

**ANUARIO
DE
DERECHO PENAL
Y
CIENCIAS PENALES**

TOMO XLI
FASCICULO II



MAYO-AGOSTO
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.*

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.* 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.* del Tribunal Supremo

MANUEL GARCIA MIGUEL

Ex-Presidente de la Sala 2.* 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 Alcalá de Henares

ADOLFO DE MIGUEL GARCIA-LOPEZ

Ex-Presidente de la Sala 2.* 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**

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 II



MAYO-AGOSTO
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 Barcaja, S.L.
D. Barraquer, 3. Getafe (Madrid)

IN MEMORIAM

José María Rodríguez Devesa

ANTONIO BERISTAIN

1. José María Rodríguez Devesa falleció el 1.^º de diciembre de 1987, en Sucre. Se encontraba en Bolivia para dictar varias conferencias invitado por las Universidades de Sucre, La Paz, Santa Cruz de la Sierra, Potosí y por la Corte Suprema (en Sucre).

Había nacido el 25 de noviembre de 1916 en Santo Domingo de la Calzada (La Rioja). Estudió el Bachillerato en Burgos, de 1928 a 1933, y de Licenciatura de Derecho en Madrid (1933-1939), pensionado por la Diputación Provincial de Burgos, obteniendo las más altas calificaciones.

Ingresó en el Cuerpo Jurídico Militar del Ejército de Tierra en 1941; estuvo en la campaña bélica en Rusia; pasó a la situación de supernumerario en 1965. Dejó el servicio activo en 1968.

Con el profesor Rodríguez Muñoz fue ayudante de clases prácticas en la Universidad de Valencia durante el curso 1941-1942. Recibió de él una influencia decisiva en su posterior carrera académica, manteniendo una relación constante con su maestro hasta la muerte de éste, ocurrida en 1955. Posteriormente trabajó como ayudante de clases prácticas también con don Eugenio Cuello Calón (1942-1947) y don Isaías Sánchez Tejerina (1948-1960), en la Facultad de Derecho de Madrid. Durante este tiempo fue profesor en la Academia de San Raimundo de Peñafort (1947-1960), en los Cursos de Práctica Forense, primero, y después en la Escuela de Práctica Jurídica de Madrid (1950-1960), y en la Escuela de Estudios Jurídicos del Ejército de Tierra (1961-1962).

Trabajó como abogado en ejercicio de los Colegios de Madrid, Alcalá de Henares y Tarragona, durante los años 1948-1958.

Obtuvo, por oposición, la cátedra de Derecho penal de Murcia (1960) y pasó el mismo año a desempeñar por concurso la cátedra de Derecho penal de Valladolid hasta 1968, fecha en que ganó por oposición la tercera cátedra de Derecho penal de la Universidad Complutense de Madrid (vacante por el fallecimiento del Profesor Quintano Ripollés); en esta Facultad fue Vicedecano durante los difíciles años de 1968 a 1971.

De sus múltiples méritos académicos sólo mencionaremos algunos: Profesor honorario de la Academia San Raimundo de Peñafort y

miembro honorario de la Asociación de Antiguos Alumnos de la Escuela de Práctica Jurídica de Madrid. Colaborador del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos desde 1947, y de la Sección de Derecho Militar del Instituto Francisco Vitoria desde 1955. Miembro del Instituto de Derecho procesal, del Instituto Hispano-Luso-Americano-Filipino de Derecho Penal y Penitenciario, de la Asociación Internacional de Derecho Penal Militar y Derecho de la Guerra, de la Association Internationale de Droit pénal, de la Comisión Nacional de Prevención del Delito, de la Fundación Internacional Penal y Penitenciaria, de la Comisión Nacional de Codificación, del Consejo de Redacción de la *Revista de Derecho Público*, Codirector del *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, etc. Recibió diversas condecoraciones que mostraba sólo en «estado de necesidad».

Su tesis doctoral *El hurto propio*, leída en 1945 y publicada en el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos el año 1946 (pp. 252), mereció la calificación de sobresaliente *cum laude*, y el premio extraordinario en el Doctorado. Publicó numerosos artículos en la *Nueva Encyclopédia Jurídica*, editorial Seix; *Anuario de Derecho Penal*; *Revista de Estudios Penitenciarios*; *Revista Española de Derecho Militar*; *Revista de Derecho Público*; así como en otras revistas hispanas y de otros países. Fue colaborador del *Diccionario de Legislación*, editado por Aranzadi. Participó en múltiples conferencias y congresos nacionales y extranjeros con importantes ponencias. Su obra principal es el Tratado de Derecho penal español, en sus dos volúmenes de Parte General y Parte Especial.

Su dedicación vocacional a la teoría y praxis del Derecho penal, su amplia y sólida formación, hacen difícil resumir en unas páginas la notable incidencia de su obra docente-investigadora en el ámbito nacional e internacional. Más difícil resulta describir las excelsas cualidades personales de entrega inteligente, generosa y cálida a los demás, sin límites, y a la justicia humana, en el mejor sentido de la palabra.

Científicamente logró armonizar dos campos aparentemente contradictorios: su estima de la historia jurídico-penal española y comparada por una parte (estudia y conoce de manera profunda la evolución del Derecho penal español, por eso traduce la obra de Schaffstein, *La Ciencia europea del Derecho penal en la época del humanismo*, Madrid, 1957) y por otra su preocupación por atisbar desde la cofa de su nave el futuro de la doctrina y la praxis de la justicia en favor del respeto y desarrollo de los derechos de las personas.

Los «operadores» en el campo penal hemos de agradecerle su contribución impar, que aquí, por limitaciones espaciales, sólo podemos bosquejar con breves recuerdos acerca de sus aportaciones a la dogmática del Derecho penal, sus conocimientos e investigaciones sobre Criminología, sus preocupaciones por la política criminal y la aún no nata Victimología, su talante de profeta en favor de la judicatura

eficaz e independiente, y sus estudios serios y críticos del Derecho penal militar.

2. Rodríguez Devesa cultivó, con sumo cuidado, la dogmática por considerarla indispensable instrumento para llegar a la meta, «a lo que más importa, que es la determinación de los fines del Derecho penal y de la pena» (*Anuario del Derecho Penal*, 1981, p. 339).

En el principio de legalidad heredado de la Ilustración encuentra la base incombustible, el baluarte de la seguridad jurídica y, por ello, de las libertades individuales. Todo penalista, según él, debe concederle a este principio un lugar preferente de atención y estudio en la teoría del delito, como único presupuesto de las penas y medidas penales.

Su estima del dogma de legalidad le obligó al estudio minucioso de la elaboración y discusión parlamentaria de las Leyes sobre temas de nuestra disciplina, especialmente de las reformas más o menos parciales del Código penal, con atinados comentarios del «Boletín Oficial de las Cortes Generales» en el Congreso de los Diputados y en el Senado, de las Memorias previas, cuando las hay, los Anteproyectos, las Exposiciones de motivos, los Estudios, etc.

Esta adhesión inquebrantable a la Ley escrita le motiva constantemente a formular inteligentes críticas a la moderna y descontrolada tendencia a modificar rápidamente las normas legales, sin los indispensables estudios previos. Con frecuencia apoyaba sus comentarios no sólo en los preceptos constitucionales, sino también en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en las Convenciones Internacionales y en documentos extrajurídicos, como las encíclicas *Mater et Magistra*, *Populorum Progressio*, *Pacem in terris*, actas de congresos y/o asociaciones internacionales del campo médico, económico, ecológico, militar, etc.

Siguiendo la postura de su maestro Rodríguez Muñoz frente al finalismo, criticaba con frecuencia esta doctrina en diversos puntos claves; incluso cuando en tal o cual precepto legal o página teórica encontraba restos suyos o imitaciones o similitudes. Por ejemplo, al estudiar el concepto de delito en el Derecho español (*Parte General*, décima edición de 1986, pp. 338 y ss), al referirse concretamente a la Memoria del Anteproyecto de 1979, no le parece satisfactoria, entre otras razones, porque «a pesar de las afirmaciones de neutralidad científica, es evidente que usa la fraseología finalista, dirección no ya desacertada, sino que conduce a grandes complicaciones sistemáticas».

Contra las innovaciones welzelianas objeta Rodríguez Devesa que aceptan excesivamente la idea de lo absoluto, la existencia de conceptos previos al Derecho que cuando han sido desvelados vinculan al jurista, la naturaleza de las cosas como infraestructura inexorablemente religante, las directas relaciones de las normas penales con la realidad y sus estructuras lógico-objetivas, el olvido del aspecto creador-

relativo del Derecho, etc. Esta oposición al finalismo no le impide afirmar que éste «ha dado un nuevo ropaje más admisible a las viejas tesis iusnaturalistas, subrayando la fecundidad y sobresaliente importancia que para los cultivadores del Derecho tienen los criterios éticos en una época que amenaza sucumbir al más extremado positivismo jurídico» (1).

Menos le impide lamentar la muerte del Profesor H. Welzel, ocurrida en 1977 (el mismo año en que él escribe el prólogo a la 2.^a edición de *La doctrina de la acción finalista*, de Rodríguez Muñoz), por considerar su fallecimiento como «la desaparición de uno de sus más grandes maestros (del Derecho penal), cuya aportación, resumida en el destaque de los valores ético-sociales en el Derecho, ha dejado una huella imborrable en la problemática jurídico-penal» (2).

Ante la doctrina del Tribunal Supremo se muestra sumamente respetuoso, pero también libre y consciente de su obligación profesional de criticar aquellas posturas jurisprudenciales que en conciencia le parecen no ajustadas a Derecho. Insistentemente se opone a la jurisprudencia según la cual, si se produce culposamente con una sola acción varios resultados, hay un solo delito y no varios. Esta posición, según Devesa (*Parte General*, pp. 491 y ss., 847 y ss.), radica en una generalización equivocada de la regla de la consunción y no tiene base ninguna en la Ley, que por el párrafo 3.^º del artículo 565, excluye la aplicación del artículo 61, pero no la de los artículos 69, 70 y 71.

Conocía y comentaba con acierto la jurisprudencia de todas las Salas; no sólo la proveniente de la Sala Segunda, de lo Penal. Así, al comentar los delitos contra el medio ambiente, indica que compete a la Administración la constatación de la infracción administrativa, y sólo cuando se haya comprobado que existe se debe pasar el tanto de culpa correspondiente a los Tribunales penales, para que se inicie el proceso penal. Pero, inmediatamente destaca y prueba, con eloquentes ejemplos, que las demoras administrativas y contenciosos-administrativas, en ocasiones, son enormes y a veces transcurren más de diez años antes de comprobar si efectivamente existe o no una infracción administrativa (*Parte General*, p. 1051).

También le merecen crítica los Tribunales civiles por su tendencia a objetivar la responsabilidad civil valiéndose de la inversión de la carga de la prueba (SS. de 10 de julio de 1943 y del 17 de marzo de 1983), que abocan a una presunción de culpabilidad opuesta al artículo 24, apartado 2.^º, de nuestra Constitución actual, y opuesta a la exigencia de culpa o negligencia del artículo 1.902 del Código civil, como requisito de la responsabilidad extracontractual. Esta postura conduce a sentencias, como las de 11 de diciembre de 1981 y de 17 de marzo de 1983, materialmente injustas, opuestas a los prin-

(1) RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.^a: *Prólogo*, en J. A. Rodríguez Muñoz, *La doctrina de la acción finalista*, 2.^a ed., Universidad de Valencia, 1978, p. 10.

(2) *Opus cit.*, p. 12.

cipios elementales del Derecho penal (cfr. *Responsabilidad civil derivada del delito o falta y culpa extracontractual*, en homenaje al Profesor Jaime Guasp, Granada, 1984, p. 522). Conoce y comenta otros campos de la jurisprudencia, por ejemplo, en materia mercantil, como se observa en su estudio *Sentencias penales en materia mercantil*, en «Revista de Derecho Mercantil», núm. 57, 1955.

Con energía basada en inteligentes argumentos, censura tesis jurisprudenciales que, por desgracia, se han enquistado en nuestra historia judicial, pero pueden y suelen conducir en muchas ocasiones a resoluciones materialmente injustas. Protesta contra las muchas sentencias de la Sala Segunda que siguen la funesta tendencia de objetivar un elemento tan eminentemente subjetivo como el dolo en supuestos de lesiones y/o homicidio, haciendo depender su existencia no de la intención real de matar (o de causar tal o cual lesión concreta), sino de los medios empleados o del lugar del cuerpo en que ha incidido el ataque. En muchas de estas ocasiones se llega a permitir la casación por infracción de la ley cuando, aunque no se diga, esto supone una revisión de las facultades que para valorar la prueba tienen los Tribunales penales, con lo cual se les permite volver sobre los «hechos» que sirven de base a la sentencia, contra lo regulado en el artículo 849 de nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal (cfr. *Parte Especial*, 10.^a ed., puesta al día por A. Serrano, 1987, p. 38).

Consciente de que la legislación penal española en lo referente a los delitos contra la propiedad deja harto que desechar, dedica a esos problemas muchas de sus horas de trabajo. Recordemos, al menos, su tesis doctoral y su atinada exposición acerca del hurto famélico, en «Revista de Estudios Penitenciarios» (*Necesidad de un nuevo planteamiento de la problemática del hurto famélico*, 1963), donde corrige la perspectiva tradicional de algunos autores anteriores que contemplaban el hurto famélico (estado de necesidad justificante) como un conflicto entre la vida y la propiedad. Rodríguez Devesa demuestra lo erróneo de tal criterio, con arreglo al cual se desconoce la realidad de que una persona en trance de morir de hambre carece de fuerzas para salir por sí misma de su inanición, por lo que el conflicto brota entre la propiedad y un sufrimiento (hambre o frío), que padece el sujeto activo (p. 398). Con este nuevo enfoque se amplía el ámbito de eficacia de la eximente, aunque no siempre constituirá una causa de justificación, por lo que será admisible, en ocasiones, la legítima defensa.

Aquí hemos de traer a la memoria, al menos, el título de su estudio *La reforma socialista de los delitos contra la propiedad en el Código penal español* (en «Revista de Derecho Público», núms. 96/97, 1984, pp. 473 y ss.).

Aunque sea de paso, merecen recordarse sus reflexiones tan a fondo acerca del *crimen culpae* y de la culpa como un cuasi-delito, que le obligan a seguir la línea iniciada por nuestro Código de 1848 y

rechazar la tesis del *crimen-culpae* para aceptar la de *crimina culposa* (*Parte General*, pp. 345 y s., 490 y s.).

3. Rodríguez Devesa fue un profesor universitario «bipolar», contradictorio, amigo de lo tradicional, pero (o por eso) pionero de un sistema nuevo de justicia humana. Dedicó especial atención a la actualización de la legislación penal, para la cual consideraba precisos y previos y largos estudios de tipo *criminológico* y de Derecho comparado, así como de las repercusiones futuribles en otras zonas del ordenamiento jurídico y en la aplicación práctica de los Tribunales e instituciones penitenciarias (*Parte General*, 1986, p. 148), sin olvidar las modernas adquisiciones y exigencias de la actual política criminal.

Prestó singular atención a la Criminología, tanto en su *Tratado*, como en muchas de sus monografías, ponencias en Congresos, conferencias, artículos en revistas y traducciones, casi todas éstas con importantes y amplias notas personales.

Ya desde su primera edición de la *Parte General*, en el año 1970, estudió detenidamente, apoyado en sus trabajos anteriores, el objeto de la Criminología, sus temas y sus métodos. Para él, la Criminología tiene por objeto el estudio de las formas reales de comisión del crimen y de la lucha contra el delito, en cuanto fenómeno colectivo de los pueblos y en cuanto fenómeno individual, con una metodología que pretende y debe conseguir integrar dentro de un esquema sistemático, las distintas ciencias (Fenomenología, Etiología, Biología, Sociología, Criminalista, Penología, etc.), que han ido surgiendo fragmentariamente desde finales del siglo XIX.

Como ciencia empírica que es, la Criminología ha de basarse en la observación directa (métodos de casos, investigaciones paralelas, memorias, procesos célebres, etc.), e indispensablemente en datos estadísticos. Varias páginas de sus trabajos se dedican a (y se apoyan en) tablas estadísticas; así en su estudio sobre la pena de muerte, que dedicó en homenaje a Hans von Hentig (3).

El catedrático Rodríguez Devesa, impulsado por su aprecio de la Criminología, informa en su *Parte General* (1970) sobre la creación de los tres primeros Institutos de Criminología en España y de la Sociedad Española de Criminología (4), fundada en 1967 por Juan del Rosal, Cobo, Castro y Villa (de la cual tuve el honor de ser nombrado Secretario el año 1968).

Su preocupación criminológica le movió a traducir —con el esmero y acierto heredados de su maestro Rodríguez Muñoz en la traduc-

(3) RODRÍGUEZ DEVESAS, J. M.: *Das Zahlenbild der Todesstrafe in Spanien 1870-1966*, en «Monastsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform», en Homenaje a Von Hentig, 1967, pp. 122-130.

(4) El año 1968, Juan del Rosal, Catedrático de Derecho penal, de Madrid, en su *Tratado de Derecho Penal Español* (Parte General), vol. I, pp. 50 y ss., constata que en 1965 se ha creado en la Universidad de Madrid el Instituto de Criminología que él dirige con la colaboración de Cobo, Castro y Landecho.

ción del Mezger— las más importantes obras alemanas (SEELIG: *Tra-*
tado de Criminología, Madrid, 1958. MIDDENDORFF: *Criminología de la juventud*, Madrid, 1964. Idem: *Teoría y práctica de la prognosis criminal*, Madrid, 1970. Idem: *Cuadros Criminológicos de viaje*, Madrid, 1971. HANS VON HENTIG: *Estudios de psicología criminal*, Madrid, 1960. Idem: *La pena*, vol. II, Madrid, 1967. Idem: *El delito*, vol. III, Madrid, 1972), y a estudiar repetidamente las diversas corrientes de Política Criminal, tema al que consagró su artículo en memoria de Antón Oneca. A estas cuestiones venía dedicando atención particular en su *Tratado*, tanto al comentar temas de la *Parte General* (enajenación mental, etc.), como de la *Parte Especial* (aborto, tráfico de drogas, etc.).

En el IX Curso Internacional de Criminología, celebrado en Madrid del 23 de febrero al 20 de marzo de 1962, expuso una densa ponencia acerca de «El concepto bipolar de la enfermedad mental», publicada en la *Memoria* correspondiente. Sobre una parte del mismo problema vuelve catorce años después: «Valoración de las deficiencias, invalideces y perjuicios corporales desde el punto de vista jurídico-penal» (en «*Anales de la Real Academia de Medicina*», Madrid, 1976, pp. 695 y ss.).

4. Se debe considerar también pionero a José M.^a Rodríguez Devesa en los campos más apreciados hoy por los especialistas, como son: la concepción holística de la política criminal, la Victimología, la doctrina selectiva de los crímenes más graves (frente a los delitos de bagatela y a los hurtos-robos de los «pobres diablos», etc.).

Respecto a la concepción englobante que demandan hoy los especialistas de la filosofía de las ciencias para frenar la tendencia tan extendida en muchos especialistas de la sociedad postmoderna y en el campo de la justicia penal, Rodríguez Devesa adoptó ya *ab initio* decidida postura holística que le obligó a cultivar todos los campos del Derecho y de las demás ciencias, y le movió a afirmar que «al igual que la Criminología asiste a un proceso de fragmentación, el sistema penal se halla aquejado de una aceptada descomposición en la que destaca el progresivo aislamiento de las partes que lo integran: policial, legal, judicial, penitenciaria» (*La impotencia de la Ley*, en *Homenaje a López-Rey*, p. 606).

Enemigo declarado del castigo vindicativo y del talión, los condena en varias ocasiones. Hablando de la inseguridad ciudadana, del terrorismo y su «guerra sucia» en el País Vasco, concluye: «El ojo por ojo y diente por diente amenaza con desencadenar un auténtico infierno de represalias» (*Homenaje a López-Rey*, p. 607).

Llama la atención su preocupación por lograr una preferente y completa indemnización a las víctimas del delito. Haciéndose eco de los acuerdos adoptados en el IV Congreso Nacional de la Abogacía Española, celebrado en León (junio de 1970), considera que «merecen

aplauso las previsiones contenidas en el Proyecto de 1980» en favor de la más plena indemnización (*Parte General*, 1986, p. 1034).

Conviene transcribir aquí las palabras finales, en su artículo-homenaje al Profesor Jaime Guasp Delgado, sobre *Responsabilidad civil derivada al delito o falta y culpa extracontractual* (Granada, 1984, pp. 526 y ss.), resumen de lo anteriormente expuesto, en las que muestra que la legislación y la jurisprudencia, como la teoría y la praxis, vagan desorientadas por la ausencia de una coordinación legislativa que resuelva los acuciantes problemas creados por la criminalidad desbordada e impune que hace en muchos casos imposible individualizar la responsabilidad, personificándola como requieren las normas tradicionales, por lo que resulta «urgente y preciso unificar las normas sobre responsabilidad civil, concentrándolas en un solo Cuerpo legal, sin perjuicio de disposiciones administrativas, ágiles que provean un inmediato auxilio a los perjudicados, dejando a salvo el derecho a repetir contra los culpables, si los hubiere. Hay que poner fin al triste espectáculo de las víctimas que mueren sin percibir ningún socorro, antes de que concluya el procedimiento civil o criminal entablado para determinar los responsables y la cuantía de la indemnización».

Repetidas veces rechaza con especial énfasis los delitos que causan un perjuicio general y atentan contra mayor números de víctimas por lo que destaca como «los delitos más odiosos», el tráfico de esclavos, la piratería aérea o no, el tráfico de drogas, la trata de seres humanos, los contubernios económicos criminales y algunos más (*Anuario de Derecho penal*, 1981, p. 706). Sobre «La necesidad de una nueva política criminal», en el homenaje a Antón Oneca, brinda un estudio todavía hoy novedoso.

5. Su sensibilidad y su solidaridad humanas le obligaron a cumplir fielmente la misión profética de todo profesor universitario, como indica el Manifiesto de la Universidad de Göttingen. Por esto, con frecuencia, después de haber expuesto la complejidad de tal o cual problema con la mayor objetividad posible, no retrocedía ante la tarea desagradable (y de consecuencias personales desventajosas) de denunciar la situación caótica del sistema y de la administración de la justicia penal en España. Así, al concluir su trabajo sobre «La reforma socialista de los delitos contra la propiedad en el Código penal español», para el libro-homenaje al penalista colombiano doctor Luis Carlos Pérez Giraldos («RDPúbl», 1984, pp. 459 y ss.) escribe: «Nadie intenta poner fin a la corrupción que embota la espada de la justicia en España, y me temo que también en Colombia. A la importancia de los jueces para dirigir personalmente los procesos penales y evitar tremendas dilaciones nacidas del embottellamiento que se deriva del continuo flujo de asuntos penales, no se opone un vigoroso programa de preparación especializada y desahogo en los órganos judiciciales, anclados en unas plantillas decimonónicas. Algo que no se puede improvisar ni resolver centuplicando, como sería preciso,

los escuálidos presupuestos destinados al Ministerio de Justicia, porque ya no es un simple problema económico».

Luchó continua y denodadamente en favor de la máxima independencia de los Magistrados, que consideraba imposible, «a no ser en casos heroicos, cuando el nombramiento de Presidentes de Sala, por ejemplo, está en manos ministeriales, que vale tanto como decir del Ejecutivo», según escribía en el homenaje al Profesor José Antón Oneca.

En su *Parte General* vuelve varias veces sobre el tema, por ejemplo, al iniciar la exposición del concepto del Derecho penal, cuando (p. 11, 10.^a ed.) escribe: «Tristes experiencias han acreditado que el Juez, cuando no está vinculado por la Ley, tiende a servir a los poderosos. El peligro de inseguridad jurídica es mucho mayor con la Administración, que se confunde en más de una ocasión con el ejecutivo».

Con particular viveza se manifestó en favor de la seguridad jurídica, basada en el principio de legalidad, en su «Alegato contra las medidas de seguridad en sentido estricto» (en el Libro-Homenaje al Profesor Doctor don Leonardo Prieto Castro, 1978): «Las medidas de inocuización, segregación o internamiento han defraudado las esperanzas que suscitaron, y, además, perforan, es preciso decirlo sin equívocos de ninguna clase, todo el dispositivo de legalidad. Con otras palabras: las medidas de seguridad comportan la imposición de verdaderas penas, sumamente afflictivas por su indeterminación, por delitos que no se han cometido e incluso por la mera probabilidad, mayor o menor, de que se cometa un delito en el futuro. Es una grosera burla del principio de legalidad».

6. José M.^a Rodríguez Devesa perteneció a una generación que (como él mismo reconocía con sus palabras y con sus acciones) hizo dos guerras cruentas en España y en Rusia. Las hizo, no las organizó ni las dirigió. Atravesó la terrible experiencia de llevar y de sufrir la destrucción dentro y fuera de su país (5). Por eso dedicó la Parte General de su Tratado con bella y clásica formulación latina a las víctimas de la guerra civil (1936-1939), por eso dejó las armas y se consagró total y exclusivamente a levantar la Universidad española y a dar a luz promociones nuevas de juristas, amigos de la paz.

Por eso, quizá nadie haya estigmatizado más enérgicamente que él la guerra, por ejemplo, cuando en su conferencia en la Escuela de Estado Mayor del Ejército, proclamó que «en la guerra el amigo del enemigo es un enemigo más. No se tolera ni siquiera la compasión por el adversario. El odio es propagado oficialmente y, a medida que progresa la guerra, con mayor intensidad. Una propaganda dirigida con toda clase de recursos técnicos, donde la verdad no cuenta para nada, mantiene el odio, o da culto al héroe glorificado al que

(5) Cfr. RODRÍGUEZ DEVESAS, J. M.^a: *El delito de expropiación ilegal en la legislación española*, en el Homenaje al Profesor Dietrich Oehler, 1984.

defiende la patria contra sus enemigos, difunde lo que favorece y calla lo que pudiera debilitar la voluntad de proseguir la guerra, el odio al enemigo, el propósito de vencer o de resistir. La guerra crea hábitos; modifica, a veces de modo irreversible, la concepción del mundo de amplias zonas de la población... La guerra fomenta una doble moral..., engendra un estado permanente de odio y miedo..., inventa, si se considera necesario, las atrocidades del enemigo..., insinúa a las gentes en las técnicas del homicidio...» (6).

Sobre el problema de la obediencia debida en el Derecho penal militar, pronunció años después una conferencia en el Círculo Militar, en San Cristóbal (Venezuela), con motivo de la *X Reunión Plenaria de la Comisión Redactora del Código Penal Tipo para Latinoamérica*, celebrada del 30 de noviembre al 10 de diciembre de 1975 (7).

Desde sus primeros años de docencia e investigación escribió acerca del Derecho penal militar. Así, ya en 1952, publicó su trabajo sobre *El Código de Justicia Militar*, en la «Nueva Enciclopedia Jurídica», tomo IV, y mantuvo atención continua al tema, como puede verse en sus trabajos: *La obediencia debida en el Derecho penal militar*, en «Revista Española de Derecho Militar», núm. 3, 1957, pp. 29-79; *La Ley penal militar alemana de 30 de marzo de 1957*, en «Revista Española de Derecho Militar», núm. 4, 1957; *La acción penal y la acción disciplinaria en el Derecho militar español*, en «Revista Española de Derecho Militar», núm. 7, 1959; *La subordinación militar en Derecho comparado. Necesidad de una regulación uniforme de los efectos jurídico-penales de la relación de subordinación*, en «Revista Española de Derecho Militar», núm. 11, 1961, pp. 73-88; *La reforma del Derecho penal militar*, en «Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense», 3, Madrid, 1980, pp. 9 y ss.

Su personal afecto a la institución militar y a su Derecho, no le impiden (sino al contrario, le obligan a) criticar los temas que él considera oscuros, por ejemplo, el subrayar (en cuanto a los fines de la pena) la función de ejemplaridad «bajo la que muchas veces se encubre la idea de una intimidación general llevada al extremo, porque fusilamiento como los del 2 de mayo en Madrid, inmortalizados por Goya, impeccablemente ajustados a los antiguos principios del más espantable rigor, robustecieron la inquebrantable decisión de oponerse al invasor y causaron una impresión profunda que todavía subsiste en el alma nacional, dificultando el entendimiento entre los pueblos, fin inevitable de todas las guerras» (*Parte General*, 1986, p. 1304).

En su exposición final de síntesis, en el IV Congreso Internacional

(6) RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.^a: *Guerra y criminalidad*, en «Revista de Estudios Penitenciarios», núm. 169, Madrid, 1963, pp. 1-15.

(7) RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.^a: *La X Reunión Plenaria de la Comisión Redactora del Código Penal Tipo para Latinoamérica*, en «Anuario de Derecho Penal», Madrid, 1975, pp. 293 y ss.

de la Sociedad Internacional de Derecho Penal Militar y del Derecho de la Guerra, celebrado en Madrid del 9 al 12 de mayo de 1967, sobre la extradición por los delitos militares, Rodríguez Devesa toma postura clara frente a la doctrina tradicional de la no extradición por delitos militares, porque él considera que «no responde ya en todos los casos a las concepciones actuales» (p. 302).

7. Su tiempo lo destinaba preferentemente a atender con total entrega a sus alumnos de los cursos 2.^º y 3.^º de Licenciatura, a sus muchos doctorandos de España y de Latinoamérica y, no menos, a los jóvenes colegas docentes.

En el Instituto Max-Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional y de Criminología de Friburgo de Brisgovia, tuve la suerte de compartir el despacho con él como antes lo había compartido en la Universidad de Valladolid (aquí junto con los demás Profesores de Derecho penal y Derecho procesal, pues entonces, en la década de los 60, no había los despachos individuales de hoy) y pude comprobar con cuánta frecuencia y estima acudían a consultarle los colegas extranjeros de las diversas disciplinas jurídicas, y cómo su amplísima formación y su universal conocimiento lograba responder satisfactoriamente a las variadas cuestiones planteadas no sólo en el campo penal y/o procesal, sino también en cualquier otro del Derecho.

Los teóricos y prácticos del Derecho penal español nunca agradeceremos suficiente al maestro José M.^a Rodríguez Devesa su trabajo serio y sistemático que nos brinda tan completa exposición doctrinal y jurisprudencial en todos los temas de la *Parte General* y de la *Parte Especial*, con amplia información de la ciencia comparada y su correspondiente bibliografía que recoge principalmente en sus dos gruesos volúmenes de Derecho penal español.

Termino estas remembranzas transcribiendo unas líneas que pronunció don José M.^a, en su magistral conferencia el 4 de marzo de 1983, con ocasión del homenaje rendido en la Universidad de Deusto, en memoria del profesor Julián Pereda S. J.: «El profesor Pereda fue un hombre que cultivó el Derecho penal desde las alturas de muy sólidos saberes. Sus trabajos y estudios conservan una perenne actualidad porque estaban escritos con sosiego, con un profundo conocimiento de los temas que abordaba... Mas no he de ocultar que lo que me deslumbró en él fue su extraordinaria bondad. Porque, no nos engañemos, los saberes humanos son nada al lado de la humildad y limpieza de corazón. Bien dice San Pablo que la ciencia hincha, que sólo la *caridad construye*».

Si el lector conocía al Profesor Rodríguez Devesa, compartirá mi opinión de que estas frases se pueden aplicar también, en plenitud, a él.

SECCION DOCTRINAL

Presunción de inocencia, «in dubio pro reo» y recurso de casación

ENRIQUE BACIGALUPO

Catedrático de Derecho penal.
Magistrado del Tribunal Supremo

I

En la teoría de los derechos fundamentales y del Derecho procesal moderno, el principio «in dubio pro reo» (1) es considerado como un componente sustancial del derecho fundamental a la presunción de inocencia. En este sentido dice Roxin (2) que «el contenido material de la presunción de inocencia es —si se prescinde del núcleo que corresponde al principio “in dubio pro reo”— hasta ahora poco claro». Esta opinión se ve confirmada por otros autores que reiteran, en todo caso, que el principio de «in dubio pro reo» corresponde al contenido de la presunción de inocencia (2 bis). Cuando el derecho a la presunción de inocencia no se deriva de forma directa de los textos del Derecho interno, la doctrina se remite al artículo 6.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y ha considerado que éste impone también el principio «in dubio pro reo».

Este entendimiento de la presunción de inocencia, por otra parte, está respaldado por la historia del principio «in dubio pro reo». «El Derecho común —dice Roxin (3)— desarrolló, para el caso de inseguridad en la prueba, la pena por sospecha y la “absolutio ab instan-

(1) Vid., en la bibliografía española, entre otros: MARTÍNEZ VAL, J. M.: *El principio «in dubio pro reo»*, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», 1956. SENTÍS MELERO, S.: *El principio in «dubio pro reo»*, en «Revista de Derecho Procesal Iberoamericana», 1971. GUERRA SAN MARTÍN, J.; BELLOCH JULBE, J. A., y TORRES Y LÓPEZ DE LA CALLE, E.: *El derecho a la presunción de inocencia*, en «La Ley», núm. 4, 1982. VÁZQUEZ SOTELO, J. L.: *Presunción de inocencia e íntima convicción del Tribunal*, 1984.

(2) *Strafverfahrensrecht*, 19.^a ed., 1985, p. 59.

(2 bis) Cfr. BAUMANN, *Strafrecht*, 7.^a ed., 1975, p. 163. FROWEIN-PEUKERT: *EMRK-Kommentar*, 1985, p. 164. FROWEIN: *Fes. f. Hans Hubert*, 1981, pp. 553 y ss. FRISCH, *Fest. f. H. Henkel*, 1974, pp. 273 y ss. GOLLWITZER: *Löwe-Rosenberg-StPO*, 23.^a ed., § 261, 112. TRECHSEL: *Schweizerische Juristen-Zeitung (SJZ)*, núms. 20 y 21/81, pp. 317 y ss., 335 y ss., respectivamente. KÜHNE: *Strafprozesslehre*, 2.^a ed., 1982, p. 339. HANACK: *Löwe-Roenberg, StPO*, 24.^a ed., 1985, § 337, 14. BORÉ: *La cassation en matière pénale*, 1985, p. 596, núm. 1.970. FROSALI: *Sistema Penale Italiano*, IV, 1958, pp. 177 y s. ILLUMINATI, G.: *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, 1979.

(3) *Loc. cit.*, p.82.

tia» para impedir la necesaria absolución. La lucha del iluminismo —agrega— contra estas instituciones preparó el terreno para el reconocimiento del principio “*in dubio pro reo*”. A partir de la introducción del sistema de la libre ponderación de la prueba en el siglo XIX, dicho principio se convirtió en seguro derecho consuetudinario» (4).

A su vez Beccaria (5), cuya obra permite, como siempre, documentar estas conclusiones, se reveló enérgicamente contra «la casi prueba, la semiprueba, como si un hombre —decía— pudiese ser semi inocente o semireo, es decir, semiimpune o semiabsoluble». Y agregaba: «Parece como si las Leyes o el Juez tuvieran interés no en buscar la verdad, sino en probar el delito; como si no hubiera peligro mayor de condenar a un inocente cuando la probabilidad de la inocencia supera a la del delito». La visión de Beccaria, como es sabido, se convirtió en la base ideológica del Derecho penal y procesal moderno.

Este desarrollo histórico se condensa posiblemente de una manera especialmente significativa en las conclusiones del tema III del XII Congreso Internacional de la Asociación Internacional del Derecho Penal (AIDP) (Hamburg, 1979), entre las que se sostuvo que «la presunción de inocencia es un principio fundamental de la justicia penal, que se integra, por lo menos, de los siguientes puntos: (...) d) en la duda, la decisión definitiva debe ser la más favorable al *acusado*» (6).

En la historia del Derecho español, el principio «*in dubio pro reo*» sufrió una evolución semejante a la del resto de Europa, estudiada recientemente por Tomás y Valiente en un importante trabajo (7), aunque lo cierto es que su reconocimiento es relativamente reciente, pues, como regla de Derecho, se lo reconoció por primera vez en la sentencia del Tribunal Constitucional 31/1981 (8).

En la jurisprudencia española la vinculación del principio «*in dubio pro reo*» con el derecho a la presunción de inocencia, de todos modos, no resulta tan clara como en los otros países europeos (9).

El Tribunal Constitucional viene sosteniendo desde su sentencia 31/1981 que, «una vez consagrada constitucionalmente, la presunción de inocencia ha dejado de ser un principio general del Derecho que ha de informar la actividad judicial (“*in dubio pro reo*”) para convertirse en un derecho fundamental que vincula a todos los poderes

(4) Sobre la «pena de sospecha» y «absolución de instancia», vid. también RODRÍGUEZ: *loc. cit.*, p. 403.

(5) *Dei Delitti e delle pene*, 1764, ed. de G. Pisapia, 1973, XIII.

(6) Cfr. *XII Congres International de Droit Pénal*, 1979, Actes du Congrès, pp. 554, 560 y 566.

(7) «*In dubio pro reo*», libre apreciación de la prueba y presunción de inocencia, en «Revista Española de Derecho Constitucional», núm. 20/1987 (mayo-agosto), pp. 9 y ss.

(8) De 28 de julio («BOE», núm. 193, de 13 de agosto), Sala Primera, recurso de amparo núm. 113/80, ponente: Magistrada doña Gloria Begué Cantón, otorga parcialmente el amparo, voto particular del Magistrado don Angel Escudero del Corral.

(9) Cfr. TOMAS Y VALIENTE: *ob. cit.*, con una amplia documentación.

públicos y que es de aplicación inmediata». El mismo concepto se expresó con toda claridad en la sentencia del Tribunal Constitucional 55/1982 (10), en la que se afirmó que «para condenar hace falta la certeza de la culpabilidad obtenida de la valoración de la prueba» y se derivó esta exigencia del derecho a la presunción de inocencia.

Esta vinculación del principio «*in dubio pro reo*» y la presunción de inocencia no fue puesta en absoluto en tela de juicio en el voto particular formulado por el Magistrado don Angel Escudero del Corral en la sentencia del Tribunal Constitucional 31/1981. En éste se expresa que «la presunción de inocencia, que en su formulación latina “*in dubio pro reo*” ha estado presente en nuestro ordenamiento jurídico como principio general (...), ha venido a ser, como se afirma en la sentencia, desde su constitucionalización en el artículo 24.2 de la Constitución Española, un auténtico derecho fundamental, vinculante para todos los Tribunales de Justicia y dotado de la garantía del amparo constitucional» (11). La discusión en torno a la tesis central de la sentencia del Tribunal Constitucional 31/1981, como se puede ver, no versó sobre el carácter de derecho fundamental del «*in dubio pro reo*», sino, en realidad, sobre el aspecto institucional referente al control de su observancia por parte de la judicatura ordinaria en el marco del recurso de amparo, es decir, por parte del Tribunal Constitucional. El alcance de la discrepancia es sumamente importante porque el voto particular, que puso en duda la competencia del Tribunal Constitucional al respecto, en verdad, subrayó que tal control estaba constitucionalmente reservado por el artículo 117.3 de la Constitución Española a la exclusiva jurisdicción de los Tribunales del Poder Judicial, afirmando implícitamente, que éstos debían considerar el principio «*in dubio pro reo*» como parte del derecho fundamental a la presunción de inocencia.

El Tribunal Supremo, por el contrario, viene sosteniendo, antes y después de la vigencia de la Constitución, antes y después de la sentencia del Tribunal Constitucional 31/1981, que el principio «*in dubio pro reo*» es simplemente una «norma de interpretación» dirigida al Juez (12) o que «la presunción de inocencia tiene naturaleza procesal» (13), o que el principio «*in dubio pro reo*» «no se integra en precepto sustantivo alguno» (14). A partir de esta concepción, como es lógico, una vulneración del principio «*in dubio pro reo*» carecerá de los requisitos que permitirían su revisión en la casación, toda vez que en ningún caso se estaría ante la infracción de un «precepto

(10) De 26 de julio («BOE» núm. 197, de 18 de agosto), Sala Segunda, recurso de amparo núm. 30/82, ponente: Magistrado don Jerónimo Arozamena Sierra, deniega el amparo.

(11) Cfr. *Jurisprudencia Constitucional*, ed. conjunta del Tribunal Constitucional y «Boletín Oficial del Estado», T. II, p. 222.

(12) SSTS 21-5-1979, 31-1-1983 y 6-2-1987.

(13) SSTS 14-1-1987, 21-1-1987 y 23-1-1987.

(14) STS 6-5-1986.

de carácter sustantivo», ni ante una hipótesis del quebrantamiento de forma de los artículos 850 y 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ya que en éstos no se contempla expresamente la vulneración de aquel principio (15).

De esta manera, el Tribunal Supremo ha extendido al recurso de casación los límites institucionales postulados para el recurso de amparo por el voto particular, que tuvo lugar en la sentencia del Tribunal Constitucional 31/1981. Consecuentemente, resulta que cuando se alegue en el recurso de casación una vulneración de la presunción de inocencia, sólo procederá comprobar «la existencia formal de una actividad probatoria con independencia de su posible fuerza dialéctica o argumentativa» (voto del Magistrado don Angel Escudero del Corral), o sea: quedará excluida la verificación de si *de la prueba* de cargo se puede deducir la culpabilidad del procesado, como lo exige la sentencia del Tribunal Constitucional 31/1981. El resultado de esta extensión de los límites institucionales, postulados por el voto particular de aquella sentencia del Tribunal Constitucional, al recurso de casación importa la reducción de la significación de la garantía de la presunción de inocencia a la simple exigencia de que se practique prueba antes del dictado de la sentencia. Esta concepción «minimizada» de la presunción de inocencia (16) a la que se amputa expresamente el principio «*in dubio pro reo*», difiere sustancialmente no sólo de la que el Tribunal Constitucional estableció expresamente en la sentencia 31/1981, sino también de la definición que subyace al artículo 6.2 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, en el que se entiende que «la culpabilidad del acusado se deberá probar por el acusador y toda duda jugará en favor del acusado» (17).

De todos modos, es preciso señalar que entre las declaraciones programáticas sobre el principio «*in dubio pro reo*» de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la práctica de este Tribunal es posible comprobar una cierta diferencia. El Tribunal Supremo exige en múltiples oportunidades que además de haberse practicado prueba, ésta sea *suficiente*. Esta formulación se debe entender como «suficiente para fundar la certeza del Tribunal», con lo que la distancia entre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la del Tribunal Supremo comienza a reducirse.

(15) Cfr. SSTS 4-3-1971 y 25-5-1979; vid., asimismo, en detalle, sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo TOMÁS Y VALIENTE: *ob. cit.*, pp. 9 y ss.

(16) Cfr. RODRÍGUEZ RAMOS: *La Ley*, 1983, núm. 818.

(17) FROWEIN/PEUKERT: *loc. cit.*, p. 164. TRECHSEL: *loc. cit.*

II

¿Se justifica la orientación postulada por el Tribunal Supremo?

Para responder a esta pregunta conviene analizar separadamente los diversos argumentos que entran en consideración a este respecto.

a) En primer lugar habrá que analizar si las *razones institucionales* del voto particular del Magistrado don Angel Escudero del Corral se pueden extender al recurso de casación. En otras palabras, es preciso investigar si hay razones de esta naturaleza que impongan una limitación de la jurisprudencia del Tribunal de Casación respecto del principio «*in dubio pro reo*».

La reducción del ámbito del recurso de amparo postulado por el citado voto particular se apoya —como se dijo— en el artículo 117.3 de la Constitución Española. Esta disposición constitucional establece que: «El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las Leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan». Dado que, se argumenta, comprobar si de la prueba se puede deducir o no la culpabilidad del procesado, es en realidad un componente esencial del «ejercicio de la potestad jurisdiccional», el Tribunal Constitucional, que no pertenece al Poder Judicial, no podría revisar la conclusión a la que hubiera llegado el Tribunal de la causa o el Tribunal Supremo.

El desarrollo posterior de esta cuestión en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional —a pesar de la claridad de la STC 31/1981— forma parte de uno de los aspectos todavía oscuros en la materia de la presunción de inocencia.

El Tribunal Constitucional ha sido, por lo general, claro en lo referente a uno de los aspectos de la presunción de inocencia, es decir, en lo referente a sus facultades de control respecto de la *legitimidad de la prueba* con la que deben formar su convicción los Tribunales penales (18) (aunque está todavía pendiente una decisión respecto de la llamada «prueba del sumario», que ostensiblemente vulnera los principios de inmediación, publicidad y contradicción, declarados de jerarquía constitucional por el propio Tribunal Constitucional).

Y, en principio, ha sido también claro en lo referente a su jurisdicción para controlar las consecuencias del principio «*in dubio pro reo*», es decir, si las pruebas son verdaderamente de cargo y si de ellas se puede deducir la culpabilidad del procesado. Ello se percibe no sólo en la sentencia del Tribunal Constitucional 31/1981, sino,

(18) Cfr. STC 56/1982². «La valoración como prueba de lo que legalmente no puede tener el carácter de tal es sin duda el mayor error de hecho que en la apreciación de las pruebas cabe imaginar y como tal puede ser asumido para fundamentar el recurso de casación».

sobre todo, en las sentencias 174/1985 (19), 175/1985 (20), 169/1986 (21), en las que el artículo 120.3 de la Constitución Española tiene una significación acaso más importante que el artículo 24.2 de la Constitución Española (22).

