los ordenamientos más avanzados, si bien ello necesita previamente, a la vista de los problemas actuales, *una política de construcción de nuevos establecimientos*.

12. Incremento de la participación de los internos en la toma de decisiones, potenciando los Comités de Internos de cada área, y asignándoles responsabilidades concretas, con el peso específico que se establezca, si bien es deseable, a efectos de los fines resocializadores, el logro del sistema de coestión.

13. Modificación de los actuales horarios de las prisiones colombianas, con la necesaria incorporación de las actividades de tratamiento a la vida carcelaria, como luego se indicará, reduciéndose, en todo caso, la estancia ociosa en patios, y propiciándose el incremento de las tareas laborales y educativas.

14. Debe cumplirse estrictamente la oferta de trabajo para todos los condenados, en tanto que evita un ocio criminógeno en las priso-

nes y posibilita la redención de penas. Este trabajo debe ser efectivo y obligatorio para todos los condenados, proporcionándose a los preventivos exclusivamente a título voluntario, salvo los servicios mecánicos del centro. En todo caso, las condiciones del preso trabajador deben tender a la equiparación, en la medida de lo materialmente posible, con las del trabajador libre.

15. La Administración colombiana puede planificar la actividad laboral de las prisiones hacia tareas de interés nacional si se compromete a dar preferencia, en igualdad de condiciones, a los bienes, productos o servicios obtenidos por el trabajo de los internos, en las adjudicaciones de suministros y obras que hagan las diversas Administraciones públicas.

16. Adopción de efectivas medidas de seguridad e higiene en los diversos trabajos que se realizan en prisión, debiendo posibilitarse igualmente la efectiva realización de trabajo en régimen abierto, al amparo del sistema de franquicia preparatoria, adaptándolo al modelo europeo.

17. Los medios humanos, cuya necesidad se propugnaba en la propuesta cinco, deben comprender inexcusablemente unos equipos de especialistas, médicos, psiquiátricos y psicológicos que complementen el servicio médico penitenciario e integren, con otros técnicos, los correspondientes Equipos de Observación y Tratamiento.

18. Modificación del régimen de sanciones actualmente vigente, expresando claramente el catálogo de infracciones, clasificadas en leves, graves y muy graves, y señalando los correspondientes correctivos precisos, y rechazándose expresamente la posibilidad de extensión analógica en la punición, y erradicándose las sanciones que afecten a los derechos fundamentales de los internos, y las infamantes y degradantes.

19. Práctica efectiva de los beneficios penitenciarios ya regulados, con concesión de permisos de salida a los internos que los merezcan, y del régimen de libertad y franquicia preparatorias en los casos en que, según su regulación legal, procedan, sin que quepa su no aplicación por los Tribunales.

20. Autorización de las comunicaciones entre el recluso y el mundo exterior, sin más restricciones que las que exijan razones de seguridad y el buen orden del establecimiento, convirtiéndose en excepcional la actualmente habitual censura de la correspondencia y sanción de privación de la correspondencia.

21. Construcción de establecimientos anejos a los centros de reclusión, dentro de la planificación contenida en la propuesta siete, para la realización de las visitas conyugales o íntimas, proscribiéndose el actual régimen de realización de estas visitas en la propia celda.

22. Mejora de la atención educativa a los internos, potenciando la presencia de educadores en las prisiones, y ampliando la dotación para materiales educativos y establecimientos.

23. Regulación, legal y material, del tratamiento penitenciario, con la consiguiente creación de un Cuerpo Técnico y Equipos de Observación y Tratamiento que posibiliten la mejor consecución del fin resocializador de la pena de privación de libertad.

24. Reconocimiento de una instancia de control de la actividad penitenciaria, administrativa o preferentemente judicial, que garantice efectivamente los derechos de los internos.

SECCION LEGISLATIVA

Disposiciones (*)

Sumario: Ley 1/1988, de 14 de enero, por la que se modifica la Ley de 18 de junio de 1870, estableciendo reglas para el ejercicio de la Gracia de Indulto. Proyecto de Ley Orgánica de Reforma del Código penal. Proyecto de Ley Orgánica de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ().**

(*) 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*: Ley 34/1987, de 26 de diciembre («BOE» núm. 312, de 30 diciembre 1987), de potestad sancionadora de la Administración Pública en materia de juegos de suerte, envite o azar. RD 20/1988, de 15 de enero («BOE» núm. 18, de 21 enero 1988), por el que se aprueba el Reglamento de la Prestación Social de los Objetores de Conciencia. *Convenio* entre el Reino de España y la República Popular Húngara, hecho en Budapest el 10 de mayo de 1985 («BOE» núm. 25, de 29 enero 1988), sobre extradición y asistencia judicial en materia penal. RD 34/1988, de 21 de enero («BOE» núm. 26, de 30 enero 1988), por el que se regulan los pagos, depósitos y consignaciones judiciales. *Orden* del Ministerio de Economía y Hacienda de 29 febrero 1988 («BOE» núm. 59, de 9 marzo 1988), reguladora de la enajenación de labores de tabaco intervenidas o decomisadas en procedimiento de contrabando. *Acuerdo* hispano-portugués, hecho en Lisboa el 27 de enero de 1987 («BOE» núm. 41, de 17 febrero 1988), sobre cooperación en materia de lucha contra la droga. b) *Proyectos*: *Proposición de Ley*, presentada por el Grupo Parlamentario Vasco (PNV), de reforma parcial de la Ley 48/1984, de 26 de diciembre, reguladora de la objeción de conciencia («BOC», de 28 diciembre 1987 Serie B, núm. 96-1). *Proposición de Ley Orgánica*, presentada por el Grupo Parlamentario de Coalición Popular, de modificación de la Ley de Caza en materia de reincidencia («BOC» de 17 diciembre 1987, Serie B, núm. 93-1). *Proposición de Ley Orgánica*, presentada por el Grupo Parlamentario de Coalición Popular, de modificación de los artículos 42 y 43 de la Ley de Caza («BOC» de 17 diciembre 1987, Serie B, núm. 94-1). *Proposición de Ley Orgánica*, presentada por el Grupo Parlamentario de Coalición Popular, de modificación del Código penal en materia de detenciones ilegales («BOC» de 17 diciembre 1987, Serie B, núm. 91-1). *Tratado* entre España y los Estados Unidos Mexicanos sobre ejecución de sentencias penales, hecho en México el 6 de febrero 1987 («BOC» de 31 diciembre 1987, Serie C, núm. 160-1). *Proposición de Ley*, presentada por el Grupo Parlamentario CDS, de derogación del artículo 294 de la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativo a la responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia («BOC» de 16 enero 1988, Serie B, núm. 98-1). *Convenio* Europeo, hecho en Estrasburgo el 15 de mayo 1972, sobre transmisión de procedimientos en materia penal («BOC» de 2 febrero 1988, Serie C, núm. 165-1). *Proyecto de Ley* de Planta y Organización de la jurisdicción militar («BOC» de 13 febrero 1988, Serie A, núm. 72-1). *Proposición de Ley Orgánica*, presentada por el Grupo Parlamentario de Minoría Catalana, de modificación de la pena impuesta por los malos tratos a cónyuges o hijos menores

LEY 1/1988, de 14 de enero, por la que se modifica la Ley de 18 de junio de 1870, estableciendo reglas para el ejercicio de la Gracia de Indulto («B.O.E.» núm. 13, de 15 enero 1988).

Artículo primero

Se adiciona a la Ley estableciendo reglas para el ejercicio de la Gracia de indulto, de 18 de junio de 1870, el siguiente artículo:

«Artículo 28.—Los expedientes que se formen al amparo del párrafo segundo del artículo 2.º del Código penal se tramitarán en turno preferente cuando los informes del Ministerio Fiscal y del establecimiento penitenciario y del ofendido, en su caso, no se opusieran a la propuesta del Tribunal.

También se tramitarán en turno preferente los expedientes calificados de especial urgencia o importancia.»

Artículo segundo

Los artículos 3 y 9 de la Ley, estableciendo reglas para el ejercicio de la Gracia de Indulto, de 18 de junio de 1870, quedarán redactados de la siguiente forma:

«Artículo 3.—Lo dispuesto en el artículo anterior no será aplicable a los penados por delitos comprendidos en el capítulo I, secciones primera y segunda del capítulo II, y en los capítulos III, IV y V, todos del título II del libro II del Código penal.»

«Artículo 9.—El indulto no se extenderá a las costas procesales.»

Artículo tercero

1. En los artículos 20, 22, 23 y 26 de la misma Ley, las palabras «Ministerio de Gracia y Justicia» quedan sustituidas por «Ministerio de justicia».

2. En el artículo 24, las palabras «parte agraviada» quedan sustituidas por «parte ofendida».

3. En el artículo 30, la palabra «Gaceta» queda sustituida por «Boletín Oficial del Estado», y las palabras «Decreto motivado y acordado en Consejo de Ministros», por «Real Decreto».

4. En el artículo 15 se suprimen las palabras «se exceptúan los casos de indulto general».

5. Se suprime el artículo 28.

6. En el artículo 2 se suprimen las palabras «o del Consejo de Estado».

7. En el artículo 11 se suprimen las palabras «y del Consejo de Estado».

8. En el artículo 29 se suprimen las palabras «ni al Consejo de Estado».

DISPOSICION TRANSITORIA

Esta Ley será de aplicación a los expedientes de indulto en tramitación, formándose la relación ordenada de los que presenten los requisitos exigidos en el

comprendidos en el artículo 583 Código penal («BOC» 26 de febrero 1988, Serie B, núm. 105-1). **Proposición de Ley**, presentada por el Grupo Parlamentario de Coalición Popular, de modificación del artículo 563 bis b) del Código penal («BOC» de 26 febrero 1988, Serie B, núm. 102-1).

Servicio correspondiente del Ministerio de Justicia, para su elevación al Consejo de Ministros.

DISPOSICION FINAL

La presente Ley entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

Proyecto de Ley Orgánica de Reforma del Código penal («BOC» de 17 diciembre 1987, Serie A, núm. 67-1).

Artículo único

Los siguientes artículos del Código penal quedan redactados en los términos que a continuación se expresan:

Artículo 10, núm. 15

Se introduce como penúltimo párrafo el siguiente:

La condena de un Tribunal extranjero será equiparada a las sentencias de los Tribunales españoles, siempre que hubiere sido impuesta por delito relacionado con la actividad de bandas armadas o de elementos terroristas o rebeldes.

Artículo 57 bis a)

Las penas correspondientes a los delitos relacionados con la actividad de bandas armadas o de elementos terroristas o rebeldes se impondrán en su grado máximo, salvo que tal circunstancia estuviese ya prevista como elemento constitutivo del tipo penal.

Artículo 57 bis b)

1. En los delitos a que se refiere el artículo 57 bis a) serán circunstancias cualificativas para la graduación individual de las penas:

a) Que el sujeto haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas y se presente a las autoridades confesando los hechos en que hubiere participado.

b) Que el abandono por el culpable de su vinculación criminal hubiere evitado o disminuido sustancialmente una situación de peligro, impedido la producción del resultado dañoso o coadyuvado eficazmente a la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables.

2. En los supuestos mencionados en el apartado anterior, el Tribunal impondrá la pena inferior en uno o dos grados a la fijada al delito, sin tener en cuenta para ello la elevación de pena establecida en el artículo anterior. Asimismo, podrá acordar la remisión total de la pena cuando la colaboración activa del reo hubiere tenido una particular trascendencia para identificar a los delincuentes, evitar el delito o impedir la actuación o el desarrollo de las bandas armadas o elementos terroristas o rebeldes, siempre que no se imputen al mismo en concepto de autor acciones que hubieren producido la muerte de alguna persona o lesiones de los artículos 418, 419 y 420, números 1.º y 2.º, del Código penal. Esta remisión quedará condicionada a que el reo no vuelva a cometer cualquiera de los delitos a que se refiere el artículo 57 bis a).

Artículo 98 bis

Los condenados por los delitos a que se refiere el artículo 57 bis a) podrán obtener la libertad condicional si concurre alguna de las circunstancias de los apartados 1 b) o 2 del artículo 57 bis b) y hubiesen cumplido, al menos, un tercio de la pena impuesta.

Artículo 174

Se introduce, antes del último párrafo del artículo 174, el siguiente y nuevo número 3.º

3.º A los promotores y directivos de bandas armadas o de organizaciones terroristas o rebeldes y a quienes dirigieran cualquiera de sus grupos, las de prisión mayor en su grado máximo y multa de 150.000 a 750.000 pesetas. A los integrantes de las citadas bandas y organizaciones la de prisión mayor y multa de 150.000 a 750.000 pesetas.

Artículo 174 bis a)

1. Será castigado con las penas de prisión mayor y multa de 150.000 a 750.000 pesetas el que obtenga, recabe o facilite cualquier acto de colaboración que favorezca la realización de las actividades o la consecución de los fines de una banda armada o de elementos terroristas o rebeldes.

2. En todo caso, son actos de colaboración la información o vigilancia de personas, bienes o instalaciones, la construcción, cesión o utilización de alojamientos o depósitos, la ocultación o traslados de personas integradas o vinculadas a bandas armadas o elementos terroristas o rebeldes, la organización o asistencia a prácticas de entrenamiento y cualquier otra forma de cooperación, ayuda o mediación, económica o de otro género, con las actividades de las citadas bandas o elementos.

Artículo 174 bis b)

El que integrado en una banda armada u organización terrorista o rebelde, o en colaboración con sus objetivos y fines, realizare cualquier hecho delictivo que contribuya a la actividad de aquéllas, utilizando armas de fuego, bombas, granadas, sustancias o aparatos explosivos, inflamables o medios incendiarios de cualquier clase, cualquiera que sea el resultado producido, será castigado con la pena de prisión mayor en su grado máximo. A los promotores y organizadores del hecho, así como a los que hubieren dirigido su ejecución, les será impuesta la pena de reclusión menor.

Artículo 233

Se añade el siguiente párrafo final:

Iguales penas se impondrán a quienes, como integrantes de una banda armada u organización terrorista o rebelde o en colaboración con sus objetivos o actividades atentaren contra miembros de las Fuerzas Armadas, de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, Policías de las Comunidades Autónomas o de los Entes Locales.

DISPOSICIÓN FINAL

Queda derogada la Ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre, contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas y de desarrollo del artículo 55.2 de la Constitución.

**Proyecto de Ley Orgánica de Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal
(«BOC» de 17 de diciembre 1987, Serie A, núm. 66-1).**

Artículo primero

Los siguientes artículos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal quedan redactados en los términos que a continuación se expresan:

Artículo 384 bis

Firme un auto de procesamiento por delito cometido por persona integrada o relacionada con bandas armada o elementos terroristas o rebeldes, el procesado que estuviere ostentando función o cargo público quedará automáticamente suspendido en el ejercicio del mismo.

Artículo 540 bis

Cuando, en virtud de lo dispuesto en los dos artículos anteriores, se hubiese acordado la libertad de presos o detenidos por los delitos a que se refiere el artículo 384 bis, la excarcelación no se llevará a cabo, en tanto la resolución no sea firme, cuando el recurrente fuese el Ministerio Fiscal.

Artículo 520 bis

1. Toda persona detenida como presunto partícipe de alguno de los delitos a que se refiere el artículo 384 bis será puesta a disposición del Juez competente dentro de las setenta y dos horas siguientes a la detención. No obstante, podrá prolongarse la detención el tiempo necesario para los fines investigadores, hasta un límite máximo de otras cuarenta y ocho horas, siempre que, solicitada tal prórroga dentro de las primeras cuarenta y ocho horas desde la detención, sea autorizada por el Juez en las veinticuatro horas siguientes. Tanto la autorización cuanto la denegación de la prórroga se adoptarán en resolución motivada.

2. Detenida una persona por los motivos expresados en el número anterior, podrá solicitarse del Juez competente que decreta su incomunicación. Solicitada ésta, el detenido quedará en todo caso incomunicado sin perjuicio del derecho de defensa que le asiste y de lo establecido en los artículos 520 y 527, hasta que el Juez acuerde o deniegue la incomunicación en resolución motivada que tendrá lugar dentro de las veinticuatro horas siguientes.

3. Durante la detención, el Juez podrá en todo momento requerir la información y conocer, personalmente o mediante delegación en el Juez de Instrucción del partido o demarcación donde se encuentre el detenido, la situación de éste.

Artículo 533 bis

En casos de excepcional urgencia y necesidad no comprendidos en el artículo anterior, los miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado podrán proceder a la inmediata detención de los presuntos responsables de las acciones a que se refiere el artículo 384 bis cualquiera que fuese el lugar o domicilio donde se oculten o refugiasen, así como el registro de dichos lugares y la ocupación de los efectos e instrumentos que en ellos se hallaren y que pudieran guardar relación con el delito. En estos supuestos, el Delegado del Gobierno o el Gobernador Civil de la Provincia comunicarán inmediatamente al Juez competente el registro efectuado, las causas que lo motivaron y los resultados obtenidos del mismo, con especial referencia a las detenciones que, en su caso, se hubieren practicado.

Artículo 779

Se añade un párrafo tercero del siguiente tenor:

Tercero. Los delitos a que se refiere el artículo 384 bis.

Artículo segundo

Se añade a la Ley de Enjuiciamiento Criminal una Disposición Transitoria con la siguiente redacción:

Los Juzgados Centrales de Instrucción y la Audiencia Nacional continuarán conociendo de la instrucción y enjuiciamiento de las causas por delitos cometidos por personas integradas en bandas armadas o relacionadas con elementos terroristas o rebeldes cuando la comisión del delito contribuya a su actividad, y por quienes de cualquier modo cooperen o colaboren con la actuación de aquellos grupos o individuos. Conocerán también de los delitos conexos con los anteriores.

DISPOSICION ADICIONAL

Las referencias a la norma de desarrollo del artículo 55.2 de la Constitución se entenderán hechas a esta Ley Orgánica.

CIRCULARES, CONSULTAS E INSTRUCCIONES DE LA FISCALIA GENERAL DEL ESTADO

ALGUNAS CUESTIONES PENALES Y PROCESALES SOBRE LOS REQUISITOS EXCLUYENTES DE LA PUNIBILIDAD EN EL ABORTO POR INDICACION ETICA

Consulta núm. 4/87, de 14 de noviembre

I

Del escrito objeto de la Consulta y de la documentación acompañada al mismo se extraen los siguientes antecedentes de hecho.

1. El 23 de octubre de 1986 compareció ante el Juzgado de Instrucción de guardia de Valladolid una mujer mayor de edad, vecina del próximo pueblo de Laguna de Duero, exponiendo que se halla separada legalmente de su esposo desde hace dos años, pero que, por el bien de sus hijos menores, habían decidido seguir viviendo en el mismo domicilio; que la comparecencia tiene por objeto denunciarle por delito de violación del que ha sido víctima el pasado 16 de agosto de 1986, fecha en la que, encontrándose ambos en el salón de la casa, su ex esposo la instó a tener relaciones sexuales, a lo que la denunciante se negó en principio, pero accediendo a ello después porque le tiene pánico y para que no se enfureciera más y no la pegara. Como consecuencia de esta relación sexual no querida quedó embarazada. Y la denuncia se produce ahora porque hace unos días en Planificación Familiar de Valladolid, tras ratificarle su embarazo, la indicaron que para practicarle el aborto, que ella deseaba, debería formular denuncia. Insistió ante el Juzgado en que no quería que se castigara a su ex marido, pero sí que se realicen los trámites oportunos para poder interrumpir legalmente el embarazo.

2. Unos días después, concretamente el 27 de octubre de 1986, solicitó del Juzgado certificación de haber presentado denuncia por violación para que los organismos competentes del INSALUD pudieran autorizar el aborto. La interrupción voluntaria del embarazo se llevó a cabo el 5 de noviembre de 1986 en la Residencia Sanitaria de la Seguridad Social de Soria, una vez presentada fotocopia de la denuncia por violación y justificado por ecografía que no se habían cumplido las doce semanas de embarazo y tras el informe preceptivo de la Comisión de evaluación del Centro sanitario reunida el 2 de noviembre de 1986. Intervinieron en la práctica del aborto dos médicos ginecólogos y otro anestésista.

3. El 24 de octubre de 1986 el Juzgado de Instrucción número 1 de Valladolid inicia las diligencias previas número 2.966/1986 por delito de violación en las que, una vez que se practican las oportunas diligencias de prueba, se dicta auto el 21 de noviembre de 1986 sobreseyéndolas provisionalmente conforme al

artículo 789.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal porque la investigación realizada no ha permitido conocer la identidad de las personas que intervinieron en los hechos constitutivos de delito, y acordando, por tanto, el archivo. El Ministerio Fiscal interpuso recurso de reforma y subsidiario de apelación el 27 de noviembre de 1986 a fin de que tuviera lugar una diligencias de careo, y una vez practicada ésta se dicta auto el 10 de diciembre de 1986 transformándose las previas en el sumario ordinario número 97/1986 por si los hechos integraban delito de violación; con la misma fecha se dictó auto de conclusión del sumario.

En este sumario 97/1986 instruido por violación recayó auto de la Audiencia Provincial de Valladolid en el que se acordó el sobreseimiento provisional del artículo 641.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

4. En el mismo auto de 10 de diciembre de 1986, en que el Juzgado de Instrucción número 1 de Valladolid resolvió transformar las diligencias previas en sumario por violación, se ordenó deducir testimonio de particulares y remitirlos al Juzgado de Instrucción de Soria, al poder ser constitutivos los hechos de un delito de aborto. El Juzgado de Instrucción de Soria inició con aquel testimonio de particulares diligencias previas 1.124/1986, el 16 de diciembre de 1986, por presunto delito de aborto, concluyéndolas por auto de 7 de julio de 1987, a tenor de lo dispuesto en el artículo 789.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, acordando el archivo de las actuaciones, dado que el hecho denunciado no reviste caracteres de infracción penal. Este auto ha sido recurrido por el Ministerio Fiscal el 25 de julio de 1987 para que se practiquen determinadas diligencias.

5. Reunidos en Junta, los Fiscales de Soria, por acuerdo unánime opinaron que la violación denunciada y que dio lugar al sumario 97/1986 del Juzgado de Instrucción número 1 de Valladolid, es un hecho simulado, por lo que debe perseguirse el aborto practicado en Soria a la denunciante de la violación. Pero como la causa por violación se sobreseyó provisionalmente por el artículo 641.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se plantea el tema de si para proceder por el delito de aborto se requiere que el sumario por violación esté sobreseído libremente —que es la opinión mantenida en la Consulta— en evitación de posibles resoluciones contradictorias, ya que la existencia o no de la violación es condición básica del posible delito de aborto. Para ello entiende que se debe reabrir el sumario sobreseído por violación y una vez abierto solicitar el sobreseimiento libre, en razón a que la denunciante no fue reconocida por el Médico forense y no se comprobó su embarazo ni el desenlace de éste.

II

Los requisitos comunes al aborto no punible están expresados en el artículo 417 bis del Código penal, y son los siguientes: que sea practicado por un médico o bajo su dirección; que tenga lugar en Centro o Establecimiento publico o privado acreditado, en los términos prevenidos en los artículos 1 y 3 de la Orden de 31 de julio de 1985 (vigente en tanto se resuelve el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el Real Decreto de 21 de noviembre de 1986 destinado a derogarla), y que medie consentimiento expreso de la mujer embarazada.

Los presupuestos específicos que condicionan la no punibilidad del aborto por indicación ética se recogen en el artículo 417 bis 2, y son éstos: que el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo de violación del artículo 429; que el

aborto se practique dentro de las doce primeras semanas de gestación, y que el mencionado hecho hubiese sido denunciado.

De los datos de hecho acompañados a la Consulta resultan directamente acreditados los dos primeros requisitos comunes. No el relativo al «consentimiento expreso de la mujer embarazada», previo a la práctica del aborto. Sin embargo, sí parece justificado, aunque no documentalente en los procedimientos penales, un *consentimiento personal de la interesada*, pues ésta exteriorizó su voluntad de que la interrumpieran el embarazo. Y así se expresó ante el Juzgado al formular la denuncia el 23 de octubre de 1986 y al recoger certificación de la denuncia el 27 de octubre de 1986 como trámite formal previo para la práctica del aborto. No hay un documento redactado con este fin, pero sí aparece en los hechos analizados un consentimiento verbal expreso emitido con el fin de que le fuera interrumpido el embarazo.

También está justificado, cualesquiera sea el *dies a quo* a tener en cuenta (el de la fecundación o seis días después, con la anidación) que el aborto tuvo lugar dentro de las doce primeras semanas de gestación, pues la duodécima semana a partir del 16 de agosto de 1986 no termina hasta el 8 de noviembre de 1986 y el aborto se produjo tres días antes. Y como la violación entre ex cónyuges no ofrece particularidad alguna al haber desaparecido con la separación legal el *ius in corpus* y el débito conyugal, sólo procede aquí el análisis de los otros dos requisitos privativos del aborto por indicación ética, esto es, que el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo de un delito de violación y que este hecho haya sido denunciado:

1. *Que el hecho haya sido denunciado.* La denuncia indudablemente ha existido. Se realizó el 23 de octubre de 1986 por la agraviada ante la autoridad judicial competente por el presunto delito de violación. Así, la denuncia fue hecha por persona legitimada para ello conforme al artículo 443, párrafo primero, del Código penal, con lo que se cumple el requisito de procedibilidad requerido. El hecho de manifestar seguidamente su deseo de no sancionar por el hecho a su ex esposo es irrelevante, pues aunque pueda representar un perdón implícito, en el delito de violación el perdón del ofendido mayor de edad no extingue la acción penal (art. 443, párrafo último del Código penal).

Mas el requisito de la denuncia ofrece algunas cuestiones no resueltas de modo explícito en la norma. Por lo menos, éstas:

a) ¿Basta el hecho de formalizar la denuncia en cualesquiera de las formas previstas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal? ¿O es indispensable una denuncia que haya determinado la apertura de un procedimiento penal típico? Desde luego, la denuncia cuyo resultado sea el previsto en el artículo 269 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no es suficiente por cuanto no da lugar a procedimiento alguno. Por supuesto, y aunque el artículo 417 bis, 2, mencione sólo la denuncia, no está excluido el otro modo de iniciarse los procesos por delitos semipúblicos (la querrela), pero, como para la denuncia expresa el artículo 269 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, si a la presentación de la querrela ha seguido auto de inadmisión por no ser los hechos constitutivos de delito (art. 313 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), tampoco será ésta suficiente a los fines de poder construir un aborto no punible. Es indispensable que se trate de denuncias o querrelas admitidas y tramitadas. Este carácter revisten los hechos objeto de la Consulta, porque la denuncia dio lugar a diligencias previas y después a la incoación de un sumario ordinario. La sentencia del Tribunal Constitucional

53/1985, de 11 de abril, no aclara el punto aquí cuestionado, pues sólo dice que «entiende este Tribunal que la denuncia previa es suficiente para dar por cumplida la exigencia constitucional respecto a la comprobación del supuesto de hecho» (Fundamento jurídico 12, párrafo penúltimo).

b) El momento o tiempo en que ha de formalizarse la denuncia. ¿Inmediatamente después de acaecer el hecho delictivo denunciado? ¿Sólo será válida la realizada antes de conocerse el embarazo y *ad cautelam* de éste? ¿Es bastante con que sea anterior a las doce semanas? Como el artículo 417 bis dice tan sólo que el hecho haya sido denunciado, reputamos válida toda denuncia anterior al aborto si éste tiene lugar en el improrrogable plazo previsto, y es, por supuesto, eficaz aquella denuncia que se formula a partir del conocimiento del embarazo.

Hasta aquí la solución de la Consulta no ofrece especiales dificultades, lo que conduce a la no punibilidad del aborto practicado, ya se valore la conducta de quienes lo realizaron o la de la mujer a quien le interesaba. Si las presenta la interposición del otro requisito que analizamos por separado.

2. *Que el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo de un delito de violación del artículo 429.* Juzgamos ineliminable, en primer lugar, que medie congruencia entre la fecha en que tuvo lugar el hecho denunciado y la de la iniciación de la gestión, para así poder excluir las posibles violaciones de mujeres ya embarazadas, pues, evidentemente, este estado no sería consecuencia de la violación denunciada. Pues bien, partiendo de esta relación temporal directa entre hecho denunciado y embarazo ¿qué significado debe darse al giro de que éste sea consecuencia de «un hecho constitutivo de violación»? Realmente sólo puede decirse que el hecho es constitutivo de violación en un momento muy posterior a la denuncia y sólo en estos tres casos: cuando haya recaído sentencia firme en que así lo declare, que se haya dictado auto de sobreseimiento libre del artículo 637.3, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y cuando la causa fuere sobreseída provisionalmente conforme al artículo 641.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, dado, en este último supuesto, que la indeterminación del autor, constando la evidencia del delito, no debe impedir los efectos despenalizadores del aborto. Al menos dos de estos resultados procesales es muy difícil que se produzcan antes de que el aborto se practique, si tenemos en cuenta, de un lado, que una denuncia capaz de legitimar el aborto puede presentarse muy poco tiempo antes de la interrupción del embarazo, y de otro, la duración de los procedimientos penales ordinarios. Precisamente a esta idea se acude en la sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985, de 11 de abril para estimar suficiente la denuncia, afirmando que la comprobación judicial del delito de violación antes de la interrupción del embarazo presenta graves dificultades objetivas, pues dado el tiempo que pueden requerir las actuaciones judiciales entrarían en colisión con el plazo máximo dentro del cual puede practicarse aquélla (Fundamento jurídico 12, párrafo penúltimo).

Según los hechos que nos suministra la Consulta, el aborto tuvo lugar el 5 de noviembre de 1986, momento en que los hechos denunciados se investigaban en procedimiento de diligencias previas, que tiene como exclusiva finalidad determinar la naturaleza y circunstancias del hecho y las personas que en él han participado (art. 789, párrafo inicial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Así la denuncia originó un procedimiento penal, en tramitación al tiempo del aborto. Esto, unido a la prestación del consentimiento por la interesada, es bastante para entender que no existe responsabilidad alguna para las personas que intervinieron el aborto.

Pero ¿y si después de las doce semanas, o de practicarse el aborto, no sólo no se confirma la existencia del delito, sino que se declara bien la inexistencia de los hechos o de que éstos no constituyen delito, esto es cuando el proceso se integren claramente en aquella estructura delictiva? En estos casos ¿podrá procederse por aborto punible contra la mujer denunciante de la violación, que es precisamente, lo que se sostiene en la Consulta? Si partimos de la inexistencia de los hechos o de que éstos no constituyen delito, esto es, cuando el proceso a que dio lugar la denuncia termine por auto de sobreseimiento libre de los números 1 y 2 del artículo 637 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal o por sentencia absolutoria declarativa de que no tuvo lugar la violación, ciertamente el comportamiento de la mujer denunciante sería punible como aborto ilegal en concurso con el tipo del artículo 338; en concurrencia con la simulación de delito y no con la denuncia falsa del artículo 325, pues aunque se haya suprimido la eficacia extintiva del perdón en el delito de violación, sigue siendo delito semipúblico (art. 443) y, por tanto, no perseguible de oficio como exige, sin embargo, el artículo 325 para la denuncia falsa. Esta sería la abstracta tipicidad. Pero en el caso concreto de la Consulta ¿se ha confirmado después de practicado el aborto la inexistencia de los hechos o que éstos no constituyan delito de violación? Anotemos que se ha producido una situación procesal verdaderamente contradictoria durante la tramitación del procedimiento iniciado tras la denuncia. En efecto, las diligencias previas se concluyeron por auto de 21 de noviembre de 1986 en base al artículo 789.1, inciso segundo, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal al estimarse por el Juez que el hecho denunciado era constitutivo de delito, pero no constaba autor conocido; luego de practicarse una diligencia de careo interesada por el Ministerio Fiscal en su recurso de reforma, las previas se transforman en sumario ordinario y concluido éste el 10 de diciembre de 1986 se eleva a la Audiencia, quien dicta auto de sobreseimiento provisional del artículo 641.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal al no estar suficientemente justificada la perpetración del delito. Resulta, pues, que el Juzgado al sobreseer provisionalmente por el artículo 789.1, párrafo segundo —que es precepto paralelo al del artículo 641.2— entendió que existía delito, pero no autor, y la Audiencia, por su parte, estimó no hallarse acreditado del todo el delito de violación. Sin embargo, esa contradicción se salvó porque el auto de archivo dictado en diligencias previas no fue consentido por el Ministerio Fiscal, e iniciado después sumario ordinario, tras concluirse, se sobreseyó por el artículo 641.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

A esta última decisión hay que estar, y preguntarse si tal modalidad de sobreseimiento excluye para la denunciante la punibilidad del aborto por motivación ética, al cumplirse con él el requisito de que el embarazo sea consecuencia de un delito de violación.

Como ya con anterioridad se ha dicho, entendemos que los supuestos que no cumplen esta condición son los procedimientos penales que terminan por sentencia en la que se declare la inexistencia del delito o por autos de sobreseimiento libre de los números 1 y 2 del artículo 637 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, únicas resoluciones tras las que puede afirmarse con seguridad que el hecho denunciado no se perpetró o que existiendo no constituye delito. En el caso del artículo 641.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no se trata de la inexistencia del hecho —como ocurre en el artículo 637.1—, sino de la falta de indicios bastantes capaces de conformar todos los elementos del tipo de que se trate. Aunque

se desconocen los antecedentes del auto de sobreseimiento de la Audiencia de Valladolid, quizás en el hecho que motiva la Consulta no pudo justificarse suficientemente el requisito de la fuerza o intimidación del artículo 429.1 del Código penal.

Cuestión relacionada con la anterior es la de si los autos de archivo que, eventualmente, puedan recaer en diligencias previas tal como prevé el artículo 789.1, inciso primero, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, revisten la misma naturaleza que el auto de sobreseimiento provisional del artículo 641.1, que concluye los sumarios, o si, por el contrario, dada la similitud de los términos empleados en los artículos 789.1 y 637.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en ambos casos se trata de autos definitivos, con lo que si una denuncia por violación concluyera archivada en previas por el artículo 789.1 sería acto procesal hábil para perseguir a la denunciante por delito de aborto.

El artículo 789.1 dice en su párrafo inicial que si el Juez «estimare que el hecho no es constitutivo de infracción penal, mandará archivar las actuaciones»; y el artículo 637.2 dispone que procede el sobreseimiento libre «cuando el hecho no sea constitutivo de delito». Mas a pesar de la semejanza de las expresiones hay que concluir afirmando la provisionalidad del auto de archivo del artículo 789.1. La letra de este precepto nada aclara en cuanto ordena que el Juez «mandará archivar las actuaciones», mas sin especificar la naturaleza provisoria o definitiva del archivo. La interpretación lógica y sistemática nos lleva a la conclusión de la no definitividad del auto de archivo dictado conforme al artículo 789.1, primer inciso. He aquí las razones: En primer lugar, porque tratándose de una decisión adoptada en diligencias previas, no parece viable un archivo definitivo cuando aquéllas suponen un procedimiento preliminar de otros procedimientos. En segundo término, porque el artículo 789.1, inciso segundo, declara que cuando «no hubiere autor conocido acordará el sobreseimiento provisional, *ordenando igualmente el archivo*»; luego si a este tipo de sobreseimiento provisional sigue el archivo éste será provisional, y con la palabra *igualmente* se está remitiendo al párrafo anterior (art. 789.1, párrafo primero); en tercer lugar, porque en el artículo 789.1, inciso inicial, se trata de una apreciación o estimativa subjetiva del Juez que archiva («... si estimare que el hecho...») tras el examen de un material instructorio elemental, en tanto que el artículo 637.2 contempla una declaración del Tribunal a la que ha precedido una investigación total marcada sobre los hechos objeto de las actuaciones. Y, por último, porque contra el auto de archivo del artículo 789.1 caben los recursos de reforma y apelación (artículo 789, último párrafo) y contra el auto de sobreseimiento libre, en cuanto definitivo, sólo procede interponer el recurso de casación (art. 636) con los límites del artículo 848.

III

El sobreseimiento provisional del artículo 641.1 se acuerda cuando concluida la investigación no resulta debidamente justificada la perpetración del delito que dio lugar a la formación del sumario; y como supone sólo una paralización o suspensión del procedimiento, es posible instar la reapertura sumarial —siempre que no hayan transcurrido los plazos de prescripción— si aparecen nuevos elementos probatorios de entidad suficiente para acreditar, bien el dato positivo de

la existencia del delito que determinó la apertura o el negativo capaz de constar con claridad que el hecho denunciado no tuvo lugar, supuesto éste que podría conducir a dictar auto de sobreseimiento libre (art. 637.1,2, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). En el caso de la Consulta si el Tribunal acordó el sobreseimiento provisional del artículo 641.1 fue porque el Ministerio Fiscal, analizando las diligencias de prueba de variada naturaleza contenidas en el sumario, así lo interesó (art. 627, párrafo último), con lo que estuvo conforme el Tribunal, pues en otro caso podría haber optado por la renovación (art. 630). Para la reapertura de un sumario en el que hubo conformidad entre el Ministerio Fiscal y el Tribunal en orden a su archivo, y cuya finalidad sea obtener un auto definitivo de sobreseimiento libre, parece indispensable una prueba sólida de que no existió el delito de violación, y en la Consulta, a pesar de afirmarse que la violación fue un hecho simulado, las diligencias que se proponen para instar la reapertura afectarían más que a la existencia o a los elementos del acto delictivo denunciado —como podrían ser la falta de actos de compulsión actuantes sobre la voluntad de la mujer— a las consecuencias del mismo —no comprobación del embarazo y desenlace de éste—. Sin embargo, en el sumario seguido por aborto consta la existencia del embarazo y la interrupción voluntaria de éste con observancia de los trámites prevenidos en el artículo 417 bis y la Orden de 31 de julio de 1985.

En conclusión, en el caso objeto de la consulta, concurren los presupuestos que excluyen la punibilidad del aborto practicado por indicación ética y, en particular, los específicamente cuestionados:

— En primer lugar, porque están cumplidos los requisitos de la condición de procedibilidad en que consiste la denuncia, pues se formalizó como tal acto de iniciación ante órgano competente, a instancias de persona legitimada y poniéndose en conocimiento de aquél el hecho de haber sido víctima de un delito de violación.

— En segundo término, porque, tras la denuncia, la autoridad judicial ha procedido a la apertura de un procedimiento penal ante la posibilidad de que existiera el hecho delictivo denunciado, en lugar de no admitirla a trámite, como ordena el artículo 269 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el caso de que el hecho en que se funde no constituya delito *denegatio actionis*.

— El hecho de que después del auto de conclusión del sumario iniciado se acordara el sobreseimiento del artículo 641.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de conformidad con la petición del Ministerio Fiscal, no es obstáculo que impida la legitimidad de la interrupción del embarazo, pues tal acto procesal —lo mismo que el derivado del artículo 789.1 de la Juzgado de la Ley de Enjuiciamiento Criminal— significa no la inexistencia del hecho denunciado, ni que éste se constituya delito, sino sólo que no están claramente delimitados la totalidad de los elementos constitutivos del delito de violación.

— El sobreseimiento libre del artículo 637.1 y 2 que pueda acordarse en el sumario por delito de violación negando definitivamente la prosecución de la acción penal por ausencia del hecho imputado en la denuncia o porque éste no presente siquiera indicios de delito, debe reputarse acto procesal válido para la apertura y prosecución de un procedimiento tendente a justificar la ilegalidad del aborto practicado y a depurar las responsabilidades.

— Toda decisión que pretenda la reapertura de un sumario archivado provisionalmente autorizado por el artículo 641.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal con la finalidad de transformarle en auto de sobreseimiento libre (art. 637.1

y 2), en cuanto supone la conversión de un hecho con apariencia de delito en otro inexistente o que no constituye delito, precisa de elementos de pruebas capaces de destruir totalmente los hechos anteriormente investigados, no siendo bastantes los que simplemente traten de modificarlos en extremos no esenciales.

**CUESTIONES QUE PLANTEA LA EXPULSION
DE EXTRANJEROS SUJETOS A DETERMINADOS
PROCESOS PENALES**

Consulta núm. 5/87, de 18 de noviembre

I

La consulta está relacionada con la aplicación de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, y especialmente con lo que atañe a su expulsión.

A) Los hechos que se exponen son éstos:

La Delegación del Gobierno en la Comunidad Autónoma se viene dirigiendo a los distintos Juzgados de Instrucción interesando la expulsión de personas, generalmente procedentes del continente africano, al amparo de los artículos 21 y 26 de la referida Ley Orgánica. Muchas veces se trata de personas sujetas a prisión provisional en procedimientos relativos a tráfico de drogas. La actitud de los Jueces suele ser favorable a la expulsión, y cuando la acuerdan el propio Juez dicta resolución en tal sentido, incluso en trámite de diligencias previas.

B) Las dudas interpretativas suscitadas en la Fiscalía por los hechos que proceden son las siguientes:

1. ¿Puede el Juez autorizar la expulsión sin haber incoado el procedimiento penal correspondiente de diligencias preparatorias o por delitos menos graves y flagrantes de la Ley Orgánica 10/1980, de 11 de noviembre? La solución que se acepta expresa que la Ley de 1 de julio de 1985 se refiere a «encartados en un procedimiento por delitos menos graves», lo cual podría significar que, además de estar el sujeto encartado, es decir, sometido a medidas cautelares, el Juez ya ha determinado la competencia para enjuiciar por sí mismo un delito menos grave, y esto sucede sólo si ya se ha incoado el procedimiento de la Ley Orgánica 10/1980, o, eventualmente, el de diligencias preparatorias, ya que las diligencias previas no son sino un procedimiento prospectivo para la práctica de las diligencias esenciales encaminadas a determinar la naturaleza y circunstancias del hecho, las personas que en él han participado y el procedimiento aplicable (art. 789 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), si bien es preciso reconocer que la práctica judicial ha hipertrofiado la significación de tales diligencias previas.

2. En los supuestos de tráfico de drogas —los hechos más frecuentes— cabe preguntarse si debe excluirse de la competencia de los Juzgados el conocimiento y fallo en procedimiento por delitos menos graves, de los delitos por tráfico de

sustancias que causan grave daño a la salud, y de las que, sin tener esa naturaleza, tienen asignadas penas de prisión menor por concurrir las otras circunstancias del artículo 344, párrafo segundo. Si se sustraen los mencionados delitos a la competencia de los Juzgados y se estima que es de la Audiencia, no cabría expulsión, salvo, claro está, que el Juez continuara en diligencias previas sin haberse pronunciado aún sobre el procedimiento a seguir. Al contrario, si se entiende que en los numerosos casos de flagrancia sería en todo caso competente para el fallo el Juez de Instrucción con arreglo al artículo 1.2.º de la Ley Orgánica 10/1980, la expulsión para estos casos quedaría también abierta.

3. Dado que, en la práctica, el tráfico de sustancias que causan grave daño a la salud, salvo los supuestos agravados, pueden ser objeto de medidas de expulsión en vía de diligencias previas —incorrectamente, según el parecer de quien formula la Consulta— o del procedimiento oral de la Ley Orgánica 10/1980, nos surge la duda de si la pena tipo de prisión menor y multa es pena igual o superior a prisión menor, ya que esta última es el límite establecido para la expulsión en el artículo 21.2, de la Ley de extranjería. Por un lado, sería admisible el procedimiento de la Ley Orgánica 10/1980 por flagrancia, al no superar los seis años; pero, de otra parte, no sería delito menor en el sentido que le configura la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, pues resulta evidente que prisión menor y multa no es pena igual o inferior a prisión menor. Por esta vía quedaría excluido siempre el tráfico de sustancias que causan grave daño para la salud del ámbito de la expulsión, ya sea previa o posterior a la sentencia condenatoria.

4. Si el Ministerio Fiscal, atendidas las circunstancias del hecho y del presunto culpable, debe adoptar en principio una posición favorable a la expulsión o la opuesta a la misma, con lo que en este último caso podría celebrarse el juicio sin perjuicio de que proceda la expulsión tras la condena que pueda recaer a modo de medida sustitutiva de la pena impuesta, tal y como permite el artículo 21.2, párrafo segundo, de la Ley de extranjería.

II

La Consulta, cuya literalidad está recogida en los antecedentes, es concreta y precisa. El análisis de las normas sustantivas y procesales que con su contenido se relacionan, nos parece ajustado y acertadas sus conclusiones. De ahí el que en buena parte de los puntos tratados, tan sólo procedan por parte de la Fiscalía General del Estado, algunas matizaciones que servirán para confirmar el criterio interpretativo sustentado.

1. Al primer punto. Es imprescindible, en efecto, la existencia de procedimientos penales típicos en los que la competencia para instruir y fallar corresponda a los Jueces de instrucción. Formalmente, la autorización judicial se condiciona a la apertura de estos procesos. No revisten tal naturaleza las diligencias previas, al ser preliminares de procedimientos propios, pues en cuanto se practiquen «sin demora» (art. 789, inciso segundo, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) las dirigidas a determinar el hecho —su naturaleza y circunstancias— los partícipes y «el procedimiento aplicable» (art. 789, inciso primero, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), el Juez ha de adoptar alguna de estas resoluciones: archivo como tales si no existe delito o autor (art. 789.1), envío al órgano competente (art. 789.2 y 3), formación de sumarios (art. 789.4) o iniciación de diligencias

preparatorias o procedimiento oral (art. 789.5). Es claro que sólo después de estas decisiones puede conocerse cuál es la naturaleza y penalidad que, en principio, presenta el hecho denunciado.

Pero es que la Ley de 1 de julio de 1985 dice, además y expresamente (artículo 21.2), que la autorización judicial para la expulsión procede «cuando un extranjero se halle encartado en un procedimiento por delitos menos graves». Y estas condiciones es manifiesto que no concurren en las diligencias previas. De una parte, porque no constituyen un procedimiento por delitos menos graves, sino un procedimiento preliminar, tanto a procedimientos por delitos menos graves —en la Ley de 1 de julio de 1985 los conminados con pena igual o inferior a prisión menor— como a procedimientos por delitos graves. Y de otra parte, porque la cualidad de *encartado*, que también se exige, es más propia de los verdaderos procedimientos [arts. 780, párrafo último; 785.1,3,8 a) y h); 790.3; 795, párrafo tercero, y 796, párrafo segundo, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal] que de las diligencias previas.

En otro de los preceptos de la Ley de 1 de julio de 1985 en que se prevé la eventualidad de una autorización judicial para la expulsión, el artículo 26.3, el presupuesto procesal es que a los extranjeros «se les haya instruido diligencias por la comisión de delitos... y se acordara la libertad provisional»; de donde se desprende que ya deben estar determinados el autor presunto y el delito, circunstancias que impiden la permanencia de los actos de investigación en la fase procesal de diligencias previas.

La consecuencia de lo expuesto es, que si al tiempo de la solicitud de autorización para la expulsión por parte de la autoridad gubernativa, el trámite procesal es el de diligencias previas, el Ministerio Fiscal antes de emitir su informe sobre el fondo deberá instar del Juez la transformación de las previas, pues la Ley de 1 de julio de 1985 quiere que únicamente proceda la expulsión durante la sustanciación de procedimientos por delitos menos graves; y además, actuando de otro modo, esto es, concediendo la autorización en previas, podría acordarse la expulsión por razón de delitos excedentes de prisión menor, con lo que se sustituiría una posible grave pena a imponer por la expulsión y prohibición de entrada en el territorio nacional por tres años (art. 36.1, de la Ley de 1 de julio de 1985).

2. El segundo tema es éste: si la autorización para la expulsión de extranjeros implicados en el delito del artículo 344, se extiende al tráfico de las sustancias que causan grave daño a la salud y también al de las que sin tener esta naturaleza resulte aplicable la pena de prisión menor por concurrir cualesquiera de las circunstancias del artículo 344, párrafo segundo, del Código penal.

La solución legal a ambas cuestiones se presenta con claridad:

a) Ya la pena tipo para el tráfico de drogas que causan grave daño a la salud es la de prisión menor y multa conjunta (art. 344, párrafo primero, del Código penal), excedente tanto de la que corresponde a los delitos dolosos menos graves (los castigados con pena privativa de libertad no superior a seis meses: artículo 1.1.1.º de la Ley Orgánica 10/1980) como de la prevenida para los delitos flagrantes (los sancionados con pena privativa de libertad cuya duración no exceda de seis años: artículo 1.1.2.º de la Ley Orgánica 10/1980) competencia atribuida a los Juzgados de Instrucción (art. 2.1.º de la Ley Orgánica 10/1980).

No procede, por tanto, para aquellos delitos la autorización en el caso de que se solicitare, pues la Ley de 1 de julio de 1985 prevé la expulsión para los respon-

sables de delitos menos graves (arts. 21.2 y 26.3) y se entienden por tales «los castigados en nuestro ordenamiento jurídico con pena igual o inferior a prisión menor» (art. 21.2, párrafo primero).

b) El tráfico de sustancias no gravemente nocivas para la salud, sí puede ser abarcado por la autorización del Juez instructor en dos supuestos: cuando haya de aplicarse tan sólo la penalidad del párrafo primero del artículo 344 (arresto mayor) y cuando la tipicidad se encuadre en el párrafo segundo del artículo 344 si se trata de delitos flagrantes, en los términos establecidos en el artículo 779 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

La autorización judicial para los delitos no flagrantes a los que corresponda pena de prisión menor ha de darla el Tribunal. De ahí el que tanto en el artículo 21.2, párrafo segundo, de la Ley de 1 de julio de 1985 —en donde se sustituye la pena por la expulsión— como en el artículo 26.3 de la misma norma —en donde se sustituye el procedimiento por la expulsión— se hable de acuerdos o autorizaciones del Juez o Tribunal.

3. El punto tercero está vinculado al anterior, esto es, posibilidad de expulsión para los traficantes de sustancias gravemente nocivas para la salud cuando no se trate de cantidades de notoria importancia. Aceptándose que prisión menor constituye la pena privativa de libertad límite que condiciona la expulsión, surge, sin embargo, la duda de si la pena de prisión menor y multa es pena igual o superior a prisión menor. En la Consulta se sostiene que es superior. Y así es, pues aun cuando ninguna conclusión positiva puede obtenerse de las normas penales que contienen la escala general de penas (art. 27 del Código penal), y las escalas graduales (art. 73 del Código penal), es manifiesto que la pena de prisión menor y multa conjunta en los supuestos de insolvencia (art. 91 del Código penal) tiene una mayor duración que la de prisión menor, y en el caso de solvencia del condenado, objetivamente es también más grave en cuanto formada por la acumulación de dos penas. El Tribunal Supremo se ha pronunciado en este sentido en la interpretación de dos preceptos distintos.

En la comparación de penalidades con la finalidad de aplicar o no el párrafo cuarto del artículo 565 del Código penal, ha entendido que la pena de prisión menor correspondiente a la imprudencia temeraria, es de menor gravedad que la de prisión menor y multa conjunta, bien porque ésta se compone de dos privaciones de derechos, afectante uno a la libertad y otro al patrimonio (sentencias de 22-12-1982, 30-3-1984 y 28-5-1985), o bien porque la punibilidad de la pena pecuniaria, dada la insolvencia del reo, se convierte en arresto sustitutorio, acrecentándose de este modo la pena de privación de libertad (sentencia de 25 de noviembre de 1976). En la misma línea jurisprudencial señalada, entre otras, las sentencias de 30-10-1956, 7-10-1959, 28-4-1971 y 19-9-1975.

Y a efectos de aplicar la agravante de reiteración, en la modalidad de delito antecedente al que la ley señala mayor pena, se ha establecido que la pena de prisión menor y multa es más grave que la de prisión menor (sentencias de 10-6-1958, 11-2-1959, 18-5-1961, 30-1-1967, 12-2-1968, 23-4-1971, 6-11-1972 y 6-5-1975).