Sin embargo, en este aspecto de la cuestión, no faltan pronunciamientos que introducen una cierta incertidumbre y que, por tanto, sugieren un tratamiento detenido del «argumento institucional». Sirven de ejemplo las sentencias del Tribunal Constitucional 109/1986 (23) y 126/1986 (24). En la primera de estas sentencias, al definir el alcance del derecho a la presunción de inocencia en el «régimen jurídico de la prueba» el Tribunal Constitucional se reduce a señalar sólo tres puntos que parecieran no incluir el principio «*ín dubio pro reo*». El derecho a la presunción de inocencia, se afirma en la sentencia del Tribunal Constitucional 109/1986 significa: 1) «que toda condena debe ir precedida siempre de una actividad probatoria, impidiendo condena sin pruebas; 2) que las pruebas tenidas en cuenta para fundar la decisión de condenar han de merecer tal concepto jurídico y ser constitucionalmente legítimas, y 3) que la carga de la actividad probatoria pesa sobre los acusadores y no existe nunca carga del acusado sobre la prueba de su inocencia de no participación en los hechos». En la sentencia del Tribunal Constitucional 126/1986 se percibe, ante todo, una mayor cercanía con el voto particular de la sentencia del Tribunal Constitucional 31/1981, que con la opinión de la mayoría de esta última, pues se vuelve sobre el argumento del artículo 117.3 de la Constitución Española. Pero además, se agrega que la presunción de inocencia es bien distinta de «lo que podríamos llamar el derecho al acierto del Juez». Este no sería —dice esta STC 126/1986— un derecho, «sino la finalidad que orienta todo el sistema procesal y que no tiene, fuera de éste, garantía».

Estas últimas decisiones ponen de relieve que acaso no se han despejado aún todas las dudas respecto del significado del artículo 117.3

(19) De 17 de diciembre («BOE», núm. 13, de 15 de enero de 1986), Sala Primera, recurso de amparo núm. 558/1983, ponente: Magistrado don Angel Latorre Segura, otorga parcialmente el amparo.

(20) De 17 de diciembre («BOE», núm. 13, de 15 de enero de 1986), Sala Primera, recurso de amparo núm. 429/1984, ponente: Magistrado don Rafael Gómez-Ferrer Morant, otorga parcialmente el amparo.

(21) De 22 de diciembre («BOE», núm. 17, de 20 de enero de 1987), Sala Segunda, recurso de amparo núm. 162/1986, ponente: Magistrado don Carlos de la Vega Benayas, deniega el amparo.

(22) Probablemente también en la línea de las anteriores sentencias la STC 47/1986, en la que se afirma que «la función del Tribunal Constitucional es (...) verificar si ha existido esa prueba que puede estimarse *racionalmente de cargo*» (subrayado del autor).

(23) De 24 de septiembre («BOE» núm. 253, de 22 de octubre), Sala Primera, recurso de amparo núm. 664/1985, ponente: Magistrado don Luis Díez-Picazo y Ponce de León, deniega el amparo.

(24) De 22 de octubre («BOE» núm. 276, de 18 de noviembre), Sala Primera, recurso de amparo núm. 1.202/1985, ponente: Magistrado don Francisco Rubio Llorente, deniega el amparo.

de la Constitución Española, expresamente citado en la sentencia del Tribunal Constitucional 126/1986, y que ello repercute en una reducción del ámbito del derecho constitucional de la presunción de inocencia en relación al principio «*in dubio pro reo*».

El artículo 117.3 de la Constitución Española, sin embargo, no se puede interpretar como un fundamento adecuado para limitar el control constitucional referido al derecho a la presunción de inocencia (25), ni es posible deducir de este supuesto límite el contenido de la presunción de inocencia (26).

Es claro que la Constitución ha puesto la «potestad jurisdiccional» en manos del Poder Judicial y que sobre ello el artículo 117.3 de la Constitución Española no deja duda alguna. Lo que ya no es tan claro es que de aquí se pueda deducir que hay aspectos de esa actividad que están excluidos de todo control constitucional. El fundamento del control del Tribunal Constitucional se apoya en el *principio de la supremacía de la Constitución*. Si ésta establece garantías que afectan tanto a la determinación del hecho como a la aplicación del Derecho, no puede haber razón institucional alguna para excluir del control tendente a la supremacía de la Constitución a los aspectos jurídicos de la determinación del hecho. Una limitación de este poder de control por el Tribunal Constitucional con respecto a los aspectos jurídicos de la determinación de los hechos que fundamentan la aplicación del Derecho, no se podría justificar de ninguna manera en el principio del *judicial self-restraint*, pues este principio es consecuencia de la legitimidad democrática «derivada», que es propia de los Tribunales constitucionales y, consecuentemente, sólo debe regir en relación al control constitucional del Parlamento (mediante el recurso de inconstitucionalidad), que es el órgano del Estado de mayor legitimidad democrática. Pero, no se puede extender al control constitucional del Poder Judicial, pues éste, en todo caso, padece, por lo menos, del mismo déficit de legitimidad democrática que el Tribunal Constitucional (27). En conclusión, una reducción del ámbito del control del principio «*in dubio pro reo*» por parte del Tribunal Constitucional no parece impuesto por el artículo 117.3 de la Constitución Española.

El argumento institucional, desde otro punto de vista, no se podría utilizar para reducir el contenido del derecho a la presunción de inocencia, llegando a la conclusión de que aquello que el Tribunal Constitucional no podría controlar, no podría formar parte de este derecho fundamental. Dicho de otra manera: se afirmaría que sólo sería contenido del derecho fundamental lo que el Tribunal Constitucional puede controlar. Dado que el artículo 117.3 de la Constitución

(25) Así acaso, la STC 126/1986.

(26) Así acaso, la STC 109/1986.

(27) Cfr. DREIER: *Recht, Moral, Ideologie*, 1981, pp. 126 y ss.

Española le impediría controlar una correcta aplicación del principio «*in dubio pro reo*», éste carecería de toda protección constitucional. Esta consecuencia del argumento institucional no ha sido extraída en forma expresa por nadie, pero quizá esté latente en algunas decisiones.

Contra esta conclusión se debe señalar de todos modos, que incurre en el error de atribuir un equivocado peso específico a disposiciones constitucionales que tienen diversas significaciones. El contenido de los derechos fundamentales, en este sentido, debe ser determinante de las instituciones y no a la inversa. Ello se debe a que el fin de las instituciones del Estado es, precisamente, la realización de los derechos fundamentales (!).

Por último, como se comprenderá, el argumento institucional desarrollado en el voto particular de la sentencia del Tribunal Constitucional 31/1981, cualquiera que sea su fuerza de convicción, sólo podría afectar al recurso de amparo. Su traslado al recurso de casación parece, por tanto, difícilmente sostenible, pues estos recursos son de competencia del Tribunal Supremo, y éste pertenece al Poder Judicial.

En conclusión: el argumento institucional no es, en principio, adecuado a la Constitución; si lo fuera no podría tener ninguna repercusión en el ámbito de la casación.

b) En segundo lugar debemos ocuparnos de las *razones técnicas de la casación*. Dicho de otra manera, ¿es factible un control en la casación del cumplimiento del principio «*in dubio pro reo*» por los Tribunales de Instancia dentro de nuestro sistema procesal?

La cuestión se vincula directamente en el significado del sistema de apreciación en conciencia de la prueba (art. 741 de la LECr.). La primera aproximación a este tema parece sugerir que la apreciación en conciencia no sería revisable fuera de la propia conciencia del que juzga. Si su convicción debe ser «íntima», como lo decía el artículo 342 del *Code d'instruction criminelle* de 1808, en el que surgió este sistema de apreciación de la prueba (28), receptado por la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pareciera que no hay lugar para una verificación de la misma ante un segundo Tribunal.

Sin embargo, este sistema ha tenido una evolución, tanto en Francia como en Alemania, que dista ya bastante de su configuración inicial. Por lo pronto, tanto la teoría como la práctica de estos países han procurado encontrar límites a la libertad judicial respecto de la poderación de la prueba (29). Por un lado, se ha tendido a reducir la competencia de los jurados, para quienes estuvo pensado el sistema, sólo a una parte pequeña de los hechos punibles. Por otra parte, se han manifestado dos tendencias limitadoras del sistema de libre convicción que se desenvuelven en dos líneas distintas, pero paralelas: en Francia se han extendido las exigencias relativas a fundamenta-

(28) NOBILI: *Il principio del libero convincimento del giudice*, 1974.

(29) Cfr. DEDES: *Gedächtnisschirift für H. Kaufmann*, 1986, pp. 929 y ss.

ción, mientras en Alemania «sólo se reconoce en el campo de la ponderación de la prueba una especie de libertad, cuyo carácter es, de todos modos muy discutido» (30). En Francia, donde ya no rige el artículo 342 del Código de 1808, está vigente el 427 del actual Code de Procédure Pénale (1958) que recoge, de todos modos, el sistema de la íntima convicción, y en Alemania rige el parágrafo 261 de la StPO que establece que «sobre el resultado de la prueba recibida decide el Tribunal según su libre convicción formada a partir del conjunto del juicio oral» (31). La similitud de la StPO con el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal es notoria.

En la culminación de esta evolución del sistema de la libre convicción se destaca en primer lugar que «la mera seguridad subjetiva del Juez no es suficiente allí donde el resultado objetivo de la prueba producida no permite una conclusión racional sobre la autoría del acusado» (32) y, además, que «el acusado tiene que ser protegido de las falsas apreciaciones del Juez en la formación de su convicción» (33). Los defensores alemanes del principio de la libre valoración han acentuado siempre el aspecto racional de la misma (34).

¿Cómo ha sido posible llegar a estas conclusiones aparentemente tan lejanas del punto de partida?

La evolución sufrida por el sistema de la «libre convicción» con respecto a los límites de la libertad de la convicción en Alemania se apoya en la elaboración dogmática del concepto de «libre convicción» o de «apreciación en conciencia». Dicha elaboración ha prestado especial atención a los «componentes objetivos de la formación de la convicción» (35) partiendo de una clara distinción entre libre convicción y arbitrariedad (36). Estos componentes objetivos han permitido un nuevo concepto que contrasta claramente con la antigua noción puramente subjetiva de la convicción, que no permitía control alguno (37). De esta manera se puede excluir del concepto de libre convicción aquello que sólo es arbitrariedad (38).

En este sentido se afirma fundamentalmente que «la formación de la convicción judicial sobre los hechos es un *suceso complejo cu-*

(30) DEDES: *loc. cit.*, p. 934.

(31) Cfr. sobre este parágrafo GOLLWITZER: *Löwe-Rosenberg StPO*, 23.^a ed., 1978, § 261, con más bibliografía. MEURER: *Gedächtnisschrift*, f. H. Kaufmann, 1986, pp. 947 y ss.

(32) ROXIN: *Strafverfahrensrecht*, 1985, pp. 77.

(33) ROXIN: *loc. cit.* También PETERS: *Strafprozess*, 3.^a ed., 1981, p. 282. GOLLWITZER: *loc. cit.*, § 261, núm. 12.

(34) MAYER, H.: *Fes. f. Mezger*, 1954, pp. 445 y ss., 457. También vid. GREGER: *Beweis und Wahrscheinlichkeit*, 1978, pp. 6 y ss.

(35) ROXIN: *loc. cit.*

(36) Cfr. ROXIN: *loc. cit.* GREGER: *loc. cit.*

(37) Cfr. ALBRECHT: *NS/Z*, 1983, P. 486.

(38) Cfr. GOLLWITZER: *loc. cit.*, § 261, núm. 52.

jos elementos interdependientes se componen de afirmaciones de probabilidad no cuantificables» (39).

Este suceso complejo se caracteriza por dos niveles diversos:

El *primer nivel* consiste en la formación, sobre la base de lo *percibido* (lo visto y lo oído) en el juicio oral, de las premisas de las que se debe deducir la valoración de la prueba. Aquí entran en consideración las conclusiones del Tribunal de Instancia acerca del valor de la *veracidad* de las declaraciones del acusado y testificales, de la *existencia* de indicios, de la significación de la prueba pericial y del *valor de las opiniones* de los peritos. Este aspecto de la valoración de la prueba está fuertemente condicionado por la inmediación. Este nivel corresponde básicamente a la decisión sobre la *existencia o no de prueba de cargo* en el sentido de la sentencia del Tribunal Constitucional 31/1981. En esta fase existen, a su vez, dos aspectos de consideración: la *percepción* que tiene lugar en el juicio oral y la *motivación de la interpretación* de la percepción que tuvo lugar en dicho juicio.

En el *segundo nivel* se trata de la observancia de las Leyes de la lógica, de los *principios de la experiencia* y de los *conocimientos científicos* de las deducciones que el Tribunal formula a partir de la prueba de cargo. Este nivel constituye lo que se puede designar como la *infraestructura racional* de la formación de la convicción (40). La deducción, ante todo, no debe ser *lógicamente contradictoria*: de testigos que no saben no es posible deducir conocimiento; de peritos que carecen de seguridad sobre sus conclusiones no se puede extraer seguridad, etc. Es decir, las deducciones a partir de la prueba deben ser lógicamente sostenibles. Además no pueden contradecir la *experiencia general*: «experiencia, en este sentido es conocimiento que se obtiene por los sentidos y no sólo mediante el puro pensamiento» (41). En esta categoría entran en consideración también los juicios de probabilidad que frecuentemente son fundamento de la prueba (42). En la deducción, finalmente, tampoco se debe omitir la observancia de *conocimientos científicos* suficientemente asegurados. Cada uno de estos límites racionales de la ponderación de la prueba tiene, como es lógico, una problemática dogmática concreta que aquí no es posible desarrollar (43). Se trata de una fase del juicio sobre la prueba que está directamente vinculada con el tercero de los segmentos de la máxima establecida en la sentencia del Tribunal Constitucional 31/1981: «De la que se pueda deducir, por tanto, la culpabilidad del procesado».

En Francia esta problemática se ha canalizado a través de la exi-

(39) GOLLWITZER: *loc. cit.*, § 261, núm. 12.

(40) Cfr. GOLLWITZER: *loc. cit.*, núms. 12 y 56.

(41) SCHWELING: *ZStW* 83, pp. 345 y ss., 436.

(42) Cfr. críticamente, GREGER: *Beweis und Wahrscheinlichkeit*, 1978.

(43) Cfr. GOLLWITZER: *loc. cit.*, núms. 59 y ss. HANACK: *Löwe-Rosenberg StPO*, 24.^a ed., 1985, § 337, núm. 11.

gencia de motivación inclusive en lo referente a la cuestión de hecho. En tal sentido se afirma que «el control de la motivación no es solamente el medio por el cual la Corte de Casación cumple su control en la aplicación de la Ley, es también un aspecto de su misión jerárquica y disciplinaria, ya que es deber de una Corte Suprema evitar toda degradación de la función judicial y velar por la calidad de la motivación de las decisiones judiciales» (44). Este control de la motivación «se ejerce principalmente sobre los *motivos de hecho* y se presenta, por tanto, como un límite a la soberanía de los jueces en la constatación de los hechos» (45). De todos modos, se señala, es un control jurídico, pues «los vicios (de la motivación) sólo son sancionados si los motivos ausentes o insuficientes impiden establecer o aplicar la buena regla de Derecho» (46).

La idea fundamental, en consecuencia, postula que una incorrecta determinación del hecho repercute en una incorrecta aplicación del derecho: «Detrás de la pantalla del vicio de forma —agrega Boré (47)— casi siempre lo que se censura es un vicio de fondo, pues la regla de Derecho ha sido puesta en actividad sin que se haya justificado por la sentencia la reunión de todas las condiciones de su aplicación, lo que constituye una violación de la Ley por falta aplicación» (48).

En la práctica, la exigencia de motivación se refiere a la obligación de los Tribunales de dar respuesta fundada a toda enunciación de hechos realizada por las partes, cuando, de ser éstos establecidos, serían susceptibles de influir sobre la responsabilidad penal del procesado (49).

En la tradición de la casación española anterior a la Constitución de 1978, por el contrario, se siguió una línea completamente diversa de la alemana y la francesa (50) pues, en lugar de acentuar los aspectos racionales de la valoración de la prueba se puso constantemente de relieve la intangibilidad de la decisión en conciencia del Tribunal de Instancia. Los comentarios críticos que esa tradición ha merecido en el extranjero se resumen en las siguientes palabras: «La libertad casi ilimitada de la valoración de la prueba (de que gozan los Tribunales españoles) tiene como resultado la inobservancia de principios procesales obligatorios, como forma de alcanzar incondicionalmente

(44) BORÉ, J.: *La cassation en matière pénale*, 1985, pp. 601.

(45) *Ibidem*.

(46) *Ibidem*.

(47) *Loc. cit.*, p. 603.

(48) En el mismo sentido en Alemania, PETERS.

(49) BORÉ: *loc. cit.*, pp. 610 y 611. Nótese la diferencia de estas premisas con la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo que excluye el quebrantamiento de forma en los casos de incongruencia omisiva en relación a los «supuestos fácticos» (SSTC 30-1-1987, 25-2-1987, 19-2-1987, 4-3-1987 y 6-6-1987).

(50) Cfr. QUINTANO RIPOLLÉS: *ZStW* 72, 1960, p. 635. Vid. SILVA MELERO: *La prueba procesal*, 1963, T. 1, pp. 71 y ss.

la verdad y, como última consecuencia, inclusive el encubrimiento de la violación de tales principios» (51).

Las consecuencias que se derivan en la doctrina y en la práctica alemanas de la elaboración dogmática del juicio de valoración de la prueba con respecto al recurso de casación son claras: la observancia por parte del Tribunal de Instancia del principio «*in dubio pro reo*», y, principalmente, de las Leyes lógicas y los principios de la experiencia, son revisables en la casación (52).

La fundamentación de estas consecuencias en la doctrina alemana se completa con otros dos puntos de vista no menos importantes: el «método de rendimiento» y el de «la responsabilidad compartida» (53). De acuerdo con el primero, los límites entre lo que es controlable en la casación y lo que no lo es se determinan por las posibilidades procesales limitadas de que dispone el Tribunal de casación. Ello permite afirmar, en principio, que sólo se excluye de su control aquello a lo que el Tribunal de casación no puede acceder porque depende de la percepción sensorial de la prueba en el juicio oral. El segundo punto de vista trata de explicar porqué el recurso de casación se limita sólo a la comprobación de la correcta aplicación del Derecho (sustantivo y procesal, en lo que corresponda). Entre el Tribunal de Instancia y el de casación se da una distribución de la responsabilidad: el primero es responsable de la determinación de los hechos y el segundo de la aplicación del Derecho.

En conclusión, en la casación no es posible un control de los aspectos del juicio de valoración de la prueba que dependen en forma directa de la inmediación. Pero nada impide el control en la casación de los otros aspectos, es decir, de los que conforman la infraestructura racional de dicho juicio. Por tanto, también es posible el control, dentro de estos límites, de si ha habido una lesión del principio «*in dubio pro reo*». En otras palabras, el Tribunal de casación podrá y deberá verificar si «a pesar de una ponderación objetiva de los resultados de la prueba se mantienen todavía dudas no despejables en favor del acusado» (54).

La investigación realizada hasta ahora nos permite alcanzar un primer resultado:

La orientación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, no se justifica, por tanto, ni institucional, ni técnicamente. El principio «*in dubio pro reo*» es parte de la garantía constitucional de la presunción de inocencia y el control de su observancia en la casación es perfectamente compatible con el sistema procesal de valoración de la prueba en conciencia. La elaboración dogmática del sentido y del contenido

(51) VOLLMANN-SCHLUCK: *Der Spanische Strafprozess zwischen Inquisitions- und Parteiverfahren*, 1979, p. 137.

(52) Cfr. GOLLWITZER: *loc. cit.*, núms. 57 y 59 y ss. HANACK: *loc. cit.*, núms. 11 y 14. ROXIN: *loc. cit.*, pp. 336 y ss.

(53) Cfr. HANACK: *loc. cit.*, Vor § 333, núm. 5.

(54) TRECHSEL: *loc. cit.*, p. 322.

del juicio sobre la prueba permite, además, disponer de medios técnicos para llevar a cabo este control.

III

Despejados los interrogantes tratados en el capítulo anterior es preciso considerar ahora la cuestión de si la configuración del sistema legal del recurso de casación en la Ley de Enjuiciamiento Criminal permite abrir el recurso a las vulneraciones del principio «*in dubio pro reo*».

Si se tiene el principio «*in dubio pro reo*» como parte integrante de la garantía de la presunción de inocencia, como lo estableció la sentencia del Tribunal Constitucional 31/1981, la respuesta será sumamente sencilla. El artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece que, cuando proceda el recurso de casación «será suficientemente para fundamentarlo la infracción de precepto constitucional». A la luz de la sentencia del Tribunal Constitucional 31/1981 la cuestión debería quedar resuelta, pues ni el artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial ni dicha sentencia ofrecen la menor duda. Si esto es así, el presente trabajo tendría aquí su punto final.

Por el contrario si se amputara a la presunción de inocencia el «*in dubio pro reo*» la cuestión ofrecería quizá dificultades, pues cabría pensar que, aunque el sistema de apreciación de la prueba en conciencia no ofrezca reparos para un control de la observancia del beneficio de la duda, el legislador, de todos modos, habría tenido razones para configurar en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, un recurso de casación en el que no se diera cabida a cuestiones como ésta.

Es claro que ante todo cabría preguntar qué razones podría haber tenido el legislador para excluir de la casación la vulneración del principio «*in dubio pro reo*», o en otras palabras, qué razones le habrían obligado a dotar de las menores seguridades al aspecto más significativo del sistema procesal fundado en la apreciación en conciencia de la prueba. Pues, resulta indiscutible que una condena sobre la base de una dudosa comprobación del hecho no puede, en ningún caso, ser el fundamento de una apreciación en *conciencia*: si subsiste la duda, no se puede condenar *en conciencia*.

Si, como vimos, el control se puede llevar técnicamente a cabo, no se perciben razones político-procesales que pudieran conducir a renunciar al mismo. El punto de partida del sistema procesal penal es garantizar, ante todo, que no se condenará inocentes. Por tanto, una interpretación teleológica de las disposiciones que autorizan el recurso de casación no debería conducir a una exclusión de las lesiones del principio «*in dubio pro reo*» del ámbito de la revisión, sino todo lo contrario.

Los textos legales, por otra parte, no sugieren en lo más mínimo

una fricción con esta finalidad del sistema, como intentaremos demostrar.

Parece claro que en el Derecho español el control del respeto del principio «*in dubio pro reo*» en la casación no tiene perspectiva alguna por la vía del quebrantamiento de forma (55).

Por la vía de la infracción de Ley el control depende de la naturaleza jurídica del principio «*in dubio pro reo*», dado que el artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal requiere la infracción de «un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de la Ley».

La investigación requiere responder, entonces, a dos preguntas: ¿qué naturaleza tiene el principio «*in dubio pro reo*»? y ¿qué significa en el texto del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, «norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de la Ley penal»?

a) Sobre la esencia del principio «*in dubio pro reo*» existen muy diversas opiniones. Esta diversidad de opiniones contrasta con la unidad de pareceres respecto del significado de la vulneración del principio para la casación. Como lo señala Hanack (56): «Existe prácticamente unidad respecto de que la lesión del principio es materia de fondo del recurso, es decir, que no requiere las formalidades exigidas para las lesiones del Derecho procesal (...). Si el Juez condena sin observar este principio, aplicará falsamente el Derecho de fondo».

b) Un primer punto de vista vincula al principio «*in dubio pro reo*» con el derecho de las pruebas, como «regla probatoria», «principio de valoración de la prueba» o «principio de la carga de la prueba», o como «principio de carga y valoración de la prueba» (57).

Este punto de vista ha sido criticado con razón, pues «el principio no regula la prueba como tal, dado que no dice qué conclusiones se deben extraer de los medios de prueba, sino que interviene precisamente cuando la prueba, a pesar del agotamiento de los medios probatorios, ha fracasado» (58). Los mismos argumentos permiten excluir la vinculación del principio «*in dubio pro reo*» con las reglas para la determinación de los hechos, ya que nada se puede deducir de él con respecto a la mayor probabilidad de la *existencia* de los hechos de la versión más favorable al acusado.

c) Otra fundamentación del principio «*in dubio pro reo*» ha sido

(55) En la doctrina del Derecho francés, como se vio, la cuestión podría ser planteada como quebrantamiento de forma, sea por la vía de la insuficiencia de motivación (BORÉ: *loc. cit.*, p. 600), sea por la vía de la vulneración de las reglas que rigen sobre la carga de la prueba (BORÉ: *loc. cit.*, p. 596). En la doctrina y en la práctica del Derecho italiano, así como del alemán, por el contrario, las vulneraciones del deber de motivar tienen cabida por la vía de la infracción de ley (cfr. FROSALI: *loc. cit.*, p. 434).

(56) Löwe-Rosenberg *StPO*, *cit.* § 337, núm. 14.

(57) Cfr. TRECHSEL: *loc. cit.* PETERS: *Strafprozess*, 2.^a ed., 1966, p. 247.

(58) FRISCH: *Fest.. f. Henkel*, 1974, pp. 273 y ss. (275). En el mismo sentido STREE: *In dubio pro reo*, 1962, p. 56.

formulada por Sarsted, en su conocida obra sobre la casación penal (59) y seguida por otros prestigiosos especialistas del tema (60). El precepto penal que sanciona el homicidio —afirma Sarsted— sólo se referie «a aquél respecto de quien se ha comprobado que ha matado a una persona, pero no a aquel que es sospechoso de haberlo hecho». «Cuando la premisa menor: “A ha matado” —agrega— no se ha verificado, se produce una infracción de la lógica, si la conclusión se extrae como si ella se hubiera verificado». Y concluye: «Si la premisa menor sólo puede decir: “Quizá A ha matado”, la conclusión ya no es correcta» (61).

Contra este punto de vista se ha objetado que se fundamenta en una «equivocada reducción de las normas del Derecho material a los fallos de los Tribunales» (62). La tarea del Derecho penal material sería únicamente, en la opinión de Frisch, la vinculación de la pena con determinadas conductas, sin tomar en cuenta los problemas procesales.

Esta crítica no es totalmente afortunada, pues no hay ninguna razón que quite plausibilidad a la idea de Sarsted; en la medida en que las normas del Derecho penal sólo se realizan a través del proceso penal, la cuestión de si se introduce en su contenido también lo referente a su realización sólo puede ser una cuestión de posibilidad conceptual. En la medida en que un concepto de norma de esta naturaleza no es imposible, poco es lo que se puede decir en su contra a partir de la teoría de las normas. El punto de vista de Sarsted, por tanto, sólo puede ser discutido en relación a sus consecuencias —cosa que Frisch no ha hecho— pero no en el plano teórico-normativo (63).

La consecuencia práctica del punto de vista de Sarsted es clara: la vulneración del principio «*in dubio pro reo*» determina la infracción de la norma que incrimina el delito; es decir, una condena por homicidio en la que se hubiere infringido el principio «*in dubio pro reo*» se debería apreciar como una infracción del artículo 407 del Código penal.

d) Roxin (64) y otros autores (65) entienden el principio «*in dubio pro reo*» como un principio de la prueba que se deriva del principio de culpabilidad en conexión con el de libre convicción y que, si bien no está expreso en la ley alemana (como no lo está en la española), se deriva de la presunción de inocencia que establece el artículo 6.2 de la Convención Europea. La inobservancia del principio «*in*

(59) SARSTED: *Die Revision in Strafsachen*, 4.^a ed., 1962, 5.^a ed. SARSTED-HAMM: 1983.

(60) Cfr. HANACK: *loc. cit.*, § 337, núm. 14.

(61) SARSTED-HAMM: *loc. cit.*, p. 298.

(62) FRISCH: *loc. cit.*, p. 277.

(63) Cfr. BACIGALUPO: *Rev. de la Fac. de Derecho de la Univ. Complutense*, núm. 11, 1986, pp. 61 y ss.

(64) *Loc. cit.*, p. 81.

(65) Por ejemplo, STREE: *loc. cit.*, p. 19.

dubio pro reo» importaría la lesión de la Ley que consagra la presunción de inocencia. En el caso del Derecho español esa Ley sería la Constitución (art. 24.2).

e) Por último un grupo de opiniones considera al principio «in dubio pro reo» como «una regla de decisión del derecho de aplicación de la Ley» (66) o como «un principio del Derecho material que se debe observar en la aplicación de la Ley» (67).

Todos los puntos de vista internamente no contradictorios que hemos expuesto permiten concluir que estamos en presencia de una norma jurídica que debe ser observada en la aplicación de la Ley. ¿Cuál sería esa norma en el Derecho *positivo* español? A mi modo de ver, no es otra que el artículo 24.2 de la Constitución Española. Pero, si se sostuviera que esta disposición no alcanza al principio «in dubio pro reo», entonces resultaría vulnerado el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pues los principios que esta disposición establece se deben observar en la aplicación de la Ley penal, ya que sin determinar el hecho no es posible aplicar la Ley penal. Que el principio «in dubio pro reo» es la contrapartida de la «apreciación en conciencia», se entiende por sí mismo. No se puede condenar «en conciencia» —como se dijo— si existe una situación de duda respecto de la culpabilidad del acusado.

Sólo cabría preguntarse aquí si este artículo tiene carácter sustantivo. La doctrina procesal española no ha dedicado una especial atención a esta cuestión dogmática. Por lo general parece dominar la idea de que, además de las Leyes penales, son normas de carácter sustantivo «las normas materiales pertenecientes a cualquier otra rama y que constituyan instrumento necesario para la aplicación de la Ley penal; por ejemplo, de naturaleza civil, mercantil, etc.», sin hacer mención de las normas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (68). Todo parece indicar que éstas quedarían fuera del concepto de «norma jurídica de carácter sustantivo». El problema del principio «in dubio pro reo», por otra parte, no ha sido objeto de discusión en este contexto.

El carácter sustantivo de una norma, a los efectos de la casación, se debe determinar teleológicamente. La finalidad institucional de la casación es garantizar una aplicación correcta y uniforme de la Ley penal (69) y brindar una «protección jurídica realista» (70). En el lo-

(66) FRISCH: *loc. cit.*, p. 283.

(67) HANACK: *loc. cit.*, § 337, núm. 14.

(68) PRIETO CASTRO: *Derecho Procesal Penal*, 2.^a ed., pp. 396 y 397. Cfr. también FENECH: *El proceso penal*, 1978, núms. 338 y 339, donde opone Leyes sustantivas y procesales. GÓMEZ ORBANEJA-HÉRCE QUEMADA: *Derecho Procesal Penal*, 9.^a ed., 1981, p. 305, que parece recoger el contenido del art. 524 del Código Procesal Penal italiano. Interesantes reflexiones en ALVAREZ-VALDÉS, F.: *Rev. de Derecho Público*, núm. 26/1934, pp. 39 y ss.

(69) Cfr. sobre este punto HANACK: *loc. cit.*, § 333, núm. 7.

(70) Cfr. ROXIN: *loc. cit.*, p. 332. SCHÜNEMANN: *JA*, 1982, p. 73.

gro de esta finalidad —como es sabido (71)— se entrecruzan, de una manera no siempre pacífica, la unificación de las decisiones y la justicia del caso concreto. Sin embargo, en la medida en que se trate del principio «*in dubio pro reo*» este eventual conflicto de fines no tiene repercusión alguna: tanto la Justicia como la uniformidad de las decisiones requieren que sólo quepa hablar de una correcta aplicación de las normas penales sustantivas cuando *el hecho* al que se las aplica ha sido correctamente determinado (72). En consecuencia, *todas aquellas normas que se deben tener en cuenta para la determinación del hecho se deben considerar como normas sustantivas, que deben ser observadas en la aplicación de la Ley*. Entre éstas se encuentra, como es claro, el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y el principio «*in dubio pro reo*».

Contra esta conclusión se podría alegar que una norma de la Ley de Enjuiciamiento no puede tener carácter sustantivo. Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha tenido ya ocasión de afirmar que cuando una norma (de la Ley procesal o no) opera sobre un derecho fundamental (por ejemplo, el art. 504 de la LECr.), no puede ser considerada como meramente adjetiva (73). Pero, fuera de ello, lo cierto es que las normas que establecen la forma en que se debe determinar el hecho que es objeto del proceso tienen una *vinculación esencial* con las que determinan la prohibición y la sanción correspondiente, es decir, las normas del Derecho penal material. Su tratamiento como normas de procedimiento no da cuenta, por tanto, de esta relación esencial. Básicamente, el carácter de una norma no puede depender del lugar que ocupe en la codificación, o lo que es lo mismo, no estamos ante un problema que dependa íntegramente de la decisión del legislador. Por el contrario, la esencialidad de la relación existente entre las normas que determinan el hecho punible y las que establecen cuándo un hecho concreto se tendrá por probado en contra del acusado es consecuencia de que el principio «*in dubio pro reo*» es la contrapartida procesal de la función material de garantía de la Ley penal (74). «Mientras el principio de la legalidad —dice Jescheck (75)— protege a todos frente a la condena por una acción cuya punibilidad y pena no estaban legalmente determinadas al tiempo de la comisión del delito, el principio «*in dubio pro reo*» brinda el necesario complemento estableciendo que no habrá pena sin la prueba del hecho y la culpabilidad». La unidad de finalidad protectora del principio de legalidad y del principio «*in dubio pro reo*» exige un reflejo en la teoría de las normas que, lejos de agotarse en las categorías de normas penales materiales (sustantivas) y normas penales

(71) Cfr. HANACK: *loc. cit.*, § 333, núm. 8.

(72) Cfr. PETERS: *Strafprozess*, 3.^a ed., 1981, pp. 565 y ss. HANACK: *loc. cit.*, § 337, núm. 14. ROXIN: *loc. cit.*, p. 335.

(73) SSTC 32 y 34/1987, de 12 de marzo («BOE» núm. 71, de 24 de marzo).

(74) JESCHECK: *Lehrbuch des Strafrechts*, 3.^a ed., Berlín, 1978.

(75) *Ibidem*.

formales (adjetivas), debe dar lugar por lo menos a tres especies diferentes: normas penales materiales (sustantivas): las que establecen la punibilidad y las que determinan las condiciones de aplicación de éstas; normas penales formales (adjetivas): las que son puras normas procesales en sentido estricto, y normas de carácter sustantivo que se deben observar al determinar los hechos probados (por ejemplo, arts. 741 y 717 de la LECr.).

IV

¿Cómo se deben llevar a la práctica las conclusiones?

La casación es un recurso limitado por su propia naturaleza. La llamada cuestión de hecho está, por definición, excluida de su objeto. Esto es así y debe seguir siendo así. ¿Cómo es posible, entonces, revisar si el Tribunal de Instancia ha aplicado correctamente el principio «*in dubio pro reo*»?

En la casación no es posible revisar aquellas conclusiones sobre la prueba del Tribunal de Instancia que dependen de la inmediación con que ésta fue producida (método de rendimiento).

Por el contrario, «la ponderación de la prueba realizada por el Juez del hecho puede ser controlada —así resume Roxin (76)— en lo referente a la observancia de las *reglas del pensamiento o los principios generales de la experiencia y de los conocimientos científicos*».

Cuando la valoración de la prueba fundamenta la certeza respecto de los hechos mediante un razonamiento *lógicamente* incorrecto (por ejemplo, deduce la autoría del procesado de las declaraciones de los testigos que dicen que éste no ha sido el autor), o extrayendo conclusiones contrarias a los principios de la experiencia (por ejemplo, incompatibles con la ley de gravedad), o contrarias a conocimientos científicos (por ejemplo, las mediciones de la impregnación del alcohol en sangre), el Tribunal de casación podrá, en consecuencia, apreciar infracción de Ley por violación de una norma de carácter sustantivo («*in dubio pro reo*») que debió ser observada en la aplicación de la Ley: el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

De esta manera no se alterará la naturaleza jurídica del recurso de casación ni tampoco se reducirá la presunción de inocencia por debajo de sus límites históricos.

Esta elaboración, se debe recordar, sólo es necesaria para el caso en que se amputara al Derecho a la presunción de inocencia su núcleo más claro: el principio «*in dubio pro reo*». Aun así, éste podría dar lugar al recurso de casación por infracción de Ley, por la vía del artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

(76) *Loc. cit.*, p. 335, una jurisprudencia de varias décadas del BGH. Cfr. también HANACK: *loc. cit.*, Vor § 333, núm. 4.

En resumen: un concepto «minimizado» de la presunción de inocencia sólo excluiría la posibilidad de una revisión de la aplicación del «*in dubio pro reo*» por la vía del recurso de amparo, pero, en ningún caso impediría su verificación en la casación, pues siempre sería alegable como infracción del artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

V

¿Qué críticas se podrían esperar contra la tesis aquí sostenida?

Desde un punto de vista clásico puede haber quienes abriguen dudas sobre si de esta manera la casación no resultaría desnaturalizada. Tales dudas se apoyarían en que un control del razonamiento que fundamenta la certeza del Tribunal respecto de los hechos importaría un desborde por encima de los límites que el recurso «por su propia naturaleza» debe tener.

El tema último de discusión en torno al principio «*in dubio pro reo*», por tanto, no es otro que el de la *naturaleza de la casación*. ¿Qué finalidad institucional tiene la casación en nuestro Derecho?

La similitud de los textos legales que regulan el recurso y la comunidad del origen de todos ellos, permite, nuevamente, recurrir a la doctrina y la práctica europeas comparadas.

Tradicionalmente se ha sostenido que la finalidad de la casación es guardar la *unidad en la aplicación del Derecho*. Ello sería consecuencia tanto del principio de igualdad, como del principio de seguridad. En España la introducción del recurso de casación estuvo muy estrechamente vinculada a esta finalidad (77).

Sin embargo, este punto de vista no es hoy inmovible, ni siquiera en Estados federales, donde la cuestión de la unidad de la aplicación del Derecho tiene una indudable vinculación con la unidad misma del Estado federal. Precisamente en Alemania se ha sostenido, como alternativa, que la verdadera función de la casación está en la *justicia del caso concreto* (78).

La opinión dominante en la doctrina alemana ha llegado, de todos modos, a una *conclusión sintética* (79): el fin de la casación se debe ver tanto en la unidad de la aplicación del Derecho como en la justicia del caso concreto.

Pero la posibilidad de articular ambos objetivos resulta, como es lógico, motivo de no pocas controversias. Unidad *generalizada* del Derecho y justicia del caso *concreto* resultan difícilmente alcanzables a la vez, razón por la cual se abre el interrogante de la relación jerárquica de ambos fines.

(77) Cfr. FAIRÉN: *Temas del ordenamiento procesal*, I, pp. 205 y ss.

(78) Cfr. BELING: *Fest. f. Binding*, 1911, II, pp. 87 y ss.

(79) Cfr. HANACK: *loc. cit.*, Vor § 333, núm. 7. ROXIN: *loc. cit.*, p. 332.

Estas dificultades de la discusión han abierto el camino para otro intento de explicación que comienza a ganar terreno: «El fin de la casación —dice Roxin (80)— es, según la voluntad del legislador, la de otorgar una *protección jurídica realista*» (81).

Para la resolución del problema que aquí hemos planteado no importa cuál de los puntos de vista sea el que debe merecer preferencia. Sí importa, por el contrario, señalar que la decisión al respecto debe partir de la Constitución y concretamente de los artículos 1 y 9.3 de la misma. España es un Estado cuyo orden jurídico reconoce como valores superiores, junto a la libertad y el pluralismo político, la *igualdad* y la *justicia* (art. 1). A su vez la Constitución de este Estado garantiza, entre otros principios, la *seguridad jurídica* y la *interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos* (art. 9.3 de la CE).

Consecuentemente, los instrumentos jurídicos del proceso penal, y muy especialmente su sistema de recursos, no puede ser ajeno a tales finalidades. De allí se deduce que, en todo caso, la unidad de la aplicación del Derecho no puede ser el único fin de la casación, pues la *igualdad* y la *seguridad jurídica* no son los únicos valores que se deben tomar en consideración. La *justicia* y la *interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos* tienen igual rango para los otros valores y garantías de los artículos 1 y 9.3 de la Constitución.

Por tanto, cualquiera que sea la importancia que se asigne a la unidad de la aplicación del Derecho, lo cierto es que la casación, como todo recurso, también, y con no menos intensidad, debe perseguir un *fin de protección contra la arbitrariedad*. Ello significa que, *allí donde los medios de que dispone el Tribunal de casación se lo permitan, éste tiene el deber de sancionar la arbitrariedad*.

¿Qué razón habría para que un Tribunal de casación se negara a corregir un razonamiento lógicamente falso que determina la condena de un inocente? Si los medios técnicos de los que dispone se lo permiten, ninguna. ¿Qué razón habría para que el Estado otogue tanta importancia a la unidad de la aplicación del Derecho, pero se negara a corregir la arbitrariedad, sobre todo cuanto ésto no le impide cumplir con dicha finalidad? Dentro de un Estado de Derecho parece que ninguna.

El recurso de casación, en resumen, cualquiera sea la concepción que se tenga de sus finalidades, y sin poner en duda su función relativa a la unidad de la aplicación del Derecho, no puede dejar de ser un *medio de protección jurídica contra la arbitrariedad*.

Que ésta ha sido también la opinión del legislador es, a mi juicio, indudable; lo demuestran el número 2 del artículo 849 y el artícu-

(80) *Loc. cit.*, p. 332.

(81) Crr. también SCHÜNEMANN: *Zur Geschichte, Dogmatik und Reform de Revision in Strafsachen*, 1986; del mismo, en JA 1982, pp. 407 y ss.

lo 899 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. La primera disposición tiene una significación esencial para establecer la naturaleza de la casación, pues demuestra que la correcta determinación de los hechos es, ya en la opinión del legislador, un presupuesto de la correcta aplicación de la Ley penal. El número 2 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no es una excepción al carácter de recurso de puro Derecho que tiene la casación; *todo lo contrario*. Lo que se pone de manifiesto a través de él es que el Tribunal de casación debe llegar en su revisión hasta donde técnicamente pueda y que la falsa determinación del hecho probado determina una falsa aplicación de la Ley. Los documentos están en los autos; pueden ser vistos, en consecuencia, por el Tribunal de Instancia de la misma manera que por el Tribunal de casación. Por tanto, éste puede comprobar, por ejemplo, con la lectura de la partida de nacimiento, sin ninguna dificultad, que la víctima era mayor de doce años y que la aplicación al caso del artículo 429.3 del Código penal es falsa. Se trata, como lo señala Roxin (82) de una cuestión «*independiente del transcurso del tiempo*», o en otras palabras, de algo que no depende de la inmediación con que la prueba fue recibida por el Tribunal de Instancia. La inmediación del Tribunal de casación con los documentos es idéntica a la de cualquier Tribunal que disponga de los autos. ¿Hay alguna razón para considerar que no se debe revisar una sentencia que aplicó el artículo 429.3 del Código penal en un caso en el que consta por la partida de nacimiento de la víctima que ésta era mayor de doce años? ¿Hay alguna forma de sostener que no se ha infringido la Ley en tal caso? ¿Tiene el Estado de Derecho alguna razón para no reparar esta arbitrariedad? Parece evidente que no, por lo menos en un Estado cuya Constitución garantiza «la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos» (art. 9.3 de la CE). La situación del Tribunal de casación frente a un documento, como es obvio, es muy diversa de su posición ante el juicio relativo a si es o no creíble la versión de los hechos dada por un testigo o a si es o no admisible la rectificación de una confesión prestada fuera del juicio oral. Estas apreciaciones dependen sustancialmente —aunque no necesariamente— de una inmediación con esas declaraciones que el Tribunal de casación no puede tener.

Lo mismo que ocurre en relación a la *verdadera prueba documental* (83), se repite en el caso del *razonamiento* en base al cual se forma la certeza del Tribunal de Instancia. También en este supuesto estamos ante una cuestión «*independiente del transcurso del tiempo*», que está explícita en la sentencia y que nada impide considerar al

(82) *Loc. cit.*, p. 332.

(83) Se debe excluir de ésta toda aquella que, en forma infundada, se suele alegar como tal ante el Tribunal Supremo, como, por ejemplo, las actas del sumario, las actas del juicio oral o los dictámenes periciales, e inclusive ciertos documentos privados como las cartas personales.

Tribunal de casación. El razonamiento, con el que se deduce de la prueba practicada en el juicio oral la culpabilidad del acusado, tiene un carácter objetivo y, además, es directamente accesible a la comprensión y a la crítica del Tribunal de casación. Bajo estas condiciones tampoco en este supuesto se percibe qué razón puede haber para renunciar a la revisión en relación a tales razonamiento, si ellos conducen a una falsa aplicación de la Ley, porque el hecho, al que ésta se aplica, no es el hecho que ella sanciona. Hasta tal punto es compatible con el Derecho positivo la tesis aquí sostenida, que el artículo 899 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal permite al Tribunal Supremo reclamar del Tribunal sentenciador los autos, para una mejor comprensión de los hechos, es decir, para que pueda verificar si éstos han sido establecidos de acuerdo a Derecho (84).

Por tanto, es claro, a mi modo de ver, que los artículos 849.2 y 899 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal son una clara señal dogmática de que la errónea determinación del hecho determina una errónea aplicación de la Ley, de que el Tribunal de casación no debe ser ajeno a este problema en los recursos por infracción de Ley y de que el recurso de casación no se agota en la única finalidad de asegurar una aplicación uniforme de la Ley penal. *Tambien es función de la casación la interdicción de la arbitrariedad en el sentido del artículo 9.3 de la Constitución.*

(84) Cfr., en este sentido, el detallado estudio de WERNER SCHMID sobre el problema de los hechos en la casación, en *ZStW* 85 (1973), 360/398.

Hacia una alternativa en la política criminal de las drogas en América Latina

JUAN FERNANDEZ CARRASQUILLA

Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Medellín, Colombia
Fiscal del Consejo de Estado

SUMARIO: 1. Aspectos generales.—2. La política criminal.—3. Colombia ante la droga.—4. Enfoque «macro».—5. Aspectos políticos y socio—económicos.—6. Conclusiones.

Debo advertir primero que esta exposición es, por razones de tiempo, un resumen de la ponencia original. En ésta debe, por regla general, buscarse el material bibliográfico de apoyo, un desarrollo algo más detenido y una fundamentación más amplia de los puntos objeto del debate.

En segundo lugar, esta ponencia pretende, como respuesta, iniciar el diálogo sugerido por Louk Hulsman en su fascinante artículo sobre las drogas como «fuente y vehículo de colonización y represión», en el que plantea una muy interesante «política criminal alternativa» desde el punto de vista de un país central y consumidor (Holanda) (Hulsman, 1987). La respuesta se brinda, como es obvio, desde el ángulo visual de un país periférico y productor (Colombia) y por esto se espera que el intercambio pueda ser fructífero.

En tercer y último término, he de admitir que mi trabajo tal vez no hace otra cosa que recoger, replantear y sistematizar críticamente las sugerencias y puntos de vista previamente expuestos por autores como Rosa del Olmo, Roberto Bergalli, Hernando Londoño Berrio, Alfredo Molano y el propio Louk Hulsman, para no citar sino unos pocos. Esta pequeña enumeración de nombres no debe hacer pensar que el ensayo prescinde de aportes tan valiosos como, por ejemplo, los de Beristain y Baselga en España, o Behr en Alemania, por ejemplo.

I. ASPECTOS GENERALES

1. Al tema de las drogas le otorgaría las cuatro siguientes características: complejo, confuso, mitificado y delicado.
 - a) *Complejo*, por sus múltiples implicaciones (biopsicológicas, psi-

quiátricas, sociales, económicas, políticas y jurídicas), lo que exige para su estudio un enfoque «multifactorial» e «interdisciplinario» que pocos dominan.

b) *Confuso*, porque en torno al mismo existe una abrumadora cantidad de literatura de todas las especialidades y calidades y relativamente pocas investigaciones de campo. Una investigación académica sobre el problema de las drogas se ve así abocada a la dificultad inicial de seleccionar la bibliografía básica en medio de un verdadero «totum revolutum».

c) *Mitificado*, ya que la cuestión de las drogas se encuentra sobresaturada de cargas emocionales de difícil manejo y prejuicios de casi imposible control, aún en medio de la más rigurosa autocrítica. Como «mito» que es, la literatura «científica» que lo aborda ostenta un carácter marcadamente ideológico que, en cuanto tal, oculta unos aspectos del problema total, exagera otros, crea tabúes alrededor de ciertos puntos de vista.

d) *Delicado*, porque el mito y sus tabúes se oponen con denuedo a la verdad sobre algunos tópicos y se niega de plano a discutir determinados planteamientos. Quien se arriesgue en esta vorágine de las drogas puede verse expuesto con facilidad a reacciones sociales negativas de la más diversa índole, como ocurre siempre que la actitud crítica en que consisten la objetividad y neutralidad del científico social, se atreven a incursionar en las zonas prohibidas del territorio sin los ropajes convencionales. Tras lo sacrificado o lo maldito se esconden siempre poderes más o menos terribles que suelen desatar su furia contra los «violadores». La carga ideológica y emocional del «mito de la droga» hace muy difícil la imparcialidad del investigador; si éste quiere observarla, debe estar dispuesto a afrontar algunas lluvias de piedras.

Toda cubierta de crespones negros, desordenada, agresiva y enigmática, «la droga» se presenta a los ojos del científico social como una viuda-tabú con respecto a la cual no sólo es peligroso el mero acercamiento, sino que lo es ya el pensamiento que pretende despojarla de sus velos.

Ello es así en todo el mundo, debido probablemente a fuertes presiones internacionales que fácilmente se advina que provienen de los Estados Unidos. Pero esas características del tema, que corresponden a las actitudes del gran público frente a las drogas, se agigantan en América Latina y llegan, a veces, a la exacerbación en los países del «triángulo andino», esto es: Bolivia, Perú y Colombia.

2. En sede de definiciones de lo que son las drogas, parece que hay que descartar los criterios biomédicos de la nocividad y la dependencia:

a) Porque no todas las drogas nocivas están incluidas en las lis-

tas de substancias prohibidas bajo amenaza de pena criminal, como a primera vista se descubre con sólo recordar el tabaco y el alcohol, que posiblemente hoy causan en el mundo más muertes y más crímenes que cualesquiera otras substancias conocidas. Por fuera se quedan igualmente muchos «productos de patente» que fabrican y expenden las grandes multinacionales de los «medicamentos».

b) Porque en las listas de substancias penalmente perseguidas se cuenta posiblemente con algunas que no son nocivas, o cuya nocividad no se ha comprobado o se la exagera o «hipospatiza», como podría ser el caso de la marihuana y algunos tranquilizantes (y sostienen algunos extremistas que hasta de la mismísima cocaína).

c) El concepto de «dependencia psíquica» no parece poseer la precisión suficiente para identificar una substancia como nociva o como prohibida, ni siquiera si se le agregan «tolerancia» y «abstinencia», pues los tres efectos los puede provocar el tabaco. Hay pocas substancias que no generen tal tipo de dependencia, que, por otra parte, se considera de menores intensidad, gravedad y trascendencia que la «dependencia física». Pero el concepto mismo de «dependencia psíquica» es impreciso, pues alude simplemente a una habituación mental del individuo al consumo de una substancia, sin que esta substancia tenga que ser nociva, pues hay gente que se habitúa de modo muy fuerte a ciertos alimentos, o al consumo de altas cantidades de los mismos, con probabilidad de daño, sin que por esto se haya pensado en prohibirlas con pena criminal.

d) La «dependencia física» es un concepto de mayor precisión y denota un estado orgánico más severo en que el organismo necesita biológicamente de una substancia tóxica que se ha habituado a consumir y la necesita para sobrevivir o mantener la adaptación biológica al medio. Lo peor es cuando a tal dependencia se añaden efectos como los de la «tolerancia» y la «abstinencia». Sin embargo, estas tres características aparecen en la heroína y el tabaco, pero no en la marihuana ni la cocaína. El alcoholismo puede caracterizarse de un modo bastante parecido. Pues, tampoco este es el motivo de la criminalización formal o primaria.

e) Queda el concepto de la OMS que, sin embargo, es tan amplio (droga es toda substancia que introducida en el organismo vivo puede modificar una o varias de sus funciones) que no sirve para nada, pues casi no habría motivo de duda acerca de que los alimentos producen tales efectos.

f) No queda, entonces, otro camino que el de la definición jurídica formal, entendiendo por «drogas» las drogas prohibidas (Rosa del Olmo, Louk Hulsman), aunque esto no nos permita de momento captar los motivos de la prohibición legal. Esta definición formal, por otra parte, no es más que una remisión a las listas oficiales de substancias prohibidas que contienen las Convenciones Internacionales (Nueva York, 1961; Viena, 1971; Ginebra, 1972). Sobre todo no queda claro

por qué unas substancias se incluyeron y otras no, y, más aún, por qué muchas de las grandes potencias no han suscrito o ratificado aún la convención de 1971 sobre «psicotrópicos», muchos de los cuales circulan como «psicofármacos» por el mundo entero, pudiendo muy bien constituir, junto con el alcohol y el tabaco y al menos en muchos casos, los pasos iniciales de la llamada «escalada de las drogas», que por lo general se atribuyen de modo privativo a la marihuana.

Lo más paradójico de este planteo inicial es que las «drogas permitidas» (alcohol, tabaco y algunos «psicofármacos»), probablemente están produciendo en el mundo, en este momento, más muertes, violencia y explotación que el conjunto de las «drogas prohibidas» (heroína, marihuana y cocaína, fundamentalmente). El efecto de las primeras sobre la economía familiar y social podría, igualmente, calificarse, con bastante probabilidad, como no menos o no mucho menos pernicioso. Sin embargo, los informes estadísticos que poseo sobre el particular no son lo bastante amplios para sentar una proposición más radical y concluyente.

La probabilidad de que las cosas sean así deviene aterradora, pues de resultar comprobada acreditaría que el actual «problema de las drogas» está montado, a modo de farsa, sobre bases falsas y que, por tanto, toda la política de drogas de nuestros días tiene que ser revisada de cabo a rabo, al menos si lo que se quiere con la «lucha contra las drogas» es en verdad reducir al máximo posible el abuso de las mismas y su ilícito comercio.

II. LA POLITICA CRIMINAL

3. Es corriente que la política criminal se vea, desde el punto de vista teórico o científico, como el conjunto de estrategias, tácticas y medios para obtener el control óptimo del crimen, y, desde el punto de vista práctico o técnico como la actividad estatal que aplica esos recursos para lograr el control del crimen en una comunidad determinada (Kaiser, 1983, 60).

Sin embargo, esa concepción se mueve en un círculo vicioso en que no se sabe si lo primario y determinante es el Derecho penal o la política criminal, pues en todo caso esta última presupone la existencia ya configurada del primero y su objetivo es controlar por medio suyo «el crimen». Aquí se ve el crimen con una subsistencia «ontológica» independiente de la política criminal y del Derecho penal: bajo la inspirada dirección de aquélla; éste procura el control social de la criminalidad.

Con todo, hoy parece claro que el delito no tiene una existencia natural, ideal ni metafísica, ni siquiera una existencia social de carácter extrajurídico y extrapolítico. Por el contrario, todo el Derecho penal —por tanto, delito y pena— es la concreción de una determina-

da política criminal; delito y pena son entonces fenómenos sociales de índole político-jurídica. El establecimiento legal de delitos y penas no es una actividad especulativa, sino política, en cuya virtud el Estado, interpretando o acogiendo las valoraciones de la comunidad o de los sectores predominantes de ésta, otorga protección penal a determinados intereses, generalmente conocidos como bienes jurídicos. En esta selección se juega la orientación preponderante del Derecho penal por la dominación o la liberación, o sea, por el mantenimiento del estado de cosas actual, o la superación del mismo para una más amplia realización de los derechos humanos internacionales que no atienda solamente a la consagración jurídica, sino, ante todo, a su operancia social.

4. Política criminal y Derecho penal no pueden sino ser parte de la política social, con la que tienen que compartir el objetivo final de lograr una organización social mejor en las realizaciones de la paz, la justicia, la libertad, la seguridad y la democracia y, por tanto, en la satisfacción cada vez más amplia de las necesidades fundamentales de cada ser humano en cada sociedad y en cada época (cfr. Fernández Carrasquilla: 1979, 130-132). Los derechos humanos implican ciertamente el reconocimiento de la personalidad, dignidad y autonomía ética del hombre, pero encarnan también, al mismo tiempo y del mismo modo esencial, el programa mínimo de justicia social que resulta políticamente tolerable en un orden legítimo (Fernández Carrasquilla, 1987, 26 y ss.).

Ya que el delito es producto de ciertas valoraciones socio-legales y no de una actividad de por sí malvada del delincuente, la configuración político-criminal del Derecho penal ha de enderezarse al control de esas valoraciones, propias del poder punitivo del Estado, y no del crimen «en sí». La Ley penal no trata de someter a control una actividad social ajena a ella, que sería la criminalidad, sino que crea el crimen con sus definiciones y la correspondiente actuación de los órganos estatales. Cuándo, cómo y en qué medida debe el Estado actual este poder, es lo que corresponde dilucidar a la política criminal y controlar al Derecho penal, a fin de que en las relaciones sociales se promueva una paz justa y liberatoria.

5. Un Derecho penal perfilado como «control del control» (Aguadelo) es, desde luego, muy distinto a otro que procura refinar la represión o perfeccionar las técnicas preventivas para la manipulación de las conciencias y, por tanto, del consenso.

Un Derecho penal de dicho estilo, que no hay porqué dejar de llamar liberal, posee carácter subsidiario, pero no sólo con respecto a otras ramas del ordenamiento jurídico, sino también y fundamentalmente con relación una política social-liberatoria, esto es, promotora del desarrollo y la independencia, la democracia y la paz, la igualdad y la justicia sociales y, por tanto, impulsora de un orden dinámico que permita la satisfacción de las necesidades fundamenta-

les de todas las personas. Existe, de otra parte, un acuerdo muy amplio, en los medios científicos, en que ese Derecho penal debe regirse por el principio de mínima intervención, pues de otra manera no puede considerarse ético-socialmente justo ni políticamente legítimo. Este principio de política criminal viene adobado por la circunstancia de que la pena criminal importa una intervención muy severa y costosa en la esfera del individuo y no hay pruebas factuales de que sea más eficaz que la justicia social en la prevención de las conductas indeseables.

La «política criminal oficial» del momento es bastante represiva en casi todo el mundo y muchas veces se inclina por la «solución penal» como recurso inicial y no como extrema o última «ratio». Esta actitud es mucho más ostensible en materia de lucha contra las «drogas prohibidas», ante el crecimiento de cuyo comercio y consumo ha resultado manifiestamente ineficaz. Por el contrario, algunos sectores de la doctrina, o sea del Derecho penal académico, postulan una «política criminal alternativa» que, bajo los reseñados principios, envuelve la exigencia del cambio hacia un orden social mejor y un Derecho penal, en general, más moderado. Una «alternativa» radical la ofrecen aquellas posturas que demandan la abolición del Derecho penal como tal o su alejamiento del control de ciertas relaciones sociales. En todo caso, la única alternativa a la política criminal oficial (en general o en el campo especial de las drogas) no es el abolicionismo, pues el Derecho penal mínimo también ha de reputarse una opción importante y sin lugar a dudas más realista. Bien ha dicho Lamarca que:

«Una política criminal “alternativa” no consiste, pues, en postular sólo un abandono del Derecho penal, sino en comprender los mecanismos penales dentro de un programa general de transformación social orientado hacia una realización de la libertad y de la igualdad, en la cual el concepto de desviación y de control social adquieran un nuevo significado» (Lamarca: 1985, 22).

III. COLOMBIA ANTE LA DROGA

Colombia hace parte de los países andinos y, junto con Bolivia y Perú, goza fama internacional de ser uno de los principales proveedores de cocaína (antes también de marihuana) para el gran mercado de consumidores de los Estados Unidos de América. Mi posición respecto de las drogas no puede, sin duda, dejar de estar influida por esta circunstancia. Del contexto de la ponencia se desprende, creo, alguna conclusión acerca de lo justo o injusto de esa fama y, sobre todo, del papel principal y a veces casi exclusivo que en el tráfico

internacional de drogas se le hace jugar a los colombianos. Trato de ubicar el problema de la siguiente manera:

a) 1960: El mercado del opio y sus derivados estaba invadiendo a los Estados Unidos, especialmente a través de la ruta Marsella-La Habana, y dicho país comienza entonces una fuerte presión contra esos productos, de modo muy especial contra la heroína. Esto hace girar el mercado hacia la marihuana y poco después hacia la cocaína. Colombia aparece en forma destacada en este proceso cuando la fumigación de los cultivos en México provoca el desplazamiento de los mismos hacia otras zonas. Es entonces cuando financieros norteamericanos establecen sus contactos y hacen sus inversiones para siembra de la marihuana en la península de la Guajira.

b) 1970: Las características de la región y, en general, del país, determinan un crecimiento extraordinario del negocio de la marihuana y pronto se llega a una increíble bonanza que en líneas generales coincide con la del café a mediados de la década. De esta manera, mientras cerca de la mitad de la Colombia agrícola se dedica a la siembra de marihuana, la otra mitad lo hace a la del café. La «bonanza marimbera» y las sumas espectaculares que se juegan en el negocio, traen consigo, tras su éxito prolongado, la psicología especial del traficante, teñida de ostentación, derroche y violencia.

c) La generalización del cultivo apareja, por obvia fluctuación de la economía capitalista, la superproducción y tras ésta la dramática caída de los precios. La crisis se agudiza porque el ejército decide poner diez mil hombres en la Guajira —los mismos que deberá retirar en poco tiempo ante la evidencia de que «también» el ejército se estaba corrompiendo—. Esa presión gubernamental desplaza la producción hacia el otro extremo del país, o sea, las selvas del Orinoco y el Amazonas colombianos, con particular intensidad en el Guaviare. En esta región, bajamente poblada y con escasas vías de comunicación; los campesinos y colonos habían sido desde siempre olvidados por el Gobierno y explotados de tiempo atrás por la fiebre del caucho y poco después por la «violencia politiquera» de los años 50. La marihuana llegó a la región como nueva tabla de salvación y se propaló rápidamente, incrementándose de esta manera la crisis de los precios generada por la superproducción y las crecientes dificultades del transporte de la yerba, de suyo voluminosa y olorosa. A los campesinos y colonos, entonces, puede decirse que llegan únicamente la fiebre del cultivo y sus ilusiones económicas, pero el producto mismo les llega ya en franca decadencia.

d) Esta crisis de la marihuana es utilizada por el Gobierno para intensificar la represión, como se vio. Colombia, que no había querido autorizar la fumigación de la Sierra Nevada con «paraquat», la permitió al fin con «glifosato». Por singular coincidencia, en la misma época (hablamos del final de los 70), varios Estados de los Esta-

dos Unidos entran en la competencia, produciendo su propia variedad de marihuana (la famosa «sin semilla»), de calidad superior.

e) La ruina inminente del negocio de la marihuana desplaza la oferta colombiana de drogas a otro producto: la cocaína. Las condiciones para este nuevo producto son muy especiales: de un lado, son propicias las selvas del Guaviare, provistas de un personal ya preparado en el cultivo y comercio de la marihuana y entrenado de tiempo atrás en la violencia; de otro, la proximidad del Perú y Bolivia favorecen la importación de su hoja de coca, de superior calidad. Al tiempo pues, que el arbusto de coca se cultiva sobre todo en el Guaviare, grandes cantidades de pasta de coca son importadas de los Andes, procesadas en las selvas colombianas (y las adyacentes de Perú y Brasil, con conexiones a los llanos de Venezuela) y reexportadas en forma de cocaína hacia los Estados Unidos por todos los medios de transporte y con los más inimaginables e ingeniosos «camuflajes». Esto trae para el Guaviare una actividad económica y una movilización que no se veía seguramente desde las épocas ingratas del caucho. A la vez, se surte y generaliza un desorden social sin precedentes en el que pululan los explotadores y especuladores, los aventureros de toda laya y los violentos. Los campesinos y colonos producen hoja de coca por el sistema de «endeude» y sus ganancias se quedan en cantinas y prostíbulos improvisados por docenas a precios fabulosos y el resto se invierte en armas y algunos electrodomésticos en cada «cosecha», recomenzando el ciclo cada vez. Los cultivos y «laboratorios» se multiplican a un ritmo prodigioso y toda la selva se mueve con frenesí alrededor del negocio.

f) Pero esta primera bonanza de la coca es flor de un día. Bien pronto se cierne de nuevo la crisis de la superproducción y su ineludible secuela de bajos precios: los cultivos y toda la actividad derivada de ellos comienzan a decrecer y el precio local de la coca baja de cerca de un millón a 80.000 pesos colombianos el kilo (o sea, de unos diez mil a ochocientos dólares). Naturalmente, una baja de tal magnitud es más que suficiente para arruinar cualquier empresa y desanimar a los empresarios más entusiastas. Los grandes «capos» abandonaron pues, la región, cuyos florecientes comercios desaparecieron también de la noche a la mañana.

g) En 1984 sucede algo insólito que sacude las raíces de la nacionalidad: el Ministro de Justicia, Rodrigo Lara Bonilla, es asesinado en las calles de Bogotá y en medio de su escolta. Se trata de un suceso con resonancia en todo el negocio mundial de la droga (Del Olmo: 1987, 59) y que surte un impresionante efecto local: los precios internos de la cocaína se disparan otra vez y en cuestión de una semana se elevan de 80 a 800.000 pesos (aproximadamente, para la época, de 800 a 8.000 dólares) en cosa de una semana. Como el acontecimiento produce a la vez una ola prolongada de intensa represión que comienza con allanamientos y detenciones masivas y continúa con

las extradicciones de nacionales a los Estados Unidos, los «capos» se ponen en desbandada o estampida, pero el negocio se estimula de nuevo y grandes inversiones retornan al Guaviare; las rutas de importación de la pasta de coca peruano-boliviana se reaniman y los laboratorios de procesamiento proliferan de nuevo. Como lo ha declarado Molano (1987, 100):

«El Gobierno y las presiones del Embajador de los Estados Unidos, sin proponérselo, reanimaron el cadáver del narcotráfico y le infundieron la vitalidad necesaria para un nuevo ciclo de manos llenas» que todo parece indicar que dura todavía en 1987.

h) Ya en esta segunda oportunidad, sin embargo, los «narcos» y aventureros de la coca se encontraron en la región con un hecho nuevo: los campesinos y colonos ya no estaban solos, sino bajo la protección y el «gobierno» de la guerrilla (FARC), que impuso nuevas reglas de juego para el negocio (Cfr. Molano: 100 y ss.), tales como el retiro de los ejércitos privados de guardaespaldas, sicarios y violentos en general, la Ley de Sustitución de Cultivos a razón de una hectárea de coca por tres de productos alimenticios (que, sin embargo, en la región no son rentables, pese a los precios elevados, por la falta de red vial), la prohibición del pago en especie a los cultivadores, la obligación de pagar «impuestos» [10 por 100 a los agricultores, 8 por 100 a los comerciantes (Molano: 1987, 75)], etc.

i) La alianza narco-guerrillera —forzada por la represión violenta de los cultivos de coca conjuntamente con las actividades, también ilegales, de la guerrilla, en la región del Guaviare (Molano: 1987, 137)— es, sin embargo, endeble, tensa e incómoda para ambos grupos, que palmariamente poseen intereses harto diferentes. Los guerrilleros no entraron a ella solamente para buscar financiación y armas, sino para poder mantener el apoyo de colonos y campesinos y su influencia preponderante en la zona, pues salta a la vista que los habitantes de la región no aceptarían que la guerrilla los protegería de la expoliación y la violencia precisamente privándolos del único cultivo rentable en muchos años. Para los narcos, entre tanto, la Ley de Sustitución de Cultivos representa un despilfarro de la tierra cultivable que, junto con los «impuestos», encarecen los costos de producción. «Entregando», o mejor dicho, haciendo «caer» de vez en cuando cultivos, laboratorios o mercancía en manos de la policía, los «narcos» han manejado hábilmente el nivel de precios (Molano: 129), pero la situación sigue siendo para ellos indeseable. Ambos grupos tienen que moverse, entonces, con muchas precauciones, pues una alianza tan frágil y vacilante podría con facilidad degenerar en cualquier momento en una guerra civil. Por el momento, ambos grupos están ligados por la comunidad de ilegalidad y también de enemigo, pero los «narcos» al parecer preferirían el trato, tal vez más mani-

pulable, con las autoridades estatales, que con las reglas inflexibles de la guerrilla (Molano: 102).

Tan inestable es la referida alianza, que en un comunicado oficial del Ministro de Justicia actual, Enrique Low Murtra, difundido por radio y televisión en la noche del 11 de noviembre de 1987 y profusamente divulgado al día siguiente por la prensa colombiana, aquél acusaba a sectores determinados del narcotráfico de haber financiado el asesinato del líder de izquierda Jaime Pardo Leal, ocurrido un mes antes, supuestamente por represalias contra denuncias efectuadas por éste o por desacuerdos entre las FARC y los «narcos».

j) Si pese a la ampliación y la extraordinaria intensificación de las actividades represivas contra el narcotráfico a nivel judicial y, sobre todo, policial y militar —fenómeno palpable desde el asesinato del Ministro Lara Bonilla—, la producción colombiana de cocaína no ha disminuido, sino aumentado en los últimos años, cabe sospechar que la política oficial no ha sido correcta en este punto específico. Y, en efecto, a mediados de 1987 el Ministro de Justicia de entonces, José Manuel Arias Carrizosa, declaró que Colombia y los Estados Unidos han perdido de momento su guerra contra el narcotráfico. En mi opinión, ello no responde tanto a la declaratoria de inexequibilidad de la ley aprobatoria del Tratado de Extradición con los Estados Unidos (lo que ocurre a comienzos de 1987), sino a la ineeficacia de una política que ha usado las penas y las persecuciones policivas como único o principal recurso, mientras que, de otra parte:

1.º La red interna de distribuidores y consumidores de los Estados Unidos, que constituyen la gran demanda del mercado internacional de drogas prohibidas, no se combate seriamente, o al menos no se lo hace con la misma intensidad con que se atacan las fuentes productivas extranjeras;

2.º la guerra anti-drogas no se antecede de una adecuada política social de lucha contra la injusticia y la desigualdad sociales, el desempleo, el abandono secular del agro, la educación, la vivienda y la salud pública;

3.º con increíble facilismo, los males de la criminalidad de drogas son atribuidos a relajación de las costumbres, abandono de los valores éticos tradicionales y, en suma, a una mayor maldad moral de los colombianos (y latinoamericanos, en general), con lo que sin duda se encubren ideológicamente, tras «campañas sanitarias» o «educativas» de buenas intenciones, los males endémicos de nuestra organización socio-económica y político-jurídica.

Empero, no hay verdadera educación sin justicia social, ni problema social alguno que pueda reputarse prioritario con respecto a la realización progresiva de ésta. Pues creo, con Beristain y Baselga, Londoño Berrio y Rosa del Olmo, que la lucha contra la criminalidad

económica o lucrativa; incluida la drogas, y contra la criminalidad en general, no podrá lograr resultados más o menos exitosos mientras no se asuma la prioridad que requieren las reformas de la estructura social, comenzando por el desarrollo (que es tanto un problema nacional como internacional) y terminando por el garantizado respeto o reconocimiento de los derechos humanos internacionales y la progresiva realización de su contenido de justicia social.

Para concluir este acápite, conviene destacar estos puntos:

1. En su contacto con las drogas prohibidas «del primer tipo», el caso de Colombia ha evolucionado, en sus rasgos generales, del siguiente modo: mientras en la década del 70, España deja de ser un «país de paso» de la droga y se convierte en «país de consumo» (García-Pablos), Colombia pasa de «país de tránsito» a «país productor» (de marihuana, primero, y de hoja de coca y cocaína, después). En los 80, a medida que los mercados externos son cada vez más difíciles, o la sobreproducción interna debe buscar un mercado adicional o rápido, Colombia se transforma poco a poco en «país consumidor», cuya juventud —vapuleada por la falta de educación, empleo, estabilidad y porvenir siquiera ilusorio— pasa en forma acelerada de la «marihuana» al «basuko».

2. Aunque posea, desde luego, su raigambre en la historia del país y la idiosincrasia de sus gentes, la afluencia de los colombianos al tráfico de drogas no es una enfermedad moral, sino un síntoma de graves y crónicos males sociales, económicos y políticos que demandan con urgencia una atención prioritaria.

3. El exacerbado moralismo y la redoblada guerra física y psico-social que en Colombia se ha producido —bajo la asesoría rectora de los Estados Unidos— contra el narcotráfico, desposeen de imparcialidad a la prensa y la opinión pública en general, crean un ambiente pesado y gazmoño que conspira contra una sana administración de justicia y sustraen casi toda posibilidad de crítica. De alguna manera, este hábito semeja al que debió respirarse en Europa en los tiempos de la «caza de brujas» y en Estados Unidos durante el «macartismo».

4. Las épocas de superproducción y bajos precios de las drogas en mención (marihuana y cocaína) representan un desestímulo muy poderoso al narcotráfico y se generan con la coadyuvancia de una represión estatal discreta y moderada. *La presión punitiva y policial tiende a elevar los precios, controlar la superabundancia y estabilizar el mercado con precios halagadores.* Hay aquí una perceptible influencia recíproca entre proceso económico y control político. El control policivo-penal posiblemente no es ineffectivo, ya que logra controlar la superproducción; pero surte a la vez el efecto paradójico de que, al subir los precios en proporción a su intensidad y su crudeza, estimula la actividad productiva que, no pudiendo ya desplegarse por cualquiera, se concentra monopolísticamente en unas pocas manos, generándose de este modo una muy peligrosa acumulación de poderío socio-económico en los grandes «capos».

5. La prohibición penal y absoluta de las drogas de que se trata ha sido muchas veces comparada, en sus efectos paradójicos, a las «leyes secas»: encarecen el producto, fomentan el «mercado negro» (más peligroso que el legal por la imposibilidad de controles de calidad y dosificación, por ejemplo) y producen una ola muy fuerte de violencia y de «delincuencia asociada» (corrupción, delitos contra la propiedad, intimidación general, complicidad ciudadana por el silencio o la tolerancia permisiva, contrabando de armas y mercancías suntuarias, etc.), amén de secuelas económicas como el «mercado negro» de divisas, la inflación y, según los casos, la fuga de capitales.

Estos efectos han sido señalados armónicamente por autores independientes de diversas latitudes y especialidades, tales como Beristain, Baselga, Rodríguez Devesa, Fernández Albor, Rodríguez López, Louk Hulsman, Andrews/Vinkenoog, Roberto Bergalli, Rosa del Olmo, Alfredo Molano, etc.

6. Lo que de ello se infiere es que la *legalización*, consistente en el abandono de los recursos penales en favor de otros meramente administrativos y sociales —al modo del alcohol y el tabaco—, alberga la solución a la vez abolicionista y más radical del problema de las drogas a la hora actual. Me parece, sin embargo, que esta «solución» es por el momento también heroica y poco realista y creo que contaría con la férrea oposición de sectores muy amplios de la opinión pública mundial, la presión antagónica de los Estados Unidos —y, tras éstos, posiblemente de las Naciones Unidas— y la acción de los propios narcotraficantes, ya que para su negocio lo peor parece ser «la libertad de producción o la tolerancia franca del Estado» [Molano: 1987, 79 G)]. A todos ellos se sumarían muchos funcionarios del Estado y empresarios legales, comenzando con financieros y banqueros, pues la verdad es, como ha dicho Rosa del Olmo (1975, 43), que muchas veces los narcotraficantes se confunden con tales empresarios porque son los mismos y que el narcotráfico es una operación gigantesca que no puede subsistir sin la complicidad de «una intrincada red de funcionarios del Estado», a todos los niveles, y la complacencia de sectores muy poderosos o influyentes de toda la comunidad (nacional e internacional).

7. Por el momento pues, una adecuada y realista política criminal sobre las drogas no puede prescindir de la criminalización de por lo menos algunas de las conductas involucradas en el narcotráfico, procurando un tratamiento diferencial según la posición de la conducta en el proceso total, la calidad y cantidad de la droga, los diferentes sentidos de los actos de consumo (aunque lo ideal es indudablemente la total e inmediata desincripción del consumo, por lo inútil, injusto y contraproducente de la pena frente a él, y la paulatina despenalización de las demás conductas). Es forzoso, sí, insistir

en que tal política criminal y penal tiene que ser subsidiaria y accesoria con respecto a una eficiente y muy dinámica *política social de la justicia social*.

Un *esquema punitivo provisional*, sobre las bases dichas, podría ser más o menos así, habida cuenta de que las penas no pueden ser excesivas [porque incrementan la funcionalidad de la represión con respecto al aiento de los precios (Molano: 129)] y por razones políticocriminales también son siempre preferibles —y tal vez más eficaces— las penas moderadas:

1.º desincriminación total y radical del consumo;

2.º despenalización de la tenencia para el consumo personal o grupal, teniendo en cuenta que una cantidad grande puede ser indicio de tráfico, pero no se identifica con éste;

3.º abolición de los «tipos de sospecha» (tenencia de materias primas o instrumentos aptos para procesar estupefacientes), por razones que la dogmática liberal ha esclarecido con suficiencia, pues no se trata de una imputación compatible con un derecho penal del acto y en cambio sí de una ambigua anticipación de la tutela a la fase preparatoria y de una extraña transacción probatoria con actos intermedios y equívocos cuando el procesamiento mismo no puede acreditarse judicialmente;

4.º incriminación escalonada del tráfico, separando en lo posible el nacional del internacional, por medio de tipos materiales susceptibles de tentativa; distinguiendo las «drogas tipo A» de las del «tipo B» y aún discriminando más las varias clases de droga dentro de cada uno de esos tipos y tomando en consideración la cantidad, la pureza, la organización empresarial y otros factores por el estilo;

5.º establecimiento de penas especiales más benignas para los pequeños y medianos expendedores internos, con observancia de los mismos criterios selectivos y cuantificadores del numeral precedente.

6.º una segunda etapa debería ser la lucha internacional contra las Convenciones de 1961 y 1971, sobre todo contra esta última, con miras a *preparar el paso del «control penal» al mero «control administrativo y social»* y suprimir la hiperbólica discriminación de las reacciones draconianas frente a las drogas «tipo A», más o menos tolerantes frente a las «B» y completamente permisivas frente a las «C» (entre las cuales se encuentra el alcohol, que es un psicotrópico).

7.º En todas las etapas hay que mantener, intensificar y perfeccionar la atención técnica especializada al adicto y la lucha social a fondo contra el consumo, es decir, contra los factores sociales que lo estimulan. Del mismo modo, hay que abrir o mejorar los programas de atención y asistencia a las zonas de cultivo mediante una adecuada política de desarrollo agropecuario. El procesamiento y el transporte, en fin, se combaten mejor con una política de sustitución de empleos y mejora de salarios, que con persecuciones y bloqueos que sólo desplazan el problema a otra parte.

8.º No puede pretenderse que estas medidas resulten muy exitosas mientras no se emprenda algo similar en todos los países, sobre todo en los países importadores de drogas.

Empero, todo esto parte del supuesto ético y filosófico de que «delincuente» no es sinónimo de «malvado», ni «narcotraficante» de «demonio». Igualmente, de que el fin primordial de la pena no es el castigo ni la venganza, sino el control social de ciertas conductas consideradas indeseables y, por tanto, la reafirmación del poder ordenador y directivo del Estado. Supone, asimismo, que la pena criminal no es el más importante ni efectivo medio de ordenación, dirección y prevención y, ya que la pena no puede dejar de ser un mal, tampoco es definitivamente el mejor, sino, sencillamente, el último practicable, al que se acude sólo cuando los otros recursos (sociales, económicos y políticos) se han agotado inútilmente o de bulto aparecen como insuficientes. Quien no admite estos o parecidos supuestos, seguramente tendrá que encastillarse en la represión como único y desesperado «remedio».

IV. ENFOQUE «MACRO»

Las drogas no son un problema aislado al interior de nuestras sociedades, ni un problema que afecte solamente a algunas de ellas. Son, por el contrario, un síntoma implacable de que algo anda mal en las organizaciones sociales de nuestros días, aunque sin duda en cada caso las fallas sean distintas. En la interdependencia casi universal del mundo actual, estas fallas resultan recíprocamente complementarias de unos países a otros y esto patentiza que se trata, en el mal y en la cura, de algo que ciertamente nos concierne a todos, con simples diferencias de grado. Se trata, según mi criterio, de *deficiencias de la justicia social*, que, desde luego, es multifacética y pluridimensional, como el hombre mismo, pero que está dejando abierta para las drogas, así como para el terrorismo, una honda brecha.

Dado que la condición humana es imperfecta, no parece adecuado pensar, como solución, en la posibilidad de sistemas sociales perfectos. El mejor sistema social dejará siempre resquicios en tal sentido, pero en ningún caso puede permitirse, sin un costo muy alto, la existencia de grietas profundas en el sistema de la igualdad, grietas que necesariamente se traducen en sombras más o menos pronunciadas, pero siempre graves, en el desenvolvimiento de los derechos humanos internacionales. Las drogas, sin embargo, no son el único ni el más grave de nuestros problemas, aunque su mitificación sí puede servir para olvidarlo u ocultarlo y, por tanto, para alejar la posibilidad de genuinas soluciones, contra las que hay más intereses creados de lo que a primera vista parece.

Las drogas actúan, en cierta forma, como un tapón de la insatis-

facción de las gentes y en particular de las juventudes. Ellas funcionan psicológicamente como «escape», pero terminan siendo una «tramoya» que sociológicamente frena la protesta, inhabilita psicosocialmente al rebelde o lo adormece y encubre las falencias del sistema, proponiendo —con un mecanismo de autojustificación proyectiva— que es «la droga», y no las deficiencias del propio sistema, la culpable de todos o al menos de los más graves males que nos aquejan. Por este camino, el «mito de la “la droga”» deviene el «chivo expiatorio» de las culpas del sistema social y el «diablo» de su ideología.

Siempre es más fácil y cómodo lanzar sobre otros nuestras culpas que confesarlas y enmendarlas. Si se insiste en un mecanismo como ése, no sólo no se resolverá el problema interno, sino que la lucha contra él se enfocará hacia falsos enemigos. Es lo que hoy evidencia la política de los Estados Unidos en esta materia, con su famosa y desastrosa «guerra Reagan» contra las drogas, es decir, contra las drogas «tipo A» en sus fuentes extranjeras (asiáticas un poco antes, latinoamericanas ahora) de producción, sin atender mayormente a los problemas radicales de la distribución y el consumo en su interior. Esta política intenta la vinculación de la guerra antidrogas con la doctrina de la «seguridad nacional» por medio del concepto de «enemigo interno» y la asimilación de «la droga» a él bajo el nombre de «enemigo público número uno». Por este conducto, las drogas se tornan funcionales para la guerra en un sistema internacional que en su conjunto necesita guerras y de alguna manera se retroalimenta de ellas.

Pero esta política, fundada en mitificaciones y autojustificaciones proyectivas, no ha arrojado resultados favorables, ni podía hacerlo, porque está planteada sobre bases falsas. A este respecto, *Interpol* ha declarado recientemente (1986), que «no hay duda de que las medidas tomadas para luchar contra el tráfico de drogas en 1985 no han surtido los efectos que se esperaban», es decir, no han frenado, sino estimulado, el tráfico multinacional de drogas «tipo A» (Del Olmo: 1987, b, 46).

La «criminalidad de drogas» se inscribe en el *contexto general de la criminalidad*: ésta ha crecido, es cierto, pero no porque ha crecido aquélla. Más bien sería verdadero decir que el crecimiento de la criminalidad de drogas es sólo un aspecto del incremento de toda la criminalidad. Criminalidad de drogas y criminalidad en general han aumentado, como fenómeno muy característico de los tiempos que corren, por virtud de causas similares y estas causas son de índole política y socio-económica y no de simple descomposición ética del hombre de hoy. No participo de esa maravillosa y pasmosa ideología que quiere hacer creer que el hombre contemporáneo se ha dejado corromper, ha perdido su arraigo en los valores de la tradición y, por tanto, se ha hecho moralmente peor que el de otras épocas, debiéndose a esto todas sus flaquezas. Tampoco veo lícito el argumen-

to, muchas veces proferido y otras tantas simplemente implicado, de que el hombre de los países productores de drogas es o está moralmente más degradado que el de los países compradores o consumidores, o el latino más que el sajón, el negro más que el blanco y el pobre más que el rico, como pudiera desprenderse de las estadísticas oficiales que en general no cuentan con la «delincuencia de cuello blanco», ni con la celeberrima y escandalosa «cifra negra» de la criminalidad de todos los tipos.

Todo esto pone de manifiesto, nada más ni nada menos, que todos somos solidarios en la lucha contra la criminalidad en general y contra la delincuencia de drogas en particular. Enunciado desde el punto de vista positivo, ello quiere decir que todos somos responsables de todos, que *todos compartimos en este pequeño globo un mismo y fundamental destino, esto es, la construcción de sociedades mejores en el orden de la justicia, la paz, la libertad y la democracia*, valores e ideales que suelen condensarse en la fórmula de un *Estado material de Derecho* que sea a la vez *social* (constructor o dirigente de la democracia real y una más amplia igualdad de oportunidades), *liberal* (respetuoso de los derechos humanos internacionales) y *democrático* (que brinde amplios mecanismos de participación y funcione sobre la base del pluralismo ideológico) (Fernández Carrasquilla: 1987). El problema de las drogas es prácticamente universal y del mismo modo lo son los problemas del colonialismo subsistente y los conflictos sociales que subyacen al capitalismo tardío.

No hay posibilidad de lucha efectiva contra las drogas en países aislados y su eficacia es muy reducida en grupos de países. Aún si adquiere amplia dimensión internacional, *es muy poco probable que esa lucha tenga éxito si las drogas se toman como un problema igualmente aislado* del resto de la criminalidad y, por tanto, de los motivos macrosociales que incrementan, en una sociedad o un tiempo determinados, la *funcionalidad del crimen* (o de cierto tipo de delitos). Es difícil concebir un sistema social en que la delincuencia resulta funcional para la sociedad como un todo, pero muy fácil entender que llegue a serlo para los sectores o grupos que dominan en su nombre. Por este mismo motivo, y por la ineludible actuación de las leyes de la economía —de la más simple de ellas, que es la de la oferta y la demanda—, *carence de sentido combatir, por ejemplo, la producción y el transporte, sin atacar el consumo* que es su «causa final», o viceversa.

V. ASPECTOS POLITICOS Y SOCIOECONOMICOS

Aunque forman parte del «enfoque macro», los aspectos políticos y socio-económicos de las drogas merecen una consideración separada y especial.

Sobre todo en la literatura de los 80, es fácil observar el razonable fortalecimiento del punto de vista que considera insuficiente el *planteo médico* y *farmacológico* de las drogas. Estas se hallan lejos de agotarse, en efecto, en consideraciones psicosomáticas, psicopatológicas, y psico o farmacoterapéuticas.

Fuera de que no capta sino algunas de las motivaciones y procesos biopsicológicos del consumo y la adicción, el «discurso médico» no se encuentra en condiciones de trascender el limitadísimo campo de lo individual. Todo lo útiles que se los suponga, los tratamientos médicos y psiquiátricos no superan el alcance de los «paños de agua tibia» frente a un problema de tan gran envergadura como el de las drogas en el mundo actual. La reducción del problema a esta dimensión organicista opera también con una función claramente ideológica, pues fomenta el desplazamiento de la responsabilidad del sistema social hacia los individuos, de un modo que se me antoja bastante similar al del llamado «reproche de culpabilidad» en la moderna teoría del delito, aunque más con un sentido determinista de enfermedad (lo que posiblemente es un «progreso» con respecto a la postulación de una «responsabilidad ética absoluta» del consumidor).

Con todo, si al consumidor se lo mira en serio como un «enfermo» (mental o emocional), se sientan al propio tiempo las bases para mostrarlo como «victima»; pero no como víctima de las fallas, vacíos e insuficiencia del sistema imperante de justicia social, sino, al modo de una encubridora justificación proyectiva de la astucia, la ambición, la malignidad y el poder de los narcotraficantes. Y si también hay consumidores en los países productores, lo que esto demuestra no es que allí deban existir igualmente dificultades estructurales, sino que los narcotraficantes —que son los que financian el cultivo y se encargan del procesamiento— poseen tan pocos escrúpulos que no tienen inconveniente en «victimizar» a sus compatriotas, lo que a ojo de buen cubero revela que aquéllos son «apátridas». Como es bien sabido, la doctrina de que «el delincuente no tiene patria» propicia el ambiente (eliminatorio) de la guerra de «seguridad nacional», y soborna las conciencias de los ciudadanos y funcionarios con respecto a prácticas jurídicas como la extradición de nacionales. Importa si relevar que estos corolarios ideológicos se pueden rechazar sin negar la enfermedad del adicto, que no es falsa, sino usada con esos fines.

De más está decir que el enfoque médico-psiquiátrico colabora de una manera muy destacada en el proceso social de «etiquetamiento» de los adictos. Al fin y al cabo, en muchos aspectos, el hospital psiquiátrico no es mucho más, desde el punto de vista social, que un sucedáneo de la cárcel. En cuanto se hable de tratamientos asistenciales y no de medidas de seguridad, en esto radica precisamente el meritorio avance del medicalismo, pues *rescata al consumidor de las garras de un Derecho penal que para él carece por completo de sentido*, aunque ciertamente para mantenerlo ajustado a las intrincadas redes

del control social. Pero *este su mérito es también su frontera*, porque el problema no es psicosomático, sino socio-político. Rosa del Olmo lo ha planteado agudamente:

«El llamado “problema de las drogas” —dice— debe analizarse desde una perspectiva estructural y concretamente socio-política que traspase las fronteras nacionales. Hay que superar «la falsa sociología» (para la cual el crimen es como «una sociedad del mal infiltrada en la otra», según Susini) y la unilateralidad del enfoque médico que no va más allá de lo individual o de un número limitado de casos aislados. Social y políticamente, no se trata ya «de responder por qué un individuo se droga, sino por qué existen las drogas y qué significan» desde el doble punto de vista socio-político y económico-social. «Al convertirse en un término que tiene sentido social (la palabra) *droga* deja de ser neutral» y comienza a entenderse por qué se manipula con criterios tan selectivos (Del Olmo: 1975, 9, 13 18 y 23).

Pero la ideología medicalista ofrece todavía otro flanco discriminatorio: fuera de que su aplicación es muy costosa, no tiende a practicarse en serio, sino con algunos adictos norteamericanos, esto es, no ha llegado a la praxis de los países productores latinoamericanos. En éstos, en efecto, no siempre el consumo ha sido desincriminado por completo y no pocas se lo asimila aún punitivamente a ciertas conductas de tráfico. Esto fortalece la imagen de una «víctima» norteamericana que ha sido «contagiada» de una de las peores «enfermedades» por la perniciosa influencia de los «latinos». Para ellos, pues, son los tratamientos asistenciales; para nosotros, las prisiones. Incluso cuando un norteamericano cae como traficante, puede desembarazarse de la carga penal delatando «narcobrujas» latinoamericanas (las colombianas son de momento las más apetecibles).