4. El último de los puntos sometido a Consulta, el relativo a la actitud que deba adoptar el Ministerio Fiscal en el trámite de audiencia previa a la concesión de autorizaciones para la expulsión, requiere un análisis más detallado de los preceptos de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio.

Los extranjeros pueden ser expulsados de España por resolución del Director

de la Seguridad del Estado cuando incurran en alguna de las causas expresamente establecidas (art. 26). Ahora bien, esta modalidad de la potestad sancionadora de la Administración tiene el límite que representa la necesidad de obtener autorización judicial si el extranjero se hallare sujeto a determinados procesos penales. Y, a su vez, un acto anterior e ineliminable de la autorización es la audiencia del Ministerio Fiscal.

a) Existen en la tan citada Ley de 1 de julio de 1985 dos preceptos que prevén expresa o implícitamente los requisitos de la autorización judicial y el informe del Ministerio Fiscal. En ellos la autorización se emite durante la tramitación de procedimientos penales, por lo que, si es conforme con la propuesta gubernativa de expulsión, ésta se convierte en medida sustitutiva del procedimiento penal que así concluye o al menos queda en estado de suspensión con su archivo.

El primero supuesto en que es necesaria la autorización, tiene lugar cuando la apertura del proceso penal es anterior a la iniciación, por parte de la autoridad gubernativa, del expediente de expulsión por cualquiera de las causas que enumera el artículo 26 de la Ley; y dispone, al efecto, el artículo 21.2 que cuando un extranjero se encuentre encartado en un procedimiento por delitos menos graves, el Juez podrá autorizar, previa audiencia del Fiscal, su expulsión.

El segundo caso de expulsión, previa autorización judicial, se produce cuando al tiempo de incoarse el procedimiento penal el expediente gubernativo se hallaba ya en trámite. Se refiere a él el artículo 26.3 de la Ley, expresando que en los supuestos de extranjeros sometidos a expedientes de expulsión —en trámite de instrucción o de ejecución— a los cuales se hayan instruido diligencias por delitos cometidos con posterioridad a la incoación de dichos expedientes, si se hubiere acordado la libertad provisional, el Juez o Tribunal podrá autorizar la expulsión de conformidad con lo dispuesto en el artículo 21.2, de la Ley.

Así, la autorización es una facultad del Juez («podrá autorizar», dice la Ley) cuya estructura se completa con la «previa audiencia del Fiscal». El artículo 21.2 lo establece de modo explícito, y en la hipótesis del artículo 26.3, esa intervención del Ministerio Fiscal está implícita, porque a su tenor se podrá autorizar la expulsión «de conformidad con lo dispuesto en el artículo 21.2 de esta Ley».

Ahora bien, la Consulta se pregunta si es o no conveniente que el Ministerio Fiscal adopte una posición favorable a la expulsión cuando se está tramitando el proceso penal. Entendemos que aun cuando la facultad de confirmar o no la expulsión propuesta se subordina a que ésta sea ejecución de una decisión adoptada de conformidad con la ley, la actividad valorativa del Ministerio Fiscal no tiene por qué ser siempre la misma, porque los datos a ponderar serán distintos, según cuál haya sido la causa tenida en cuenta por la autoridad gubernativa para proponer la expulsión.

En general, para la tramitación de los expedientes de expulsión el artículo 29.2 de la Ley remite a la Ley de Procedimiento Administrativo, representando esta remisión que deberá observarse lo dispuesto en el título VI de esta norma, cuyo capítulo II (arts. 133-137) regula como procedimiento especial el sancionador (carácter que tiene el que aquí se examina conforme a la disposición adicional 1.^a del Real Decreto 1.119/1986, de 26 de mayo), con aplicación del artículo 91, que establece la audiencia del interesado, que, por lo demás, se reconoce también en el artículo 29.2 de la Ley de extranjería, ya que a su tenor las resoluciones gubernativas adoptadas en relación a los extranjeros habrán de dictarse y notifi-

carce de acuerdo con los requisitos exigidos por la Ley de Procedimientos Administrativos, y en cualquier caso con audiencia del interesado.

Aparte la expulsión automática del artículo 36.2 de la Ley, los procedimientos de expulsión han de basarse en alguna de las causas comprendidas en el artículo 26. Las referidas en los apartados a), d) y e), al estar mejor perfiladas en su estructura, el supuesto de hecho puede constarse más fácilmente, por lo que la potestad de la Administración aparecerá ante ellas virtualmente reglada. En la construcción de las causas contenidas en los párrafos b), c) y f), al estar más indefinidas puede jugar la discrecionalidad resolutoria de la Administración.

El Ministerio Fiscal, como dice el artículo 26.3, para la autorización de la expulsión, atenderá «a las circunstancias del caso», cualquiera sea la causa alegada para fundamentar la expulsión, y en tanto de la propuesta de la autoridad gubernativa no se extraigan hechos válidamente constatables y claramente subsuntables en una causa legal, su dictamen debe ser contrario a la expulsión. Pero ante la causas b), c) y f), del artículo 26, en las que se manejan nociones abstractas e indeterminadas necesitadas de un mayor control jurídico, el Ministerio Fiscal deberá analizar aún con mayor meticulosidad los hechos determinantes de la propuesta, pues no será infrecuente que hayan sido extraídos de simples informes policiales.

Como la petición de autorización judicial para la expulsión sólo procede cuando sea firme la propuesta que la acuerde, y la interposición de recursos sí puede suspender ya la ejecución del acto impugnado (sentencia del Tribunal Constitucional 115/1987, de 7 de julio), otro dato a ponderar por el Ministerio Fiscal al emitir su informe es si han mediado recursos, pues si se ha hecho uso de ellos, sean sólo administrativos o también jurisdiccionales (arts. 34 y 35 de la Ley) y permanece la propuesta de expulsión, ello será índice de que la causa era justificada.

b) Los casos precedentemente estudiados (arts. 21.2 y 26.3) significan que puede dejarse de juzgar al delincuente extranjero sometido a expediente de expulsión si ésta se autoriza por el Juzgado o Tribunal. Pero hay otro, distinto, en el cual se deja de ejecutar lo juzgado (art. 21.2, párrafo segundo). Si en aquéllos la expulsión es sustitutiva del procedimiento, en éste la expulsión sustituye a la condena, pues dice el precepto últimamente citado que si el extranjero fuere condenado por delito menos grave y en sentencia firme, el juez o Tribunal podrá acordar, previa audiencia de aquél, su expulsión del territorio nacional como sustitutiva de las penas que le fueran aplicables, asegurando en todo caso la satisfacción de las responsabilidades civiles a que hubiere lugar, todo ello sin perjuicio de cumplir, si regresare a España, la pena que le fuere impuesta.

Plantea algunas cuestiones esta especie de pena de extrañamiento con duración mínima de tres años (art. 26.1).

En primer lugar, si se trata de un acto autónomo del Juez o Tribunal que haya impuesto la pena por delito menos grave, o si tal medida sustitutiva está subordinada a que haya precedido expediente sancionador en el que se solicitare la autorización judicial para la expulsión. Ambas situaciones son posibles. Que es una decisión privativa del juzgador se obtiene de la frase del artículo 21.2, párrafo segundo, que dice: «el Juez o Tribunal podrán acordar... su expulsión», y del artículo 21.3, cuando afirma que «para la efectividad de lo dispuesto en los párrafos anteriores, las autoridades judiciales comunicarán las ... expulsiones que acordasen a los Servicios competentes del Ministerio del Interior». Pero tam-

bién la expulsión judicial una vez recaída sentencia firme puede significar una rectificación de la negativa a conceder la autorización solicitada en fase procesal anterior. Pero en uno y otro caso la expulsión es judicial, no gubernativa.

En segundo término, si debe ser oído el Ministerio Fiscal antes de acordarse la expulsión. Aunque el artículo 21.2, párrafo segundo, sólo dice que se acordará la expulsión «previa audiencia» del extranjero, la respuesta ha de ser afirmativa por varios argumentos. Si debe ser oído antes de pronunciarse el Juez sobre la autorización para la expulsión gubernativa, con mayor razón deberá serlo antes de la expulsión por vía judicial. Porque las decisiones de expulsión pueden comportar una gravedad desproporcionada con la pena correspondiente al delito menos grave. Una medida como ésta, que afecta a la ejecución de condenas impuestas, no podrá acordarse —aunque la Ley no lo diga— sin previa audiencia del Ministerio Fiscal, una de cuyas funciones es velar por el cumplimiento exacto de las resoluciones judiciales que afectan al interés público y social (art. 3.9 del Estatuto del Ministerio Fiscal).

A las consideraciones anteriores deberá atenerse el Ministerio Fiscal siempre que deba emitir dictámenes previos a la petición de autorización judicial instada por la autoridad gubernativa en expedientes sobre expulsión de extranjeros.

**TEORIA Y PRACTICA EN LA APLICACION
DE LOS ARTICULOS 642-644 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO
CRIMINAL A LOS JUICIOS DE FALTAS COMO EFECTO
DE LA VIGENCIA PARA LOS MISMOS
DEL PRINCIPIO ACUSATORIO**

Consulta núm. 6/87, de 17 de diciembre

I

A) La Consulta se desenvuelve en el área de los juicios de faltas, y, en particular, trata de una práctica generalmente observada por los Jueces de Distrito del territorio autonómico, consistente en que, cuando el Fiscal ha solicitado la absolución, requieren al denunciante por si quiere sostener la acción penal; sólo en el caso de respuesta afirmativa entienden que es posible dictar sentencia condenatoria, pues al mantenerse acusación no se conculca el principio acusatorio, exigible también en los juicios de faltas. Estos son, estrictamente, los hechos.

B) Tal proceder, en opinión del Fiscal que consulta, supone una extensión analógica del artículo 642 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, situado dentro del proceso por delitos, que prevé, para el caso de que el Ministerio Fiscal haya solicitado el sobreseimiento y no haya querellante, un llamamiento a los interesados en el ejercicio de la acción a fin de que puedan comparecer para defenderla. ¿Es posible, dice, esa aplicación analógica? El artículo 7.º del Decreto de 21 de noviembre de 1952 expresa que en los juicios de faltas se observarán «las prescripciones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en cuanto sean aplicables». Aceptando que ante una eventual falta de acusación del Ministerio Fiscal pueda el Juez ofrecer a los interesados el ejercicio de la acción penal, es necesario establecer cuál sería el modo de hacer efectivo el ofrecimiento: si bastará con preguntar al denunciante, ya sea al comienzo del juicio o una vez solicitada la absolución por el Ministerio Fiscal, si mantiene su acción, o si, por el contrario, serán precisas otras formalidades de mayor entidad. Surgen así estas dos cuestiones. ¿Es suficiente con que el perjudicado haya manifestado su interés en ser parte para que permanezca el principio acusatorio, tras la petición de absolución por parte del Ministerio Fiscal? ¿O, por el contrario, es indispensable que el denunciante haya comparecido como querellante o asistido de profesionales para tenerle por comparecido y parte procesal con capacidad de fundamentar una pretensión acusatoria enfrentada a la absolución del Ministerio Fiscal? Sobre este tema se hacen en la Consulta estas observaciones:

1. Ciertamente que el artículo 7 del Decreto de 21 de noviembre de 1952 señala que «el Juez, en su caso, preguntará al denunciante si se muestra parte en el proceso», pero no aclara si, en caso afirmativo, deberá valerse de profesionales para ejercitar la acusación. La presencia de estos profesionales no es preceptiva en los juicios de faltas, pero el propio artículo 7.º citado lo insinúa cuando habla de posibilidad de querrela, aunque sin firma de Abogado y Procurador, así como de la proposición en juicio de pruebas por el querellante y «el denunciante si se mostrare parte». De hecho, el Abogado asiste en muchas ocasiones a estos juicios llevando los intereses de las partes. Analógicamente el artículo 642 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal habla de «comparecer» para sostener la acción penal, sin que, por razón de delito, sea imaginable una comparecencia que no lo sea por conducto de profesionales.

2. Pero como el juicio de faltas ofrece una mayor simplicidad y agilidad, cabría pensar que es bastante con que el denunciante manifieste su interés por ser parte en el proceso, idea a la que contribuye la dificultad de que, en principio, en estos juicios no siempre son claras las posiciones de ofensor y ofendido, por lo que recíprocamente pueden mostrarse partes, bien que el artículo 7.º del Decreto de 1952 reserve tal posibilidad al denunciante. Sin embargo, resulta claro del artículo 969 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que, tras la prueba, las alegaciones verbales en apoyo de las respectivas pretensiones, quedan reservadas «primero al Ministerio Fiscal si asistiere, después al querellante particular y por último al acusado»; es decir, que el denunciante como tal no cuenta con posibilidad de mantener y alegar sus argumentaciones ni defender su pretensión, por lo que difícilmente puede ser considerado como parte procesal con capacidad para sostener la acción penal.

3. El artículo 973 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal expresa que el Juez apreciará las «razones expuestas por el Fiscal y por *las demás partes* o sus defensores y lo manifestado por los propios acusados»; es de notar que tal frase se refiere exclusivamente al ámbito probatorio, puesto que se enmarca en la apreciación, según conciencia, de las pruebas practicadas, y de entenderse que la parte informa sin defensor, existe contradicción con el artículo 969 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Pero esta posible contradicción fue subsanada por el artículo 7.º del Decreto de 1952, cuando afirma que en apoyo de sus respectivas pretensiones hablará primero el Ministerio Fiscal si asistiere y después el querellante particular o el denunciante. Según esto, podría bastar para mantener el principio acusatorio, con que el denunciante manifestara su interés por ser parte y que solicitara pena, fundamentando la misma en sus alegaciones, pero el denunciante no tiene por qué ser un técnico en el Derecho, por lo que difícilmente podrá arbitrar por sí solo una petición coherente, ya sea para tipificar el hecho o para argumentar su prueba.

4. El Tribunal Constitucional en sentencia 54/1985, de 18 de abril, dice que el Juez en el caso de ausencia de acusación, si se discrepa de ella, ha de utilizar el trámite dispuesto en el artículo 644 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y la vía del artículo 733 cuando crea que procede superior sanción, todo ello para salvaguardar el principio acusatorio que rige también en los juicios de faltas. Esta necesidad de acusación se reitera en la sentencia 104/1985, de 4 de octubre. Así, pues, el Tribunal Constitucional parece que sugiere que el Juez haga uso del artículo 644 más que del 642 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y acuda al superior jerárquico del Fiscal si no está conforme con su petición de absolu-

ción; esto llevaría consigo la inmediata suspensión del juicio de faltas para elevar consulta, que en caso de que fuere confirmatoria del criterio sustentado por el Fiscal inferior en el juicio, impediría la sentencia condenatoria, por quebrantarse, en otro caso, el principio acusatorio.

5. En resumen, ante una petición de absolución por parte del Ministerio Fiscal, para que el Juez de Distrito pueda dictar sentencia condenatoria sin vulnerar el principio acusatorio, son posibles alguna o algunas de las siguientes soluciones:

a) Preguntar al denunciante si se mantiene como parte o si sostiene la acusación y que se manifieste en sentido afirmativo. Una variante de esta solución es que el denunciante concrete la falta que considere cometida en virtud del principio de legalidad y así lo fundamente.

b) El denunciante debe haber comparecido con profesionales del Derecho que mantengan la acusación.

c) Hacer uso previo el Juez del artículo 644 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y que el superior jerárquico del Fiscal ordene sostener la acusación.

d) Aplicar el Juez, por analogía, el artículo 642 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y suspender el juicio si el denunciante no está representado con arreglo al artículo 109 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal a fin de que pueda comparecer debidamente en juicio con tal asistencia y ejercitar la acción penal con arreglo al artículo 101 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

II

A) En el sistema construido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el procedimiento ordinario por delitos, el Ministerio Fiscal, tras la conclusión del sumario, decide sobre la alternativa apertura del juicio-sobreseimiento, y opta por el acto procesal imperativo de la apertura cuando estime que no están justificados cualesquiera de los elementos esenciales de un determinado tipo de injusto. Mas esa decisión no es incondicionadamente vinculante para el Tribunal que, con los mismos datos probatorios acumulados durante la instrucción, puede entender que la acción deberá continuar desplegando su eficacia hasta el juicio oral, a fin de poder constatar en él la totalidad de las diligencias practicadas. Esta fórmula, revisora, en definitiva, de la actuación del Ministerio Fiscal, halla su máxima expresión en los artículos 642-644 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. El primero faculta al Tribunal, cuando considere improcedente la petición de sobreseimiento para hacer un llamamiento a los interesados en la acción que no se hubieren mostrado parte, con la finalidad de que puedan ejercitarla dentro del plazo prudencial que se determine. y si el resultado fuere negativo, todavía antes de acordar el sobreseimiento, permite el artículo 644 al órgano judicial consultar al Fiscal superior del que emitió el dictamen sobre si procede, en lugar del sobreseimiento, formular acusación. Si se resuelve en el primero de los sentidos, la acción penal queda ya en estado de suspensión, archivándose el sumario. Si en el segundo, salvo un supuesto excepcional, no podrá prescindirse de la apertura del juicio oral (art. 645 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

La extensión del principio recogido en los artículos 642-644 a los procedimientos de urgencia introducidos por la Ley de 8 de abril de 1967 (tanto a los que son competencia de la Audiencia Provincial como los atribuidos a los Juzgados de Instrucción) fue materia propia de las Consultas de esta Fiscalía, 2/1969, de

4 de marzo, y 5/1971, de 29 de mayo; y aunque se conocía en ellas que en la ordenación de estos tipos de procedimiento no aparecen preceptos análogos a los consignados en los artículos 642-644, se resolvió en sentido positivo. De un lado, porque la institución de referencia representa una garantía para el ejercicio de su derecho por los perjudicados ante eventuales desviaciones del estricto principio acusatorio. Y de otro, porque son supletorias en los procedimientos de urgencia, las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal como se deduce del artículo 780, párrafo primero, al afirmar que estos procedimientos «se acomodarán a las normas comunes de esta Ley, con las modificaciones consignadas en el presente título». Y es evidente que las modificaciones no alcanzaron a los artículos 642-644.

Para el procedimiento de la Ley Orgánica 10/1980, de 11 de noviembre, también rige con carácter supletorio la Ley de Enjuiciamiento Criminal (disposición final 1.^a), y está previsto en ella (art. 6.1) que el Ministerio Fiscal, una vez recibidas las diligencias, pueda optar por el archivo en vez de formular escrito de acusación; si hay acusación particular personada (art. 5.1, párrafo segundo) ésta presentará escrito de acusación y se procederá de inmediato a la celebración del juicio (art. 7.1). En el caso de que no estén personados los perjudicados, la ley guarda silencio, pero nada se opone a que el Juez, discrepante con la solicitud de archivo, haga un llamamiento a aquéllos, y con mayor razón si anotamos que el hecho de no haberse ofrecido el procedimiento al perjudicado no paraliza las actuaciones (art. 5.1, párrafo tercero).

B) En la Consulta se cuestiona no tanto la aplicabilidad de los artículos 642-644 a los juicios de faltas como el modo en que los interesados en el ejercicio de la acción podrán mostrarse parte. Los Jueces de Distrito de aquel territorio, en todos los supuestos en que el Ministerio Fiscal pide la absolución, requieren al denunciante-perjudicado que no se ha mostrado parte, para que mantenga su acción. Reconocida la facultad del órgano jurisdiccional, no son, sin embargo, pacíficas las formalidades a observar por los destinatarios que acuden al llamamiento.

Evidentemente, se trata de un tema nuevo, que surge con motivo del radical y expreso giro dado por la jurisprudencia constitucional a algunos de los principios inspiradores de los juicios de faltas. Los artículos 642-644 al estar insertos en la esfera del principio acusatorio, que requiere concretas pretensiones de las partes (*nemo iudex sine actore, ne procedat iudex ex officio*), se hallan en contradicción con el inquisitivo, en cuanto éste parte de la concentración de todos los poderes en el Juez, por lo que puede tanto iniciar el juicio sin acusación previa como decidir de modo no congruente con las peticiones de las acusaciones pública y particular. Conforme a él, el Juez investiga, defiende, acusa y decide:

1. La regulación que del juicio de faltas se hace en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al adaptarse al principio inquisitivo, no se conforma con el ordenamiento fundamental vigente. Pero este principio, que ahora se proscribe, tuvo una cierta justificación. Como recuerda el Tribunal Constitucional (básicamente la sentencia 54/1985, de 18 de abril, fundamento jurídico 4), la jurisprudencia de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo, sobre todo la anterior a la reforma de la Justicia Municipal de 1944, entendía que el juicio de faltas no se regía por el principio acusatorio que la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece como medio cardinal en la persecución de los delitos, sino que su contenido era propio del sistema inquisitivo. Existían dos tipos de razones. Que el artículo 969 mandaba observar las prescripciones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en cuanto

fueran aplicables a los juicios de faltas, con cuya salvedad se reconocía la imposibilidad de otorgar las mismas garantías que las marcadas para la persecución de los delitos en sus artículos 299 a 749. Y en segundo lugar, porque la condición de los órganos encargados de administrar la Justicia municipal (constituidos fundamentalmente por Jueces y Fiscales legos) tenía que remediarse otorgando tanto a los Jueces Municipales como a los Jueces de Instrucción que actuaban en apelación, plenitud de jurisdicción; los Jueces Municipales actúan inquisitoriamente, al poder iniciar el juicio oral sin previa acusación, continuarlo, decidir sin la presencia del denunciado y con libertad para calificar la falta cometida sin estar vinculado por las acusaciones pública o privada; a los Jueces de Instrucción se les concedía la posibilidad de enmendar libremente, por impulso propio, tanto la apreciación de las pruebas como los errores de derecho en que pudiera haber incurrido el Juez *a quo*, aunque ello supusiera una agravación en la tipicidad y punición de la falta sometida a su conocimiento o la imposición de una condena por falta sin previa acusación.

2. Pero ya es una exigencia constitucional la aplicación al juicio de faltas del principio acusatorio, dado que el principio inquisitivo se compadece muy mal con la dignidad del hombre y con un sistema de derechos fundamentales y libertades públicas (sentencia del Tribunal Constitución de 12 de noviembre de 1986, fundamento jurídico 1), y además constituye una lesión contra el derecho a no ser condenado ni juzgado sin acusación previa (sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de julio de 1985, fundamento jurídico 2), toda vez que un proceso con todas las garantías, en el sentido del artículo 24 de la Constitución, requiere que exista una acusación dentro del peculiar sistema procesal penal (sentencia del Tribunal Constitucional de 4 de octubre de 1985, fundamental jurídico 4).

Reducido a síntesis, el sistema acusatorio consiste en prohibir que el Juez actúe sucesivamente como acusador y juzgador, en reservar la acusación a las partes del proceso y en impedir que nadie pueda ser condenado sin haber sido acusado. El tránsito desde la concepción de un juicio de faltas dominado por el sistema inquisitivo de nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal al juicio de faltas ajustado estrictamente al principio acusatorio, está claramente justificado por el Tribunal Constitucional (sentencia 54/1985, de 18 de abril, fundamento jurídico 5) en base a que el conocimiento de la mayor parte de las faltas se atribuye a Cuerpos técnicos, por lo que no tiene razón de ser y resultan innecesarias las facultades otorgadas al Juez de instancia de actuar sin acusación previa, o fuera de ella rebasándola, ni tampoco las garantías reforzadas y libérrimas de supervisión del Juez de apelación; además, es que con tales alegaciones se viene a confundir el principio de impulso procesal (aplicado para llamar a las partes a la celebración rápida del juicio oral) con el principio inquisitivo (la persecución supone un derecho incondicionado del Juez sin necesidad de acusación), no procediendo, sin embargo, esa interpretación extensiva y perjudicial, toda vez que en el juicio oral de faltas el Fiscal ha de intervenir, actuando la acción penal, si procede, en defensa de los intereses públicos.

3. Las consecuencias más importantes que se obtienen del reconocimiento y aceptación del principio acusatorio para la tramitación de los juicios de faltas son las siguientes:

a) En primer lugar, la aplicación por analogía del artículo 733 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que limita y corrige el sistema acusatorio, permitiendo al Juez imponer sanciones que rebasen las pedidas por las partes acusadoras

(efecto reconocido en la sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de abril de 1985).

b) En segundo lugar, y ahora para preservar el principio acusatorio, la prohibición de aceptar la *reformatio in peius*, regla conforme a la cual el Juez que conoce de la alzada no puede, de oficio, agravar o empeorar la situación del recurrente (aplicada al juicio de faltas, entre otras, por las sentencias del Tribunal Constitucional de 29 de abril de 1986 y 11 de febrero de 1987).

c) Y, por último, la que forma el objeto principal de la Consulta, de la extensión de los artículos 642-644 al juicio de faltas, acogida también por la jurisprudencia constitucional (sentencias de 18 de abril de 1985 y 17 de julio de 1985), en las que se ordena su aplicación no obstante las diferencias técnicas que existen en los trámites inspiradores del proceso por delitos y el juicio de faltas, ya que en éste rige en toda su pureza el principio de concentración o de unidad de acto, lo que implica la no existencia de sumario ni de fase intermedia —momento en el que realmente se desenvuelven los artículos 642-644—, pues tanto del artículo 962 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal como del Decreto de 21 de noviembre de 1952 (art. 2) se desprende que las diligencias preliminares que puedan practicarse para determinar las características del hecho y los sujetos que han de ser convocados al juicio, carecen de entidad suficiente para considerarlas como investigación previa al juicio verbal, siendo solamente en éste donde se practican las pruebas y se formulan las pretensiones.

III

Ahora bien, en la práctica, ¿cuándo y cómo deberá hacerse uso por los Jueces que entienden del juicio de falta de la facultad concedida por los artículos 642-644, cuando discrepen de la petición de absolucón instada por el Ministerio Fiscal?

A) La primera de las preguntas halla una solución primaria e incompleta en el artículo 642: cuando no haya querellante particular. Pero esta expresión debe interpretarse en sentido amplio, hasta abarcar no sólo la situación de inexistencia de querellante, sino también aquella en que no se hallen personados perjudicados denunciantes sin querella. Así, pues, tanto la querella como la personación sin querella —perfectamente válida conforme a la Consulta de esta Fiscalía 4/1976, de 18 de junio— una vez iniciado el proceso por denuncia excluyen la aplicación del artículo 642. En este lugar nos referimos a la personación que pudo realizarse en procedimientos anteriores al que concluye en juicio de faltas, ya lo fuera en sumario ordinario que terminara en el sentido que establecen los artículos 637.2 y 639 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en sumario de urgencia en el que se resolviera a tenor del artículo 795, párrafo segundo, en diligencias preparatorias conforme al artículo 791, 1 y 2, en diligencias previas (art. 789.2) o en procedimiento oral (art. 5.2, de la Ley 10/1980, de 11 de noviembre). En cualquiera de estos procesos el perjudicado puede haberse mostrado parte después del acto procesal del Juez del ofrecimiento de acciones del artículo 109 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Todos ellos son actos de personación espontáneos con los que se ejercita la acción penal, y anteriores, por supuesto a la convocatoria para el juicio de faltas, que invisten al perjudicado de la cualidad de parte.

El querellante es, pues, parte; quien una vez iniciado el proceso se persona también lo es, y, en consecuencia, los titulares de esas condiciones procesales,

en el acto del juicio de faltas pueden pedir penas, proposición y práctica de pruebas, hacer uso de la palabra después del Ministerio Fiscal para adherirse a sus peticiones, modificarlas o rectificarlas totalmente.

¿Pero es parte el denunciante por el simple hecho de haber formulado denuncia? Si se aceptara el criterio afirmativo, al denunciante que comparece en el juicio de faltas no resulta de aplicación el artículo 642 porque se le reconocen las mismas facultades que al querellante o al perjudicado formalmente personado. El artículo 969 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en su literalidad viene a considerar parte al denunciante en cuanto expresa que durante el juicio «se practicarán las pruebas que propongan el querellante, *denunciador*, y Fiscal..., siempre que el Juez las considere admisibles». Aquí el denunciante se halla en la misma línea procesal de los titulares ciertos de la cualidad formal de parte: el querellante y el Ministerio Fiscal. De ahí que atendiendo al artículo 969 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal la jurisprudencia del Tribunal Supremo declara que desde el momento en que se otorgaba al denunciador el derecho de proponer pruebas es que se le considera y admite como parte en el juicio. Pero la jurisprudencia constitucional ha llegado a más. En la sentencia de 17 de julio de 1985 (fundamento jurídico 3, párrafo segundo), ante el hecho de constar en el acta del juicio oral que el denunciante, ofendido por injurias escritas y con publicidad, no compareció, se afirma que «no por ello perdió la condición de parte que en este tipo de procesos tiene el denunciante (como se desprende, entre otros, del art. 4.1 de la Ley 62/1978, y del art. 969 de la Tribunal Constitucional, que permite la práctica de pruebas propuestas por el “denunciador”), lo que permitió apelar de la sentencia». Estas apreciaciones no son del todo exactas. De un lado, porque la norma citada de la Ley 62/1978, sólo dice que basta la denuncia de la persona agraviada para iniciar los procesos por delitos de injurias y calumnias del artículo 463 del Código penal (las inferidas por escrito y con publicidad), pero en modo alguno se establece en el precepto que la denuncia sea hábil para constituir al denunciante en parte. Y de otro, también en contra de la configuración como parte al mero denunciante, proceden estas matizaciones. La primera es que el mismo artículo 969 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en su penúltimo inciso, referido a la última fase del juicio verbal de faltas, expresa que «expondrán de palabra las partes lo que crean conveniente en apoyo de sus respectivas pretensiones, hablando primero el Ministerio Fiscal, si asistiere; después el querellante particular y, por último, el acusado»; no se menciona entre las partes al denunciante. Y la segunda matización, que el artículo 7 del Decreto de 21 de noviembre de 1952 —que desarrolló la base 10 de la Ley de 19 de julio de 1944, sobre normas procesales aplicables a la Justicia Municipal— parece haber resuelto las dudas de la legislación anterior sobre si el denunciante es o no parte, al disponer que en el juicio «se practicarán las demás pruebas que propongan el querellante, el denunciante si se mostrare parte y el Fiscal»; y después el mismo artículo dice que «el Juez, en su caso, preguntará al denunciante si se muestra parte en el proceso». Así, el estricto denunciante no es parte en el juicio de faltas. Tampoco, aunque en él concurra la cualidad de perjudicado.

B) El otro tema cuestionable que nos presentaba el artículo 642 es el relativo a cómo y a quién deberá hacerse el llamamiento encaminado al eventual mantenimiento de la acción penal. En la Consulta, cuyo contenido analizamos, y con fundamento en la interpretación de la sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de abril de 1985, se concluye que el Tribunal Constitucional parece que sugiere

que el Juez haga uso del artículo 644 más que del 642, y acudir al superior jerárquico del Fiscal si no está conforme con la absolución por falta de acusación. Entendemos que esta solución no es posible, pues no puede acudirse al artículo 644 directa o primariamente, sino que al ser subsidiario del artículo 642, sólo habrá lugar a desencadenar sus efectos cuando los interesados en la acción penal no han comparecido a defenderla mostrándose parte. Por lo demás, el Tribunal Constitucional no afirma que constituya una facultad del Juez el acudir al artículo 642 o al 644 y que preferentemente deba pronunciarse por esta última. La citada sentencia de 18 de abril de 1985, lo que dice (fundamento jurídico 5) es que el Ministerio Fiscal ha de actuar en el juicio de faltas la acción penal si procede, otorgando efectividad al principio acusatorio, en el que la facultad de juzgar depende de que el Fiscal o el acusador privado promuevan la acción de la justicia, por lo que si su petición es la de solicitar el castigo de la falta, el Juez debe atenderla o rechazarla, y en caso de discrepancia, *por ausencia de acusación*, utilizar el trámite dispuesto en el artículo 644. Pero como en el giro subrayado, ausencia de acusación, debe incluirse tanto la pública como la particular, no está excluido el trámite previo del artículo 642. Y esto mismo es lo que se advierte en la sentencia, también del Tribunal Constitucional, de 17 de julio de 1985 (fundamento jurídico 3, párrafo último) cuando anota que «el juzgador al comprobar la no personación del denunciante y la no acusación del Fiscal, debió parar el curso del proceso y ofrecer la acusación al ofendido denunciante».

C) Prescindamos ahora de las personaciones en otros procesos penales que puedan haber precedido al concreto juicio de faltas. Durante la celebración de éste, el Juez, antes de oír al acusado y los testigos y antes también de la práctica de las pruebas, «preguntará al denunciante si se muestra parte en el proceso» (art. 7 del Decreto de 21 de noviembre de 1952). Y después de concluidos aquellos actos expondrán de palabra el Ministerio Fiscal y las demás partes lo que crean conveniente en apoyo de sus pretensiones. El denunciante comparecido puede mostrarse parte (arts. 109, 110 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Si no ha comparecido al acto del juicio o habiéndolo hecho no se ha mostrado parte, después y ante la petición de absolución del Ministerio Fiscal, el Juez puede acudir al expediente del artículo 642 y conceder un plazo para que acuda a defender su acción mostrándose parte. Sólo ante la incomparecencia podrá utilizarse la fórmula del artículo 644.

Pues bien, si al tiempo del llamamiento del artículo 642 decide el perjudicado mostrarse parte, ¿cómo debe hacerse la declaración constitutiva de parte? Formalmente, ¿cómo se transforma la condición de denunciante-perjudicado en la de parte procesal? Desde luego, debe excluirse como indispensable la querrela, aun admitiendo que son requeridas para los juicios de faltas menos formalidades, pues, según el artículo 7 del Decreto de 21 de noviembre de 1952, no necesita firma de Abogado ni de Procurador. Si la querrela en los juicios de faltas es eficaz sin que concurren todos los requisitos del artículo 277 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, para el hecho de mostrarse parte sin necesidad de querrela —previsto expresamente para determinados delitos en el artículo 783, párrafo segundo, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal— bastarán también un mínimo de formalidades. ¿Pero formalidades propias o por escrito a través de representación técnica?, ¿mediante escrito dirigido al Juez en el que el perjudicado manifieste su voluntad de personarse?, ¿o basta la forma oral o simple afirmación de mos-

trarse parte y desear la imposición de las correspondientes sanciones para el acusado? Nos referimos aquí siempre al denunciante-perjudicado.

La asistencia técnica para mostrarse parte resulta enteramente potestativa, como lo es la presentación de querrela con todas las formalidades del artículo 277 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pues ya la anterior Ley Orgánica del Poder Judicial no quería la intervención de Abogado y Procurador en estos juicios (artículo 856.5), pero sin excluir su actuación como auxiliares de los interesados (artículo 858). Dada la simplicidad que ofrece el juicio de faltas y los principios a que responde, de oralidad y concentración en el acto del juicio, no parecen necesarias expresas formalidades propias para mostrarse parte.

Cuestión distinta al acto de mostrarse parte —ya sea por la vía normal o por la excepcional del artículo 642— es la que surge en un momento posterior y que tiene por objeto fundamentar una pretensión acusatoria que se enfrente a la absolución pedida por el Ministerio Fiscal. Indudablemente, y en teoría, capacidad para ello sólo la tendrán los profesionales del Derecho. Pensamos, sin embargo, que la presencia de éstos tampoco en el trámite paralelo del artículo 642 es imprescindible. Sobre todo porque entre el llamamiento a los interesados en la acción que acudan a él y la continuación del juicio de faltas mediará un plazo razonable que permitirá estudiar la materia objeto del juicio, pues ante la petición de absolución que haga el Fiscal, el Juez, para iniciar los trámites del artículo 642 suspenderá el acto. La sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de julio de 1985 dice que el Juez, al comprobar que el denunciante no está personado y la falta de acusación del Ministerio Fiscal, «debió parar el curso del proceso» y ofrecer la acusación al ofendido denunciante. No se especifica si ese «parar el curso del proceso» se concreta en una verdadera suspensión o en una simple interrupción. El caso del artículo 644 se trata claramente de una suspensión. En la hipótesis del artículo 642 cuanto estemos en un proceso por delitos también, porque se concede para que comparezcan los interesados «un término prudencial», y cuando aquéllos fueren desconocidos se los llamará por edictos (art. 643). ¿Y en los juicios de faltas? Salvando las diferencias, el «término prudencial», que marcará el momento preclusivo hasta el que puede adquirirse la condición de parte, no deberá fijarse en espacios breves de tiempo porque la personación, si se hace formalmente, y la documentación y preparación del ejercicio de la acción son incompatibles con la mera interrupción en la celebración del juicio de faltas.

En definitiva, tanto para la personación en el juicio de faltas del denunciante-perjudicado como para la defensa de su acción en vía del artículo 642 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se requiere un mínimo de formalidades; ello significa que en uno y otro acto procesal podrá actuar directa y personalmente, y que al perjudicado que de este modo ejercite sus derechos no se le exigirá la misma concreción típica de los hechos que el Ministerio Fiscal, sino que bastará su manifestación expresa de que, como parte, desea la imposición de la sanción procedente al denunciado sin mayores especificaciones.

Instrucción núm. 6/1987, de 23 de noviembre

El Ministerio Fiscal, según el artículo 3, números 6 y 7, de su Estatuto Orgánico, debe «tomar parte en defensa de la legalidad del interés público o social en los procesos relativos al estado civil y en los demás que establezca la ley» y «asumir, o en su caso, promover, la representación y defensa en juicio y fuera de él, de quienes, por caracer de capacidad de obrar o de representación legal, no puedan actuar por sí mismos, así como promover la constitución de los organismos tutelares, que las leyes civiles establezcan y formar parte de aquellos otros que tengan por objeto la protección y defensa de menores y desvalidos».

En relación con las anteriores normas del Estatuto, quiero ahora dirigirme a los Fiscales con el fin de darles unas instrucciones sobre un problema de gran trascendencia humana, y sobre el que tiene una gran responsabilidad el Ministerio Fiscal; se trata de los internamientos de presuntos incapaces, y de control necesario sobre los mismos, para que se ajusten a la legalidad, así como para evitar, que se prolonguen indefinidamente en el tiempo cuando ya no son necesarios.

Sobre esta cuestión se publicó por la Fiscalía General del Estado la Circular número 2/1984, que resolvía los principales problemas que se podían plantear. No se abordó, sin embargo, en la misma, el ámbito de aplicación temporal de la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma del Código civil en materia de incapacitación y tutelas, es decir, no se resolvió la cuestión de si era necesario legalizar o no la situación de los internados antes de la entrada en vigor de esa Ley; aunque sí se recogieron en la Memoria de 1985, en la página 214, las opiniones doctrinales de las Fiscalías sobre esta materia.

Pero el ámbito de preocupación de los Fiscales no se debe extender sólo a estos internamientos involuntarios, que no tienen su causa en un proceso penal, sino también a los internamientos en establecimientos psiquiátricos penitenciarios, de los presos preventivos, a los internamientos realizados al amparo de lo dispuesto en los artículos 8, números 1 y 3, y 9, número 1, del Código penal, y a los internamientos de los condenados, que no se les ha apreciado ninguna eximente, ni circunstancia atenuante, y que, sin embargo, con posterioridad a la condena, aparece en ellos una enfermedad mental.

Hay que ser conscientes de que el artículo 4, número 2, del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, permite a éste «visitar en cualquier momento los centros o establecimientos de detención, penitenciarios o de internamiento de cualquier clase de su respectivo territorio, examinar los expedientes de los internos y recabar cuanta información estime conveniente».

Teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto, y dada la responsabilidad que tiene el Ministerio Fiscal, en la defensa de estas personas más necesitadas de ayuda, interés de todos los Fiscales:

1. Que se dé cumplida observancia a la Circular 2/84, de esta Fiscalía General.
2. Que, por lo menos, cada seis meses se revisen los internamientos de las personas ingresadas en establecimientos psiquiátricos, cualquiera que sea su denominación, tanto con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 13/1983, como los ingresados al amparo de la legislación anterior, según ordena el artículo 211 del Código civil.
3. Que se realicen periódicas visitas, a los establecimientos públicos y privados, que tengan internados, enfermos psiquiátricos, revisando sus expedientes, con el fin de evitar posibles ingresos indebidos.
4. Que se haga un especial seguimiento mediante la apertura de fichas individuales de las personas ingresadas en los establecimientos psiquiátricos penitenciarios por causas tramitadas en el territorio de cada Fiscalía, con el fin de evitar la permanencia en estos establecimientos, de personas que pudieran reintegrarse a la sociedad, de acuerdo con lo dispuestos en los artículos 8, números 1 y 3, y 9, número 1, del Código penal. Cada seis meses se elevará por cada Fiscalía a la Fiscalía General del Estado una relación de personas ingresadas en estos Centros y las circunstancias que aconsejen su permanencia en los mismos.

POSICION JURIDICA DEL MINISTERIO FISCAL ANTE DETERMINADOS ACTOS PERTURBADORES DEL ORDEN EN VIAS PUBLICAS Y ESPECTACULOS DEPORTIVOS

Instrucción núm. 7/87, de 24 de noviembre

I

Son contrarias a toda convivencia democrática las recientes actitudes violentas que han alterado tan gravemente la paz y tranquilidad ciudadanas, y no sólo en las vías públicas de grandes ciudades, sino también en determinados recintos deportivos. Se trata siempre de actos insolidarios causantes de graves disturbios que deben ser objeto de una adecuada respuesta por la Justicia, y, sobre todo, de una especial atención e intervención del Ministerio Fiscal, en cuanto constituyen un ejercicio abusivo de derechos que reconoce y garantiza la Constitución que se enmarca claramente en el radio de la estricta antijuricidad penal.

Este desprecio y vulneración de los derechos de los demás ha tenido su desenvolvimiento de modo principal durante la celebración de manifestaciones autorizadas aprovechadas por desaprensivos para provocar atentados a la integridad personal, a los bienes y, sobre todo, desórdenes materiales que han llegado a producir gigantescos colapsos circulatorios originadores de innumerables perjuicios y molestias de gran magnitud que han inhabilitado a muchos ciudadanos no sólo para el ejercicio legítimo de sus derechos, sino también, y de modo principal, para el cumplimiento de sus deberes profesionales. Estos comportamientos colectivos, que ya no son aislados, en un Estado que recuperó hace tiempo sus libertades, consolidadas ya en nuestra sociedad pluralista, son absolutamente rechazables.

Pero la proyección de conductas de máxima incivilidad y el clima de violencia está llegando a los espacios acotados especialmente para la práctica de deportes, y, sobre todo, a los campos de fútbol. No se trata ya de la simple agresión verbal a jugadores y árbitros, que casi se conforma con las normas de cultura deportiva, sino de graves actos de violencia física provenientes de espectadores irascibles, cuyo control resulta muy difícil, y que desde hace algún tiempo están desbordando los límites indicadores del tránsito de lo tolerado en el área del apasionamiento deportivo, al de la ilicitud penal. No es necesario esperar la producción de actos de salvajismo tribal y de barbarie inusitada, como los que concluyeron en la conocida tragedia del estadio Heysel, de Bruselas, en 1985, con ocasión del partido de fútbol entre el Liverpool y la Juventus, de Turín, para denunciar y perseguir los ataques personales, los desmanes y desórdenes de todo

tipo en los espectáculos deportivos de masas. En modo alguno se atenúa la gravedad de los hechos acaecidos en nuestro territorio porque la escalada de la violencia haya llegado también a otros países con estructuras sociales y políticas semejantes al nuestro. Ni tampoco porque los organismos deportivos competentes estén tomando severas medidas sancionadoras, que, por lo demás, repercuten gravemente en la economía y, en todo caso, en el crédito de los clubs titulares de los estadios en que los incidentes tienen lugar, que así resultan responsables objetivos, al ser, normalmente, ajenos a una violencia anónima que ni promueven, estimulan o toleran, sino que expresamente proscriben sus directivos en continuas llamadas a los aficionados y de modo especial a sus socios.

II

Conocemos que la autoridad gubernativa ha adoptado especiales medidas para el futuro a fin de poner límites a las manifestaciones que pretendan celebrarse en las grandes arterias de las ciudades cuando sea previsible una alteración del orden público, y que ella misma y el Consejo Superior de Deportes han analizado las posibles respuestas a la violencia en el deporte, tanto en los espacios destinados a su práctica como en las gradas y en las inmediaciones de los mismos. Tales medidas, situadas en el plano de la prevención, se complementan por parte de la Fiscalía General del Estado con algunas instrucciones cuyo fin es recordar al Ministerio Fiscal las abstractas tipicidades de hechos como los anteriormente descritos a fin de que, llegado el momento de su calificación jurídica, el criterio interpretativo sea uniforme.

A) El derecho a manifestarse pacíficamente tiene naturaleza constitucional (artículo 21.1 de la Constitución) y, en consecuencia, goza de protección penal el ejercicio de la libertad de manifestación. De ahí que el artículo 166 del Código penal, en formulación general, establezca penas para quienes impidieren u obstaculizaren el legítimo ejercicio de la libertad de reunión o perturbaren el curso de una reunión o manifestación lícita, y que el artículo 195, párrafo segundo, prevea también sanciones privativas de libertad, de derechos y pecuniarias para la autoridad o sus agentes que emplearen amenazas o coacciones para coartar el libre ejercicio del derecho de reunión. Siendo, además, un deber de la autoridad gubernativa el proteger las reuniones y manifestaciones frente a quienes tratan de impedir, perturbar o menoscabar el lícito ejercicio de este derecho (artículo 3.2, de la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, reguladora del Derecho común).

Pero también es cierto que un ejercicio abusivo del derecho de manifestación puede desembocar en conducta penalmente ilícita, pues no se trata de un derecho absoluto e ilimitado. Su ejercicio se halla sujeto a limitaciones específicas derivadas de su necesaria coexistencia con el contenido de otros derechos igualmente fundamentales, y el radio en que se desenvuelve es amplio, pero no indefinido, hasta el punto de que el artículo 21.2 de la Constitución contempla supuestos impositivos del nacimiento del derecho a manifestarse, al admitir que la autoridad gubernativa podrá prohibir las reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones cuando existan razones fundadas de alteración del orden público con peligro para personas o bienes; norma que, en su literalidad, está también recogida en el artículo 10 de la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio. Así, even-

tuales comportamientos antijurídicos representan un obstáculo para la originación del derecho al prevalecer sobre él otros de mayor rango como son la tutela de la persona o sus bienes o los valores esenciales para la sociedad, las instituciones o el Estado (el mantenimiento del orden público).

Del exceso en el ejercicio del derecho por vulneración de los límites legales, surge una relación evidente entre Justicia penal y libertad de manifestarse. Mas estos límites, a los que pueden anudarse consecuencias penales una vez adquirido el derecho, tienen carácter excepcional y requieren una exacta concreción típica. Realmente los límites al derecho ya perfecto deben ser de la misma naturaleza que los obstativos al nacimiento del derecho. Por ello aquí nos interesan los que, directa o indirectamente, encajen en típicas conductas de desorden y de provocación al desorden:

1. El artículo 5, apartado b), de la Ley Orgánica de 15 de julio de 1983, permite a la autoridad gubernativa suspender, y, en su caso, disolver las manifestaciones cuando se produzcan alteraciones del orden público con peligro para personas y bienes. Se trata de manifestaciones lícitas *ab initio* o con ilicitud sobrevenida, pues, sobre todo la disolución, es indicativa de que ha comenzado a celebrarse. Dada la analogía de los términos de este artículo 5 b) y de los empleados en el tipo de injusto que define el artículo 169 del Código penal bien puede decirse que éste representa los efectos penales del incumplimiento de la orden de disolución motivada por alteraciones del orden público. Se sancionan en él tanto a los promotores y directivos de manifestaciones que no las disolvieren en el acto a requerimiento de la autoridad o sus agentes, como a los que celebren o intentaren celebrar de nuevo una manifestación prohibida o disuelta. Tiene este tipo penal la particularidad de que también constituye conducta antijurídica (artículo 169, párrafo segundo) el hecho de que los meros asistentes no se retiren de la manifestación tras el requerimiento.

En conclusión, los límites aquí están constituidos por las alteraciones efectivas del orden público con peligro potencial para personas y bienes, consecuencia lógica porque del «buen orden» de las manifestaciones responden y garantizan los organizadores (art. 4.2.º de la Ley Orgánica de 15 de julio de 1983).

2. Como el derecho de manifestación reconocido es el que se ejerce de modo «pacífico y sin armas» (art. 21.1, de la Constitución, y art. 1.1 de la Ley Orgánica de 15 de julio de 1983), se reputan manifestaciones ilícitas aquellas a las que concurren personas con armas, artefactos explosivos u objetos contundentes o de cualquier otro modo peligrosos (art. 167.2.º del Código penal), las cuales serán disueltas por la autoridad gubernativa [art. 5 a), de la Ley Orgánica de 15 de julio de 1983], sin perjuicio de la responsabilidad penal en que incurren los promotores o directores por no impedir las circunstancias determinantes de su ilicitud (art. 167.2, párrafo primero) y los asistentes portadores de armas o instrumentos peligrosos (art. 167.2, párrafo segundo).

Y ahora sólo unas breves anotaciones a este artículo.

Es suficiente cualquier clase de armas —y, por supuesto, no sólo las de fuego—, ya que sus características únicamente influyen en la penalidad (art. 167.2, párrafo último). Basta el porte, sin que se requiera hacer uso de ellas. Los portadores han de ser asistentes a la manifestación, no extraños que puedan sumarse a ellas por otros motivos, para interrumpirla, perturbarla o provocar su disolución.

3. Existen supuestos concursales y agravados que, lógicamente, repercuten en la penalidad de los anteriores delitos:

— Las penas previstas en los artículos 167 y 169 para directivos y asistentes a las manifestaciones se impondrán en el grado máximo o la superior en grado, cuando como consecuencia de la manifestación se produjeran hechos delictivos que tengan asignada pena igual o superior a la de prisión mayor (art. 170 del Código penal).

— Cualquier persona que con ocasión de la celebración de una manifestación realizare actos de violencia contra la autoridad y los agentes, personas o propiedades públicas o privadas, será castigada con la pena correspondiente al delito cometido en su grado máximo (art. 16, párrafo último).

Las personas referidas pueden formar o no parte de la manifestación. No es infrecuente —y existen sujetos desaprensivos que con ello han adquirido notoriedad nacional— que durante el desarrollo de las mismas, incluso cuando la manifestación es permitida, algunos la aprovechen para cometer delitos de lesiones, atentados, desacatos, desórdenes públicos, incendios o daños en las vías públicas, edificios y establecimientos comerciales o de crédito. Si la manifestación fuere ilegal y los autores de los disturbios partícipes de la misma, las penas de la manifestación estarán en concurso real con las del delito o delitos cometidos.

En esta misma línea de excluir el concurso de leyes, se halla el artículo 171 párrafo segundo, en cuanto dispone que las penas de los artículos 167 y 169 se impondrán, en sus respectivos casos, sin perjuicio de las que procedieren por delitos cometidos con ocasión de la manifestación celebrada o intentada.

B) Si la perturbación del orden es noción que puede convertir la manifestación pacífica que discurra por las vías públicas en un acto penalmente ilícito, esa misma alteración del orden puede originar un delito de desórdenes cuando tenga lugar en ciertos espacios de uso común, abiertos o cerrados, y particularmente en los espectáculos públicos, cualidad que concurre en los estadios construidos para la práctica del fútbol.