Con la ayuda de la psicología social, la observación sociológica ha establecido que el *consumo de drogas resulta particularmente atractivo para los jóvenes* como una forma extrema de protesta solipsista contra el sistema, o bien de capitulación o resignado conformismo frente a sus fuerzas desigualitarias. Las drogas a la vez alienan y palian la alienación. Germina, de esta manera, lo que Rosa del Olmo denomina el «efecto contrarrevolucionario» de las drogas, que no sólo las torna socialmente «funcionales» respecto de los jóvenes rebeldes y contestarios, sino también frente a las clases marginadas. El drogadicto adolece, efectivamente, del llamado «síndrome amotivacional», que lo reduce a un sujeto socialmente pasivo y parasitario. En esto desenlaza justamente el «mensaje» de la juventud norteamericana —y de algunos clisés de los artificios publicitarios— relativo a la hermosa «revolución» de la sexo-drogología tardocapitalista: es el

mensaje de una «revolución» que consiste en que no haya revolución, en que hay un «paraíso» mejor que ésta, que se puede buscar a través del éxtasis del los sentidos, o de la experiencia mística de las nuevas hermandades pseudo-religiosas. Nadie puede llamarse a engaño, de consiguiente, por el hecho de que *el abuso de las drogas se expanda con las ondas de conservación del capitalismo*.

Si las cosas se entienden de esta manera, *el sistema es naturalmente sospechoso de fomentar (sobrepticiamente) el consumo de drogas, o de tratar de combatirlo con falsos remedios, porque obtiene de él notables rendimientos socio-políticos*. En efecto, «al sistema no le interesa que la juventud se percate del gigantesco proceso de transformación social que está ocurriendo en el mundo» y bien puede decirse que las drogas no sólo *crean dependencia pasiva del sistema*, sino que *abortan la conciencia socio-política* de las juventudes (Del Olmo: 1975, 66). Este es su beneficio moderno, maravillosamente funcional en un sistema que necesita variadas formas de alienación (García Ramírez: 1977, 17).

Conviene recalcar que, en suma, la utilización de las drogas como «chivo emisario» de todos o de los mayores males sociales de la época, cumple, entre otras, las siguientes funciones:

a) restablece la minada solidaridad social en una sociedad en crisis, o al menos intenta hacerlo (y de hecho lo logra a veces emocionalmente, aunque de modo efímero);

b) aparta la atención pública de los problemas reales y la falta de propuestas adecuadas para solucionarlos, y, en contrapartida, crea un falso enemigo —o agranda el tamaño de uno real— para que se desplacen hacia él todas las fuerzas patrióticas y ciudadanas, sean o no progresistas;

c) desvía la rebeldía de los jóvenes hacia conductas «inocuas» (funcionales) para la subsistencia del sistema, o hacia crímenes que le son funcionales, o por lo menos obstaculiza y retarda su manifestación en comportamientos de oposición directa;

d) mitiga la gravedad de otros crímenes, muchas veces oficiales o semioficiales, v. gr. la desaparición de personas, los «escuadrones de la muerte», las modalidades de la «guerra sucia», los grandes peculados y fraudes colectivos, etc.,;

e) promueve la admiración de los héroes y restauradores de la moral pública, creando una artificial cohesión social en torno a los gobernantes de turno, que bien pueden ser dictadores, o lo que resulta muy parecido, aristócratas disfrazados con los vistosos trajes de la democracia representativa o electoral;

f) mantiene y agudiza la segregación de los pobres y estigmatizados por el sistema, que son, junto con los jóvenes, la principal clientela del consumo de drogas (Guimón: 1974, 61. Hulsman: 67) y bebidas alienantes y, al propio tiempo, constituyen el potencial de

la oposición real y también del cambio hacia la democratización material de las estructuras sociales y económicas;

- g) estimula la discriminación de los «latinos»;
- h) propicia el avance de la intervención norteamericana en los destinos, por lo menos, de los países de América Latina; y, en fin,
- i) crea y propicia movimientos bélicos del centro hacia la periferia, en un sistema social que en su conjunto necesita guerras y en esta oportunidad las está alimentando en circuito con las drogas ilegales.

Un planteo socio-económico del problema no se limita a señalar la existencia de condicionamientos y estímulos socio-económicos y políticos, sino que a la vez recuerda que se trata del *negocio económico más lucrativo y cuantioso de que pueda hablarse en este siglo*, con la única excepción del *negocio multinacional y colonial de la guerra*, mucho más monopolizado, oficializado y sublimado y, asimismo, mucho más violento.

Pero si es enorme el poder económico de los traficantes que operan en o desde las zonas de producción, por fuerza de las cosas hay que admitir que tiene que ser mayor el poderío de los traficantes y distribuidores de la mercancía en los *paises consumidores*. A nadie puede escapar que las oníricas sumas de dinero que circulan en el negocio y las fortunas inmensas que amasan sus beneficiarios, provienen inexorablemente de los consumidores que, se repite, se reclutan principalmente entre los jóvenes y las clases marginadas o subalternas. Y como éstas no poseen, desde luego, tan crecidas cantidades, tienen que buscar la financiación en fuentes distintas al trabajo, esto es, sobre todo, en las turbias fuentes de la criminalidad lucrativa. Con esto se genera un *ciclo sin fin* de jóvenes y marginados que roban por medios diversos a gentes más acomodadas, para adquirir drogas con dineros que van a parar a manos de personas más adineradas, aunque en la inmensa mayoría de los casos, son profesionales y organizadores del crimen [Cfr. *Interpol* (1986, 276)].

El planteo socio-económico está obligado a observar la posibilidad de que el «mito de “la droga”» en nuestros días no sea, al menos en gran parte, más que un pretexto para apoyar, estimular e incrementar una industria aún más rentable que la del tráfico de drogas, que es el *tráfico de armas*, el cual se arruinaría si no hubiera guerras (exteriores e interiores). No ha de ser por casualidad que el narcotráfico da lugar al rearme de los ejércitos regulares (para sus varios frentes bélicos), de los irregulares (con los que frecuentemente practica intercambios o alianzas de mutuo interés) y de los privados (para sus propias guerras y campañas). De todas maneras, la mirada «macro» descubre con facilidad y muestra con claridad que *drogas y armas van casi siempre juntas* y las ganancias de ambas fluyen regularmente por los mismos conductos ilegales, que alimentan uno de los más fuertes brazos del moderno «tráfico de dinero».

VI. CONCLUSIONES

1. La política criminal de las drogas no podrá tener éxito sino como política social del desarrollo mundial.
2. No es el caso que cada cual espere las acciones de los otros, sino de que todos y cada uno comencemos ya a actuar y coordinar nuestras acciones en el sentido de la marcha, nunca acabada, hacia un estado material de Derecho en que los derechos humanos internacionales sean, al fin, algo más que solemnes y pomposas declaraciones jurídicas.
3. La mera represión estimula el tráfico, pues de un lado eleva los precios a niveles tales que la «libre competencia» del mercado negro se encarga de ello, y, de otro, estamos en un campo en que la pena criminal no intimida a nadie: al profesional, porque quiere correr el albur y éste hace parte de la probabilidad de ganancias extraordinarias; al pequeño expendededor, porque vive forzosamente de este «trabajo», y al consumidor, porque primero no quiere y más tarde no puede experimentarlo seriamente.
4. Las campañas de prevención educativa y publicitaria se convierten en propaganda si sólo encuentran oídos sordos, lo que sucederá siempre que se difundan en ambientes de injusticia social que incitan al tráfico o al consumo de drogas.
5. El discurso norteamericano del adicto como enfermo, que reemplaza al Juez por el psiquiatra y la pena criminal por el hospital mental, no apareja muchas ventajas para los países del capitalismo periférico, en los que, a falta de recursos para instrumentar un programa semejante, se «psiquiatrizan» las prisiones o se «prisioniza» la psiquiatría oficial, es decir, se convierte el «tratamiento psiquiátrico» en «tratamiento penitenciario», quizás asistido alguna vez por psiquiatras forenses. Pero lo que ese discurso quiere significar en el plano ideológico es que los enfermos son los norteamericanos (consumidores), en tanto que los productores andinos son sus victimarios y explotadores. Las veces que un norteamericano sea sorprendido en actividades de tráfico, se lo inducirá a la delación de *narcobrujas latinoamericanas* a cambio del indulto o de un tratamiento increíblemente benigno (sobre todo en comparación con el que se aplica a los latinoamericanos).
6. Pero la protección de la salud pública, sedicente objetivo del enfoque médico-psiquiátrico, ha pasado, en la etapa que hoy vivimos, a un segundo plano: lo más importante es ahora la tutela de la economía colonial de la metrópoli, cuyas divisas se estaban fugando en cantidades escandalosas a países periféricos.
7. Si, en simultaneidad, los cultivos de marihuana y coca y aún el procesamiento de cocaína y aledaños, se están desplazando hacia el territorio de los Estados Unidos, entra en juego también el factor de la competencia, y a veces duda uno de si, lo que se está logrando

amparar, de buena o mala fe, no es tanto la salud o la economía, sino la pretensión de invertir la relación «consumo central»-«producción periférica». Se puede sospechar igualmente que se busque, en los convulsionados países de América Latina, inyectar el «síndrome amotivacional» que tan buenos resultados parece haber dado en el aquietamiento de la juventud protestataria de los Estados Unidos. América Latina tiene que estar, de alguna manera, atenta a estos peligros.

8. La identificación de quiénes son «consumidores» y quiénes «productores» depende de la clase de droga de que se trate. Conviene pues, clasificar metodológicamente las drogas de la siguiente manera:

a) *Drogas tipo A*: se les suele llamar «estupefacientes» y están incluidas en las listas oficiales de la Convención de Nueva York (1961). Contra estas drogas recae el estigma social más fuerte y a ellas se atribuyen los más perniciosos efectos, no siempre bien comprobados. Aquí se encuentran substancias tan dispares como el opio y la heroína, de una parte, la marihuana y la cocaína, del otro, y a veces se ha sugerido que las conclusiones de las investigaciones sobre las primeras simplemente se desplazaron, como por un efecto de «contagio mágico», a las segundas. La producción a gran escala de estas drogas estuvo localizada primero en algunos países asiáticos (opio y sus derivados) y ahora se halla concentrada principalmente en los países andinos, con algunas extensiones a Brasil y Venezuela. La «guerra Reagan» contra las fuentes extranjeras de producción se centra, obviamente, en esta región.

b) *Drogas tipo B*: son los llamados «psicotrópicos». Están incluidos en las listas de la Convención de Viena (1971), que aún no ha sido ratificada por muchos países porque falta la adhesión de algunas superpotencias. El descrédito social de estas substancias es mucho menor que el de las anteriores, pero es difícil creer que su consumo y costo global tengan una importancia decidida y marcadamente inferior en cifras a las del primer tipo. Se trata en buena parte de «productos de patente» que fabrican las grandes multinacionales de la química y la farmacia, muchos de los cuales circulan casi libremente como «remedios». La producción está aquí a cargo de las metrópolis (Estados Unidos, Suiza, Alemania, Francia) y el consumo, aunque es grande en los Estados Unidos, está más difundido en la periferia, sobre todo cuando se trata de productos «sospechosos» que por su posible nocividad han sido retirados de otros mercados.

c) *Drogas tipo C*: son las «drogas permitidas», producidas y consumidas casi en toda parte. Se trata del alcohol y el tabaco, en cuya producción es, sin embargo, muy destacado el papel internacional de Inglaterra, Escocia y Estados Unidos, para no contar los vinos europeos. La permisión hace posible aquí ciertos controles administrativos de calidad y en ocasiones también de cantidad. Hoy por hoy, sólo se ocupa de estas drogas, de vez en cuando y con altruista impotencia, la Organización Mundial de la Salud, aun cuando debe reco-

nocerse que las campañas educativas de los últimos lustros contra el tabaco han estado surtiendo efectos notables. Sus especiales y distintivas características jurídico-formales, hacen que el análisis pueda concentrarse en los dos primeros tipos, pues en este último se puede afirmar que todos estamos más o menos nivelados, lo que, por cierto, es un mal consuelo, porque no reduce el consumo, ni la nocividad de estas substancias, sobre todo si se abusa de ellas habitualmente.

9. La «guerra contra las drogas» en su versión «Reagan» —el enemigo está en los extranjeros que las producen—, ofrece caracteres muy definidamente *leoninos*: atiende a las «drogas tipo A», producidas por países pobres y dependientes, pero se desentiende de las del «tipo B», que producen las multinacionales de países centrales, que a veces ni siquiera han firmado la Convención de Viena. Al mismo tiempo, esta política belicista descuida el control de los mercados internos de consumo (demanda) en los mismos países centrales. En el mejor de los casos, la efectividad de una política de tal naturaleza redundaría en el alza de precios y el desplazamiento de la producción hacia zonas menos riesgosas —de modo ideal hacia el mismo territorio de los Estados Unidos.

10. Al tiempo que, en los Estados Unidos, el consumo parece estar legalizándose de hecho (y en varios Estados también de Derecho), se observa la tendencia a «importar» y monopolizar las actividades productivas de las «drogas tipo A». La producción que quede, después de eso, en los países latinoamericanos —desplazada por la guerra y la competencia, casi diría por una competencia alentada por la guerra—, buscará forzosamente mercados internos de consumo. Para Colombia, este peligro es aún más intenso con el «basuko», cuya materia prima se extendería sobre todo de la coca de Guaviare.

11. Cuando, en los próximos años, cinco o diez quizás, la competencia estadounidense saque del mercado la oferta colombiana de cocaína y aun toda la oferta andina de pasta de coca, Colombia habrá salido del tráfico internacional de drogas y se habrá sacudido casi todo el yugo de éstas, al menos si no descuida el control de la posible difusión del consumo en su seno. Lo propio puede valer para los otros países andinos, aunque es casi seguro que, por su gran calidad, la pasta de coca peruana y boliviana será más difícil de desplazar. Los precios bajos, sin embargo, arruinan y desestimulan cualquier negocio, aun el más lucrativo.

Si los procesos económicos no desbaratan el tráfico de drogas, desposeyéndolo de su extraordinario aliciente actual (ganancias descomunales por la explotación, directa o indirecta, del enorme mercado de consumo de los Estados Unidos y algunos países europeos), entonces la conclusión tendrá que ser la de Molano: la sociedad tendrá que abrirse o adaptarse a él, es decir, terminar por admitirlo, junto con sus protagonistas, o acomodarse al permanente y cada vez más agudo conflicto con esa sociedad de la riqueza informal (Molano: 1987,

136) que ha dado lugar a lo que en Colombia se llama algunas veces «clase emergente».

12. Es posible que para romper este endemoniado círculo monopolista, alguna vez, quizá en los comienzos del próximo siglo, los norteamericanos se decidan a tomar el rábano por la raíz, que está en ellos mismos y no en nosotros. Para entonces las cosas habrán tomado mucha ventaja en tan bello país y la única solución entonces viable será la misma que hoy se muestra como la más corta y eficaz, y a la postre también menos costosa y aventurada: la «legalización controlada» (despenalización progresiva y ampliación de los controles administrativos) de todas las drogas.

13. Todo lo anterior significa que si no se cambia la vigente política internacional belicista contra las drogas y se desmonta el mito que en torno a ellas se ha fabricado, las cosas van a empeorar sensiblemente en los años subsiguientes. Hay que compartir en este punto las prudentes palabras de Hulsman:

«Los padres tienen buenas razones para temer que sus hijos pasen a formar parte del mundo de las drogas ilegales, pero no por *las propiedades míticas que a estas substancias se atribuyen*, sino por las circunstancias sociales que rodean su consumo y que están creadas, en gran parte, por la política de drogas. El efecto principal de este proceso es que ayuda a la segregación social ya existente» (Hulsman: 67).

14. De consiguiente, América Latina tiene que comenzar de inmediato la transformación de sus estructuras sociales, políticas y económicas, con la vista puesta en un grado mucho mayor de desarrollo y justicia social y la atención centrada en la construcción de verdaderos Estados materiales de Derecho que sean a la vez democráticos y socio-liberales.

15. Como de hecho hay muy pocas posibilidades de que los Estados Unidos cambien substancialmente su actual política en estas materias, es probable que en los inmediatos años por venir se agraven de tal manera las cosas en su seno que no quede ya otra alternativa que la «legalización radical» y prácticamente intempestiva de todas las drogas. Con esto, las «Leyes de interdicción de drogas» habrán corrido la misma suerte de la famosa «ley seca»: tendrán que ser derogadas para poder controlar el problema que ellas mismas han creado o agigantado.

Fue por esa derogatoria, no por la persecución policiva y judicial de los «capos» a causa de la evasión de impuestos, que el *gansterismo* de Chicago pudo ser erradicado. Será por algo así, no por los controles administrativos y penales del movimiento bancario o extrabancario de dinero, por lo que las «mafias del narcotráfico» podrán quedar atrás como parte de la historia americana, asiática y mundial. El peligro que entraña una solución retardada y brusca como ésta es, sin em-

bargo, que al mantenerse la demanda y la oferta, las drogas se convertirán en un «uso social» tan desastroso como el del alcohol.

16. Digamos, para finalizar, que ninguna política criminal de drogas puede inspirarse en un puritanismo irreflexivo, ni ahogarse en una permisividad irrestricta, así como tampoco apoyarse en una propaganda irracional, o en una educación de bases falsas: la hipérbole y la mitificación acaso atemoricen (o estimulen la curiosidad), pero no educan. Los límites de la actitud correcta pueden ser variables en relación a tiempo y espacio y también a calidad y cantidad de la substancia y al papel que la persona asuma en la tenencia, circulación y consumo, pero sólo podrán configurarse razonalmente en la medida en que el mito de «la droga» sea conjurado (lo cual será sin duda difícil mientras médicos, abogados, jueces, políticos y escritores no obtengan una mejor información y adopten una actitud menos histérica). Si las cosas se manejan con más tino que ahora, considero posible que a la vuelta de pocos años, unos lustros tal vez, la humanidad pueda dar parte de victoria contra los actuales problemas de las drogas, gravísimos, por cierto, y parafrasear entonces el histórico grito: ¡«la droga» ha muerto!, ¡vivan las drogas!

BIBLIOGRAFIA BASICA

- BASELGA, BERISTAIN, GUIMON, SEGARRA y otros (1974): *Las drogas*, Bilbao.
- BERGALLI, R. (1982): *Critica a la criminología*, Temis, Bogotá.
- BERISTAIN, A. (1986): *La droga*, Temis, Bogotá.
- CONSEJO NACIONAL DE ESTUPEFACIENTES (1986): *Tráfico de estupefacientes*, en «Revista del Consejo Nacional de Estupefacientes», Bogotá, julio de 1986.
- DEL OLMO, R. (1975): *La socio-política de las drogas*, Caracas.
- DEL OLMO, R. (1987 b): *La cara oculta de la droga*, Temis, Bogotá (en prensa).
- FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, J. (1979): *Antropología de la libertad*, II, Bogotá.
- FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, J. (1987): *Los derechos humanos como barrera de contención y criterio autoregulador del poder punitivo*, en «Revista Anales de la Cátedra Francisco Suárez», Universidad de Granada (número en prensa).
- HULSMAN, L. (1987): *La política de las drogas: fuente de problemas y vehículo de colonización y represión*, en «Nuevo Foro Penal», núm. 35, Bogotá.
- INTERPOL (1986): *Tráfico internacional de drogas*, en «Revista Internacional de Policía Criminal», núm. 403, diciembre de 1986.
- KAISER, G. (1983): *Criminología*, 2.^a ed., Madrid.
- LAMARCA, C (1985): *El tratamiento jurídico del terrorismo*, Madrid.
- LONDONO BERRIO, H. L. (1986 a): *El Estatuto Nacional de Estupefacientes: una política criminal inconveniente*, en «Nuevo Foro Penal», núm. 33, Bogotá.
- LONDONO BERRIO, H. L. (1986 b): *Prologo a Beristain*, 1986.
- MOLANO, A. (1987): *Selva adentro*, El Ancora Editores, Bogotá.

Límites juridicopenales de las nuevas técnicas genéticas (*)

ANTONIO CUERDA RIEZU

Profesor titular de Derecho penal.
Universidad de Alcalá de Henares

I. En Derecho penal rige sin limitaciones el principio de legalidad. Este principio, que constituye una conquista del Derecho penal moderno alcanzada en la época de la Ilustración, consiste en que un comportamiento humano no puede considerarse infracción penal ni imponerse ninguna pena por él, si no está previsto en la Ley como delito o falta y si no está prevista igualmente en la Ley la sanción que corresponde, caso de que se efectúe tal comportamiento. La formulación latina de este principio —*nullum crimen nulla poena sine lege*— resume admirablemente su contenido: no hay delito ni pena sin ley previa que lo determine.

La Constitución Española ha reconocido el principio de legalidad en el artículo 25.1. Pero este precepto no lo ha restringido el campo penal, sino que le ha dado una proyección aún mayor, por cuanto se ha convertido en un límite de todo el Derecho sancionador, siendo vinculante también para las infracciones y sanciones administrativas.

I.1. Consecuencia inmediata del principio de legalidad es que lo que no está predeterminado por la Ley como infracción sancionable, puede realizarse libremente sin que intervengan para nada los órganos represivos del Estado. En este sentido, suele emplearse la máxima de que lo que no está prohibido está permitido. Con ella se quiere expresar que todo lo que no aparezca en las leyes como delito, falta o infracción se puede llevar a cabo lícitamente. Pero incluso, y sobre todo a partir de la entrada en vigor de la Constitución de 1978, la doctrina penal se ha preocupado en poner de manifiesto que el ámbi-

(*) Conferencia pronunciada el 12 de mayo de 1988 en los «Encuentros sobre problemática de la inseminación artificial y fecundación “in vitro”», organizados por el Ilustre Colegio Nacional de Doctores y Licenciados en Ciencias Políticas y Sociología y por la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá de Henares. Posteriormente se han adicionado las notas.

to de los comportamiento prohibidos debe ser menor que la zona de las conductas permitidas (1). Y ello sencillamente porque la Constitución ha instaurado un amplio sistema de derechos y libertades, cuya restricción requiere unas razones de peso. Por consiguiente, tiene preferencia la libertad del individuo en relación al poder del Estado para limitarla con sus prohibiciones. Para penar un comportamiento —se dice en el lenguaje penal—, es preciso que lesione o ponga en peligro un bien jurídico, es decir, que conlleve un mal que sea socialmente relevante.

En aplicación de la idea de que lo que no está prohibido está permitido, hay que decir que por muy inmoral que se presente una conducta a los ojos de la sociedad o de un sector social, esto no significa desde un punto de vista jurídico, que no se pueda realizar. Al contrario: los comportamientos inmorales que no estén prohibidos legalmente, pueden llevarse a cabo con total libertad por los ciudadanos. Cabe estimar como muy inmoral el hecho de acaparar riquezas y bienes materiales sin dar nada a los que lo necesitan, pero dado que este supuesto no aparece en ninguna Ley como constitutivo de delito, falta o infracción, cualquiera puede efectuarlo sin que haya obstáculos jurídicos para ello.

Aunque no lo parezca, estos criterios que acabo de mencionar, y que en Derecho penal son casi una perogrullada, tienen una relación inmediata con el tema que nos ocupa, es decir, los límites penales de las nuevas técnicas genéticas sobre la procreación humana. Pues los estudios jurídicos que tratan sobre estos modernos procedimientos de la inseminación artificial y de la fecundación «*in vitro*», suelen comenzar, por lo general, analizando si esas conductas son o no son inmorales, y sólo después tratan de averiguar si están prohibidas o son lícitas y si deben penarse o no en una futura Ley. Pero a la vista del principio de legalidad, el método de análisis debe ser precisamente el opuesto: habrá que comenzar por estudiar si estas técnicas encajan o no en algún supuesto de delito o falta previstos en las Leyes penales y, caso de que no sea así, deberá sopesarse si es preferible que estas técnicas sean prohibidas, utilizando para ello criterios no especialmente derivados de una concreta moral, sino criterios jurídicos y sociales de valoración, que permitan deducir que tales procedimientos técnicos conllevan más perjuicios que beneficios.

No sé si el sistema contrario de comenzar por una perspectiva moral y deducir de ahí una prohibición legal, está bien o mal intencionado. Como tampoco sé si responde a la influencia de la Iglesia católica, que en sus documentos oficiales se muestra radicalmente con-

(1) Cfr., por ejemplo, ARROYO ZAPATERO: «Principio de legalidad y reserva de Ley y materia penal», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 3, núm. 8, 1983, p. 18.

traria a estas técnicas (2), para deducir más fácilmente la ilegalidad de la mera inmoralidad según una concreta ética religiosa. Lo que sí sé es que desde una óptica jurídica esta forma de análisis es equívoca y puede conducir a conclusiones erróneas.

Igualmente resultaría desacertado en este tema confundir dos planes completamente distintos: por un lado, lo que en la actualidad y con el Derecho penal vigente está efectivamente prohibido y, por otro, lo que se estima que en el futuro debería quedar penalmente prohibido. Pues conforme a lo que hemos visto, el principio de legalidad penal exige para considerar ahora mismo una conducta diliictiva, que esté *ya* prevista como tal por una Ley en vigor. Sin embargo, si se hacen indicaciones sobre lo que debe regular una *futura* Ley penal, nos movemos entonces en una perspectiva distinta que no pue-de ser confundida con la anterior.

1.2. Me interesa también resaltar otra consecuencia del principio de legalidad penal. Las normas penales deben componerse de dos elementos: un comportamiento (el delito) y una sanción (normalmente, la pena). Si en la Ley no aparece alguno de estos dos elementos, no estamos en realidad ante una auténtica prohibición penal. Esto se deriva nuevamente de la máxima de que no hay delito ni pena sin Ley que lo expresa taxativamente. Pues si nos encontramos con un precepto en el Código o en cualquier otra Ley penal que sólo indica una conducta, pero no determina la sanción prevista para ella, eso quiere decir que en realidad no está prohibida penalmente. Y si, al revés, un precepto aislado indica una pena sin vincularla a ninguna conducta, es obvio que esa pena no se va a poder imponer por faltar su presupuesto. Esto último sería semejante a un anuncio publicitario que expresara el precio, pero no el producto al que se refiere.

Pero esta idea de que comportamiento prohibido y sanción deben estar vinculados necesariamente, no sólo rige en Derecho penal, sino también en Derecho administrativo, pues como ya he indicado la Constitución ha previsto el principio de legalidad tanto en el ámbito penal como en las normas administrativas. Y como del principio de legalidad, en general, se deriva que comportamiento prohibido y sanción son dos elementos que deben aparecer asociados, resulta que esta vinculación debe darse también en las infracciones administrativas, aunque éstas tengan como consecuencia sanciones con efectos distintos de los que conllevan las penas.

Ha querido subrayar estos aspectos porque pueden servir para someter a discusión algunos puntos de las regulaciones que todavía se encuentran en los trámites parlamentarios. Me refiero, en primer lugar, a la Proposición de Ley sobre técnicas de reproducción asistida,

(2) Sobre la doctrina de la Iglesia Católica cfr. MARTÍNEZ CALCERRADA, L.: «La inseminación artificial y su problemática jurídica», en *Derecho Médico*, (director, él mismo), vol. 1, 1986, pp. 499 y ss.

presentada por el Grupo Parlamentario Socialista (3), que evidentemente no está aún en vigor. En ella aparecen expresamente varias prohibiciones, sin que por lo general se indique si son prohibiciones penales o administrativas y sin vincular a ellas ningún tipo de sanción, pues ni se reflejan en esta Proposición de Ley ni se hace remisión para ello a otra disposición legal (4). Esta es la tónica general, pues sólo excepcionalmente se manifiesta que se trata de una prohibición penal o administrativa (5). Pero en ningún caso se menciona la pena o sanción administrativa que puede recaer en quien infrinja alguna de estas prohibiciones.

Lo mismo ocurre con otra iniciativa del Grupo Parlamentario Socialista: la Proposición de Ley sobre donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos (6). También se trata de una regulación plagada de prohibiciones (7), sin que por ningún lado aparezcan las consecuencias que se derivan de infringir lo prohibido.

Resultaría tremadamente grave que tales iniciativas legales llegaran a convertirse en Derecho vigente con estos importantes defectos. Pues en tal caso las «prohibiciones» que contienen tendrían un valor meramente moralizante y la Ley sería papel mojado. Es más: en rigor cualquiera podría quebrantar tales «prohibiciones» sin que se le pudiera imponer por estas disposiciones (8) ninguna pena o sanción administrativa. Pero en realidad esto sería una auténtica burla. Como, en este mismo contexto, indica Jung, «las leyes penales puramente simbólicas deberían descartarse en cualquier caso como instrumento de la política criminal» (8 bis).

Por otro lado, ambas proposiciones socialistas contienen numerosas obligaciones y deberes, así como un sinfín de requisitos y presupuestos de las autorizaciones necesarias para efectuar las técnicas genéticas. Pues bien, tampoco aparecen por ningún lado las previsiones para los casos de incumplimiento de los diversos deberes o del hecho de no disponer de la correspondiente autorización. De convertirse en Ley, predominaría un objetivo didáctico y moralizante más que jurídico en sentido estricto.

La segunda de las proposiciones que acabo de mencionar, relativa

(3) *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, III legislatura, serie B: Proposiciones de Ley, 9 de mayo de 1987, núm. 74-1.

(4) Así, arts. 3 (entero, salvo el núm. 3), 4.1, 4.2, 5.11, 5.15, 11.2, 11.3, 13.4, 15.2, 15.4, 16.1, 17 (entero), 19.6, 19.8, y Disposición Adicional Segunda, núms. 1 y 2.

(5) Así, arts. 3.3 (prohibición penal) y 18.4 (infracción administrativa, sin perjuicio de otras responsabilidades), y también Disposición Adicional Segunda, núm. 2.

(6) *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, III legislatura, serie B: Proposiciones de Ley, 9 de mayo de 1987, núm. 73-1.

(7) Vid. arts. 3; 7.1, b); 7.1, e); 9.2, y 10.1 de esta Proposición.

(8) Si sería posible, no obstante, castigar algunas conductas con el Código penal vigente, como, por ejemplo, el descubrimiento y revelación de secretos (arts. 367 y 368 para funcionarios y 497 para particulares).

(8 bis) JUNG: «Biomedizin und Strafrecht», en *ZStW*, T. 100, 1988, p. 13.

a la donación y utilización de embriones y fetos, contiene una disposición adicional segunda, conforme a la cual el Gobierno se obliga a establecer las infracciones y sanciones que corresponden a esta regulación. Pero es que una remisión de estas características, más que paliar los defectos ya reflejados, los aumenta. Los aumenta en primer lugar, porque así se distancia temporalmente la mera proclamación de una serie de prohibiciones y deberes —como los que se contienen en las proposiciones— y la previsión de las sanciones correspondientes —a efectuar por el Gobierno—, con lo que habría un período de tiempo en el que, en principio, *todo* seguiría estando permitido. Y los aumenta en segundo lugar, porque el Gobierno no puede establecer sanciones penales, sino que es el legislador el que, mediante una Ley Orgánica, habrá de elaborar, en su caso, un catálogo de delitos o faltas. A mí me parece que una correcta regulación de las técnicas genéticas exige que en el texto donde se imponen los controles, se incluyan también los delitos con sus penas y las infracciones administrativas con sus sanciones.

I.3. Lo anterior no significa que se rechace una regulación de las técnicas genéticas. Todo lo contrario. Con razón ha habido un auténtico clamor para que el legislador plasmara en normas los nuevos procedimientos de reproducción humana (9).

Pero las Proposiciones de Ley socialistas son desde un punto de vista técnico-jurídico defectuosas, por lo que deberían ser modificadas. Es una lástima que sea así, pues estas iniciativas legislativas reconocen en gran medida las recomendaciones contenidas en el «Informe de la Comisión Especial de estudio de la fecundación in vitro y la inseminación artificial humanas», aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados en 1986 (10), y este Informe —creo que se puede decir de forma rotunda— es de una seriedad y calidad indudables. Acertadamente se le ha llamado «Informe Palacios» (11), ya que fue su Presidente, el Diputado señor Palacios, quien efectuó la redacción final, y es justo que dé nombre a este detenido y multidisciplinar estudio. Cabe imaginar que con esta magnífica fuente española de información, las futuras leyes sobre técnicas genéticas queden libres de imperfecciones.

Estas iniciativas legislativas, así como los requerimientos científicos

(9) Cfr., por ejemplo, VILA-CORO: «Aspectos jurídicos de la fertilización “in vitro”», en *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, 1985, núm. 1, p. 77; ZARRALQUI: «La inseminación artificial heteróloga y la filiación», en *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, 1986, núm. 4, p. 97; MARTÍNEZ CALCERRADA, L., como en nota 2, p. 563 (con más indicaciones bibliográficas en nota 181); MARTÍN MATEO: *Bioética y Derecho*, 1987, p. 111.

(10) Publicado como libro por el Congreso de los Diputados, Madrid, 1987, de donde tomo las referencias.

(11) Así, MARTÍN MATEO, como en nota 9, p. 37. También en el extranjero se denomina a los informes con el nombre del Presidente de la Comisión respectiva: así «Informe Warnock» en Gran Bretaña o «Informe Benda» en la República Federal de Alemania. En adelante, me referiré al español con la expresión «Informe Palacios».

cos para que los procedimientos modernos de reproducción humana sean objeto de regulación legal, ponen de manifiesto algo evidente: al no existir disposición alguna sobre este tema en la actualidad, es decir con el Derecho que está vigente, las técnicas son todas ellas lícitas *en sí mismas* consideradas. Sólo cuando en relación o a consecuencia de estas técnicas se lesionan o pongan en peligro otros bienes o intereses jurídicos que están protegidos por el Derecho penal, entrarán en juego las prohibiciones penales. Así, por ejemplo, si alguien realiza hoy una inseminación artificial contra la voluntad de la mujer, es posible denunciar al que ha actuado así por un delito de coacciones. Y si un médico efectúa esta técnica incorrectamente por carecer de los suficientes conocimientos y provoca en la mujer una esterilidad irreversible, responderá según el Derecho que hoy tenemos de un delito de lesiones imprudentes. Pero si esa misma inseminación artificial es llevada a cabo con todas las garantías médicas, con la conformidad de los intervenientes y el resultado es favorable, el Derecho penal actual no tiene nada que decir, de manera que si el médico o el personal sanitario son denunciados, la denuncia no podrá prosperar.

II. Como he señalado antes, para la redacción de una futura regulación sobre los más recientes procedimientos de la genética se requieren valoraciones sociales y jurídicas más que morales. Pues la sociedad está configurada por la Constitución como ideológicamente plural, por lo que en un régimen (formalmente) democrático sólo pueden servir como pautas aquellos criterios que resultan del juego de las mayorías, es decir los criterios plasmados en la Ley por obra de los representantes legítimos. Me dedicaré inmediatamente a desarrollar algunos criterios de valoración.

II.1. Lo primero que se puede decir al respecto es que tanto la inseminación artificial como la fecundación *in vitro* están protegidas como técnicas en sí por ciertos derechos y libertades reconocidos por la Constitución. Así, la investigación sobre estas y otras técnicas genéticas es libre, aunque dentro de ciertos límites, porque está reconocido el derecho a la producción científica (12). Es lógico, además, este reconocimiento, porque la investigación favorece el desarrollo y

(12) Art. 20.1, b) de la CE, indicando el art. 20.4 de la misma que este derecho tiene «su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las Leyes que lo desarrollan y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia». También reconoce el apoyo constitucional de la investigación en materia reproductiva humana el «Informe Palacios», p. 9, y, en relación a la Ley Fundamental alemana, ESER: «Genética humana desde la perspectiva del Derecho alemán», en *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, T. 38, 1985, pp. 350-351. Cfr., además, sobre este punto, ROMEO CASABONA: «Aspectos jurídicos de la experimentación humana», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. monográfico 11, 1986, p. 570, quien reconoce la libertad de investigación como presupuesto del derecho a la creación científica; y RUIZ VADILLO: «La investigación científica y el Derecho. Especial consideración de la ingeniería genética», en *Revista General de Derecho*, núm. 504, 1986, pp. 3652 y ss.

el bienestar social. Por otra parte, la historia ha demostrado que las verdades científicas han prevalecido a pesar de las condenas morales, religiosas o de otro signo. Aunque reconozco que soy lego en materias médicas, tengo que admitir que la investigación sobre el origen de la vida es una tarea apasionante y digna de apoyo.

La inseminación artificial y la fecundación *in vitro* surgen, no para subvertir los códigos morales imperantes —como se ha dicho—, sino para resolver un problema acuciante como es la esterilidad de la pareja humana (13). Este objetivo también está garantizado por la Constitución. Directamente, porque se reconoce el derecho al matrimonio y la obligación correlativa del Estado de proteger la familia (14). E indirectamente, a través del principio de que los derechos y libertades han de interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España (15); pues bien, en la Declaración Universal se garantiza el derecho a casarse y a fundar una familia (16) y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos aparece el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia (17). Sobre este punto hay que reconocer que la gestación de un hijo, aunque éste proceda de gametos (espermatozoides y óvulo) ajenos a la pareja o a la mujer que lo engendra, conlleva unos lazos afectivos más intensos que los que pueden surgir de la adopción (18). Es lógico, por consiguiente, que la inseminación artificial y la fecundación *in vitro* sean vistas por muchas personas como una solución a sus deseos de tener un hijo. Resulta obvio que el derecho a tener un hijo (19) no es un derecho

(13) Cfr., especialmente, «Informe Palacios», pp. 51 y ss. También PEÑALOSA LÓPEZ-PIN: «Algunos aspectos legales de la inseminación artificial humana», en *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, 1982, núm. 3, p. 43.

(14) Arts. 32 y 29.1 de la CE, respectivamente, DE LA OLIVA SANTOS: «¿“Nascituru s o moriturus”? (Panorama jurídico sobre la vida humana en España)», en *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, 1986, núm. 4, p. 91 y notas 5 y 6, rechaza el derecho a tener hijos y declara que no constituye ni derecho subjetivo ni derecho fundamental. Pero, a mi juicio, sin razón: pues, si una hipotética Ley prohibiera (u obligara a) tener hijos o restringiera el número de descendientes por pareja, sería evidentemente inconstitucional.

(15) Art. 10.2 de la CE.

(16) Art. 16.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Cfr. BUENO ARÚS: «El consentimiento del paciente», en *Derecho médico* (director, Martínez Calcerrada, Luis), vol. I, 1986, p. 292.

(17) Art. 23.2 del Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos. Vid. también el art. 10.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que reconoce el deber del Estado a conceder a la familia la más amplia protección y asistencia posibles.

(18) En este sentido: «Informe Palacios», p. 92, ALBACAR: «Aspectos jurídicos de la manipulación genética: inseminación artificial», en *La Ley*, 1985, t. 4, p. 1053; PEÑALOSA LÓPEZ-PIN: «Observaciones médicas y jurídicas acerca de la inseminación artificial humana», en *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, 1986, núm. 4, p. 23.

(19) Absolutamente en contra de la existencia de tal derecho, BATLLÉ: «La eutergenesia y el Derecho», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, t. 17,

ilimitado, pero hay que partir de que las nuevas técnicas genéticas responden a una aspiración legítima que encuentra reconocimiento en los derechos humanos (20).

Por otro lado, puesto que la esterilidad es una enfermedad, el reconocimiento constitucional de la protección a la salud (21) implica también que son lícitos los procedimientos tendentes a resolver la imposibilidad de tener descendencia. Por esta vía se llega igualmente a la justificación constitucional de los nuevos avances médicos.

En consecuencia, y puesto que la Constitución produce un efecto legitimador, hay que adoptar como punto de partida para una futura legislación sobre este tema, el hecho de que la reproducción asistida, como técnica, es perfectamente legítima.

II.2. En la búsqueda de criterios de valoración de una regulación futura sobre aspectos genéticos no es posible quedarse en el nivel constitucional; se hace preciso buscar otros criterios en la legislación ordinaria. Habrá que ver, pues, qué ocurre en nuestro Código penal.

El Código protege la *vida* del feto (22) en el útero femenino, pero no de una forma absoluta, sino que cuando concurre alguna de las indicaciones previstas en el artículo 417 bis es legítima su destrucción (23). La cuestión que se suscita a renglón seguido es si la Ley penal protege igualmente la *salud* del feto engendrado y procreado en el útero de la mujer embarazada, o, lo que es lo mismo, si están prohibidas las lesiones en él. El delito de aborto no está previsto para estos supuestos, pues esta infracción consiste en la destrucción del feto, y aquí partimos de un caso en el que sólo hay lesiones físicas, psíquicas o genéticas en el feto (24). Tampoco encaja nuestro supuesto en el delito de lesiones, ya que está previsto para un menoscabo de la salud de «otro» según el Código penal, y este «otro» de que hablan los artículos 418 y siguientes, hace referencia sin duda a la persona hu-

Nueva Serie, 1949, pp. 663 y ss., quien se manifiesta además partidario de la creación de un delito de inseminación artificial para castigar todos los supuestos de esta técnica (p. 670).

(20) No quiero entrar aquí en la cuestión de si estas aspiraciones responden a una presión social que compelle a tener hijos y que reprocha la soltería o la situación de la pareja sin descendencia; sobre estos puntos de vista, cfr. KAUFMANN, A. E.: «Tecnologías reproductivas y pánico moral», en *Noticias médicas*, 3-2-1988, pp. 19 y ss.

(21) Art. 43.1 de la CE.

(22) Esto, según la doctrina dominante; cfr. CUERDA RIEZU: «El delito de aborto ante la Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código Penal», en *Documentación Jurídica*, núms. 37/40, vol. 1, 1983, p. 371.

(23) La protección del feto intrauterino está aún más limitada en el Derecho penal alemán, pues en virtud del § 219 d), sólo entra en juego la prohibición del aborto a partir de la anidación del óvulo fecundado. Cfr., al respecto, ESER: como en nota 12, p. 356. El «Informe Palacios», p. 69, indica de forma similar que el preembrión (óvulo fecundado que no tiene más de catorce días), no es ni una persona ni una cosa, admitiendo su manipulación, aunque con restricciones (pp. 37 y 77 y ss.).

(24) No cabe la solución apuntada por ROMEO CASABONA: *El médico y el Derecho penal I*, 1981, p. 280, de castigar, en caso de lesiones al feto, por tentativa de aborto, pues en el caso que nos ocupa el dolo va dirigido a provocar un menoscabo físico, psíquico o genético en el feto, y no a destruirlo.

mana ya nacida, como se deduce del delito de homicidio (art. 407), donde se utiliza esa misma expresión —«otro»— como equivalente al ya nacido.

No sería posible entender que en el caso de provocar lesiones en el feto que luego permanecen tras el nacimiento, se está realizando el delito de lesiones con efectos legales a partir del momento del nacimiento, porque las características exigidas por las prohibiciones penales deben concurrir en el momento de la acción. Y nuestro caso en discusión presupone que las lesiones se provocan durante el embarazo (25).

Aún menos posibilidades de acoger este supuesto tienen las infracciones patrimoniales o las de daños, puesto que éstas hacen referencia a comportamientos que inciden sobre cosas y resulta imposible equiparar un embrión o feto intrauterino a una simple cosa. Aunque aquél no tenga un reconocimiento legal equivalente a la persona humana ya nacida, tampoco se puede decir que sea una cosa susceptible de ser «hurtada» o «robada».

Ni siquiera el Tribunal Constitucional, en su sentencia relativa a la despenalización parcial del aborto (26), abordó el problema de las lesiones en el embrión o feto intrauterino. En definitiva, desde un punto de vista legal, la existencia y continuidad del desarrollo del feto están protegidas, pero no su salud. A lo sumo cabría exigir responsabilidades civiles, pero desde una perspectiva penal cualquiera puede lesionar dolosa o imprudentemente a un feto intrauterino sin que se le pueda imponer por ello ninguna pena. Esto es especialmente grave no sólo en los casos de un tratamiento tocológico defectuoso, sino ante todo cuando la mujer embarazada toma medicamentos que provocan, como efecto secundario no advertido, malformaciones fetales. Este último supuesto no es meramente hipotético, sino que tuvo lugar ya en la década de los sesenta con la llamada talidomida (27) y, al parecer, se vuelve a producir en los Estados Unidos de América con un antiacné: el «Roacutane» (28).

(25) A la misma conclusión llegan ROMEO CASABONA, como en nota 24, p. 274, y BUSTOS: *Manual de Derecho penal (PE)*, 1986, p. 55. Sin embargo, JIMÉNEZ DE ASÚA, «La talidomida y el Derecho penal», en su colección *El Criminalista*, 2.ª Serie, t. VII, 1966, pp. 155 y s., entiende que la provocación de un menoscabo en la salud del feto constituye delito de lesiones y da la impresión de que lo fundamental es que el niño —ya nacido— sigue sufriendo la lesión.

(26) STC 53/1985, de 11 de abril, sobre el recurso de inconstitucionalidad del Proyecto de Ley Orgánica de reforma del art. 417 bis del Código penal. Cfr. sobre ella, CUERDA RIEZU: *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 28, 1986, pp. 247-251. Y, desde otro punto de vista, DE ANGEL YAGÜEZ-ZORRILLA RUIZ: «El recurso de inconstitucionalidad contra la Ley del aborto, la sentencia del Tribunal Constitucional y posterior proceso parlamentario», en *Ley del Aborto. Un informe universitario*, Bilbao, 1985, pp. 11-131.