1. En la estructura de la norma que establece directamente esta modalidad de desórdenes (art. 246 bis), se observa una nota de generalidad a la que habrá de acomodarse la propia individualidad de los hechos a valorar. En ella se manejan dos expresiones esenciales para la aparición de la figura de delito: producir tumulto o turbar gravemente el orden. Al hallarse los términos en situación de alteratividad bastará la producción de cualquiera de ellos: el tumulto o la turbación grave del orden en los espacios destinados a la celebración de espectáculos públicos, en nuestro caso en los campos de fútbol. Y la diferencia entre estos giros es importante, porque así como la perturbación puede ser obra de uno, un acto individual, en el tumulto el sujeto activo es múltiple, procede de una colectividad de personas. Los actos generadores de tumulto son más graves, por cuanto no constituyen falta los tumultos causados en los espectáculos, al contrario de lo que acontece con las perturbaciones del orden. «Turbar gravemente el orden en... espectáculos» es constitutivo de delito en el artículo 246 bis, en tanto que «perturbar levemente el orden en... espectáculos» integra la falta contra el orden público del artículo 569.1.º El elemento a ponderar en trances de señalar la línea divisoria entre delito-falta es marcadamente cuantitativo: la entidad de los desórdenes causados en las gradas. Los graves sólo admiten la calificación de delito. No afecta a la conceptualización de los desórdenes como graves la circunstancia de que sea leve el resultado dañoso producido en personas o bienes al no ser este elemento del tipo, sino que podrá ser apreciado en concurso con el delito de desórdenes.

En el momento en que haya de decidirse sobre la gravedad o levedad de la perturbación del orden no deben ser tenidos en cuenta conceptos *a priori*, al estar condicionados aquellas magnitudes por las circunstancias del hecho dado en cada caso, tales como la extensión alcanzada por los desórdenes atendidas las características del campo de juego, la capacidad del estadio y número de espectadores; la reacción del público y los posibles actos tumultuarios de protesta.

III

En conclusión, ante procedimientos que revistan la naturaleza de los anteriormente aludidos, el Ministerio Fiscal, continuando en vanguardia de la defensa de la legalidad, debe intervenir en ellos directamente a fin de que con una actuación sancionadora inmediata y eficaz pueda darse la réplica justa que la sociedad exige a los provocadores de disturbios en las vías públicas y espectáculos deportivos, y satisfacción legítima y plena a la generalidad de las personas que sólo aspiran a que la tranquilidad y el orden imperen en los lugares en donde trabaja, pasea o, simplemente, se divierte.

**MEDIDAS JUDICIALES TENDENTES A IMPOSIBILITAR
LA HUIDA DE PROCESADOS EN SITUACION
DE LIBERTAD PROVISIONAL**

Instrucción núm. 1/88, de 11 de enero

1. La conciencia social justamente afectada por conductas que han contribuido de modo grave al deterioro de la libertad y la seguridad, reclama para determinados delincuentes el mantenimiento de la situación de prisión provisional incondicional. Mas hã y que reconocer que la prisión provisional obligatoria tiene como ineludible una causa de resolución *ex lego*, manifestada en el transcurso de concretos plazos, y que en la prisión provisional facultativa han de ser coonestados, junto a la entidad de la pena, los principios constitucionales de la limitación de la privación de libertad y de la presunción de no culpabilidad, con lo que ante la antítesis seguridad colectiva-libertad individual, en determinadas circunstancias, ha de prevalecer ésta. Y precisamente porque se trata de conseguir siempre un equilibrio estable entre las situaciones de libertad-prisión de los inculpados, es decisión absolutamente ajustada a la legalidad que el *status* de sujeción que comporta la prisión provisional pueda modificarse o transformarse en libertad, ya lo sea acompañada de garantías patrimoniales o, simplemente, merced a comparecencias con periodicidad variable. Para ello se valora no sólo la gravedad de la pena a solicitar, sino también el tiempo de privación de libertad, pues siendo también principio constitucional el de que los procesos han de desarrollarse sin dilaciones indebidas, si éstas se produjeran, en la alternativa prisión-libertad esta última prima incondicionadamente una vez transcurridos ciertos plazos privados el inculpadado de ella. De este modo puede garantizarse que la prisión preventiva no se extienda más allá del *quantum* de la consecuencia punitiva previsible a cumplir en el futuro, razón por la que la actividad del Ministerio Fiscal, intransigente defensor de la legalidad, debe centrarse en impedir las prisiones provisionales injustificadas y las excedentes del límite legal.

2. Pero el Ministerio Fiscal, al mismo tiempo, debe proveer a que el escrito y efectivo cumplimiento de las penas sea una realidad, cooperando para que quienes se hallen legítimamente en libertad provisional comparezcan en su momento al acto del juicio oral, trámite necesario para el cumplimiento efectivo de la sanción que pueda imponerse. Y, en casos singulares, para procurar el fortalecimiento de la función cautelar o de aseguramiento de la ejecución, instará incluso la revisión de la situación de los procesados en libertad provisional, siempre en el marco de las exigencias legales. Procediendo así, hechos de extraordinaria grave-

dad acaecidos recientemente es difícil que se produzcan en el futuro. Nos referimos a aquellas situaciones legales de libertad provisional —derivadas unas veces de la llegada del *dies ad quem* de la prisión provisional obligatoria, y otras de la flexibilidad que preside las prisiones facultativas— que han permitido a algunos inculcados —siempre personas muy caracterizadas social y políticamente— sustraerse a la acción de la Justicia huyendo clandestinamente del territorio nacional.

Sobre el tema y materias con él relacionadas interesa destacar dos notas: Una es que en la generalidad de estos casos, los Jueces y Tribunales habían interpretado ajustadamente las normas procesales referidas a prisiones y libertades provisionales. Y otra, que las situaciones de libertad que hayan subseguido a la prisión provisional no gozan de estabilidad y permanencia. La nueva conversión, antes de la conclusión del proceso, de la libertad en prisión provisional está autorizada por el artículo 539 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal al reconocer en él que los autos de libertad provisional sean reformables de oficio o a instancia de parte durante todo el curso de la causa, y en su consecuencia el procesado podrá ser preso y puesto en libertad cuantas veces sea procedente. Toda libertad acordada está sujeta a la regla *rebus sic stantibus*, modificable, pues, según las circunstancias concurrentes en cada momento de la instrucción. Esta interpretación no ofrece duda alguna para los casos en que los plazos máximos del artículo 504 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no se hayan extinguido. En el supuesto contrario, esto es cuando la libertad tenga su causa en el agotamiento del plazo máximo que garantiza el artículo 17.4 de la Constitución, ¿subsiste la posibilidad de acordar otra vez la prisión provisional? Lo que está claro es que llegado a su término el plazo máximo, procede la excarcelación automática, y no condicionada siquiera por la imposición de una fianza, ya que el artículo 504 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal fija imperativamente el deber de la puesta en libertad transcurridos los plazos legales (sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de diciembre de 1984). Se trata de un derecho del imputado sin límites actuales. Mas esos plazos previstos para la prisión provisional pueden superarse si después de la excarcelación la conducta del inculcado aún no juzgado, es subsumible en alguna causa legal que expresamente lo prevea. Esta posibilidad se recoge en la Instrucción de esta Fiscalía 1/1983, de 6 de mayo, para las hipótesis en que decretada la libertad el inculcado no compareciere a los llamamientos judiciales, haciéndose imprescindible un nuevo auto de prisión, y ello incluso cuando los plazos máximos de permanencia en situación de prisión provisional estuvieren ya cumplidos, pues cualquier otra interpretación llevaría al absurdo de que la causa quedaría indefinidamente paralizada cuando el inculcado que se encontrare en estas circunstancias decidiese su incomparecencia ante los Juzgados y Tribunales. En apoyo de esta interpretación está el artículo 504, párrafo último, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal al establecer que concedida la libertad por transcurso de los plazos máximos previstos para la prisión provisional, será también de aplicación lo dispuesto en el párrafo primero de este artículo; y éste, a su vez, dispone que procede la prisión provisional cuando concurren la primera y tercera circunstancias del artículo 503 y el inculcado no hubiera comparecido sin motivo legítimo al primer llamamiento del Juez o Tribunal o cada vez que éste lo considere necesario.

De cuanto antecede se desprende que la incomparecencia injustificada ante cualquier llamamiento judicial recepticio o que haya llegado a conocimiento del

imputado determina un nuevo auto de prisión, cualesquiera hubiera sido la causa de la precedente situación de libertad.

3. La ocultación y la fuga son las causas normales de incomparecencia que determinan, con la frustración del proceso, la ineffectividad del *ius puniendi* del Estado. a fin de satisfacer las demandas sociales, deviene como imperativo el deber de impedir las, y de modo especial las huidas del territorio español de inculcados por hechos especialmente trascendentes. No siempre será fácil preverlas con la necesaria antelación, pero en muchos casos a la presunción de sustracción a la Justicia con eventualidad de huida o peligro real de fuga, contribuirá no sólo la entidad de la pena solicitada, sino también el poder económico del imputado. Ante presunciones de incomparecencia, y aun no concurriendo causa alguna hábil para cambiar la situación de libertad, el Ministerio Fiscal sí puede y debe instar la modificación temporal de la obligación *apud acta* de comparecer que regula el artículo 530 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal siempre que se estime que la periodicidad de aquélla no es la adecuada atendidas las circunstancias de cada caso. Si el citado artículo 530 dispone que el procesado que hubiere de estar en libertad provisional comparecerá los días que le fueren señalados en el auto y además cuantas veces fuese llamado, es claro que estas comparecencias deberán tener una periodicidad variable, según el mayor o menor riesgo de fuga u ocultación. Si el hecho de presentarse periódicamente en el Juzgado no garantiza totalmente la no evasión, no puede negarse que las comparecencias periódicas con pequeños intervalos de tiempo constituyen un eficaz medio de control de los imputados.

4. Resulta evidente que la solución ideal al tema que nos ocupa está en la rapidez y agilización de los procesos penales, para que el límite legal de prisión provisional no llegue a consumirse antes del juicio; más aún así siempre habrá procesos duraderos a lo que contribuyen las dificultades de la investigación o su complejidad. En tanto llega el momento de la aceleración judicial definitiva que permita concluir los procesos penales con imputados en prisión provisional en tiempo anterior a la resolución legal de esta situación, parecen oportunas las siguientes conclusiones que tienden a garantizar la presencia en el acto del juicio de los inculcados que se hallen en situación de libertad provisional, y para lo cual el Ministerio Fiscal cuidará de que se adopten estas medidas:

a) En los autos de libertad provisional se especificará de forma clara la periodicidad de los actos personales de comparecencia ante el órgano jurisdiccional, debiendo estar siempre el número de ellas en función tanto del desvalor social del comportamiento delictivo como del riesgo o peligro potencial de huida, sin que quepa excluir en singulares casos la periodicidad diaria, pues a ello no se opone el artículo 530 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

b) De igual modo, en los autos que acuerden la libertad se hará constar de modo expreso la prohibición para el imputado de abandonar el territorio nacional, a no ser que mediaren especiales circunstancias, en cuyo caso sería precisa una concreta autorización de la autoridad judicial competente.

c) Notificar los autos literalmente a los órganos correspondientes del Ministerio del Interior con el fin de que, llegado el caso, en los controles de Policía instalados en aeropuertos y fronteras, se impida la huida con una vigilancia eficaz.

d) En todos los casos de incumplimiento total o parcial de lo acordado en los autos que dieron lugar a la libertad provisional, procederá su inmediata revocación y la orden de busca y captura para el ingreso en prisión del inculcado.

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

CASOS LIMITE ENTRE EL ENCUBRIMIENTO Y LA RECEPCION

(Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 1987)

ELENA FARRE TREPAT
Profesor titular de Derecho penal de la Universidad de Barcelona

I

Francisco S. V. recibió de su amigo Santiago M. F., autor de un delito de robo, algunas de las joyas sustraídas para que las vendiera y le entregara después el dinero obtenido. Francisco S. V. recibió por la venta de las joyas la cantidad de 29.700 pesetas, que entregó a Santiago. A cambio de ello éste le dio la cantidad de 1.000 pesetas.

La sentencia de la Audiencia condenó a Francisco S. V. como *autor de un delito de receptación* del artículo 546 bis a) del Código penal con la agravante de reincidencia a la pena de dos años, cuatro meses y un día de prisión menor y multa de 60.000 pesetas. Contra esta resolución el Ministerio Fiscal interpuso recurso en favor del reo. El Tribunal Supremo estimó procedente el recurso y condenó al procesado como *encubridor de un delito de robo con fuerza en las cosas*, con la agravante de reincidencia a la pena de tres meses de arresto mayor.

II

El presente comentario se centra en el análisis de la conducta de Francisco S. V. Esta clase de comportamientos, en los que el sujeto vende los efectos del delito anterior (en otros casos se limita a buscar

un comprador, o bien a acompañar al autor al lugar donde aquél se encuentra), y obtiene por ello una remuneración, son comportamientos que se dan con mucha frecuencia en la práctica. Su interés radica principalmente en el hecho de que todavía no se ha llegado a un acuerdo con respecto a su tratamiento jurídico-penal. Ya la diversidad de calificaciones que en relación al supuesto de hecho expuestos aportan la Audiencia y el Tribunal Supremo pone de manifiesto esta falta de acuerdo. Pero la misma jurisprudencia del Tribunal Supremo es contradictoria en el tratamiento de esta clase de conductas. En reiteradas ocasiones ha considerado el Tribunal Supremo que hechos de esta clase constituyen un delito de encubrimiento del artículo 17,1 del Código penal (1), pues al vender o ayudar a la venta del producto el intermediario «auxilia a los delincuentes para que se aprovechen de los efectos del delito». En otras sentencias, en cambio, ha considerado estos hechos constitutivos de un delito de receptación (2), por entender que mediante la gratificación que obtiene el sujeto «se aprovecha para sí de los efectos del delito». La impresión de desconcierto que se advierte en general en la jurisprudencia del Tribunal Supremo en torno al tratamiento de estos casos se ve confirmada por el hecho de que el mismo Tribunal Supremo haya afirmado en alguna ocasión que nos encontramos aquí ante «supuestos híbridos» (3), «de características confusas» (4) y «de difícil encuadramiento» (5).

III

1. En general, las relaciones existentes entre el encubrimiento y la receptación, que constituyen el marco dentro del cual deben encuadrarse los supuestos examinados, no son pacíficas (6). No se duda

(1) En este sentido, las sentencias de 26 de mayo de 1981 (A. 2.282), 14 de diciembre de 1981 (A. 5.002), 1 de junio de 1983 (A. 3.077), 30 de diciembre de 1983 (A. 6.759), 6 de marzo de 1984 (A. 1.711), 3 de mayo de 1985 (A. 2.435), 5 de mayo de 1986 (A. 2.415), 19 de noviembre de 1986 (A. 6.985), 7 de mayo de 1987 (A. 3.023) y 21 de octubre de 1987.

(2) Sentencias de 11 de noviembre de 1982 (A. 7.102); 3 de febrero de 1983 (A. 717); 24 de febrero de 1983 (A. 1.718), en la que la gratificación consistió en objetos provenientes del delito anterior; 8 de marzo de 1983 (A. 1.782); 13 de diciembre de 1984 (A. 6.273); 29 de abril de 1985 (A. 2.148); 27 de junio de 1985 (A. 3.078), en estas dos últimas parte de los efectos que recibió como gratificación también procedían directamente del delito anterior. También estimaron receptación las sentencias de 26 de noviembre de 1985 (A. 5.488), 7 de noviembre de 1986 (A. 6.817) y 16 de marzo de 1987 (A. 2.169).

(3) En este sentido se han expresado las sentencias de 17 de diciembre de 1982 (A. 7.717), 4 de febrero de 1985 (A. 866), 17 de enero de 1986 (A. 148), 5 de mayo de 1986 (A. 2.415), 3 de octubre de 1986 (A. 5.475) y 23 de diciembre de 1986 (A. 7.982).

(4) Así la sentencia de 5 de mayo de 1986 (A. 2.415).

(5) Sentencia de 3 de octubre de 1986 (A. 5.475).

(6) Sobre las relaciones entre el encubrimiento y la receptación en general véase CONDE-PÚMPIDO: *Encubrimiento y receptación*, 1955, pp. 236 y ss., y 299 y ss. Así como QUINTANO: *Tratado de Derecho penal*, P. E., t. III, pp. 376 y ss.

en atribuir una parte importante de las dificultades que existen para la distinción de ambas figuras a la desafortunada reforma de 9 de mayo de 1950, que dejó pasar la oportunidad que le brindaba el Proyecto de Reforma de adecuar la regulación legal del encubrimiento y la receptación al sentir doctrinal y a las legislaciones contemporáneas (7). La Ley de 9 de mayo de 1950 reguló en un delito autónomo, en el capítulo VII del título XIII del Código penal, sólo una parte de los supuestos que comprendía anteriormente el artículo 17,1: los de aprovechamiento en beneficio propio de los efectos procedentes de los delitos contra la propiedad (término que se modificó posteriormente por el de bienes). Los restantes supuestos, es decir, aquéllos en los que el autor auxilia a los delincuentes para que se aprovechen de los efectos del delito, continuaron regulándose en el artículo 17,1; por lo que continuó vigente para estos casos la discusión doctrinal existente en torno a la naturaleza jurídica de los mismos (8). El sistema que se siguió fue distinto, sin embargo, en relación con el aprovechamiento de los efectos que provienen de una falta —se refiere a ellos expresamente el artículo 546 bis c). En estos casos se establecen una serie de diferencias estructurales con respecto a la receptación y al encubrimiento de delitos (9). Si bien este distinto tratamiento no se estima justificado y más bien se considera una fuente de complicaciones (10).

2. Pero tratándose de un problema práctico de primer orden la jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha esforzado en establecer criterios que permitan delimitar con la mayor claridad posible las relaciones entre ambas figuras. Con este fin ha acogido también, como se expondrá a continuación, los puntos de vista sostenidos por diversos sectores doctrinales. En este sentido últimamente se ha puesto

(7) En el proyecto de reforma se trasladaban al libro II todas las modalidades del artículo 17: en parte a los delitos contra la Administración de Justicia, en parte a los delitos contra la propiedad. Véase, sobre ello, MARTOS NÚÑEZ: *El delito de receptación*, 1985, pp. 54 y ss.

(8) Existen en nuestra doctrina básicamente tres posiciones en relación con la naturaleza del encubrimiento del artículo 17,1. A) En el artículo 17,1, a diferencia de los supuestos 2 y 3 del mismo artículo, se regula un acto de participación en el delito, el denominado «auxilio complementario» (Conde-Pumpido, Rodríguez Mourullo, Sáinz Cantero). B) El encubrimiento en ninguna de sus modalidades constituye una forma de participación, pero tampoco se trata de un delito plenamente autónomo (Mir Puig, Gómez Benítez y O. de Toledo/S. Huerta). C) El encubrimiento constituye un delito autónomo que lesiona un bien jurídico distinto al lesionado por el delito anterior (Silvela, Antón Oneca, Martos Núñez, Bustos y Cobo/Vives). En general, sobre esta temática, véase RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho penal español*, P. G., pp. 778 y ss. MIR PUIG: *Manual de Derecho penal*, P. G., pp. 352 y ss. O. DE TOLEDO/S HUERTA: *Derecho penal*, P. G. «Teoría Jurídica del delito», 1986, pp. 549 y ss.

(9) Cfr. BAJO-FERNÁNDEZ, M.: *Manual de Derecho penal*, P. E., en «Delitos patrimoniales y económicos», 1987, pp. 337 y ss.

(10) En sentido crítico MUÑOZ CONDE: *Derecho penal*, P. E., 6 ed., 1985, pp. 314 y ss. QUERALT JIMÉNEZ, J. J.: *Derecho penal español*, P. E., vol. II, 1987, p. 702.

de relieve en reiteradas sentencias (11) que existen entre el favorecimiento real del artículo 17,1 y la receptación del artículo 546 bis a) diversos elementos comunes a la vez que también algunos elementos diferenciales. Los *elementos comunes* a ambas figuras, en torno a los cuales existe acuerdo y en cuya consideración no entraremos en este lugar, son los siguientes: 1) Una intervención posterior en un delito ya cometido y que se halla en fase de agotamiento. 2) Conocimiento de la infracción previamente perpetrada. 3) Que el sujeto no haya participado en el delito anterior como autor o cómplice. Los *elementos diferenciales* que se señalan son los siguientes: 1) Por una parte, se advierte que el artículo 17,1 es aplicable a cualquier especie delictiva mientras que el artículo 546 bis a) sólo opera en los delitos contra los bienes, y, sobre todo, 2) se apunta hacia el hecho de que en el número 1 del artículo 17 el encubridor se limita a auxiliar a los delinquentes para que se aprovechen de los efectos de la infracción, obrando desinteresadamente y con «animus adjuvandi», mientras que, en el artículo 546 bis a), el receptor aprovecha para sí los efectos del delito, actuando con propósito de enriquecimiento o «animus lucrandi». Fundamentan la distinción en este último aspecto un gran número de sentencias (12). Sin embargo, este punto de vista plantea problemas en relación con los supuestos que aquí examinamos.

3. En primer lugar, es preciso señalar que al situar principalmente en el plano subjetivo el elemento diferencial esencial entre ambos delitos, la jurisprudencia se adhiere al punto de vista sostenido por un importante sector de nuestra doctrina, que también considera el elemento subjetivo el único que permite distinguir entre ambas figuras. En este sentido señala Conde-Punpido que si la ayuda que se presta al autor del delito contra los bienes «se realiza para obtener un lucro propio, podría hablarse de receptación, mientras que si se obra con otro fin... se dará favorecimiento. Hay que tener en cuenta siempre que el receptor actúa por un fin de lucro, el encubridor complementario por el mero fin de auxiliar al culpable a consolidar las ventajas de su delito. Es el móvil de la acción el elemento diferenciador» (13).

(11) Entre otras, las sentencias de 17 de diciembre de 1982 (A. 7.717), 4 de febrero de 1985 (A. 866), 3 de junio de 1985 (A. 2.954), 29 de noviembre de 1985 (A.A. 5.504 y 5.497), 17 de enero de 1986 (A. 148), 5 de mayo de 1986 (A. 2.415), 3 de octubre de 1986 (A. 5.475), 7 de noviembre de 1986 (A. 6.817) y 23 de diciembre de 1986 (A. 7.982).

(12) En este sentido, por ejemplo, las sentencias de 24 de febrero de 1983 (A. 1.718), 15 de junio de 1983 (A. 3.538), 17 de enero de 1984 (A. 29), 20 de marzo de 1984 (A. 1.838), 27 de marzo de 1984 (A. 2.297), 3 de junio de 1985 (A. 2.954), 22 de octubre de 1985 (A. 5.039), 3 de octubre de 1986 (A. 5.475), 7 de noviembre de 1986 (A. 6.817), 10 de marzo de 1987 (A. 2.140) y 21 de octubre de 1987.

(13) *Encubrimiento y receptación*, 1955, p. 21, nota 21, si bien posteriormente matiza este criterio en el sentido que se expondrá. También fundamentan la distinción exclusivamente en el elemento subjetivo QUINTANO RIPOLLÉS: *Tratado de Derecho penal*, P. E., T. III, pp. 364 y 377. Aunque considera que no «debe ser tomado

Pero aun dentro de este punto de vista, que sitúa en la parte subjetiva el elemento diferencial, es preciso distinguir dos tendencias, que conducen a resultados distintos en relación a las conductas que estudiamos. Por una parte, algunos autores así como un sector de la jurisprudencia interpretan la voluntad de auxiliar propia del encubrimiento en un sentido altruista, generoso y desinteresado. De esta forma se expresan Rodríguez Devesa, cuando señala que en «el encubrimiento el autor ha de proceder desinteresadamente» (14), y Quintano, quien estima que sobre todo después de la Reforma de 1950 hay que entender que el móvil altruista configura el encubrimiento y el móvil egoísta la receptación (15). Asimismo, la sentencia de 25 de octubre de 1983 (A. 4.795) manifiesta que la «diferencia fundamental que existe entre el delito autónomo de receptación o encubrimiento con ánimo de lucro del artículo 546 bis a), párrafo primero, del Código penal, y la figura de encubrimiento-participación del número 1 del artículo 17 del propio texto legal radica en la exigencia en aquél, como elemento esencial, de un ánimo de lucro que mueva la actividad del autor que no se requiere, o por mejor decir «se rechaza», en la propia definición del segundo...» (16). En esta dirección se encuentra la Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código penal de 1983, que restringe los supuestos de favorecimiento real, situándolos entre los delitos contra la Administración de Justicia, entre otros, a los casos en que el autor auxilia, sin ánimo de lucro propio, a los ejecutores para que se beneficien del producto, provecho o precio de un delito (art. 423,1).

Según esta interpretación restrictiva del artículo 17,1, que no tiene base legal, quedarán al margen del mismo todos los casos en que el autor no actúa desinteresadamente, sino con ánimo de obtener un lucro propio. Estos supuestos pueden dar lugar a un delito de receptación. De seguirse este criterio de delimitación, las conductas de intermediarios que aquí comentamos, en las que normalmente concurre un móvil lucrativo y no generoso y desinteresado, quedarían al margen desde un principio del delito de encubrimiento del artículo 17,1 del Código penal, pudiendo en todo caso subsumirse en el delito de receptación siempre que concurren todos los requisitos del mismo (17).

4. Junto a esta posición restrictiva del encubrimiento, carente de base legal, otro sector doctrinal y jurisprudencial se limita a requerir

este criterio al pie de la letra, por ser posibles encubrimientos del artículo 17 perfectamente lucrativos para el encubridor, como son los retribuidos». RODRÍGUEZ DEVESA, en *Derecho penal español*, P. G., 1981, pp. 786 y ss. RODRÍGUEZ RAMOS, en *Compendio de Derecho penal*, P. E., 1985, p. 353.

(14) *Ob. cit.*, pp. 786 y ss.

(15) *Ob. cit.*, pp. 364 y ss. y 377.

(16) En este mismo sentido entre otras las sentencias de 4 de diciembre de 1985 (A. 5.982), 17 de enero de 1986 (A. 148), 5 de mayo de 1986 (A. 2.415) y 23 de diciembre de 1986 (A. 7.982).

(17) Llega, por tanto, a soluciones inconsecuentes con el punto de vista del que parte inicialmente la sentencia de 5 de mayo de 1986 (A. 2.415).

un distinto ánimo en una y otra figura, sin precisar más sobre las razones que han impulsado al autor a realizar su conducta. «En el delito de receptación del artículo 546 bis a) ha de darse un «*animus lucrandi*» y en el encubrimiento-participación del citado artículo 17, número 1, un «*animus adjuvandi*» (18). El «*animus adjuvandi*», constituye, por lo tanto, un elemento necesario, pero también suficiente en el aspecto subjetivo, para que concurra el encubrimiento del artículo 17,1. No es preciso que el agente actúe desinteresadamente o con ánimo altruista o generoso, ni queda excluida la citada tipicidad por el hecho de que el móvil de la conducta sea el lucro. Como señala Conde-Pumpido es suficiente con que se realice un acto que represente un auxilio para el aprovechamiento de los culpables, sea cual sea el fin que guiaba el acto, es decir, la compasión, el lucro o el afán de perfeccionar el delito iniciado (19). Según esto, es perfectamente posible la figura del encubrimiento del artículo 17,1 realizada con ánimo de lucro. Por consiguiente las conductas de intermediario, que aquí examinamos, podrán subsumirse en el citado tipo del encubrimiento. En este sentido algunas sentencias del Tribunal Supremo se refieren a estos supuestos como de «*favorecimiento real retribuido*» (20).

Pero en esta clase de conductas concurren en el agente los dos elementos subjetivos indicados: el ánimo de auxiliar a los delincuentes para que se aprovechen de los efectos del delito, pero también el ánimo de aprovecharse para sí de alguna forma de los mismos. Por ello, tampoco puede descartarse, en principio, la aplicación a estos casos del delito de receptación. Podría acudirse, en todo caso, a un concurso de normas o de delitos, sin embargo, el Tribunal Supremo se adhiere a una tercera vía de solución.

En efecto, en relación a esta clase de supuestos algunas sentencias del Tribunal Supremo matizan la anterior distinción entre el encubrimiento y la receptación en el sentido de considerar como elemento diferencial entre ambas figuras el «*interés principal*» que ha movido al agente. Cuando el autor persigue *principalmente* —aunque consiga también cualquier provecho para sí— ser útil a otra persona ayudándola a consolidar las ventajas que proceden del hecho delictivo, se estará en la hipótesis del artículo 17,1, mientras que será de aplicación

(18) Sentencia de 29 de noviembre de 1985 (A. 5.504). En el mismo sentido, entre otras, las sentencias de 24 de febrero de 1983 (A. 1.718), 15 de junio de 1983 (A. 3.538), 17 de enero de 1984 (A. 29), 20 de marzo de 1984 (A. 1.838), 3 de junio de 1985 (A. 2.954), 22 de octubre de 1985 (A. 5.039), 7 de noviembre de 1986 (A. 6.817), 10 de marzo de 1987 (A. 2.140) y 21 de octubre de 1987.

(19) *Op. cit.*, p. 290. Le sigue RODRÍGUEZ MOURULLO: *Comentarios al Código penal*, t. I, 1976, p. 919. También en este sentido las sentencias de 1 de junio de 1983 (A. 3.077), 6 y 20 de marzo de 1984 (AA. 1.711 y 1.838, respectivamente) y 29 de noviembre de 1985 (A. 5.497).

(20) Así sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 1985 (A. 866), 17 de enero de 1986 (A. 148) y 23 de diciembre de 1988 (A. 7.982).

el delito de receptación si el sujeto actúa *primordialmente* con fin de lucro y provee a su propia utilidad (21). A esta posición se adhiere en sus fundamentos de derecho la sentencia que comentamos: «La más reciente doctrina de esta Sala... ha venido poniendo el acento diferenciador, en estos supuestos no del todo claros, en el ánimo o propósito que prima y predomina en el agente...». En la doctrina española han acogido también este punto de vista Conde-Pumpido (22) y Quintano, aunque con reservas (23).

5. Antes de exponer mi punto de vista sobre esta posición tiene interés hacer referencia a un grupo de sentencias, el ponente de las cuales es Vivas Marzal, que añade un nuevo factor a tener en consideración en la determinación de estos supuestos: «En la praxis —señala la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 1985 (A. 866)— abundan y se dan con frecuencia casos límite, híbridos o mestizos que podrían bautizarse con la denominación de «favorecimiento real retribuido»... debiéndose en estos casos dirimir la cuestión atendiendo a diversos criterios circunstanciales, pero, muy especialmente, acudiendo a dos factores, esto es, a si la gratificación supone la percepción directa de parte de los efectos del delito, o si el encubridor, al prestar su cooperación, lo hizo movido principalmente por “*animus adjuvandi*” y sólo secundariamente por el “*animus lucrandi*” o viceversa; en el primer caso su comportamiento debe subsumirse en el artículo 17,1 del Código penal y, en el segundo, en el artículo 546 bis a) del referido cuerpo legal» (24).

IV

1. El criterio diferencial, que atiende exclusivamente al ánimo principal, en orden a la delimitación entre el encubrimiento y la receptación, debe rechazarse. En primer lugar, porque no tiene en consideración todos los elementos que intervienen en la delimitación legal de estas figuras. En segundo lugar, porque la aplicación en la práctica del citado criterio plantea grandes dificultades, como admite el Tribunal Supremo en varias sentencias también en la que comentamos (25), por no decir que resulta imposible.

Ya señaló Quintano que para intentar solventar las dificultades de carácter práctico que conlleva el indagar en la mente del autor

(21) Así la sentencia de 22 de octubre de 1985 (A. 5.041) y también las de 5 de mayo de 1986 (A. 2.415), 17 de enero de 1986 (A. 148) y 21 de octubre de 1987.

(22) *Ob. cit.*, p. 301.

(23) *Ob. cit.*, p. 379.

(24) En idénticos términos se expresan las sentencias de 17 de diciembre de 1982 (A. 7.717), 17 de enero de 1986 (A. 148) y 23 de diciembre de 1986 (A. 7.982).

(25) Así lo manifiestan las sentencias de 22 de octubre de 1985 (A. 5.041), 5 de mayo de 1986 (A. 2.415), 21 de octubre de 1987, y también QUINTANO: *ob. cit.*, p. 379, y CONDE-PUMPIDO: *ob. cit.*, pp. 301 y ss.

cuál fue el móvil predominante, cabe acudir, aunque ello no constituya una solución definitiva del problema, a la consideración de factores circunstanciales como, por ejemplo, las relaciones que median entre el encubridor y el encubierto: que éstas sean de carácter comercial, de amistad, de conocimiento, de convivencia, de parentesco, etc. (26). El Tribunal Supremo ha acogido esta vía de solución en algunas sentencias: vía de solución que, por otra parte, admite siempre que se trata de determinar la voluntad que guiaba al autor (27). Así, por ejemplo, en varias sentencias la cantidad de dinero que a cambio de su colaboración recibe el intermediario se ha considerado una circunstancia a tener en cuenta para determinar el ánimo principal. Cuando la cantidad que se ha entregado ha sido poca, el hecho se ha calificado de encubrimiento (28); de receptación, en cambio, cuando la cantidad ha sido más importante (29). En esta línea se sitúan las sentencias de 9 de junio de 1986 (A. 3.125) y 7 de mayo de 1987 (A. 3.023). En ellas se establece la distinción en el ánimo predominante y se señala la posibilidad —cuando el «animus adjuvandi» es el imperante— de que se dé un encubrimiento con la esperanza en el sujeto de obtener alguna ventaja económica, pero «siempre que esta recompensa sea proporcionada a su secundaria actuación, pues si es de algún modo equiparable a la de su mandante, entonces su responsabilidad queda también equiparada, haciéndose reo del más grave delito de receptación». Parece, pues, que la cantidad de dinero que recibe el intermediario pasa a constituir realmente el elemento diferencial entre ambas conductas.

Las dificultades que surgen en la determinación de «ánimo principal» se ponen también de relieve, por ejemplo, en la sentencia de 5 de mayo de 1986 (A. 2.415), que calificó de encubridora de un delito de robo a María Dolores M. R., quien había actuado de mediadora en la venta o intercambio por dinero y droga de los objetos robados. A cambio de ello recibió una dosis de heroína que se inyectó. El Tribunal Supremo estimó que la finalidad que movía principalmente la actividad de María Dolores no era la de obtener un provecho propio, sino la de ayudar a los autores del delito anterior y ello en base a la relación afectiva que la ligaba a uno de ellos —era su novia—, el hecho de que no se quedara con ninguno de los objetos robados —joyas, relojes, etc.— y a su estricta intervención facilitadora de la liquidación de aquéllos. Aun cuando se aceptase la califica-

(26) *Op. cit.*, p. 379.

(27) Sobre la forma de inducir la existencia del dolo de matar o de lesionar en orden a la distinción entre las lesiones consumadas y el homicidio frustrado, véase mi comentario: *Dolo eventual, imprudencia y formas de imperfecta ejecución*, en «ADPCP», 1986, pp. 269 y ss.

(28) Además de la sentencia comentada, las sentencias de 26 de mayo de 1981 (A. 2.282) y 21 de octubre de 1987, en las que la gratificación asciende a 1.000 pesetas.

(29) En la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 1983 (A. 1.782), 11 de noviembre de 1982 (A. 7.102), en la que el intermediario recibió 60.000 pesetas, y 13 de diciembre de 1984 (A. 6.273), con una ganancia de 600.000 pesetas.

ción de encubrimiento para este supuesto, no se puede dejar de reconocer que los argumentos por los que se llega a esta solución son discutibles y que, apuntando hacia otras circunstancias —como, por ejemplo, la drogadicción de la muchacha— se hubiera podido llegar también a la solución contraria. Lo más grave del caso es que la diferencia de pena entre el encubrimiento y la receptación puede ser considerable, como es el caso de la sentencia que se comenta. Por ello, el Tribunal Supremo ha considerado en alguna sentencia (30), que si no fuera posible determinar el ánimo principal que movía al agente, en virtud del principio «in dubio pro reo» habrá que castigar por encubrimiento.

2. En mi opinión, la nota distintiva entre ambas figuras debe extraerse tanto del texto legal como de la interpretación de los preceptos y no radica en un elemento estrictamente subjetivo tan difícil de determinar como el expuesto. La receptación consiste en que el autor se aproveche de los efectos procedentes del precedente delito y el encubrimiento en prestar auxilio a los delincuentes para que éstos se aprovechen de los efectos del mismo (31). En primer lugar, el *elemento diferencial* entre ambas figuras radica, por tanto, en determinar, como también ha manifestado el Tribunal Supremo en algunas ocasiones (32), el destinatario del aprovechamiento. Si el sujeto en cuestión se aprovecha para sí de los efectos del delito: receptación; si auxilia a los delincuentes para que se aprovechen: encubrimiento. Pero tampoco bastaría con cualquier clase de aprovechamiento por parte del encubridor para convertir el hecho en receptación. *Sólo concurre un delito de receptación si el aprovechamiento lo es de los efectos que proceden directamente del delito*. La denominada receptación sustitutiva, es decir, el aprovechamiento de los efectos adquiridos por lo sujetos a cambio de los efectos directos del mismo, queda al margen de la receptación descrita en el artículo 546 bis a).

3. Lo cierto es que no existe acuerdo en la doctrina penal española en relación al tratamiento de la *receptación sustitutiva*. Rodríguez Devesa se muestra contrario a su aceptación cuando exige que «los efectos en cuestión sean los provenientes del delito, y no lo es, verbigracia, el reloj comprado con el dinero sustraído» (33). Pero, en cambio, Conde-Pumpido considera que la receptación puede recaer sobre cualquier efecto de un delito contra los bienes, tanto si constituye un producto directo del mismo, como si es sustitutivo de

(30) Así la sentencia de 17 de enero de 1986 (A. 148).

(31) También las sentencias de 29 de octubre de 1976 (A. 4.379), 28 de febrero de 1977 (A. 719), 16 de octubre de 1978 (A. 3.167), todas de Hijas de Palacios, y 4 de octubre de 1978 (A. 3.083), entre otras.

(32) Sentencias del Tribunal Supremo de 1 de junio de 1983 (A. 3.077), 3 de julio de 1984 (A. 3.775) y 6 de marzo de 1984 (A. 1.711), con referencias a otras sentencias.

(33) *Derecho penal español*, P. E., 8 ed., 1980, p. 575.

otros y se ha obtenido mediante permuta o compra con los objetos o dinero originarios (34). También Quintano y Rodríguez Mourullo aceptan este punto de vista (35).

Ciertamente, la discusión sobre la punibilidad o no de la recepción sustitutiva no puede moverse exclusivamente en el terreno de la letra del artículo 546 bis a); pues este precepto se limita a constatar que el aprovechamiento ha de serlo de los efectos de un delito contra los bienes. Por tanto, también el aprovecharse del producto del intercambio de los efectos directos puede ser considerado un aprovechamiento de los efectos, aunque sea indirectamente y en sentido amplio. Sin embargo, la impunidad de estos supuestos me parece evidente, ya que su aceptación comportaría una ampliación indeseable del tipo de la receptación a conductas no merecedoras de pena y conduciría también a una gran inseguridad jurídica. Supongamos, por ejemplo, que A, autor de un robo de joyas, se las vende a B y con el dinero que obtiene de la venta le compra a su esposa C un abrigo de pieles e invita a D y E a unas copas en el bar de F, con el dinero que le sobra. Su esposa C le regala más tarde el abrigo a su amiga G. De considerarse punible la receptación sustitutiva, no sólo la conducta de B constituiría delito, sino también las de C, D, E, F y G, en la medida en que conocieran la procedencia del dinero.

Aunque no se infiera claramente de la letra de la Ley la impunidad de la receptación sustitutiva puede extraerse del fundamento mismo del delito de receptación. Constituye una opinión doctrinal comúnmente admitida la que atribuye a la receptación un doble fundamento (36). En primer lugar, se castiga al receptor porque con su actividad promueve la comisión de delitos contra la propiedad, dando lugar a hechos antijurídicos que no se producirían si el autor no tuviera la seguridad de poder obtener el provecho que le garantiza el receptor. La receptación constituye una forma indirecta de protección de los bienes jurídicos atacados a través de los delitos precedentes. En segundo lugar, la actividad del receptor aumenta o completa la lesión del bien jurídico, que produce el delito anterior. Pues bien, en las conductas de receptación sustitutiva no concurre ninguna de las dos razones señaladas. Por una parte, porque únicamente el que intercambia el efecto del delito anterior en dinero u otro producto o lo acepta tal como es, por las razones que sean, hace surgir en los posibles delincuentes la expectativa de que podrá obtener algún provecho de la realización de un delito contra los bienes. En el ejemplo anterior, tan sólo la conducta de B, garantiza

(34) *Ob. cit.*, p. 198.

(35) QUINTANO: *ob. cit.*, pp. 395 y ss., aunque con reservas. RODRÍGUEZ MOURULLO: *Comentarios al Código penal*, t. I, pp. 917 y ss.

(36) Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA; *Derecho penal español*, P. E., p. 573, MUÑOZ CONDE: *ob. cit.*, p. 314. BAJO FERNÁNDEZ: *ob. cit.*, pp. 331 y ss.

a A la obtención de un provecho efectivo de su delito (37). Por otra parte, porque sólo aquél que obtiene directamente el efecto del delito, puede proseguir o aumentar la lesión del bien jurídico atacado con el delito anterior.

V

1. Después de lo expuesto en torno a la receptación sustitutiva, cabe concluir que Francisco S. V., así como otros sujetos que lleven a cabo conductas de intermediarios, no podrán ser considerados normalmente autores de un delito de receptación. El provecho que el intermediario obtiene en este caso proviene indirectamente de los efectos del delito. Sería distinto si, como sucede en ocasiones, la gratificación consiste en uno o varios de los efectos provenientes del delito anterior, en cuyo caso sí puede considerarse al intermediario autor de un delito de receptación. Así lo ha estimado también el Tribunal Supremo en varias sentencias (38). De cualquier forma, dado que en estos supuestos límite que se analizan, la delimitación entre el aprovechamiento directo o indirecto de los efectos del delito puede plantear dificultades, considero acertada la solución de la P.A.N.C.P. de incluirlos expresamente en el delito de receptación.

Ahora bien, aun cuando su conducta no comporte un aprovechamiento directo de los efectos del delito, el intermediario deberá ser considerado, en mi opinión, *partícipe en un delito de receptación*. Lo que realmente realiza este sujeto, en todo caso, es una intervención en un delito de otro, del verdadero receptor. Su intervención puede consistir en una inducción al delito de receptación —si logra causar en el receptor la resolución de cometer el delito—, o bien de cooperación al mismo. En este último caso su aportación puede constituir una cooperación necesaria (art. 14,3) o sólo una complicidad en la receptación (art. 16) (39). También el Tribunal Supremo

(37) En base a estas consideraciones cabría sostener que la receptación de dinero se situaría normalmente al margen de la punibilidad; pues, al constituir el dinero el efecto del delito anterior, el autor, normalmente, no precisará de ulteriores conductas para poder aprovecharse del mismo, como sucede, en cambio, si se trata de joyas u otros objetos. Esta cuestión no ha sido planteada doctrinalmente en España. En Alemania se acepta la receptación de dinero y se discute si debe tratarse exclusivamente del dinero obtenido con el delito anterior, así la doc. dom., o bien si cabría receptación también sobre el dinero intercambiado, así ROXIN: *H.Mayer-Festschrift*, pp. 470 y ss. El Tribunal Supremo español ha aceptado la receptación de dinero en la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 1983 (A. 4.141).

(38) Sentencias del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 1983 (A. 1.718), 19 de abril de 1985 (A. 2.148) y 27 de junio de 1985 (A. 3.078).

(39) Sobre la difícil distinción entre cooperación necesaria y complicidad véase GIMBERNAT ORDEIG: *Autor y cómplice en Derecho penal*, 1966, pp. 152 y ss. RODRÍGUEZ MOURULLO: *ob. cit.*, pp. 872 y ss. MIR PUIG: *Derecho penal*, parte general, pp. 348 y ss.

ha tenido en cuenta este aspecto de intervención en un hecho ajeno para calificar, en la sentencia de 26 de mayo de 1983 (A. 2.784), la conducta de José C. A. de cooperación necesaria en un delito de receptación. Este se limitó a poner en contacto a su padre —comprador de las joyas robadas— con el autor del robo, trasladando a aquél en el automóvil de su propiedad hasta el lugar donde se consumó la operación.

2. Pero, ciertamente, con su aportación, el intermediario no se limita a intervenir en el hecho del perista; también realiza objetivamente un auxilio al autor del delito anterior para que se aproveche de los efectos del mismo. Es preciso, por consiguiente, dar respuesta a la cuestión de si además del delito de receptación, del que responderá como autor o como partícipe según que se aproveche él mismo o ayude al perista a aprovecharse directamente de los efectos del delito, el intermediario realiza también un delito de encubrimiento. En la citada sentencia de 26 de mayo de 1983 (A. 2.784) se descarta la calificación de encubrimiento junto a la de cooperación necesaria de receptación en atención al criterio, anteriormente expuesto y rechazado, del ánimo preponderante.

Para dar respuesta a esta cuestión es preciso detenerse, aunque de forma breve, en la parte subjetiva del tipo de encubrimiento descrito en el artículo 17,1 en relación con el respectivo delito encubierto. La expresión: «para que se aprovechen de los efectos del delito o falta», que utiliza el citado artículo, puede ser interpretada, por lo menos, en dos sentidos distintos. En primer lugar, como expresión de una particular exigencia finalista, que restringiría el encubrimiento a las conductas de auxilio a los delincuentes con el fin de que se aprovechen de los efectos del delito. La relación entre el encubrimiento y la receptación podría describirse, por tanto, como dos círculos secantes. Al margen del encubrimiento, permanecerían aquellas conductas de aprovechamiento propio en las que no concurre la finalidad señalada, por más que objetivamente comporten en todo caso un auxilio a los autores del delito anterior que les permite obtener las ventajas del mismo. Estas conductas darían lugar a la figura de receptación si el aprovechamiento lo fuera de los efectos del delito. En la parte común a ambos círculos se situarían los comportamientos de aprovechamiento propio de los efectos del delito con la finalidad de que el autor del delito precedente obtenga las ventajas de su hecho antijurídico. En estos casos la solución dogmáticamente más correcta podría ser, en principio, el concurso de delitos (40).

(40) La aceptación de esta solución dependería, sin embargo, de cuál sea el bien jurídico que se considera lesionado a través del delito de encubrimiento del artículo 17,1. Pues, en opinión de algunos autores, el bien jurídico lesionado sería en estos casos la Administración de Justicia, en opinión de otro sector doctrinal, en cambio, el bien que se lesiona es el mismo que en el delito anterior (cfr. nota 8 de este texto).

Sin embargo, es preferible la interpretación de la doctrina española que no exige en el encubrimiento del artículo 17,1 ninguna finalidad específica. Con la expresión: «para que se aproveche», se quiere poner de relieve en qué debe consistir el auxilio al que se refiere el citado precepto. «La proposición “para”, está al servicio de la descripción de la conducta en su aspecto objetivo y no implica la presencia de un ánimo específico» (41). Por tanto, para la realización de esta modalidad de encubrimiento es suficiente que concurra el denominado por la jurisprudencia dolo genérico. La conducta de receptación comportará la de encubrimiento del artículo 17,1. Por ello, la relación entre ambas figuras es la de concurso de normas, siendo la receptación Ley especial frente al encubrimiento (42).

VI

En relación con la sentencia comentada, cabe extraer, por consiguiente, las siguientes conclusiones:

1. El criterio jurisprudencial que acoge últimamente el Tribunal Supremo en relación con las conductas de intermediario, como la de Francisco S. V., que aquí se analiza y que atiende exclusivamente a la finalidad principal —ya sea ésta un «animus lucrandi» o bien un «animus adjuvandi»— con la que actúa el sujeto, no puede aceptarse. En primer lugar, porque no tiene en cuenta otros elementos diferenciales expresados legalmente; en segundo lugar, porque su aplicación práctica reviste grandes dificultades.

2. El elemento diferencial entre ambas figuras se encuentra, también en relación con las conductas de intermediario, en el hecho de que el aprovechamiento propio lo sea o no de los efectos directos del delito.

3. Aunque no se desprenda de la letra de la Ley, la receptación sustitutiva es impune, como puede extraerse del fundamento de la punición del delito de receptación.

4. La conducta de Francisco S. V. y normalmente las conductas de intermediario, pueden dar lugar a la comisión de dos o más delitos. En primer lugar, si el sujeto se aprovecha directamente de los efectos del delito precedente debe ser considerado autor de un delito de receptación. Las conductas de inducción a un delito de receptación o bien de cooperación necesaria o complicidad con el mismo, que también puede realizar quedarán subsumidas en la anterior califica-

En este último caso, la solución del concurso de delitos no sería aceptable, por atentar ambas figuras —el encubrimiento del artículo 17,1 y la receptación— al mismo bien jurídico.

(41) Cfr. CONDE-PUMPIDO: *ob. cit.*, p. 290. RODRÍGUEZ MOURULLO: *ob. cit.*, pp. 198 y ss.

(42) Cfr. GÓMEZ BENÍTEZ: *Teoría jurídica del delito*, 1984, p. 546.

ción. En el supuesto de que el intermediario no se aproveche directamente de los efectos del delito anterior, que es el caso de Francisco S. V., deberá estimarse sólo concurrente una conducta de participación en un delito de receptación. La calificación que me parece más adecuada para el supuesto de hecho de la sentencia que comentamos es la de *inducción a un delito de receptación*, o en todo caso, por no constar en los hechos probados ninguna actividad de inducción, la de *cooperación necesaria*. Pero, por otra parte, el intermediario realiza también un delito de *encubrimiento del artículo 17,1*, pues auxilia, por lo menos con dolo directo de segundo grado, al autor para que se aproveche de los efectos del delito.

5. Al no exigir el delito de encubrimiento del artículo 17,1 ninguna finalidad específica para su realización, la relación existente entre las dos conductas señaladas será la de concurso de leyes, que deberá resolverse en base al principio de especialidad. La calificación que se estima más correcta para el supuesto de hecho estudiado es, por tanto, la de *cooperación necesaria en un delito de receptación*.

Jurisprudencia constitucional

PUBLICADA EN OCTUBRE-DICIEMBRE 1987 Y CON APLICACION EN MATERIA PENAL

ANTONIO GONZALEZ-CUELLAR GARCIA

Universidad Autónoma. Madrid

I. CONSTITUCION

ARTÍCULO 20 a) y d)

Secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información

Es cierto, en efecto, que el precintado de las instalaciones de la radioemisora se opera con autorización judicial, pero no en virtud de una resolución de esta naturaleza, sino en ejecución de un acuerdo administrativo. No menos cierto es, sin embargo, que no cabe calificar de secuestro una actuación que no se dirige contra publicaciones o grabaciones o cualquier otro soporte de una comunicación determinada, esto es, de un mensaje concreto, sino contra el instrumento capaz de difundir, directamente e incorporándolas a un soporte susceptible a su vez de difusión, cualquier contenido comunicativo.

Es claro que en la medida en que el uso de instrumentos de este género puede resultar indispensable para la difusión eficaz de ideas o informaciones, su utilización está también protegida por los derechos fundamentales enunciados en los apartados a) y d) del artículo 20 de nuestra Constitución y no puede ser limitada o entorpecida si no es en lo estrictamente necesario para salvaguardar el derecho ajeno o proteger otros bienes jurídicos cuya protección exija inexcusablemente esa limitación, pero en cuanto no exceda de esas fronteras, la autorización previa para emplearla no es contraria a la Constitución, ni en el presente caso ha sido cuestionada su legitimidad. Lo que se arguye es, según antes decimos, que la clausura de la emisora, por carecer de autorización para su funcionamiento, viola el derecho a que las publicaciones y grabaciones no sean objeto de secuestro si no es por orden judicial y ese derecho no ha sido afectado por la resolución judicial contra la que la demanda se dirige, pues la actuación administrativa autorizada era simple aplicación de unas normas cuya legitimidad constitucional no ha sido puesta en cuestión.

(Sentencia de 23 de septiembre de 1987. R.A. 858/86.—«BOE» de 20 de octubre de 1987.—Ponente: Francisco Rubio Llorente.)

ARTÍCULO 20.1 d)

Derecho a la libertad de información

Según señala la STC 6/1981, de 16 de marzo, el artículo 20 de la Constitución reconoce como libertades distintas, a las que dedica respectivamente sus párrafos a) y d), la de expresión y difusión de pensamientos, ideas y opiniones y la de comunicar o recibir información veraz y de que, aun existiendo entre ambas directa e íntima conexión, esto no empece a que cada una de ellas tenga matices peculiares que modulan su respectivo tratamiento jurídico, impidiendo el confundirlas indiscriminadamente.

La libertad de información es, en términos constitucionales, un medio de formación de opinión pública en asuntos de interés general, cuyo valor de libertad preferente sobre otros derechos fundamentales y entre ellos el derecho al honor, puesto de manifiesto por la STC 104/1986, de 17 de julio, viene determinado por su condición de garantía de la opinión pública, que es una institución constitucional al Estado democrático que los poderes públicos tienen especial obligación de proteger. Este valor preferente alcanza su máximo nivel cuando la libertad ejercitada por los profesionales de la información a través del vehículo institucionalizado de formación de la opinión pública, que es la prensa, entendida en su más amplia acepción. Esto, sin embargo, no significa que la misma libertad no deba ser reconocida en iguales términos a quienes no ostentan igual cualidad profesional, pues los derechos de la personalidad pertenecen a todos sin estar subordinados a las características personales del que los ejerce, sino al contenido del propio ejercicio, pero sí significa que el valor preferente de la libertad declina, cuando su ejercicio no se realiza por los cauces normales de formación de la opinión pública, sino a través de medios, tan anormales e irregulares, como es la difusión de hojas clandestinas, en cuyo caso debe entenderse, como mínimo, que la relación de preferencia que tiene la libertad de información respecto al derecho al honor se invierte a favor de este último, debilitando la eficacia justificadora de aquélla frente a lesiones inferidas a éste.

La misma inversión se produce si la información no se refiere a personalidades públicas que, al haber optado libremente por tal condición, deben soportar un cierto riesgo de una lesión de sus derechos a la personalidad, sino a personas privadas que no participan voluntariamente en la controversia pública, pues en este supuesto el derecho al honor alcanza su más alta eficacia de límite de las libertades reconocidas en el artículo 20 de la Constitución, que le confiere el número 4 del mismo artículo.

A todo ello, procede añadir que la libertad de información, al menos la que incide en el honor de personas privadas, debe enjuiciarse sobre la base de distinguir radicalmente, a pesar de la dificultad que comporta en algunos supuestos, entre información de hechos y valoración de conductas personales y, sobre esta base, excluir del ámbito justificador de dicha libertad las afirmaciones vejatorias para el honor ajeno, en todo caso innecesarias, para el fin de la formación pública en atención al cual se garantiza constitucionalmente su ejercicio.

Los anteriores criterios de solución del conflicto entre la libertad de información y el derecho al honor conducen a la denegación de amparo solicitado, pues, sin necesidad de abordar el tema de si el recurrente planteó realmente, en el proceso penal, el conflicto de derechos fundamentales, que ahora aduce en esta

vía de amparo, y partiendo de los hechos declarados probados por la jurisprudencia penal, en los cuales no puede entrar este Tribunal en cumplimiento de lo establecido en el artículo 117.3 de la Constitución y 44.1. b) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, las expresiones calificadas por la sentencia recurrida de injuriosas se contienen en unas hojas anónimas y se dirigen contra una persona privada, siendo las mismas innecesarias para la formación de la opinión pública, sobre los hechos a los que se refieren y, por tanto, el pretendido derecho a comunicar libremente información que se afirma vulnerado carece de las condiciones internas que legitiman su ejercicio por la consideración conjunta de haberse utilizado medios de comunicación irregulares, contener valoraciones de conducta que la jurisdicción ha calificado de injuriosas e infringir el principio de proporcionalidad, con la consecuencia de quebrantar ilegítimamente el límite externo del respeto al derecho al honor ajeno, establecido en el artículo 20.4 de la Constitución.

(Sentencia de 27 de octubre de 1987. RA 441/86.—«BOE» de 21 de noviembre de 1987.—Ponente: Eugenio Díaz Eimil.)

ARTÍCULO 24.1

Derecho a la tutela judicial efectiva. Cosa juzgada

No es dudoso que este derecho constitucional garantiza, en unas de sus diversas proyecciones, el derecho a que las resoluciones judiciales alcancen la eficacia propia que el ordenamiento les reconoce, pues, si así no fuera, el derecho mismo a la jurisdicción, en todo su complejo contenido, quedaría, sin más, privado de sentido. Manifestaciones de esta exigencia constitucional son, de acuerdo con una constante doctrina de este Tribunal, el derecho a que las resoluciones judiciales se ejecuten en sus propios términos (por todas, STC 67/1984, de 7 de junio, fundamento jurídico 2.º) y también, en lo que aquí más importa, el respeto a la firmeza de esas mismas resoluciones y a la intangibilidad de las situaciones jurídicas en ellas declaradas, pues también si la cosa juzgada («material», según la más arraigada expresión doctrinal) fuese desconocida vendría a privarse de eficacia a lo que se decidió con firmeza al cabo del proceso (Auto 703/1986, de 17 de septiembre). En el ámbito, pues, de lo definitivamente resuelto por un órgano judicial no cabe iniciar —a salvo el remedio extraordinario de la revisión y el subsidiario del amparo constitucional— un nuevo procedimiento, y si así se hiciera se menoscabaría, sin duda, la tutela judicial dispensada por la anterior decisión firme.

No es sólo, como debiera haber resultado evidente, que la lesión de derecho fundamental que se apreció por la STC 104/1986 en la dictada por el Juzgado de Instrucción no requería de nueva resolución sobre el fondo, pues no se dictó aquella anulación por quiebra alguna de carácter procedimental (lo que para el Juzgado parece habrían sido «razones formalistas», sino por la lesión, en la Sentencia penal misma, de un derecho fundamental sustantivo. Tampoco ha de ser la razón principal para conceder la presente petición de amparo la advertencia —igualmente obvia— de que, a diferencia de lo que cabe decir de otros supuestos resueltos en amparo, la STC 104/1986 no dejó sin resolver judicialmente relación jurídica extraprosesal de tipo alguno que requiera de un nuevo procedimiento

sobre el fondo. Lo que, sobre todo, resulta inaceptable desde la perspectiva constitucional que aquí consideramos es que, anulada una Sentencia penal condenatoria por lo defectos intrínsecos del razonamiento en ella expuesto, se llegue a dictar por el mismo órgano judicial nueva resolución de fondo, reiterando así el ejercicio del *ius puniendi* del Estado y arrojando, con ello, sobre el justiciable la carga y la gravosidad de un nuevo enjuiciamiento que no está destinado a corregir una vulneración en su contra de normas procesales con relevancia constitucional. No tuvo, en efecto, otro sentido esa nueva Sentencia que el de intentar «enmendar» o «subsanan» —erróneamente, como vemos— un pronunciamiento de condena radicalmente viciado, pero ese «sentido» es inconciliable con el de la garantía constitucional aquí considerada (art. 24.1), en relación con la preservación de la firmeza de la Sentencia que recobró pleno vigor al anularse la dictada en apelación.

Dijimos en la SEC 104/1986 (fundamento jurídico 7.º), y ahora hemos de reiterar, que el Juzgado de Instrucción pudo, en su primera Sentencia, haber considerado culpable del ilícito al entonces denunciado, luego de ponderar debidamente los bienes penalmente protegidos y los derechos fundamentales comprometidos en aquel supuesto para interpretar de conformidad con la Constitución el precepto penal que aplicaba. Pudo haberlo hecho así y, en tal hipótesis, ninguna objeción de trascendencia constitucional hubiera cabido oponer, ni en aquella Sentencia constitucional ni en ésta, al resultado condenatorio del juicio penal. Dictada, sin embargo, la condena en menoscabo de un derecho fundamental, el respeto al derecho mismo que así se reconoció violado por este Tribunal imponía tener por concluso el procedimiento y por firme la Sentencia absolutoria en su día dictada en la primera instancia cuya existencia permite sin más desechar el argumento con el que se ha pretendido sostener al necesidad de una nueva Sentencia de apelación, pues es claro que aquella Sentencia había fallado ya en una causa penal que en modo alguno puede calificarse de «imprejuzada».

(Sentencia de 26 de octubre de 1987. R.A. 1/87.—«BOE» de 12 de noviembre de 1987.—Ponente: Francisco Rubio Llorente.)

V. Sentencia de 28 de septiembre de 1987 sobre *desestimación de la querrela*.—Artículo 313 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

V. Sentencia de 3 de noviembre de 1987 sobre acción penal.—Artículo 100 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

V. Sentencia de 14 de octubre de 1987 sobre *recurso de casación*.—Artículo 847 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Indefensión

V. Sentencia de 23 de septiembre de 1987 sobre *recurso de apelación*.—Artículo 792 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

ARTÍCULO 24.2

Derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley

El derecho al Juez predeterminado por la Ley requiere que el órgano judicial llamado a conocer del proceso haya sido creado previamente por la norma, que

esté investido de jurisdicción y competencia antes del hecho que motive su actuación y, finalmente, que su régimen orgánico y procesal no permita calificarle de órgano especial o excepcional (SSTC 47/83, de 31 de mayo, y 23/86, de 14 de febrero). Tal derecho comporta, en suma, la aplicación al caso de criterios de delimitación competencial previos y generales (STC 101/84, de 8 de noviembre) y de las reglas relativas a la idoneidad del titular del Juzgado o Tribunal (STC 47/82, de 12 de julio), pero no supone en modo alguno, frente a los que pretende la recurrente, que la calificación jurídica de los hechos ofrecida por la parte querellante obligue a su completa sustanciación hasta dictar Sentencia por un determinado orden u órgano jurisdiccional.

(Sentencia de 28 de septiembre de 1987: R.A. 1418/86.—«BOE» de 20 de octubre de 1987.—Ponente: Jesús Leguina Villa.)

Derecho de defensa. Incongruencia

Entiende la Sentencia que es doctrina reiterada, en casos excepcionales, que el Juez de instancia pueda fijar una indemnización que supere «la señalada por la representación del propio perjudicado» y, a continuación, hace puntual referencia la Sentencia a estas circunstancias excepcionales y por entender que concurren en el caso enjuiciado confirma la Sentencia de instancia.

En estas circunstancias no cabe decir que resulta vulnerado el derecho de defensa de la recurrente. No lo fue en la instancia porque prescindió en ella de todo lo relativo a la cuantía de la indemnización, y tampoco en la apelación, porque lo ejerció con toda amplitud, según resulta de la propia Sentencia. Es, pues, de aplicación al caso la reiterada doctrina de este Tribunal de que no toda infracción o irregularidad procesal ha de considerarse vulneración del derecho de defensa garantizado por el artículo 24.1 de la Constitución. Dependerá en cada caso de la actuación o formalidad omitida y de la proyección que tenga la misma respecto de la defensión que garantiza el citado precepto. Doctrina que es aplicable a la incongruencia como causante de la indefensión. Las SSTC 20/1982, de 5 de mayo, y 34/1985, de 7 de marzo, en casos similares al presente, han declarado lo siguiente: «Que la incongruencia puede constituir una violación del artículo 24 de la Constitución española cuando la desviación respecto de la pretensión que ella implica es de tal naturaleza que supone una completa modificación de los términos en que se produjo el debate procesal, lo que en modo alguno es aquí el caso, pues, como indica el Ministerio Fiscal, el Juez resuelve en una Sentencia indemnizatoria una pretensión indemnizatoria, empleando para su fijación, junto a criterios objetivos, otros criterios necesariamente subjetivos que completan los empleados por las partes».

(Sentencia de 10 de noviembre de 1987. R.A. 553/86.—«BOE» de 10 de diciembre de 1987.—Ponente: Fernando García-Mon.)

Derecho a un proceso sin dilaciones indebidas

Por lo que respecta a la pretendida violación del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, no tiene lugar, sin más, siempre que el proceso tenga una

duración anormal y, en cualquier caso, carece de sentido aducirla cuando el proceso ya ha finalizado y previamente no se invocó ante el Juez o Tribunal (STC 51/1985, de 10 de abril).

(Sentencia de 7 de octubre de 1985.— R.A. 1088/86.—«BOE» de 20 de octubre de 1987.—Ponente: Miguel Rodríguez-Piñero.)

Principio acusatorio

Ni siquiera en hipótesis cabe pensar que por consecuencia de la mencionada alusión a la disponibilidad de la prueba por la defensa pueda verse afectado en alguna forma el principio acusatorio, que conceptualmente comporta la existencia de una pretensión penal de parte, independiente del órgano jurisdiccional, y en que el Tribunal resulte vinculado por los hechos objeto de la acusación y en los términos y alcance en que dicha pretensión se formula. En la demanda de amparo no se cuestiona siquiera la presencia de una acusación en el seno del proceso y la correlación entre la conducta imputada e, incluso, la calificación formulada por el Ministerio Fiscal y la que es objeto de consideración en la Sentencia condenatoria, por lo que no se aprecia posibilidad alguna de vulneración del indicado principio, constitucionalmente exigible en los términos que requieren los derecho a la tutela judicial, al conocimiento de la acusación previamente formulada y a la defensa con las garantías reconocidas en el artículo 24.2 de la Constitución Española (SSTC 54/1985, de 18 de abril; 104/1986, de 17 de julio, y 134/1986, de 29 de octubre).

(Sentencia de 23 de septiembre de 1985. R.A. 1041/86.—«BOE» de 20 de octubre de 1987.—Ponente: Antonio Truyol Serra.)

Presunción de inocencia

Se pone en tela de juicio la observancia en el proceso penal previsto y en la Sentencia recurrida de las dos fundamentales exigencias que, según la reiterada doctrina de este Tribunal, integran su contenido: en primer lugar, la necesaria existencia de una válida actividad probatoria practicada con las básicas garantías procesales que pueden entenderse de cargo (Sentencias del Tribunal Constitucional 105/1986, de 21 de julio; 109/1986, de 24 de septiembre; 44/1987, de 9 de abril, y Autos de 2 de julio de 1986, R.A. 668/1985, y 5 de noviembre de 1986 (R.A. 201/1986, entre otras muchas resoluciones), aspecto con el que se relaciona la tacha formulada a la prueba de alcoholemia y a la declaración testifical considerada por la Sentencia, y, en segundo término, el que haya de entenderse que la carga probatoria pesa ciertamente sobre la acusación, de manera que en los supuestos en que ésta no es válidamente asumida la única solución constitucionalmente posible es la absolución del acusado (Sentencias del Tribunal Constitucional 62/1985, de 10 de mayo; 109/1986, de 24 de septiembre; 92/1987, de 3 de junio; Auto de 27 de noviembre de 1985, R.A. 500/1985, entre otros), postulado que se conecta con el reparo opuesto a la tesis que la parte actora entiende formulada por la resolución judicial cuando pondera la falta de citación de testigos a la solicitud de la defensa.

La determinación del grado de alcohol en sangre a través del correspondiente test de alcoholemia no es contraria a las garantías constitucionales (Auto de 16 de febrero de 1983, R.A. 460/82; Sentencias del Tribunal 103/1985, de 4 de octubre, y 107/1985, de 7 de octubre). Sin embargo, desde la perspectiva del derecho a la presunción de inocencia, la consideración como actividad probatoria a dicho test incorporado al atestado policial, a título de prueba pericial preconstituida, está supeditada constitucionalmente a la observancia de determinadas exigencias precisadas por constante doctrina de este Tribunal (Sentencias 100/1985, de 3 de octubre; 104/1985, de 4 de octubre; 107/1985, de 7 de octubre; 145/1985, de 28 de octubre, y 148/1985, de 30 de octubre, y Autos de 30 de julio de 1986, R.A. 607/86, y 22 de octubre de 1986, R.A. 661/86, entre otras resoluciones). Por un lado, es necesario que en su práctica se cumplan las garantías formales establecidas al objeto de preservar el derecho de defensa en condiciones similares a las que se ofrecen dentro del proceso judicial, especialmente, el conocimiento del interesado a través de la oportuna información de su derecho a un segundo examen alcoholimétrico realizado en términos técnicamente inobjetables. De otro, es preciso que la incorporación al proceso se realice de forma que resulten respetados, en la medida de lo posible, los principios de inmediación judicial, oralidad y contradicción. De ahí que, teniendo en cuenta la naturaleza del test alcoholimétrico y del delito previsto en el artículo 340 bis, a), 1.º, del Código, resulte necesaria la oportunidad de contraste procesal en cuanto a su resultado y valor para la integración de la conducta en el tipo penal, que se configura no tanto por la mera presencia de un determinado grado de impregnación alcohólica, como, precisamente, por la conducción de un vehículo de motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas. Por ello, si alguno de dichos aspectos es cuestionado, cosa que no sucedió en el presente caso, no puede ser bastante para desvirtuar la presunción de inocencia la simple lectura o reproducción en el juicio oral del atestado en el que conste el dato objetivo del correspondiente test practicado, si no hay, además, oportunidad para el Juzgador de examinar por sí mismo la realidad de las circunstancias que determinaron su práctica, singularmente a través de la ratificación y declaración complementaria de quienes la efectuaron o de otros elementos probatorios concernientes a la conducción realizada, y para el mismo acusado de rebatir en el cauce procesal al versión de la acusación sobre tales extremos.

(Sentencia de 23 de septiembre de 1987. R.A. 1041/86.—«BOE» de 20 de octubre de 1987.— Ponente: Antonio Truyol Serra.)

Dada la relativa frecuencia de este tipo de recursos, el Tribunal Constitucional ha tenido amplia oportunidad de pronunciarse sobre la extensión de ese derecho; y ha precisado —reiterando aquí lo ya expuesto en las SST 47/1986, de 21 de abril, y 174/1985, de 17 de diciembre, que el Fiscal cita, y que son muestra suficiente de la jurisprudencia del Tribunal al respecto— que si bien el Juzgador dicta Sentencia apreciando según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio, las razones expuestas por la acusación y la defensa y lo manifestado por los mismos procesados, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, esta apreciación en conciencia ha de hacerse sobre la base de una actividad probatoria que pueda estimarse de cargo, pues sólo la

existencia de esta actividad puede servir para desvirtuar la presunción de inocencia que beneficia a toda persona según el artículo 24 de la Constitución Española. Y el resultado de la prueba ha de ser tal que pueda racionalmente considerarse «de cargo», es decir, que los hechos cuya certeza resulte de la prueba practicada acrediten la culpabilidad del acusado. Consecuencia de todo ello es que la función del Tribunal Constitucional, cuando se alega ante él la presunción de inocencia, es verificar si ha existido esa prueba que pueda estimarse racionalmente de cargo. En caso afirmativo no le corresponde revisar la valoración que de tal prueba haya realizado el Juzgador en conciencia, pues su jurisdicción respecto a la actuación de los Tribunales ordinarios se reduce a determinar si se han vulnerado o no las garantías constitucionales.

(Sentencia de 10 de noviembre de 1987. R.A. 177/87.—«BOE» de 10 de diciembre de 1987.—Ponente: Luis López Guerra.)

La presunción de inocencia garantiza al acusado que no será condenado sin pruebas practicadas con todas las garantías procesales, pero no concede el derecho a discrepar de la valoración que de las practicadas haga el Tribunal en uso de la potestad de libre apreciación que le confiere el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, irrevisable en recurso de amparo conforme a lo dispuesto en los artículos 117.3 de la Constitución y 44.1 b) de la L.O.T.C.

(Sentencia de 27 de octubre de 1987. R.A. 441/87.—«BOE» de 21 de noviembre de 1987.—Ponente: Eugenio Díaz Eimil.)

Presunción de inocencia. Prueba de presunciones

No se puede negar, y este Tribunal no lo ha hecho, la posibilidad de admitir la prueba de presunciones (STC 174/1985), para enervar la de inocencia, reconocida constitucionalmente en el artículo 24.2. de la Constitución Española, siempre que no se trate de meros indicios o sospechas se parta del hecho básico objetivamente acreditado y no aparezca la inferencia lógica como irrazonable o irrazonada. En todo caso, dicha prueba, como producto de la subjetividad judicial —si respetable, menos controlable en vía de recursos— siempre ha sido o debe ser mirada con precaución, sobre todo si aparece como única para establecer la condena.

Por ello, se ha aludido antes a la peculiaridad del caso presente y a la necesidad de tenerlo en cuenta para decidir ahora, en armonía con la reiterada doctrina de este Tribunal Constitucional sobre la presunción de inocencia. Porque no se trata ya de que exista una mínima prueba de cargo, sino de que la que se estime como tal se haya producido con las debidas garantías legales, con las básicas garantías procesales (por todas, STC 105/1986, de 21 de julio), como presupuesto inexcusable para que el Juez o Tribunal pueda «apreciarlas en conciencia» (art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Y es que el principio de libre apreciación de la prueba —que es atributo y garantía de la función jurisdiccional— presupone la existencia de una actividad probatoria de cargo, normalmente, y en principio practicada en el acto del juicio oral, para que tengan vida y eficacia

los principios de oralidad, contradicción e inmediación, también con relevancia constitucional (arts. 24 y 120 de la Constitución Española).

Cierto que el principio de producción de pruebas en el juicio oral no es absoluto y este Tribunal ha admitido la posibilidad de pruebas preconstituidas conforme a la Ley procesal (art. 653.3.º ó 718 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), e incluso de diligencias sumariales o preparatorias en casos especiales o singulares, pero siempre que se reproduzcan en el juicio oral o se ratifiquen en su contenido los protagonistas o se dé a las partes la posibilidad de contradecirlas en dicho acto, no bastando la simple fórmula «por reproducidas» del uso forense y sin más atención sobre ellas, ni aun con el asentimiento del acusado, porque no hay que olvidar que tanto por el principio acusatorio (no hay condena sin acusación; hay que añadir: probada) de nuestro sistema procesal penal, como por imperativo constitucional, es el acusador, público o privado, a quien corresponde aportar las pruebas de cargo o incriminatorias, es decir, no es el acusado el que tiene que acreditar su inocencia, sino la acusación su culpabilidad, ni tampoco el inculpado el que ha de solicitar la suspensión del juicio por la ausencia de testigos (salvo caso, claro, de que actúen en su descargo) de la acusación, a quien corresponde, y sólo a ella, aquella función. Como se dice en la STC 80/1986, de 17 de junio, el acusador no debe olvidar que a él le corresponde la aportación de pruebas de cargo en condiciones que garanticen el derecho a la defensa a contradecirlas y que la falta de las mismas determina... la plena efectividad de la presunción de inocencia que consagra el artículo 24.2 de la Constitución.

(Sentencia de 1 de octubre de 1987. R.A. 1085/86.—«BOE» de 20 de octubre de 1987.—Ponente: Carlos de la Vega Benayas.)

ARTÍCULO 25.1

Principio «non bis in idem»

V. Sentencia de 27 de octubre de 1987 sobre *objección de conciencia*.—Artículo 2 apartados 2 y 3, de L.O. 8/84, de 26 de septiembre.

Principio de proporcionalidad

V. Sentencia de 27 de octubre de 1987 sobre *objección de conciencia*.—Artículo 2, apartados 2 y 3, de L.O. 8/84, de 26 de septiembre.

II. LEY ORGANICA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

ARTÍCULO 44.1 c)

Invocación formal en el proceso del derecho constitucional vulnerado

Dispone dicho precepto que en los recursos de amparo que se interpongan contra resoluciones judiciales, es necesario, entre otros requisitos, «que se haya

invocado formalmente en el proceso el derecho constitucional vulnerado, tan pronto como, una vez conocida la violación, hubiese lugar para ello». No se trata de una mera exigencia formal, sino que responde, como reiteradamente viene declarando este Tribunal a la naturaleza subsidiaria con que está configurado el recurso de amparo en el artículo 53.2 de la Constitución. Esta naturaleza subsidiaria del recurso de amparo está afirmada por el artículo 41.1 de la L.O.T.C., al estimar susceptibles del mismo a los derechos y libertades reconocidos en los artículos 14 a 19 de la Constitución, «sin perjuicio de su tutela general escomendada a los Tribunales de Justicia». A ello obedece el citado requisito del artículo 44.1 c) de la L.O.T.C. exigido para los recursos de amparo que se interpongan contra resoluciones judiciales, lo mismo que en el artículo 43.1 se impone el de agotar previamente «la vía judicial procedente, de acuerdo con el artículo 53.2 de la Constitución», para los que se interpongan contra los actos y resoluciones administrativas a que se refiere este último precepto.

(Sentencia de 10 de noviembre de 1987. R.A. 553/86.—«BOE» de 10 de diciembre de 1987.—Ponente: Fernando García-Mon.)

ARTÍCULO 46. 1 b)

Recurso de amparo: legitimación

El principio procesal, de tradicional arraigo en nuestro ordenamiento jurídico, según el cual sólo tienen acción para recurrir las resoluciones judiciales aquellos que han sufrido agravio en el juicio, tiene específica proyección en el recurso de amparo a través de la conjunta aplicación de los artículos 162.1 b) de la Constitución y 46.1 b) de la L.O.T.C., que conduce a limitar la legitimación para interponerlo a los que, siendo parte en el proceso judicial, tienen el interés legítimo de demandar amparo de derechos constitucionales que estimen haber sido vulnerados y tal interés legítimo no es posible reconocérselo a quien, habiendo sido acusado de un delito, es absuelto del mismo con todos los pronunciamientos favorables.

(Sentencia de 27 de octubre de 1987. R.A. 441/86.—«BOE» de 21 de noviembre de 1987.—Ponente: Eugenio Díaz Eimil.)

III. LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

ARTÍCULO 100

Acción penal

El demandante de amparo inicialmente no ejercitó acción penal alguna; de manera que, no habiendo intentado siquiera obtener adecuadamente la tutela judicial en el ámbito penal mediante la presentación de querrela no hubo siquiera oportunidad para que pudiera haberse producido la lesión que se intenta reparar

en sede constitucional. A tal efecto, debe recordarse tanto que la inicial denuncia de los hechos se realiza por persona distinta del actor, sin actuar en nombre de éste, como que dicha denuncia, en cualquier caso, no hubiera sido el medio idóneo para constituirse en parte en el proceso penal y ejercitar el derecho reconocido en el artículo 24.1 de la Constitución, según ha venido señalando reiteradamente este mismo Tribunal desde Auto de 4 de diciembre de 1981 (Recurso de amparo 28/81), y de cuya doctrina son también exponentes, entre otras resoluciones, la STC 15/1984, de 3 de diciembre, Recurso de amparo 485/82 (fundamento jurídico 29) y Auto de 15 de octubre de 1986 (Recurso de amparo 332/86).

No se trata ni se discute sobre la procedencia o no de la notificación de una resolución previa adoptada en un proceso en el que no se es parte, sino de la exigencia de una respuesta judicial motivada al intento de ejercicio de la acción penal. Y ha de tenerse en cuenta que en el sistema plural de nuestro proceso penal (arts. 100 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), en el que junto a la oficialidad de la acción atribuida al Ministerio Fiscal, se reconocen otras titularidades privadas, entre ellas singularmente la que corresponde a los perjudicados por el delito, dicha acción forma parte del mismo contenido del derecho a la tutela judicial efectiva (STC 108/1983, de 29 de noviembre); y si bien éste no comporta un derecho incondicionado a la apertura y plena sustanciación del proceso penal, sí requiere, en cambio, un pronunciamiento motivado del Juez, expresando, en su caso, las razones por las que rechaza la personación procesal. Consecuentemente, no sólo era preciso la notificación de la decisión judicial que dicha solicitud mereciera, sino que para satisfacer las exigencias del propio artículo 24.1 de la Constitución era necesario que ésta se hubiera adoptado motivadamente, tanto respecto de la pretensión ejercitada de ser parte en las diligencias como de la irrelevancia penal de los hechos apreciada *ab initio*, se era ésta la razón impositiva del *ius ut procedatur* ejercitado. Así, pues, la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva se produjo, desde luego, por la omisión de toda notificación de respuesta judicial, pero también por la misma providencia no comunicada, que simplemente asumió el archivo ya acordado en la anterior sin hacerse explícitas las razones por las que los hechos a que se refería la inicial denuncia no revestían los caracteres de delito y por las que en la práctica se rechazaba la personación. Y precisamente sobre este aspecto de la solicitud formulada tampoco cabe ver adecuada respuesta en el ulterior Auto de la Sala, en primer lugar, porque precisamente por la omisión del Juzgado de Instrucción, que impidió al recurrente conocer el sentido de su decisión, no hubo posibilidad válida de suscitar, ante dicho Tribunal el tema de la personación, limitándose el recurso de queja a la obtención de la pertinente notificación, y, en segundo lugar, porque el propio Auto, dando respuesta a la impugnación y sin poder ir más allá de la petición ejercitada la rechaza dando por supuesto que no se había ejercitado querrela ni había habido personación en forma en las actuaciones, pero sin expresar ni dar a conocer los requisitos omitidos o las circunstancias que excluían la Constitución en parte, conforme a la previsión de los artículos 110 ó 783, párrafo segundo, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

(Sentencia de 3 de noviembre de 1987. R.A. 787/86.— «BOE» de 21 de noviembre de 1987.—Ponente: Luis Díez Picazo y Ponce de León.)

ARTÍCULOS 110 y 783

Constitución en parte

V. Sentencia de 3 de noviembre de 1987 sobre *acción penal*.—Artículo 100 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

ARTÍCULO 269

Denuncia

V. Sentencia de 3 de noviembre de 1987 sobre *acción penal*.—Artículo 100 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

ARTÍCULO 313

Desestimación de la querrela

La falta de tutela judicial efectiva, que se dice producida en primera y segunda instancia, se imputa a la inadmisión de la querrela formulada, de un lado, y a la carencia o inadecuación de la motivación en que aquélla se sustenta, de otro. Por lo que hace al primero de tales reproches debe señalarse que quien ejercita la acción en forma de querrela no tiene, en el marco del artículo 24.1 de la Constitución, un derecho incondicionado a la apertura y plena sustanciación del proceso penal, sino sólo a un pronunciamiento motivado del Juez en la fase instructora sobre la calificación jurídica que le merecen los hechos, expresando, en su caso, las razones por las que inadmite su tramitación (AATC de 24 de septiembre de 1986, R.A. 367/86; 21 de enero de 1987, R.A. 817/86; 1 de abril de 1967, R.A. 46/87, y 22 de abril de 1987, R.A. 841/86, entre otros). Dicha resolución de inadmisión o desestimación de la querrela no es contraria al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, siempre que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 313 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el órgano judicial entienda razonablemente que la conducta o los hechos imputados carecen de ilicitud penal, lo que no obsta, sin embargo, para que al mismo tiempo se reconozca como facultad integrante de citado derecho fundamental un *ius ut procedatur*, en virtud del cual, cuando la resolución judicial no excluya *ab initio* en los hechos denunciados las notas caracterizadoras de lo delictivo, deben practicarse las actuaciones necesarias de investigación, acordadas en el seno del procedimiento penal que legalmente corresponda, de sumario, diligencias previas o preparatorias, con la consecuencia de que la crisis de aquél o su terminación anticipada, sin apertura de la fase de plenario, sólo cabe por las razones legalmente previstas de sobreseimiento libre o provisional, conforme a lo establecido en los artículos 637, 641 o en su caso 789.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (STC 108/83, de 29 de noviembre).

Examinado el caso que ahora se nos plantea a la luz de la doctrina anterior, debe concluirse que las relaciones impugnadas se han apartado de lo dispuesto en el citado artículo 313 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y han menoscabado el derecho a la tutela judicial efectiva de la solicitante de amparo. Las resolu-

ciones judiciales no responden a una carencia de los requisitos procesales de admisibilidad de la querrela, ni a una falta de fundamentabilidad de la misma porque los hechos que la querellante puso en conocimiento del órgano judicial no constituyeran delito para el Tribunal penal, sino más bien a la injustificada exigencia de una acreditación anticipada de tales hechos para la tramitación de proceso penal, incluso en su fase instructora, cuando al propio tiempo se negó toda oportunidad de lograr alguna convicción judicial sobre los mismos: De una parte, al incoarse únicamente por el Juez de Instrucción diligencias indeterminadas, en lugar de diligencias previas, haciendo de aquéllas un uso indiscriminado, como reconoce el Auto de la Audiencia, al no ser factible en las mismas la práctica de medios de prueba alguna; y, de otra, al adoptarse la decisión judicial de desestimación de la querrela virtualmente sin investigación alguna, ya que, además del examen de los documentos aportados, sólo se tuvo en cuenta la declaración de uno de los querrellados. Como señala con acierto el Ministerio Fiscal en su escrito de alegaciones, «para inadmitir una querrela sin practicar pruebas es necesario que motivadamente el Juez entienda, tras la lectura de la querrela, que los hechos descritos no tienen naturaleza delictiva.

(Sentencia de 28 de septiembre de 1987. R.A. 1416/86.—«BOE» de 20 de octubre de 1987.—Ponente: Jesús Leguina Villa.)

ARTÍCULO 741

Libre apreciación de la prueba

V. Sentencia de 27 de octubre de 1987 sobre *presunción de inocencia*.—Artículo 24.2 de la Constitución Española.

ARTÍCULO 792

Recurso de apelación

El recurso de apelación es un medio de impugnación ordinario que atribuye al Tribunal de Instancia la potestad necesaria para valorar y tener en cuenta sin condicionamiento alguno todas las pruebas practicadas en la Primera Instancia, incluso con discrepancia del criterio que hubiera podido adoptar el Juez *a quo*.

(Sentencia de 23 de septiembre de 1987. R.A. 1041/86.—«BOE» de 20 de octubre de 1987.—Ponente: Antonio Truyol Serra.)

ARTÍCULO 847

Recurso de casación

A este respecto el Tribunal Constitucional ha declarado, en numerosas resoluciones, que el derecho al acceso a los recursos legalmente establecidos, forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva. En el caso concreto que aquí intere-

sa, que es el del recurso de casación penal, este derecho cobra especial relevancia, ya que la exclusión de dicho recurso significa el impedimento a la doble instancia que reconoce, en materia penal, el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de acuerdo con el cual han de interpretarse las normas constitucionales relativas a los derechos fundamentales y a las libertades (art. 10.2 de la Constitución). Sin embargo, ello no supone que el condenado tenga un derecho absoluto e incondicionado a que se admita su recurso, pues, como ha dicho reiteradas veces este Tribunal, el legislador puede limitar su interposición y rodearlo de presupuestos y requisitos especiales, de forma que el órgano judicial encargado de resolverlo (el Tribunal Supremo) limite sus tareas a los fines legalmente previstos. La fijación por la Ley de unos motivos de inadmisión no es así contraria al derecho a la tutela judicial efectiva, pero esos motivos deben ser interpretados y aplicados sin formalismos enervantes contrarios al espíritu y a la finalidad de las normas que reglamentan el recurso de casación. Y en cuanto este Tribunal Constitucional tiene, entre sus funciones, la de velar por el respeto a los derechos fundamentales por parte de todos los poderes públicos la interpretación realizada por el Tribunal Supremo de los motivos de inadmisión puede ser objeto de revisión por la vía del recurso de amparo (entre otras las SSTC núm. 17/1985, de 9 de febrero; núm. 79/1986, de 16 de junio, y núm. 103/1986, de 16 de julio).

(Sentencia de 14 de octubre de 1987. R.A. 973/85.—«BOE» de 12 de noviembre de 1987.—Ponente: Angel Latorre Segura.)

ARTÍCULO 849.1 y 2

Error en la invocación del número quebrantado

El primero de los motivos es inadmitido porque fue formulado por el cauce formal del número 2 del artículo 849 de la citada Ley, siendo así que denunciándose en él infracción por aplicación indebida del artículo 565.1 en relación con el 14.1 ambos del Código Penal, el cauce adecuado para denunciar la infracción de los preceptos penales sustantivos era el número 1 y no el número 2 del artículo 849 antes mencionado. Ahora bien, de la lectura, no ya del escrito de interposición del recurso, sino del mismo Auto impugnado, resulta que la inadmisión de este motivo es debido a un simple error en la cita del número del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que fundamenta el motivo, a pesar de que es evidente, y lo dice el mismo Auto, que el recurso se basaba en la supuesta infracción de preceptos penales sustantivos y no en un error de hecho en la apreciación de la prueba y, por tanto, ninguna dificultad ofrecía el examen y resolución del motivo alegado. Ha existido aquí, por tanto, un exceso de formalismo, por lo que debe otorgarse el amparo en este punto.

(Sentencia de 14 de octubre de 1987. R.A. 937/85.—«BOE» de 12 de noviembre de 1987.—Ponente: Angel Latorre Segura.)

ARTÍCULOS 851.1 y 874.1

Concreción del motivo alegado dentro de los establecidos en el artículo 851.1 y breve extracto del motivo

Ambos requisitos tienen como finalidad que el escrito de interposición del recurso tenga la claridad y precisión necesarias para la debida valoración de los motivos que alegue el recurrente. Pudiera reprocharse un formalismo excesivo a la inadmisión del recurso, por incumplirse estos requisitos cuando del escrito resultase con toda claridad los motivos que se exponen, de forma que el extracto requerido por la Ley o la expresión taxativa del inciso del artículo 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal fuesen, en cierto modo, superfluos. No es éste, sin embargo, el caso en el presente recurso. La falta de extracto no hace fácil y llana la comprensión de los motivos que alega el recurrente cuya exposición es un tanto difusa e imprecisa. Y en cuanto a la concreción del inciso del artículo 851.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en que se basa cada uno de los motivos por quebrantamiento de forma, si en alguno de ellos puede deducirse sin especial dificultad (en el primero, en el cuarto y en el sexto), no ocurre así con otros, por lo que tampoco puede afirmarse que en el Auto impugnado se incurra en ese aspecto en un exceso de formalismo.

La imprecisión y falta de claridad de las alegaciones del recurrente relativas a esos motivos hacen que la inobservancia de los requisitos establecidos por la Ley, aunque tengan en algunos casos un carácter acusadamente formal, dificulte innecesariamente la comprensión de aquellas alegaciones y la resolución del recurso, por lo que no puede afirmarse que el Auto impugnado vulnere, en este aspecto, el derecho de acceso a los recursos establecidos por la Ley comprendido en el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24.1 de la Constitución.

(Sentencia de 14 de octubre de 1987. R.A. 937/85.—«BOE» de 12 de noviembre de 1987.—Ponente: Angel Latorre Segura.)

ARTÍCULO 884

Motivos de inadmisión del recurso de casación

«La fijación por la Ley de unos motivos de inadmisión no es así contraria al derecho a la tutela judicial efectiva, pero esos motivos deben ser interpretados y aplicados sin formalismos enervantes contrarios al espíritu y a la finalidad de las normas que reglamentan el recurso de casación. Y en cuanto este Tribunal Constitucional tiene entre sus funciones la de velar por el respeto a los derechos fundamentales por parte de todos los poderes públicos, la interpretación realizada por el Tribunal Supremo de los motivos de inadmisión puede ser objeto de revisión por la vía del recurso de amparo».

(Sentencia de 14 de octubre de 1987. R.A. 937/85.—«BOE» de 12 de noviembre de 1987.—Ponente: Angel Latorre Segura.)

ARTÍCULO 884.4

Cuestiones nuevas

La inadmisibilidad de cuestiones nuevas en la casación ha sido doctrina constante del Tribunal Supremo basada en que ese planteamiento *ex novo* de cuestiones no suscitadas ante el Tribunal de Instancia falta a las normas de rogación, contradicción, lealtad y buena fe, que inspiran la fase plenaria del proceso penal (entre otras, Sentencias del Tribunal Supremo de 8 y 22 de noviembre de 1985), sin que se advierta que pueda oponerse a esa doctrina ningún reproche de inconstitucionalidad.

(Sentencia de 14 de octubre de 1987. R.A. 937/85.—«BOE» de 12 de noviembre de 1987.—Ponente: Angel Latorre Segura.)

ARTÍCULO 884.4.^a*Falta de observación de los requisitos*

V. Sentencia de 14 de octubre de 1987 sobre *concreción del motivo alegado dentro de los establecimientos en el artículo 851.1, breve extracto del motivo y error en la invocación del número quebrantado*.—Artículos 851.1, 874.1 y 849 números 1 y 2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

ARTÍCULO 901

«Reformatio in peius»

La alegación de *reformatio in peius* viene fundamentada en que la pena de destierro impuesta al demandante de amparo no fue pedida por la acusación particular y que el Tribunal Supremo carece de competencia para elegir entre esta pena y la alternativa de arresto mayor atribuida al Tribunal de Instancia, según jurisprudencia del propio Tribunal Supremo.

Dicha alegación carece de fundamento constitucional alguno, porque, aparte de que *la reformatio in peius* es una institución establecida en garantía del recurrente en el proceso judicial y el demandante de amparo carece de esta condición incurriendo en el error de confundir esa institución con los principios acusatorios y de contradicción, resulta obvio que no vulnera estos principios de Sentencia que condena a un año de destierro por un delito de injurias graves a aquel que viene acusado por el querellante de cuatro delitos continuados de injurias graves y tres delitos continuados de calumnia y se le piden cuatro penas de cuatro meses de arresto mayor y tres penas de cuatro años de prisión menor, careciendo, por un lado, de relevancia constitucional el tema de cuál es el Tribunal al que corresponde hacer uso de la facultad de elegir entre penas alternativas que contempla el artículo 67 del Código Penal, si bien debe admitirse que si esta facultad corresponde al Tribunal de Instancia ello será cuando la Sentencia recurrida en casación es condenatoria y resulta confirmada en casación, pero no en el supuesto de que el Tribunal Supremo case y anule una Sentencia absolutoria y proceda a sustituirla

por otra condenatoria, pues en tal caso es indudable que asumirá y ejercerá la jurisdicción penal con toda plenitud.

(Sentencia de 27 de octubre de 1987. R.A. 441/86.—«BOE» de 21 de noviembre de 1987.—Ponente: Eugenio Díaz Eimil.)

ARTÍCULO 973

Congruencia con petición de indemnización

V. Sentencia de 10 de noviembre de 1987 sobre *derecho de defensa, incongruencia*.—Artículo 24.1 de la Constitución Española.

ARTÍCULOS 977 y 15 DEL DECRETO DE 21 DE NOVIEMBRE DE 1952.

Juicio de faltas. Apelación. «Reformatio in peius»

En efecto aquél resultó condenado a la instancia como autor de una falta de imprudencia o negligencia simple a la pena de 15.000 pesetas de multa, con siete días de arresto sustitutorio en caso de impago, mientras que el fallo desestimatorio del recurso de apelación por él interpuesto, al confirmar la resolución anterior por la falta antes descrita, le condena a la pena de 29.999 pesetas o quince días de arresto sustitutorio en caso de impago. Entiende el demandante de amparo, y a ello se adhiere el Fiscal ante este Tribunal, que la agravación de la pena en los términos antes expuestos infringe en este punto el principio acusatorio que inspira el proceso penal y prohíbe la *reformatio in peius*, dando lugar a la indefensión del actor.

La reforma peyorativa, esto es, la situación que se origina cuando la condición jurídica de un recurrente resulta empeorada por obra exclusiva de su propio recurso ha sido examinada por este Tribunal en distintas ocasiones. Por lo que hace singularmente al juicio de faltas, la STC 54/1985, de 18 de abril, tras llevar a cabo una detenida exégesis de la regulación que nuestro ordenamiento hace de dicho proceso en primera y segunda instancia, destaca el tránsito de una concepción denominada por el principio inquisitivo a la consagración, por razones que no precisan de mayor glosa, del principio acusatorio, el cual posibilita y exige la distinción entre los planos de la acusación y de la decisión, cuyas respectivas funciones corresponden, la primera, al Ministerio Fiscal o a las partes acusadoras a través del ejercicio de la oportuna pretensión y, la segunda, al Juez que resuelve la controversia. A lo que se añade que la básica inclusión del juicio de faltas en el sistema acusatorio penal se refuerza e impone «prioritariamente, a consecuencia de las disposiciones constitucionales reguladoras de los derechos fundamentales y de las libertades públicas». En igual línea de razonamiento, la STC 84/1985, de 8 de julio, afirma que, con independencia de la sumamente defectuosa regulación legal del juicio de faltas en el Derecho español vigente, nada impide que «se pueda interpretar tal legislación a la luz de los principios constitucionales», debiéndose entender regido el juicio de faltas por los mismos principios y reglas de los restantes juicios penales.

De todo lo cual se deduce que la interdicción de la *reformatio in peius* en

los juicios de faltas es inherente a las garantías que han de regir en todo proceso (STC 115/1986, de 6 de octubre), siendo doctrina consolidada de este Tribunal que el empeoramiento de la condición jurídica de un apelante condenado en la primera instancia de un proceso penal, como consecuencia exclusiva de su recurso de apelación, vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24 de la Constitución (STC 6/1987, de 28 de enero). Desde el respeto a este derecho fundamental, la agravación o empeoramiento del recurrente sólo es aceptable si concurren otras partes apelantes que con sus peticiones permitan adoptar aquella decisión de condena agravada, «pues, aunque la apelación se considere como un *novum iudicium*, la revisión que supone debe encuadrarse dentro de las pretensiones ejercitadas en ambas instancias, no admitiendo las apreciaciones distintas que las superen, con agravio indudable de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución» (STC 54/1985, de 18 de abril).

Aplicada la doctrina anterior al caso presente, hay que convenir con el recurrente y con el Ministerio Fiscal que, si bien se aprecia identidad en la calificación de los hechos efectuada por ambos órganos judiciales, el Juez de apelación agravó la condena del actor sin que concurrieran otras partes apelantes, puesto que no sólo la parte inicialmente denunciante y acusadora no compareció en la apelación, sino que además el Fiscal solicitó la revocación de la Sentencia del Juez *a quo* y la libre absolución del apelante por entender que los hechos no eran merecedores de reproche penal. Tal conducta del Juez de alzada encaja, sin duda, en la prohibición de la reforma peyorativa y, por lo mismo, ha lesionado el derecho a la defensa y a un proceso con todas las garantías, así como la interdicción de la indefensión que, en su conjunto, protege el artículo 24 de la Constitución, por lo que, con base a este motivo, debe otorgarse al amparo solicitado, sin que para la reintegración de su derecho a la tutela judicial efectiva sea necesario retrotraer las actuaciones a fin de que se dicte nueva sentencia, en apelación, quedando así firme la Sentencia del Juzgado de Distrito.

(Sentencia de 23 de noviembre de 1987. R.A. 24586.—«BOE» de 10 de diciembre de 1987.—Ponente: Jesús Leguina Villa.)

IV. CODIGO PENAL

ARTÍCULO 67

Penas alternativas

V. Sentencia de 27 de octubre de 1987 sobre *reformatio in peius*.—Artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

ARTÍCULO 112.6

Prescripción

La no apreciación por los órganos judiciales de la prescripción como causa de extinción de la responsabilidad criminal no supone lesión constitucional algu-

na, pues, como este Tribunal ha afirmado (ATC 27/1983, de 19 de enero, ATC 135/1983, de 25 de enero), la concurrencia o no de la misma constituye una cuestión de mera legalidad ordinaria, cuya apreciación corresponde a la jurisdicción ordinaria y sobre cuya procedencia no puede entrar este Tribunal.

(Sentencia de 7 de octubre de 1987. R.A. 1088/86.—«BOE» de 20 octubre de 1987.—Ponente: Miguel Rodríguez Piñero.)

ARTÍCULO 340 bis a) 1.º

Conducción en estado de embriaguez

V. Sentencia de 23 de septiembre de 1987 sobre *presunción de inocencia*.—Artículo 24.2 de la Constitución Española.

ARTÍCULO 457

Delito de injurias

V. Sentencia de 27 de octubre de 1987 sobre *derecho a la libertad de información*.—Artículo 20.1 d) de la Constitución Española.

V. OTRAS LEYES

Ley General Penitenciaria

ARTÍCULO 44.2

Expediente disciplinario: derecho a expresarse en euskera

Alega el actor en primer lugar la presunta vulneración del artículo 24.1 de la Constitución Española, porque la actuación de la Junta restringió —según afirma en su escrito de alegaciones— el derecho a usar la lengua propia y oficial de la Comunidad Autónoma al condicionarse su ejercicio al hecho de su grabación y posterior traducción. Sin embargo, el referido alegato carece de consistencia, ya que, como este Tribunal declaró en la Sentencia 2/1987 (fundamento jurídico 6.º) —donde se planteó idéntica cuestión—, el derecho que la Constitución reconoce al uso del euskera, reconocido también en el Estatuto de Autonomía del País Vasco y en la Ley de normalización del euskera, es un derecho que según nuestra Sentencia 82/1986, de 26 de junio, es «de aplicación progresiva, en función de las posibilidades de la Administración en cada momento, y no puede ser exigido en su totalidad de forma inmediata». También en el presente caso, la actitud de la Junta no imposibilitó al recurrente el derecho a la defensa, y al correcto conocimiento del castellano se añade que la falta de declaración oral se debió a su actitud de no querer expresarse en dicha lengua, razón que no puede ser alegada como indefensión ocasionada por el organismo penitenciario.

(Sentencia de 1 de diciembre de 1987. R.A. 573/86.—«BOE» de 26 de diciembre de 1987.—Ponente: Antonio Truyol Serra.)

Expediente disciplinario: derecho a un proceso público

Igualmente, debe rechazarse la alegada violación del artículo 24.2 de la Constitución Española sobre la base de la solicitud de que la sesión de la Junta de Régimen y Administración fuese pública en aplicación del «derecho a un proceso público», ya que, como declaramos en la citada Sentencia 2/1987 (fundamento jurídico 6.º), el artículo 24.2 de la Constitución «no es aplicable en su integridad a los procedimientos administrativos disciplinarios» y no puede decirse que para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del artículo 24 tengan que ser públicos los procedimientos disciplinarios, a lo que añade, que en el caso del régimen penitenciario, el carácter no abierto al público de las sesiones de audiencia se justifica, además por las propias excepciones que puede sufrir el carácter público del proceso, según establece nuestra legislación y admite el artículo 6.1 del Convenio de Roma.

(Sentencia de 1 de diciembre de 1987. R.A. 573/86.—«BOE» de 26 de diciembre de 1987.—Ponente: Antonio Truyol Serra.)

Carecen, asimismo, de consistencia las alegaciones del recurrente sobre el carácter público del procedimiento a que fue sometido, pues no sólo el artículo 24.2 de la Constitución Española no es aplicable en su integridad a los procedimientos administrativos disciplinarios, ni puede decirse que necesariamente desde la perspectiva constitucional, tengan éstos que ser públicos, sino que también la regla del carácter público del proceso, incluso cuando es judicial, puede sufrir excepciones, como establece nuestra legislación y admite el artículo 6.1 del Convenio de Roma. Esta doctrina resulta de adecuada y especial aplicación al régimen penitenciario, cuyas características de sistema de privación de libertad, regido por un principio de disciplina indispensable para el mantenimiento del orden dentro del establecimiento carcelario, justifican el carácter no abierto al público de las sesiones de audiencia que la Junta celebre en tramitación de los procedimientos sancionadores.

(Sentencia de 2 de diciembre de 1987. R.A. 791/86.—«BOE» de 26 de diciembre de 1987.—Ponente: Eugenio Díaz Eimil.)