(27) Cfr. KAUFMANN, Armin: «Tatbestandsmässigkeit und Verursachung im Contergan-Prozess», en *JZ*, 1971, pp. 569 y ss. JIMÉNEZ DE ASÚA, como en nota 25, pp. 147 y ss.

(28) Cfr. *El País*, 23-4-1988, p. 30.

Durante el desarrollo fetal, en consecuencia, el Código penal considera más valiosa la «vida» del feto (puesto que su destrucción es punible en un gran número de casos) que la salud del mismo (puesto que las lesiones en él quedan en todo caso impunes). Sin embargo, creo que en la realidad social las cosas se ven de manera muy distinta. Si se pregunta a los padres sobre este punto, la mayoría de ellos responderán que en la época del embarazo consideran más relevante la salud que la «vida» del feto; que prefieren perder un futuro hijo a tenerlo tarado. Sobre todo porque si ese feto lesionado llega a nacer, habrá todo tipo de dificultades tanto para los progenitores como para el hijo nacido con una grave deformidad física o con una importante tara psíquica; un hijo con semejantes condiciones supone una carga que será fuente de futuros problemas (28 bis).

Puede decirse, por tanto, que en el período fetal se produce una inversión valorativa en relación al período de persona humana: en éste es más importante la vida que la salud; en aquél, es más relevante la salud que la «vida».

Esta forma de pensar ha tenido entrada en el Código penal indirectamente, a través de uno de los supuestos en que está permitido abortar: me refiero a la llamada indicación eugenésica, según la cual es posible interrumpir el embarazo si es previsible que el feto nazca con graves taras físicas o psíquicas. No obstante, este reconocimiento indirecto por parte del legislador de que la salud del feto se antepone a su «vida», no basta. Es necesario crear un delito que prohíba las lesiones —al menos las dolosas— provocadas en el feto durante el embarazo, porque esas lesiones pueden subsistir a partir del nacimiento e incluso acompañarle toda su vida como persona (29).

(28 bis) Sobre patología prenatal cfr. CRUZ HERNÁNDEZ: «Anomalías genéticas y su trascendencia», en *Comienzo y fin de la vida de la persona. VII Simposium Internacional de la Ciencia del Hombre*, (editado por FRANCISCO ARASA), 1983, pp. 25-40. Este autor resalta la importancia cuantitativa de este tema, indicando que hace algunos años nacían en el área metropolitana de Barcelona alrededor de 80.000 niños vivos, de los cuales alrededor de 4.000 estaban malformados, es decir, un 5 por 100; de estos 4.000, la décima parte podía sufrir cardiopatía, más de 100 «síndrome de Down» y más de 1.000 retraso mental (p. 27).

(29) La tipificación de una infracción penal de lesiones en el feto podría ser construida sobre la base de un interés jurídico de que los hijos nazcan sanos; con esta solución no sería necesario recurrir al feto como titular del bien jurídico salud, sino que ese interés lo ostentaría quien engendró a ese feto.

La Proposición de Ley sobre «donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos», no recoge de una forma suficientemente clara esta necesidad de tipificación penal; aunque declara que «toda actuación sobre el embrión o el feto vivo en el útero, no tendrá otra finalidad que facilitar el bienestar y mejorar la salud del "nasciturus", o se hará por indicación legal» [art. 7.1, a)], y aunque prohíbe la extracción de células o tejidos embrionales, de la placenta o de líquido amniótico [art. 7.1, b)] e indica que se sancionará a quienes obtengan material biológico de los embriones o fetos intrauterinos [art. 7.1, e)], sigue planteando el problema de no manifestar la sanción —que en mi opinión ha de ser penal— correspondiente para tales supuestos.

III. De la mano de estas valoraciones es posible ya enfrentarse con algunos problemas concretos que se plantean a propósito de las técnicas de procreación artificial, si bien hay que advertir que es necesario diferenciar tajantemente entre lo que ocurre con el Derecho penal vigente y lo que debería regularse en una futura Ley al respecto.

Los supuestos, normalmente raros, en que estas técnicas se efectúen contra la voluntad de los intervenientes, no constituyen actualmente abusos deshonestos ni violación, como se mantuvo hace tiempo por un sector doctrinal (30), sino simplemente coacciones o amenazas. Caso de que se le causara algún menoscabo en la salud de alguno de los intervenientes al realizarse la maniobra contra su voluntad, habría además responsabilidad por lesiones.

Pero lo que respecta a una futura Ley, creo que, al ser casos infrecuentes, no merece la pena configurarlos como un delito específico, bastando para ello la figura genérica de las coacciones o, en su caso, de las amenazas (31).

Tampoco presentan dificultades los supuestos en que se violara el secreto que debe presidir estas técnicas. Con el Código penal vigente habría que acudir a los delitos de descubrimiento y revelación de secretos (arts. 367, 368, 497 y ss.) (31 bis), mientras que en la legislación futura tampoco sería precisa una figura delictiva concreta para los atentados a la intimidad con motivo de las técnicas de reproducción asistida.

En cuanto a la inseminación con semen del cónyuge o compañero, como tal, llevada a cabo sin afectar a ningún otro interés o bien jurídico, hay que admitir su licitud en el Derecho actual, al no estar castigada en ningún sitio, e igualmente deberá estimarse lícita en la legislación futura. Los derechos constitucionales que se han mencionado anteriormente, justifican en su totalidad este procedimiento genético.

Supuesto distinto de inseminación es aquella en la que los espermatozoides proceden no del marido o compañero de la mujer, sino de un tercero donante. Durante algún tiempo se discutió en la ciencia penal si tal inseminación efectuada contra la voluntad del marido constituía delito de adulterio. En la actualidad carece de sentido la polémica, porque el adulterio ha desaparecido como delito del Código

(30) Niega la posibilidad de violación o abusos deshonestos ALBÁCAR, como en nota 18, p. 1055.

Entienden, sin embargo, que caben los abusos deshonestos, aunque no la violación, SERRANO RODRÍGUEZ: *Estudios penales (recopilación)*, t. 1, 2.^a ed., 1967, pp. 153-154 y 267 y ss.; BUENO ARÚS: como en nota 16, p. 292; PEÑALOSA LÓPEZ-PIN: como en nota 18, p. 28.

(31) En mi opinión, sin embargo, si resulta necesario que la indicación criminológica, que justifica la interrupción del embarazo, recoja como supuesto la inseminación artificial o la transferencia de embriones efectuadas contra la voluntad de la mujer. Cfr., al respecto, CUERDA RIEZU: como en nota 22, p. 373.

(31 bis) En este sentido PEÑALOSA LÓPEZ-PIN: como en nota 13, p. 46; la misma, como en nota 18, p. 28.

penal, pero incluso cuando estaba previsto como infracción punible no permitía abarcar estos supuestos, porque exigía la realización de un coito heterosexual (32). En consecuencia y con el Derecho penal de hoy, la inseminación con semen de donante es perfectamente lícita (32 bis), estando, asimismo, amparada por las garantías constitucionales.

Se alega para rechazar esta modalidad inseminadora que es contraria a la dignidad humana. Pero este argumento, como indica Eser, no puede ser asumido, porque el ordenamiento jurídico permite tener hijos en situaciones que se pueden considerar indignas, como ocurre con los hijos nacidos de adulterio o prostitución (33). Por ello, no creo que esta técnica deba estar prohibida penalmente en la Ley que se promulgue sobre el tema (34).

Los problemas de carácter civil que originan la inseminación con espermatozoos de donante tampoco son suficientes como para impedir bajo pena su realización. Estas son cuestiones que, sin duda, pueden ser resueltas con una buena técnica civilista. El que una actividad suscite dificultades en una rama jurídica, no es suficiente como para entender, que tal conducta conlleva más perjuicios que beneficios; por consiguiente, no necesita ser prohibida penalmente.

Igualmente es lícita y debe seguir siéndolo en la legislación que se dicte sobre el tema, la inseminación artificial o la fecundación *in vitro* en la mujer sola. Tampoco aquí resultan afectados —si la técni-

(32) En este sentido, CUENLO CALÓN: «En torno a la inseminación artificial en el campo penal», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. 14, 1961, pp. 197 y 202; SERRANO RODRÍGUEZ, como en nota 30, pp. 155 y 287 y s.; ALBACAR, como en nota 18, p. 1054 y s.; BUENO ARÚS, como en nota 16, p. 393.

Sin embargo, se manifiestan a favor de castigar por adulterio en este caso, BATLLE, como en nota 19, p. 670; MARTÍNEZ CELCERRADA, como en nota 2, p. 543 (aunque indica que hoy ya está despenalizado el adulterio).

(32 bis) Según PEÑALOSA LÓPEZ-PIN, como en nota 13, p. 45 y como en nota 18, p. 26, la inseminación con semen de donante conlleva, como consecuencia casi necesaria, la comisión de una falsedad en documento público al inscribir en el Registro Civil al recién nacido como hijo del cónyuge o compañero de la mujer inseminada, cuando en realidad el padre es el donante del semen. Pero, a mi juicio, el Código civil favorece de tal modo la filiación por naturaleza —mediante el juego de presunciones (art. 116), mediante el simple consentimiento de los padres (art. 118) o mediante la posibilidad de reconocer al hijo no matrimonial ante el encargado del Registro Civil (arts. 120.1.^º y 124, pár. 2.^º)—, que difícilmente podrá estimarse como falsa la inscripción en el Registro Civil en calidad de hijo del niño nacido mediante una inseminación con espermatozoos de donante.

(33) Cfr. ESER, como en nota 12, p. 353; el mismo: «Genética, “Gen-ética”, Derecho genético? Reflexiones político-jurídicas sobre la actuación en la herencia humana», en *La Ley*, 1986, t. 1 (traducción de Romeo Casabona), p. 1143.

(34) El Proyecto Oficial de Código penal alemán de 1962 preveía el delito de inseminación artificial con semen de donante; cfr. sobre ello CUENLO CALÓN, como en nota 32, pp. 203 y ss. En la República Federal de Alemania se ha elaborado recientemente un «Informe del Consejo de Ministros sobre inseminación artificial humana», de 22-2-1988 (BT-Drucks. 11/1856), donde se manifiesta la idea de que la inseminación artificial con semen de donante puede ser objeto de prohibición penal cuando así lo exija el bienestar del niño.

ca se lleva a cabo correctamente— otros intereses jurídicos, por lo que los derechos y libertades constitucionales la amparan plenamente. Para rechazarla no se puede decir que el hijo tiene «derecho a un padre», porque no existe ese pretendido derecho. De reconocerse, ello conduciría a imponer la absurda obligación de tener hijos sólo dentro de la pareja heterosexual, lo que no resulta acorde con la libertad sobre la forma de vida y los comportamientos sexuales que se deriva de la Constitución (35).

Los problemas son mayores con la llamada maternidad de sustitución o maternidad de alquiler. En ella, una mujer se presta a quedarse embarazada con gametos ajenos a ella o a su compañero, obligándose a entregar el hijo, una vez que haya nacido, a las personas que aportaron sus gametos. Con arreglo al Código penal vigente, si la mujer que «encarga» el embarazo finge que ha sido ella la que ha dado a luz el hijo, responderá como autora de un delito de suposición de parto, siendo punible, asimismo, la conducta del médico que colaborase a ello (arts. 468 y 469). Y si a continuación se inscribe en el Registro Civil el hijo como propio, se está realizando además una falsedad en documento público (art. 303) (36), pues la filiación está basada, en la actualidad, no en la maternidad genética, sino en la maternidad de gestación. De la misma manera, se producirá responsabilidad criminal si los padres que «encargaron» al hijo, lo arrebatan a la madre que lo engendró, pues esta conducta da lugar a un delito de sustracción de menores (art. 484). En consecuencia, no es la técnica en sí la que está prohibida, sino que lo que resulta punible son las actuaciones posteriores destinadas a aparentar que el hijo de «encargo» es propio. Actualmente el Derecho sólo permite, si se quiere uno mover dentro de sus límites, la posibilidad de adoptar a ese hijo genético, pero que ha sido parido por otra mujer.

A la vista de todo ello, y puesto que aquí sí que entran en conflicto otros intereses, especialmente los del futuro hijo, aparte de que se podrían plantear contenciosos sobre la maternidad que debe prevalecer, tal vez fuera conveniente en la futura Ley prohibir *administrativamente* estas técnicas, con sanciones del mismo carácter, y acudir a los delitos de suposición de parto, de falsedad en docu-

(35) Si se admite la inseminación artificial o la fecundación *in vitro* en la mujer sola, no tiene sentido impedir, como pretende el «Informe Palacios» en su recomendación 10.^a, las técnicas de reproducción asistida en la pareja homosexual femenina; pues, al admitirlo para la mujer sola, se está permitiendo también para la pareja de dos mujeres, dado que nadie está obligado a declarar sobre sus relaciones personales o su intimidad sexual. En el mismo sentido que el «Informe Palacios», la Proposición de Ley socialista sobre técnicas de reproducción asistida, en su art. 7.1, limita su práctica a la pareja heterosexual. También así, ZARRALUQUI, como en nota 9, p. 97; PEÑALOSA LÓPEZ-PIN, como en nota 18, p. 29 (conclusión 13); MARTÍN MATEO, como en nota 9, p. 112.

(39) Cfr. MUÑOZ CONDE: *Derecho penal (PE)*, 7.^a ed., 1988, p. 403; PEÑALOSA LÓPEZ-PIN; como en nota 18, p. 26.

mento público o de sustracción de menores, caso de que se incurriera posteriormente en las conductas previstas por ellos (37).

Ya he manifestado anteriormente que la destrucción del feto en el seno materno es punible, salvo excepciones, conforme al Código penal vigente, y que por el contrario las lesiones fetales son impunes, pronunciándose a favor de que en el futuro sean sancionables penalmente, como mínimo, las lesiones dolosas en el feto intrauterino. En estrecha relación con esto, se suscita el problema de la destrucción de los embriones sobrantes que todavía no han sido implantados, en la fecundación *in vitro*. Esta destrucción no constituye hoy en día delito de aborto, pues éste se halla previsto para la destrucción de un feto *dentro* del útero o su expulsión provocada, sin que tenga condiciones de viabilidad en el exterior (38). Como la propia etimología indica —*ab orto*, es decir, extraer de un lugar—, no encaja en esta figura delictiva la destrucción de un embrión no implantado (39). Pero tampoco este hecho puede ser calificado como delito de homici-

(37) Sin embargo, la recomendación 116 del «Informe Palacios» se manifiesta a favor del castigo *penal* de todos los que intervengan o colaboren en la realización de un contrato de gestación de sustitución. Por su parte, el «Informe del Consejo de Ministros sobre inseminación artificial humana», de la República Federal de Alemania (vid. nota 34), se manifiesta también a favor de la prohibición penal de la maternidad de sustitución.

(38) En este sentido, la doctrina mayoritaria, DÍAZ PALOS: voz «Aborto», en *Nueva Encyclopédia Jurídica*, t. 2, 1950, p. 85; CUELLO CALÓN: *Tres temas penales. El aborto criminal. El problema de la eutanasia. El aspecto penal de la fecundación artificial*, 1955, pp. 46 y 51; QUINTANO RIPOLLÉS: *Tratado de la Parte Especial del Derecho penal*, t. 1, vol. 1, 2.^a ed. (puesta al día por GIMBERNAT), 1972, pp. 539 y s.; HUERTA TOCILDO: *Aborto con resultado de muerte o lesiones graves*, 1977, p. 5; LANDROVE DÍAZ: *Política criminal del aborto*, 1976, p. 15; GARCÍA VITORIA: *El tipo básico de aborto*, 1981, p. 60. GARCÍA MARÍN: *El aborto criminal*, 1980, pp. 226 y s.; CUELLO CALÓN/CAMARGO: *Derecho penal*, t. 2, vol. 1, 14.^a ed., 1980, pp. 531 y s.; RODRÍGUEZ DE VESA: *Derecho penal español (PE)*, 10.^a ed., 1987, p. 80; MUÑOZ CONDE, como en nota 36, p. 81; BUSTOS, como en nota 25, p. 59; QUERALT, *Derecho penal español (PE)*, vol. 1, 1986, p. 52; BUENO ARÚS, como en nota 16, pp. 293-294; COBO/VIVES/BOIX/ORTS/CARBONELL: *Derecho penal (PE)*, 2.^a ed., 1988, p. 558.

De esta corriente general se desvian: DEL ROSAL: «Del concepto penal del aborto», en *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, t. 8, 1955, p. 541, quien admitía que la simple expulsión prematura —sin destrucción— era constitutiva de aborto; BAJO FERNÁNDEZ: *Manual de Derecho penal (PE)*, 1986, p. 121, para quien aborto es sólo la destrucción del feto *dentro* del útero; PUIG PEÑA: *Derecho penal (PE)*, 7.^a ed., 1988, p. 393.

En la jurisprudencia se suele admitir como acción de aborto la destrucción del feto, tanto si se efectúa en el útero, como si se provoca su expulsión prematura sin condiciones de viabilidad en el exterior; así, por ejemplo, STS 28-6-1977 (A. 2.964). Pero en ocasiones se sigue el criterio de la Ley de Protección de la Natalidad de 24-1-1941, que admitía como modalidad de aborto —aparte de la destrucción intrauterina— «la expulsión prematura y voluntariamente provocada del producto de la concepción», es decir, sin exigir también en este caso la destrucción del feto; así todavía STS 1-4-1977 (A. 1.536) y 23-2-1984 (A. 1.166).

(39) Además, el Código penal vincula el concepto de aborto al embarazo de una mujer, como se deduce de las expresiones «mujer no encinta, creyéndola embarazada» (art. 411, último párr.) y «estado del embarazo de la mujer» (art. 412); sobre este punto manifiestan DE LORENZO SÁNCHEZ/DE LORENZO Y MONTERO, R. DE LORENZO Y MONTERO, J.: «El comienzo de la vida humana y la personalidad», en *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, 1986, núm. 4, p. 41, «sin embargo,

dio, de daños o contra la propiedad (40), por las mismas razones que vimos en relación a las lesiones en el feto intrauterino (41).

Creo que esta situación que se produce con el Derecho penal vigente —la impunidad— debe mantenerse en la futura legislación sobre fecundación asistida; el desvalor de la destrucción de un embrión no implantado es tan mínimo, que no merece un castigo penal (42).

Por lo que respecta a las lesiones en embriones no implantados, es evidente que tal conducta es hoy día impune, ya que también lo es la lesión en un feto intrauterino. A mi juicio, deberían ser objeto de prohibición penal las lesiones en un embrión fuera del útero, pero únicamente en el caso de que vaya a ser implantado, pues sólo entonces se da lugar a que nazca un hijo tarado.

En cuanto al control de genes o transferencia de genes a un óvulo fecundado, son actualmente conductas lícitas, a no ser que persigan la destrucción de un grupo étnico, racial o religioso, porque entonces serían sancionables como un delito de genocidio conforme al artículo 137 bis del Código penal. Si se adopta una perspectiva de hacer propuestas al legislador, pienso que se debería prohibir penalmente la recombinación de genes, puesto que con esta técnica se falsea la identidad de una persona (43). Pero si la manipulación genética con-

del examen de los distintos tipos de aborto, se desprende que la acción recae siempre sobre una mujer embarazada, con lo que se dejan desprotegidos los casos de fecundación *in vitro*.

No obstante, RODRÍGUEZ RAMOS: *Compendio de Derecho penal (PE)*, 2.^a ed., 1987, pp. 11/12, parece admitir que la destrucción del embrión fuera del útero constituye delito de aborto. En contra COBO/VIVES/BOIX/ORTS/CARBONELL, como en nota 38, p. 558; también en contra MANZANARES/ALBÁCAR: *Código penal (Comentarios y jurisprudencia)*, 1987, p. 907.

Para VILA-CORO: «Aspectos jurídicos de la fertilización “*in vitro*”», en *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, 1985, núm. 1, pp. 74-75, la destrucción de un embrión obtenido mediante fecundación *in vitro*, supone no un acción, sino una omisión consistente en no implantarlo en el útero femenino; pero esta omisión no es, según esta autora, delictiva, por cuanto tampoco es posible que todos los óvulos fecundados que se pueden obtener en un mismo período ovulatorio de una mujer —unos doce o catorce—, sean gestados simultáneamente; luego si la naturaleza no es capaz de ello, tampoco se puede exigir, en su opinión, que se provea de una matriz a todos los embriones desarrollados en el laboratorio. A mi entender, sin embargo, resulta irrelevante que el comportamiento consista en un hacer o en un omitir, porque en cualquier caso resulta atípica la destrucción de un embrión fuera del útero.

(40) En el art. 10.7 de la Proposición de Ley socialista sobre técnicas de reproducción asistida se declara, no obstante, que los preembriones criopreservados son *patri-monio* de la pareja de la que proceden.

(41) En este sentido, también ESER, como en nota 12, p. 12, p. 356. Cfr. además BUENO ARÚS, como en nota 16, p. 294.

(42) En este sentido ALBACAR, como en nota 18, p. 1055. Por el contrario, se manifiestan favorables a la punición de este supuesto, ESER, como en nota 12, pp. 356-357; BUENO ARÚS, como en nota 16, pp. 294 y 296; DE LA OLIVA SANTOS, como en nota 14, p. 91. Por su parte, HERNÁNDEZ IBÁÑEZ: «Nuevas técnicas de procreación artificial. La inseminación artificial: consecuencias jurídicas», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, t. 93, Nueva Serie, 1986, p. 479, piensa que se debe otorgar al embrión un «status» jurídico, con una protección similar a la que tiene el *nasciturus*.

(43) Sobre esta técnica cfr. ESER, como en nota 12, p. 360.

siste en la introducción de genes defectuosos, bastaría entonces con esa incriminación de las lesiones en el embrión, por la que antes he abogado. Cuando la intervención en los genes tenga como objetivo la selección de la raza humana, sería posible aplicar el delito de genocidio, por cuanto la selección de una raza supondría impedir la reproducción de las demás. Por supuesto que la intervención en el material genético con fines terapéuticos o diagnósticos es y deberá ser lícita si se efectúa con las garantías necesarias (44).

Quiero aludir, por último, a dos actividades que provocan un intenso rechazo. Me refiero a la creación de híbridos de hombre y animal, así como a los procesos de clonación, que consisten en la creación de individuos «fotocopiados», genéticamente idénticos. Si, como parece, estas actividades han dejado de ser un asunto de ciencia-ficción y han pasado a constituir una realidad más o menos inmediata, está justificado el rechazo. Los peligros que se derivarían de una subraza de «homínidos» o de una procreación de individuos en serie a partir de un modelo, pueden ser imprevisibles y de todo tipo. Con el Derecho penal en la mano que hoy disponemos, ambas intervenciones están jurídicamente permitidas. Pero no parece prudente que esto siga siendo así, aunque en los niveles actuales de la investigación genética estos experimentos resultan útiles para averiguar el origen de la vida (45). Fuera de los objetivos de la pura investigación, sometida a estrictos controles, no se deben permitir estas intervenciones que afectan a la herencia humana. La incertidumbre que originan aconseja su prohibición, aunque tal vez no sea conveniente su configuración como delito (47). Dado que se trata de una técnica residual y, en principio, poco frecuente, su presencia en el Código penal podría causar

(44) En este sentido ESER, como en nota 12, p. 361; MARTÍN MATEO, como en nota 9, p. 124.

(45) La Proposición de Ley sobre donación y utilización de embriones y fetos humanos admite, bajo ciertos controles, la tecnología genética con material genético humano o «combinado» (art. 10.3) y prevé la posibilidad de autorizar la aplicación de la tecnología genética con fines industriales «por clonación molecular o de genes» [art. 10.4, b)]. Sin embargo, y en contradicción con esto, la también socialista Proposición de Ley sobre técnicas de reproducción asistida prohíbe distintos supuestos de clonación [art. 17, b), c), d), e), f)], así como la producción de híbridos [art. 17, k)].

Por otro lado, la Recomendación 934 (1982) adoptada por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa el 26-1-82, reconoce en el punto 4, i, «el derecho de heredar características genéticas que no hayan sufrido ninguna manipulación ni hayan sido artificialmente cambiadas», pero autoriza la terapia genética dentro de unos límites y sometida a reglamentación (punto 4, iii, iv, v, vi); vid. este texto en *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, 1986, núm. 4, pp. 101 y ss. (traducción de Martínez Val).

(46) ESER: como en nota 33, p. 1144, establece dos limitaciones para la licitud de la creación de híbridos: que se efectúe con fines diagnósticos y que se impida el desarrollo de tales seres más allá de los primeros estadios de la división celular.

(47) Es partidario, sin embargo, de su previsión como delito el «Informe Palacios», pp. 78 y s.

una cierta hilaridad. Bastaría, creo, con la imposición de una fuerte sanción administrativa (48).

IV. Con esto llego al final de mi exposición. He insistido en el dato de que los límites penales a las nuevas técnicas genéticas se deben precisar teniendo en cuenta tanto el principio de legalidad como las valoraciones constitucionales, juridicopenales y sociales. El Derecho penal no debe servir para frenar los avances biológicos ni para encorsetar la investigación médica. El Derecho penal sólo habrá de intervenir cuando sea ineludible para la protección de otros bienes jurídicos. Muchas gracias (49).

(48) Si a pesar de la prohibición, se creara un homínido con genes mixtos de hombre y animal, se podrían plantear dificultades de cara a una correcta calificación jurídico-penal del supuesto consistente en la destrucción de tal ser: en rigor, no sería ni delito de homicidio ni delito de daños. Surgirían entonces las cuestiones relativas a la destrucción de monstruos, que históricamente tuvieron trascendencia. Cfr., al respecto, muy interesante, ESER: «Entre la “santidad” y la “calidad” de la vida. Sobre las transformaciones en la protección jurídico-penal de la vida», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. 37, 1984, pp. 771 y ss. (traducción de Laurenzo).

(49) Ya en imprenta este trabajo, han aparecido varias contribuciones, sobre todo desde una perspectiva civilista, el tema de las nuevas técnicas genéticas; su consideración hubiera obligado a efectuar alteraciones tipográficas, que a estas alturas no resultaban posibles. Por ello, a continuación me limito simplemente a mencionarlas, aunque sin ánimo de exhaustividad; MORO ALMAZI: *Aspectos civiles de la inseminación artificial y la fecundación «in vitro»*, 1988; LLEDO YAGÜE: *Fecundación artificial y Derecho*, 1988; VIDAL MARTÍNEZ: *Las nuevas formas de reproducción humana: Estudio desde la perspectiva del Derecho civil español*, 1988; DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO, UNIVERSIDAD DEL PAÍS VASCO: *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, 1988.

El dolo eventual en el asesinato

BORJA MAPELLI CAFFARENA

Profesor Titular de Derecho Penal.
Sevilla

I. INTRODUCCION

El concepto de asesinato ha ido restringiéndose paulatinamente en la Codificación penal española. De la relación de ocho elementos típicos específicos con que contaba en el Código penal de 1848, sólo conserva en la actualidad cinco y en la Propuesta de Anteproyecto para un Nuevo Código Penal de 1985 (PANCP) tan sólo tres. Esta misma tendencia se aprecia igualmente desde una perspectiva sistemática. El capítulo independiente del Código de 1822 (1) se perdió en el 1848, manteniendo, sin embargo, una posición destacada dentro del artículo 324, de forma que el homicidio que se regulaba en el mismo precepto recibía un tratamiento aparente de asesinato privilegiado. En la Propuesta de Anteproyecto para un Nuevo Código Penal, por primera vez, el asesinato pierde su sustantividad y se convierte —al menos, así se desprende del tenor literal— en una forma de homicidio (Tít. I, «Del homicidio y sus formas»). El incremento de la pena introducido con la Reforma de 1983 para compensar la abolición de la pena capital, pasando a ser el delito más gravemente castigado dentro de los delitos contra la vida, denota también una voluntad restrictiva en el legislador. Si bien ha producido el efecto contrario, ya que al convertirse en el delito más grave, los casos de parricidio, concurriendo además una de las circunstancias del asesinato, deberán castigarse por el artículo 406 en aplicación de las reglas de preferencia del concurso de Leyes (2).

(1) En el Código de 1822 el asesinato aparece descrito con un abundante casuismo. Algunas de las circunstancias recogidas en los artículos 602 y 609 adquieren unas dimensiones muy amplias en comparación con los Códigos posteriores. Tal es el caso del ensañamiento que puede suceder a la muerte, la alevosía que concurre cuando el asesinato provoca una riña o la muerte como medio para cometer otro delito que se aprecia cuando ésta tiene como móvil castigar la resistencia de la víctima.

(2) Doctrina y jurisprudencia han ofrecido soluciones distintas a este problema. Mientras que la doctrina mayoritariamente se inclina por la solución del texto (vid., por todos, CARBONELL MATEU: *«Parricidio alevoso o asesinato de parientes?», en «ADPCP», 1986, pp. 993 y ss.* RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: *La relación concursal parricidio-asesinato, después de la Reforma de 1983*, en «Estudios Penales y Crimino-

Pero si importantes en este tendencia son todas estas modificaciones, aún más lo son la evolución doctrinal y jurisprudencial. Casi todas las circunstancias se han visto sometidas a una reformulación restrictiva. La alevosía que originariamente se concibió como una circunstancia objetiva, tanto por la doctrina (3) como por la jurisprudencia (4), se reconoce hoy como mixta, en la que se perfila el carácter subjetivo (teleológico) de la propia dinámica modal (5).

La doctrina, por su parte, critica con razón la asentada tesis jurisprudencial que considera siempre alevosa la muerte del menor, que a su vez es una contradicción con la naturaleza mixta que sustenta el Tribunal Supremo. Se cuestiona incluso la coherencia de incluirla entre los elementos específicos del asesinato (6), pues como apuntan Cobo/Carbonell (7) nada hay que justifique agravar la pena de quien procura tomar las medidas necesarias para asegurar el resultado y evitar riesgos, alejados ya los planteamientos caballerescos de valentía y traición de otras épocas. La alevosía tiene unas raíces primitivas que soportan con dificultad su confrontación con los resultados de las investigaciones modernas sobre la conducta humana.

Por lo demás, es difícil de diferenciar la alevosía del abuso de superioridad, ya que ni el ámbito de los delitos a los que se aplica (8), ni la mayor o menor intensidad preventiva frente a la defensa de la víctima (9), ni el carácter transitorio o permanente de la superioridad (10) son criterios suficientemente fundamentados o que por

lógicos», T. X, Santiago de Compostela, 1985-1986), el Tribunal Supremo no ha aplicado el artículo 68 porque «ello supondría desmenbrar los elementos integrantes de una inflacción delictiva autónoma, específica y hoy privilegiada, como es el parricidio, extrayendo de su tipo la circunstancia cualificativa de ser el agredido una de las personas ligadas con el agresor por cualquiera de los vínculos señalados en el primero de los preceptos citados» (STS de 4-3-86 y 29-9-86). No obstante, más recientemente, el propio Tribunal Supremo considera «que no debe olvidarse» la opinión de la doctrina que conduce «a una solución satisfactoria» aplicando el artículo 68 (STS de 31-10-87).

(3) Cfr. PACHECO, F.: *Código penal*, T. I, 4.^a ed., Madrid, 1880, p. 218. GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A.: *El Código penal de 1870*, T. I, Burgos, 1872, p. 379.

(4) STS de 27-5-49.

(5) «La alevosía, señala la STS de 22-6-87, es una circunstancia agravatoria de carácter predominantemente objetiva. Empleo de medios, modos o formas en la ejecución que en cuanto “tienden” a asegurarla y a asegurarse el delincuente contra la defensa del ofendido incorpora un especial elemento subjetivo que dota a la acción de una mayor antijuricidad.»

(6) CÓRDOBA RODA, J.: *Comentarios al Código penal*, T. I, Barcelona, 1972, p. 546.

(7) COBO-CARBONELL, en COBO DEL ROSAL y otros: *Derecho penal*, PE, vol. I, Valencia, 1987, p. 528.

(8) GROIZARD: *Op. cit.*, p. 407.

(9) RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.: *Derecho penal español*, PG, Madrid, 1985, p. 731. En el mismo sentido STS de 27-3-81.

(10) BACIGALUPO, E.: *Los delitos de homicidio en el Derecho vigente y en el futuro Código penal*, en «Documentación Jurídica» (monográfico), vol. 1, núms. 37/40 (1983), p. 322.

sí solos puedan justificar la considerable diferencia de gravedad de pena que origina la concurrencia de una u otra.

También, y en relación con la alevosía, el Tribunal Supremo viene exigiendo su presencia a lo largo de la totalidad de la agresión (STS de 8-5-1981). Esta exigencia, que sin duda limita el ámbito de aplicación del asesinato leve, carece, a nuestro juicio, de otro fundamento lógico que no sea esta tendencia restrictiva que venimos indicando. Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 1979 declara que no concurre alevosía cuando entre la víctima y la procesada se produjo previamente una reyerta a lo largo de la cual la víctima fue golpeada hasta perder el conocimiento, situación aprovechada por el autor para estrangularla. Nada dice el artículo 406 de cuál ha de ser el origen de la indefensión de la víctima, y, en consecuencia, si hay alevosía cuando ésta se debe a motivos ajenos a la conducta del asesino (por ejemplo, porque la víctima se halla dormida), mucho más debiera considerarse cuando es el propio autor el que provoca la indefensión, bien porque éste lo haya buscado de propósito y entonces dicho comportamiento formaría parte del tipo del artículo 406, bien porque haya sido anterior y fortuita, y en este caso con el estado de indefensión, aún no se habría iniciado la conducta criminal.

Mucho más inexplicable resulta esta posición jurisprudencial si tenemos en cuenta que en los casos inversos en los que los medios alevosos aparecen al principio de la ejecución, pero resultan frustrados por la propia víctima, se aprecia la alevosía (STS de 31-1-85).

Otra de las circunstancias que ha evolucionado restrictivamente, provocando la disminución del ámbito del asesinato, es la premeditación que, en palabras de Antón Oneca, comenzó como un criterio cronológico, pasó por el ideológico y terminó en el psicológico, o más bien, por la acumulación de los tres (11). También en esta ocasión se ha cuestionado la conveniencia de introducir la premeditación conocida como elemento cualificante del asesinato. Bien porque puede concurrir junto a móviles de commiseración hacia la víctima, en casos de eutanasia activa o auxilio al suicidio (12), bien por las dificultades de prueba objetiva e inmediata del Juez (13).

(11) La premeditación se consideró durante mucho tiempo como la más importante de las circunstancias de agravación (cfr. FERNÁNDEZ ALBOR, A.: *Homicidio y asesinato*, Madrid, 1964, p. 179). Sin embargo, el Tribunal Supremo se ha resistido en las últimas décadas a apreciarla salvo en contadas ocasiones en que su presencia resulta indubitable. Así, por ejemplo, la S. de 20-1-65, no aprecia premeditación aunque el autor de la tentativa de asesinato con explosivos había planeado y meditado su conducta delictiva. Esta evolución ha debido de pesar también finalmente para excluirla de los elementos cualificantes.

(12) BAJO FERNÁNDEZ, M.: *Manual de Derecho penal. PE. Delitos contra las personas*, vol. I, 2.^a ed., Madrid, 1987, p. 68.

(13) TORIO LÓPEZ, A.: *Estudio de la Reforma de los delitos contra la vida (patricidio, asesinato)*, en «Repercusiones de la Constitución en el Derecho penal», Universidad de Deusto, Bilbao, 1983, p. 110.

Finalmente, dentro de esta tendencia restrictiva, parte de la doctrina a través de la interpretación del artículo 407 ha excluido del asesinato la comisión por dolo eventual. Es a esta última cuestión a la que nos vamos a referir básicamente en este trabajo, ya que permite plantear a su vez la propia crisis de esta modalidad dolosa.

Como ha apuntado, con razón, Torío (14), del estudio de la evolución histórica y de Derecho comparado se desprende inexorablemente la conclusión de que el asesinato es un producto de la Ley que viene, en definitiva, a permitir técnicamente el agravamiento de la pena. El homicidio constituye la modalidad ontológica de lesión contra la vida, en tanto que el asesinato muestra una inestabilidad y versatilidad derivada de valoraciones socio-culturales. En esta misma dirección señalaba Liszt que no era la pena de muerte la que se justificaba en el asesinato, sino a la inversa, el asesinato en la pena de muerte (15), de tal forma que la abolición de la pena capital va unida a la desaparición del asesinato.

El hecho, aunque sorprendente, no es ajeno tampoco a nuestra evolución legislativa. Los momentos en los que fue abolida la pena capital coinciden con un debilitamiento de la autonomía de este delito. En el Código penal de 1928 el asesinato había tenido un apartado independiente coincidiendo con la asignación tradicional de la pena de muerte, pero poco después, el Código republicano, a la vez que abole la pena capital, elimina el capítulo del asesinato y regula el delito dentro del homicidio tal como se encuentra en la actualidad.

Y vuelve a producirse hoy un fenómeno parecido en relación con la Propuesta de Anteproyecto para un Nuevo Código Penal de 1983 en donde, como ya señalé, el asesinato aparece como un subtipo cualificado de homicidio.

Todas estas circunstancias han favorecido una corriente doctrinal contraria a la regulación actual del asesinato. Esta crítica se ha dirigido en Alemania, sobre todo, contra la pena de prisión perpetua, que prevé el parágrafo 212, por su dudosa constitucionalidad, pero también contra algunas de sus circunstancias características (16).

La jurisprudencia de este país ha aplicado en ocasiones la teoría de la corrección negativa del tipo (17). De esta forma, las circunstancias tienen sólo un significado indicario, siendo preciso para la incriminación por este delito además la presencia de una reprochabilidad del hecho especialmente grave en una valoración de conjunto.

(14) TORIO: *Op. cit.*, p. 103.

(15) Cita tomada de TORIO: *Op. cit.*, p. 95.

(16) Cfr. ARZT: *Die Delikte gegen das Leben*, en «ZStW», 83,1. Woesner Moralisierende Mordmerkmale, NJW 1978, 1024; BVerfG 21-6-77.

(17) Cfr. ARZT: *Op. cit.*, p. 7. RUDOLPHI-HORN y otros: *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. II, BT 1976, pár. 211, Anm. 6. SCHÖNKE-SCHRÖDER: *Strafgesetzbuch*, München, 1980, 20 Aufl., par. 211. Rdn 10; BGHSt 9, 385, 389, 11, 139, 143.

En otros países se ha avanzado aún más en esta dirección y el asesinato ha desaparecido en su morfología tradicional. Tal es el caso del Código penal suizo (18) y sobre todo de Austria. En nuestro país, y en lo que se refiere al Proyecto de 1980 y la Propuesta de Anteproyecto para un Nuevo Código Penal de 1983, comparativamente, cabe apreciar una sustancial evolución con una marcada tendencia a convertir el delito autónomo en un delito circunstanciado. El primero de los textos apenas si introduce algunas modificaciones reseñables en relación con el Código vigente (19), sin embargo, a la vista de que las dos enmiendas más importantes que se presentaron contra el artículo 156 proponían la reducción de las circunstancias (20), en la Propuesta de Anteproyecto para un Nuevo Código Penal de 1983, el asesinato quedó redactado con sólo tres de aquéllas —alevosía, precio, recompensa y promesa u otros móviles singularmente abyectos o fútiles y ensañamiento— (art. 140), y bajo el epígrafe «Del homicidio y sus formas» (Tít. I). Por lo que se refiere a la doctrina, hay quienes, como Bacigalupo (21) o Torío (22), han propuesto en sendos trabajos también, reducir los elementos cualificantes. Este último se muestra partidario de la supervivencia, justificándola por razones simbólicas, porque «destaca de forma más intensa el valor e intangibilidad de la vida humana». Por su parte, Cobo del Rosal y Carbonell (23) mantienen la opinión de que todos los elementos cualificantes comportan un mayor reproche, es decir, una mayor culpabilidad. Este reproche ético y no jurídico adquiere una relevancia inusual en la determinación de la pena de este delito, llevando aquélla por encima del marco punitivo del injusto que le correspondería y que no es otro que el de homicidio. Por esta razón, según estos autores, desde la función protectora de bienes e intereses que en un Estado Social y Democrático de Derecho al Derecho penal compete, no es deseable la existencia de un tipo autónomo de asesinato.

A nuestro juicio, el debate de *lege ferenda* sobre la conveniencia o no de mantener un tipo autónomo es poco relevante, salvo por

(18) LANGE, R.: *Eine Wende in der Auslegung das Mordtatbestandes*, en «Festschrift für H. Schröder», München, 1978, p. 224.

(19) En el Proyecto de 1980, al precio, recompensa y promesa se añaden otros móviles abyectos o fútiles confirmando la naturaleza subjetiva de estas circunstancias. Otras modificaciones menos importantes son la reordenación de las circunstancias catastróficas para ponerlas en el mismo orden que tienen como circunstancias genéricas (art. 28.5) y la desaparición del adjetivo «conocida» que acompañaba a la premeditación desde el Código de 1850.

(20) Al texto original del Proyecto se presentaron cinco enmiendas —dos del grupo socialista, una comunista y dos del grupo vasco—. Estas últimas se referían a mejoras en la redacción de las circunstancias 4.^a y 5.^a Una de las del grupo socialista proponía atenuar la pena y la otra, así como la del grupo comunista, reducían el número de las circunstancias.

(21) BACIGALUPO: *Op. cit.*, p. 330.

(22) TORIO: *Op. cit.*, p. 113.

(23) COBO DEL ROSAL/CARBONELL: *Op. cit.*, p. 526.

sus consecuencias para determinar la pena (24). Por una parte, porque una y otra solución —delito autónomo o circunstanciado— permiten técnicamente incrementar la pena en determinados casos que es a fin de cuentas lo que se pretende, y, por otra, porque el delito circunstanciado o el tratamiento genérico acudiendo a la calificación de los hechos como homicidio con una agravante genérica no tiene porqué significar un debilitamiento de la protección penal de la vida, o, al menos, dicho argumento sólo podría esgrimirse en base a investigaciones empíricas que aún están por hacer.

II. EL TIPO SUBJETIVO DEL ASESINATO

El asesinato no se ha castigado nunca en comisión imprudente, posibilidad excluida por razones de carácter morfológico y, sobre todo, criminológico. Las razones de mayor peso, no obstante, se derivan, a nuestro juicio, más de argumentos histórico-culturales que propiamente jurídicos, ya que, como hemos indicado, el asesinato es un homicidio con determinadas circunstancias referidas casi todas a la modalidad comisiva. Hay que acudir entonces a otros argumentos más allá del propio Código penal. La asignación tradicional de la pena capital a este delito o la imagen del asesino bien definida para la criminología clásica, parecen poco acordes con la actuación en comisión culposa. Como señala V. Henting: «La problemática del asesinato reside en que no se agota con el hecho objetivo de la destrucción de la vida, con los medios y motivos reprochables o en un dolo más o menos intenso. El asesinato tiene una serie de referencias arcaicas e irracionales con la vida animica del hombre» (25).

Más discutible es la posibilidad de castigar por asesinato la muerte de una persona ocasionada con dolo eventual. Las distintas posiciones doctrinales varían por lo general dependiendo del criterio seguido en relación con la naturaleza jurídica de los elementos cualificables, de la autonomía del asesinato y también de la estructura del dolo eventual. En la actualidad, tanto la doctrina como la jurisprudencia, aunque esta última sin llevarlo a sus últimas consecuencias, entienden que el asesinato es un delito autónomo del homicidio. Para quienes sustentan la opinión contraria, no hay inconveniente en aceptar el dolo eventual e incluso, la comisión culposa siempre que en relación con las circunstancias se cumplan los requisitos genéricos del artículo 60 (26).

(24) En el mismo sentido BAJO FERNÁNDEZ: *Op. cit.*, pp. 58-59.

(25) *Estudios de Psicología Criminal*, T. II. *El asesinato*, trad. Rodríguez Devesa, Madrid, 1960, pp. 15-16.

(26) A favor de considerar el asesinato como homicidio cualificado se inclina FERRER SAMA (*Comentarios al Código penal*, T. IV, 1.^a ed., Madrid, 1956, pp. 256 y ss.) en base a consideraciones estrictamente legales. Según este autor el asesinato fue autónomo en el Código de 1870, «al figurar en otro capítulo».

A favor de la sustantividad del asesinato se han esgrimido argumentos formales tales como el mantenimiento del *nomen iuris* o la propia diferenciación típica, razones históricas y también de carácter sustantivo, considerando que la concurrencia de los elementos cualificantes significan un incremento de la antijuricidad o un mayor reproche del autor. Finalmente, se han apuntado también importantes razones criminológicas, hoy menos utilizadas, tales como las realidades biosíquicas y sociológicas de los asesinos (27).

A nuestro entender el asesinato es en efecto un delito autónomo, pero lo es tan sólo por voluntad del legislador, que ha planteado la norma, en la descripción de la conducta y en la asignación de la pena, como una norma autónoma del homicidio. En su significado material, los mismos elementos cualificantes hubieran producido el mismo efecto aun valorándose como circunstancias genéricas. Por estas razones no se alcanza a comprender las distintas consecuencias jurídico-penales —sobre todo en la participación— que se dan en uno u otro caso y quizás también ahí haya que buscar la justificación de que el Tribunal Supremo, en ocasiones, aún aceptando la tesis del delito autónomo para el asesinato, no tenga inconveniente de aplicar el artículo 60 pensado exclusivamente para las circunstancias (28).