Falta de comunicación de la denuncia

Debe rechazarse la primera de dichas violaciones, que se centra en no haberse comunicado, junto al pliego de cargos, el contenido de la denuncia formulada contra él, porque el derecho a ser informado de la acusación se cumple con el traslado del pliego de cargos a través del cual el sometido al expediente disciplinario tiene conocimiento de los hechos que se le imputan y de la calificación jurídica que éstos merecen para la Administración, sin que el conocimiento de la denuncia constituya una exigencia constitucional, salvo que se pretenda utilizar como material probatorio de cargo, en cuyo caso vendrá sometida al régimen de acceso a los medios de prueba que puedan corresponder al imputado; circunstancia ésta que no es apreciable en el caso contemplado, dado que el demandante se limita a denunciar, en abstracto, la falta de comunicación de la denuncia, lo cual, a

efectos del conocimiento de los hechos imputados, no puede estimarse que haya ocasionado indefensión.

(Sentencia de 2 de diciembre de 1987. R.A. 791/86.—«BOE» de 26 de diciembre de 1987.—Ponente: Eugenio Díaz Eimil.)

Información de la infracción

Ya que, como también dijimos en la Sentencia 2/1987 (fundamento jurídico 6.º), desde la perspectiva constitucional lo que es exigible, en todo caso, es el conocimiento de los hechos imputados para poder defenderse sobre los mismos, exigencia que quedó cumplida al narrarse en el pliego de cargos, debidamente comunicado al interno, que los hechos que originaban la incoación del expediente tenían su origen en su negativa actitud al requerimiento del funcionario para la realización de las reseñas fotográficas, de acuerdo con lo establecido en el artículo 28 del Reglamento Penitenciario.

(Sentencia de 1 de diciembre de 1987. R.A. 573/86.—«BOE» de 28 de diciembre de 1987.—Ponente: Antonio Truyol Serra.)

ARTÍCULO 76

Juez de Vigilancia: Motivación de las resoluciones

El requisito de la motivación de las resoluciones judiciales, integrado en el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 de la Constitución Española no significa que el órgano judicial deba dar respuesta cabal y completa a todas y cada una de las alegaciones de las partes que intervienen en el proceso o procedimiento, sino tan sólo que contengan la fundamentación necesaria para que éstas puedan tener conocimiento de las razones determinantes de la decisión.

En el caso de Autos, la resolución judicial confirma el acto administrativo recurrido en alzada por estimar que las actuaciones acreditan la comisión de la falta grave por la cual se impuso la sanción recurrida. Sin duda, esta fundamentación es muy concisa, por ello, no constituye la vulneración que denuncia el demandante, pues no puede seriamente afirmarse que esa concisión haya impedido a éste conocer las razones que condujeron al Juez a desestimar su alzada, dado que, además de la validez constitucional de la motivación *aliunde* o por remisión realizada por un órgano superior de revisión, no puede desconocerse que el Auto del Juez era el quinto que dictaba en relación con las mismas cuestiones, que se le habían planteado por el demandante en cuatro anteriores expedientes y, por tanto, éste tenía conocimiento de los motivos de la decisión desestimatoria del Juez, desde la primera de dichas resoluciones, respecto a la cual, la Sentencia 74/1984, de 18 de junio, declara que respetó y satisfizo el derecho a la tutela judicial por haberse en ella efectuado el debido examen de fondo y de forma sobre el expediente desciplinado.

Este planteamiento reiterado hace razonable la escueta fundamentación de los autos aquí recurridos, la cual se manifiesta así alejada de toda idea de lesión de dicho derecho fundamental.

(Sentencia de 2 de diciembre de 1987. R.A. 791/86.—«BOE» de 26 de diciembre de 1987.—Ponente: Eugenio Díaz Eimil.)

REGLAMENTO PENITENCIARIO

ARTÍCULO 130.1 e)

Asesoramiento de letrado

En cuanto a la supuesta vulneración del derecho a la asistencia letrada, por no autorizar la Junta de Régimen y Administración la asistencia del Letrado-defensor designado por el propio recurrente en la sesión celebrada ante la misma, debe señalarse que sobre esta cuestión, en los términos solicitados por el recurrente, nos pronunciamos en la Sentencia 74/1985, de 18 de julio (fundamento jurídico 4.º). Allí dijimos que del artículo 131.1 d) del Reglamento Penitenciario se desprende una doble posibilidad de defensa para el interno: o contestar por escrito o comparecer oralmente ante la Junta. «La posibilidad de asesorarse por su Abogado “durante la tramitación del expediente” le permite redactar su contestación al pliego de cargos bajo la dirección de Letrado, así como aconsejarse por éste para proponer pruebas. La consulta con su Abogado puede y debe ser previa a la comparecencia ante la Junta, si el interno opta por ella y no por la contestación por escrito». En el caso enjuiciado no consta que el actor no contase con el asesoramiento de Letrado, ni el mismo lo plantea, sino sólo que en la comparecencia ante la Junta no fue admitido por ésta que el interno estuviese asistido personalmente por su Abogado. Cuestión que nos conduce, en línea con lo declarado en la Sentencia citada, a rechazar forzosamente la queja en este punto formulada.

(Sentencia de 1 de diciembre de 1987. R.A. 573/86.—«BOE» de 26 de diciembre de 1987.—Ponente: Antonio Truyol Serra.)

En cuanto a la vulneración del derecho a la defensa y asistencia letrada, por no autorizar la Junta la presencia del Letrado-defensor designado por el recurrente en la sesión celebrada ante la misma, procede señalar que el artículo 130.1 c) del Reglamento Penitenciario, concede al interno sometido al expediente disciplinario la posibilidad de asesorarse durante la tramitación del mismo, lo cual le permite redactar su pliego de descargos y proponer las pruebas pertinentes para su defensa bajo la dirección de un Letrado, y ello, en la interpretación finalista de los principios esenciales reflejados en el artículo 24 de la Constitución Española, en materia de procedimiento a la que se refiere la Sentencia 21/1981, de 15 de junio, garantiza el derecho que estamos examinando, cuya plena satisfacción no exige, en los expedientes administrativos sancionadores de faltas penitenciarias, la presencia personal del Letrado en las sesiones de la Junta. Al no constar, por tanto, que ésta hubiera impedido dicho asesoramiento, lo cual, no

se denuncia por el demandante, debe rechazarse, también, la queja formulada en este aspecto.

(Sentencia de 2 de diciembre de 1987. R.A. 791/86.—«BOE» de 26 de diciembre de 1987.—Ponente: Eugenio Díaz Eimil.)

ARTÍCULO 130.2

Derecho a la utilización de pruebas pertinentes para la defensa en el caso de la disciplina penitenciaria

Alega, finalmente también el recurrente, por lo que se refiere a la vulneración del artículo 24.2 de la Constitución Española, que no pudo utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa. Sin embargo, dicha queja no puede prosperar. Este Tribunal no ha dejado de reconocer (Sentencia 2/1987, fundamento jurídico 6.º) —pese a no ser enteramente aplicable el artículo 24.2 de la Constitución Española a los procedimientos disciplinarios— la relevancia constitucional del derecho a la utilización de pruebas pertinentes para la defensa en el caso de la disciplina penitenciaria; relevancia que *a sensu contrario* se deduce también del artículo 25.2 de la Constitución Española, que garantiza al condenado a pena de privación de libertad el goce de los derechos fundamentales «a excepción de los que se vean expresamente limitados por la Ley penitenciaria», y cuya motivación de la denegación por no pertinencia o relevancia de las pruebas propuestas viene exigida por el artículo 130.2 del Reglamento Penitenciario. Ahora bien, en el presente caso no puede apreciarse que la denegación de las pruebas declaradas impertinentes lo fuese arbitrariamente, ya que del examen del expediente disciplinario resulta con toda claridad que hubo para la resolución adoptada una adecuada fundamentación.

De todo lo cual se desprende —como señala el Ministerio Fiscal— que la denegación de las pruebas propuestas no ha sido, atendidas las circunstancias del caso, irrazonable, sin que por otro lado se haya facilitado en el proceso de amparo —en línea con lo declarado en la Sentencia 2/1987 (fundamento jurídico 6.º)— «razones suficientes para *destruir* la decisión administrativa adoptada de no concesión de pruebas», sin ofrecerse, en ninguno de los recursos planteados ante el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, argumento autónomo y concreto sobre la trascendencia de las pruebas denegadas, lo que nos impide apreciar la lesión constitucional denunciada.

(Sentencia de 1 de diciembre de 1987. R.A. 573/86.—«BOE» de 26 de diciembre de 1987.—Ponente: Antonio Truyol Serra.)

En lo que afecta a la privación de medios de prueba, este Tribunal ha recoocido en su Sentencia de 2/1987, que, pese a no ser enteramente aplicable el artículo 24.2 a los procedimientos disciplinarios, el derecho del expedientado a utilizar pruebas para su defensa, tienen relevancia constitucional, pero ello no significa que tenga derecho a que se practiquen todas aquellas que tenga a bien proponer, sino tan sólo las que sean pertinentes o necesarias, como así establece el artículo 130.2 del Reglamento Penitenciario. En el caso enjuiciado, la Junta denegó, por estimarla inconcreta y casi irrealizable, la petición de que, entre un centenar de

personas (presos y funcionarios) se tomase declaración a aquellas que desease la Junta, y tal causa de denegación motivada no puede calificarse de irrazonable, máxime si se considera que en este proceso el demandante se limita a denunciar la denegación, sin aportar argumento alguno sobre la trascendencia o necesidad de la prueba rechazada, debiendo, además, destacarse que la finalidad puramente formulista y retórica de esta alegación, carente de trascendencia alguna en orden a un resultado de indefensión, se pone de manifiesto con sólo considerar que en ningún momento el demandante negó expresamente, ante la Junta, la realidad de los hechos imputados.

(Sentencia de 2 de diciembre de 1987. R.A. 791/86.—«BOE» de 26 de diciembre de 1987.—Ponente: Eugenio Díaz Eimil.)

ARTÍCULO 262

Juntas de Régimen y Administración

No estará de más recordar, por lo que hace referencia a la exigencia de ser sancionado por un Tribunal imparcial, que la citada cuestión fue abordada y resuelta por las Sentencias 74/1985 y 2/1987, donde se declaró que ni del artículo 24.2 de la Constitución Española, ni del artículo 6 del Convenio de Roma, se deriva que la sanción impuesta al recurrente hubiera tenido que serlo por un órgano independiente e imparcial, ya que estando el interno de un centro penitenciario, respecto a la Administración penitenciaria, «en una relación de sujeción especial de la que deriva una potestad sancionatoria disciplinaria», no tienen nada de anómalo que el órgano aquí competente para imponer sanciones sea la Junta de Régimen y Administración, «órgano no jurisdiccional, sino administrativo», respecto al cual como a todo órgano administrativo, «no es exigible esa neutralidad o imparcialidad en su composición que el recurrente reclama»; todo ello, claro está, sin perjuicio del reconocimiento al sancionado disciplinariamente de ciertos derechos constitucionales del artículo 24 de la Constitución Española, como se estableció, entre otras, en la primera de las dos Sentencias últimamente citadas, y sin que quepa olvidar además que, como señala la segunda de ellas, remitiéndose a la Sentencia 77/1983, de 3 de octubre, la potestad sancionadora de la Administración está subordinada a la autoridad judicial, cuyo control *a posteriori* es necesario mediante el oportuno recurso siendo ésta, en el supuesto del presente caso, el Juez de Vigilancia.

(Sentencia de 1 de diciembre de 1987. R.A. 573/86.—«BOE» de 26 de diciembre de 1987.—Ponente: Antonio Truyol Serra.)

LEY ORGANICA DEL PODER JUDICIAL

ARTÍCULO 87.2

Autorización judicial para entrar en domicilio

El artículo 87.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial no ha sustraído a la jurisdicción contencioso-administrativa el control de legalidad de los actos de la Administración cuya ejecución exige la entrada en un

domicilio para atribuirlo al Juez de Instrucción que ha de acordar esa entrada. El control de legalidad de estos actos, como el de toda la actuación administrativa, sigue siendo competencia específica de esta jurisdicción, que es también la única que puede acordar la suspensión de lo resuelto por la Administración. El Juez de Instrucción actúa en estos supuestos como garante del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio y, en consecuencia, lo único que ha de asegurar es que requiere efectivamente la entrada en él la ejecución de un acto que *prima facie*, parece dictado por autoridad competente en ejercicio de facultades propias, garantizando al tiempo que esa irrupción en el ámbito de la intimidad se produzca sin más limitaciones de ésta (o de otros derechos fundamental de los ocupantes) que aquellas que sean estrictamente indispensable para la resolución administrativa.

(Sentencia de 23 de septiembre de 1987. R.A. 858/86.—«BOE» de 20 de octubre de 1987.—Ponente: Francisco Rubio LLorente.)

LEY ORGANICA 8/84, DE 26 DE DICIEMBRE, SOBRE OBJECION DE CONCIENCIA

ARTÍCULO 2.2 y 3.

Opina el Defensor del Pueblo que los apartados 2 y 3 del artículo 2 infringen los principios de igualdad y de proporcionalidad de las sanciones, en relación con las señaladas para los militantes en el Código a conductas semejantes. Pero ni el término de comparación es correcto, ni se da tampoco la arbitrariedad que se denuncia. Lo primero, porque las situaciones no son sustancialmente iguales y en eso el legislador puede tener un margen, en atención al carácter excepcional de la exención que el Derecho concede, y lo segundo, porque el problema de la proporcionalidad entre pena y delito es competencia del legislador en el ámbito de su política penal, lo que no excluye la posibilidad de que en una norma penal exista una desproporción de tal entidad que vulnere el principio del Estado de Derecho, el valor de la justicia y la dignidad de la persona humana, tal como se dijo en el fundamento jurídico 2.º de la STC 65/1966, de 22 de mayo, supuesto que notoriamente no se da en el caso presente.

También se considera inconstitucional el inciso final del artículo 2.3 de la Ley Orgánica 8/1984 por infracción de principio *non bis in idem*. No es admisible la impugnación, puesto que la exigencia de cumplimiento de la prestación social sustitutoria en caso de movilización al objetor no implica una nueva condena por los mismos hechos, sino una condena por el hecho nuevo del incumplimiento del deber resultante de la movilización de modo análogo a lo que sucedería con un soldado condenado por desertor o prófugo, que tampoco quedaría exento de su deber de atender a la movilización una vez producida, y podría ser condenado si no atendiera a la movilización.

El Tribunal Constitucional estudia los anteriores apartados del artículo 2 de la Ley Orgánica 8/84, ya que la Ley Orgánica 14/85, de 9 de diciembre no modificó el texto de dichos apartados.

(Sentencia de 27 de octubre de 1987. R.A. 263/85.—«BOE» de 12 de noviembre de 1987.—Ponente: Carlos de la Vega Benayas.)

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

JOSE LUIS MANZANARES SAMANIEGO

Magistrado del Tribunal Supremo. Profesor Titular de Universidad
Letrado del Estado

ARTICULO 8.4.º LEGITIMA DEFENSA

(STS de 27 de noviembre de 1987. Pte. Sr. Soto Nieto)

Segundo. Fundamentado también en el número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se denuncia en el segundo motivo infracción del número 4.º del artículo 8.º, por su falta de aplicación, creyendo que concurren los requisitos viabilizadores de la legítima defensa. Se refiere el «factum» a que cuando Manuel Joaquín Sánchez, y su hijo Juan Manuel Sánchez trabajaban en una finca de su propiedad, surgió una disputa por una cuestión de linderos entre ellos y su colindante, el procesado Antonio López López a «quien acompañaba su hijo, el otro procesado, José Antonio López Gómez «que con sendos azadones trataban de practicar un paso junto a un regajo contiguo a las lindes que separan las fincas de uno y otro, cuya discusión degeneró en acelerada reyerta en el curso de la cual» los inculpados, haciendo uso de los azadones mencionados, llevaron a efecto los acometimientos que originaron las lesiones descritas a Manuel Joaquín Sánchez y a su hijo. No aparece que por parte de éstos hubiera procedido aquella agresión ilegítima que, como elemento cardinal y primario, se menciona en el artículo 8.º, número 4, del Código penal, al definir tan señalada causa de justificación eliminadora de la antijuridicidad de la acción. La agresión ilegítima se identifica con cualquier acto incisivo y amenazante cerniente sobre el sujeto y que tiende a poner en peligro o a lesionar el interés jurídicamente protegido de su vida, integridad física o bienes o derechos que le pertenecen o le son insuitos. No bastando cualquier intromisión o perturbación incidente sobre ajena esfera jurídica, sino que aquéllos han de incluir un peligro real y objetivo con potencia de dañar, caracterizándose, cual se ha destacado, en un plano ontológico, por su actualidad onminencia, y en el axiológico o jurídico, por su ilegitimidad, pudiendo ofrecer la agresión configuraciones diversas en relación con la índole del bien jurídico hacia el que se atente. Semejante ingerencia, aparte de su sorpresa, de su sinrazón y carencia de refrendo legal, de su «ilegitimidad», en suma, ha de ofrecer cierta entidad y vigencia, hablándose de la necesidad de hallarnos ante una agresión violenta, real o grave, inmotivada, imprevista, directa, actual o inminente, y, desde luego, capaz de originar una situación de acusado riesgo para bienes jurídicamente tutelados, ordinariamente la vida o la integridad física, objetivamente evaluables, caracteres o aspectos del inesperado acometimiento a que aluden una serie de sentencias de esta Sala, tales las de 9 de febrero de 1981, 2 de marzo, 13 de julio y 4 de noviembre de 1982, 4 de febrero y 15

de junio de 1983, 24 de abril de 1984, 25 de abril, 14 de mayo y 30 de octubre de 1985, 26 de febrero y 19 de mayo de 1986 y 10 de marzo de 1987. Requisito, el expuesto, de tan ineludible presencia que, de faltar, cae por su base todo intento configurador de la legítima defensa, tanto en su condición de eximente como incompleta. Que es, justamente, lo que sucede en el supuesto examinado en el que no aparece del relato histórico que los atacados con aludidos aperos agrícolas hubiesen desplegado significativos actos de arremetimiento físico contra los acusados, que, justificadamente, motivasen la violenta reacción de los mismos. De otra parte, si realmente se hubiese llegado a una situación de riña libremente aceptada, con mutuo acometimiento y recíproca agresión, no puede llegarse a la conclusión de existencia de legítima defensa, ni siquiera en la modalidad de incompleta, al faltar el requisito a que nos estamos refiriendo de agresión ilegítima, con los caracteres que se le vienen asignando, apreciándose los resultados lesivos como meros episodios de la asumida contienda: así, entre varias sentencias, las de 30 de abril y 22 de octubre de 1981, 24 y 25 de septiembre de 1984, 10 de junio de 1985 y 8 de mayo de 1986. Corolario de todo ello ha de ser la desestimación del motivo.

ARTICULO 10.7.^a DISFRAZ

(STS de 27 de noviembre de 1987. Pte. Sr. Soto Nieto)

Primero. La ratio o fundamento de la circunstancia agravante de disfraz estriba, básicamente, en la mayor dificultad que se ofrece a la labor investigadora y probatoria a desplegar tras la perpetración del hecho criminal, tanto en el ámbito policial, como en el más relevante, procesalmente, de Juzgados y Tribunales, facilitándose de modo acusado la impunidad del delincuente merced a las dificultades identificatorias derivadas de las alteraciones producidas en su aspecto exterior, ya se pretenda con el medio o artificio empleando la alteración u ocultación de las facciones, la transmutación o cambio de la configuración aparental, o la incorporación de una indumentaria específica que lleve a la confusión sobre la identidad o condición del sujeto. Ello conllevará una facilitación ejecutiva del proyecto criminal ante la convicción del culpable de las dificultades que acompañan para ser reconocido e identificado, lo que imprimirá a su actuación cierta desenvoltura y presteza; en otras ocasiones la mayor facilidad comisiva deriva, ante la originación de error sobre la cualidad de la persona disfrazada, de la falta de sospechas o recelo por parte del ofendido, aprovechándose de su confianza y falta de prevención. Como requisitos necesarios para la apreciación de la agravante de disfraz cabe enumerar: 1.º) que el artículo *instrumental* empleado para la desfiguración o alteración en la apariencia del sujeto sea empleado al tiempo de la ejecución del hecho delictivo, careciendo de significación a efectos agravatorios las maniobras disimuladoras y ocultadoras del rostro o de la apariencia física de la persona efectuadas «post delictum» para conjurar el riesgo de su detención; 2.º) preordenación del empleo del disfraz en aras del logro de una mayor facilidad en la ejecución del plan delictivo o aseguramiento de su impunidad, elemento culpabilístico imprescindible pese al sesgo eminentemente objetivo

que impregna la naturaleza de la agravante; 3.º) eficacia en el uso del disfraz, es decir, que el mismo sea de una cierta entidad, logrando, efectivamente, desfigurar la facies o el aspecto externo y habitual del sujeto, para impedir o dificultar su identidad y posterior reconocimiento, sin perjuicio, naturalmente, de que en la investigación sumarial o actuación probatoria ulterior, en base a los plurales datos de que se disponga, se llegue a la definitiva identificación de los actores del acto delictual; requisitos, los expuestos, resaltados, entre otras, en sentencias de 16 de junio de 1976, 19 de octubre de 1980, 9 de abril de 1981 y 4 de octubre de 1985.

Segundo. La agravante de disfraz del número 7.º del artículo 10, por su carácter instrumental o modal, se ofrece de naturaleza objetiva, y, por lo mismo comunicable a cuantos partícipes tuvieran conocimiento de ella al tiempo de su acción o cooperación al delito, aunque fuese sólo uno el que hiciese uso del disfraz enmascarador, desfigurador o disimulador; mas —cual resalta la sentencia de 15 de diciembre de 1986— es exigencia imprescindible, impuesta por el principio de culpabilidad, que el partícipe tenga conocimiento pleno de que el delito va a cometerse con la concurrencia de tal circunstancia, no siendo suficiente la representación de la posibilidad de concurrencia de la misma, no valiendo tampoco meras conjeturas o suposiciones, ni la declaración genérica en el «factum» del previo acuerdo o «pactum aceleris» para la realización de la acción depredatoria. Según el relato histórico de la sentencia impugnada, el procesado, en unión de otro individuo no identificado, entraron en los locales de la empresa que se cita, «poniéndose el individuo no identificado una capucha que llevaba consigo, para evitar ser reconocido»; sin que el procesado hiciera otro tanto, actuando, por lo mismo, a cara descubierta y portando una pistola. Se refiere la sentencia a un «mutuo acuerdo» para entrar en los locales referidos, pero no especifica que tal entendimiento viniera extendido al uso de la capucha por el correo, deduciéndose que ello fue iniciativa personal suya en aras de impedir su identificación. La Jurisprudencia ha proveído a estos supuestos —sentencia de 7 de febrero de 1985, ratificando criterio sostenido en anteriores de 13 de abril de 1977 y 17 de marzo de 1982—, sosteniendo que si el uso del disfraz por uno de los que intervinieron en el robo, fue sólo una actuación individual del mismo para no ser conocido, por tratarse de una precaución de carácter personal, no es comunicable a los demás, sino que sólo servirá para agravar o atenuar la responsabilidad de quien lo hubiera empleado, según preceptúa el artículo 60, párrafo 1.º, del Código penal, no siendo dable comunicarla a todos los demás copartícipes que actuaron a cara descubierta. El recurso promovido por el procesado, en el primero de sus motivos, formulado al amparo del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aduce aplicación indebida del último párrafo del artículo 60 del Código penal, en concurrencia con el artículo 10.7.º, al haber considerado la sentencia que se impugna, en el caso examinado, el uso del disfraz como una circunstancia objetiva, pese a no existir previa concertación ni conocimiento del mismo, optando por su comunicabilidad. El segundo motivo, por idéntico cauce procesal, funda la infracción de ley que denuncia en la implicación del párrafo 1.º del artículo 60 del Código penal que establece que las circunstancias agravantes de tipo personal se aplicarán únicamente para aquellos culpables en quienes concurran, no procediendo la comunicabilidad de las mismas. Por las razones anteriormente expuestas procede la estimación de sendos motivos.

ARTICULO 14.3.º COOPERACION NECESARIA. ENTREGA DE LLAVES PARA EL ROBO

(STS de 19 de enero de 1988. Pte. Sr. Bacigalupo Zapata)

Segundo. La Defensa del recurrente alega al amparo del artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal la inaplicación —como a su juicio hubiera correspondido— del artículo 14.3.º del Código penal (segundo motivo de casación). Este punto de vista se apoya en la afirmación de la representación del recurrente que estima no aplicable al caso el artículo 14.1.º del Código penal (tercer motivo de casación).

Ambos motivos, que constituyen una unidad y que, por tanto, deben tratarse en forma conjunta, han sido impugnados por el Ministerio Fiscal, quien ha entendido que la **entrega de las llaves para penetrar en el local** supera la simple complicidad y alcanza para configurar una cooperación necesaria en los términos del artículo 14.3.º del Código penal.

El motivo debe ser desestimado.

La acción de Luis Mariano Arga Alonso consistió, como se dijo, en proporcionar las llaves del local en el que se encontraban los objetos de los que se apoderaron los otros partícipes. Este **instrumento es un elemento difícilmente reemplazable en las circunstancias concretas de la ejecución planeada y llevada a cabo por los acusados y, en consecuencia, ello determina que la cooperación del recurrente se subsuma bajo el número 3.º del artículo 14 del Código penal.** Es indudable que contar con las llaves de acceso al lugar en el que se encuentran las cosas adquiere una relevancia fundamental en el plan y en la decisión al hecho, **pues otorga una significativa facilidad para la remoción de los obstáculos que resguardan las cosas y, al mismo tiempo, proporciona mayor seguridad a los autores en la ejecución.**

Cuando en la sentencia se consigna que es de aplicación a este comportamiento el artículo 14.1.º del Código penal, es evidente que ello constituye sólo un **error material**, que resulta insuficiente motivo para casar la sentencia recurrida, pues, dada la identidad de pena con que se amenazan todos los supuestos del artículo 14 del Código penal, un error de subsunción de esta naturaleza no tendría trascendencia alguna sobre el fallo. Como es sabido, **entre la infracción de ley y el fallo debe haber una relación de causalidad, sin la cual la anulación de la sentencia no resultaría justificada.**

ARTICULO 61, REGLAS 3.ª, 4.ª y 7.ª DISCRECIONALIDAD EN LA APLICACIÓN DE LAS PENAS

(STS de 18 de enero de 1988. Pte. Sr. Manzanares Samaniego)

Tercero. Si bien se ha ido consolidando jurisprudencialmente la doctrina a cuyo tenor es reversible en casación la compensación racional de las circunstancias atenuantes y agravantes —así las recientes sentencias de 27 de abril de 1982, 28 de enero de 1985 y 19 de febrero y 15 de septiembre de 1986, y 25 de noviembre de 1987, frente a las de 29 de diciembre de 1966, 17 de octubre de 1967 y 28 de junio

de 1968, entre las partidarias de la discrecionalidad plena del Tribunal de instancia—, es fácil comprobar que en ambos robos con intimidación se optó por el grado mínimo de la prisión menor recogida como pena base en el número 5.º del artículo 501 del Código penal (un año y seis meses por el primer delito, y un año por el segundo), lo que revela no sólo racionalidad en la compensación, sino también benevolencia, puesto que, concurriendo la reincidencia con una atenuante analógica de similar valoración, bien podía haberse llegado hasta el grado medio, como si no se hubiera apreciado circunstancia alguna modificativa de la responsabilidad criminal (regla 4.ª del repetido artículo 61), sin olvidar, por último, que igual indulgencia se observa en la individualización final de la pena, conforme a la regla 7.ª, que, además, ha sido excluida de la casación por una jurisprudencia constante, de la que son botones de muestra las sentencias de 14 de octubre de 1898, 9 de marzo de 1915, 29 de noviembre de 1939, 28 de junio de 1943, 11 de junio de 1952, 22 de febrero de 1966, 27 de marzo de 1972, 10 de noviembre de 1980, 30 de marzo de 1981, 7 de abril de 1984, y 10 de julio y 1 de diciembre de 1986.

ARTICULO 69 BIS. DELITO CONTINUADO. FALSEDAD EN DOCUMENTO OFICIAL Y DOCUMENTO DE IDENTIDAD

(STS de 19 de enero de 1988. Pte. Sr. Moyna Ménguez)

Unico. Cierta sector doctrinal ha abogado por referir al texto de los artículos 308, 309 y 310 del Código penal, junto a los documentos acreditativos de la identidad de una persona, aquellos otros que dan constancia de la atribución a un sujeto de una cualidad —la de ser, v. gr., funcionario público—, o de un derecho —conducir vehículos o trasladarse fuera del territorio nacional—, en la medida en que el tipo penal alude no sólo a documentos de identidad, sino a otras «cédulas de carácter personal». Ninguna dificultad podría en este caso oponerse al reconocimiento de un único delito —continuado— cuando el acusado falsificare o hiciere uso de un documento de identidad y del permiso de conducción falsificados; sin embargo, la doctrina de este Tribunal, al otorgar al **documento que habilita para conducir** la conceptualización de **documento «oficial»** con sede penal en los artículos 302 y 303 del Código, pone en entredicho la expresada continuidad delictiva al no ser el precepto penal aplicado uno y el mismo.

El artículo 69 bis del Texto penal reconoce la unidad del precepto penal violado como exigencia conceptual del delito continuado al expresar la necesidad de que las acciones infrinjan «el mismo o semejantes preceptos penales» que se puede traducir en la unidad de bien jurídico protegido, expresada en la homogeneidad de los actos, delitos e infracciones, y queda lejos de toda duda que la conducta de quien posee un **Documento Nacional de Identidad y un permiso de conducción** pertenecientes a otra persona, en el que ha substituido sus fotografías por las suyas, aunque los documentos respondan a distintos fines —acreditar la identidad el uno y habilitar para la conducción de vehículos el otro—, revela o traduce una identidad en los modos comisivos, y una afinidad o parentesco de los preceptos penales que tipifican las conductas —homogeneidad de tipo o la semejanza exigida por el artículo 69 bis— hasta el punto que **las dos falsifica-**

ciones en su aspecto dinámico o funcional son complementarias porque el permiso de conducir exige un documento de identidad que le sirva de cobertura. Por lo expuesto, procede estimar el único motivo de casación que invoca la inaplicación del artículo 69 bis del Código penal en la vía del artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

ARTICULO 112.6.º PRESCRIPCIÓN DEL DELITO

(STS de 5 de enero de 1988. Pte. Sr. Soto Nieto)

Primero. Durante algún tiempo, y dado que la figura de la **prescripción** irrumpió en la gnoseología jurídico legal en época en que el desarrollo del Derecho penal era incipiente, sin haber alcanzado propia individualidad y categoría científica, la prescripción del delito se enfocó con parámetros jurídico-civiles, representando la consecuencia más palmaria de ello el acarreamiento de la noción de aquélla y del sistema y modo de operar del instituto, al campo procesal, rechazándose su reconocimiento y eficacia en los supuestos de falta de alegación temporánea o de inatencimiento de exigencias procesales oportunas. Respondiendo a ello algunas sentencias, tales como las de 27 de enero de 1959 y 26 de abril de 1961, proclives a la consideración de que, sujeta la prescripción a unos trámites formales, incluidos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ha de ser alegada en su momento y, no siéndolo, no resulta posible que el Juzgador se pronuncie sobre tal causa de extinción de la responsabilidad. Hoy se reacciona frente a dicha concepción, desasimilando la prescripción penal del delito —cuestión de derecho material— de la prescripción de la acción civil, la que conlleva implicaciones procesales de suma relevancia; muy certeramente se suele destacar que la prescripción en materia civil adquiere su efectividad por vía de excepción, apostando, en la filosofía de su instauración, por la idea de sanción al negligente, presunción de incuria o abandono, radicando en ello el viejo apotegma «*contra non valentem agere, non currit praescriptio*»; en tanto que la prescripción en materia penal viene a ser un modo de dar por extinguido el delito ante poderosas razones de política criminal y utilidad social, cuales son el aquietamiento que el transcurso del tiempo produce en la conciencia ciudadana, la aminoración, cuando no eliminación, de la alarma social producida, el palidecimiento de la resonancia antijurídica del hecho ante el efecto invalidador del tiempo sobre los acontecimientos humanos, dificultades de acumulación y reproducción del material probatorio, y hasta grave impedimento en el acusado para hacer posible su justificación. La prescripción penal responde, pues, a principios de orden público primario; es —cual constata la sentencia de 1 de febrero de 1968— de orden público, interés general y político penal, respondiendo —añade la sentencia de 31 de mayo de 1976— a la necesidad de que no se prolonguen indefinidamente situaciones jurídicas expectantes del ejercicio de acciones penales, que sólo pueden poner en actividad a los órganos de la jurisdicción criminal dentro de los plazos que según la trascendencia de la infracción delictiva establece el ordenamiento jurídico-penal. De ahí que, encontrándose en apoyo de la prescripción razones de todo tipo, subjetivas, objetivas, éticas y prácticas, se precise por la sentencia de 11 de junio de 1976, que se trata de una institución que pertenece al derecho

material penal y concretamente a la noción del delito y no al ámbito de las estructuras procesales de la acción persecutoria.

Constituye doctrina consagrada la de que la prescripción debe ser estimada, concurrentes los presupuestos sobre que se asienta —paralización del procedimiento y lapso de tiempo correspondiente—, aunque la solicitud no se inserte en el cauce procesal adecuado y dejen de observarse las exigencias procesales formales concebidas al efecto, en aras de evitar que resulte condenada una persona que, por especial previsión y expresa voluntad de la Ley, tiene extinguida la posible responsabilidad penal contraída: **puediendo ser proclamada de oficio en cualquier estado del procedimiento en que se manifieste con claridad la concurrencia de los requisitos que la definen y condicionan.** Parece que alienta, entre otras, en sentencias de 30 de noviembre de 1963, 24 de febrero de 1964, 1 de febrero de 1968, 31 de mayo de 1976 y 27 de junio de 1986.

ARTICULO 231.2.º y 236. ATENTADO. DELITO DE PURA ACTIVIDAD

(STS de 16 de noviembre de 1987. Pte. Sr. Manzanares Samaniego)

Primero. La desestimación del primer motivo de casación por infracción de ley es obvia desde el momento en que aquél denunció, al amparo del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la aplicación indebida del número 2.º del artículo 231, en relación con el artículo 236, ambos del Código penal, siendo así que de los hechos probados se desprenden todos y cada uno de los **elementos constitutivos de dicho delito de atentado:** a) en cuanto a la **acción**, un acometimiento materializado no sólo en la conducta del procesado «golpeando a los funcionarios, al ser reducido y conducido al coche de aquéllos, a los que produjo sendas contusiones y erosiones de las que fueron dados de alta a los ocho días», sino también, y previamente, porque antes, para no ser detenido, «arrojaban piedras» contra aquéllos, lo que desborda con mucho el ámbito de la resistencia contemplada en el artículo 237 del repetido texto legal; b) en cuanto a la **antijuridicidad** —y como presupuesto de la culpabilidad—, la actuación de los agentes de la Autoridad cuando se hallaban ejerciendo las funciones de su cargo, pues tal consideración merece la detención por funcionarios policiales de quien se halla reclamado judicialmente; c) en cuanto a la **culpabilidad**, el conocimiento que tenía el procesado de ser policía al menos uno de los que se le acercaban —de paisano, como correspondía a su pertenencia al Cuerpo General— según se destaca en el relato fáctico y se desprende de la propia reacción del ahora recurrente, dándose a la fuga tan pronto se acercaron aquéllos y hacen además de extraer sus credenciales, bien entendido que el ánimo de ofender al principio de autoridad —como elemento subjetivo del injusto que afecta por igual a la antijuridicidad y a la culpabilidad— no puede entenderse en términos absolutos y abstractos, sino en relación con las motivaciones concretas del agresor, y así, su reflejo más claro es el propio acometimiento y debe tenerse por existente siempre que no consten otras razones que sitúen la conducta del sujeto activo en un terreno particular o privado (sentencias de 2 de abril de 1982, 6 de febrero, 25 de mayo y 20 de diciembre de 1983, y 10 de julio y 14 de septiembre de 1986).

Segundo. La desestimación del segundo motivo del recurso por infracción de ley —apoyado igualmente en el número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal— es consecuencia obligada del rechazo del anterior, pues la deseada aplicación del artículo 237 del Código penal pugna con la de sus artículos 231 y 236, en los que, como se vio, encuentran adecuada calificación los hechos enjuiciados, y así basta insistir ahora en que el arrojado de piedras, el forcejeo y los golpes —estos últimos originadores de erosiones y contusiones de los que los policías son dados de alta en ocho días— son formas de acometimiento que, como se lee en la sentencia de 20 de noviembre de 1985, sobrepasan con creces la actividad remisa, tenaz y de obstativa pasividad que caracteriza a la resistencia no grave, aunque medie oposición física (véanse también, como botones de muestra, la sentencia de 24 de enero de ese mismo año, y las de 20 de enero, 7 de febrero y 24 de septiembre de 1986).

3. Igual suerte desestimatoria ha de correr el tercero y último motivo del recurso, que, con idéntica sede procesal que los anteriores, pretende dejar el atentado (o la resistencia, según prefiriera el recurrente) en los estadios de tentativa o frustración, cuando, en realidad, **la dinámica comisiva del acometimiento en el atentado que aquí nos ocupa configura el delito como de pura actividad, con exclusión de formas imperfectas, tanto más cuanto que aquí el acometimiento mismo se agota —por decirlo así— con la producción de un resultado de erosiones y contusiones, calificadas y penas separadamente como sendas faltas de lesiones; pudiendo citarse en apoyo de dicha doctrina —entre las escasas resoluciones sobre el particular— la vieja sentencia de 7 de febrero de 1874, a cuyo tenor, y con referencia al número 2.º del artículo 263 del Código de 1870, «la índole de este delito excluye la aplicación de los párrafos 2.º y 3.º del artículo 3.º del Código penal, puesto que aquél lo constituye un acto externo y sólo por otro puramente interno, al que no alcanza la ley penal podría verificarse y tener lugar su falta de ejecución para constituir la frustración o tentativa», así como la más reciente de 10 de octubre de 1975, que recalca el carácter formal de este delito» en el que, salvo hipótesis de difícil realización, no son posibles ni la tentativa idónea ni la frustración».**

ARTICULO 254. TENENCIA ILEGITIMA DE ARMAS. INUTILIZACION

(STS de 28 de octubre de 1987. Pte. Sr. Moyna Ménguez)

Unico. Las armas de fuego, aunque no tengan la condición de «inutilizadas» según el Reglamento aprobado por Real Decreto 2.179/1981, de 24 de julio, deberán entenderse excluidas del ámbito del artículo 254 del Código penal si aparece demostrada su ineptitud para el disparo, y, del mismo modo, ha de incluirse en el área de aplicación de dicho precepto penal la posesión de armas que, inutilizadas en la forma prevista en el artículo 101 del susodicho Reglamento, pueden superar esta inadaptación y mantienen, disminuida o con ciertas maniobras, manipulaciones o correcciones, la potencia de fuego; en definitiva, la doctrina de esta Sala no condiciona la aptitud o ineptitud del arma al cumplimiento de las previsiones del Reglamento de Armas, porque la consideración del bien jurídico protegido —protección de la seguridad de la comunidad social— obliga a excluir

del tipo penal solamente aquellas «ab solutamente» ineficaces para los fines que les son propios (vid. sentencias de 5 de febrero de 1966, 17 de enero y 24 de septiembre de 1985, 10 de abril y 5 de noviembre de 1985), es decir, aquellas que no puedan hacer fuego, ni puedan ser puestas en condiciones de efectuarlo, y en el supuesto de autos mal puede ser considerada arma inútil o ineficiente la escopeta de cañones recortados, que permite hacer un disparo con potencia para abrir un boquete en el techo, no obstante tener los taladros a que alude el apartado a) del artículo 101 del Reglamento citado. Procede, por lo expuesto, estimar el recurso del Ministerio Fiscal que invoca en la vía del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal la inaplicación del artículo 254 del Código penal.

ARTICULO 254. TENENCIA ILCITA DE ARMAS. INTERRUPCION DE LA PERMANENCIA

(STS de 24 de noviembre de 1987. Pte. Sr. Manzanares Samaniego)

7. La tenencia ilícita de armas es un delito permanente en el que la situación antijurídica se mantiene por la voluntad del autor, de manera que la doctrina y la jurisprudencia coinciden en afirmar la existencia de un período consumativo que se prolonga en tanto dure aquella situación, y cesa bien por iniciativa del propio agente, bien por la incidencia de un hecho natural, bien por la actuación de la propia víctima o de un tercero, bien por la intervención estatal (policial o judicial). Aunque los comentaristas discrepan sobre qué actividades de esa clase interrumpen la permanencia —«per se» y no por su proyección efectiva sobre el estado de cosas— la doctrina más solvente opta por admitir tan sólo la eficacia de la sentencia —así la jurisprudencia alemana, con idéntica solución para el delito continuado—, de manera que, al ser las dos sentencias aquí en juego muy posteriores al verdadero fin de la disponibilidad sobre aquellas armas, resulta obvio que dicha permanencia no ha experimentado quiebra alguna por esta vía ficticia, artificial o procesal.

9. Puesto que el delito permanente termina con el cese de la situación antijurídica, cabe preguntarse si también las **interrupciones** pasajeras de aquel estado acarrear la misma consecuencia. En esa línea pueden citarse el allanamiento de morada cuando vuelve seguidamente quien ha sido expulsado de ella o —en algunas legislaciones— la insolvencia transitoria del obligado al pago de alimentos o pensiones [así en el artículo 170.b) del Código penal alemán]. Sin embargo, es en los delitos referentes al tráfico donde se presentan la mayoría de los casos afectados por este problema. La doctrina menciona —en lo que hace la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas o estupefacientes— diversos ejemplos que van desde la detención instantánea ante un semáforo hasta la permanencia por algún tiempo en un restaurante de carretera, pasando por las paradas para recoger a una persona o tomar combustible, o las debidas a un accidente. La solución se halla en la comprobación de si la interrupción implica o no un corte perfectamente claro tanto en el aspecto externo del comportamiento o de la situación como en el interno. La causa misma, como elemento nuevo que puede dividir temporalmente dos conductas sustancialmente idénticas, requiere la oportuna prueba y ha de ser interpretada con carácter restrictivo.

ARTÍCULO 279 BIS. OMISION DE PLACA DE MATRICULA

(STS de 4 de diciembre de 1987. Pte. Sr. Montero Fernández-Cid)

Tercero. Los principios de legalidad y de intervención mínima jurídico-Penal exigen un estricto acatamiento a la función de garantía de la descripción típica punitiva. Sabido es que el actual y vigente artículo 279 bis del Código penal contiene en su tipo-base tres conductas de acción y una omisiva: la circulación varía sin placas identificativas del vehículo. No menos notorio resulta que las otras tres conductas suponen tipos activos en tanto que la omisión se proyecta sobre una conducta de tal carácter, lo que doctrinalmente se ha puesto de relieve entre otros temas para indicar las posibilidades comisivas de imprudencia. Pero no resulta menos cierto que este precepto penal debe ser interpretado a la luz de sus antecedentes legislativos. Y así, en tanto que el artículo 4 de la Ley de 9 de mayo de 1950 establecía una tipicidad en la que la simple actividad carecía de todo matiz, al referirse al conductor que circulase «sin llevar ninguna» (placa de matrícula), el artículo 8 de la efímera Ley 122 de 1962, de 24 de diciembre, incluía en la descripción típica una referencia al elemento subjetivo del injusto, al exigir que esa circulación «fuere con propósito delictivos». La actual versión normativa, procedente de la Ley 3/1967, de 8 de abril, se distancia de tales antecedentes en un doble sentido: a) De la Ley de 1950, en cuanto no basta la circulación «sin llevar ninguna», sino que a esta nota se sobreañade el plus representado por la exigencia de que el comportamiento omisivo se vierte sobre las «placas legítimas de matrícula». Está así presuponiendo que el vehículo tenga tales signos identificadores o individualizadores que le hacen ascender de simple objeto indiferenciado o fungible a un estadio superior en el tráfico jurídico. b) De la Ley indicada de 1962, en cuanto no se incorpora en el tipo base el elemento intencional, reservado para el tipo agravado o subtipo del párrafo segundo del mismo precepto penal. No es preciso, pues, ahora en el tipo esencial que la conducta omisiva propia se dirija a una comisión delictiva ulterior.

Cuarto. Ello indicado, la procedencia de desestimar el recurso es clara. De un lado, porque la conducta necesaria aun dentro del área de la simple omisión o vulneración de una norma preceptiva no excede, al no «llenar» las exigencias del tipo, la mera ilicitud administrativa propia de los artículos 209 y 230 a 233 del Código de Circulación, ya que mal se puede omitir la colocación de unas placas de matrícula legítima cuando éstas no existen: «ex nihilo nihil facit». De otro, por cuanto la residenciación en la figura del delito imposible devendría inaplicable, en cuanto la misma supone «es ipsa» un dolo de ejecución en este caso obviamente inexistente.

ARTICULO 344.2.º DELITOS CONTRA LA SALUD PUBLICA. DROGAS. AGRAVACION POR LA NOTORIA IMPORTANCIA DE LA CANTIDAD POSEIDA

(STS de 28 de diciembre de 1987. Pte. Sr. Jiménez Villarejo)

6. Por último, en el motivo quinto denuncian los recurrentes, como ya hemos adelantado, la que consideran indebida aplicación, en la conducta que se les imputa, del subtipo agravado del delito de tráfico de estupefacientes que se contempla en el párrafo segundo, «in fine», del citado artículo 344 del Código penal, alegando, en apoyo de su impugnación, que los 320 gramos de resina de

hachís que les fueron ocupados en el momento de su detención no constituyen una cantidad que pueda ser estimada, a los mencionados efectos agravatorios, de **importancia notoria**. A diferencia de la respuesta que han merecido los anteriores motivos, la de éste debe ser favorable. Esta Sala viene manteniendo que el concepto legal de notoria importancia debe ser interpretado tanto con un criterio cuantitativo como con el cualitativo que se deduce, simultáneamente, de la toxicidad del producto —y, por consiguiente, del número de dosis que pueden contenerse en una cantidad determinada— y de su calidad o pureza o, lo que es igual, de la proporción que en el mismo existe del principio activo causante de sus propiedades psicodinámicas. En relación con los derivados cannábicos, se ha considerado, en general, que una cantidad aproximada de mil gramos tiene una importancia relevante, pero lógicamente **habrá que distinguir entre los diversos preparados que se obtienen a partir del cáñamo indio, pues es distinta la concentración de tetrahidrocannabinol —principio activo de este grupo de drogas— en las distintas partes de la planta que se utilizan para su elaboración**. Así, mientras en los pelos glandulares de la planta, que son los que contienen la resina, la concentración de tetrahidrocannabinol suele oscilar entre un 5 y un 12 por 100, en las flores y las hojas la misma desciende sensiblemente —entre un 4 y un 8 por 100 en las primeras y entre un 0,4 y un 4 por 100 en las segundas— diferencia que naturalmente habrá de reflejarse en la cantidad exigible para la aplicación de la agravación específica cuestionada, según se trate de hachís, que se prepara con las partes resinosas de la planta o de grifa o marihuana que se elabora con las hojas y las flores. **El límite aproximado de los mil gramos, utilizado por la jurisprudencia para distinguir la cantidad notoriamente importante de la que no lo es, debe entenderse referido al hachís, también llamado resina de hachís, que no debe ser confundido con el aceite de hachís, extracto de presentación líquida cuatro o cinco veces más rico que el anterior en el ya citado principio activo** y del que, sin duda alguna, una cantidad como la intervenida a los procesados sería más que suficiente para incardinar el hecho en el párrafo segundo del precepto que comentamos. No hablándose, sin embargo, en el relato histórico de la sentencia recurrida de aceite de hachís sino de resina de hachís, ha de concluirse que no procedía aplicar a los poseedores de 320 gramos de dicha sustancia la agravación específica de notoria importancia, por lo que el Tribunal de instancia, al hacerlo así, infringió, por aplicación indebida, el párrafo segundo del artículo 344 del Código penal. El motivo, en consecuencia, debe ser estimado.

ARTICULO 430. ABUSOS DESHONESTOS. VALORACION DEL BESO

(STS de 27 de octubre de 1987. Pte. Sr. Jiménez Villarejo)

Primero. El segundo motivo articulado en el recurso, que se ampara en el artículo 849, número 1.º, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y consiste en una denuncia de infracción, por aplicación indebida a los hechos declarados probados, del artículo 430 en relación con el 429, número 1.º, ambos del Código penal, plantea el doble problema de la posibilidad de las formas imperfectas de ejecución en el delito de abusos deshonestos —sobre el que versa de nuevo el segundo motivo— y la línea fronteriza que debe trazarse entre el mencionado atentado contra la libertad sexual y la falta contra la moral y buenas costumbres que se prevé y castiga en el artículo 567, número 3.º, del mismo Código. La

más reciente jurisprudencia de esta Sala —véanse las sentencias de 18 de diciembre de 1985, 17 de enero de 1986 y 6 de abril de 1987— si bien continúa rechazando la hipótesis de la frustración en el delito de abusos deshonestos, ha superado ya la negativa a ultranza de que el mismo puede aparecer en forma imperfecta y admite la hipótesis de la tentativa, sobre todo cuando el ataque a la honestidad individual reviste la modalidad contemplada en el número 1.º del artículo 429 del Código penal, toda vez que en dicho supuesto **el uso de la fuerza o intimidación**, cuando inequívocamente exterioriza el ánimo lujurioso —excluido el de yacer— **del agente, implica ya un principio de ejecución**, esto es, la realización de actos integrantes del tipo delictivo. Ahora bien, debe quedar bien claro que para que pueda hablarse de abusos deshonestos en grado de tentativa, cuando la actividad violenta o intimidatoria desplegada por el agente no le haya deparado contacto obsceno de clase alguna, **no puede haber duda sobre el propósito libidinoso** que le animaba, elemento subjetivo del tipo que, en estos casos, tendrá que ser inferido de la constelación de circunstancias que concurren en cada supuesto. Como obviamente una de ellas, y de las más significativas, será la zona del cuerpo de la víctima con la que se pretendía el contacto o, dicho de otro, la índole objetivamente obscena del contacto perseguido y, en el hecho que sirve de tema a este recurso, lo que el agente buscaba, según se dice en el resultando de hechos probados, **era besar en la boca a la ofendida**, hay que preguntarse si este gesto, una vez consumado, hubiese sido por sí solo suficiente para afirmar la comisión de un acto impúdico u obsceno, calificativos que lógicamente no pueden ser utilizados sino desde el marco de referencia que proporciona la realidad social y los valores que en ella tienen vigencia generalizada. En términos generales, el beso entre personas de distinto sexo se ha trivializado sensiblemente en nuestra sociedad, perdiendo progresivamente su tradicional significado de caricia reservada a las personas de mayor intimidad y convirtiéndose en convencional y rutinario saludo, común incluso entre gentes apenas vinculadas por una superficial amistad. Paralelamente, el beso en la boca, culturalmente definido en el pasado como hecho máximamente simbólico en el proceso de aproximación de dos amantes, ha sido en cierto modo devaluado a la mera condición de gesto revelador de una declarada atracción sexual mutua. Ello naturalmente no le ha privado de su carta erótica ni le ha convertido en gesto sin importancia que pueda, sin reproche social, intentarse con cualquier conocido, se cuente o no con su conformidad, pero es notorio que su relativa banalización contribuye tanto a que se atenuen la importancia y transcendencia del beso a que nos referimos, como a que se relativice la gravedad de la intromisión en la propia intimidad que el mismo implica cuando se consigue contra la voluntad del —o de la— que lo recibe. Si, pertrechados con estas consideraciones, nos acercamos al **contexto en que acontecieron los hechos** —el ambiente relajado y festivo que se crea usualmente en torno a una fuente en el campo, las bromas y juegos que desde días atrás se cambiaban entre el recurrente y el grupo de muchachas de que formaba parte la ofendida e incluso la facilidad y presteza con que aquél se avino a renunciar al beso proyectado— no será difícil llegar a la conclusión de que ni el acercamiento físico pretendido merece rotundamente la calificación de obsceno —sólo el acto en grave contradicción con la moral sexual común ha de ser conceptualizado así— ni, en consecuencia, puede decirse que quien lo pretendió buscara la satisfacción, en términos radicalmente antisociales, de su instinto lúbrico o lascivo. No envuelve esta conclusión, sin embargo, la exclusión de todo reproche jurídico-penal para

la descomedida conducta del recurrente, pues claro está que su comportamiento, en tanto supuso una intromisión, aunque leve no deseada, en la intimidad corporal de la ofendida, en la que puso de relieve una reprochable actitud de desprecio hacia la libertad y el pudor de la misma, **debe ser incardinado en el tipo de falta que se describe en el artículo 585, número 5.º, del Código penal**, como coacción o vejación injusta de carácter leve, tipificación que cuadra mejor al hecho que la del artículo 567, número 3.º, del mismo Código, sugerida por el recurrente, ya que esta última lo que tutela —recuerda la sentencia de 7 de marzo de 1987— es la moral social o colectiva que no ha sido afectada aquí.