Desde esta perspectiva entiende Quintano que el carácter cualificante de las circunstancias exige de un dolo específico (o reduplicado), «lo que imposibilita en absoluto las calificaciones culposas del asesinato y en buena doctrina también las de dolo eventual y de mero resultado» (29). Esta posición es, sin embargo, matizada por el propio autor unas páginas más adelante, señalando que el dolo eventual sólo quedaría inicialmente excluido cuando se entiende por tal los supuestos tipificados *ex lege* a modo de delito cualificado, pero no, en cambio, entendidos como «probabilidad consentida», en cuyo caso no hay dificultad mayor en admitir su posible adecuación al asesinato (30).

Más recientemente, Muñoz Conde (31) ha defendido la imposibilidad de calificar unos hechos como asesinato si sólo concurre dolo eventual. Entiende este autor que la tesis contraria conduciría irremediablemente a la inaplicación de los supuestos delictivos de los artículos 547.4 y 548. En efecto, en ambas modalidades de incendio se requiere un peligro para una o varias personas, si bien con un tratamiento distinto, ya que el artículo 548 exige que el autor sepa que dentro del edificio, aeronave o buque se hallaban una o más personas, en

(27) Cfr. v. HENTING: *Op. cit.*, *passim*.

(28) ALONSO ALAMO, M.: *El sistema de las circunstancias del delito*, Valladolid, 1982, p. 213.

(29) QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Tratado de la parte especial de Derecho penal*, T. I, vol. 1.º, Madrid, 1972, p. 245.

(30) QUINTANO: *Op. cit.*, p. 248.

(31) MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal*, PE, 6.ª ed., Sevilla, 1985, p. 29.

tanto que para el artículo 547 no aparece como necesaria esa relación intelectual, siendo suficiente la presencia material en el teatro, la iglesia u otro edificio destinado a reuniones, de una concurrencia numerosa de personas (32). Según esta tesis, si no llega a producirse la muerte, se castigará sólo por uno de estos dos preceptos y, en caso de producirse aquélla bien sea con dolo eventual, bien imprudentemente, la calificación correcta sería la del concurso ideal con el homicidio doloso o culposo (33).

Para evitar la ruptura de la unidad delictiva del asesinato, Muñoz Conde aplica el principio de comunicabilidad absoluta entre los distintos modos de comisión y, por tanto, lo que no es posible para el asesinato por medio de incendio no lo es tampoco para el resto de las modalidades del artículo 406. Sin embargo, de esta solución se derivan irremisiblemente una serie de graves incongruencias punitivas. En primer lugar, como apunta Bajo Fernández (34), carece de explicación que el incendio de un edificio cuando se halla en su interior una concurrencia de personas con dolo eventual (o incluso, imprudencia) respecto de la muerte, si se llega a producir ésta, se castigue con la pena de reclusión mayor en su grado máximo (concurso ideal entre el art. 547.4 y el 407 ó 565) mientras que si el medio comisivo no fue el incendio, sino la inundación, la pena sería de reclusión menor en grado máximo (concurso ideal entre el art. 554 y el 407 ó 565). La misma incongruencia resulta en la calificación del envenenamiento de una fuente, una cisterna o un río (art. 347) o del medio ambiente (art. 347 bis) con resultado de muerte producida con dolo eventual o imprudencia. En uno u otro caso habría de castigarse con reclusión menor (art. 348), mientras que tratándose de un incendio, la pena sería —como hemos visto— reclusión mayor en grado máximo.

Por otra parte, en el delito de tortura se privilegiaría al funcionario o autoridad que en el curso de una investigación policial produjese a consecuencia de las violencias sobre el detenido, la muerte con dolo eventual —supuesto por lo demás sumamente frecuente en este delito—. De excluir el asesinato con esta modalidad dolosa, la pena sería la de reclusión menor en grado máximo (art. 407 en relación

(32) POLAINO NAVARRETE, M.: *Delitos de incendio en el ordenamiento penal español*, Barcelona, 1982, p. 102.

(33) La misma solución ha adoptado el Tribunal Supremo. Vid. STS de 15-6-81 ó 24-2-72. En la primera de ellas referida al incendio de la sala de variedades «Scala», de Barcelona, señala el Supremo que el concurso entre el delito de incendio y el homicidio u homicidios con dolo eventual o imprudencia —de existir dolo directo se castigaría por asesinato— tiene la «ventaja de que no prima al delincuente que ha determinado uno o más fallecimientos y no permite establecer el agravio comparativo con quien realiza la misma conducta y no ocasiona fallecimiento alguno». Pero la solución adoptada por estas sentencias no sería la única que evita favorecer al autor cuando se produce la muerte, tampoco se primaría a éste si el dolo eventual respecto a los fallecimientos se castigara por el delito de asesinato.

(34) BAJO FERNÁNDEZ: *Op. cit.*, p. 62.

con el 204 bis), sin poder contemplar la alevosía o el ensañamiento que concurren en la tortura.

En otro orden de cosas y en relación con los artículos 547.4 y 548, no debe olvidarse que nos encontramos ante delitos patrimoniales sin enriquecimiento cuya acción consiste en incendiar y el resultado es la combustión o prendimiento de la cosa y que, por otra parte, el dolo es conocer y querer los elementos objetivos pertenecientes al tipo legal, luego el dolo del delito de incendio no puede consistir en querer —aunque sea eventualmente— la muerte de una persona. Estaríamos creando un tipo delictivo nuevo que no se corresponde ni con el artículo 547.4 ni con el 548. Cabría aún entender la expresión «sabiendo que dentro se hallaban una o más personas», como un elemento subjetivo del injusto, concretamente como una actitud interna trascendente, pero ello tampoco es posible porque estos elementos acentúan el aspecto volitivo mientras que aquí el legislador sólo parece interesado por la concurrencia de una relación cognitiva sobre una determinada circunstancia: la presencia de personas en el interior.

Todos estos supuestos hallarían una solución más ajustada de aceptar la posibilidad del asesinato con dolo eventual. Además, tampoco llevaría a un vaciamiento de los tipos delictivos de los artículos 547.4 y 548, ya que se incriminarían allí los casos de incendio con muerte imprudente como parece ser la voluntad del legislador, que requiere sólo del conocimiento por el autor de la presencia de un grupo de personas en el lugar del incendio, es decir, según la tesis dominante en la doctrina, sólo culpa con representación (teoría de la probabilidad).

En todo caso es discutible que las dificultades de aplicar el dolo eventual en una modalidad de asesinato de escasa significación histórica, criminológica y en Derecho comparado como es la muerte por medio de incendio, puede por sí sola justificar que se haga extensiva esta limitación al resto de los modos de comisión del delito. De ahí que el propio autor la respalde considerando difícil de admitir el dolo eventual en el asesinato, «porque las circunstancias mencionadas en el artículo 406 exigen claramente la intención de matar» (35).

Este mismo argumento emplean Cobo y Carbonell para quienes las circunstancias del asesinato son incompatibles con el dolo eventual, ya que requieren, «en todo caso, un conocimiento y voluntad plenos por parte del autor» (36).

El problema se centra, pues, en saber si los elementos específicos de este delito lo hacen incompatible con el dolo eventual. O dicho en otros términos, si la relación asociativa de las circunstancias y el resultado muerte son tan estrechas que no permitan diferenciar entre

(35) MUÑOZ CONDE: *Op. cit.*, p. 29.

(36) COBO/CARBONELL: *Op. cit.*, p. 531. En el mismo sentido, Cfr. RODRÍGUEZ RAMOS, L.: *Compendio de Derecho penal*, PE, Madrid, 1985, p. 50.

un dolo directo referido a éstas y eventual para aquél. La aclaración de estos extremos por sí solo no significa, sin embargo, encontrar una solución adecuada desde una perspectiva político-criminal. Junto al análisis de los presupuestos conceptuales del dolo eventual y sus dificultades para concurrir en el asesinato, deben valorarse las consecuencias jurídico-penales de una u otra posición. Los elementos específicos del asesinato y no el dolo directo o eventual deben justificar el efecto intensificado que producen en la pena. Téngase en cuenta que una muerte con auxilio de gente armada (art. 10.13) con nocturnidad (art. 10.13) o realizada con astucia o fraude (art. 10.7) se castiga como homicidio simple con penas que van de catorce años y ocho meses a veinte años (art. 61.2), mientras que el mismo resultado con alevosía u otra circunstancia del artículo 406, podría elevar la pena hasta veintiséis años y ocho meses (art. 61.4). Bien es cierto que, tal como apunta Torío (37), la pena de muerte asignada tradicionalmente a este delito, le daba un carácter cualitativo diferente, el mismo que existe entre la pena capital y la privativa de libertad, y que, sin embargo, hoy, tras su abolición, sólo se trata de una pena cuantitativamente superior. Pero esta observación no contradice la particular intensidad que adquieren aquí un grupo de circunstancias agravantes genéricas. De esta manera, la cuestión parece plantearse más que (o la vez que), en los términos de posibilidad, en los de conveniencia de incluir el dolo eventual en el asesinato.

Queda pues aclarado que la forma en que debe castigarse la comisión con dolo eventual es una cuestión ajena al tipo específico del asesinato, es decir, determinar si realizar una conducta con un conocimiento eventual merece el mismo castigo que cuando existe un conocimiento seguro y una voluntad de lesionar un bien jurídico, es una cuestión valorativa y que deberá plantearse no sólo en relación con este delito, sino como un problema de parte general.

Comenzaremos entonces analizando si la estructura lógica del asesinato posibilita la solución de la compatibilidad. El dolo eventual estaría excluido del asesinato como de cualquier otro delito si el legislador hubiere introducido en la descripción típica un elemento equivalente a la finalidad, entendida ésta como «voluntad regida por la representación de la meta que conduce a ésta a los hechos» (38).

Así ocurre con cláusulas como «de propósito» en los delitos de castración y esterilización (art. 418) o mutilación de órgano principal (art. 419) o como «a sabiendas» en la prevaricación (art. 351). De igual forma se excluiría aquél cuando uno de los elementos de delito, bien pertenecientes al injusto o la culpabilidad tenga una relación asociativa con el dolo directo que haga necesaria su concurrencia. Tal es

(37) TORIO LÓPEZ: *Op. cit.*, p. 112.

(38) JESCHECK, H. H.: *Tratado de Derecho penal*, T. I, trad. Mir-Muñoz Conde, Barcelona, 1981, p. 410.

el caso, por ejemplo, del «instinto asesino» («mordlust») en Alemania, o el ánimo de ocultar por medio de la muerte de una persona determinado delito en donde aquella aparece no como una consecuencia, sino como un medio (39), o en nuestro Código, la premeditación.

A nuestro juicio ni la identidad de la pena, ni la ubicación conjunta de todas las modalidades de asesinato justifican suficientemente que puedan hacerse intercambiables los requisitos necesarios para cada uno de los supuestos. Los únicos elementos comunes son aquellos que expresamente ha recogido el legislador al comienzo del artículo 406 y que coinciden con el homicidio: «el que matare a una persona». Por lo demás, la autonomía es completa ya que cada elemento añade un particular significado jurídico penal a la acción sin el cual la intensidad del desvalor desaparece. Significado del que se derivan en cada caso unos elementos específicos. Aunque recogidos en un mismo precepto, no sería incongruente hablar en plural de los delitos de asesinato y renunciar a otros elementos comunes que no sean el propio resultado de lesión contra la vida. Por esta razón, debe rechazarse una solución común para todos los supuestos de asesinato y analizar, en cambio, por separado, la problemática que plantea la incardinación de cada uno de dichos elementos en el injusto básico de homicidio.

III. TIPO SUBJETIVO DEL ASESINATO ALEVOSO

—Alevosía. Indistintamente como circunstancia genérica o elemento del asesinato se entiende que concurre alevosía «cuando el culpable comete el delito empleando medios, modos o formas en la ejecución que tiendan directa y especialmente a asegurarla sin riesgo para su persona que proceda de la defensa que pudiera hacer el ofendido» (art. 10.1) (40). La alevosía se considera como una circunstancia objetiva-subjetiva, si bien en sus orígenes predominaba esta segunda naturaleza, porque tenía una fundamentación eticista, entendiéndose por una interpretación sintomática que determinados comportamientos que provocan o se aprovechan de la indefensión de la víctima denotan un especial grado de vileza, traición o engaño en la personalidad del autor.

Aunque nada ha cambiado en el contenido legal de esta circunstancia, cuya redacción evoca sin lugar a dudas la imagen literaria del asesino y permite una interpretación subjetivista, parece lógico buscar una coherencia entre los supuestos generales del sistema penal y los tipos singulares de la parte especial y huir, en consecuencia,

(39) SCHÖNKE-SCHRÖDER: *Op. cit.*, pár. 211, Anm. 10.

(40) En este sentido también la Jurisprudencia. Cfr. STS de 9-3-70.

de semejantes interpretaciones, que se basan en el principio de peligrosidad individual del autor (41).

Más problemática ha resultado la reelaboración de los contenidos de sus vertientes objetiva y subjetiva, debido, sobre todo, a que los calificativos objetivo y subjetivo se emplean con significado en ocasiones diverso, a veces para diferenciar lo que corresponde al injusto —objetivo— o la culpabilidad —subjetivo— y, a veces, este último para hacer referencia a un elemento tendencial o volitivo en el autor frente al sustrato fáctico. Así, por ejemplo, Cuello Calón entiende que la alevosía es subjetiva, es decir, es un elemento de la culpabilidad caracterizado por una mayor perversidad del delinquente (42). También para Cobo-Vives la razón de ser de esta agravante se encuentra en la «actitud traicionera» del delincuente (43), la misma opinión sostiene Del Rosal (44). Entre quienes la sitúan en el ámbito del injusto existe también disparidad de opiniones, ya que para unos la alevosía se funda en el aseguramiento de la ejecución sin riesgo, mediante el empleo de medios, modos y formas insidiosas y clandestinas (45) y para otros lo decisivo es que el actuar alevoso crea una situación de indefensión en la víctima. De esta opinión es García Arán (46) para quien mediante la agravación de la alevosía se pretende incrementar la protección de la vida y la integridad de las personas indefensas. Esta diversidad de opiniones no es obstáculo para que de forma generalizada se reconozcan en la alevosía elementos objetivos y subjetivos. Como apunta Antón Oneca (47) es una circunstancia cuya estructura es similar a la de los delitos de tendencia, caracterizados porque la antijuricidad del hecho externo depende de la finalidad perseguida por el agente. En la alevosía, en efecto, no sólo han de concurrir unos medios, formas o modos en la ejecución y el autor ha de tener además conocimiento y voluntad de emplearlo (dolo de alevosía), sino que es precisa la existencia de un elemento subjetivo del injusto descrito por el legislador como tendencia a asegurar la acción evitando la defensa de la víctima. Este elemento excluye por otra parte el empleo imprudente de medios alevosos. Desde esta perspectiva considero más acertada la tesis de quienes ven su *ratio* en el aprovechamiento de unos modos de comisión con idea de economizar el

(41) TORIO LÓPEZ: *Op. cit.*, p. 105.

(42) CUELLO CALÓN, E.: *Derecho penal*, PG, Barcelona, 1975, p. 489.

(43) COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN: *Derecho penal*, PG, 2.^a ed., Valencia, 1987, p. 622.

(44) DEL ROSAL, J.: *Tratado de Derecho penal español*, PG, vol. II, Madrid, 1972, p. 521.

(45) ALONSO ALAMO: *Op. cit.*, p. 478.

(46) GARCÍA ARÁN, M.: *Los criterios de determinación de la pena en el Derecho español*, Barcelona, 1982, p. 150. En el mismo sentido, BUSTOS RAMÍREZ, J.: *Manual de Derecho penal*, PG, Barcelona, 1984, p. 418.

(47) ANTÓN ONECA, J.: *Derecho penal*, 2.^a ed., anotada y corregida por Hernández Guijarro y Benítez Merino, Madrid, 1986, p. 386.

riesgo que en la fáctica indefensión de la víctima, fundamentalmente por dos razones: la primera, porque es el propio texto legal el que exige un elemento tendencial. La segunda, porque se introduce un criterio restrictivo donde el legislador no ha descrito suficientemente el comportamiento punible, sino que se mueve en un plano valorativo.

Ahora bien, ni el elemento subjetivo del injusto ni el dolo de la alevosía condicionan un grado determinado de intensidad dolosa —directo o eventual— en el asesinato. Aquéllos van referidos exclusivamente a unos modos de ejecución. Así, el sujeto actúa alevosamente si se oculta de la víctima para agredirle por sorpresa, aunque no tenga la certeza de que el resultado de su agresión será la muerte de aquél. Con razón apuntaba ya Groizard (48) que no era el resultado de la acción lo dominante para apreciar la alevosía.

En efecto, la alevosía significa un incremento en el desvalor de la acción porque el comportamiento alevoso muestra una mayor capacidad para producir la lesión del bien jurídico, o por la lesión añadida a las relaciones sociales distendidas y pacíficas necesarias para la vida en sociedad y, en definitiva, para el desarrollo de la personalidad. Esta última perspectiva encuentra más partidarios allí donde la alevosía se entiende como el aprovechamiento de la ingenuidad de la víctima (49) o la defraudación de una especial confianza (50).

En el asesinato donde concurre la alevosía podrá combinarse cualquier modalidad de dolo —directo o eventual— en relación con la muerte, pero, sin embargo, en relación con los medios, modos o formas alevosas sólo es posible el dolo directo por la concurrencia del elemento subjetivo trascendente; ello no quiere decir que deba exigirse una preordenación ideal. La alevosía es compatible con la premeditación, como reconoce la doctrina (51), porque para que se aprecie basta que el autor en un determinado momento aproveche determinados medios con la idea de disminuir las defensas de su víctima.

También el Tribunal Supremo ha prescindido de esa relación asociativa y ha indagado en los hechos por separado, el dolo de matar y la actitud interna alevosa, como ocurre en los fundamentos de Derecho de la sentencia de 24 de febrero de 1972, cuyo supuesto fáctico es el siguiente:

«Hallándose las tres mujeres sobre la acera en la confluencia de dos vías urbanas de cierta ciudad conversando descuidadas, el procesado, con la furgoneta que conducía, las embistió a gran velocidad por la espalda, atropellándolas, saliendo despedidas dos de ellas, una por cada lado, arrollando a la del centro, pasándole el vehículo por encima aunque sin ser tocada por las

(48) GROIZARD: *Op. cit.*, p. 385.

(49) Cfr. SCHMOLLER, K.: *Überlegungen zur Neubestimmung des Mordmerkmals «heimtückisch»*, en «ZStW-99» (1987), p. 393.

(50) Blei, Bes. Teil, p. 25; Bockelmann, Bes. Teil, 2, 1977, pp. 14 y ss.

(51) MUÑOZ CONDE: *Op. cit.*, p. 25.

ruedas, sufriendo lesiones todas, descripción que pone de relieve con claridad que hubo un súbito e inesperado acometimiento contra quienes no podían esperarlo inadvertido hasta recibir el golpe por la espalda, sin posibilidad de defensa alguna, limitada en caso a un rápido y difícil apartamiento de la trayectoria seguida por el vehículo automóvil que ni siquiera pudieron intentar por lo ya apuntado, y al margen, desde luego, de todo riesgo para el conductor, ataque que viene siendo calificado como alevoso» (52).

En la misma sentencia, pero en otro considerando, se exponen los argumentos por los que se entiende concurren un dolo directo de segundo grado («dolo de consecuencias necesarias que aparece cuando sin desear un resultado, lo que el sujeto quiere se liga a otro efecto representado como inexorable»). Bastaría, siguiendo la doctrina de quienes excluyen el dolo eventual concurriendo alevosía, con remitirse a las mismas argumentaciones que fueron utilizadas para fundar la presencia de éste. Sin embargo, el discurso del Alto Tribunal muestra unas diferencias bien significativas. El dolo es directo, no porque se intentara evitar riesgos para el conductor en el ataque, sino porque «al acometerlas por la espalda con una furgoneta a gran velocidad, *hubo de representarse* al procesado que el resultado letal que perseguía no podía quedar circunscrito a su cónyuge, mayormente por hallarse en el centro». El dolo es directo, no porque —como indica la STS de 3-3-1986— la alevosía signifique un *modus operandi* que «lleva consigo el aseguramiento de un resultado delictivo», sino por asegurar la ejecución, aunque el autor no se haya representado y deseado un resultado concreto.

Pero además, aún sin ser consciente de ello, el Tribunal Supremo se inclina por las tesis cognoscitivistas del dolo eventual. En relación con las otras dos mujeres se afirma simplemente un dolo eventual porque, como indica la sentencia, «*hubo de representarse*» el resultado letal, exigencia característica de esta modalidad dolosa y no del dolo directo de segundo grado (de consecuencias necesarias), en donde es preciso que el autor sepa seguro, al menos, que hay una conexión entre el resultado y el desarrollo del suceso. El Supremo se conforma con una eventual representación del resultado y emplea este argumento para fundamentar un dolo directo y no el eventual.

En otras ocasiones, el Supremo no ha tenido inconveniente en castigar por asesinato alevoso con dolo eventual. Una antigua sentencia de 5 de octubre de 1887 califica de doble asesinato alevoso el cometido por quien, llevado por una enemistad envía un paquete-bomba a su víctima, que lo abre en su domicilio en presencia de su esposa y a consecuencia de la explosión se produce la muerte de ambos.

(52) Supuestos de hecho parecidos se recogen también en las SS. de 21-12-68, 9-3-70 y 25-9-70.

Aunque la presencia de la esposa en el despacho donde sucedió la explosión fue imprevisible para el autor y sólo la del marido había sido deseada, el hecho se califica como doble asesinato alevoso. Más recientemente, el Tribunal Supremo vuelve a pronunciarse en este mismo sentido. La sentencia de 27 de marzo de 1981 recoge los siguientes hechos probados:

Sobre las 8 horas del día siguiente, el acusado circulaba conduciendo el vehículo de su propiedad, haciéndolo por la derecha y en sentido ascendente se cruzó con la esposa del señor Ramos, que bajaba andando por su izquierda en sentido descendente, acompañada de una cuñada, en cuyo instante tras gritarle «que lo que había hecho no se lo cobrarían sus hijos» —dándole a entender que lo haría ella—, le tiró una piedra de dimensiones ignoradas que dio en la carrocería en la parte trasera derecha de dicho vehículo, que siguió su marcha, pero pocos metros más adelante el acusado dio la vuelta y colocándose en situación, ahora descendente, aceleró la velocidad del vehículo y de manera rápida e imprevisible y con ánimo de muerte, invadió el sector izquierdo de la dirección que llevaba y arremetió contra la víctima cuando ésta se hallaba de espaldas, y le causó lesiones.

La Sala considera que «la muerte fue representada y querida o, al menos, aceptada voluntariamente como resultado posible o eventual por quien se valió para realizar el ataque de un medio mecánico tan poderoso y de efectos —una vez desatada la acción— gravísimos e incontrolables». Se desestima el recurso y se confirma la calificación de los hechos como asesinato alevoso.

El interés del considerando transcritio es doble: por una parte, porque según asentada jurisprudencia, lanzar un vehículo intencionadamente contra la víctima era prueba incuestionable de dolo directo incluso cuando aquélla iba acompañada por otras personas, tal como hemos visto en la sentencia anterior de 21 de febrero de 1972, sin tenerse en cuenta la representación que efectivamente se hizo el autor sobre la conexión de su comportamiento y el resultado lesivo para los acompañantes. Por otra parte, porque la indagatoria de la Sala se detiene en el momento en que se despejan las dudas sobre la opción dolo-culpa, es decir, el resultado según dicho considerando podía ser «possible o eventual», y ello no hubiera modificado la calificación de los hechos como asesinato. En esta ocasión ni tan siquiera plantea al Gobierno el Supremo una propuesta de conmutación de pena, como hizo en circunstancias parecidas (19-12-78).

La desproporción de la pena asignada al delito de asesinato a consecuencia de equiparar el dolo eventual con el dolo directo y no la imposibilidad estructural de calificar unos hechos como asesinato con

dolo eventual ha dado origen a un importante grupo de sentencias en las que se ha optado por calificar los hechos como homicidio, aunque las circunstancias y las propias argumentaciones del Supremo debieron conducir a una calificación bien distinta, y ha dado origen también a una jurisprudencia contradictoria y fluctuante en relación con el dolo eventual. Mientras que en relación con otros delitos el Supremo ha recurrido a criterios como «confiar en la propia destreza para evitar el resultado» (20-12-1978) o «actuar confiando en que el resultado no se produciría» (3-5-1982) para afirmar generosamente la concurrencia de dolo eventual, aun tratándose de características esenciales del actuar imprudente (53), cuando concurre un elemento del artículo 406 procura eludir o bien el propio dolo eventual en favor de la culpa o bien ese elemento para evitar la calificación de los hechos como asesinato. Veamos algunos ejemplos:

En la sentencia de 8 de noviembre de 1962 se castiga como homicidio doloso propinar tras una discusión un golpe violento en la nuca de la víctima que produjo la muerte sin apreciar la alevosía. Tampoco se aprecia ésta en quienes, aprovechando que las víctimas se hallan dormidas, las atacan y taponan las vías respiratorias con cloroformo con la idea de apoderarse ilícitamente de la heroína que portaban resultando la muerte por asfixia mecánica derivada de la obstrucción. El Supremo califica los hechos como homicidio doloso (28-10-1983). En otras ocasiones los argumentos se dirigen contra la concurrencia del elemento subjetivo. Veíamos antes cómo dirigir el vehículo contra la víctima se calificaba de asesinato alevoso tanto en relación con ésta como con sus acompañantes. Sin embargo, la sentencia de 25 de septiembre de 1967, califica de imprudencia conducir un autobús sin frenos de pie, sin utilizar el freno de mano, sin guardar las distancias reglamentarias y golpeando por tres veces a un ciclomotor en marcha, el último de los cuales produce la caída del conductor y su atropello mortal. Tampoco aprecia dolo eventual cuando el conductor se acerca el arcén para asustar a unos autoestopistas (STS de 29-6-1979), quizás, como apunta Zugaldia, por tratarse de acciones socialmente adecuadas (54) y también para evitar la irremediable calificación de los hechos como asesinato, aunque, como dijimos antes, la solución para evitar penas desproporcionadas no es negar lo evidente introduciendo confusión en los criterios, sino buscar vías de punición intermedias para cuando concurre el dolo eventual.

Un supuesto paradigmático de estas contradicciones es el caso de la sentencia de 19 de diciembre de 1978. El supuesto de hecho es el siguiente: El procesado observa al entrar en su casa que unos desconocidos están colocando carteles de un determinado matiz político,

(53) ZUGALDÍA ESPINAR, J. M.: *La demarcación entre el dolo y la culpa: El problema del dolo eventual*, en «ADPCP», 1986, p. 419.

(54) ZUGALDÍA: *Op. cit.*, p. 407. Citando además en nota 31 un trabajo empírico inédito sobre esta cuestión.

sube a ella y desde el balcón-terraza les arroja un balde de agua y un tiesto de maceta vacío con el fin de disgregarlos. Como no lo lograra, sube a la azotea del edificio y desde allí lanza otro balde sin conseguir tampoco su propósito. Luego toma un ladrillo (1.350 gramos) y desiste de lanzarlo desde la azotea porque la cornisa no le permitía buena visibilidad. Baja entonces de nuevo al balcón donde «la iluminación del alumbrado público le permitió ver clara y suficientemente al grupo», y desde allí «con el cuerpo y ánimo en tensión, preparado para esconderse aprovechando el rincón que hacía su balcón, tomó la piedra o ladrillo descrito en su mano izquierda para dirigirlo mejor, puesto que el grupo estaba abajo, en la calle, a unos 13 ó 14 metros a la derecha, saliendo del portal de su casa y dándose entonces, por primera vez, perfecta cuenta de que por el volumen y peso del ladrillo, más la altura en que se encontraba, si atinaba contra alguna persona podía ocasionarle la muerte», resultando que efectivamente se produjo. El Supremo califica los hechos como homicidio con dolo eventual sin tomar en consideración que el autor buscó de propósito modos de ejecución —altura, visibilidad, posibilidad de ocultarse, etc.— tendentes directa y especialmente a asegurarla sin riesgo para su persona por la defensa de la víctima, es decir, alevosamente.

IV. TIPO SUBJETIVO DEL ASESINATO POR PRECIO

La segunda de las circunstancias del asesinato es el precio, recompensa o promesa. En este caso, la asociación de la circunstancia con el resultado parece más evidente que en la alevosía. Así se desprende, al menos, del tenor literal del artículo 406 en donde se castiga «el que matare a otro... 2) Por precio, recompensa o promesa». Sin embargo, si nos atenemos a su fundamento, la solución ofrece aspectos distintos. El precio como circunstancia agravante es para uno de carácter objetivo (55) y para otros tiene un significado personal y subjetivo (56), lo que, como ya hemos apuntado, traducido en otros términos se entiende que para unos es un elemento del injusto y para otros de la culpabilidad (57). Para los primeros, el precio favorece una especial impunidad y dificultad para descubrir a los culpables. El ejecutor del hecho y el instigador muestran mayor peligrosidad porque rompen la «cadena motivacional» que une al inductor y al delito (58). Para los segundos, el incremento de la culpabilidad se

(55) MIR PUIG, S.: *Derecho penal*, PG, 2.^a ed., Barcelona, 1985, p. 571. QUINTANAS: *Op. cit.*, p. 276.

(56) BAJO FERNÁNDEZ: *Op. cit.*, p. 65. COBO/VIVES: *Op. cit.*, p. 622. GARCÍA ARÁN: *Op. cit.*, p. 152.

(57) MARTÍNEZ PÉREZ, C.: *La circunstancia agravante de precio, recompensa o promesa*, en «CPC» 19 (1983), p. 58.

(58) MIR PUIG: *Op. cit.*, p. 576.

debe al ánimo de lucro que inspira al autor de la ejecución o a los móviles abyectos o fútiles (59). Desde esta última posición se encuentran más dificultades para hacer extensiva al instigador el efecto agravante del precio, ya que en él no concurre el elemento subjetivo. Además, de acuerdo con el artículo 60.1, tratándose de una circunstancia subjetiva la incomunicabilidad a otros culpables está fuera de duda. El Tribunal Supremo, aun afirmando la naturaleza subjetiva, no ha tomado en cuenta aquel precepto y en reiterada jurisprudencia ha extendido los efectos tanto al dador del precio como al receptor del mismo (STS 26-2-79 ó 16-3-81, entre otras), si bien para ello ha provocado una excesiva etización de los fundamentos de esta circunstancia, que en consecuencia no podía reducirse al ánimo de lucro. El inductor, se afirma, muestra una «repulsiva cobardía» (STS 20-10-72) y una «depravación moral» (STS 26-2-79) o «inmoralidad o falta de escrúpulo» (STS 15-12-78) (60). Esta formulación del contenido subjetivo de quien actúa por precio concurre sin problemas en el instigador y el autor sin infringir lo establecido en el artículo 60. Las dudas ahora se plantean en determinar si hay siempre una correspondencia entre el hecho de ofrecer una recompensa por cometer un crimen y la «depravación moral». En principio, al menos, no parece posible aventurar tal afirmación, ya que en ocasiones el dador del precio puede estar motivado por commiseración hacia la víctima —eutanasia activa—, pero siendo incapaz de actuar decide ofrecer una recompensa al autor material (61). De manera que el fundamento ético no necesariamente concurre aún mediando precio y, en consecuencia, tal como opina la doctrina dominante, habría que concluir que la pena se agrava por la presencia única y exclusiva de un ánimo de lucro.

También parece discutible la opinión de quienes defienden el carácter objetivo del precio. De tenerse en cuenta sólo la realidad objetiva del pacto, como pretende Quintano (62), deberíamos castigar por asesinato con precio a quien acepta la recompensa, pero su voluntad criminal se ve determinada por otros móviles o, incluso, a quien defraude al dador dejándose convencer de lo ya convenido para obtener el pago. Por otra parte, el precio no siempre rompe la cadena motivacional facilitando la impunidad y no por eso deja de apreciarse. Se rompe cuando el instigador queda en la sombra, pero no en los casos más frecuentes en los que coopera en la ejecución del hecho.

Así pues, la solución, a nuestro juicio, más acertada es aquella que justifica el precio, recompensa y promesa con el ánimo de lucro que inspira al autor. En comparación con las circunstancias de «móviles abyectos o fútiles» que con frecuencia se emplea en otros orde-

(59) Vid., por todos, COBO/VIVES: *Op. cit.*, p. 623.

(60) Críticamente a esa posición jurisprudencial ANTÓN ONECA: *Op. cit.*, p. 357. ALONSO ALAMO: *Op. cit.*, p. 654.

(61) ANTÓN ONECA: *Op. cit.*, p. 391.

(62) QUINTANO: *Op. cit.*, p. 276.

namientos jurídicos (63) el precio resulta ser más estricto y también contiene un sustrato fáctico —el «*pactum sceleris*»— del que carecen aquéllos. Ya hemos señalado las dificultades de hacer comunicable esta cualificación al instigador si su *ratio* es el ánimo de lucro. Dificultades todavía más graves si tenemos en cuenta las consecuencias del artículo 60 concebido sólo para circunstancias genéricas y no para elementos constitutivos del delito. Para encontrar una solución que evite que en unos casos —como agravante— el precio sólo se aplique a la persona en quien concurre (art. 60) y en otros —como elemento típico— se aplique al instigador siguiendo las reglas generales de unidad del título imputado, aún tratándose estructuralmente del mismo elemento, la doctrina ha seguido diversos caminos. Rodríguez Devesa (64) se inclina por la diversidad tal como acabamos de exponer. Para Del Rosal, Cobo y R. Mourullo (65) la solución parte de reformular el concepto de unidad de título, entendiéndolo como unidad de hecho básico —matar a otra persona—; al partícipe sólo se le imputa el núcleo del tipo delimitado por el bien jurídico protegido y en la medida que objetivamente lo realice y subjetivamente lo admitta en su voluntad de participación, ciertos elementos periféricos a ese núcleo.

Por su parte, Alonso Alamo (66) llega a conclusiones similares aunque salvando plantearse si el precio es o no un elemento constitutivo o una circunstancia agravante; en ambos casos su fundamento está en el ánimo de lucro y este es un elemento de la culpabilidad subjetivamente concebido que, en consecuencia, sólo debe alcanzar a aquellos culpables en quien concurre.

Las dos posiciones que acabamos de señalar coinciden en lo esencial: la necesidad de buscar una solución unitaria para los dos supuestos. Los caminos empleados son, sin embargo, distintos. Para los primeros todo aquello que no constituye núcleo del tipo aun formando parte de éste sigue las reglas del artículo 60. Para la segunda, se recurre a la naturaleza del fundamento del precio para aplicar idéntica

(63) Los móviles abyectos son recogidos en los Códigos alemán e italiano. Por lo que se refiere a Alemania dentro de ese grupo de elementos que caracterizan una culpabilidad especial, se incluyen el ánimo asesino, la satisfacción de instintos sexuales, la crueldad y como cláusula residual, cualquier otro móvil abyecto. Según el Tribunal Supremo de este país, por móviles abyectos, deben entenderse todos los impulsos del hecho que muestran una especial bajeza moral o que sean reprobables de acuerdo con los criterios valorativos generalmente aceptados y precisamente por esto sean menoscupables (BGHSt 3, 132). El Código penal italiano aparte de reconocer algunas circunstancias concretas que denotan una mayor culpabilidad se recogen expresamente la comisión del homicidio por móviles abyectos o fútiles (art. 577.4 en relación con el 61.1). El contenido de ambos adjetivos se interpreta en términos parecidos [Cfr. por todos SANTORO: *Circostanza del reato (Diritto penale comune)*, en «Novissimo Digesto Italiano», UTET, 1973, p. 272].

(64) RODRÍGUEZ DEVEZA: *Op. cit.*, p. 636.

(65) DEL ROSAL, COBO, RODRÍGUEZ MOURULLO: *Derecho penal español (PE)*, en «Delitos contra las personas», Madrid, 1962, p. 211.

(66) ALONSO ALAMO: *Op. cit.*, p. 655.

solución tanto si se trata de una agravante como de un elemento esencial.

Sin embargo, aplicar el artículo 60 tampoco conduce a una solución satisfactoria ya que no puede ser indiferente para la valoración de la responsabilidad penal del partícipe que en un asesinato el autor se mueva por precio. Existe una mayor reprochabilidad frente a quien conociendo que el móvil de un asesinato es meramente lucrativo se decide a participar en él aun no beneficiándose personalmente. Del mismo modo que la participación en el hurto es punible por más que el partícipe sólo conozca de la existencia del ánimo de lucro, pero no concurra en él. A nuestro entender, la solución unitaria es inaplicable si partimos, por una parte, del asesinato como delito autónomo y, de otra, de la regla del artículo 60. En todo caso podrá plantearse cómo resolver la comunicabilidad de las circunstancias, pero no puede variarse la naturaleza jurídica de un elemento típico según el problema a resolver. En definitiva, el fundamento del precio es subjetivo porque el ánimo de lucro lo es, pero ello no quiere decir que estemos ante un elemento de la culpabilidad; bien, al contrario, es un elemento subjetivo del injusto.

En relación con el tema que nos ocupa, el ánimo de lucro como elemento subjetivo del injusto no guarda con el resultado muerte una relación tan estrecha como, por ejemplo, el ánimo de lucro con la disponibilidad —resultado del hurto—. En este delito el ánimo de lucro predetermina por lo general un dolo directo, si bien no se excluyen supuestos de dolo eventual, ya que la satisfacción de ese ánimo pasa por la disponibilidad de la cosa. En el asesinato, no es el ánimo de lucro lo que excluiría el dolo directo, sino el contenido del pacto. El autor moral puede haber instigado al sujeto activo a realizar una serie de violencias en la víctima de tal intensidad que ambos comparten un dolo eventual con relación al resultado muerte. Aunque la muerte no formara parte del pacto, si las violencias que fueron acordadas o las circunstancias que rodearon el hecho fueron tan graves que instigador e instigado hubieron de representarse como posible el evento letal, corresponde calificar los hechos de asesinato por precio. Así pues, el ánimo de lucro puede existir sin la concurrencia de un encargo cierto de producir la muerte de otro.

El supuesto merece plantearse distinguiendo entre instigador e instigado. Por lo que se refiere al primero, ni la doctrina (67) ni la jurisprudencia han dudado sobre la posibilidad de concurrencia en él de dolo directo o eventual. En una reciente sentencia reconoce el Supremo que el «instigador actúa más frecuentemente con dolo eventual, porque no tiene seguridad de la eficacia de su instigación y es ese «ámbito de duda» el característico del “*dolus eventualis*”» (STS

(67) Vid. por todos MIR PUIG: *Op. cit.*, p. 347.

24-6-87) (68). Más problemática puede resultar la cuestión en el instigado ya que no recibe el precio por matar, sino por actuar, quedando incierta, aunque posible, la producción del resultado más grave. Conviene hacer algunas matizaciones según los distintos casos. En el que acabamos de mencionar el contenido del pacto abarca la muerte, aunque sólo esté eventualmente representada y si esto es suficiente para el autor moral, también deberá serlo para el autor material. Si en el pacto sólo se habló de causar lesiones, pero posteriormente el autor se excedió y produjo la muerte con dolo eventual el tratamiento debe ser diferente de acuerdo con la responsabilidad que en estos casos se impute al inductor. Si éste no responde de exceso cualitativo, tampoco el precio como circunstancia agravante o elemento cualificante debe apreciarse para el autor material en ese segmento fáctico no acordado. En consecuencia, a nuestro juicio procede aplicarle el artículo 420 *in finis*. Finalmente, si hubo un pacto de matar, pero el autor, en la ejecución posterior, por temor u otra circunstancia produce lesiones graves sin desear la muerte aunque se la representa como posible, los hechos deberán castigarse por el asesinato con dolo eventual.

En conclusión, el precio no condiciona ninguna modalidad dolosa, porque se trata de un móvil que no guarda relación con la finalidad del autor, sino con el pacto precedente.

V. TIPO SUBJETIVO EN EL ASESINATO POR UN MEDIO CATASTROFICO

La tercera de las circunstancias que pueden acompañar al asesinato es el empleo de inundación, incendio, veneno o explosivo. De todos los elementos contemplados en el artículo 406, son los medios catastróficos los que presentan una mayor sustantividad propia independientemente del resultado muerte. Por una parte, se pone en peligro la vida de una persona, individualizando ese resultado, y de otra, la seguridad general a consecuencia de un no-control del medio comisivo. Sin embargo, lo verdaderamente determinante de la concurrencia de este elemento no es una presunción *iuris et de iure* del peligro colectivo que comporta un fuego o un explosivo, sino que efectivamente el autor sea incapaz de controlar el desarrollo del fuego o las consecuencias del explosivo desencadenadas por él o bien que no pueda limitar su ámbito peligroso. Por esta razón, hubiera sido más correcto que el legislador no incluyera una relación de medios que se presumen peligrosos, sino que hubiera hecho referencia expresa a esta circunstancia. Así, por una parte, incluirían otros supuestos como es disparar en una calle llena de peatones o sobre un vehículo en marcha

(68) También la STS de 16-3-81.

y, por otra, quedarían excluidos aquellos casos en los que, aunque se emplee un medio potencialmente peligroso para la colectividad, sin embargo, el autor conoce o ha previsto la ausencia de peligro o aquellos otros casos en los que la situación de peligro precede a la acción homicida y el autor se limita a aprovechar aquélla. Por ejemplo, arrojando a la víctima al interior de una casa incendiada (69).

Ni como circunstancia agravante genérica (art. 10.3) ni como elemento del asesinato se ha hecho mención a esta vertiente subjetiva, sino que el legislador requiere sólo la presencia de uno de los medios mencionados, aunque de su empleo no se derivara peligro alguno para la colectividad o aunque el autor se representara como segura su capacidad de evitar dicho riesgo. No existe, en consecuencia, en este caso ninguna actitud o tendencia trascendente, sino sólo un elemento del tipo objetivo que incrementa el desvalor del resultado y que debe estar abarcado por un sector del dolo. Sin embargo, atendiendo a la voluntad implícita de la Ley es lógico introducir un criterio restrictivo en base a la efectiva puesta en peligro no-controlado de la seguridad colectiva, que por otra parte puede hacer coincidir con el dolo en su vertiente subjetiva. El autor ha de reconocer y querer emplear un medio del que se deriva un riesgo colectivo.

Algunos autores han dado un tratamiento jurídico diferente al *veneno* en relación con las otras circunstancias. El veneno, entiende Quintano, constituye un instrumento insidioso contra el que no cabe reacción alguna. Puede suministrarse solapadamente y asegurar la lesión sin riesgo para la persona que lo emplea. En otras palabras, el veneno es el medio alevoso «por excelencia» (70). De acuerdo con esta opinión dominante en nuestra doctrina, la jurisprudencia se ha inclinado por la incompatibilidad entre ambas (STS 5-7-45), creando una relación de especialidad. Esta solución carece de apoyo en el Derecho positivo, ya que el legislador ha dejado bien expresa su voluntad tanto en el artículo 10.3 como en el 406.3, de tratar el veneno como un medio que provoca un riesgo para la seguridad colectiva sin necesidad de que el autor se haya representado de forma individualizada el resultado (71). Pero además concurren otras importantes razones: en primer lugar, porque considerar el veneno en su sentido alevoso implica desempolvar su significado histórico, mágico, de intriga, religioso e incluso femenino que hoy soporta con dificultad un análisis riguroso de las ciencias de la conducta humana. En segundo lugar, porque el legislador en ambas ocasiones destaca el aspecto objetivo de esta circunstancia. Tanto el «ejecutar por medio de veneno»

(69) En el mismo sentido, QUINTANO: *Op. cit.*, p. 295.

(70) QUINTANO: *Op. cit.*, p. 284. MIR PUIG: *Op. cit.*, p. 573.

(71) ANTÓN ONECA (*op. cit.*, p. 392), aun reconociendo el carácter alevoso del veneno considera acertada la solución de aplicar «esta circunstancia por la extensión del daño y la alevosía (cuando el veneno se utiliza contra una o varias personas) por la insidiosa del medio». Si bien que ésta no es la solución seguida en la práctica.

(art. 10.3), como el «matar por medio de veneno» (art. 406.3) carecen de referencia a actitudes internas o subjetivas en el autor, al contrario de lo sucedido con la alevosía en la que se exige al tendencia trascendente de procurar la inmunidad. De manera que una y otra se mueven en planos distintos y son morfológicamente diferentes. Por último, hay que considerar también razones político-criminales. Desde esta perspectiva la alevosía se ha considerado una agravante innecesaria y arbitraria, como se ha demostrado jurisprudencialmente donde no es difícil encontrar sentencias contradictorias (72); por el contrario, todas las circunstancias comisivas del artículo 406.3 se encuentran indiscutiblemente justificadas en el ámbito del desvalor del resultado por incrementar el injusto con un riesgo para un bien jurídico esencial como es la seguridad colectiva.

Todas estas consideraciones aconsejan, a nuestro juicio, no susstraer el veneno de los medios ocasionados a grandes estragos. Partiendo de esta concepción, el veneno merecería tres calificaciones jurídicas distintas según que:

— El autor no lo emplease como medio alevoso ni con riesgo general (en una contienda disparar un dardo envenenado o suministrarle un veneno a un enfermo terminal a solicitud de éste). En este caso el medio comisivo no variaría la valoración del injusto ni de la culpabilidad.