Segundo. El acogimiento del motivo anterior priva, en rigor, de contenido la impugnación que se hace en el motivo tercero —segundo de los admitidos— en que, igualmente al amparo del artículo 849, número 1.º, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se denuncia de nuevo la indebida aplicación a los hechos probados del artículo 430 del Código penal, en relación esta vez con el artículo 3, párrafo tercero, y el 52 del mismo texto legal, con el argumento de la dificultad técnica de construir la tentativa en el delito de abusos deshonestos —tema ya abordado y resuelto en el anterior fundamento jurídico— y el de que los actos realizados por el recurrente sólo revelan, en todo caso, una ideación criminal forzosamente impune, alegación ésta que, a más de chocar frontalmente con el relato fáctico, carece de sentido enfrentada a la calificación jurídica que se reflejará en la segunda sentencia que a continuación dictemos.

ARTICULO 499 BIS. DELITOS CONTRA LA LIBERTAD Y SEGURIDAD EN EL TRABAJO

(STS de 21 de diciembre de 1987. Pte. Sr. Díaz Palos)

1. La introducción del llamado **delito laboral** por Ley de 15 de noviembre de 1971, marca un cambio de rumbo en la política criminal al iniciar la protección del trabajador en cuanto a tal, es decir, ya no sólo como persona común, sino en tanto pertenece a un sector del mercado de trabajo, cuya posición como contratante exige ser considerado en pie de igualdad, protección que aglutina las tres especies del delito laboral descritas por el artículo 499 bis del Código penal: imposición de condiciones laborales o de seguridad social; supresión o restricción de las condiciones de trabajo; y alteración ilegal de las condiciones de trabajo, de suerte que si cada una de ellas se orienta a proteger otra la libertad, ora la seguridad del trabajador en distintos aspectos, aquel denominador común a todas justifica su tipificación especial, pues de no ser así los ataques a tales bienes jurídicos, bien serían atípicos o bien estaban incursos en otros delitos, tales los de falsificación documental, estafas, coacciones o alzamiento de bienes, entre otros.

2. Dicho pensamiento sobre el bien jurídico protegido en el delito laboral tiene importancia, pues trasfunde toda la problemática suscitada en torno a sus especies delictivas, no siempre resuelta con unanimidad por la doctrina científica y la jurisprudencial, sobre todo en cuanto se refiere a la naturaleza jurídica de cada una, momento consumativo y concurso de delitos entre otras; por lo que refiriéndose el recurso a la segunda de tales especies: supresión o restricción de las condiciones de trabajo y, como más importante, la estabilidad en el empleo, existe concordia en considerarla como **delito de resultado** que, como tal, se consuma una vez producido el perjuicio previsto en el precepto, esto es, cuando se

hubiesen suprimido o restringido los beneficios de la estabilidad en el empleo y demás condiciones de trabajo reconocidos a los trabajadores por las disposiciones legales (sentencias de 28 de junio de 1977, 27 de enero de 1982 y 14 de marzo de 1985), perjuicio que, como se ve, **no es menester que se traduzca de inmediato en uno de naturaleza económica, sino que basta con que el daño de dicho orden sea potencial y de futuro**, consecuencia que se traduce de inmediato en la consumación jurídica, perfecta desde que el perjuicio típico se produzca, perteneciendo a la fase de agotamiento la efectividad del perjuicio económico. Lo dicho quiere decir también que el delito es de los llamados de consumación **instantánea** (sentencia de 13 de junio de 1975), pero de efectos permanentes, en cuanto éstos duran mientras persiste la relación laboral perturbada ilegalmente. Finalmente, si, como hemos visto, en el delito laboral se otorga una protección especial al trabajador, cuando el tipo se realice mediante un delito común, parece, en principio, que éste quedara sorbido en aquél a virtud del principio de especialidad y que, por tanto, se dará un **concurso de normas** sujeta a dicho principio y no al de *alternatividad* previsto en el artículo 68 del Código penal. Pero tal solución desvirtuaría totalmente el norte de aquella protección que implica un plus sobre la ordinaria, de suerte que si las condiciones de trabajo se alteran mediante falsedad documental, caso repetido en la **praxis**, dicha falsedad penada más gravemente por el artículo 306 del Código penal quedará desplazada por el artículo 499 bis)-2.º, que impone pena inferior, no obstante añadir a dicha falsedad el **aliud** del perjuicio laboral, lo cual quiere decir que al proteger uno y otro precepto bienes jurídicos distintos, se dará un **concurso de delito** a resolver por el artículo 71 del Código penal, tal como entendió la sentencia de 13 de abril de 1976, rectificando atinadamente la de 23 de marzo del mismo año que aplicó el artículo 68 del Código penal como concurso de normas, doctrina la contenida en la primera de dichas sentencias que debe prevalecer, de acuerdo con el apoyo de la doctrina más especializada.

ARTICULO 501.5.º REMISION PUNITIVA A LOS ARTICULOS 505 y 506

(STS de 15 de diciembre de 1987. Pte. Sr. Moyna Ménguez)

Primero. El último inciso del artículo 501.5.º del Código penal, añadido en la reforma de 1983, pretende dar respuesta —han dicho reiteradas resoluciones de esta Sala— a las críticas doctrinales y jurisprudenciales encaminadas a poner de relieve la incoherencia de que determinados robos con fuerza en las cosas pudieran ser castigados con penas más graves que los robos violentos o intimidatorios en los que coincidían las mismas circunstancias.

1. La primera condición para la aplicación del nuevo precepto es que el valor de lo robado exceda de 30.000 pesetas, pues sólo en este caso la pena sería más grave que la prevista en el tipo genérico de robo con violencia o intimidación. La segunda es la concurrencia de alguna circunstancia del artículo 506; si es una sola no se suscita problema penológico alguno, si bien matizando que en el caso de uso de armas como circunstancia única el párrafo final del artículo 501.5.º cubre aquella exigencia, y solamente de haber porte sin uso habría de acudir al número 1.º del artículo 506; de ser dos o más las circunstancias de este último artículo, una de ellas se tomaría para imponer la pena en su grado máximo y las demás, siguiendo una norma penológica comúnmente aceptada,

perderían su carácter específico operando como circunstancias de agravación ordinaria con sujeción a las reglas del artículo 61 del Código.

2. Más problemática es la aplicación de lo dispuesto en el último párrafo del artículo 506 cuando junto a la circunstancia primera se dan la segunda, tercera y cuarta, que faculta para aplicar la pena superior en grado. La objeción mejor fundada argumenta que el número 5.º del artículo 501 autoriza a determinar la pena conforme a las pautas del artículo 505, y del artículo 506 solamente pueden tomarse las circunstancias específicas que establece, sin posible aplicación del último párrafo —si se atiende con rigor al principio de legalidad— porque no contiene una circunstancia de agravación, sino un nuevo módulo de determinación de la pena no previsto en el artículo 505; sin embargo, cumplido el número 1.º del artículo 506 por el uso de armas que absorbe al porte, el concurso de las circunstancias segunda, tercera y cuarta debe conducir a la posibilidad agravatoria del último párrafo del artículo 506, porque a las razones de aquella objeción debe sobreponerse una interpretación teleológica o finalista de la norma, la que trate de evitar «en todo caso» que el delito de robo violento o intimidatorio, en igualdad de circunstancias, sea sancionado con pena inferior al robo con fuerza en las cosas.

3. Ahora bien, **el ejercicio de esta facultad por el Tribunal de instancia**, según han dicho las recientes sentencias de 10 de junio y 10 de diciembre de 1987, **debe exteriorizar las bases, elementos o factores que se han tenido en cuenta para el arbitrio**, como resulta del párrafo segundo del artículo 741, y del artículo 973, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, o al más alto rango del artículo 120.3 de la Constitución Española y 247 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, a fin de dar satisfacción a la exigencia de tutela judicial efectiva, necesario cuando el Tribunal se mueve en los márgenes legales de la pena, pero ineludible cuando impone una pena superior a la conminada por la Ley usando de una facultad o potestad legal. **En la sentencia recurrida se hace expresa invocación del último párrafo del artículo 506 del Código**, y la razón de la exacerbación penal reside —supliendo la omisión del Tribunal de instancia— en las graves circunstancias que acompañaron a los hechos, especialmente el encierro de empleados y clientes, y la reiteración de estas conductas por los encausados contribuyendo a crear un clima de inseguridad y alarma social.

ARTICULO 501, PARRAFO ULTIMO. ROBO CON VIOLENCIA O INTIMIDACION. USO DE ARMAS U OTROS MEDIOS PELIGROSOS

(STS de 26 de noviembre de 1987. Pte. Sr. Soto Nieto)

Primero. Los efectos agravatorios que impone el párrafo último del artículo 501 del Código penal cuando el agente «hiciera uso de las armas u otros medios peligrosos que llevase», han supuesto la configuración, en medio del listado de figuras atentatorias a la propiedad recogidas en el capítulo primero del Título XIII de aquel texto sustantivo, de un delito cualificado o subtipo, de rango autónomo, que es objeto de un plus en su estimación jurídico-penal, merecedor de especial tratamiento penológico, con insoslayable intensificación de la sanción normal inherente al robo violento o intimidatorio. Y ello en base a plurales razones; en primer término, por la mayor perversidad o depravación puestas de relieve en quien, animado por un designio de apoderamiento patrimonial, de un anhelo

de satisfacción del propósito lucrativo surgido en su voluntad, no repara en la habilitación de medios conducentes a su logro, trasluciendo a través de dicha instrumentación, en el despliegue de la dinámica comisiva, eventuales comisiones de agresión o físico acometimiento ante especiales circunstancias que pudieren sobrevenir. Indudablemente que la víctima o sujeto pasivo de la acción depredatoria, ante semejante proceder intimidante y agresivo, experimenta una intensificación y acrecentamiento en el sufrimiento moral inherente a hechos de tal naturaleza, impresionado ante el impacto psicológico de verse amenazado o atacado con armas o instrumentos de efectos imprevisibles, originándose situaciones de espanto o amedrantamiento, cuando no de acendrado terror, cuya experiencia no pocas veces conlleva secuelas en la psiquis del afectado. Como última consideración fundamentadora no puede perderse de vista la suscitación del riesgo que la actitud del infractor genera, ante instintivas o incontroladas reacciones del conminado, pudiendo desembocarse en resultados lesivos o mortales cuando, en principio, animaba al agente, un mero designio intimidatorio. Puede decirse que la onda social de alarma e intranquilidad experimenta en estos casos, frente a la noticia criminal una constable acentuación. Viniéndose a penal —cual resaltan las sentencias de 25 de enero de 1985, 7 de marzo y 12 de mayo de 1986— no el resultado mayor producido sino el medio utilizado para ello que, potencialmente y antes de consumarse aquel daño, estaba ya originando una situación ambiental especialmente peligrosa y digna de mayor atención punitiva. Resultando aplicable indicado y posterior párrafo del artículo 501, tanto en los dos supuestos en que se trata de atentar contra la propiedad mobiliaria ajena mediante el despliegue de una «vis absoluta» o «vis física», como cuando se perpetra el hecho merced al uso de una «vis psíquica» o «vis compulsiva», compeliendo de tal modo a la entrega de los bienes.

Segundo. El «uso» o utilización del arma o medio peligroso a que hace referencia el párrafo último del artículo 501 no ha de identificarse necesariamente, tratándose de armas de fuego, con la violencia derivada de su disparo intencional, y, siendo un arma blanca, con el efectivo apuñalamiento o incrustación de aquella en el cuerpo de la víctima, o cuando se instrumenta el «medio peligroso», con su real proyección percutora o vulnerante, bastando con que cumplan una función meramente intimidatoria, exhibiendo, empuñando, encañonando, apuntado o amenazando con las armas o medios al ofendido, siempre de modo advertible, capaces por ello de suscitar el temor fundado de su aplicación, esencia de la intimidación padecida, como explica la sentencia de 26 de septiembre de 1986, si exhibir implica tanto como mostrar u ostentar el arma, y con la misma se amenaza y exige la entrega del producto del robo a la persona así intimidada, es obvio el uso que se hace del arma, tanto en el sentido gramatical y lógico como en el legal.

Tercero. Constituye doctrina constante y reiterada de esta Sala la de que el subtipo agravado de referencia alcanza a todos los partícipes en la ejecución de la infracción penal, ante el concierto que medió y antecedió para ello, con plena solidaridad tanto en cuanto al fin último perseguido como en lo concerniente a la instrumentación habilitada al efecto e incidencias surgientes en el desarrollo de la acción criminal. Comunicabilidad respecto a los partícipes, siempre que se hallen impuestos el eventual uso de las armas o medios peligrosos por alguno de los autores, ya que, cual consigna el artículo 60, párrafo segundo, del Código penal, las circunstancias agravantes que consistieron en la ejecución material del

hecho o en los medios empleados para realizarla, servirán para agravar la responsabilidad de aquellos que tuvieron conocimiento de ellos en el momento de su acción o de su cooperación para el delito. Efecto expansivo de la agravación que tanto resulta aplicable en orden a las circunstancias genéricas enumeradas en el artículo 10 como respecto de aquellas otras de significación o influencia específica propiciadoras del alumbamiento de un subtipo cualificado, cual el recogido en el último párrafo del artículo 501; criterio ya sostenido por esta Sala en sentencias de 15 de junio de 1955, 13 de junio de 1977, 4 de junio de 1982, 25 de junio y 15 de noviembre de 1985, 12 de mayo, 17 de julio y 13 de octubre de 1986, y 17 de marzo de 1987.

ARTICULO 501, PARRAFO ULTIMO. ROBO CON USO DE ARMAS. PISTOLA SIMULADA

(STS de 18 de diciembre de 1987. Pte. Sr. Ruiz Vadillo)

Con apoyo en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se alega infracción de ley por indebida aplicación del artículo 501.5 del Código penal, explicando en su desarrollo que no debió hacerse referencia al párrafo 2.º del apartado 5 del artículo 501, teniendo en cuenta que el procesado portaba una pistola simulada, desconociéndose realmente si era de juguete, de madera o de cualquier otro material de plástico o, incluso, si se trataba de los dedos de la mano.

Tendría razón el recurrente si no hubiera olvidado que la sentencia declara efectivamente probado que Alarcón esgrimía una pistola simulada, capaz de intimidar, pero no de integrar el subtipo del último párrafo del artículo 501 porque una pistola simulada, cualquiera que sea su conformación, en principio, no es un instrumento peligroso salvo que efectivamente en el caso concreto lo sea (por el material del que está formado, por su dimensiones, etc.), pero que en ella se añade que otro procesado esgrimió un machete, es decir, un objeto peligroso y por consecuencia que es de aplicación no por el arma de fuego, sino por el machete, el último párrafo del citado artículo 501 configurador, según se indicó y es de sobra conocido, conforme la doctrina jurisdiccional y científica existente, de un subtipo penal agravatorio de naturaleza objetiva y al que es de aplicación el artículo 60.2 del Código penal en orden a la comunicación de los partícipes, como en este caso (sentencias de 28 de junio y 25 de septiembre de 1985, entre otras muchas).

ARTICULO 506.8.ª AGRAVACION DEL ROBO POR EL VALOR DE LOS EFECTOS SUSTRIDOS

(STS de 4 de enero de 1988. Pte. Sr. Soto Nieto)

1. En el primero de los motivos, por infracción de ley y al amparo del artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se aduce infracción de ley por aplicación de la circunstancia 8.ª del artículo 506 del Código penal, al estimar que, atendiendo el valor de los efectos robados, el delito por el que se castiga reviste especial gravedad. Según el relato histórico de la sentencia impugnada, los procesados, después de penetrar en el domicilio de Rafael Bech Vera, valiéndose de la copia de las llaves que habían obtenido, forzando la caja fuerte, se apoderaron de metálico por valor de un millón y medio de pesetas y alhajas

por valor de 480.200 pesetas. Si bien la fijación del **quantum** determinante de la «especial gravedad» ha de efectuarse atendiendo al valor de lo apropiado, han de traerse a colación plurales y confluentes **elementos como el poder adquisitivo de la moneda, la variabilidad decreciente de los índices generales reguladores de la economía, la propia condición económica del sujeto pasivo u ofendido y cuantas circunstancias merezcan ser atendidas en el supuesto concreto**, sin establecer un tope o frontera incondicionados e insalvables; así sentencias de 21 de marzo y 24 de septiembre de 1985, 27 de septiembre de 1986 y 28 de febrero de 1987. El monto de lo sustraído, cifrable en conjunto en **1.980.200 pesetas**, indudablemente supone la concurrencia de la específica circunstancia agravatoria citada. Conviene recordar que esta Sala ha estimado presente la misma, por razón de la importancia cuantitativa de los efectos apoderados, en supuestos en que ante dicho valor ascendía a 855.000 pesetas (sentencia de 14 de junio de 1984), 580.000 pesetas (sentencia de 18 de diciembre de 1984), 570.000 y 580.000 pesetas (sentencias de 27 de marzo y 24 de septiembre de 1985), 780.000 pesetas (sentencia de 29 de abril de 1987). La Sala de instancia no erró en sus apreciaciones, sin que las consideraciones que se vierten en el recurso —amistad del padre del recurrente con el perjudicado, manifestación de éste de no tener nada que reclamar, etc.— puedan tener virtud influyente en la calificación jurídica del hecho, atinente a **datos objetivos**. El motivo ha de ser desestimado. De otra parte, la sentencia ha impuesto a Pineda la pena de cuatro años, dos meses y un día, la que ya era procedente, sin más, por la concurrencia de la circunstancia número 2.º del artículo 506, al tener lugar el hecho en casa habitada.

ARTICULO 512. CONSUMACION ANTICIPADA DEL ROBO CON VIOLENCIA EN LAS PERSONAS

(STS de 20 de noviembre de 1987. Pte. Sr. Gil Sáez)

Segundo. El segundo de los motivos del recurso, amparado en el número 1.º del artículo 849 de referencia, entiende infringidos por aplicación indebida los artículos 500 y 501 en relación con el 512 del Código penal, alegando en su interposición y desarrollo, sustancial y literalmente que: «de los confusos hechos declarados probados, no se puede entender que el procesado sea autor de un delito de robo, según el texto gramatical del artículo 500, sino que a lo sumo podría ser acusado de un delito de robo frustrado, ya que en ningún momento aparece que el recurrente se apoderara de dinero u otro objeto, pues los asaltantes —según dice la sentencia— se marcharon sin llevarse nada, y sin que tampoco se pueda aplicar el artículo 512, puesto que el procesado no produjo ningún resultado lesivo para la vida o la integridad física de otra persona, debiendo ser aplicado el párrafo segundo del artículo 3.º del citado Código, como norma más favorecedera para el inculpado siguiendo el aforismo «in dubio pro reo».

La transcrita alegación carece de consistencia fáctica y legal, por cuanto de una parte el relato probatorio que no tiene confusión alguna, clara y terminantemente afirma que el procesado en unión de otros «abordaron en acción conjunta y con el propósito de quitarle el dinero u objetos de valor que llevase, «a la víctima», y «enseñándole el inculpado una navaja y otra uno de los menores le amenazaron con ellas», pero al resistir, «le **pincharon** con la navaja en una

pierna, causándole una herida de la que curó a los 8 días», de cuya narración se desprende inequívocamente, la acción conjunta y el propósito impulsor, obviamente comprendidos en los artículos 500 y 501.5.º del Código penal, integrantes del tipo delictivo de robo con violencia o intimidación personal, como correcta y suficientemente se razona en el primero de los considerandos de la resolución impugnada, y de otra parte, que tales hechos están plenamente incursos en la consumación ficta establecida en el artículo 512, norma específica que prima por su propia y peculiar naturaleza de regla-excepción trastocando las normas ordinarias en la materia de carácter general contenidas en el artículo 3 del propio Código, sobre las fases imperfectas de ejecución delictiva, siendo indudable que la interpretación de aquel artículo determina reputar como «lesión» todo detrimento que el sujeto pasivo experimente en su integridad corporal, bien revista gravedad para incardinarlas en el artículo 420, o sean de las leyes tipificadas en el artículo 582, que como en el caso ahora enjuiciado es inconcuso que se dio la consumación anticipada que decidió al Tribunal de instancia a la ortodoxa aplicación del artículo 512, aunque no se hubiera llegado a perfeccionar todas las fases del robo calificado, como tan copiosa y explícitamente tiene declarado esta Sala, entre las que cabe señalar por su similitud al supuesto actual, las sentencias de 9 de julio de 1984, 28 de febrero de 1985, 17 de junio de 1986 y 6 de febrero y 9 de abril de 1987 y sin que la cita del aforismo invocado tenga relevancia o relación con los hechos para tomarla en consideración, todo lo cual conlleva a rechazar como improcedente el motivo examinado. .

ARTICULO 76 DE LA LEY 50/1980, DE 8 DE OCTUBRE, DEL CONTRATO DE SEGURO. RESPONSABILIDAD CIVIL DIRECTA. RIESGOS EXCLUIDOS EN LA POLICIA

(STS de 30 de diciembre de 1987. Pte. Jiménez Villarejo)

1. En el único motivo de impugnación formalizado, la entidad recurrente, acogiéndose al cauce procesal que ofrece el artículo 849, número 1.º, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia la que estima infracción, por aplicación indebida, del artículo 76 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, en que incurrió, a su parecer, el Tribunal de instancia al condenarla, como responsable civil directo, al pago de determinadas indemnizaciones en consideración a los perjuicios derivados de un hecho expresamente excluido del contrato de seguro que dicha entidad, como aseguradora, había celebrado con el autor y responsable penalmente del mencionado hecho. Y basa su denuncia la aseguradora en que el asegurado se encontraba, en el momento de provocar el accidente originador de los eventos lesivos, en estado de embriaguez, circunstancia prevista en el artículo 2.º-d) de las condiciones generales del contrato como causa de exclusión de la cobertura de la póliza que, como fácilmente puede deducirse de lo dicho, era de seguro voluntario de automóviles. Trátase, sin embargo, de una impugnación carente de verdadera consistencia y, por consiguiente, inacogible en esta sede. Es sin duda alguna cierto que, naciendo la obligación indemnizatoria de la aseguradora, en el caso aquí contemplado del seguro voluntario, no del delito, sino del contrato, su obligación de cubrir el riesgo convenido e indemnizar, en consecuencia, a un tercero de los daños y perjuicios que le han sido causados por el asegurado,

está definida y enmarcada, de acuerdo con el artículo 73 de la Ley de Contrato de Seguro de 8 de octubre de 1980, por los límites establecidos en la Ley y en el contrato. E igualmente lo es que, no obstante lo que pudiera deducirse de una primera lectura del artículo 76 de la mencionada Ley, en que se declara la inmunidad de la acción directa del perjudicado o sus herederos contra el asegurador con respecto a las excepciones que puedan corresponder al asegurador frente al asegurado, no significa tal inmunidad que el contrato de seguro voluntario de responsabilidad civil haya perdido su carácter privado, por lo que los límites de la obligación del asegurador, siempre que hayan sido contractualmente aceptados en la forma prevista en el artículo 3 de la Ley, no sólo tendrán «inter partes» la fuerza constitutiva que les reconocen los artículos 1.091, 1.255 y 1.256 del Código civil, sino que alcanzarán al tercero que ponga en ejercicio la acción directa contra el asegurador. Por consiguiente —y lo anteriormente resumido es doctrina reiteradamente proclamada por esta Sala en numerosas sentencias, entre las que pueden ser citadas las recientes de 18 de septiembre y 26 de diciembre de 1986 y 21 de septiembre de 1987— es perfectamente legítimo que la compañía aseguradora oponga al titular del derecho a la indemnización la excepción de la embriaguez cuando la misma hubiera sido determinante del evento dañoso y sus consecuencias hubieran sido excluidas, por pacto especialmente aceptado, de la cobertura de la póliza.

2. Ahora bien, que éste sea el estado actual de la cuestión desde el punto de vista legal y jurisprudencial, no significa que en el concreto caso que nos ocupa —el que dio origen al procedimiento en que recayó la sentencia recurrida— pudiera la compañía aseguradora, hoy recurrente, excepcionar con éxito la supuesta embriaguez del que fue procesado en dicho procedimiento, ni tampoco que esté ahora en condiciones de conseguir la anulación de la sentencia porque en la misma no se haya tenido en cuenta la existencia de la cláusula de excepción del artículo 2.º-d) de las condiciones generales de la póliza. Y ello es así porque en los antecedentes de hecho de la sentencia impugnada no se declaró probado el presupuesto fáctico que permitiría el nacimiento de la consecuencia jurídica prevista en la citada cláusula. En ella se dice, en efecto, que quedan excluidas de la cobertura de la póliza, entre otras, las consecuencias de los hechos «que se produzcan hallándose el conductor asegurado en estado de embriaguez o bajo la influencia de drogas, tóxicos o estupefacientes», añadiéndose a continuación que se considerará «existe embriaguez cuando el grado de alcoholemia sea superior a 0,8 gramos por 1.000 en sangre o el conductor sea condenado por el delito específico de conducción en estado de embriaguez». Prescindiendo, pues, del caso en que el conductor asegurado fuese condenado por el delito tipificado en el artículo 340.bis.a), número 1.º, del Código penal —hipótesis que no hay que considerar aquí por no haberse producido tal condena— sería necesario para que la exclusión fuese posible que el mismo hubiese provocado el siniestro con una alcoholemia superior a 0,8 por 1.000. Y debe tenerse en cuenta que lo que se afirma en la sentencia, tras hacer constar en la resultancia fáctica que, sometido el procesado a la prueba pertinente con el alcoholómetro utilizado por la Guardia Civil, dio un resultado de 1,7 gramos por 1.000 c.c. de sangre, es que no puede estimarse probada —éste es el razonamiento que encontramos en el fundamento jurídico 1— la conducción en estado de embriaguez por parte del acusado, por cuanto su derecho a ser presumido inocente —se entiende, en relación con la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas que le imputaban las

acusaciones— no puede ser enervado por la mera prueba del alcohómetro si no está avalada o complementada por otros acreditamientos, lo que equivale a decir que el Tribunal de instancia, en el momento de valorar en conciencia el conjunto de la prueba, no consideró suficientemente convincente el resultado de la diligencia de detección del nivel de alcohol en sangre llevada a cabo por la Guardia Civil ni acreditado, en definitiva, que el procesado condujese en la ocasión de autos con una alcoholemia superior al 0,8 por 1.000, cualquiera que fuese el grado de intoxicación etílica que apreciase, con los medios de que dispuso, la fuerza instructora del atestado. Claro es, en consecuencia, a la luz de las precedentes consideraciones, que no aplicó indebidamente la Audiencia Provincial el artículo 76 de la Ley de Contrato de Seguro al condenar a la entidad recurrente, en los términos que lo hizo, como responsable civil directo, sin estimar la exoneración que la misma pretendía al amparo del artículo 2.º-d) de las condiciones generales establecidas en la póliza. El motivo ha de ser repelido y el recurso desestimado.

El delito de infanticidio en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo y necesidad de su reforma

JUAN JACINTO GARCIA PEREZ

Secretario Judicial

Alumno del Centro de Estudios Judiciales para ingreso en la Carrera Judicial

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. SUSTANTIVIDAD Y ELEMENTOS ESTRUCTURALES: a) *El sujeto activo*. b) *El sujeto pasivo*. c) *Dinámica comisiva*.—III. ESPECIAL REFERENCIA AL MOVIL DE OCULTACION DE LA DESHONRA.—IV. OTROS PROBLEMAS: a) *Circunstancias de aplicación*. b) *La problemática de la participación*. c) *Infanticidio culposo*.—V. CRITICA Y CONSIDERACIONES FINALES (Anacronismo sociológico y futura configuración).

I. INTRODUCCION

El objetivo básico de este trabajo se centra en dar somera noticia acerca de la doctrina jurisprudencial sentada por nuestro Tribunal Supremo, en torno a uno de los delitos contra la vida humana independiente más necesitado de revisión y cuya estructuración vigente se encuentra herida de muerte y en agonía irreversible.

Si es indiscutible que este tipo delictivo, cumpliendo unos fines claros iniciados con el Código penal de 1822, dio respuesta y cobertura a las exigencias político-criminales de una sociedad decimonónica con unos valores morales muy peculiares y determinados, también lo es, que hoy en día, por no conformarse con otros valores muy divergentes de aquellos enquistados en una sociedad democrática de fines del siglo XX —como en la actual española—, ha dejado de legitimar esa primigenia función criminógena que ha de ser sustituida lo antes posible.

Desde esta perspectiva, lo que se pretende con la acotación selectiva de aquella jurisprudencia es constatar el «agotamiento» de este tipo y los factores técnicos y sociológicos que reclaman esa «reconversión», en el marco de una política-criminal digna y más acorde

con los valores esenciales de un Estado social y democrático de Derecho consagrados en la Constitución de 1978, y que lógicamente sólo podrá materializarse con la venidera promulgación de un nuevo Código penal (1).

El fenómeno no nos es ajeno ni novedoso, por cuanto que, así como algunos tipos ya pasaron al baúl de los recuerdos por inadecuación evidente —baste recordar aquí la promulgación de las leyes de 26 de mayo y 7 de octubre de 1978 despenalizadoras del adulterio y amancebamiento—, otros, como el que hacemos objeto de este estudio, lo están a la espera, si no se desprende de alguno de sus elementos más esenciales y primitivos, ya que, también es obvio que la «acción de causar la muerte de un niño recién nacido» encontrará de cualquier forma acomodo en los textos penales, para ser castigado por el propio Estado.

En realidad, el análisis de dicha jurisprudencia ha partido de la conjugación de dos órdenes de factores: el primero hace referencia a su razonable nivel cuantitativo. Quiere con ello decirse que el número de sentencias examinadas, aun contando con la más vetusta, es comparativamente muy inferior a la cantidad que tan Alto Tribunal —desde mediados del siglo pasado— ha pronunciado acerca del homicidio, asesinato, parricidio... (por contar sólo con los que lo son igualmente contra la vida humana independiente).

Este dato, agudizado en los últimos años, nos pone sobre-aviso de que su comisión y posterior punición constituye una rareza, y viene a convertirlo en una especie de tipo delictivo «rara avis», y que claramente en el futuro serán aún menores las oportunidades de su enjuiciamiento en casación por el precitado Tribunal Supremo.

El segundo intenta extraer de la relación de tales resoluciones sus líneas programáticas y puntos más conflictivos —dogmáticamente hablando— que sirven para poner de manifiesto su carácter cuasi obsoleto, sin perder de vista que en dicha doctrina sentenciadora han incidido variables políticas legislativas distantes en razón a su sucesiva

(1) La acomodación del Derecho penal al nuevo sistema constitucional se viene verificando y aún exige un largo camino. La doctrina que por ella viene abogando ha dado lugar a una considerable producción científica. Cfr. BARBERO SANTOS, M.: *Política y Derecho penal en España*, Madrid, 1977. BERGALLI y otros: *El pensamiento criminológico*, 2 tomos, Madrid, 1983. FERNÁNDEZ ALBOR, A.: *Cambio social y Derecho penal*. En la obra colectiva *Estudios penales*, vol. I, Santiago de Compostela, 1977. LÓPEZ-REY ARROJO, M.: *La justicia penal y la política criminal en España*, Madrid, 1979. SÁINZ CANTERO: *Política criminal moderna y reforma del ordenamiento penal español*, Granada, 1978. Varios autores: *La reforma penal y penitenciaria*, Santiago de Compostela, 1980. Varios autores: *Comentarios a la Legislación penal*, tomo I; *Derecho penal y Constitución*, tomo II; *El Derecho penal del Estado democrático*, «Edersa», Madrid, 1982-1983. Varios autores: *La reforma del Derecho penal*, número monográfico de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1980, etc.

regulación por códigos tan heterogéneos como los de 1822, 1848, 1870, 1932, el vigente, etc.

Aun en alguna medida, no rebasando los límites propuestos, se dará cuenta de la atención que los penalistas españoles han prestado a la figura, dejando constancia de las críticas —más técnicas que otra cosa hasta recientes tiempos— vertidas en puntos concretos de aquella corriente jurisprudencial. Como al final tendremos ocasión de comprobar, el Tribunal Supremo mantuvo una línea jurisprudencial coherente, en sus rasgos generales, pero claro está, siendo fiel reflejo de la conformación sociológica de aquellos tiempos, que, si bien, hoy puede discutirse su correspondencia con los actuales, no es óbice para mantener que correctamente vino a responder a los condicionamientos históricos de los que tampoco hubiera podido desviarse en gran manera, por impedírsele el propio mandato expreso de los textos legales.

Ha parecido conveniente fijar su desarrollo en unos pocos apartados que vienen a corresponderse con los aspectos dogmáticos y finalísticos más tradicionales, ya que no puede negarse que el infanticidio en su configuración legal patria siempre ha implicado la actuación de una serie de criterios ideológicos, hasta el punto de que, como ha puesto de relieve el profesor Quintano Ripollés (2) ha constituido un sistema propio muy definido y de gran pureza en el conjunto del Derecho comparado.

Una vez verificado dicho breve recorrido, anotando en algunos casos fragmentos de sentencias por constituir el medio más directo de conocimiento, se tratará de concluir, vista la coherencia o no coherencia de dicha doctrina, la necesidad de reflexionar acerca del nuevo enfoque de la figura y si tiene sentido mantenerla en sus coordenadas actuales. Desde nuestro modesto punto de vista, coincidente con la práctica totalidad de la doctrina penal española, parece llegado el momento de su desconfiguración como delito autónomo y la búsqueda de una alternativa más apropiada a las necesidades de la realidad social actual y a la letra de las propias normas constitucionales.

II. SUSTANTIVIDAD Y ELEMENTOS ESTRUCTURALES

Como es sabido, en un mayoritario sector de la doctrina española ha calado la consideración de que el infanticidio, a la luz de la propia vertebración técnica en los últimos Códigos penales, ha de considerar-

(2) Con buen criterio destaca que el llamado sistema latino de motivación, frente al germánico de alteración psíquica, encuentra su carta de naturaleza en la legislación española, que lo acogió casi en sus más profundas raíces. Vid. QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Tratado de la parte especial del Derecho penal*, tomo I; *Infracciones contra las personas*, ed. «Revista de Derecho Privado», Madrid, 1962, pp. 422-423.

se como un verdadero delito autónomo, es decir, con sustantividad propia y como un tipo delictivo especial «sui generis», no meramente accesorio o forma accidental del homicidio y parricidio.

Esta concepción, como delito especial impropio y con plena autonomía frente a los demás delitos contra la vida humana independiente, tendrá no pocas repercusiones —como veremos— en muchos de los problemas básicos y fundamentales que en él subyacen, como son, por ejemplo, los de participación o codelinuencia, concurrencia de circunstancias modificativas de responsabilidad, etc.

Precisamente, la propia transcendencia que adquiere el elemento subjetivo del «móvil de ocultación de la deshonra de la madre» ha sido la que le ha llevado a tal cualificación de tipo especial impropio y autónomo y a su reconocimiento como figura propia creada por la doctrina legal y científica, negándose comúnmente que se trate de una simple y accesoria forma atenuada o privilegiada de conductas homicidas (3).

Esa parece ser también la postura del Tribunal Supremo, que aparece implícita en casi todas sus sentencias, cuando trata de deslindar los campos del parricidio y del infanticidio, cualificando al primero por la concurrencia de parentesco y al segundo por el originamiento de la muerte para ocultar tal deshonra, si bien, terminológicamente su posición no es todo lo clara que sería de desear. Así, por ejemplo, pueden consultarse las sentencias de 4 de mayo de 1880, 13 de octubre de 1893, 21 de octubre de 1902, 8 de mayo de 1959 (Aranzadi 1.772), 6 de noviembre de 1972 (Aranzadi 4.768), etc. La más rotunda que hemos contrastado es la de 27 de enero de 1951 (Aranzadi 141), que llega a decir que «el legislador ha considerado que el infanticidio «honoris causa» constituye un delito especial y distinto del parricidio penado con grande atenuación porque humanamente pensando reconoce...». Sin embargo, el argumento básico en «pro» de este alineamiento lo proporciona la propia colocación sistemática de

(3) Sobre esta cuestión, cfr.: BAJO FERNÁNDEZ, M.: *Manual de Derecho penal. Parte especial. Delitos contra las personas*, ed. «Ceura», Madrid, 1986, pp. 104-105. CHAVES Y CHAVES, C.: *El delito de infanticidio*, en «Revista de Estudios Penitenciarios», Madrid, 1953, pp. 9 y ss. DÍAZ-VALCÁRCCEL, J. M.: *Infanticidio*, en «Nueva Enciclopedia Jurídica de Seix, S. A.», Barcelona, 1977, p. 500. MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal. Parte especial*, 5.^a ed., Universidad de Sevilla, 1983, p. 40 (aun reconociéndole, de «lege ferenda» desea desaparezca como tal delito autónomo). PUIG PÉÑA, F.: *Derecho penal. Parte especial*, tomo III, ed. «Revista Derecho Privado», Madrid, 1955, p. 408. QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *op. cit.*, pp. 408-438. RODRÍGUEZ RAMOS, L.: *Compendio de Derecho penal (Parte especial)*, ed. «Trivium», 1.^a ed., Madrid, 1985, p. 42. RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.: *Derecho penal español. Parte especial*, 7.^a ed., Madrid, 1977, p. 57. Postura diversa en CUELLO CALÓN, E.: *Derecho penal*, t. II (parte especial), vol. II, 14.^a ed., «Bosch», casa edit., Barcelona, 1975, p. 525 (habla de homicidio privilegiado por motivos específicos). DEL ROSAL, J.; COBO, M., y RODRÍGUEZ MOURULLO, R.: *Derecho penal español. Parte especial. Delitos contra las personas*, t. I, Madrid, 1962, p. 285.

su régimen, pues, como por todos es conocido, el Código penal vigente le dedica un capítulo independiente (el segundo de su título VIII —Delitos contra las personas—, intitulado «Del infanticidio»; cosa, por otra parte, que no hace ni con el parricidio ni con el asesinato, que quedan embebidos (arts. 405 y 406) en el capítulo I, intitulado «Del Homicidio».

A su vez queda determinado su restringido alcance cuando el artículo 410 lo contempla, aseverando que: «La madre que para ocultar su deshonra mate al hijo recién nacido será castigada con la pena de prisión menor. En la misma pena incurrirán los abuelos maternos que, para ocultar la deshonra de la madre, cometieren este delito».

De sobra ha quedado resaltado en el precepto el propósito de atenuación punitiva que el legislador se propuso (prisión menor «versus» reclusión mayor), y a nadie se le oculta el fundamento histórico-legislativo de tal atenuación, de la que participaron y participan casi todos los ordenamientos a nivel de todo el Derecho comparado (4).

Sin entrar a valorar la validez del argumento de la colocación sistemática en el Código como base que coadyuva a la no consideración del infanticidio como subtipo privilegiado del parricidio por el móvil de la ocultación de la deshonra, o parricidio «honoris causa», lo que supondría estudiar en profundidad la problemática de la especialidad de los tipos en razón a sus elementos constitutivos, es lo cierto que, de la propia dicción legal puede descomponerse su estructura en los siguientes elementos básicos: a) habrá infanticidio cuando se cause la muerte de un niño recién nacido (sujeto pasivo y dinámica comisiva); b) además, resulta imprescindible que dicha muerte se ocasione por la propia madre o abuelos maternos de la víctima (sujetos activos); c) es fundamental que en ambos casos la muerte causada de propósito (elemento del dolo) por aquéllos, esté motivada y tenga un fin específico: ocultar la deshonra de dicha madre (no, por tanto, la de los abuelos o cualquiera otros parientes).

Dichos componentes son ratificados por toda la jurisprudencia y sirva como prototipo la de 1 de febrero de 1945 (Aranzadi 209) que verifica un examen completo de su tratamiento, en uno de sus párrafos se señala que «son elementos integrantes de este delito además que la muerte del hijo se cometa por la madre, o por los padres

(4) Para un estudio completo del movimiento histórico legislativo desenvuelto en este punto dentro de la Edad Moderna, como reacción al barbarismo y rigor con que eran castigadas las madres (por parricidio) que mataban a sus hijos recién nacidos, durante la Edad Antigua y Media, por todos, indispensable vid. STAMPA BRAUN, J. M.: *Las corrientes humanitarias del siglo XVIII y su influencia en la concepción del infanticidio como «delictus exceptus»*, en «Anuario de Derecho Penal», Madrid, 1953, pp. 47 a 75, en especial 49 y 50 y 57 y ss.

de ésta, en el exclusivo fin de ocultar la deshonra de aquélla, que la víctima sea un recién nacido...».

Ahora bien, como no en todo caso es sencilla la interpretación de ambos párrafos de la norma, vamos a tratar de precisar en sus rasgos más genéricos los significados que a cada uno de ellos les da el Alto Tribunal, destacando los puntos más oscuros que precisamente hayan sido objeto de controversia. Por ello mismo habrá que dedicar una más cuidadosa atención al apartado referente a ese elemento subjetivo expresado en la frase «ocultación de la deshonra», al constituir la «ratio essendi» de la figura y, en definitiva, su misma «alma y ser».

a) El sujeto activo

El artículo 410, al contener una figura cerrada, circunscribe el círculo de los sujetos activos del delito en los párrafos de que consta, en el primero sitúa a la madre y en el segundo (lo que lo hace más censurable hoy en día) a los abuelos maternos del recién nacido, esto es, al padre y a la madre de aquélla primera.

Sólo, pues, se consideran como sujetos activos éstos y no otros, y así lo ha resaltado convenientemente el Tribunal Supremo en numerosas sentencias antiguas, como la de 4 de mayo de 1880, 11 de marzo de 1887, 7 de febrero de 1888, 27 de febrero de 1893, 14 de marzo de 1893, 13 de octubre de 1893, 13 de julio de 1897, o más reciente la de 17 de enero de 1940 (Aranzadi 76), en la que justifica la atenuación para dichos abuelos «al apreciar en ellos un sentimiento más trascendental del deshonor, que por la madre infanticida y por su hijo doblemente les afecta, y porque el embarazo y consiguiente alumbramiento de aquélla son hechos totalmente ajenos a la voluntad de éstos, que se ven precisados a aceptarlos por el fatal imperativo de la desgracia...», por lo que a ellos sólo beneficia la atenuación. Por este motivo, y dejando a un lado de momento las modalidades codelincuenciales, los ajenos o terceros a la norma serían o autores de un asesinato o de un parricidio o si la muerte del niño la ocasiona su propio padre biológico, abuelos paternos, etc.; lo cual hoy ya no se presenta tan lógico desde el prisma de una absoluta equiparación de sexos a efectos jurídico-penales.

Se colocó así el ordenamiento español en un estadio intermedio al seguido por otras legislaciones, que van desde el polo de únicamente comprender en el tipo a la madre (ya conocido en España por el Código de 1822) al de ampliarlo a familiares aún más alejados en parentesco, como ha sido el ejemplo italiano (5).

(5) Asimismo, la sentencia de 6 de noviembre de 1972 (Aranzadi 4.768) estableció, entre otras cosas, que: «...la calificación jurídica del hecho puede variar en razón del

Con respecto a la madre, obviamente, nos referimos a la que lo es por naturaleza o biológica, única que puede dar a luz un recién nacido y que puede ser afectada por la deshonra; en relación a los abuelos maternos resultará indiferente que lo sean naturales o legítimos en referencia al recién nacido; le causen la muerte de consuno o por separado, ya que, ni el precepto da base para restricción alguna en este punto, ni mucho menos podría consentirse a la luz de los nuevos enfoques del tema filiatorio (arts. 108 y ss. del Código civil) o teniendo en cuenta el mandato imperativo del artículo 14 de la Constitución, que no permite discriminación alguna por razón de nacimiento.

No obstante, como el precepto parece estar montado en consideraciones subjetivo-morales, podría plantearse alguna duda interpretativa, no sólo teórica, sino práctica acerca de la determinación y concreción, de si, en la frase «abuelos maternos» podrían quedar incluidos y amparados los abuelos maternos adoptivos, esto es, los padres adoptando plenamente de la madre del recién nacido víctima del ataque mortal de aquéllos. Dada la formulación genérica del artículo 410, caso de haberse ocasionado por éstos la muerte del neonato, con fin de ocultar la deshonra de su hija adoptiva, ¿serían reos de un delito de infanticidio o en su caso de asesinato?

A diferencia del parricidio, la propia especialidad y configuración desfasada del tipo origina una dificultad insuperable en la respuesta, por cuanto que los criterios civilistas no son directamente transplantables al campo penal.

Que el artículo 108 del Código civil exprese que la filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva plena, surten los mismos efectos conforme a las disposiciones de tal Código, nada nos aclara ni menos nos obliga a una solución o respuesta afirmativa. A la vez, salvo error u omisión tampoco conocemos que el Tribunal Supremo haya resuelto un caso de igual índole, por lo que la cuestión no puede resolverse de un modo concluyente. Si nos atenemos a los propios criterios finalistas de la norma y a la realidad social a la que pretendiera satisfacer, nos llevaría a una interpretación lata y no rígida de la norma, puesto que vendría de justicia y equidad incluirlos. En efecto, no sería nada difícil comprobar que unos abuelos adoptivos, de forma contundente, cometieron el hecho delictivo por intensísima afección psicológica con causa en la ocultación de la «deshonra» de su hija adoptiva.

sujeto activo interviniente, transformando el asesinato en parricidio "in genere", si el que mata al recién nacido es su padre..., dándole una cualificación específica, en razón exclusiva de la próxima relación de parentesco existente entre la víctima y el culpable, circunstancia pues puramente subjetiva que viene a calificar el parricidio y dentro de ésta, este artículo, infanticidio que establece una atenuación privilegiada que se construye jurídicamente sobre una doble base: la personal del parentesco, restringida con carácter exclusivo a la madre y a los abuelos maternos...».

Si el legislador fue tan tajante al fundamentar el infanticidio en unos innegables imperativos éticos-sociales, si éstos concurren en los abuelos adoptivos unidos y provenientes de factores personales, tales como la adopción prematura, la convivencia plena y absoluta entre padres adoptantes y adoptada desde la más tierna infancia —incluso con desconocimiento para esta última de sus orígenes naturales—, los de consideración, estima y reconocimiento social y público como hija legítima en su entorno o ambiente, etc., sería farisaico y poco coherente con lo que el 410 tutela, o mejor dicho, tutela con menos rigor, negarles ese trato privilegiado a los abuelos adoptivos, cuando, a lo mejor, en ellos el móvil de la ocultación es más perceptible y patente.

Ello mismo podría predicarse de los abuelos paternos, si entendieran que el deshonor sexual con el nacimiento de un nieto, de los de antes, ilegítimo, afecta a la deshonra de la madre que lo tuvo, pero si bien es de reconocer que el argumento, por muy de justicia que sea, no puede acogerse por impedirlo de modo frontal el texto legal, que en su momento así quiso excluirlos.

Son estos motivos los que nos inducen a pensar que la temática habrá de clarificarse, aunque no tenga proyección de futuro, si es que de una vez por todas en la legislación próxima se elimina la sustantividad del delito, y sobre todo se basamenta en otras coordenadas político-criminales más actuales y reales, lo cual, llevará «per se» una restricción subjetiva total, para que, únicamente de atenuar el tipo se beneficie a la madre. Ello ocurrirá cuando se abandone el sistema latino y se acogan otros más objetivos, como el suizo, de las alteraciones psíquicas, o los mixtos, de las «tensiones emocionales», definitivamente desterrando problemas de ésta naturaleza en el provenir (6).

Al igual, no se hubieran conocido casos complejos como el recogido por la praxis jurisprudencial española y comentaristas, en atención a una curiosa sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 1893. En ella se condenó por el delito de parricidio a un sujeto en el que concurría la doble circunstancia de padre, y a la vez abuelo materno de la víctima recién nacida, a la que causó la muerte atrozmente, al ser fruto de unas relaciones sexuales incestuosas con su propia hija.

(6) Tampoco se ha resuelto el problema de una manera definitiva y profunda en la doctrina española, y, por ello, si la relación de parentesco entre la víctima y el ofensor solamente puede derivarse de la consanguinidad, serían de aplicación al caso las palabras de las sentencias de 13 de julio de 1897 y 14 de mayo de 1893, en las que, deslindándose el infanticidio del asesinato, se afirma que: «...la muerte violenta de un recién nacido debe calificarse jurídicamente de asesinato con relación a las personas que no resulten ligadas con aquél en grado bastante a determinar el delito de parricidio, ya porque tal calificación viene atribuida en el último párrafo de este artículo...». Así también las de 11 de marzo de 1887, 7 de febrero de 1888, 27 de enero de 1902. Vid. BAJO FERNÁNDEZ, M.: *op. cit.*, *loc. cit.*

Con independencia de los áridos problemas dogmático-técnicos que la temática plantea, es lo cierto que el Tribunal Supremo no entró a despejarlos, al no apreciar la concurrencia del móvil de la ocultación de la deshonra, lo que nos ha privado —de haberlo apreciado— de poder conocer su postura ante aquéllos y ante el alcance verdadero que le da al 410 en colisión con el 405, pues, obligado a determinar con exactitud la norma aplicable, hubiéramos tenido su verdadera y auténtica postura en torno a la pretendida autonomía y especialidad del infanticidio sobre el parricidio (7). Asimismo, apreció la concurrencia de la alevosía, pero claro está en el delito de parricidio como independiente, diciendo que:

«Ya se entienda el recto y gramatical sentido del artículo sobre el parricidio, ya al espíritu que lo informa y a la congruencia que guarda con las prescripciones sobre infanticidio y la circunstancia de parentesco, no puede desconocerse que la muerte dada por un abuelo a su nieto, sea legítimo o ilegítimo, constituye parricidio, porque en ambos casos existen los mismos vínculos naturales que lo determinan y los propios elementos que los caracterizan y cualifican, y no cabe hacer distinción cuando la ley no distingue entre ascendientes y descendientes de una y otra clase...» y «...siendo el procesado culpable de haber dado muerte a una niña que dio a luz su hija soltera, enterrándola viva inmediatamente después de haber nacido, sin que este hecho lo realizara para ocultar la deshonra de la madre, es evidente que cometió parricidio con la agravante de alevosía...»

Para concluir este apartado, afirmamos que según nuestro Tribunal Supremo el artículo 410 especifica un tipo privilegiado para la madre y abuelos maternos (8), y que de «lege ferenda» sería deseable que sólo la madre —y cualificada por unos móviles o circunstancias más bien distintos a los vigentes— pudiese verse amparada por una atenuación singular en relación a los demás hechos punibles que tienen como objeto o bien jurídico protegido a la vida humana independientes (9) (La de 21 de octubre de 1094 indica que: «...el beneficio extraordinario concedido en éste artículo a la madre que por ocultar

(7) Lo que ha sido criticado por la doctrina y lo hizo en su momento polémico. Lógicamente para los mantenedores de su sustantividad habrá de sobreentenderse que de haberse probado el móvil, la solución correcta hubiera sido la de la aplicación del tipo del infanticidio. Para ello, por todos, cfr.: DEL ROSAL-COBO-RODRÍGUEZ MOURULLO: *op. cit.*, pp. 298-299. QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *op. cit.*, pp. 449 a 453. En realidad, dicha sentencia no pudo entrar en el asunto al entender «a priori» que no quedó suficientemente probado el propósito de ocultación de la deshonra. También así, la memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo del año 1942.

(8) Prácticamente todas las sentencias más modernas hacen a ello referencia, en mayor o menor medida. Cfr. 3 de junio de 1969 (Aranzadi 3.160), 18 de marzo de 1978 (Aranzadi 1.043), etc.

(9) Cfr. STAMPA BRAUN, J. M.: *El objeto jurídico del infanticidio «honoris causa»* (Contribución al estudio de los delitos contra la vida), en «Anuario de Derecho Penal», abril de 1955, pp. 27 a 37.

su deshonra mata a su hijo menor de tres días, así como el de igual excepción concedido a los abuelos maternos que para ocultar el deshonra de la madre cometen este delito, excluye terminantemente, y así se establece en el párrafo 3.º (sic. se refería al incluido en el artículo 424 del Código de 1870, que pese a su posterior supresión, viene insito en el actual 410), a todos los demás que matan a un recién nacido, quienes, según los casos, incurren en las penas de parricidio o del asesinato...» y que «...la denominación de infanticidio sólo es en el orden penal aplicable a los que gozan de la atenuación privilegiada y meramente personal de un parentesco determinado con la víctima, y de ahí que el beneficio a los mismos otorgado no alcance a los extraños que con cualquier linaje de actos coadyuvan a la muerte de un niño..., siendo una excepción otorgada de modo preciso y taxativo a la madre y abuelos maternos exclusivamente...».

b) El sujeto pasivo

El elemento personal pasivo en este delito, por imperativo léxico de la norma, es el *niño-niña vivos recién nacidos*. Decimos vivos porque de nacer muertos podríamos, como mucho, hablar de un delito imposible, o quizá más correctamente, de un infanticidio putativo (la sentencia de 5 de mayo de 1977 —Aranzadi 2.189— manifiesta que: «...resulta necesario para que pueda cometerse que el niño haya nacido vivo, pues si matar es privar de la vida, matar a quien ya estaba muerto constituiría un delito absolutamente imposible...»).

Como elemento valorativo del tipo presenta una riqueza de matices tan estimable que ha dado lugar a una abundantísima discusión doctrinal y a una frecuente casuística judicial, puesto que, si bien es verdad que la fórmula «recién nacido» —recogida primeramente en el Código republicano de 1932 abandonando el criterio de fijación de plazos de los anteriores—, deviene integradora y omnicompreensiva, también lo es que ocasiona riesgos exegéticos mayores. Así, ¿qué ha de entenderse por «nacido»? y ¿por «recién»? El interrogante no es nada absurdo, sino muy trascendente, pues indica a la postre la determinación de los límites y diferencias entre el infanticidio y el aborto «honoris causa», y de los restantes delitos contra la vida humana independiente. En suma, se trata de una problemática común al infanticidio y esos otros tipos delictivos.

En este caso, la jurisprudencia del Tribunal Supremo no ha podido ser uniforme, en parte, porque se ha visto mediatizada por los vaivenes históricos que el legislador patrio le ha endosado en cuanto al tema del instante a fijar como límite máximo, o sea, a partir del momento en que el nacido deja de serlo «recientemente».

Comenzando por la individualización de los límites mínimos (fijación concreta del momento en que puede hablarse de vida humana

independiente y ya no de dependiente), éstos alcanzan el culmen de su complejidad en los supuestos de muerte originada «in ipsu partu». Sobre ello, existen tantos criterios doctrinales casi como autores se han dedicado a estudiarlo, siendo todos ellos aprovechables y válidos, salvo algunos realmente extremos y que no pueden acogerse, ni pueden tener virtualidad en el derecho hispano (10).

La jurisprudencia más común, sin entrar en demasiadas filigranas jurídicas, ha entendido que «lo nacido» ha de referirse a lo que ya ha ocurrido, y que, por tanto, nacida será la criatura cuyo proceso de parto ha concluido y existe un absoluto desprendimiento del ser vivo del claustro materno (es vida ya extrauterina, sin importar tanto se haya cortado o no el cordón umbilical).

Estamos por consiguiente ante una tesis estricta que excluye los supuestos del llamado «feticidio» y que nos parece positiva en cuanto parte de una lógica irrefutable: el nacido no es asimilable al que está naciendo, el que está naciendo está en un punto temporal anterior al que ya nació.

Así lo deduce, por ejemplo, una antigua sentencia de 2 de abril de 1886 que ofrece una película gráfica muy expresiva, al significar que «la cortadura del cordón umbilical a raíz del abdomen hecha por la procesada, al dar a luz una niña (luego ya estaba desprendida) fue la causa determinante de la muerte de ésta, y constituye un medio adecuado para producirla, que demuestra la intención y malicia del agente al emplearla... (sic. por lo que está bien calificar y penar como delito de infanticidio el perpetrado...)» (11).

En cuanto a la frontera temporal por lo máximo, tras la cual el infanticidio deja de surtir sus efectos, debe destacarse que son muy vagas e imprecisas, y que a pesar de que pueda ser censurable la adopción apriorística de plazos de tiempo predeterminados (12), es

(10) Se ha tenido por nacido, al ser humano que aún no se ha desprendido del seno materno, al desprendido parcial, al total, pero una vez con o cortado el cordón umbilical, al que se encuentra en fase paritoria próxima al desprendimiento, al que comienza a respirar pulmonarmente, que lo deja de hacer placentariamente, etc. Cfr.: BAJO FERNÁNDEZ, M.: *op. cit.*, *loc. cit.* DÍAZ-VALCÁRCCEL, J. M.: *op. cit.*, pp. 503-504 (para el que es un concepto extrapenal médico). CUELLO CALÓN, E.: *op. cit.*, p. 524 (igual que el anterior). FERRER SAMA, A.: *Comentarios al Código penal*, t. IV, Madrid, 1956, pp. 287 y ss. PUIG PENA, F.: *op. cit.*, p. 410. QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *op. cit.*, pp. 439 a 449. MUÑOZ CONDE, F.: *op. cit.*, pp. 7-8 y 40-41. RODRÍGUEZ DEVEZA, J. M.: *op. cit.*, p. 57. STAMPA BRAUN, J. M.: *op. cit.*, *loc. cit. última*. Interesante también es la memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 1943 en esta materia.

(11) Sobre la fijación de las fronteras entre infanticidio y «aborto honoris causa», otras sumamente interesantes son las de 11 de julio de 1874, 18 de febrero de 1889, 11 de julio de 1889, 7 de mayo de 1902, 11 de febrero de 1914, 18 de diciembre de 1952, 30 de mayo de 1959, 22 de enero de 1931, 9 de octubre de 1957, 16 de noviembre de 1892 y recientes de 26 de octubre de 1964, 31 de enero de 1973, 3 de diciembre de 1974, 28 de septiembre de 1975, 29 de octubre de 1976, etc.

(12) Vid. MUÑOZ CONDE, F.: *op. cit.*, p. 41 (quizá al partir de unos esquemas criminológicos diferentes su postura tenga más sentido de futuro, pero no pueda to-

lo cierto que el vocablo «recién» nos sugiere de antemano una idea de brevedad e inmediatez que a la postre ha de necesitar de unos límites más o menos concretos, que se sitúen en una esfera de proximidad temporal al segundo concreto de la producción del nacimiento.

En esta línea, la dirección marcada por nuestro Tribunal Supremo en las últimas décadas no es nada reprochable, no sólo en razón a su conexión con el método histórico (plazo de tres días fijado por el Código de 1870), sino porque una interpretación demasiado laxa chocaría con la propia esencia del móvil calificativo del delito, máxime cuando dadas las cotas culturales alcanzadas por la mujer hoy en día habrá que presuponer que con un coeficiente de inteligencia normal habrá tenido nueve meses (justos los del embarazo) para reflexionar acerca de la problemática que su deshonra en curso le va a acarrear, y caso de «deshacerse» de ella, lo hará por la vía rápida, y no a su conveniencia, pues entonces la benevolencia o benignidad del Código no sería tal, sino auténtica misericordia piadosa, a despecho de otras situaciones similares en el hombre...

Dos importantes sentencias —completadas por muchísimas otras— nos parece oportuno reflejar aquí. La primera, ya citada, es la de 1 de febrero de 1945 (Aranzadi 209) nos ofrece un cuerpo de doctrina claro al rezar que recién nacido... «quiere decir, gramaticalmente considerado en orden al tiempo, lo sea inmediata o muy poco tiempo después de su nacimiento, como así lo corrobora el examen de la legislación penal establecida en la casi totalidad de los países, en las que en su mayoría se emplea análogo concepto, sin cifrar el tiempo, y en la que lo hace, como ocurría en la nuestra anterior a la vigente, casi nunca llega a superar el de tres días desde el nacimiento, como consecuencia lógica que es de suponer que en ese plazo existe el suficiente tiempo para que la culpable pueda reaccionar del estado de excitación que va unido al parto y recuperar la reflexión y libertad necesarias (sic. ¿acaso no subyace aquí el sistema objetivo de las tensiones emocionales?) para decidir en conciencia entre el estímulo que la impulsa a realizar el mal de matar al fruto de su *seducción* para evitar con ello se haga pública su deshonra y padezca el honor de su familia y el de cumplir con el deber más acorde en toda conciencia honrada y que los lazos de la sangre notoriamente reclaman a toda madre de ser el amparo, ayuda y protección de su hijo, que en tan tierna edad le son imprescindibles para su vida...» (13).

marse abiertamente en el actual sustentado por el 410 vigente). DEL ROSAL-COBO-RODRIGUEZ MOURULLO: *op. cit.*, pp. 303-304. QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *op. cit.*, pp. 447 a 449.

(13) De un modo confuso se vislumbra en esta resolución judicial los efectos del derecho suizo de la perturbación psíquico-fisiológica producto del parto (estado emocional y de excitación sobrevenido al parto), si bien no perturba ni deja sin efecto el tradicional móvil del honor, incluso familiar, que se ve así mancillado.

La segunda, de 30 de junio de 1952 (Aranzadi 1.408), justifica el giro dado por el Código de 1932 en relación al de 1870, matizando que la elección del legislador republicano de no fijar un plazo preordenado se fundó no en el deseo de restringir el concepto, sino el de flexibilizarlo cara a la práctica judicial, porque, cito textualmente: «...se creyó mejor que fuese el prudente criterio del Juzgador el que según las circunstancias de cada caso estimare si se daba o no ese elemento integrante de este delito, atendido el tiempo transcurrido, toda vez que así no viene obligado siempre a tener que respetar ese plazo de tres días, a pesar... de que la realidad hubiera demostrado que antes de transcurrir, ya el culpable podía darse cuenta perfecta y decidir en consecuencia... al no existir ningún otro elemento que contradiga el que ese término de tres días pueda estimarse como excesivamente largo, es indudable que concurre la característica esencial de que la víctima del delito fuese «recién nacido» en el sentido legal del precepto...» (14).

Por otro lado, no es requisito imprescindible para la comisión del delito la viabilidad o no viabilidad del nacido vivo, por no ser de aplicación los esquemas civilistas en el ámbito penal, y siguiendo a Quintano en el lugar antes citado, quizá sea más plausible —dado lo delicado del tema— adoptar una postura prudente que, por un lado, concilie que la actividad objeto de reproche jurídico se actúe «post partum» (mismo momento de finalización de la expulsión definitiva del feto, con lo que deja de ser tal, jurídicamente hablando), y que similarmente a como lo ha venido entendiendo la Jurisprudencia se evite retrotraer a momentos anteriores los efectos de la norma (téngase en cuenta que si el feto aún no es independiente, siempre hasta que no se desprenda, cabe la posibilidad de la frustración o su propia muerte natural a consecuencia del «schok» del parto mismo).

Desde la otra dirección también se desvirtuaría su naturaleza de delito contra la vida independiente, y se introducirían factores de inseguridad y poca certeza que en nada ayudarían a los Tribunales «a quo». Del mismo modo la pauta orientativa, como tal, de los tres días, aún criticable y rígida puede conjugarse y relajarse con la entrada en juego de otros factores emocionales y psíquicos, realmente manifestados en la agente (no tan admisibles en los abuelos maternos

(14) Tampoco se olvide que la sentencia de 1 de febrero de 1945 aplicó un fuerte corrector limitativo, al decir que no podía «...estimarse que la muerte dada a su hija por la procesada a los ocho días del alumbramiento integra el delito de infanticidio... porque el plazo de tiempo que presupone la frase «recién nacido» consignado, en el precepto penal no se le puede conceder la dilatada extensión de ocho días, dada su significación gramatical, y máxime al tener en cuenta que la anterior legislación penal, a la que substituyó la cifraba en tres días...». Otras más son las de 4 de mayo de 1880, 18 de febrero de 1889, 7 de mayo de 1902, 18 de junio de 1962 (Aranzadi 2.748), 5 de julio de 1946 (Aranzadi 895) y la más actual de 18 de marzo de 1978, que destaca la importancia que en este punto ha de jugar al arbitrio judicial.

que pudieren otorgar mayor margen temporal, pero nunca en exceso (lo que nos pone de manifiesto como, al tener que servir a un móvil como el de ocultar la «deshonra», se da pie a todo tipo de alternati-vas y confusiones...).

Sin embargo, esta misma temática se replanteará en un sistema de «tensiones emocionales», como el que de «lege ferenda» parece proclamarse, si bien se introducirán dosis de mayor objetividad al referirlo a las circunstancias fisiológicas del alumbramiento, en que las ciencias médicas y psíquicas podrán ayudar en mejor manera.

c) **Dinámica comisiva**

La acción que se describe en el tipo del 410 es la de matar («mata-re...»), o causar la muerte del hijo o nieto —según los supuestos— recién nacido, mediante cualesquiera medio, modo y forma. Desde este punto de vista, sólo podemos dejar constancia en este punto de que el Tribunal Supremo ha sido testigo de las más variadas formas de ataque y violencia sobre estas vidas humanas incipientes, con apenas casos de acciones frustradas o en tentativa, como por otra parte, no podía ser distinto.

La mayoría de ellas —de índole activa— han consistido en provocar la asfixia de la víctima indefensa (ejemplo la de 19 de abril de 1881), y las de rotura del cordón umbilical sin ligamen posterior alguno, alcanzando el desangramiento, así como las inactivas por comisión de no auxiliar a la víctima con los cuidados en ese momento imprescindibles (sentencias de 26 de abril de 1886, 27 de febrero de 1924, 26 de junio de 1888, 6 de junio de 1933, 5 de febrero de 1941, 30 de septiembre de 1944, 12 de junio de 1957, 28 de mayo de 1963, 15 de enero de 1968, 18 de junio de 1962, 2 de marzo de 1969, 5 de julio de 1977, 18 de marzo de 1978, 30 de septiembre de 1978, y un largo etcétera), enterramiento vivos, y golpes, cuya simple lectura demuestra el ingenio —desgraciado en este caso— con que el ser humano logra quitarse de enmedio a otro.

En este apartado, y dado que caben las conductas omisivas propias e impropias (15), se hace ineludible ofrecer una mínima noticia

(15) La de 3 de junio de 1969 recoge la doctrina de que al resultado muerte «...puede llegarse tanto a medio de un dinamismo que represente el ejercicio de una acción positiva, como por una abstención o pasividad determinante del evento, pues resulta posible la comisión por omisión siempre que se apoye en el dolo de matar, y en el ánimo inequívocamente finalista de ocultar la deshonra y a la vez desencadenante del proceso causal ideal y materialmente que conduce al resultado y por fin la quieta actitud o inacción signifique la lesión de una obligación de actuar de la madre para con su hijo, que ilegítimamente proclame un «non facere quod debetur», y equivalga a la acción misma, supuesto este último en el que encajan indudablemente los supuestos de no prestación de debidos cuidados al recién nacido para que respire o para cohibir

o esbozo de los criterios que lo diferencian respecto del delito de abandono de niño recién nacido «honoris causa», contemplado y previsto en el actual artículo 488 del Código en vigor.

El Tribunal Supremo así lo ha hecho y ha tenido oportunidad de establecer las diferencias sustantivas entre ambos delitos. Como no podía ser menos había que reconducir la distinción al elemento intencional y volitivo de la culpabilidad, esto es, con base en el cualitativamente diferente ánimo doloso que acompaña a uno y otro tipo, amén de su propia naturaleza. Es incontestable que el infanticidio es un delito de lesión, de tendencia, que exige un «animus necandi» concurrente, mientras que el de abandono, al ser uno de los delitos de los llamados de «peligro» y no de lesión para el neonato, no exige, sino que excluye aquel dolo de matar al menos de modo y con carácter directo. Siendo un problema que se residencia en la culpabilidad, al fallar el «animus necandi», queda campo abierto para la apreciación del tipo «abandono», siendo también un delito privilegiado por el móvil de la ocultación, aquí mucho más debilitado, si bien, como se ha señalado, ha llegado a darse el contrasentido punitivo de que durante la etapa republicana, la mujer que con ese móvil abandonaba a su hijo recién nacido (aun aceptando el riesgo de prever que podía peligrar su vida) se le imponía la misma pena que a la mujer que, «honoris causa», mataba al recién nacido con firme propósito de hacerlo y alcanzar ese resultado (16) (de esta suerte el abandono del 488 por causa de honor habrá que replanteárselo en la dogmática, y acerca de sus perspectivas de supervivencia).

Enseña una sentencia de 11 de julio de 1874 que «...este delito se diferencia del de abandono de niños en que este último se caracteriza por la interrupción de los cuidados debidos..., que corre así la eventualidad de morir o no, mientras que en el infanticidio existe intención directa de matar, y por eso el abandono de un recién nacido con hemorragia del cordón umbilical y sin que se le prestara auxilio para poder respirar constituye este delito, pues tales hechos revelan intención de causar la muerte...». De contenido idéntico o análogo son las de 4 de octubre de 1877, 11 de febrero de 1892, 19 de enero de 1921, 20 de mayo de 1929, 14 de enero de 1946 (Aranzadi 55), 15 de enero de 1968 (Aranzadi 368), 3 de junio de 1969 (Aranzadi 3.160), 15 de noviembre de 1969 (Aranzadi 5.431), 15 de noviembre de 1977 (Aranzadi 4.336) y aún la más reciente de 30 de septiembre de 1978 (Aranzadi 4.336), que de forma muy sencilla proclama que «...en su forma omisiva se distingue del delito de abandono de niños

la hemorragia del cordón umbilical cuando genere el deseo querido...». Vid. BACIGALUPO, E.: *Delitos impropios de omisión*, ed. «Pannedille», Buenos Aires, 1970, edic. Argentina, pp. 165 a 173.

(16) Vid. PUIG PEÑA, F.: *op. cit.*, pp. 412-413. QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *op. cit.*, p. 459 (en el abandono hay un dolo eventual duplicado).

descrito en el párrafo 3.º del artículo 488 del referido Cuerpo legal punitivo en que mientras para que se produzca el primero resulta indispensable en el autor el dolo directo de causar la muerte del recién nacido, en el segundo, falta el «animus accidendi» necesario en todos los delitos contra la vida, existiendo tan sólo un dolo o propósito de abandonar el niño a su suerte, sin considerar que pueda morir por falta de asistencia o por lo menos sin querer que así ocurra por tratarse solamente de un delito de peligro y no de resultado...» (17).

III. ESPECIAL REFERENCIA AL MOVIL DE OCULTACION DE LA «DESHONRA»

El «animus necandi» va casi indisolublemente unido, como es de presuponer, de otro «animus» o móvil, la finalidad de ocultar la «deshonra» de la madre y no de la familia, porque el precepto no la refiere, sino que la contradice.

Este móvil tan peculiar y castizo constituye la clave para un adecuado entendimiento de la sustantividad de este tipo delictivo, y hasta tal punto es esencialísimo —o lo era— que llevó al legislador a darle su propio campo, extrayéndolo de las conductas parricidas (es, pues, un móvil con una historicidad clara y con una existencialidad de superioridad de rango). Sin su concurrencia se viene abajo todo el entramado de su estructura típica, y no queda más que un desnudo delito de parricidio. Esta será la razón por la que al verificar su crítica anotaremos que si el móvil no existe, o aunque exista es ficticio o arcaico, no quedará más remedio que, o buscarle una alternativa, o no buscársela y suprimir la figura, aunque se conserve por expresiva la voz «infanticidio» (si las argumentaciones filosófico-jurídicas —hoy de moral social dominante— que propugnaron y facilitaron su alzamiento como categoría técnica individualizada, no pueden ratificarse ahora y han sido sepultadas por otras más modernas, se hundan los pilares jurídico-criminológicos en que tal móvil se ha venido sustentando).

Y no es una cuestión de mera escuela, pues la trascendencia que ostenta es relevante, al fundamentar una rebaja punitiva de dos grados, máxime cuando estamos manejando las mimbres de un bien jurídico tan sumamente sagrado como es el de la vida humana (no «spes homini»), lo que nos pone de manifiesto que esa inmaculada «honra» u «honor» de la mujer se ha venido estimando como una cosa muy seria y como un valor jurídico tan digno de estima y protección que

(17) Más incisiva aún es la de 24 de febrero de 1978 (Aranzadi 495), destacando aparte del elemento intencional en los casos más dudosos, las diferencias en el elemento material (en el delito de abandono un mero «non facere», en el infanticidio una omisión o acción occisiva en sus dos formas).

en el caso de marras se traduce en un aminoramiento punitivo de tal calibre.

Si su cualificación última reside en parámetros que ahora nos atrevemos a calificar como pseudoéticos y de convención o uso social, desde un enfoque dogmático penal, se concluye por la generalidad de los penalistas y jurisprudencia más reciente, que se trata de lo que técnicamente denominamos elemento subjetivo del injusto (18).

No se pretende aquí, ni mucho menos, debatir sobre ello, porque nos apartaría de nuestro objetivo primordial que no es otro que el de hacer hincapié en sus planos sociológicos, y en su conformación de móvil «tabú-arquetipo» indefinido que precisa aclarar su contenido para, a fin de cuentas, extraer unas mínimas conclusiones acerca de su imbricación en la vida ético social que discurre en el momento de redactar éstas líneas.

En este orden de ideas, ¿qué ha de entenderse por deshonra de la madre para que se justifique —plano de la culpabilidad— una privilegiación tan atenuatoria ante el hecho tan censurable —en principio— de la muerte de un ser tan indefenso como lo es el recién nacido? Lógicamente, de los términos en que está redactado el 410 nada se desprende, puesto que el Código penal no está para definir conceptos y menos como el de «honra», honor, «honestidad», etc. Entonces, habrá que acudir a otros puntos de referencias, el más seguro: el de la noción vulgar y «opinión común» de las gentes. ¿Quiere decirse, por tanto, que ésta presenta siempre la idea de algo inmoral, ilícito, ilegítimo, o al menos anti-social en el campo de lo sexual, de una concepción de un futuro neonato deceso que no se corresponde con lo que desea la sociedad?

La norma antedicha —a diferencia de otros ordenamientos— explícitamente ni implícitamente se atreve a plantearlo en estos términos. En consecuencia, estamos ante un valor metajurídico que tiene como fenómeno social una traducción jurídica en el campo del derecho penal, pero que, como por todos se da por sabido, también por

(18) Cfr. CUELLO CALÓN, E.: *op. cit.*, pp. 525-526. MUÑOZ CONDE, F.: *op. cit.*, p. 42. QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *op. cit.*, pp. 454 a 457. RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.: *op. cit.*, p. 58. RODRÍGUEZ RAMOS, L.: *op. cit.*, pp. 43-44. Por su parte, el profesor BAJO: *op. cit.*, pp. 103 y ss., se plantea la discusión de si el móvil antedicho es un elemento subjetivo a residenciar en la antijuricidad o en la culpabilidad, y frente a algunas opiniones desarrolla el problema hasta sus últimas consecuencias analizando las repercusiones que ello produce en los problemas que en el infanticidio provoca la participación, su comisión por imprudencia, y a las incongruencias y falta de justicia material a las que lleva la doctrina clásica. Asimismo, y desde un punto de vista material, vid. MIR PUIG, S.: *Los términos delito y falta en el Código penal*, en «Anuario de Derecho Penal», 1973, pp. 334-335. POLAINO NAVARRETE: *De los elementos del injusto*, Publ. Universidad de Sevilla, 1972, pp. 228, 229 y 243. MAQUEDA ABREU, M. L.: *Los elementos subjetivos de justificación*, en revista-diario «La Ley», núm. 935, de 11 de mayo de 1984, pp. 1 a 9.

todos puede abandonarse, dada su condición subjetivizada y muy relativizada.

Por su lado, el Tribunal Supremo lo que ha intentado hacer —de la juricidad del concepto «a posteriori»— es llenar de alguna manera su contenido ya de por sí movedizo, diciéndonos qué personas —en su leal saber y entender— (pues, si bien interpreta el derecho, yo al menos le niego su legitimidad para interpretar la moral social, que es algo muy distinto) tienen o dejan de tener esa honra con arreglo a lo que el precepto legal da de sí. Ello le ha obligado a aceptar las pautas de comportamiento, de moralidad y de educación sexual, que externamente parecían acomodadas y propuestas como generalmente aceptadas socialmente. Su propio lenguaje en sus resoluciones así lo evidencia, siendo fiel espejo de la actitud y talante que en materia religiosa y moralidad sexual en los últimos 150 años ha caracterizado a la sociedad española, y en la mayoría de sus capas (19).

Desde otra perspectiva debe advertirse que no siempre ha podido verse tal doctrina limpia de criterios endógenos, y que justo es reconocérsele, en muchas ocasiones, no cargando las tintas en los meros exógenos de la estimación pública de la honestidad sexual femenina ha llamado la atención en otros factores de psicología más evolutiva y acorde con la propia problemática interior de dicho sexo, sobre manera, en un momento tal como el de alumbrar otro ser vivo.

Congruente con aquel «modus operandi» puede mencionarse inicialmente una sentencia de 23 de diciembre de 1946 (Aranzadi 1.440), la cual, aun reconociendo que la procesada casada (¡pero separada de su marido y haciendo «vida marital» con otro hombre!) mató a su hijo recién nacido, también pone sobre el tapete que lo hizo en un estado en que «por motivo del parto había sufrido una gran hemorragia y experimentaba las consecuencias anormales en que aquél se produjo» y que «padecía una disminución de sus facultades mentales que le impedía, pero tan sólo parcialmente, discernir en forma normal el carácter y gravedad de los actos realizados». Ahora bien, ello de nada sirvió ya que lo importante era el móvil legal, y en éste caso «...la conducta desordenada de la procesada, así como la vida marital que hacía con el otro procesado y el estado de embarazo de aquélla eran públicamente conocidos...», por lo que «...no concurre en el hecho la finalidad de ocultar la deshonor de la madre, requisito esencial del infanticidio...», estimando que cometieron parricidio; «...conforme al artículo 405, porque antes de salvaguardia del honor ha sido destrucción de la prueba viva de la conducta de la reo, censurable tanto en el aspecto moral y social como en el legal...» (al final

(19) Esclarecedoras son las reflexiones que con carácter general en relación a la familia y a la conducta sexual ha escrito PÉREZ RUIZ, C.: *La argumentación moral del Tribunal Supremo (1940-1975)*, «Tecnos, S. A.», Madrid, 1987, pp. 173 a 270.

el Tribunal Supremo se mete a censor pseudo-religioso como la propia frase última se encarga de recalcar...).

Por este último camino, si va a sacarle jugo la praxis jurisprudencial y sólo hasta hace pocos años con inversión de la carga de la prueba, pues era a la parte acusada a la que correspondía probar rotundamente su honestidad y honradez sexual, y no a la parte acusadora para desequilibrar el principio «pro reo».

Se ha exigido constantemente la prueba procesal y salvo alguna excepción aislada, ningún móvil de análoga significación podía tenerse en cuenta (la sentencia de 13 de octubre de 1893, al menos, se planteó esta vía, si bien, en el caso concreto, dado que el veredicto del Jurado no estimó la concurrencia de la ocultación de la deshonra ni «otro análogo», siendo apreciaciones de hecho que integraba en ese momento un verdadero elemento moral atribuido expresamente por la legislación juradista al Tribunal de hecho y no de derecho (no se entendía que era concepto jurídico como equivocadamente supuso el Tribunal de instancia) hubo de condenar a la recurrente en casación por parricidio).

Un repaso más o menos apretado de sus resoluciones nos brinda un amplio abánico de orientaciones que en una apretada síntesis vamos a intentar consignar a continuación. A este respecto es de citar la reiteradísima constante de negar la adherencia de dicho móvil a las mujeres que previamente a la comisión delictiva habían perdido la honra, por estar públicamente prostituidas, o como gustaba de decir el Tribunal Supremo por llevar vida impúdica, licenciosa, de desenfreno moral o mala conducta social. En este grupo numeroso se encuentran las de 30 de noviembre de 1927 (no alcanza la penalidad disminuida del 410 a las que atentaron a la «vida del infante con diversa mira, ni a las que viviendo la vida impúdica del deshonor públicamente conocido y alardeado que supone ser prostituta, delinquen de ese modo sin aquélla causa...»), incluidas las que sin ejercer tal «oficio» convivían maritalmente —como hemos visto— y de modo público con un hombre que no era su legítimo marido [además, sentencia de 7 de octubre de 1952 (Aranzadi 1746)]. En el mismo concepto estaban las madres solteras que cometían después la acción con un 2.º hijo y así lo confirman sentencias como la de 5 de febrero de 1948 (Aranzadi 206) (20).

(20) Alguno de sus párrafos señala: «...para calificar de infanticidio la muerte violenta del recién nacido causada voluntariamente por la propia madre es imprescindible la certeza de que el impulso criminal obedeció al propósito único y exclusivo de ocultar la deshonra de la culpable, mas cuando ésta es una mujer soltera anteriormente deshonrada por el alumbramiento de otro hijo que a la sazón contaba cuatro años de edad, el deseo de ocultar el segundo embarazo y el parto subsiguiente a su padre y a su hermana casada con quienes vivía, sin otros datos conocidos respecto a las relaciones familiares ni al comportamiento de la procesada dentro y fuera del hogar

No obstante, en este último supuesto, con posterioridad en el tiempo, el Tribunal Supremo suavizó el rigor de su doctrina, y mediante sentencias más cercanas matizó que aún en la madre que hubiera tenido partos anteriores de soltera, podría apreciársele su compatibilidad con los beneficios del 410, si quedaba probado que tal mujer trató de reconstruir su vida, intentando recuperar aun mínimamente la estima pública perdida, a la vez que, introduciendo factores de corrección, relativos y atinentes a circunstancias geográficas, sociológicas, laborales, etc.

Son de anotar para el caso las de 8 de mayo de 1959 (Aranzadi 1.772) (21), de 18 de marzo de 1978 (Aranzadi 1.043) y la más reciente de 12 de marzo de 1981 (Aranzadi 1.155), en la cual, de una manera decidida aplica el principio «pro reo» de una manera más armónica y sutil (es el caso de una soltera con dos hijos que posteriormente entabla un noviazgo conocido y público, con trabajo y anhelos de casarse, y que recuperando su reputación vuelve a quedarse embarazada y da muerte al niño producto del mismo; ante lo cual el Tribunal Supremo aprecia lo que denomina consideraciones de angustia y de temor al escándalo, amén de el riesgo de la pérdida de su trabajo y novio, concluyendo que «...aun cuando los móviles impulsores del delito no aparezcan claros y limpios de egoísmo, lo cierto es que en ellos late el deseo de que permaneciere oculto su tropiezo de ahora, para mantener el buen nombre difícilmente recuperado con su noviazgo..., y siendo como es imposible discernir con absoluta certeza hasta dónde llegaban en la ejecución de los hechos sus torpes intenciones y dónde comenzaba su deseo de evitar mancillada su estima, procede la aplicación del precepto sancionador más benigno...»).

Naturalmente, también el Tribunal Supremo ha tenido en cuenta si la ilegitimidad de la concepción era públicamente conocida o no conocida, y así si era un hecho cierto el conocimiento del embarazo, no podía apreciarse el infanticidio, por la elemental razón de que nada había que ocultar a partir de esos momentos (sentencias de 20 de febrero de 1952 —Aranzadi 123— y 6 de noviembre de 1977 —Aranzadi 4.768—).

No se olvide que según la citada de 18 de marzo de 1978 ha de constar la certeza de que el impulso criminal obedeció al único y

doméstico, no puede estimarse equiparable a la causa de honor característica del delito según los términos literales del artículo 410 y es acertado el criterio de calificarlo de parricidio...) (idéntica en su contenido y apreciaciones son las de 15 de febrero de 1955 —Aranzadi 421— ó 20 de mayo de 1975 —Aranzadi 2.275—).

(21) Sentencia muy depurada en que hablaba de que el móvil siempre aparece mezclado con meras y puras motivaciones personales egoístas, lo que en definitiva trasluce una posición psicologista humana. La sentencia fue elogiada en su momento por DEL ROSAL, J.: *Valoración psicológica del móvil del infanticidio*, en «Anuario de Derecho Penal», 1959, pp. 585 a 589.

exclusivo propósito de ocultar la deshonra, y que en el caso de una madre soltera que ya tuvo dos hijos, si no cambian los factores ambientales, sociales, o de residencia de la culpable, no queda probado dicho ánimo «...aunque se oculte el embarazo, ni el nacimiento, porque si el hecho se oculta a la misma madre, bien pudiera ser por los problemas que el embarazo anterior y la primera niña le ocasionaron con su madre y su familia», en vista de lo cual se desestimó el recurso de casación al no existir datos en los hechos de «...haber siquiera iniciado un cambio de suyo largo y harto dificultoso de recuperar el honor sexual ya perdido...».

Ello tampoco ha impedido que con anterioridad la de 30 de junio de 1952 (Aranzadi 1.408) haya aplicado el tipo infanticida al abuelo materno que mató al nieto recién nacido para ocultar la deshonra de su hija, pese a que esta última llevaba vida deshonesta, con base en la no constancia para aquél de éstas circunstancias desfavorables. Por contra, no se ha localizado ninguna resolución que de modo directo afrontara el hecho de que los abuelos maternos causaran la muerte del recién nacido de su hija para ocultar su deshonra, dándose el evento de que tal hija no la consintiera y se opusiera, por entender que ninguna deshonra le afectaba y nada había que ocultar...

Si la ha habido contradictoria con sus propias directrices programáticas, al casar la de un Tribunal inferior, considerando infanticidio la muerte causada por una mujer casada a su hijo recién nacido, alumbrado a los cuatro meses de su casamiento y siendo conocido su embarazo por su marido con anterioridad al matrimonio. Aquí, desconociendo las consecuencias de la «ilegitimidad sexual» (puesto que el matrimonio la «legitimaba» la «honraba») extiende el radio de acción del móvil al entender que «...estaba temerosa de la deshonra que en la opinión pública podría resultar de la notoriedad del parto...» (STS 4 de marzo de 1880) (criterio sorprendente, porque si el hijo era producto de una relación que a posteriori no queda «desvalorada» y, precisamente, el matrimonio ha servido para lavar en público tal presunta deshonra —véanse los artículos 121 a 123 del Código civil antes de su reforma de 13 de mayo de 1981, legitimación por subsiguiente matrimonio— no aparece de modo real tal móvil).

Vista a grandes rasgos la respuesta jurisprudencial a los problemas más comunes que se han planteado, para terminar este apartado basta ratificar que el móvil, ya de por sí discutido, podía ofrecer un amplio margen de actuación y libertad subjetiva de apreciación al Tribunal, para decidirse sobre la concurrencia o no concurrencia del requisito de la «pro conservatio ex estimationis et honoris», lo que es reprochable máxime en uno de estos factores de componente sociológico agudizado.

IV. OTROS PROBLEMAS

a) Circunstancias de aplicación

En el presente epígrafe se pretende dar también un repaso rápido a una serie de cuestiones que el Tribunal Supremo ha dilucidado a la hora de la aplicación (en hechos punibles infanticidas) de diversas circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

Realmente, mencionaremos tan sólo las menos pacíficas y más controvertidas sobre las que ha existido algún pronunciamiento jurisprudencial específico y claramente consolidado (22).

Comenzando por las agravatorias, contenidas en los actuales 16 números del artículo 10 de nuestro vigente Código penal, parece preciso significar las cuatro siguientes: alevosía, premeditación, abuso de superioridad y reincidencia, por ser éstas las que verdaderamente más margen de actuación «a priori» poseen, dadas las características del tipo, resultando superfluas o no problemáticas las restantes, como una simple lectura de las mismas nos sugiere.

La reincidencia no creemos ofrezca muchas dificultades aunque su rareza es tal que no nos hemos topado con casos de reiteración, con arreglo a la vieja terminología, pero de concurrir, su aplicación vendría a producir los efectos agravatorios consabidos.

En cuanto a la alevosía y ello es predicable del abuso de superioridad, nunca se ha estimado correcto aplicarla y que pueda operar como tal circunstancia independiente en el infanticidio, ya que, si el sujeto pasivo ha de ser un niño recién nacido, repugna aceptar que su muerte no sea siempre «per natura» alevosa, siendo corriente entender que está insita en el tipo y no puede producir una duplicidad de efectos. Al decir del Tribunal Supremo, esa es la dirección válida, y lo ha declarado en abundantísimas sentencias (incompatibilidad del artículo 410 en concurrencia con el 10.1.^a), de las que recordamos las de 25 de noviembre de 1952, 9 de noviembre de 1955, 6 de noviembre de 1972, 18 de marzo de 1978, etc. Prácticamente, cualesquiera forma activa, modo y medio que tienda al aseguramiento de la muerte del recién nacido logrará su meta, puesto que este último es el prototipo radicalizado de persona más indefensa, y así es conculca la unánime opinión de la doctrina.

Mucho más dudoso es deducirlo respecto de la premeditación, por cuanto el Tribunal Supremo no se ha pronunciado de modo efectivo e inmediato al efecto, y las tesis de los autores son divergentes (23),

(22) Para un análisis sintético individualizado de todas ellas, entre otros, vid. QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *op. cit.*, pp. 463 a 468.

(23) Cft. DÍAZ-VALCÁRCEL, J. M.: *op. cit.*, pp. 506-507. BAJO FERNÁNDEZ, M.: *op. cit.*, pp. 108-109.

si bien, aun llegando a sus últimas consecuencias en la finalidad del móvil que da vida a este delito, su no incardinación en coordenadas del todo emocionales o psíquico-patológicas, no excluye rotundamente para todo caso su estimación (24).

En relación a las atenuatorias del artículo 9 nada impide la concurrencia de la segunda (embriaguez no habitual), aunque no parezca muy seria, de la 3.^a (menor edad) y de la 9.^a (arrepentimiento espontáneo). La verdadera polémica se ha centrado en la actual 8.^a («la de obrar por causas o estímulos tan poderosos que hayan producido arrebató, obcecación u otro estímulo pasional de semejante entidad»), si se tiene en cuenta que existen dos posiciones irreductibles, la de su admisión y la denegatoria, por entender que el arrebató y la obcecación al comprender unos estímulos poderosos que vienen comprendidos en todos los estados emocionales, ha encontrado ya eco y acogida en la propia situación anímica que el móvil del 410 despliega en su seno. Frente a un amplio sector de penalistas que viene pronunciándose por la tesis compatibilizadora de esta atenuante con el tipo descrito en aquella regla (25), la jurisprudencia patria viene machacónamente decantándose por la negativa.

En este sentido, vamos a recoger una de las resoluciones que así lo expresa, por su significación de arquetipo resumido de tal doctrina. Es la de 15 de marzo de 1976 (Aranzadi 1.154) y dice así (26): «...la cuestión planteada en el único motivo del recurso ha sido ya resuelta Por esta Sala en diversas resoluciones, coincidentes todas ellas en afirmar que no cabe estimar la concurrencia en el hecho de autos de la atenuante de arrebató u obcecación del artículo 9 del Código penal..., dado que la situación anímica de la que actúa para ocultar su deshónra, sacrificando la vida del recién nacido, es tenida en cuenta por la Ley para construir la figura delictiva del infanticidio definida en el artículo 410 del Código penal, delito castigado con especial atenuación respecto a la grave penalidad del parricidio, según el artículo 405, que integrarían en otro caso, diferencia de trato basada

(24) ANÓN ONECA, J.: *Derecho penal. Parte general*, «Akal edic.», Madrid, 1985, pp. 396 a 401. CAMARGO HERNÁNDEZ, C.: *La premeditación*, «Bosh Casa Edit.», Barcelona, 1958, pp. 122 y 123, y la doctrina que allí cita. QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Op. cit.*, pp. 463, 464 y 465.

(25) Creen que no es inherente al infanticidio tal atenuante, por ejemplo, RODRÍGUEZ MUÑOZ en sus anotaciones a la traducción del Tratado de Derecho Penal de MEZGUER, Madrid, 1955, 3.^a ed., t. I, pp. 157. Cfr. MUÑOZ CONDE, F.: *Op. cit.*, p. 42 (quien atinadamente pone de relieve que incluso cabe conjugar la eximente incompleta de trastorno mental transitorio). DEL ROSAL-COBO-RODRÍGUEZ MOURULLO: *op. cit.*, pp. 291 y ss. RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.: *op. cit.*, p. 65. RODRÍGUEZ RAMOS, L.: *op. cit.*, loc. cit. QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *op. cit.*, loc. cit.; *duda*. DÍAZ-VALCÁRCCEL: *op. cit.*, p. 506, y se muestran contrarios CUELLO CALÓN, E.: *op. cit.*, p. 528. FERRER SAMA, A.: *op. cit.*, p. 291.

(26) Otras son las de 14 de octubre de 1887, 7 de enero de 1940, 3 de octubre de 1947, 22 de marzo de 1969, 28 de junio de 1897, 30 de diciembre de 1974, 30 de diciembre de 1881, 20 de mayo de 1975 (aunque referida al parricidio).

precisamente en el estado de perturbación que el legislador supone embarga el discernimiento a las personas ofuscadas por la idea de la temida deshonra que las coloca en situación similar a la prevista en aquella genérica circunstancia de atenuación, pero obteniendo de ella mayores ventajas, atendida la escasa penalidad asignada al delito de infanticidio, permitiendo imponerla dentro de unos límites que nunca serían alcanzables mediante el normal juego de la repetida atenuante, caso de omitirse este delito en el repertorio delictivo...».

Ahora bien, la atenuante, aunque no tenga cabida en el infanticidio para el Tribunal Supremo, si la ha tenido para los casos de parricidio de recién nacido, cuando no ha habido probanza del móvil específico que cualifica al primer delito. Será por tanto en el parricidio donde el Tribunal Supremo ha tenido oportunidad de aplicar los efectos atenuatorios, o incluso exculpatorios (como reflejo del pristino fundamento del sistema germánico) de las situaciones patológicas del alumbramiento, en contraposición a su negación en el derecho hispano. Así una sentencia de 22 de marzo de 1928 declaró, acogiendo la ocasión que se le brindaba, que no hay parricidio ni aún por imprudencia, cuando se comete el hecho a consecuencia de perturbaciones producidas por la fiebre puerperal. De este modo se demuestra que con los preceptos de la parte general, hoy nos bastaría para resolver los problemas y es patente la innecesariedad del 410 (decía así: «ha lugar al recurso estimándose que la muerte del feto dado a luz de todo tiempo es una incidencia de las perturbaciones producidas por la fiebre puerperal interruptora de la lucidez, serenidad y actividad que exigían el cuidado de la criatura y los desprendimientos y hemorragias propias del término de la gestación, no procediendo aceptar la imputación por imprudencia...»).

En consecuencia, si en este caso se hubiera probado el móvil de ocultación de la deshonra, además de tal fiebre puerperal, en lógica, el Tribunal Supremo hubiera tenido que aplicar el tipo infanticida admitiendo la concurrencia —según su intensidad— de la eximente de trastorno mental transitorio del artículo 8.1.^a actual, o la incompleta o atenuante del artículo 9.1.^a, si no quisiere desconocer las diferencias que el mismo sienta con la consignada en la 8.^a del mismo artículo 9 (27)

(27) Las diferencias entre el trastorno mental transitorio como eximente y la atenuante de obcecación y arrebato han sido profundamente subrayadas en sentencias como las de 25 de marzo de 1974 (Aranzadi 1.451), 5 de marzo de 1977 (Aranzadi 947), 17 de diciembre de 1978 (Aranzadi 456) y 27 de octubre de 1980 (Aranzadi 3.387), por citar algunas.

b) La problemática de la participación

Los complejos problemas de la participación en el delito alcanzan, como es archisabido, una agudización extrema en delitos tales como el asesinato y el parricidio. De idéntica forma ocurre con el infanticidio, por predicarse de su naturaleza una autonomía y una especialidad ya no tan evidente. No tiene demasiado sentido reproducir en estas líneas el intensísimo debate y esfuerzo doctrinal desarrollado en las últimas décadas por la doctrina española, para combatir precisamente los postulados jurisprudenciales.

La posición de los partícipes «extranei» en el delito de infanticidio, y la de los «intraanei» en referencia a la víctima, cuando no fueran ellos los autores materiales y directos del hecho punible, es algo que amén de su innegable trascendencia práctico-punitiva exige un atento cuidado dogmático.

Resumiendo dicho estado —cuya variedad de matices es además importante— puede afirmarse que conjuntamente con el parricidio (donde las dudas son similares) esa mayoritaria doctrina entiende que la responsabilidad penal del tercero o ajeno (no circunscrito en el círculo subjetivo del artículo 410), ha de enmarcarse en las reglas generales de la participación en nuestro derecho, concentradas fundamentalmente en los principios de unidad de título de imputación y de la accesoriedad.

Consecuentemente, esa responsabilidad viene subordinada a la del que ejecuta los estrictos actos de autoría material, y, por tanto, el «extranei» será inductor, cooperador, cómplice o encubridor —según la clase de su participación— de tal delito específico, en su caso de parricidio, o en su caso de infanticidio (28).

Ante ello el Tribunal Supremo se ha mantenido continuamente inflexible en su tesis de que el elemento pariente del Código penal

(28) Vid. BAJO FERNÁNDEZ, M.: *op. cit.*, p. 110. CUELLO CALÓN, E.: *op. cit.*, pp. 527-528. DEL ROSAL-COBO-RODRÍGUEZ MOURULLO: *op. cit.*, pp. 315-316 —contraria a la dominante—. DÍAZ VALCÁRCEL: *op. cit.*, p. 503. FERRER SAMA, A.: *Op. cit.*, t. IV., pp. 284 y ss. GIMBERNAT ORDEIG, E.: *Autor y cómplice en derecho penal*, Secc. Publicac. Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1966, pp. 265 a 287, donde desarrolla su conocida propuesta concretándola respecto al infanticidio en un cuadro sinóptico de las páginas 286-287. PUIG PEÑA, F.: *op. cit.*, p. 411 (parece adherirse a la posición del Tribunal Supremo). QUINTANO RIPOLLÉS: *op. cit.*, pp. 450 a 453. QUERALT, J. J.: *Derecho penal español. Parte especial*, vol. I, Lib. «Bosch», Barcelona, 1986, pp. 39 y 40. QUINTERO OLIVARES, G.: *Los delitos especiales y la teoría de la participación*, Barcelona, 1974, pp. 56 y ss y 65 y ss. RODRÍGUEZ DEVEASA, J. M.: *op. cit.*, pp. 59, 60 y 65. MUÑOZ CONDE, F.: *op. cit.*, pp. 45 a 47 —en las que recoge en apretada síntesis todas las posturas—. Sobre la incidencia de «lege ferenda», en general, cfr. CEREZO MIR, J.: *Autoría y participación en el Código penal vigente y en el futuro Código penal*, en «Problemas fundamentales del Derecho penal», «Tecnos, S. A.», Madrid, 1982, pp. 333 a 347, y en especial GONZÁLEZ-CUELLAR GARCÍA, A.: *Parricidio, infanticidio y problemas de participación en el Proyecto del Código penal*, en «Cuadernos de Política Criminal», Madrid, 1982, pp. 226 y ss.

—en el caso del infanticidio: madre y abuelos maternos— no es comunicable a los terceros partícipes, por aplicación estricta del artículo 60 del mismo cuerpo legal. Rompe así el Tribunal Supremo la unidad de imputación, lo cual nos lleva a interrogarnos y cuestionarnos si realmente el mismo Tribunal ha considerado al infanticidio como un delito especial impropio, pues a ello atenta su posición antedicha, por no estimarlo hasta sus últimas consecuencias. Exponentes de esta postura y posicionamiento, son las sentencias de 11 de marzo de 1887, 7 de febrero de 1888, 14 de marzo de 1893, 1 de noviembre de 1893, 13 de octubre de 1893, 4 de mayo de 1880, 13 de julio de 1897, 27 de enero de 1902, 21 de octubre de 1904, 4 de noviembre de 1948 (Aranzadi 1.340), 23 de diciembre de 1949 (Aranzadi 190), 15 de diciembre de 1950 (Aranzadi 3.011), 7 de octubre de 1953 (Aranzadi 2.375), 5 de febrero de 1955, 30 de septiembre de 1976, 30 de abril de 1979, etc.

La de 6 de noviembre de 1972 (Aranzadi 4.768) nos afirma que: «...entonces surge el problema de la calificación y punición de la conducta de los extraños que intervienen en el delito... y la cooperación de extraños a la comisión del delito de infanticidio no desnaturaliza su pristina condición de asesinato, aliviada por causa de la familia y del honor respecto de la madre o padre de ésta intervinientes, que es como acertadamente se ha calificado de beneficio extraordinario y, por tanto, el que realiza actos que contribuyen a la consecución del hecho punible queda al margen de la relación personalísima de autora y recién nacido (estricta aplicación del artículo 60, cuando lo discutible es su aplicación) y recobra todo su sentido el hecho cometido con independencia del parentesco y los móviles del hecho, para encuadrarse, siendo extraño como en el caso presente, en el verdadero significado de muerte alevosa del recién nacido, esto es, un asesinato...» (si en el caso concreto de autos el «extraneí» hubiera sido el propio padre biológico de la víctima, se hubiera declarado que se trata de una muerte alevosa calificable de parricidio).

c) Infanticidio culposo

Y, ¿es factible el infanticidio por culpa o imprudencia? ¿Se puede hablar de infanticidio imprudente? La pregunta para la generalidad de la doctrina tiene una respuesta categórica: no cabe ni es posible, en puridad de principios, la categoría del infanticidio culposo. Se opone a ello la propia cobertura finalista del tipo, ya que si el vocablo «ocultar» y el dolo exigible de matar han de conjugarse, tanto por un lado como por el otro, se proyecta un dolo bifronte que siendo reforzado es absolutamente incompatible con la ausencia de malicia que caracteriza y da vida al delito culposo (29). Si la actuación dolosa

(29) Vid. en general para un examen completo del «crimen culpae» en el derecho español y comparado y su estructuración en la jurisprudencia del Tribunal Supremo,

(«se mata... para...») se acentúa en este tipo como elemento de la culpabilidad, y el móvil es un componente subjetivo de ese injusto, muy extremadamente podría admitirse la posible entrada en juego del artículo 565 del Código penal en la muerte del recién nacido (30).