— El veneno se emplea como un medio insidioso con el fin de asegurar la indefensión de la víctima. Se aplicaría en su caso la agravante de alevosía (art. 10.1) o el asesinato (art. 406.1).

— O se utilizara con riesgo no sólo de la víctima —si se individualiza el resultado—, sino de un grupo indeterminado de personas. Concurre la circunstancia de grandes estragos, que puede hacerse compatible con la alevosía.

Con todo, el tratamiento del veneno junto al resto de las circunstancias agravantes catastróficas no está exento de dificultades. Estas se derivan básicamente de la doble incriminación del empleo del veneno como circunstancia del asesinato y como delito autónomo con resultado de muerte (art. 348).

Para el resto de los medios catastróficos del artículo 406.3 no se

(72) Contradicitorio es —como hemos apuntado— entender siempre alevosa la muerte del menor o inválido aún sin ser buscada de propósito. Asimismo, en ocasiones, para apreciar la alevosía el Supremo se atiene a criterios tan alejados de los hechos como la circunstancia que motivó el estado de indefensión. Si ha existido riña se niega la alevosía por más que la riña no guarda relación alguna con el acometimiento homicida tal como sucede en la STS de 21-2-79, en la que el autor aprovecha la pérdida de conciencia de la víctima tras una pelea y la estrangula con un calcetín. Sin embargo, si el golpe inicial es inopinado y se suceden posteriormente los mismos hechos que en el caso anterior —inconsciencia aprovechada por el autor—, entonces se acepta la alevosía (STS de 17-5-76).

ha previsto un precepto similar que castigue expresamente su empleo seguido de muerte. Incluso dentro del veneno en los artículos a los que se remite el 348 tampoco están contemplados todos los supuestos de empleo de este medio (ninguna de las conductas punibles allí se refiere a suministrar directamente a la víctima la sustancia nociva). La elevada pena del artículo 348 —reclusión menor— hace pensar, en principio, que la voluntad del legislador sea castigar por este precepto sólo el envenenamiento seguido de una muerte con dolo eventual, que de esta manera quedaría excluido del asesinato (73). Si la muerte se imputara a título de culpa se recurriría al artículo 563 en concurso con el delito contra la salud pública de que se trate; si la muerte fue causada con dolo directo, los hechos se calificarían de asesinato.

Esta solución entiendo que es discutible por varias razones. En primer lugar, porque no está justificado un tratamiento privilegiado de muerte por envenenamiento con dolo eventual —reclusión menor— frente al mismo supuesto, concurriendo cualquiera de las otras circunstancias del artículo 406, en cuyo caso la pena sería de reclusión mayor. Mucho menos lo estaría aún en relación con el suministro de veneno directamente por el autor que no se encuentra contemplado en ninguno de los supuestos de los artículos 341 y siguientes. En segundo lugar, tampoco podría explicarse porqué los casos contemplados en el artículo 348, es decir, todos los recogidos en la sección segunda, se verían privilegiados al no llegar a producirse la muerte, aun permaneciendo el dolo eventual. Si acordamos que en todos ellos se han individualizado la lesión contra la vida —el autor pudo representarse la posibilidad de la muerte— hay un concurso de leyes que de acuerdo con el principio de especialidad debe resolverse a favor de la aplicación de estos delitos y no del homicidio o asesinato frustrado. Esta calificación significaría una pena uno o dos grados por debajo de la que correspondería castigándolo por los delitos contra la vida. Finalmente, no es cierto que la gravedad de la pena asignada al artículo 348 permita pensar que respecto a la muerte hubo dolo eventual, ya que en otros delitos como el de estragos (art. 554) no hay ni tan siquiera puesta en peligro para la vida y la pena puede llegar también a reclusión menor.

Todas estas consideraciones aconsejan reducir el ámbito del artículo 348 al envenenamiento por cualquiera de los medios descritos en los artículos precedentes seguido de una muerte imprudente. Esta solución plantea un problema comparativo con el delito imprudente cuya pena resulta considerablemente inferior y en parte contradice el sentido del artículo 565, por el que se trata de evitar que la comisión culposa se castigue con una pena igual o superior a la dolosa. Sin embargo, a esta conclusión se llega si como

(73) BACIGALUPO: *Op. cit.*, p. 325.

viene entendiendo la doctrina (74) y la jurisprudencia (75) el mencionado precepto incluyera el desvalor del resultado muerte. Por el contrario, en el artículo 348 se castiga sólo el envenenamiento más grave de todos, aquél que no sólo crea un peligro para la salud pública, sino una lesión a la vida. Estamos ante un delito de peligro con un incremento del injusto por la particular gravedad de los hechos, circunstancia apreciada por la muerte de una persona. Ese resultado lesivo no forma parte del desvalor del injusto, sino que se trata de una condición objetiva con una función de garantía sobre la especial gravedad de la acción. El desvalor de la muerte producida servirá para acudir al concurso de delitos. De esta forma se logra, en primer lugar, una equiparación punitiva de los supuestos de peligro para la salud pública y medio ambiente (arts. 341 al 347 bis) con los delitos de incendio y otros estragos cuando se produce una aproximación cierta de peligro. En segundo lugar, la fundamentación del incremento de la pena por el envenenamiento y no por la muerte culposa elude las dificultades de armonización con el artículo 565.

Resueltas las dificultades del artículo 348 no hay obstáculo para considerar el veneno como una circunstancia catastrófica de acuerdo con el tenor literal de los artículos 10.3 y 406.3, donde aparece. Esto nos permite, además, una interpretación conforme al tenor literal de ambos preceptos y plantear de forma conjunta la posibilidad de cometer el asesinato con dolo eventual cuando media alguna de estas circunstancias. De toda la relación de medios comisivos recogidos en el artículo 406 son los de naturaleza catastrófica los que ofrecen menos seguridad al criminal de lograr su propósito. Con ellos, como indica Groizard (76), se podrá seguramente causar grandes daños, pero es difícil o casi imposible asegurar que se pueda conseguir la muerte de una determinada persona. Esta sólo se representa en la mayoría de los supuestos como eventual. Si el legislador ha cualificado estos medios catastróficos no ha sido porque matar a una persona en estas circunstancias incremente el desvalor de la acción del asesinato en sí mismo considerado, sino porque añade un desvalor nuevo con el riesgo no controlado para una o varias personas. Se trata de un *aliud* y no de un *plus*. La relación asociativa entre el incendio, veneno, inundación o explosivo y la muerte aparece en esta ocasión más debilitada que nunca. Por su propia naturaleza, el autor, al emplear estos medios, se representa el peligro personal individualizado sólo como aleatoriamente posible. Este es el motivo por el que el Tribunal Supremo ha preferido castigar el incendio seguido de la muerte de una persona por los correspondientes artículos 547, 548, 549.2 y 3 y 550.1, en concurso con el homicidio u homicidios cometidos en lugar de acudir

(74) RODRÍGUEZ DEVESA: *Op. cit.*, p. 1053.

(75) Vid. STS de 4-3-1985.

(76) GROIZARD: *Op. cit.*, p. 375.

directamente a su incriminación por asesinato al individualizarse, aunque sea aleatoriamente la muerte. El Supremo ha apreciado mayor injusto en el peligro común por la concurrencia de un dolo directo en relación con la circunstancia catastrófica y aunque aplicando el concurso de leyes habría de optar por el asesinato ha tomado en cuenta la regla general que excluye el efecto agravante de aquellas circunstancias que por sí mismas constituyeran un delito (art. 59.1) (77).

VI. EL TIPO SUBJETIVO EN EL ASESINATO CON PREMEDITACION

El cuarto elemento del artículo 406 es la ejecución del hecho con premeditación conocida. Se trata de una circunstancia de carácter eminentemente subjetiva, es decir, todos sus elementos son re conducibles a la tipicidad subjetiva, hasta el extremo de que hay premeditación aun cuando el autor no haya materializado, con actos exteriores hasta el momento de la ejecución, su decisión criminal.

No vamos a entrar aquí a valorar si en el marco de un Derecho penal moderno está suficientemente justificado convertir el homicidio en asesinato tan sólo por la presencia de la premeditación. Diversos trabajos se han ocupado ya de esta cuestión (78) y han puesto de relieve, desde distintas perspectivas, que la premeditación es, por su propia naturaleza, un elemento de «considerable inseguridad» (79),

(77) La STS de 24-2-72 contiene a consecuencia de calificar unos hechos como incendio en lugar de asesinato frustrado una serie de inconsecuencias sobre el contenido del dolo en sus distintas modalidades. En los hechos probados el autor movido por un estado emocional crítico de soledad y abandono prende fuego «a los muebles y enseres del salón de peluquería donde vivía, que previamente había amontonado junto a la puerta y sequidamente huyó del lugar saltando a través de una ventana. Encontrándose dicho lugar ubicado en el piso primero de un inmueble de cinco plantas dedicadas a viviendas, habitadas en su mayoría». El Supremo estima el recurso contra el fallo de la Audiencia que había calificado los hechos por el artículo 548 y en su lugar aplica el 549.2, por entender que el primero de estos preceptos requiere un conocimiento cierto de la presencia de personas en el edificio incendiado y el segundo la ignorancia de esta circunstancia. La diferencia entre ambos preceptos, se dice en el considerando, se encuentra en la concurrencia de dolo directo en el artículo 548 y eventual en el 549.2, en relación al peligro personal. Sin embargo, el «saber» es sólo un elemento cognoscitivo que en absoluto permite afirmar la existencia de una intención o dolo directo caracterizado fundamentalmente por el elemento volitivo. Como tampo co la descripción típica del artículo 549.2 permite llegar a la conclusión de que el legislador requiere dolo eventual respecto al peligro personal. En ambos delitos la presencia de personas son elementos del tipo objetivo que deben estar abarcadas por el dolo del delito de incendio, sin necesidad de exigir además una conciencia de peligro para las personas. La utilización de la fórmula «sabiendo que dentro se hallaban una o más personas», sólo sirve para acentuar esta vinculación psicológica, pero de igual manera hubiera sido exigida para poder castigar en comisión dolosa.

(78) TORIO: *Op. cit.*, pp. 109 y ss.

(79) Con cierta ironía el Tribunal Supremo en reiterada jurisprudencia ha reconocido en relación con el lapso de tiempo de esta agravante «que la Bula de Clemente XII, *In Supremo Justitiae Solio*, fijó en seis horas, que el Código derogado de Brasil

que carece de fundamento para agravar la pena e incluso algún sector de la doctrina clásica llegó a la sorprendente conclusión de que la actuación premeditada debiera constituir una atenuante y no una agravante (80). Los esfuerzos por aclarar su contenido y elementos esenciales han sido considerables, ya que no se cuenta en el Código con una definición de la misma, como sucede con otras circunstancias en las que domina la vertiente subjetiva. Han existido sectores partidarios de destacar exclusivamente el aspecto objetivo en base a que la actuación premeditada debilita la defensa de la víctima del delito. Sin embargo, la opinión dominante se inclina por considerar la premeditación como una resolución criminal permanente precedida de una deliberación detenida.

Para que exista premeditación es necesario que el autor haya valorado las razones a favor y en contra de producir la muerte de la víctima y en una meditación pausada conociendo las circunstancias, se haya finalmente decidido a favor. Como señala Rodríguez Mourullo (81) implica un *plus* de reflexión y madurez de pensamiento respecto a la deliberación instantánea. La calificación de detenida —elemento esencial de la premeditación— se refiere al propio acto volitivo. Pero además dicha deliberación va seguida de un mantenimiento en el tiempo durante el cual la resolución se muestra efectivamente permanente. Actúa aquí este otro requisito con una función garantística con la que se asegura que aquella decisión detenida lo era en efecto. La experiencia demuestra que esta firmeza prolongada en relación con una decisión anterior, sólo se da cuando la deliberación no fue irreflexiva, sino todo lo contrario. Ahora bien, el espacio temporal es necesario como garantía, pero no es concluyente. De ahí que con acierto, la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 1984 no apreciara premeditación pese a que transcurrió un tiempo entre la deliberación y la ejecución, ya que ese tiempo vino a demostrar que aquélla ni fue reflexiva ni se había establecido seria y decisivamente en el autor.

Aunque con un sustrato cronológico, la conducta premeditada se aprecia en el plano psicológico. La vinculación entre premeditación y dolo está fuera de dudas y ya desde Carrara se habla de dolo premeditado como una especialidad de éste (82). Esta opinión puede inducir a pensar en un dolo premeditado más intenso dentro de la clasificación tradicional de éste. Carrara, en efecto, así lo concibió, pero en realidad la permanencia no intensifica el dolo, el sujeto no quiere

—núm. 8 de su art. 16— estimó que debía de ser de 24 horas y que en la jurisprudencia patria, según frase lapidaria, oscila entre una hora y un año». (STS de 5-11-80).

(80) IMPALLOMENI, G. B.: *L'omicidio nel diritto penale*, en «UTET», 1899, p. 353.

(81) RODRÍGUEZ MOURULLO, CÓRDOBA y otros: *Comentarios al Código penal*, T. I, Barcelona, 1972, p. 596.

(82) CARRARA, F.: *Oposcoli di Diritto Criminale*, 4.^a ed., vol. I, Prato, 1885, pp. 298 y ss.

matar más, sino que presupone una voluntad dirigida a la producción del resultado delictivo (83). La vinculación entre la voluntad y la premeditación es de tal naturaleza que cuando hablamos de dolo premeditado necesariamente se excluye el dolo eventual.

La tesis de excluir el dolo eventual cuando concurre la premeditación es consecuente tanto si se parte de que en esa modalidad dolosa hay un momento cognoscitivo —teoría de la probabilidad— como si se entiende que en el dolo eventual hay también una voluntad criminal —teoría del consentimiento—. En el primer caso, no se plantean mayores problemas ya que según la teoría de la probabilidad habrá dolo eventual cuando «las posibilidades de que el resultado se produzca a consecuencia del comportamiento han alcanzado un determinado nivel» (84). Por encima de este nivel de probabilidad del resultado habrá dolo eventual; por debajo, culpa con representación. La incompatibilidad con la premeditación se debe a que ésta requiere de un acto de voluntad criminal permanente, que según la referida teoría no es imprescindible en el dolo eventual. Si basta que el sujeto conozca la probabilidad del resultado y no hay deliberación, ni mucho menos el sujeto llega a proponerse actuar en su consecución, no podemos apreciar la premeditación que requiere, como vimos, una resolución.

Más complejo es declararse sobre la compatibilidad cuando partimos de la teoría del consentimiento, ya que ésta introduce un elemento volitivo que acerca el dolo eventual al resto de las modalidades dolosas y lo aleja de la culpa. La cuestión se puede plantear en los siguientes términos: ¿El acto de volición característico del dolo eventual, «conforme con», puede ser premeditado o, por el contrario, exige la deliberación detenida un propósito directo de alcanzar un resultado que lo haría incompatible con aquél?

Incluso tomando en consideración las tesis que conducen a la mayor aproximación entre el dolo eventual y directo, es decir, aquellas en donde se destaca el elemento volitivo sobre el cognoscitivo, según las cuales sólo hay dolo eventual cuando el autor ha «aprobado» el resultado o lo ha «aceptado aprobándolo» o, según la conocida fórmula de Frank, hubiera dejado de actuar de conocer con certeza que se iba a producir el resultado (85), habría que excluir su compatibilidad con la premeditación.

Si hay algo que puede cualificar razonablemente la combinación del dolo con la premeditación es que tras una firme resolución criminal el transcurso de un tiempo no ha servido para revisar aquélla. Frente a quienes actúan de inmediato tras la deliberación criminal o sin ésta, los que lo hacen de forma premeditada hubieran podido dejarse moti-

(83) RODRÍGUEZ MOURULLO: *Op. cit.*, p. 605.

(84) GIMBERNAT ORDEIG, E.: *Estudios de Derecho penal*, 2.^a ed., Madrid, 1980, p. 182.

(85) Vid., por todos, JESCHECK: *Op. cit.*, p. 406.

var por la norma y actuar de conformidad con ella y no lo hicieron bien por indiferencia o desconsideración absoluta, bien porque el sujeto no comparte los fundamentos éticos de la norma penal. Si el autor, sólo en hipótesis, se decide por la lesión del bien jurídico, sólo como una eventualidad asume el resultado, falta de resolución firme, el propósito criminal capaz de contrastarse con la eficacia motivadora de las normas. El autor con dolo eventual no participa con intensidad suficiente del resultado criminal como para asegurar que antes de la ejecución material se representó un conflicto entre la decisión de lesionar el bien jurídico y la norma, y no participa porque el dolo eventual es ante todo ausencia de decisión de lesionar un bien jurídico. El proceso real se sustituye por uno hipotético; como apunta Bustos (86) no hay realización volitiva, sino exclusivamente hipótesis aceptada.

Si los elementos esenciales de la premeditación no garantizan este conflicto en el que vence la voluntad delictiva permanentemente estaríamos justificando la existencia de esta cualificación de la pena en base a la mayor perversidad o peligrosidad utilizando un criterio puramente sintomático (87). Así parece verlo también el Tribunal Supremo en las resoluciones más modernas. «Descartando el elemento sintomático —móvil abyecto o depravador que no exige el Código español ni es requisito pacífico en la doctrina» (STS 19-6-84), destaca en la premeditación la «decisión persistente que mantenga el propósito de ejecutar el delito ideado, es decir, una determinación que perviva, se sobreponga y prevalezca a otros motivos antagónicos o a otras consideraciones dubitativas que actúen en sentido opuesto de rechazar definitivamente o aplazar indefinidamente la resolución criminal proyectada (STS 28-9-85) (88).

La premeditación tal como hoy es entendida significa una «persistencia en la resolución criminal» (89), que caracteriza al dolo y solamente al dolo directo, pues sólo en él concurre un acto de decisión. La premeditación se sitúa como una característica del dolo dentro de los elementos del tipo subjetivo. En consecuencia, el asesinato con premeditación sólo es posible si el autor se representa el resultado muerte con dolo directo.

(86) BUSTOS: *Op. cit.*, p. 313.

(87) TORIO (*op. cit.*, pp. 107 y ss.) ha destacado críticamente no sólo el valor sintomático que adquiere esta agravante, sino también su dudosa adecuación a los principios del Estado de Derecho por formar tipos agravados mediante puros elementos de culpabilidad.

(88) En el mismo sentido también RODRÍGUEZ MOURULLO: *Op. cit.*, p. 603.

(89) ALONSO ALAMO: *Op. cit.*, p. 649.

VII. EL TIPO SUBJETIVO EN EL ASESINATO CON ENSAÑAMIENTO

El ensañamiento es el último de los elementos que pueden calificar al asesinato. Hay ensañamiento cuando se aumenta deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido. La redacción del ensañamiento en el asesinato y como agravante genérica en el artículo 10.5 permite pensar que entre ambas existen diferencias sustanciales. Así para esta última se aumenta deliberadamente el mal del delito causando otros males innecesarios para su ejecución. De aquellas diferencias merecen destacarse sobre todo dos: el mal innecesario en el asesinato va dirigido al ofendido provocándole un dolor inhumano y en la circunstancia del artículo 10 se dirige a cualquier momento de la ejecución provocando un aumento en el daño del delito.

En el artículo 406, pues, el sujeto pasivo del ensañamiento coincide siempre con la víctima del asesinato y, en consecuencia, no hay ensañamiento si ésta ha perdido ya su capacidad sensitiva, bien sea debido al óbito o bien a una pérdida absoluta de conciencia (90), por más que los males del delito se hayan incrementado —por ejemplo, por descuartizamiento—. Con esta diferencia se destaca en el elemento cualificante del asesinato la importancia del contenido objetivo sobre el subjetivo. La lesión a la vida va acompañada de unos medios o formas que prolongan o acentúan el sufrimiento de la víctima, sustrato objetivo includible por más que el sujeto activo vea o no satisfechas con esa conducta ciertos instintos perversos (sadismo, egoísmo, etc.), o brutalidad o crea estar incrementando el dolor de la víctima. Por otra parte, el incremento del dolor ha de ser inhumano en el asesinato, circunstancia que, a nuestro juicio, vuelve a hacer referencia al carácter objetivo, queriendo indicarse que los daños innecesarios deben tener una intensidad suficientemente grave como para justificar el cambio cualitativo del homicidio en asesinato (91).

Estas diferencias para Quintano podrían dar lugar a castigar un homicidio con la agravante 5.^a del artículo 10, tesis que el autor estima posible, aunque duda que la Ley se haya propuesto consignar por separado las dos circunstancias: la agravante genérica y el elemento del asesinato (92). Sin embargo, y como el propio Quintano

(90) QUINTANO: *Op. cit.*, p. 317. También en la legislación germana (Cfr. RUDOLPHI y otros: *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, T. II, PE, Anm. 14). Sin embargo, y de forma excepcional, en nuestra Ley penal el Código de 1822 aprecia el ensañamiento aunque las violencias se hubieran producido tras el óbito (art. 609).

(91) QUINTANO: *Op. cit.*, p. 323; a favor de la naturaleza objetiva de este elemento. MIR: *Op. cit.*, p. 578. entiende este autor que el calificativo de «inhumano» hace referencia al fundamento subjetivo que es el móvil de brutalidad.

(92) QUINTANO: *Op. cit.*, pp. 317-318. A favor de la tesis de una relación de género-especie entre los artículos 10.5 y 406.5 se muestran Teruel Carrelero *vox enseñamiento*, en NEJ, T. VIII, pp. 529-593) y Puig Peña (*Derecho penal*, PG, T. II, Madrid, 1959, p. 136). Para Teruel existe un grado de intensidad distinto entre ambas, si bien

estima, no resulta tan descabellado e incluso, a nuestro juicio, pese a que la jurisprudencia nunca lo ha apreciado de esta forma, pueden encontrarse argumentos sólidos a su favor. Desde una óptica formal ni tan siquiera cabe afirmarse que ambas responden al mismo *nomen iuris*, pues el artículo 10.5 no utiliza la expresión «ensañamiento». Pero además también concurren argumentos de índole material. Si hacemos una valoración de la circunstancia agravante y el elemento cualificante, observamos que éste es una especie de aquélla, una especie además con mayor gravedad incluso en el plano objetivo, pues para apreciarla es necesario que una persona, concretamente, la víctima, haya sufrido innecesariamente. En cambio, para apreciar la circunstancia del artículo 10.5 basta con un deliberado intento en el autor de aumentar el mal del delito sin que ello signifique un incremento del daño causado a personas. Este distinto nivel de exigencia se corresponde con las consecuencias punitivas. Un homicidio con la agravante del artículo 10.5 (por ejemplo, una muerte seguida de descuartizamiento, u obligando a un pariente próximo a presenciarla sin saberlo la víctima) se castigaría con la pena de reclusión menor en grado medio o máximo (art. 61.3), un asesinato con ensañamiento merece una pena de reclusión mayor en grado máximo (art. 406) (93).

Por otra parte, y partiendo de este efecto cualificado de la pena y de que el artículo 406.5 se refiere a males personales, el ensañamiento en este caso debe producir un mal que constituya por sí solo un delito contra las personas, aunque no exclusivamente contra la integridad, pudiendo concurrir cuando se emplean otros delitos contra la libertad, la seguridad, la honestidad o el honor, siempre que el autor sepa que estas conductas son inhumanas e innecesarias. En cambio, por imperativo del propio Código (art. 59.1), este criterio restrictivo en el caso de la circunstancia del artículo 10.5 se emplea en sentido inverso, dejando de aplicarse ésta y acudiendo al concurso de delitos si el incremento del mal tiene entidad delictiva en sí misma considerada.

Con esta solución se puede además evitar que se dejan impunes conductas merecedoras de castigo por la alarma social que originan. Piénsese, por ejemplo, los daños que el autor puede producir en la víctima después del fallecimiento —necrofilia, destrozos físicos, etc.—,

pertenecerían a una misma familia de agravantes recogidas por Puig Peña bajo el epígrafe «Causación deliberada de male innecesarios».

(93) Una solución similar ha planteado el Supremo en relación con la alevosía y el abuso de superioridad en la sentencia de 2-6-87. Según este fallo se aprecia en los hechos los elementos objetivos de la alevosía —indefensión, carencia de riesgos para el autor—, pero no así los subjetivos que exigen un especial ánimo de aseguramiento, es decir, que aquél «emplea maquinaciones que colocan a la víctima en estado de desvalimiento. O cuando espera que la víctima esté descuidada». Por esta razón, entiende el Supremo, los efectos del abuso de superioridad son menos graves que los de la alevosía. No obstante, no deja de ser incongruente que ese plus agravatorio sólo se produzca en relación con los delitos contra la vida (art. 406) y la integridad (art. 420, *in finis*) y para el resto produzca el mismo efecto una y otra circunstancia.

o incluso cuando esta no ha muerto pero se halla incapaz de sentir. Quienes identifican plenamente la circunstancia del artículo 10.5 y el ensañamiento, tendrán que calificar estos hechos como homicidio simple, ya que la víctima no vio incrementado su sufrimiento y, por otra parte, no se acepta el homicidio agravado por dicha circunstancia. Ello incluso en el caso de que el autor pensara que de esta manera incrementaba el dolor de la víctima y fuera síntoma de una «refinada maldad». Solución contradictoria con el fundamento subjetivo que la inspira según un amplio sector de la doctrina y la jurisprudencia. A nuestro entender, en efecto, comparativamente en la circunstancia del artículo 10.5, prima el aspecto subjetivo aún sin olvidar el sustrato objetivo, porque el sustrato objetivo es mucho más indeterminado —«aumentar el mal del delito»— sin concretarse en la víctima ni tampoco determinarse una cierta intensidad —«inhumanamente»— y sólo introduciendo un elemento subjetivo trascendente como es la intención de incrementar los males, se logra cierta restricción y certeza del ámbito de aplicación (94).

Ahora bien, este fundamento subjetivo de la circunstancia no es otra cosa que un elemento subjetivo del injusto, una actitud interna trascendente cuyo contenido es la intención de aumentar el daño del delito. Esto nos permite compartir, en consecuencia, la opinión de García Arán (95), de que las restricciones sobre el alcance de la agravación no debe hacerse en base a consideraciones peligrosistas más acordes con un Derecho penal de autor, sino en el marco de la tipicidad. Por el contrario, ese elemento personal del injusto de provocar un incremento de los males del delito con la intención de aumentar innecesariamente su daño se encuentra en consonancia con el fundamento de la agravante en la mayor alarma e inquietud social a que dan lugar.

En el caso del asesinato, la exigencia antes mencionada de que el ensañamiento se concrete en la realización de un delito contra las personas con el consiguiente incremento del injusto, hace innecesarios introducir elementos tendenciales en el ámbito subjetivo para restringir su alcance. Así pues, bastará la presencia de un sector del dolo cuyo contenido sería conocer y querer emplear medios o formas innecesarias que aumentan o prolongan el sufrimiento de la víctima. Puede suceder que esta conducta se realice como parte de un acto ritual satánico o expiatorio —incluso con el beneplácito catártico del ofendido— sin que ello haga desmerecer su calificación como ensañamiento. Bastará pues, que para el observador objetivo y con un juicio *ex ante*, dichos actos hayan incrementado el dolor físico o psíquico de la víctima y concurren además el dolo. A la inversa, no hay ensañamiento.

(94) Así lo vieron los redactores del Código de 1928 (arts. 66.7 y 519). En el mismo sentido ALONSO ALAMO: *Op. cit.*, pp. 656-657.

(95) GARCÍA ARÁN: *Op. cit.*, p. 154.

miento si falta la conciencia de innecesariedad en relación con el delito contra la vida.

En el ensañamiento no importa tanto su significado sintomático como su valor real. Concebido de esta manera el contenido del ensañamiento como elemento del asesinato, está fuera de dudas su compatibilidad con el dolo eventual. La exigencia de innecesariedad refleja la débil relación asociativa que debe existir entre el acto de ejecución de la muerte y la conducta brutal. Podría reproducirse aquí lo dicho por la doctrina en la interpretación de la cláusula «con motivo u ocasión» en el delito de robo con homicidio.

Diríase que el asesinato con ensañamiento contempla una tipicidad objetiva paralela unida exclusivamente por un nexo ocasional, de forma que el comportamiento cruel puede preceder, simultanear o subseguir a la acción mortal. Si la premeditación comprendía la voluntad de producir la muerte, la mera conexión ocasional del ensañamiento conlleva una realidad diversa en la que es imaginable cualquier modalidad dolosa, incluida la eventual (96).

VIII. CONCLUSIONES

1. La variedad de los elementos que acompañan al núcleo típico del asesinato: matar a otro, es tan acentuada debido a su distinta naturaleza jurídica y a la diversa relación con el resultado que es imposible resolver de forma unitaria la cuestión que nos hemos planteado sobre la viabilidad de la imputación del delito por dolo eventual.

2. La respuesta de las distintas tipicidades de asesinato a la cuestión planteada es diversa. Ni la alevosía, ni el precio, ni los medios catastróficos, ni el ensañamiento ofrecen obstáculos a la punición del dolo eventual. Distinta es la solución que debe darse a la premeditación. En este supuesto, la relación asociativa con el dolo directo de matar excluye cualquier modalidad dolosa que no tenga en cuenta un momento volitivo en caso de aceptar la teoría de la probabilidad —o la incertidumbre de la voluntad— si aceptamos la teoría del consentimiento.

3. El análisis de los distintos elementos del artículo 406 demuestra que donde sí es preciso el dolo directo es en relación al sustrato fáctico que reclama cada uno de ellos. De esta manera, es posible una combinación, por ejemplo, de intención alevosa con un dolo eventual de muerte. Esta condición se deriva en la mayoría de los supues-

(96) En este sentido entiende PUIG PEÑA (*op. cit.*, p. 509) que el verbo «deliberar» hace referencia a un fin en el culpable distinto del fin del delito.

tos de la presencia de elementos subjetivos del injusto y en otras por la relación medial con que están concebidas.

4. Finalmente, la extensión del artículo 406 a la comisión con dolo eventual obliga a una reflexión político-criminal sobre la conveniencia de introducir una cláusula de atenuación de la pena para estos casos y sobre la conveniencia de mantener la autonomía de este tipo delictivo (*).

(*) Ya en prensa el presente trabajo, aparece la séptima edición de la Parte Especial del Profesor Muñoz Conde, en donde se recogen nuevos argumentos en favor de la tesis de exclusión del dolo eventual en el asesinato que no pueden ser debidamente comentados aquí. Insiste el autor por una parte en la valoración criminológica del delito. En este sentido coincidimos plenamente en que desde esta perspectiva la figura del asesino y el sentido del asesinato obligan a entenderlo como la muerte intencionada de otra persona por unos medios particularmente reprochables y cualquier otra imputación —por dolo eventual o imprudencia— le haría perder la razón de su especificidad.

El asesinato con dolo eventual es, pues, un paso hacia el delito circunstanciado y no autónomo como hoy se concibe. Pero favorecer esta tendencia, permitida por la morfología del delito, no sólo no es negativa, sino que es saludable desde una perspectiva político-criminal, como el propio Muñoz Conde recomienda (p. 37).

El enajenado y su tratamiento jurídico-penal

JULIO DIAZ-MAROTO Y VILLAREJO

Profesor Titular de Derecho Penal.
Universidad Autónoma de Madrid

I. INTRODUCCION

El número 1 del artículo 8 del Código penal español declara que están exentos de responsabilidad criminal «el enajenado y el que se halla en situación de trastorno mental transitorio, a no ser que éste haya sido buscado de propósito para delinquir».

El fundamento de dicha exención radica en la ausencia de culpabilidad del sujeto que realice el hecho ilícito, o mejor, en la imposibilidad de formular el juicio de culpabilidad.

La estructura de dicho juicio de reproche constitutivo de la culpabilidad, tal y como se configura por la denominada «concepción normativa de la culpabilidad» (1) nos indica que han de concurrir estos tres requisitos:

- a) La imputabilidad, entendida como capacidad de culpabilidad del sujeto.
- b) La presencia alternativa de dolo o culpa (imprudencia).
- c) La ausencia de causas de exclusión de la culpabilidad, que se explican en función de la normalidad de las circunstancias concomitantes (no exigibilidad de una conducta adecuada a Derecho).

Por ello, inversamente, falta la culpabilidad si está ausente alguno de esos presupuestos. En consecuencia, pueden sistematizarse las causas que excluyen la culpabilidad en tres grupos:

- a) Causas de *inimputabilidad*, entre las que ha de contarse en nuestro Derecho la enajenación mental, el trastorno mental transitorio, la minoría de edad penal y la alteración en la percepción.
- b) Causas que eliminan las formas de culpabilidad: que son el error y el caso fortuito.

(1) La teoría normativa de la culpabilidad encuentra su primera exposición en la obra de Reinhard von Frank «Über der Aufbau des Schuldbeigriffs», de 1907. Para Frank, culpabilidad es reprochabilidad: un comportamiento puede imputarse a alguien como culpable cuando puede reprocharsele haberlo realizado.

c) Causas que desplazan la exigibilidad de una conducta adecuada a la norma: estado de necesidad por conflicto de bienes iguales y el miedo insuperable.

De esta clasificación, únicamente en lo que se refiere al primer grupo (causas de inimputabilidad) existe acuerdo en la doctrina (2). Sobre el contenido de los otros dos las opiniones son dispares. Sobre ello no vamos a detenernos aquí, ya que no es objeto específico de nuestro estudio. Las páginas que siguen van a centrarse en la figura del enajenado casi con exclusividad, si bien en ellas habrán de hacerse algunas referencias al trastorno mental transitorio.

La anajenación es concebida por la doctrina y la jurisprudencia como genuina forma de exclusión de la culpabilidad. Se dice que en el enajenado falla el primer presupuesto necesario para formular el juicio de reproche: la imputabilidad. El enajenado es inimputable porque no está en condiciones de conocer el carácter prohibido de su conducta ni de actuar de acuerdo con ese conocimiento (3).

Cuando falta esa capacidad por graves perturbaciones psíquicas, el sujeto puede ciertamente actuar en sentido jurídico-penal, pero no devenir culpable, ya que el hecho no le es reprochable (4). «El concepto de imputabilidad o de capacidad de culpabilidad es, pues, un tamiz que sirve para filtrar aquellos hechos antijurídicos que pueden

(2) Vid. GIMBERNAT ORDEIG, E.: *Introducción a la parte general del Derecho penal español*, Madrid, 1979, pp. 70 y ss. RODRÍGUEZ DEVESÁ, J. M.^a: *Derecho penal español (PG)*, 10.^a ed., revisada y puesta al día por A. Serrano Gómez, Madrid, 1986, pp. 581 y ss. MIR PUIG, S.: *Derecho penal (PG)*, 2.^a ed., Barcelona, 1985, pp. 481 y ss. SAINZ CANTERO, J. A.: *Lecciones de Derecho penal (PG)*, T. III, Barcelona, 1985, pp. 27 y ss. QUINTERO OLIVARES, G.: *Derecho penal (PG)*, Barcelona, 1986, pp. 476 y ss. BUSTOS RAMÍREZ, J.: *Manual de Derecho penal español (PG)*, Barcelona, 1984, pp. 390 y ss. COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN: *Derecho penal (PG)*, Valencia, 1984, pp. 466 y ss. OCTAVIO DE TOLEDO-HUERTA: *Derecho penal (PG)*, Madrid, 1986, pp. 341 y ss. MUÑOZ CONDE, F.: *Teoría general del delito*, Bogotá, 1984, pp. 139 y ss.

(3) Estos dos elementos son los comúnmente requeridos por la doctrina dominante. Vid., al respecto, DÍAZ PALOS, F.: *Teoría general de la imputabilidad*, Barcelona, 1965, pp. 40 y ss. CÓRDOBA RODA, J.: *Comentarios al Código penal*, T. I (Córdoba-Rodríguez Mourullo), Barcelona, 1972, pp. 207 y ss. TÓRIO LÓPEZ, A.: *Las fórmulas legislativas sobre la enfermedad mental. Discusión del concepto de «enajenación»*, en «Estudios Jurídicos en honor del Profesor Octavio Pérez-Vitoria», T. II, Barcelona, 1983, pp. 975 y ss. RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: *Derecho penal (PG)*, Madrid, 1977, p. 195. OLIVA GARCÍA, H.: *Introducción a las bases doctrinales de la imputabilidad*, en «La Ley», 1982, vol. 4, p. 1141. COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN: *Derecho penal (PG)*, cit., p. 461. SAINZ CANTERO, J. A.: *Lecciones*, III, cit., pp. 27 y ss. BACIGALUPO, E.: *Principios de Derecho penal español*, II, Madrid, 1985, pp. 108 y ss. RODRÍGUEZ DEVESÁ, J. M.^a: *Derecho penal español (PG)*, cit., pp. 448 y ss., etc. Críticamente, no obstante, por considerar indemostrable la «libertad de voluntad o libre albedrio», vid. BUSTOS RAMÍREZ, J.: *Manual (PG)*, cit., pp. 380 y ss. GÓMEZ BENÍTEZ, J. M.: *Teoría jurídica del delito*, Madrid, 1984, pp. 456 y ss. MIR PUIG, S.: *Derecho penal*, cit., pp. 483 y ss. MUÑOZ CONDE, F.: *Teoría general*, cit., pp. 139 y ss.

(4) Sobre las distintas vías para fundamentar la exclusión de la responsabilidad de los inimputables, vid. MIR PUIG, S.: *Fundamento de la irresponsabilidad penal del inimputable*, en «Psicopatología-2», 2 (155-162), 1982, pp. 155 y ss.

ser atribuibles a un autor y permite que, en consecuencia, éste pueda responder de ellos», dirá Muñoz Conde (5).

Básicamente, tres son los métodos o sistemas que el legislador suele seguir generalmente a la hora de regular los supuestos de inimputabilidad que vienen motivados por perturbaciones psíquicas, a saber:

1. El *biológico o psiquiátrico* (también denominado a veces «descriptivo» y «etiológico»), según el cual basta una mera referencia a las bases biológicas de la anomalía mental del sujeto.

2. El *psicológico* (también llamado «sintomático» y «normativo»), en el que no se destaca la anormalidad mental, sino la situación psicológica del sujeto en el momento de cometer el hecho. Desde este punto de vista la causa es irrelevante, lo importante es el efecto: la incapacidad del sujeto para conocer el sentido de la prohibición y de comportarse de acuerdo con tal conocimiento.

3. El *mixto* (biológico-psicológico), que tiene en cuenta unas determinadas bases biológicas como punto de partida («perturbación psíquica morbosa, trastorno profundo de la conciencia, oligofrenia o alguna otra anomalía psíquica grave»), pero exige además que de ellas se sigan determinadas consecuencias psicológicas («la incapacidad de comprender lo ilícito del hecho o de obrar conforme a este entendimiento»). Este es el modelo seguido por el Código penal alemán en su parágrafo 20, cuyo texto viene a ser el que he entrecomillado (6).

El Código penal español se limita a requerir la presencia de un elemento biológico, la enajenación, sin mencionar la necesidad de que se determine un efecto psicológico concreto de inimputabilidad. Por ello, la generalidad de la doctrina señala que la fórmula tiene un carácter puramente biológico o psiquiátrico (7).

En este punto se centran las primeras críticas a la fórmula del Código penal español, que es completada a la hora de su aplicación tanto por la doctrina como por la jurisprudencia con una serie de referencias psicológicas. Hoy existe acuerdo, como señala Muñoz Conde (8) en considerar preferible la aplicación de un modelo mixto en

(5) Cfr., *Teoría general del delito*, cit., p. 139.

(6) Este era también el sistema utilizado por el Código penal español de 1928 en su artículo 55, párrafo 1.^o; y éste es, ahora, el sistema que siguen la mayor parte de los Códigos europeos: el italiano (art. 88) y el suizo (art. 10), por ejemplo. Vid. LENCKNER, T.: *Strafgesetzbuch, Kommentar*, de Schonke-Schröder, 22.^a ed., München, 1985, núm. marg. 1. CRESPI-STELLA-ZUCALA: *Comentario breve al Codice penale*, Pádova, 1986, pp. 88 y ss.; *Code penal suisse*, Berne, Chancellerie fédérale, 1974, p. 4. Un cuadro de las más sorprendente variedad puede verse en SALDAÑA, Q.: *La psiquiatría y el Código*, en «RGLJ», 1925, pp. 49 y ss. de la separata; en la nota 1 de la página 49 reclama la paternidad de la clasificación «con su ordenación sistemática y genuina nomenclatura española».

(7) Cfr. ANTÓN ONECA, J.: *Derecho penal (PG)*, Madrid, 1949, p. 293. DÍAZ PÁLOS, F.: *Teoría general*, cit., p. 197. RODRÍGUEZ DEVESAS, J. M.^a: *Derecho penal español (PG)*, cit., pp. 590 y ss. COBO-VIVES: *Derecho penal (PG)*, cit., p. 467. MUÑOZ CONDE, F.: *Teoría*, cit., p. 143. SAINZ CANTERO, J. A.: *Lecciones*, III, cit., p. 33. MIR PUIG, S.: *Derecho penal (PG)*, cit., pp. 487 y ss.

(8) Cfr. *Teoría*, cit., p. 144.

el que, tras delimitar las bases biológicas como punto de partida, se tienen en cuenta sus consecuencias psicológicas, tal y como se hace en el párrafo 20 del StGB.

Se exige, pues, junto a la enajenación una profunda perturbación de la conciencia o de la voluntad en el momento de la ejecución del hecho. No bastará, por tanto, con que el sujeto padezca una grave enfermedad mental, sino que será necesario, además, que debido a la misma no pudiera conocer el significado antijurídico de un hecho o no pudiera adecuar una conducta a tal conocimiento (9). No faltan, sin embargo, autores que encuentran argumentos para optar por la fórmula biológica pura, por entenderla más conforme con el tenor literal de la Ley, que alude con el término «enajenado» a una característica del sujeto y no de la situación del hecho, y «por conducir a un tratamiento más idóneo del mismo, evitando que enfermos de esta clase ingresen en prisión» (10).

2. AMBITO DE LA EXENCION

Varias son las cuestiones que la expresión de «enajenado», que se utiliza en el número 1 del artículo 8 del Código penal suscitan.

En primer lugar, el propio término «enajenado» acarrea ya «*ab initio*» problemas de interpretación. ¿Qué debemos entender por tal?

Si, como parece, se refiere genéricamente al «enfermo mental», habrá, necesariamente, de acotarse, pues es sabido lo difícil que todavía a la psiquiatría actual le resulta deslindar los diversos supuestos que caben «a priori» en dicha expresión.

Y, un paso más. Aun cuando consiguiéramos, siquiera fuera de un modo provisional, señalarlos de una manera concreta, ¿cuáles de estos supuestos estarán comprendidos en el ámbito del número 1 del artículo 8 del Código penal?

Tratemos, pues, de dar solución a cada uno de esos interrogantes.

Por «enajenado» hay que entender al «que no es dueño de sí, que pierde su dominio sobre sí mismo, que está fuera de sí (11), de ahí que suela identificarse «enajenado» con enfermo mental (12), en-

(9) Cfr. CÓRDOBA RODA, J.: *Comentarios al Código penal*, T. I, cit., p. 207.

(10) Cfr. MIR PUIG, S.: *Adiciones de Derecho español*, al «Tratado de Jescheck», I, Barcelona, 1981, p. 616. El mismo, en *Derecho penal (PG)*, cit., p. 496. OCTAVIO DE TOLEDO-HUERTA: *Derecho penal (PG)*, cit., p. 345. ANTÓN ONECA, J.: *Derecho penal (PG)*, cit., p. 296. SERRANO GÓMEZ, A.: *Enajenación y trastorno mental transitorio*, en «Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED», núms. 13-14, 1985, p. 31.

(11) Cfr. COBO-VIVES: *Derecho penal (PG)*, cit., p. 469. RODRÍGUEZ RAMOS, L.: *Compendio de Derecho penal (PG)*, 3.^a ed., Madrid, 1986, p. 199.

(12) Ello llevó a Rodríguez Devesa a preguntarse si existe o no un doble concepto de enfermedad mental: un concepto jurídico distinto del concepto médico, y hasta qué punto este concepto dual está justificado. Vid. *El concepto bipolar de la enfermedad mental*, en «Los delincuentes mentalmente anormales», Madrid, 1961-1962, pp. 523 y ss.

tendiendo por tal, según lo definió López Ibor, «aquel cuyos actos resultan ajenos, extraños, fuera de su propia vida o camino» (13). Tan es así que la jurisprudencia, como señala Bustos, ha estimado que la «enajenación» implica un proceso morboso o patológico, de carácter permanente y que produce una alteración absoluta de las facultades mentales (14).

Con tal interpretación únicamente cabría englobar las «psicosis» como propias enfermedades mentales, lo cual, ciertamente, sería utilizar un criterio harto restrictivo. Con mejor criterio, a mi juicio, la doctrina abandonó esa interpretación puramente gramatical por otra de carácter histórico al objeto de comprender también las formas extremas de las «oligofrenias»: la «idiocia» y la «imbecilidad».

En efecto, el Código penal español de 1848 hacía referencia al «loco o demente», el Código penal de 1870 se refería a «el imbecil y el loco»; en el de 1932, por iniciativa del psiquiatra J. Sanchís Banús, utiliza por primera vez la palabra «enajenado» y prescinde de la alusión a los intervalos lúcidos, que perduraba desde 1848. Se sustituye pues, esa doble referencia al «imbecil» y al «loco» por la de «enajenado» y no con el propósito de excluir las oligofrenias, sino precisamente por el contrario de abrir la eximente a formas de oligofrenias distintas de la imbecilidad (15). Es la fórmula del Código actual.