Por su parte, la jurisprudencia se aviene y ratifica las directrices doctrinales acogiendo en resoluciones como las de 11 de julio de 1889, 30 de diciembre de 1924, 20 de mayo de 1929, 6 de junio de 1933 (Aranzadi 117), 30 de septiembre de 1944 (Aranzadi 995), a su vez recogidas en la más reciente de 28 de junio de 1980 (Aranzadi 3.064), que recuerda que: «en los delitos de tendencia, es decir, en aquellos en los que el legislador ha incluido en la descripción legal un elemento subjetivo del injusto, existe unanimidad en la doctrina el sostener que no es posible, en tales delitos, la ejecución culposa, ya que la preceptiva ausencia del dolo propia de esta forma de culpabilidad choca con la exigencia de un elemento psicológico finalista que en los mentados delitos de tendencia se impone inexcusablemente por el propio legislador al definir o formular el hecho punible, siendo perfectamente aplicable la doctrina acabada de exponer al delito de infanticidio, en el cual, exigiendo en el agente el tipo legal un elemento ético-psicológico «animus honoris causa» o intención específica de evitar la deshonra, tanto la doctrina como la legislación, así como la praxis jurisprudencial de todos los países enérgicamente rechazan la existencia de un infanticidio culposo...» (31).

V. CRITICA Y CONSIDERACIONES FINALES (ANACRONISMO SOCIOLOGICO Y FUTURA CONFIGURACION)

El mutismo doctrinal en este punto no es general, pero tampoco es suficiente la atención de la misma hacia un sistema como el español del móvil de ocultación de la deshonra, que es hoy censurable de todo punto de vista, y no puede seguir descansando en tales presu-

NÚÑEZ BARBERO, R.: *El delito culposo (su estructuración jurídica en la dogmática actual)*, Secc. Publicac. Univ. de Salamanca, Salamanca, 1975, pp. 75 a 94 y 96 a 104; en relación al parricidio: DEL ROSAL, J.: *Parricidio culposo*, en «Anuario de Derecho Penal», Madrid, 1948, pp. 71 y ss.

(30) Cfr. la doctrina es unánime en ello: BAJO FERNÁNDEZ, M.: *op. cit.*, p. 408. CUELLO CALÓN, E., p. 525. DEL ROSAL-COBO-RODRÍGUEZ MOURULLO: *op. cit.*, pp. 310 y ss. QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *op. cit.*, pp. 460 a 463, que califica de «despropósito jurídico» tal posibilidad, haciendo referencia al clásico ejemplo de Carrara como de imprudencia temeraria, pero no en referencia al artículo 410, sino del 407 (homicidio) o del 405 (parricidio); el contrapunto lo pone FERRER SAMA, A.: *Comentario... cit.*, t. IV, p. 291 (sus argumentos a favor son de justicia material).

(31) La mencionada de 20 de mayo de 1929 afinando aún más mantuvo que «es imposible legalmente que el infanticidio ejecutado por la madre para ocultar su deshonra pueda nunca estimarse cometido por imprudencia temeraria...», al igual que la de 11 de julio de 1889.

puestos tradicionales, habiéndose desaprovechado la oportunidad en la reforma parcial de 1983 en este sentido.

No se le puede negar su carga ideológica, cimentada en la repulsa moral y cuasi jurídica a las relaciones intersexuales no encauzadas con arreglo a pautas histórico-tradicionales, que no tienen el fervor del nuevo modelo pluralista de pensamiento en que hemos de desenvolvernos en estos momentos.

Asimismo, y a mayor abundamiento, fallan ya los principios utilitaristas y humanitarios que confluyeron en su surgimiento. Desde este prisma o modo de ver las cosas, se hace necesario concretar otros parámetros específicos que tengan la suficiente entidad para justificar una atenuación punitiva tan concreta de este delito. Por esta vía se reconduce a su primitiva naturaleza de forma «exceptus» homicida, con negación de la sustantividad que alcanza con apoyo en tales planteamientos ético-sociales, hoy falseados y que no pueden mediatizar el derecho fundamental a la vida, con esa atenuación con base en un opinable entendimiento de la honra, honor u honestidad sexual femenina no mayoritaria (prueba de ello es el reconocimiento institucional de institutos jurídicos, como el del divorcio, atribución de efectos a las relaciones de hecho intersexuales y extramatrimoniales, etc.) (32).

Ha quedado, pues, ese elemento esencial de la culpabilidad vacío o casi vacío en su contenido, al girar con carácter exclusivo en torno a esa honestidad sexual de la mujer, y ello, aunque lo hiciera como causa de atenuación, privilegiando incluso a otros sujetos a los que dicha honestidad sólo podía afectar de manera mediata. Pero, la honestidad como absorbente de relaciones sexuales lícitas, legítimas o admisibles no tiene ya ese amparo ético-social común de los ciudadanos y no casa bien con el espíritu y letra de diversas normas constitucionales.

En primer lugar, tenemos la citada constitucionalización del derecho a la vida humana del artículo 15 (33), así como del derecho de igualdad del artículo 14, que ponen de relieve el anacronismo de la figura.

(32) Vid. BAUER, F.: *El derecho penal sexual en la actualidad*, en «Sexualidad y Crimen», versión de la 3.^a edic. alemana por E. Gimbernat, «Reus, S. A.», Madrid, 1969, pp. 13 a 26. MARTÍNEZ CALCERRADA, L.: *el nuevo papel de la mujer en el Derecho*, en diario-revista «La Ley», núm. 373, de 12 de marzo de 1982, pp. 1 a 7, y núm. 375, de 16 de marzo de 1982, pp. 1 a 8. NÚÑEZ BARBERO, R.: *Consideraciones en torno al contenido del delito*, en «Revista de Derecho Judicial», núm. 50, 1972, pp. 35 y ss. RODRÍGUEZ RAMOS, L.: *Notas sobre la futura protección penal de la familia*, núm. 1, vol. monográfico de la Rev. Fac. Dcho. de la Univ. Complutense.

(33) RODRÍGUEZ MOURULLO: *Derecho a la vida*, en «Comentarios a las leyes políticas. Constitución española de 1978», t. II, «Edersa, S. A.», Madrid, 1984, pp. 298 a 330. SERRANO ALBERCA, J. M.: *Comentarios a la Constitución*, dirigidos por F. Garrido Falla, «Civitas, S. A.», 2.^a ed., Madrid, 1985, pp. 266 a 283.

Si «todos» tienen derecho a la vida, y, aunque parezca un sarcasmo, los recién nacidos más que nadie, porque están principiando a vivirla, no puede el derecho penal de un estado democrático, privilegiar penalmente unas conductas homicidas respecto de otras, tan sólo con apoyo en unas motivaciones morales de comportamiento sexual femenino, porque, entre otras cosas, el propio artículo 14 impide la discriminación (aún sea favorecedora) para unas personas respecto de otras, y mucho menos, por razón de nacimiento, «sexo» o cualquier otra condición o circunstancia social.

Si con arreglo al artículo 9.2 de la misma Carta magna corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad de los individuos sean reales y efectivas, habrá de cuestionarse si de mantenerse el 410 no se le dice a las madres infanticidas que se comprende su problema de «la deshonra» y que no ha lugar a que los poderes públicos le den las condiciones necesarias del artículo 9.2 de la Constitución Española, para que tal deshonra se desvanezca. Así no creemos exagerado afirmar que el principio de igualdad hombre-mujer en los delitos contra la vida queda hoy desequilibrado, al permitirse que unas mismas conductas con un igual desvalor social sigan castigándose con desigual intensidad (mientras que la ley civil sigue los principios igualitarios de los hijos matrimoniales y extramatrimoniales del hombre y de la mujer, etc.).

Precisamente, porque esa realidad social es más permeable y casi neutra ante situaciones de relación sexual no matrimonial esporádica, o ante uniones pre y extramatrimoniales de hecho (incluso por algunos grupos se habla de la libertad sexual como manifestación de la personalidad íntima humana, infraqueable a la observación o valoración de los terceros), la necesidad de la reflexión ni es gratuita ni desproporcionada.

Si es así y ello no implica el desconocer la existencia en esta sociedad postindustrial de grupos cerrados, para los que el reproche social se mantiene, y paradójicamente cimenta un menor castigo, habrá que partir de un condicionamiento ético-sexual de la mujer mucho más débil, lo que pugna con el mantenimiento de un subtipo privilegiado tal y como aún lo mantiene el Código, y se ha visto obligado a proyectarlo la jurisprudencia, según los rasgos generales que se han puesto de manifiesto. Por si fuera poco, la noción primigenia del infanticidio entra en crisis, si se la pone en relación con una coherente y seria política descriminalizadora del aborto, sobre todo para aquellos países que siguen un sistema indicativo de plazos. A este efecto resultaría farisaico no pensar que, salvo rarísimas excepciones, la mujer medianamente instruida, cuando ha querido «ocultar su deshonra» no ha acudido a prácticas abortivas (peligrosas o no, correctas o no, en eso ya no entramos) ilegales o legales, pero que, en todo caso, y aun a riesgo de ser sorprendidas, su castigo al quedar incardi-

nado la conducta en el artículo 414 del Código penal, como no podía ser menos, aún queda aminorado (pena de arresto mayor frente al infanticidio que es de prisión menor).

La eliminación de esos factores exógenos de coacción ético-moral tampoco tienen por qué llevar su absoluta erradicación y antagonismo, pero también es inexcusable situarlos en su término exacto, deshaciendo los tabúes que se les adhieren hasta el punto de sustantivizar una figura delictiva. Por otro lado, de la jurisprudencia del Tribunal Supremo puede decirse que el «móvil» cualificador, entendido en toda su pureza había de alguna manera que sustentarlo, aun admitiendo y aunando con matices endógenos y psicológicos que se trasladaban en la mujer en tensiones emocionales y que, en algún punto, llegarían a conectar con los problemas patológicos del parto y sus derivaciones

No se trata, por tanto, de retrotraerse en la historia hacia periodos caducos de barbarie castigando con la muerte a la mujer infanticida, sino de situarse en un nuevo plano de convicciones y si en su caso se considerara necesario apoyar la supervivencia de una figura atenuada de homicidio en el concurso de otra serie de consideraciones político-criminales más objetivas y contundentes que justificaran esa privilegiación específica, que por otra parte tampoco sería imprescindible, pues siempre ha de contarse con los principios de la parte general del derecho penal, en particular, en lo que se refiere a las previsiones para la modificación de la responsabilidad criminal en base a las llamadas «atenuantes».

Es ese el gran tema a dilucidar para el futuro y el que habrá de ventilar el venidero Código penal. Una salida sería precisamente la de romper con la tradición histórica hispana y volver la mirada al mal llamado sistema «germánico», y construir la figura o diseñarla sobre las bases psicopatológicas o de raíz fisiológica (puerperio) que se materialicen y salgan al mundo exterior como tensiones provocadas por las circunstancias del alumbramiento.

Ahora bien, centrarse exclusivamente en fenomenologías de perturbación que a la madre infanticida pueda provocar el proceso gestatorio y subsiguiente parto, también presenta riesgos de artificiosidad y de compatibilidad y asimilación a las circunstancias atenuatorias previstas con carácter general.

La otra alternativa sería la de la desaparición absoluta del tipo y su terminología, castigando como parricidio las originarias conductas infanticidas, dejando jugar su natural papel a esas circunstancias, así como a las de exención total de responsabilidad criminal, en su caso (juego de la eximente 1.^a del artículo 8 en relación con el 9.1.^a o de la atenuante 8.^a del artículo 9 que después de la reforma de 1983 ya recoge más claramente lo que se entiende por estado pasio-

nal) (34). Con arreglo a este esquema ¿qué impediría cualificar los hechos punibles de matar a un recién nacido como parricidio, con el concurso si fuere preciso, de tales circunstancias modificativas? No vamos a pronunciarnos rotundamente sobre la viabilidad o conveniencia mayor de uno u otro sistema o alternativa, pero, como posibilidad es innegable que ha de contarse con ella (35).

El proyecto mencionado en nota aparte mantenía el infanticidio no como figura sustantiva u autónoma destacada en capítulo aparte, sino como forma de homicidio atenuada, sin calificación distintiva sobre las restantes y con una justa restricción de su ámbito sólo derivable en la madre. Asimismo, destierra como elemento del tipo el móvil de ocultación de deshonestidad alguna, y lo sustituye por los supuestos del sistema germánico, objetivizados en las alteraciones del puerperio «in ipso partu».

En el mismo contexto se mueve la posterior propuesta de Anteproyecto de Código penal del Ministerio de Justicia de 1983, la cual, en su libro II —«De los delitos y sus penas»—, título I —«Del homicidio y sus formas»— recoge en su contenido la forma atenuada de homicidio de niños recién nacidos (36).

En definitiva, la propuesta de Anteproyecto de Código penal de 1983, de haber alcanzado vigor, hubiera trastocado el ordenamiento penal español, aunque hubieran subsistido problemas casi insolubles, como el de la estricta conceptualización y acotación temporal de la fórmula «recién nacido», pero innovando y modernizando respecto a otros derechos la fraseología «influencias del puerperio» por la de

(34) Vid. STS de 27 de octubre de 1980 (Aranzadi 3.887). Sostiene fundamentalmente que «...cuando la causa o fundamento de la perturbación anímica sea endógena sin privación total de la dinámica psíquica del agente o exógena con intensidad grave en la disminución mental, susceptible de valorarse en relación con la causa endógena no total, deberá estimarse el trastorno mental transitorio como eximente incompleta de la responsabilidad penal...» y «...cuando el motivo de la perturbación psíquica anímica sea necesariamente exógeno y la intensidad no tenga la entidad suficiente, para catalogarse con la efectividad de los supuestos anteriores, sino en grado inferior, la declaración modificativa de la responsabilidad penal corresponderá al estado pasional, y concretamente al recogido como arrebató u obcecación en el número 8 del artículo 9 del Código penal...».

(35) Es significativo que en la discusión parlamentaria del malogrado Proyecto de Ley Orgánica de Código penal de 1980 («Boletín Oficial del Congreso de Diputados» de 17 de enero de 1980) se presentaron enmiendas por dos grupos políticos (P.C.E. y Minoría Catalana), proponiendo la supresión radical del delito. Cfr. GARCÍA PABLOS DE MOLINA, A.: *Hacia una revisión de los postulados de la Criminología tradicional*, en revista «La Ley», diario núm. 637, de 18 de marzo de 1983, pp. 1 a 8.

(36) Concretamente en su artículo 143 reza así: «La madre que matare a su hijo recién nacido bajo la influencia de tensiones emocionales provocadas por las circunstancias del alumbramiento, será castigada, como reo de infanticidio con la pena de prisión de tres a ocho años». La atenuación es todavía palpable, porque en el artículo 139 se castiga al homicidio simple con pena de prisión de 8 a 15 años, y al asesinato y parricidio con penas que van de los 15 a los 20 años.

«tensiones emocionales producto del alumbramiento», que es más técnica y ambivalente.

Por nuestra parte, entendemos modestamente que la propuesta que en este punto conlleva dicho Anteproyecto de 1983 puede resultar positiva, porque destaca con más fuerza en su lugar respectivo la aplicación de una específica atenuante, que no creemos desacertado comprenderla dentro de las denominadas cualificadas (37). Además, la propuesta de Anteproyecto de Código penal lleva una agravación punitiva respecto al artículo 410 vigente, pues mientras que éste pena con prisión menor (de 6 meses y un día a 6 años), aquella pena con un límite mínimo superior (3 años) y con un máximo también muy superior (8 años). Tal expresión particular atenuatoria ayudaría a la valoración más concreta de los supuestos y puede servir para tener en cuenta todo el conjunto de complejas influencias tanto fisiológicas y emocionales que se derivan de un hecho tan particular, y a la vez universal, como el del parto, el cual puede venir acompañado de otras de proyección ético-social, de angustia económica, de estima vecinal en círculos muy cerrados e intransigentes, etc., que no tienen por qué vincularse necesariamente a los históricos criterios de honestidad o deshonestidad sexual (38). En definitiva, serán los movimientos sociales los que le irán ofreciendo pautas de interpretación al futuro legislador, con ayuda de la doctrina y de la jurisprudencia, a las que corresponde coadyuvar en la tarea de hacer más compatible el «ius puniendi» del Estado, con una sociedad libre, más justa, solidaria y humana.

(37) Sobre las cuales, existe una consolidada doctrina del Tribunal Supremo (sentencias, por ejemplo, de 6 de febrero de 1963 —Aranzadi 438—, 14 de noviembre de 1966 —Aranzadi 4.919—, 17 de marzo de 1967 —Aranzadi 1.190— y 10 de octubre de 1980).

(38) Sería de interés que el Tribunal Constitucional tuviera la ocasión de pronunciarse acerca de la posible inconstitucionalidad del artículo 410 del Código penal sobre la base de la vulneración del principio de igualdad, cuando es el padre el que verifica la muerte de acuerdo con la madre y para ocultar la deshonra de ambos... No tenemos noticia de que hasta ahora lo haya hecho. El profesor Quintano en su Tratado, pp. 430, 431, 435 y 436, ya de modo magistral hace 25 años, abogaba precisamente por la solución del «estado pasional emocional», criterio que ha prevalecido en los redactores de la mencionada propuesta de Anteproyecto de Código penal de 1983. En general, cfr. BACIGALUPO, E.: *¿tienen rango constitucional las consecuencias del principio de culpabilidad?* en diario-revista «La Ley», de 8 de junio de 1982, pp. 1 a 3.

SECCION DE BIBLIOGRAFIA

Revista de libros

**CENTRO DE ESTUDIOS JUDICIALES: «Fiscales de Vigilancia Penitenciaria»,
Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, Madrid, 1988, 173 pp.**

Creado con la finalidad básica de colaborar con el Consejo General del Poder Judicial y el Ministerio de Justicia en «la selección, formación y perfeccionamiento de los miembros de las carreras Judicial y Fiscal, del Secretariado y demás personal al servicio de la Administración de Justicia», el Centro de Estudios Judiciales no ha renunciado a servir de elemento dinamizador de las relaciones entre la Administración de Justicia y la sociedad. Muy al contrario, en sus escasos dos años de existencia, el Centro de Estudios Judiciales, de la misma manera que ha abierto sus aulas a jueces y magistrados, fiscales, secretarios, profesores universitarios y, más ampliamente, a los profesionales vinculados al mundo del Derecho, ha pretendido que la actividad desarrollada en el mismo no quedase limitada al estricto ámbito de su propio alumnado y que, en cambio, pudiera revertir a la sociedad. Entre los diversos cauces utilizados para ello (conferencias, coloquios, jornadas), su Director General, Carlos García Valdés, haciendo patente su condición universitaria, impulsó la creación de una colección de libros a través de los que pudiera extenderse el contenido de los cursos más relevantes de los que allí se celebrasen.

La colección, que se presenta como una «publicación viva, flexible y receptiva a las inquietudes de los profesionales del Derecho», se abre con el presente «Fiscales de vigilancia penitenciaria», en el que se recogen las diversas ponencias presentadas a las «I Jornadas de Fiscales de Vigilancia Penitenciaria», celebradas en Madrid, en la sede del Centro de Estudios Judiciales, entre los días 8 y 10 de abril de 1987.

En el primero de los trabajos recogidos en este volumen, titulado «El Juez de Vigilancia Penitenciaria. Competencias: redención de penas por el trabajo y extranjeros pendientes de expulsión», Francisco Bueno Arús expone la más reciente configuración —normativa y jurisprudencial— de esas materias, resaltando especialmente los aspectos que mayor incidencia tienen sobre la actividad de jueces y fiscales de vigilancia. En lo que se refiere a la redención de penas por el trabajo, aborda el autor, entre otros temas, su naturaleza de derecho subjetivo público del penado; el acomodo de esta institución al sentido preventivo especial

que a la pena de prisión atribuye el artículo 25 de la Constitución; la constitucionalidad de la privación del derecho de redimir en los casos previstos en el artículo 100, 1 y 2 del Código penal; y la inexigibilidad del informe favorable del Tribunal sentenciador para las redenciones extraordinarias (art. 74.1 del Reglamento de 1956). Del estudio realizado sobre los extranjeros pendientes de expulsión, por último, resulta especialmente destacable la tesis de la oposición de la situación de detención de estos extranjeros a los artículos 17, 24, 25 y 81 de la Constitución.

La perspectiva constitucional en el estudio de los límites y funciones del control jurisdiccional de la ejecución de la pena fue el objeto de la ponencia presentada por la profesora Alonso de Escamilla, titulada «Tribunal Constitucional, Sala de Conflictos y Vigilancia Penitenciaria». En ella se analizan pormenorizadamente las resoluciones más destacables que, en los últimos cinco años, han dictado el Tribunal Constitucional y la Sala de Conflictos en relación con problemas de ámbito penitenciario, ofreciéndose una amplia información sobre los criterios mantenidos por estos órganos jurisdiccionales, con referencia, entre otras cuestiones, a la suspensión de las comunicaciones de los internos; el ejercicio y límites de la potestad disciplinaria; el derecho a la asistencia letrada; la sanción de aislamiento en celda; la compatibilidad de las sanciones previstas en los artículos 100 y 334 del Código penal [aunque la autora plantea la existencia de vulneración del principio *non bis in idem* en los supuestos de sanciones amparadas por los artículos 108, e), del Reglamento, en relación con el artículo 42 de la Ley Penitenciaria y el 100 del Código penal]; las condiciones mínimas de salubridad de los establecimientos penitenciarios, o el traslado de los penados.

Manzanares Samaniego dedica su estudio a «La libertad condicional y los beneficios penitenciarios». En una rigurosa exposición sobre las instituciones que, por razones preventivo-especiales, permiten renunciar a la exigencia de cumplimiento estricto de una parte de la pena impuesta, Manzanares, sin renunciar al espíritu crítico y aportando soluciones a los problemas normativos que detecta, se detiene especialmente en las cuestiones vinculadas con mayor intensidad a la actividad de los jueces y fiscales de vigilancia penitenciaria. Así, señala que el artículo 84 del Código penal ha quedado definitivamente superado, y critica que la Ley Orgánica 8/1983 se abstuviera en su día de actualizarlo yacompararlo a la nueva normativa penitenciaria; cuestiona la solución que ofrece una interpretación literal del artículo 70 del Código (que olvida la diferencia existente entre la extinción total de la pena y la concesión de la libertad condicional) a los supuestos de imposibilidad de cumplimiento simultáneo de las penas impuestas, y entiendo preferible, en estos casos, desplazar hasta el final de la ejecución conjunta los periodos de libertad condicional correspondientes a todas y cada una de las penas; justifica la exclusión de la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa de la unidad penal beneficiada por la libertad condicional; critica la pervivencia de la redención de penas por el trabajo y sus efectos distorsionadores de la ejecución penal, especialmente notorios tras la reforma del artículo 100 del Código penal, realizado por la Ley Orgánica 8/1983, que extendió esa institución a los presos preventivos; cuestiona el modesto nivel reglamentario y la posible ilegalidad formal de la facultad que el artículo 63 del Reglamento atribuye al juez de vigilancia para autorizar al extranjero con residencia fuera

de España para que cumpla la libertad condicional en el país de residencia, y, entre otros interesantes aspectos analizados en su estudio, subraya la difícil incompatibilidad entre el tratamiento opcional y cualquier beneficio que lo fomente.

La ponencia presentada por el profesor Ruiz Vadillo a las Jornadas, titulada «Algunas consideraciones sobre la figura del Juez de Vigilancia Penitenciaria, la misión del Fiscal sobre determinadas competencias y sobre el futuro de la institución», ofrece una amplia perspectiva del marco jurídico en el que desarrollan sus competencias los jueces y fiscales de vigilancia penitenciaria. Desde la configuración constitucional del Poder Judicial y el Ministerio Fiscal a las perspectivas de desarrollo de esas funciones (tanto de la proyectada reforma procesal penal como en la futura evolución normativa de las facultades de jueces y fiscales de vigilancia penitenciaria), el profesor Ruiz Vadillo analiza la naturaleza jurídica y las competencias de estas figuras, destacando especialmente su concepción de garantes de los derechos fundamentales. De *lege ferenda*, destaca en este artículo la propuesta de regulación expresa de la figura del fiscal de vigilancia penitenciaria que realiza el autor, quien estima que los expedientes de clasificación «especial y acaso exclusivamente en orden al tercer grado» deberían ser conocidos por ese fiscal.

El estudio más extenso de los contenidos en el presente libro se debe a la pluma de Ladislao Roig Bustos, y se refiere al «Procedimiento sancionador en el ámbito penitenciario». La complejidad de la materia analizada no ha sido obstáculo para conseguir una exposición clara, muy ordenada y sugestiva, en la que no han quedado aspectos sin contemplar. El análisis parte de una perspectiva garantista (principios de legalidad, acusatorio y de defensa; régimen de recursos y judicialización de la actividad sancionadora), en la que se hace especial referencia a la actuación del Ministerio Fiscal, ya que el autor sostiene que este Ministerio debe intervenir, mediante dictamen previo y posterior notificación de la resolución judicial, en todas las actividades que el juez de vigilancia realice, salvo las lógicas excepciones de aquellas que lo sean a título personal.

La ponencia dedica su apartado más amplio (pp. 122 a 145) a la minuciosa exposición del procedimiento vigente para la imposición de sanciones, realizada en forma muy ilustrativa, aunque no exenta de criterios personales. Así, estima loable la inefectividad de las denuncias anónimas, critica la inimpugnabilidad del acuerdo de sobreseimiento del expediente (opuesto, en opinión del autor, al interés social que el fiscal necesariamente defiende en su actuación), cuestiona la inexistencia de normas reguladoras de la actividad procedimental del juez de vigilancia, ocho años después de su creación, y urge, por ello, una regulación específica de esta materia.

El volumen se cierra con la ponencia titulada «Los problemas penitenciarios de la responsabilidad personal por insatisfacción de la pena de multa», de Cándido Conde-Pumpido Ferreiro. Tras analizar el problema de la naturaleza jurídica de esta responsabilidad personal subsidiaria (el autor desecha las tesis de la sanción por impago y de la coacción o constreñimiento al pago, y opta por considerarla un sistema de pago), Conde-Pumpido plantea los problemas fundamentales que inciden en esta situación: su posible inconstitucionalidad (desde el texto de los arts. 14, 17.1 y 25.3 del Texto Fundamental), la inadecuación del arresto sustitutorio a los sistemas penitenciarios de reinserción social —incluida la liber-

tad condicional— y de tratamiento penitenciario, y la distorsión que esta institución provoca en la actual tendencia de la política criminal contraria a las penas privativas de libertad. Concluye, por ello, el autor propugnando la sustitución de esta previsión legal por otras alternativas, tales como la privación de ciertos derechos cívicos (fórmulas de trabajo en libertad o tareas de utilidad social).

ESTEBAN MESTRE DELGADO
Profesor Ayudante de Derecho Penal.
Universidad de Alcalá de Henares

Revista de revistas

«THE AMERICAN JOURNAL OF COMPARATIVE LAW»

Volumen XXXV, número 3, verano de 1987 (Estados Unidos)

STITH, Richard: «*New Constitutional and Penal Theory in Spanish Abortion Law*», pp. 513 a 558.

La sentencia del Tribunal Constitucional español de 11 de abril de 1985, en materia de aborto, ha tenido una indudable repercusión fuera de nuestras fronteras, especialmente en aquellos países, como la República Federal Alemana o los Estados Unidos, cuyas doctrinas penales se encuentran más sensibilizadas ante la regulación jurídica del aborto.

En el ámbito norteamericano (notablemente menos conocido que el alemán en nuestro país), existe una amplia construcción teórica y jurisprudencial sobre la admisibilidad jurídica del aborto. Basándose en ella y realizando interesantes comparaciones con la situación alemana (fundamentalmente desde la Sentencia de su Tribunal Constitucional de 25 de febrero de 1975), Richard Stith, profesor de la Universidad de Valparaíso (Indiana), ha realizado un extenso análisis de la referida sentencia española, con cuyo motivo se extiende sobre los aspectos más controvertidos de estas construcciones jurisprudenciales sobre el aborto (entre las que incorpora, aunque sucintamente, interesantes referencias italianas, austriacas y portuguesas).

El punto de partida de esa construcción teórica resulta realmente atractivo, aunque su desarrollo posterior queda empobrecido por otro tipo de consideraciones no exclusivamente jurídicas: en tanto que el debate sobre el aborto se ha planteado en Estados Unidos en términos individualistas (partidarios de los derechos individuales de los concebidos *versus* partidarios de los derechos individuales de la mujer), en Alemania y en España son preferentes las perspectivas sociales o comunitarias, destacando en concreto el autor cómo en España el «status» del feto se corresponde con el de un valor público, de trascendencia constitucional.

Estos presupuestos, de índole más cultural que política, permiten situar en sus justos términos las diferencias jurídicas existentes entre las resoluciones jurisprudenciales que, en cada uno de estos países, han delimitado el grado de admisibilidad jurídica del aborto. Así, en Estados Unidos, en donde el feto se concibe tanto como una persona titular de derechos (por los partidarios de la tesis represiva) cuanto como una parte sujeta a una persona titular de derechos (defensores

de la teoría despenalizadora), la sentencia del Tribunal Supremo *Roe v. Wade*, de 1973, dio respaldo jurídico al aborto libre al proclamar el valor de la elección personal y al ver en ese valor una prohibición a la acción estatal antiabortista. En España, por su parte, la vida se entiende como un valor constitucional «superior», «fundamental» y «central», y el feto, que incardina este valor, se convierte en un bien jurídico protegido, correspondiendo al Gobierno el deber positivo de proteger al *nasciturus* a través de la determinación de sanciones penales para quienes persigan su destrucción.

Ahora bien, elaborando su tesis desde estos criterios, Stith no puede ocultar su sorpresa cuando constata que, aunque en España la protección legal del feto se fundamenta en la protección de un valor público, de la comunidad (lo que justifica la inconstitucionalidad del aborto libre), esta protección desaparece cuando la continuidad del embarazo resulta inexigible («too much to demand») desde una perspectiva estrictamente individual. En esta aparente contradicción basa el autor una amplia crítica a la tesis de la inexigibilidad a la que, entre otros calificativos semejantes, considera superficial, y ello porque la especificación estatal de un conjunto de supuestos en los que el aborto no se castiga (porque constituyen un límite al ámbito de sacrificio que los valores constitucionales exigen) es, en opinión de Stith, ambigua, porque no considera los especiales deberes de sacrificio que derivan de la relación paterno-filial.

Junto a esta idea, el artículo analiza otras cuestiones relevantes en la regulación jurídica del aborto: la consideración legal de la vida prenatal, criticando la tesis del valor cultural de la comunidad, sostenida por Arroyo Zapatero; la naturaleza jurídica de los supuestos de impunidad en el aborto, entendiendo con la doctrina mayoritaria, que éstos son casos de exclusión de la culpabilidad (excusa) y que, por ello, no justifican la conducta (no puede mantenerse que la preferencia de los valores propios sobre los establecidos por la comunidad convierta esa conducta en jurídica). Esta opción le obliga a considerar, obviamente, y entre derivados de esta tesis, el problema de la admisibilidad de la no cooperación médica al aborto o la impunidad de las conductas de los supuestos de terceros que impiden la causación de un aborto.

ESTEBAN MESTRE DELGADO

«REVUE DE SCIENCE CRIMINELLE ET DE DROIT PENAL COMPARE»

Revista trimestral, nueva serie, número 3, julio-septiembre de 1987 (Francia)

La redacción de la «Revue...», consciente de que el terrorismo constituye un elemento esencial para la comprensión de las legislaciones penales contemporáneas, ha dedicado el presente número, con carácter prácticamente monográfico, al análisis de las distintas respuestas penales ofrecidas en el occidente europeo a esa delincuencia terrorista.

Los estudios recogidos en este volumen ponen de manifiesto que es dificultad común en los países analizados encontrar un sistema punitivo que conjugue la represión eficaz del terrorismo con la salvaguarda de los derechos fundamentales de los imputados y los principios básicos del Estado de Derecho. De su lectura se desprende que también coinciden, por encima de las fronteras, las preocupaciones que normativas especiales, dirigidas a la represión del terrorismo, causan a la doctrina penal: la admisibilidad de jurisdicciones especiales (o especializadas), la creación de figuras penales *ad hoc* y, singularmente, la adopción por los distintos Estados de medidas premiales para los terroristas «arrepentidos».

DE LA CUESTA, José Luis: «Traitement juridique du terrorisme en Espagne», pp. 589 a 606.

La sección doctrinal de la revista se abre con el estudio del caso español, elaborado por el profesor De la Cuesta. La tesis que mantiene en el mismo consiste, esencialmente, en que, en España, la delincuencia terrorista ha propiciado una fuerte reacción autoritaria por parte del Estado y la creación de un Derecho especial, de excepción, para los terroristas, que se caracteriza por la restricción y la suspensión de derechos fundamentales en materia de detención, de secreto de las comunicaciones y de inviolabilidad del domicilio; por la mayor dureza del sistema procesal y penitenciario, y por la introducción de nuevas incriminaciones penales con penas más severas. Todo ello le permite cuestionar al profesor De la Cuesta que esta normativa respete realmente los límites impuestos por el artículo 55.2 de la Constitución, así como los principios fundamentales del sistema democrático por cuya protección ha sido concebida.

Tras realizar una consideración histórica sobre la represión del terrorismo en España (de la que el autor destaca la progresiva despolitización de las incriminaciones penales), De la Cuesta analiza en profundidad la Ley Orgánica 9/1984,

de 26 de diciembre, distinguiendo en este estudio su ámbito de aplicación, los aspectos de Derecho penal sustantivo, la suspensión de derechos fundamentales, los aspectos procesales y la regulación de índole penitenciaria.

La exposición del contenido de aquella Ley Orgánica se realiza con una perspectiva crítica, desde la que se denuncia la vulneración del principio de legalidad en la definición de las infracciones, del principio de culpabilidad y del principio de proporcionalidad. Entre otras ideas, se resalta el peligro que, para las libertades de expresión y de información, supone la derogación de las normas generales del Código Penal en materia de responsabilidad penal en los delitos cometidos a través de medios que favorecen la publicidad (delitos de prensa); se cuestiona la constitucionalidad de las medidas de disolución de organizaciones y asociaciones y cierre de medios de comunicación social; se critica, desde el punto de vista del principio de igualdad ante la ley, y de las exigencias de un Derecho penal moderno, la circunstancia atenuante específica de desistimiento con el objetivo de reinserción social; así como la identidad punitiva que el artículo 8 de esta Ley establece entre delitos consumados y delitos de imperfecta ejecución; se denuncia la marginación de los jueces en favor de la intervención policial, y se reclama la sustracción de las conductas de terrorismo del ámbito competencial de la Audiencia Nacional, que deberían atribuirse al juez natural a que se refiere el artículo 24.2 de la Constitución.

Con base en estas consideraciones, De la Cuesta finaliza su análisis alertando del peligro que para el Estado social y democrático de Derecho supone aquella Ley Orgánica 9/1984, ya que, además de sus perfiles antidemocráticos o de cuestionable eficacia, lleva en sí el germen de la «fuerza expansiva de lo excepcional».

OTTENHOF, Reynald: «*Le droit pénal français à l'épreuve du terrorisme*», pp. 607 a 619.

En Francia, la Ley número 86/1020, de 9 de septiembre de 1986, relativa a la lucha contra el terrorismo y a los atentados contra la seguridad del Estado, ha supuesto también el triunfo de la excepcionalidad como instrumento para la represión jurídica de la delincuencia terrorista.

Ottenhof escribe críticamente sobre esta reacción «desmesurada» y quizá simbólica al terrorismo, porque piensa que el Estado francés posee otros instrumentos más eficaces para defender a la sociedad de los ataques que pueda recibir de esta delincuencia: la acción policial (para cuya optimización resalta la importancia de la cooperación internacional); la reglamentación administrativa referente a la policía de extranjeros, que permite tanto la puesta en frontera del extranjero «índeseable» como su directa expulsión del territorio francés, con mayor facilidad con la entrada en vigor de la Ley 86/1025, también de 9 de septiembre; la posibilidad de utilizar el procedimiento de extradición, toda vez que el terrorismo ha perdido en Francia el carácter «político» que tradicionalmente se le reconocía, o las facultades de endurecer el régimen penitenciario de los terroristas condenados.

Con independencia de esta crítica, que se centra en razones de política criminal y de oportunidad de la nueva Ley, el autor realiza también un duro análisis de esta normativa desde postulados eminentemente técnicos.

Así, en primer lugar, entiende que la cualificación de los actos de terrorismo en una incriminación penal autónoma constituye una empresa peligrosa y crítica

el criterio seguido por aquella Ley que, descartando una concepción «estructuralista» del delito de terrorismo (mayoritariamente seguida por las diferentes normas internacionales), ha optado por un concepto «finalista» del que cabe cuestionar la indeterminación de los fines cuya persecución por el delincuente permite calificar a una conducta como terrorista («graves problemas de orden público», «terror», «intimidación»); o la diferente punición que se asigna a un mismo acto delictivo material, en función de la «intención» del agente.

Los ataques más importantes a la nueva regulación legal se centran, sin embargo, en las medidas procesales que incorpora, lo que parece lógico toda vez que, como reconoce expresamente su Exposición de Motivos, el objetivo esencial de la Ley de 9 de septiembre de 1986 es, precisamente, someter los actos de terrorismo a un proceso especial. Ottenhof critica así la centralización de los procesos a terroristas en París y la institución de un tribunal especial, que en su opinión supone una indirecta reconstrucción de una jurisdicción de excepción, destinada a suplir la desaparición de la Corte de Seguridad del Estado; la prolongación del plazo máximo de detención a los cuatro días; la ampliación de las facultades de registro domiciliario —dispensadas del consentimiento del interesado, o el establecimiento de excusas absolutorias calificadas como «premios a la delación».

KOERING-JOULIN, René: «*Terrorisme et application de la loi dans le temps en France (A propos de l'arrêt rendu par la Chambre criminelle de la Cour de cassation le 7 mai 1987 dans l'affaire Régis Schleicher et Claude et Nicolas Halfen)*», pp. 621 a 627.

Producida la entrada en vigor de aquella Ley 86/1020, sus disposiciones empezaron a aplicarse inmediatamente, de tal manera que, en muchos casos, el nuevo tribunal previsto en ella asumió la competencia para conocer de procesos tramitados por hechos cometidos con anterioridad a su aprobación.

Por otra parte, la nueva norma establecía un régimen jurídico más severo que las normas preexistentes, por lo que pronto se planteó en Francia una cierta polémica en torno a dos cuestiones básicas: por un lado, si esta nueva legislación vulneraba o no el principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras, y, por otro, si el establecimiento de un tribunal especial para conocer de los actos de terrorismo era o no contrario al principio de igualdad, garantizados ambos por la Declaración Universal de los Derechos Humanos o la Convención Europea de Derechos del Hombre.

Con un estilo expositivo, Koering-Joulin analiza —y reproduce— la decisión de 7 de mayo de 1987 de la Sala Criminal de la Corte de Casación francesa, cuya importancia a estos efectos radica, por un lado, en que afirmó la aplicabilidad inmediata de esta norma a todos los procesos abiertos, al destacar de ella su carácter procesal, y recordar que las normas que poseen este contenido son siempre aplicables directamente, y, por otro, en que determinó que el establecimiento de una jurisdicción especializada para los acusados de la comisión de actos de terrorismo no vulneraba el principio de igualdad, porque la diferencia de trato con respecto a los procesados por otros delitos no suponía una discriminación injustificada.

BLOCH, E.: «*La législation d'exception en Irlande (Emergency Provisions Law in Ireland)*», pp. 629 a 637.

La situación social y nacional de Irlanda, envuelta en un clima de permanente violencia, ha propiciado la promulgación, tanto en el sur como en el norte, de las legislaciones de excepción más sofisticadas de la Europa occidental.

Bloch analiza ambas en el presente artículo, advirtiendo previamente de los problemas que suscita la multiplicación y dispersión de los textos legales destinados a articular la lucha antiterrorista, y centrando su estudio en los aspectos más criticables de estas regulaciones. De esta manera, destaca de la normativa vigente en Irlanda del Sur la facultad atribuida al Gobierno para declarar la ilegalidad de las asociaciones y ordenar su disolución; los poderes especiales reconocidos a la policía (para interrogar y detener; para controlar manifestaciones); la negación a los detenidos del derecho al silencio (la ausencia de contestación y las contestaciones evasivas pueden ser castigadas en este contexto hasta con pena de seis meses de privación de libertad); la fuerza probatoria de algunos informes o manifestaciones policiales; la existencia de un tribunal especial a quien corresponde la competencia para el enjuiciamiento de los delitos de terrorismo, o la existencia legal de presunciones contra reo.

En términos muy similares presenta Bloch la legislación antiterrorista vigente en Irlanda del Norte, remarcando los poderes exorbitantes de Derecho común que se atribuyen a las autoridades civiles y militares: detención por meras sospechas de criminalidad; sanciones hasta de seis meses de privación de libertad a quienes rehúsen contestar a las preguntas policiales en el curso de una investigación; amplísimas facultades para efectuar registros domiciliarios; técnicas de interrogatorio escasamente respetuosas de los derechos individuales; validez de las pruebas obtenidas con lesión de estos derechos; la generalización de la prisión preventiva y la inversión de la carga de la prueba para la concesión de la libertad, o, entre otras especialidades, el establecimiento de tribunales especiales, sin jurado, para el enjuiciamiento de las causas por terrorismo.

PALAZZO: Francesco: «*Terrorisme et législation anti-terroriste en Italie*», pp. 639 a 655.

La respuesta italiana frente al terrorismo ha sido, de manera similar a como ha sucedido en los restantes modelos europeos, fuertemente represiva. En el plano procesal, las innovaciones introducidas por las normas antiterroristas han buscado acelerar la tramitación de los procesos, extender los supuestos de privación de libertad preventiva, limitando la posibilidad de conceder la libertad provisional y aumentar las competencias de investigación e instrucción que corresponden a la policía y la autoridad judicial; en el materialmente penal, se ha producido una evidente subjetivización de los ilícitos y se ha extremado la dureza de las sanciones; y en el penitenciario, se han extendido excesivamente las facultades de la administración penitenciaria en lo referente a la asignación de los internos a regímenes diferenciados.

Palazzo expone estas y otras medidas con un fuerte espíritu crítico, con el que pretende poner de manifiesto tanto la insuficiencia de la exclusiva reacción penal para la prevención social del fenómeno terrorista (que él sitúa, extensamen-

te, en una perspectiva multifactorial), como la tensión existente entre las normas antiterroristas y los principios fundamentales del sistema penal italiano (tensión que se manifiesta con motivo de las medidas premiales ofrecidas a los terroristas «arrepentidos»). La finalidad última de la aportación de este profesor italiano es tanto exigir mayor adecuación de la legislación antiterrorista a las garantías constitucionales como alertar sobre la pérdida progresiva de las esencias del Estado de Derecho que constituiría, en el fondo, el verdadero triunfo del terrorismo.

JUNG, Heike: «Le droit pénal allemand face au terrorisme —un bref bilan de législation—», pp. 657 a 662.

El breve estudio que el profesor Jung dedica a la legislación antiterrorista promulgada en la República Federal Alemana está construido en torno a las grandes contradicciones que genera toda normativa de esas características: utilización de medidas especiales contra esta delincuencia, por un lado, mientras que por otro se la quiere concebir como una forma de criminalidad «normal» (ni política ni estigmatizada); voluntad de reaccionar mesuradamente contra el terrorismo (para evitar los efectos criminógenos de una represión mitificadora), por un lado, y publicación de normas simbólicas, dirigidas a insuflar confianza a la población, por otro, y, en definitiva, defensa del Estado de Derecho a pesar de la excepcionalidad de las medidas arbitradas.

En este contexto, Jung realiza una sumaria exposición de los elementos más destacables de las distintas normas antiterroristas aprobadas desde 1975 a la actualidad, distinguiendo, en lo que afecta a los tipos penales estrictos, entre la represión de esta delincuencia a través de las formas criminógenas «clásicas», los delitos contra el orden público y la creación del tipo específico de constitución de asociación terrorista. Completa su estudio con una defensa de la necesidad de centralización de la investigación (refiriéndose expresamente a la utilización de ordenadores y sus límites) y de la jurisdicción competente para imponer las sanciones.

SOULIER, Gérard: «Lutte contre le terrorisme et droits de l'homme. De la Convention à la Cour européenne des droits de l'homme», pp. 663 a 675.

La sección doctrinal que la «Revue...» dedica a las distintas legislaciones antiterroristas de la Europa occidental se cierra con un estudio que constituye auténtica «piedra de toque» de la legitimidad de éstas, ya que tiene por objeto exponer los límites que la Convención Europea de Derechos del Hombre establece a las medidas previstas en ellas.

En esencia, el profesor Soulier, que admite que el terrorismo tiende a destruir la democracia, plantea el problema desde otra perspectiva, al señalar que en muchos casos, no es esta delincuencia, sino más bien determinadas respuestas legales a la misma, lo que constituye una amenaza para la democracia. Para delimitar la admisibilidad de lo que en su día Weber denominó la «violencia legítima», acude este profesor a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Europeo de Dere-

chos Humanos, y mediante el análisis de un repertorio conciso de decisiones (casos *Lawless*; *Klass*; *Mc Veigh*, *O'Neill* y *Evans*; *Winterwerp*; *Van Droogenbroek*, o *Irlanda contra el Reino Unido*), expone el actual estado de la cuestión.

Como es conocido, los derechos reconocidos en la Convención Europea de Derechos Humanos pueden ser legítimamente limitados o suspendidos para personas determinadas bien a través de la adopción de medidas necesarias en una sociedad democrática (así lo permiten los arts. 8, 9, 10 u 11 de la Convención), bien en los supuestos de peligros que amenacen la vida de la nación (art. 15). El tribunal europeo ha entendido, en aplicación de esos criterios, que determinadas medidas adoptadas en el ámbito de la lucha antiterrorista eran legítimas (intervenciones postales, específicas privaciones de libertad, tomas de fotografías y huellas dactilares), siempre que esas medidas estuvieran previstas en una ley y fueran estrictamente necesarias para la salvaguarda de las instituciones democráticas. Por el contrario, ha declarado inadmisibles otras previsiones contenidas en algunas legislaciones antiterroristas, tales como la negación del permiso a unos detenidos para comunicar a sus familiares su detención, los malos tratos y las **prácticas deshonrosas con los detenidos, o la prolongación de la detención sin juicio** (seis meses en el caso *Irlanda contra el Reino Unido*).

El desarrollo de estos criterios por el profesor Soulier ofrece numerosos argumentos con los que el lector puede realizar un postremo análisis de los elementos recogidos en los estudios anteriores de esta misma revista.

ESTEBAN MESTRE DELGADO
Profesor Ayudante de Derecho Penal.
Universidad de Alcalá de Henares

FASCICULO I (enero-abril)

	<u>Pág.</u>
IN MEMORIAM	
<i>Agustín Fernández Albor</i> , por Gerardo Landrove Díaz	5
SECCION DOCTRINAL	
<i>Observaciones sobre la «actio libera in causa»</i> , por Claus Roxin	21
<i>Protección penal de la intimidad y derecho a la información</i> , por Diego-Manuel Luzón Peña	39
<i>Culpabilidad, legitimación y proceso</i> , por Mercedes García Arán	71
<i>La eutanasia: perspectivas actuales y futuras</i> , por Joan J. Queralt	115
<i>Justificación y exclusión de la culpabilidad a la luz del Derecho comparado</i> , por Walter Perron	137
<i>Algunos de los delitos previstos en el artículo 325 bis del Código penal</i> , por Araceli Manjón-Cabeza Olmeda	157
CRONICAS EXTRANJERAS	
<i>Un modelo penitenciario latinoamericano en transición: Colombia</i> , por Carlos García Valdés	181
SECCION LEGISLATIVA	
<i>Disposiciones</i>	197
CIRCULARES, CONSULTAS E INSTRUCCIONES DE LA FISCALIA GENERAL DEL ESTADO	
<i>Algunas cuestiones penales y procesales sobre los requisitos excluyentes de la punibilidad en el aborto por indicación ética</i>	203
<i>Cuestiones que plantea la expulsión de extranjeros sujetos a determinados procesos penales</i>	211
<i>Teoría y práctica en la aplicación de los artículos 642-644 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal a los juicios de faltas como efecto de la vigencia para los mismos del principio acusatorio</i>	219
<i>Instrucción núm. 6/1987, de 23 de noviembre</i>	229
<i>Posición jurídica del Ministerio Fiscal ante determinados actos perturbadores del orden en vías públicas y espectáculos deportivos</i>	231
<i>Medidas judiciales tendentes a imposibilitar la huida de procesados en situación de libertad provisional</i>	237

SECCION DE JURISPRUDENCIA

Pág.

<i>Comentarios a la jurisprudencia del Tribunal Supremo</i> , Sección dirigida por Santiago Mir Puig: <i>Casos límite entre el encubrimiento y la receptación</i> , por Elena Farré Trepal	241
<i>Jurisprudencia constitucional</i> , por Antonio González-Cuéllar García	255
<i>Jurisprudencia del Tribunal Supremo</i> , por José Luis Manzanares Samaniego	281
<i>El delito de infanticidio en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo y necesidad de su reforma</i> , por Juan Jacinto García Pérez	303

SECCION DE BIBLIOGRAFIA

<i>Revista de libros</i>	335
<i>Revista de revistas</i>	339

INDICÉ

Págs

IN MEMORIAM

<i>Agustín Fernández Albor</i> , por Gerardo Landrove Díaz	5
--	---

SECCION DOCTRINAL

<i>Observaciones sobre la «actio libera in causa»</i> , por Claus Roxin	21
<i>Protección penal de la intimidad y derecho a la información</i> , por Diego-Manuel Luzón Peña	39
<i>Culpabilidad, legitimación y proceso</i> , por Mercedes García Arán	71
<i>La eutanasia: perspectivas actuales y futuras</i> , por Joan J. Queralt	115
<i>Justificación y exclusión de la culpabilidad a la luz del Derecho comparado</i> , por Walter Perron	137
<i>Algunos de los delitos previstos en el artículo 325 bis del Código penal</i> , por Araceli Manjón-Cabeza Olmeda	157

CRONICAS EXTRANJERAS

<i>Un modelo penitenciario latinoamericano en transición: Colombia</i> , por Carlos García Valdés	181
---	-----

SECCION LEGISLATIVA

<i>Disposiciones</i>	197
----------------------------	-----

CIRCULARES, CONSULTAS E INSTRUCCIONES DE LA FISCALIA GENERAL DEL ESTADO

<i>Algunas cuestiones penales y procesales sobre los requisitos excluyentes de la punibilidad en el aborto por indicación ética</i>	203
<i>Cuestiones que plantea la expulsión de extranjeros sujetos a determinados procesos penales</i>	211
<i>Teoría y práctica en la aplicación de los artículos 642-644 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal a los juicios de faltas como efecto de la vigencia para los mismos del principio acusatorio</i>	219
<i>Instrucción núm. 6/1987, de 23 de noviembre</i>	229
<i>Posición jurídica del Ministerio Fiscal ante determinados actos perturbadores del orden en vías públicas y espectáculos deportivos</i>	231
<i>Medidas judiciales tendentes a imposibilitar la huida de procesados en situación de libertad provisional</i>	237

SECCION DE JURISPRUDENCIA

<i>Comentarios a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, Sección dirigida por Santiago Mir Puig: Casos límite entre el encubrimiento y la receptación</i> , por Elena Farré Trepas	241
<i>Jurisprudencia constitucional</i> , por Antonio González-Cuellar García	255
<i>Jurisprudencia del Tribunal Supremo</i> , por José Luis Manzanares Samaniego	281
<i>El delito de infanticidio en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo y necesidad de su reforma</i> , por Juan Jacinto García Pérez	303

SECCION DE BIBLIOGRAFIA

<i>Revista de libros</i>	335
<i>Revista de revistas</i>	339