La crítica acientífica (16) que cabría hacer a la simple expresión de «enajenado» que utiliza nuestro Código vigente llega a tornarse en alabanza, en el sentido de que precisamente «por no significar nada concreto puede dar cabida a muchos estados mentales, que de otro modo no hubiera sido posible. La inclusión de fórmulas médicas, en una ciencia tan cambiante como la psiquiatría, tan leñida además de ideología, hubiera sido por ello perturbadora» (17). En definitiva, a mi juicio, tenía razón López Ibor cuando señalaba que constituía un acierto la utilización de «enajenado», palabra «tomada del lenguaje popular y no técnico» (18).

Los propios psiquiatras señalan que el texto legal utiliza un término perifrásico que intenta circunscribir una situación determinada de

(13) Cfr. LÓPEZ IBOR, J. J.: *La responsabilidad penal del enfermo mental*, Real Academia Nacional de Medicina, Madrid, 1951, p. 15.

(14) Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, J.: *Manual (PG)*, cit., p. 392, donde indica las SS. de 21-1-71, 25-3-74, 10-4-78 y 4-11-81.

(15) Sobre la formulación y contenido de la eximente en dichos Códigos, vid. ROMERO SIRVENT y GÓMEZ PAVÓN: *Enajenación y trastorno mental transitorio*, en «La Ley», núm. 1.108, 11-1-85, pp. 1 y ss.

(16) Término «muy poco psiquiátrico» lo llamaba SAINZ CANTERO: cfr. *Lecciones*, III, cit., p. 33. Como «poco preciso» lo definió ALBERCA LORENTE: *Comentarios al Código penal*, de A. Ferrer Sama, T. I, Murcia, 1946, p. 111.

(17) Cfr. QUINTERO OLIVARES, G.: *Derecho penal (PG)*, cit., p. 477.

(18) *La responsabilidad*, cit., p. 13. Así también lo señala más recientemente TORIO LÓPEZ, A.: *Las fórmulas legislativas sobre la enfermedad mental. Discusión del concepto de «enajenación»*, en «Estudios jurídicos en honor del Profesor Octavio Pérez-Vitoria», T. II, Barcelona, 1983, p. 971.

la mente en cuanto a su responsabilidad e imputabilidad, sin hacer referencia especial a términos técnicos: ello es totalmente deseable ya que permite seguir siendo utilizado aunque el concepto técnico psiquiátrico varíe, y es susceptible de interpretaciones cada vez más perfectas y afinadas.

El jurista, escribe Santo-Domingo, prescinde de toda elaboración y clasificación especificada de los trastornos psíquicos, y le interesa solamente la posibilidad de que tales trastornos perturben en mayor o menor grado las facultades del conocer o del querer modificando así la imputabilidad de un sujeto respecto a sus actos y, por ende, la responsabilidad (19). Los psiquiatras, señalan Codon y López Saiz, «debemos y tenemos que adaptar nuestros conocimientos a esta *manera de ver* las enfermedades mentales que tiene el Derecho, y no olvidemos que toda enfermedad, deficiencia o anormalidad psíquica que no altere o perturbe de manera manifiesta las funciones psíquicas elevadas no tiene consecuencias con valor jurídico; y los juristas debemos ir acomodando nuestras tesis a las conquistas científicas de la psiquiatría» (20).

Por esas razones, indudablemente, ha sido posible que la jurisprudencia convirtiera la fórmula biológica inicial del Código en otra mixta biológico-psicológica (21).

Pero veamos ahora sucintamente los conceptos y contenidos que en psiquiatría tienen los términos a que se ha ido haciendo referencia hasta ahora, con las lógicas reservas conceptuales, científicas y de lenguaje.

1. Habíamos dicho que, en principio, únicamente cabe denominar enfermedad mental a las *psicosis*. Las «*psicosis*» son trastornos psicológicos graves que afectan de un modo total a la personalidad y conducta del sujeto, con perturbación del juicio, de la voluntad y de la afectividad, como manifestaciones de una situación de desintegración y confusión en el «yo»; el significado del término «*psicosis*» dentro de la psiquiatría clínica es poco preciso y su ubicación nosológica obedece a criterios meramente descriptivos.

Dentro de las *psicosis* se ha venido distinguiendo tradicionalmente el grupo de las *exógenas* del de las *endógenas*. Las primeras responderían a causas orgánicas bien definidas, como traumatismos, infecciones, intoxicaciones, etc.; las segundas, de causa desconocida para la psiquiatría tradicional, suelen dividirse en dos grandes grupos: las *psicosis* afectivas (manías, melancolía, *psicosis maníaco-depresiva*), y

(19) Cfr. SANTO-DOMINGO CARRASCO, J.: *Apuntes de psiquiatría criminológica*, Instituto de Criminología, Madrid s/f, p. 19.

(20) CODON, J. M.^a y LÓPEZ SAIZ, I.: *Psiquiatría jurídica penal y civil*, T. I., 3.^a ed., Burgos, 1968, p. 113.

(21) Vid., por ejemplo, las SS. de 23-1-46, 12-4-50, 22-1-59, 30-6-70, 19-11-71, 7-4-75, 12-5-77, 20-5-81, 13-10-81, etc.

las psicosis delirantes (esquizofrenia, paranoia, parafrenia). A los efectos que aquí y ahora interesan, vamos a detenernos en las siguientes:

a) *Esquizofrenias*, psicosis caracterizadas por la disociación intrapsíquica, que se traduce por la inhibición con bloqueo en el curso del pensamiento, negativismo, estereotipias, manierismo, etc., y la ruptura con el mundo exterior, manifestada por indiferencia, desinterés, etc. Resulta extraordinariamente difícil precisar cuáles son sus rasgos constitutivos y su esencia, y aún hoy no ha sido dada una teoría convincente que abarque todas sus formas, quizás porque la «esquizofrenia» (etimológicamente significa «mente escindida») no sea una unidad, sino un conjunto «plural» de síndromes o incluso de enfermedades. Ya E. Bleuler, uno de sus principales investigadores, hablaba en plural de «esquizofrenias» (22).

b) *Paranoias*, caracterizadas por la presentación de un delirio crónico, sistematizado, irrefutable a la argumentación lógica, que aparece por causas endógenas; se relaciona con las vivencias del sujeto, conservando éste íntegra su inteligencia, memoria, lucidez de la conciencia y capacidades de juicio y raciocinio, siempre que su aplicación no afecte al tema del delirio (Kraepelin). Sus rasgos esenciales son una hipervaloración del yo, desconfianza y exagerada susceptibilidad, manifestándose en forma de delirios de persecución, de grandeza, eróticos, de injusticia, de celos, hipondríacos, etc. El carácter endógeno y orgánico de la paranoia ha sido puesto en cuestión por la escuela psicoanalítica que le atribuye una naturaleza reactiva (23).

c) *Psicosis maníaco-depresivas*, caracterizadas por la presentación en el mismo individuo de fases maníacas y fases melancólicas en distintos momentos de su vida; la alternancia de las fases hace que también se les llame «psicosis circular». Las fases de uno u otro signo (maníacas o depresivas) suelen presentarse aisladas, con períodos in-

(22) Vid. ALBERCA LORENTE, R.: *Ob. cit.*, pp. 119 y ss. BLEULER, E.: *Tratado de psiquiatría*, 3.^a ed., traducción española de la 10.^a alemana por Alfredo Guerra Miralles, Madrid, 1971, pp. 425 y ss. DI TULLIO, B.: *Principios de criminología clínica y psiquiatría forense*, traducción de la 3.^a ed. italiana por Domingo Teruel Carrasco, Madrid, 1966, pp. 100 y ss. LANGEÜDDEKE, A.: *Psiquiatría forense*, traducción de Luis Beneytez Merino, Madrid, 1972, pp. 489 y ss. PIGA SÁNCHEZ-MORATE, B. A.: *Psicología y psiquiatría en el procedimiento penal*, Madrid, 1953, p. 167. VALLEJO-NÁGERA, J. A.: *Introducción a la psiquiatría*, 8.^a ed., Madrid, 1976, pp. 235 y ss. GARCÍA ANDRADE, J. A.: *Apuntes de psiquiatría forense*, Instituto de Criminología, Madrid s/f, pp. 33 y ss. CODON-LÓPEZ SAIZ: *Psiquiatría*, I, *cit.*, pp. 244 y ss. CASTILLA DEL PINO, C.: *Introducción a la psiquiatría*, 2, 2.^a ed., Madrid, 1982, pp. 225 y ss. La antipsiquiatría (R. D. Laing y D. Cooper) ha controvertido la «esquizofrenia» como entidad nosológica.

(23) Vid. VALENCIANO GAYA, L.: *Problemas médico-forenses de las psicosis delirantes*, en «Psiquiatría y Derecho penal» (Alberca-Valenciano-Sánchez Pedreño y Ros), Madrid, 1965, pp. 89 y ss. DI TULLIO, B.: *Ob. cit.*, pp. 75 y ss. GARCÍA ANDRADE, J. A.: *Apuntes*, *cit.*, pp. 18 y ss. PIGA SÁNCHEZ-MORATE, B. A.: *Psicología*, *cit.*, pp. 164 y ss. CODON-LÓPEZ SAIZ: *Psiquiatría*, I, *cit.*, pp. 283 y ss. SANTO-DOMINGO, J.: *Apuntes*, *cit.*, pp. 77 y ss. VALLEJO-NÁGERA, A.: *Ob. cit.*, pp. 223 y ss. CASTILLA DEL PINO, C.: *Introducción*, *cit.*, pp. 159 y ss.

tervalares de normalidad, pero no es rara la observación del paso (espontáneo o por efecto de los tratamientos) de un extremo al otro, siguiéndose una fase maníaca de una depresiva sin interrupción, o viceversa (24).

Las epilepsias, son enfermedades caracterizadas por crisis convulsivas generalizadas, iniciadas súbitamente, sin prodromos. En cuanto a su cuadro clínico debe diferenciarse entre el «gran mal» (con pérdida de conocimiento), el «pequeño mal» y la epilepsia parcial, manifestándose en ocasiones en alteraciones de carácter, perturbaciones del estado de ánimo (distimias) y estado (crisis) crespúsculares. Oliveros define como «ataque epiléptico un fenómeno clínico accesional de sintomatología diversa que incide bruscamente en el sujeto y que está motivado por una descarga de actividad neuronal paroxística de una cierta cantidad de células nerviosas de cualquier estructura o territorio cerebral, que se acompaña de una fenomenología eléctrica característica» (25), de ahí que haya que entender por epilepsia la enfermedad consistente en la presentación de crisis epilépticas repetidas con más o menos frecuencia (26).

Todas estas enfermedades a las que hemos hecho referencia hasta ahora, pueden ser consideradas genéricamente como «psicosis endógenas», es decir, con causas originadas en el propio organismo. En cuanto a las denominadas *exógenas*, debidas a la acción de agentes externos que afectan a la mente, cabe hacer referencia a las *toxifencias*, intoxicaciones por administración reiterada de droga (27), embriaguez patológica y el denominado «*delirium tremens*» (28), las psi-

(24) Vid. PIGA SÁNCHEZ-MORATE, B. A.: *Psicología*, cit., p. 166. DI TULLIO, B.: *Ob. cit.*, pp. 109 y ss. SANTO DOMINGO, J.: *Apuntes*, cit., pp. 38 y ss. BLEULER, E.: *Tratado*, cit., pp. 486 y ss. LANGELODDEKE, A.; *Psiquiatría*, cit., pp. 502 y ss. CODON-LÓPEZ SAIZ: *Psiquiatría*, I, cit., pp. 313 y ss. VALLEJO-NÁGERA, A.: *Introducción*, cit., pp. 218 y ss. CASTILLA DEL PINO, C.: *Introducción*, 2, cit., pp. 152 y ss.

(25) Vid. OLIVEROS PÉREZ, J. C.: *Las epilepsias*, en «*Introducción a la psiquiatría*», de Vallejo-Nágera, cit., p. 352. «De todos los cuadros clínicos es, sin duda, la epilepsia la que goza de un especial interés en la criminología, hasta el punto de que muchos autores identifican al loco asesino con el epiléptico, rodeándolo además de un halo entre mítico y aterrador». Cfr. GARCÍA ANDRADE, J. A.: *Raíces de la violencia*, Madrid, 1982, p. 48.

(26) Vid. además, ALBERCA LORENTE, R.: *Ob. cit.*, pp. 121 y ss. LANGELODDEKE, A.; *Ob. cit.*, pp. 481 y ss. DI TULLIO, B.: *Ob. cit.*, pp. 116 y ss. BLEULER, E.: *Tratado*, cit., pp. 383 y ss. GARCÍA ANDRADE, J. A.: *Apuntes*, cit., pp. 90 y ss. PIGA SÁNCHEZ-MORATE, B. A.: *Ob. cit.*, pp. 172 y ss. SANTO-DOMINGO, J.: *Ob. cit.*, pp. 27 y ss. CODON-LÓPEZ SAIZ: *Psiquiatría*, I, cit., pp. 343 y ss. CASTILLA DEL PINO, C.: *Introducción*, 2, pp. 370 y ss.

(27) Cfr. BLEULER, E.: *Ob. cit.*, pp. 352 y ss. PIGA, B.: *Ob. cit.*, pp. 183 y ss. LANGELODDEKE, A.: *Ob. cit.*, pp. 467 y ss. SANTO DOMINGO, J.: *Ob. cit.*, pp. 90 y ss. GARCÍA ANDRADE, J. A.: *Ob. ult. cit.*, pp. 153 y ss. VALLEJO-NÁGERA, J. A.: *Ob. cit.*, pp. 303 y ss. CODON-LÓPEZ SAIZ: *Ob. cit.*, pp. 400 y ss. VALLS BLANCO, J. M.: *Introducción a la psiquiatría*, 2, de Castilla del Pino, cit., pp. 402 y ss.

(28) Cfr. BLEULER, E.: *Ob. cit.*, pp. 313 y ss. LANGELODDEKE, A.: *Ob. cit.*, pp. 459 y ss. GARCÍA ANDRADE, J. A.: *Ob. cit.*, pp. 124 y ss. VALLEJO-NÁGERA, J. A.: *Ob. cit.*, pp. 323 y ss.

cosis traumáticas (29), las sintomáticas (30), las sifilíticas (31) y las involutivas, distinguiendo entre demencias presenil y senil, y arterioescleróticas (32).

2. Las *oligofrenias* pueden ser definidas como «detención global de las funciones psíquicas y en particular de la inteligencia, producida en los momentos iniciales de la maduración» (33). Esta alteración va a dificultar o impedir, según el grado de afectación de la persona (desarrollo deficiente de la inteligencia), su adaptación familiar, social o laboral.

La *oligofrenia* y la *demenzia* son cosas distintas. Como señalan Codón y López Saiz, la oligofrenia es un defecto intelectual consecutivo a la detención del desarrollo de un cerebro en evolución; la demencia es un defecto intelectual consecutivo a la pérdida de las facultades psíquicas en un cerebro ya desarrollado (34).

Según que el retraso intelectual fuera más o menos grave, los oligofrénicos se han venido clasificando en tres grados (los idiotas, imbeciles y débiles mentales); esta clasificación ha quedado superada por lo que tenía de peyorativa, y se les adscribió a los grados profundos, medios y leves, de gran utilidad práctica (35). No obstante, en 1967 el Comité de Expertos sobre Salud Mental de la Organización Mundial de la Salud (OMS) estableció una nueva clasificación basada esencialmente sobre supuestos del cociente intelectual, entre 85 y -20 (36); y en la actualidad, se propone la adopción de los criterios establecidos en 1978 por la Asociación Americana de Psiquiatría, y sobre lo que haremos referencia más adelante.

3. Las *psicopatías* no son enfermedades mentales, sino variantes anormales del carácter en su mayor parte congénitas. La palabra «psi-

(29) Vid. LANGELUDDEKE, A.: *Ob. cit.*, pp. 421 y ss. CODON-LÓPEZ SAIZ: *Ob. cit.*, pp. 453 y ss. VALLEJO-NÁGERA, J. A.: *Ob. cit.*, pp. 271 y ss. CASTILLA DEL PINO, C.: *Ob. cit.*, pp. 377 y ss.

(30) Vid. LANGELUDDEKE, A.: *Ob. cit.*, pp. 448 y ss. CODON-LÓPEZ SAIZ: *Ob. cit.*, pp. 384 y ss. SANTO DOMINGO, J.: *Ob. cit.*, pp. 43 y ss. VALLEJO-NÁGERA: *Ob. cit.*, pp. 261 y ss. CASTILLA DEL PINO, C.: *Ob. cit.*, pp. 329 y ss.

(31) Cfr. LANGELUDDEKE, A.: *Ob. cit.*, pp. 427 y ss. BLEULER, E.: *Ob. cit.*, pp. 263 y ss. CODON-LÓPEZ SAIZ: *Ob. cit.*, pp. 469 y ss. VALLEJO-NÁGERA, J. A.: *Ob. cit.*, pp. 279 y ss. CASTILLA DEL PINO, C.: *Ob. cit.*, pp. 365 y ss., etc.

(32) Cfr. LANGELUDDEKE, A.: *Ob. cit.*, pp. 439 y ss. BLEULER, E.: *Ob. cit.*, pp. 246 y ss. SANTO DOMINGO, J.: *Ob. cit.*, pp. 53 y ss. GARCÍA ANDRADE, J. A.: *Ob. ult. cit.*, pp. 103 y ss. CODON-LÓPEZ SAIZ: *Ob. cit.*, pp. 480 y ss. VALLEJO-NÁGERA, J. A.: *Ob. cit.*, pp. 288 y ss. CASTILLA DEL PINO, C.: *Ob. cit.*, pp. 358 y ss.

(33) Cfr. MOLINA CAMPUZANO, L.: *Las oligofrenias*, en «Introducción a la psiquiatría» de Vallejo-Nágera, *ob. cit.*, 391. Vid. también, LANGELUDDEKE, A.: *Ob. cit.*, pp. 416 y ss. BLEULER, E.: *Ob. cit.*, pp. 615 y ss. PIGA, B. A.: *Ob. cit.*, pp. 160 y ss. SANTO-DOMINGO, J.: *Ob. cit.*, pp. 22 y ss. GARCÍA ANDRADE, J. A.: *Ob. ult. cit.*, pp. 44 y ss. CODON-LÓPEZ SAIZ: *Ob. cit.*, p. 122. DI TULLIO, B.: *Ob. cit.*, pp. 111 y ss.

(34) Cfr. *Psiquiatría*, I, *cit.*, p. 122. ALBERCA, R.: *Ob. cit.*, p. 112.

(35) Cfr. GARCÍA ANDRADE, J. A.: *Raíces de la violencia*, *cit.*, p. 61.

(36) Cfr. GARCÍA ANDRADE, J. A.: *Ob. ult. cit.*, p. 62. MOLINA CAMPUZANO, L.: *Ob. cit.*, p. 390. CODON-LÓPEZ SAIZ: *Ob. cit.*, p. 198.

copatía» es realmente una paradoja, ya que en su origen no significa otra cosa que «enfermedad psíquica», mientras que psiquiátricamente se considera como una anormalidad del carácter, sin constituir una verdadera enfermedad mental (37). El concepto de «psicopatía» es vertido en la literatura psiquiátrica por vez primera por Koch, justamente para oponerlo al de «psicosis» (38).

El psicópata, dice Gradillas, es una persona asocial (incapaz de adaptarse a las normas sociales), que no establece lazos afectivos adecuados y duraderos con otras personas, que no padece angustia ni sentimientos de culpa ante las situaciones que provoca y que producirán estas reacciones afectivas en la generalidad de las personas, no teniendo, por otra parte, alteraciones mentales (39). Conocida es la clásica frase descriptiva de Kurt Schneider: «Los psicópatas son personalidades anormales que sufren ellas o hacen sufrir a la sociedad a causa de su enfermedad», de la que García Andrade deduce tres factores: uno médico (la personalidad), otro estadístico (la anormalidad) y un tercero social (sufriendo a sí mismo o a la sociedad); según el autor citado es necesario que se reúnan los tres elementos para poder hablar de *psicopatías*, dado que es un hecho que han existiendo muchos genios que no han sido precisamente psicópatas (40).

Especial interés, dada su especial peligrosidad, tienen los clasificados por Schneider como «psicópatas desalmados», que han recibido también los nombres de psicópatas «de ánimo frío», «locura mental» o «moral insanity» (41). Son sujetos que, como señala Santo-Domingo, presentan en estado puro la ausencia de sentimientos de culpabilidad, característica de los psicópatas, y puede decirse que en ellos el sentimiento de comunidad está absolutamente atrofiado, inexistente, caracterizándose por la comisión de delitos terribles. Se los ha descrito

(37) Cfr. CODON-LÓPEZ SAIZ: *Psiquiatría jurídica, penal y civil*, T. II, 3.^a ed., Burgos, 1969, p. 561.

(38) CASTILLA DEL PINO prefiere utilizar el vocablo «caráterosis», abogando por el abandono del término psicópata al señalar: a) es la denominación de una especie —psicopatías— frente a neurosis y psicosis— mediante un nombre genérico —etimológicamente, psicopatía debería incluir todas las presuntas alteraciones de la conducta—; b) tiene unas connotaciones que no son válidas en la actualidad, por cuanto hace referencia a disposiciones constitucionales, incluso hereditarias, a «degeneraciones» biológicas y psicológicas, que han sido resultado de la especulación positiva del siglo XIX. Cfr. *Introducción*, 2, cit., p. 113.

(39) Cfr. GRADILLAS REGODÓN, V.: *Las personalidades psicopáticas*, en «Introducción a la psiquiatría de Vallejo-Nágera», ob. cit., p. 187. Vid., también, ALBERCA, R.: *Ob. cit.*, pp. 115 y ss. DI TULLIO: *Ob. cit.*, pp. 61 y ss. LANGELODDEKE, A.: *Ob. cit.*, pp. 508 y ss. BLEULER, E.: *Ob. cit.*, pp. 591 y ss. PIGA, B. A.: *Ob. cit.*, pp. 163 y ss. SANTO DOMINGO, J.: *Ob. cit.*, pp. 58 y ss. GARCÍA ANDRADE, J. A.: *Apuntes*, cit., pp. 6 y ss. CODON-LÓPEZ SAIZ: *Ob. cit.*, pp. 561 y ss.

(40) Cfr. GARCÍA ANDRADE, J. A.: *El hombre, el delito y su mundo*, Madrid, 1973, p. 44.

(41) Vid. BLEULER, E.: *Ob. cit.*, pp. 606 y ss. LANGELODDEKE, A.: *Ob. cit.*, pp. 515-516. SANTO-DOMINGO, J.: *Ob. cit.*, pp. 62-63. CODON-LÓPEZ SAIZ: *Ob. cit.*, pp. 572 y ss. GARCÍA ANDRADE, J. A.: *Apuntes*, ob. cit., p. 9. QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Enajenación mental (Derecho penal)*, voz en NEJ, T. VIII, 1956, pp. 437-438.

como «naturalezas duras como el acero, y que caminan sobre cadáveres»; particularmente graves en su expresividad social, deben considerarse como incorregibles por definición (42). Estos psicópatas constituyen, en opinión de Bleuler, el núcleo del concepto lombrosiano de «delincuente nato» (43).

4. *La neurosis*, por último, son afecciones mentales caracterizadas por la conciencia clara y evocación dolorosa de un conflicto psíquico, por la existencia de un proceso de defensa y la ausencia de lesiones anatómicas demostrables (44). Son, en pocas palabras, formas inadecuadas de reacción a una situación dada que se mantienen o actúan crónicamente, duraderamente, y cuya respuesta obedece a ciertas vivencias del sujeto en cuestión. Castilla del Pino señala que la palabra *neurosis* «es la denominación de *un modo de ser*, de una conducta» (45) En un sentido estricto, «*neurosis*» es una palabra que significa «degeneración o enfermedad de los nervios» y, ciertamente, este término produce confusión ya que la parte orgánica del sistema nervioso (los nervios) no intervienen para nada en el enfermar por vivencias; por eso los psiquiatras la sustituyen por «reacciones vivenciales anormales», «desarrollos vivenciales anormales», «crisis anímicas», «crisis existenciales», etc., ya que, en definitiva, con ellas se trata de hacer referencia a una serie de anomalías psíquicas que tienen su origen en la vivencia anímica de la persona (46). Dentro del apartado genérico de las «*neurosis*» cabe distinguir la fóbica, la obsesiva, de angustia, de despersonalización, depresiva, hipocondriaca, histérica, etc. (47), cuyo tratamiento por medio de drogas y, sobre todo, del psicoanálisis, hace que sea posible su desaparición en la gran mayoría de los casos.

3. DICHOS SUPUESTOS Y EL ARTICULO 8.1 DEL CODIGO PENAL ESPAÑOL

Sentadas ya las bases de las principales anomalías de la persona a las que suele hacerse referencia por parte de la doctrina y la jurisprudencia al objeto de su estimación como eximiente o no de su res-

(42) Cfr. SANTO-DOMINGO, J.: *Ob. cit.*, pp. 62-63.

(43) Cfr. BLEULER, E.: *Ob. cit.*, p. 606, nota. 1.

(44) El término «*neurosis*» fue creado por Cullen en el siglo XVIII, y su concepto tiende a englobar las enfermedades funcionales, en oposición a las orgánicas. Vid. DI TULLIO, B.: *Ob. cit.*, pp. 80 y ss. BLEULER, E.: *Ob. cit.*, pp. 521 y ss. LANGEUDÉKE, A.: *Ob. cit.*, pp. 403 y ss. SANTO-DOMINGO, J.: *Ob. cit.*, pp. 66 y ss. GARCÍA ANDRADE, J. A.: *Ob. ult. cit.*, pp. 30 y ss. CODON-LÓPEZ SAIZ: *Ob. cit.*, pp. 511 y ss. CASTILLA DEL PINO, C.: *Ob. cit.*, pp. 88 y ss.

(45) Cfr. *Introducción*, 2, *cit.*, p. 89.

(46) Vid. SANTO-DOMINGO, J.: *Ob. cit.*, p. 66. GARCÍA ANDRADE, J. A.: *Ob. ult. cit.*, p. 30. El mismo en *El hombre, el delito y su mundo*, *cit.*, pp. 72 y ss. VALLEJO-NÁGERA, J. A.: *Ob. cit.*, pp. 124 y ss.

(47) Vid. BLEULER, E.: *Ob. cit.*, pp. 552 y ss. SANTO-DOMINGO, J.: *Ob. cit.*, pp. 72 y ss. GARCÍA ANDRADE, J. A.: *Apuntes, ob. cit.*, pp. 32 y ss. CODON-LÓPEZ SAIZ:

ponsabilidad criminal, veamos hasta que punto tienen encaje en el número 1 del artículo 8 del Código penal.

De una manera general, y antes de contemplarlas individualizadamente, puede adelantarse ya, que existe un amplio acuerdo en la doctrina en el sentido de que no puede establecerse una lista cerrada de anomalías o perturbaciones que convierten a quienes las padecen en «enajenados» del artículo 8.1 del Código penal (48). Ya que cabe afirmar con Gimbernat que «como lo decisivo son las consecuencias psicológicas que la enfermedad tiene sobre el sujeto, el efecto eximente o no de las distintas perturbaciones mentales depende del caso concreto» (49). De una manera muy gráfica se dice en la sentencia de 1 de junio de 1962 que «lo que en verdad interesa al Derecho no son tanto las calificaciones clínicas como su reflejo en el actuar» (50).

Y, ciertamente, así debe ser, únicamente quien sufre «una perturbación plena de las facultades intelectivas (de conocer el significado antijurídico de la conducta) o volitivas (orientar la propia actividad conforme a ese conocimiento) de cierta permanencia y cierta intensidad» (51), tendrá la consideración penal de enajenado mental. El efecto que debe producir ha de consistir en la «anulación duradera y absoluta de la capacidad intelectual y volitiva» (52); si la perturbación de la capacidad de conocer la antijuricidad o de orientar la voluntad conforme a dicho conocimiento, no es *plena*, sino sólo *parcial*, deberá estimarse la eximente como incompleta y apreciarse, en consecuencia, la atenuante primera del artículo 9. Si fuera pasajera tal perturbación podría tener encaje en la eximente completa o incompleta, según los casos, de trastorno mental transitorio.

Tal y como recoge la doctrina (53), la jurisprudencia ha establecido con carácter general los siguientes requisitos para que la enajenación surta efecto a la hora de determinar la responsabilidad criminal del sujeto en cuestión: 1) origen morboso o patológico (existencia de una enfermedad catalogada o no, pues lo trascendental es la existencia de la perturbación; 2) permanente; 3) que suspenda la capacidad

Ob. cit., pp. 516 y ss. CASTILLA DEL PINO, C.: *Ob. cit.*, pp. 88 y ss. VALLEJO-NÁGERA, J. A.: *Ob. cit.*, pp. 147 y ss.

(48) Vid. CÓRDOBA RODA, J.: *Comentarios*, I, *cit.*, p. 213. SAINZ CANTERO, J. A.: *Lecciones*, III, *cit.*, p. 35. MUÑOZ CONDE, F.: *Teoría*, *cit.*, p. 149. BUSTOS RAMÍREZ, J.: *Derecho penal (PG)*, *cit.*, p. 392.

(49) Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, E.: *Introducción*, *cit.*, p. 72.

(50) Cfr. A. núm. 2.502.

(51) Cfr. SAINZ CANTERO, J. A.: *Lecciones*, III, *cit.*, p. 34.

(52) Cfr. GÓMEZ BENÍTEZ, J. M.: *Teoría jurídica*, *cit.*, p. 459. Y antes ya en CÓRDOBA RODA, J.: *Comentarios*, I, *cit.*, p. 207.

(53) Cfr. CÓRDOBA RODA, J.: *Ob. cit.*, pp. 212 y ss. GÓMEZ BENÍTEZ, J. M.: *Ob. cit.*, pp. 458 y ss. BUSTOS RAMÍREZ, J.: *Ob. cit.*, p. 392. RODRÍGUEZ DEVEZA, M. M.ª: *Ob. cit.*, pp. 595 y ss. RODRÍGUEZ RAMOS, L.: *Ob. cit.*, pp. 199 y ss. MIR PUIG, S.: *Derecho penal (PG)*, *ob. cit.*, pp. 492 y ss. ROMERO SIRVENT-GÓMEZ: *Ob. cit.*, p. 5, etc.

de querer y entender (perturbación profunda, absoluta, notable, evidente, de las facultades psíquicas, intelectuales o volitivas) (54).

Pero veamos separadamente y siguiendo el mismo orden sistemático utilizado en el apartado anterior las diferentes enfermedades:

1. Las *psicosis*, en tanto son trastornos mentales, motivan de ordinario la estimación de la eximente siempre que su intensidad sea plena, si la intensidad de la perturbación es menor cabe aplicar la eximente incompleta del artículo 9.1. Así se hace con carácter uniforme con:

a) *Esquizofrenias*: La jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo ha establecido que, por lo general, hay que estimar al esquizofrénico como enajenado mental a los efectos del artículo 8.1 del Código penal, caracterizando esta enfermedad, de un modo concordante a como hace la psiquiatría, «por un trastorno fundamental originado en el interior del enfermo esquizofrénico, en el núcleo de su personalidad, que produce una escisión en la estructura de la misma; no dando lugar normalmente a defectos permanentes en la inteligencia, juicio crítico, comprensión, atención o memoria, ni a una alteración en los efectos, sentimientos, gustos, etc., ni tampoco a una modificación en la actividad», que, sin embargo, acarrea que el sujeto «no pueda hacer uso correcto de aquellas funciones psíquicas, encontrándose perplejo ante este cambio profundamente sentido, inesperado e incomprendible para él», produciéndole «trastornos en la asociación del pensamiento, en la afectividad o en los sentimientos, en la falta de contacto vital con la realidad que le lleva en ocasiones a un total autismo, a desdoblamientos de la personalidad, con ideas delirantes y alucinaciones» (55).

Cuando la alteración de tipo esquizoide no presenta estos caracteres, sino una menor intensidad, el Tribunal Supremo ha admitido la apreciación de una eximente incompleta. Y, así, ha establecido que el hecho de que el acusado tuviese «los rasgos de la personalidad esquizoide» no permite por sí solo la estimación de la circunstancia del artículo 8.1, sino que «dicho trastorno de la personalidad que llena la zona intermedia entre el temperamento esquizotípico y la psicosis esquizofrénica, cuando es grave, intenso o profundo, entraña una disminución de las facultades intelectivas y volitivas del agente con virtud para destacar los efectos atenuatorios privilegiados previstos en el número 1 del artículo 9, en relación con el 8.1, ambos del Código penal» (56).

(54) Vid., al respecto, SS. de 10-4-57, 7-2-73, 26-10-76, 25-3-77, 7-11-77, 10-4-78, 19 y 20-5-81, 24-11-81, 13-12-82, 8-7-83, 2-11-83 y 22-1-86.

(55) Cfr. S. de 17-12-82 (A. 7.718). Vid. también SS. de 9-9-35, 8-5-44, 15-4-48, 24-6-49, 27-5-57, 1-6-62, 5-12-66, 19-11-71, 31-5-74, 4-11-75, 4-5-76, 2-11-79, 21-10-80, 22-4-82, 26-5-82, 13-5-83, 10-10-84, 22-12-84 y 4-10-85.

(56) Cfr. S. de 16-2-81 (JC. 187).

b) *Paranoias*: También referente a este trastorno suele seguir la jurisprudencia las mismas directrices ya apuntadas para las esquizofrenias, si bien se señala en la sentencia de 20 de octubre de 1982 que «la moderna doctrina niega a la paranoia el carácter de enfermedad endógena y se inclina a la admisión de los llamados desarrollos paranoicos, lo cual obliga a individualizar la aplicación de la eximente, a relativizarla teniendo en cuenta las circunstancias del caso» (57).

Con frecuencia se recogen en las sentencias conceptualizaciones de estos trastornos, y así, se afirma que «la paranoia es el desarrollo insensible de un sistema de demencia permanente que progresa con perfecta conservación de la claridad en el pensar, querer y obrar, en este avance hacia la desviación establece del modo de obrar normal de la vida psíquica consciente, es dado trazar la zona temporal intermedia para los actos realizados en ella y aproximada al concepto de la personalidad psicopática, con anomalías innatas en las facultades, elementos integrantes de la personalidad sin haber destruido el complejo» (58); otras veces se desciende hasta las *clasificaciones*: «dentro de las personalidades psicopáticas o anormales está el grupo bien definido de las categorías paranoides, con dos tipos característicos: el paranoico combativo y recalcitrante, que con frecuencia colisiona con la justicia y a veces termina en la verdadera paranoia, y el paranoico sensitivo o depresivo, de opuestos perfiles; de cuyos dos tipos es el primero el que ahora merece particular examen y que se caracteriza por la desproporción entre el atropello o injusticia de que cree ser víctima y el tesón e intensidad empleados para obtener, a toda costa, una reparación; de tal modo que pese a la apariencia lógica de sus razonamientos la persistencia y desmesura en la defensa de su posición delatan la personalidad paranoica» (59).

Se distingue con cierta claridad el supuesto de «una personalidad de tipo paranoide, caracterizada por un estado de ánimo lábil, con rasgos de inmadurez, inseguridad, angustia y sentimiento de inferioridad, que si bien no le privan de la conciencia de sus actos, ni anulan su voluntad, condicionan y limitan sensiblemente esta última (60), de aquellos en que «si se agudiza en su reacción delirante puede terminar en una verdadera psicosis o paranoia con la consecuencia de total imputabilidad» (61).

Va a ser, pues, la mayor o menor intensidad del trastorno, con el consiguiente grado de disminución de la «capacidad de conocer

(57) Cfr. S. de 20-10-82 (A. 5.663).

(58) Cfr. S. de 22-1-66 (A. 161).

(59) Cfr. S. de 21-10-78 (A. 3.251). Vid. además las SS. de 15-12-27, 19-12-32, 10-6-35, 15-12-57, 16-6-61, 30-3-64, 15-11-69, 20-1-76, 21-10-78, 20-2-84 y 21-6-85.

(60) Cfr. S. de 4-11-78 (A. 3.374).

(61) Cfr. S. de 21-10-78 (A. 3.251).

y querer» (62), de las «facultades de raciocinio y de volición» (63), lo que hará posible la estimación de la eximente completa o incompleta.

c) *Psicosis maníaco-depresivas*: Sobre ellas, aunque es escasa la jurisprudencia al respecto, ha dicho nuestro Tribunal Supremo que «se trata de una psicosis que no acarrea forzosamente la final demencia, sino que, superada la fase melancólica o depresiva, como la esténica o de exaltación, se puede conseguir la total recuperación del psiquismo», y que «la llamada locura circular puede producir una alteración más o menos intensa de las bases de la imputabilidad» (64). También para estos trastornos, la intensidad mayor o menor de los mismos, con su repercusión en las facultades cognoscitivas y volitivas del sujeto, hará que sean estimados como eximentes o como ate- nuantes (65).

d) *Epilepsias*: Al respecto se señala por el Tribunal Supremo que «es la epilepsia una enfermedad caracterizada por crisis convulsivas con pérdida de conocimiento, alucinaciones sensoriales o perturbaciones psíquicas que corresponden a la descarga funcional de un grupo de células nerviosas del cerebro y bajo cuyo nombre único se cobijan una variada serie de psicosis de muy distinta morfología y entidad, desde la epilepsia residual hasta la sintomática (con sus variantes de epilepsia residual y traumática) pasando por las provocadas, como asimismo se habla de equivalentes epilépticos en que ya no se da el ataque comicial o «gran mal», propio de las anteriores morfologías, sino crisis de «pequeño mal», es decir, ataques incompletos, ausencias, distimias y estados crepusculares; como, finalmente, se reconocen: epilepsias larvadas, sin ataque comicial ni equivalentes; epileptoídes explosivos, caracterizados por la brutalidad de sus acciones, y carácter epiléptico, de temperamento «viscoso», hipersocial y perseverante; por lo que ya se comprende que tan variadas manifestaciones tendrán una muy diferente repercusión en la imputabilidad, según sea mayor o menor el deterioro de la personalidad y la progresión de la enfermedad, de suerte que así como el simple carácter epiléptico admite una inferioridad psíquica más o menos acentuada, pero no irresponsabilidad, en el otro extremo de la escala se coloca la demencia epiléptica, debida a la intensidad y frecuencia de las crisis que es índice claro de inimputabilidad; ello sin contar con toda la gama de situaciones más o menos intermedias según que el acto delictivo se cometía durante las crisis o estados de excepción o en fase interparoxística; por lo que, en definitiva, será preciso relacionar en cada caso la forma clínica de la enfermedad con las bases intelectiva y

(62) Cfr. S. de 31-1-75 (A. 255).

(63) Cfr. SS. de 27-1-78 (A. 106) y 15-10-84 (A. 4.839).

(64) Cfr. S. de 12-12-70 (A. 5.263).

(65) Vid. las SS de 7-7-48, 5-2-57, 24-2-64, 16-6-61, 6-4-66, 15-11-66, 18-12-70, 21-1-71, 5-11-76 y 11-7-83.

volitiva de la imputabilidad y atender a la mayor o menor perturbación de la misma» (66).

No obstante, como señalan certeramente Mir Puig (67) y Gómez Benítez (68), entre otros, las epilepsias plantean un problema especial: los llamados «intervalos lúcidos».

Efectivamente, si como ya señalamos anteriormente en las epilepsias (de modo similar a lo que ocurre en las psicosis maníaco-depresivas) se alternan momentos de normalidad psíquica con fases de perturbación plena, habrá que diferenciar los actos realizados durante los ataques convulsivos, los efectuados en el «aurea epiléptica» (momentos inmediatamente anteriores a la crisis), y los realizados en los llamados «estados crepusculares postepilépticos». En todos estos casos, señalados así por Gómez Benítez, se aplica la eximente plena; sin embargo, en los denominados «intervalos lúcidos» suele aplicarse la eximente incompleta (69). Al respecto, la sentencia de 7 de abril de 1975 estableció que «el agente del delito, para responder de sus malas acciones, ha de ser imputable por poseer capacidad subjetiva para conocer y querer su conducta penalmente antijurídica, lo que ha de presumirse por ser común en la realidad humana la coincidencia entre normalidad e infracción criminal, desapareciendo únicamente tal presunción cuando exista demostrada expresamente una causa de inimputabilidad, total o parcial, para serle atribuida la responsabilidad y la penalidad por ausencia o alteración, bien de la capacidad de conocer el alcance ilícito de su comportamiento, o bien de la capacidad de querer o autodeterminarse, en el sentido querido por la norma. La epilepsia es una psicosis orgánica endógena que afecta procesalmente al sistema nervioso central de la persona que la padezca y que es ostensible a medio de ataques o accesos convulsivos con pérdida de conciencia, que produce un especial estado psicopatológico que, minando el carácter, conduce desvalorativamente a la demencia progresiva con involución del psiquismo, por lo que su lento y progresivo desarrollo es de origen esencial o secundario, tiene un registro cualitativo y cuantitativo diferente, en atención a las características intrínsecas de los ataques comiciales y a sus efectos o consecuencias, por lo que las situaciones diversas subjetivas del mal comicial son variadas en orden a la imputabilidad, ya que si inicialmente, cuando el desvalor personal es todavía inexistente, la normal responsabilidad es procedente, por no afectar la incipiente enfermedad a la inteligencia o a la voluntad en absoluto, debe estimarse, sin embargo, la plena irresponsabilidad por enajenación mental cuando el delito

(66) Cfr. S. de 11-5-81 (A. 2.165). Vid. también las SS. de 13-12-26; 15-5-42; 2-4-47; 7-3-51; 18-11-55; 22-11-67; 12-6-72; 17-5-73; 11-3-74; 7-4-74; 19 y 28-5-75; 27-4-77; 5-5-81; 20-1 y 24-9-82; 21-1, 25-4, 15 y 22-6, 6-7, 28-11 y 22-12-83.

(67) Cfr. *Ob. ult. cit.*, p. 493.

(68) Cfr. *Ob. cit.*, p. 462.

(69) Cfr. *ibidem*.

to se cometa en pleno ataque convulsivo o paroxístico psicomotor durante el aura epiléptica, o en los estados crepusculares postepilépticos, y, por fin, en la plena demencia, hallándose anulado lo intelectual o volitivo totalmente, y gozando de la semieximente o responsabilidad atenuada en los propios supuestos o en la actuación durante los estados interparoxísticos, no profundamente morbosos, si la iniciación del proceso en la estructura de la personalidad no elimina, sino que sólo altera, tales potencias, pudiendo el agente conocer y querer su conducta no en toda su intensidad, pero sí de manera en parte controlada y dependiente de su decisión limitada» (70).

Conviene señalar en este punto que el concepto de «intervalo lúcido» está en crisis, psiquiátricamente, tendiéndose al estudio de la personalidad como globalidad que resulta afectada por los desarreglos nerviosos (71); es un concepto «totalmente abandonado en psiquiatría» (72), ya que «no se admite hoy la existencia de dichos instantes» (73), por lo que, indica Córdoba, que en rigor la cuestión no puede en la realidad siquiera plantearse (74).

2. *Las oligofrenias.* De todas las entidades psiquiátricas es la oligofrenia la que da un mayor número de delincuentes, y ello es debido, a juicio de García Andrade, a tres factores: el gran número de oligofrénicos existentes, la frecuencia de formas disarmonicas con graves alteraciones caratteriales y un claro componente social de marginación (75).

Ciertamente, las oligofrenias no constituyen enfermedad mental alguna. Con la palabra «oligofrenia» (de *oligo*, poco, escaso, y *freno*, psiquismo, mente) se trata de designar un estado permanente e irreversible de falta de capacidad intelectual (76).

Sin embargo, la jurisprudencia no ha tenido ningún problema en aceptar como eximente plena las formas más graves de la misma (77). Así la «idocia» (edad mental inferior a siete años), al igual que la «imbécibilidad» (edad mental de siete a nueve años), exime siempre (78), mientras que la «debilidad mental» (más de nueve años e inferior a la edad cronológica) motiva la estimación de la eximente incompleta del artículo 9.1 (79). La mera inferioridad intelectual, la lla-

(70) Cfr. A. 1.559; también la S. de 6-7-83 (A. 4.100).

(71) Cfr. *ibidem*. También MIR PUIG, S.: *Derecho penal*, cit., p. 494.

(72) Cfr. CODON-LÓPEZ SAIZ: *Ob. cit.*, p. 827.

(73) Cfr. CÓRDOBA RODA, J.: *Comentarios*, I, cit., p. 213.

(74) Cfr. *ibidem*.

(75) Cfr. *Raíces de la violencia*, cit., p. 60.

(76) Cfr. SANTO-DOMINGO, J.: *Ob. cit.*, p. 22.

(77) Vid. GONZÁLEZ-CUÉLLAR GARCÍA, A.: *La responsabilidad del subnormal ante el Derecho penal*, en «La situación jurídica de los deficientes mentales en el Derecho español», Departamento de Derecho Civil de la Universidad Autónoma de Madrid, 1975, pp. 143 y ss.

(78) Cfr. SS. de 18-6-40, 8-10-64, 25-5-66, 12-5-77, 25-3-80, 6-12-82 y 19-12-83.

(79) Cfr. SS. de 18-6-40, 8-4-43, 1-7-53, 11-12-54, 12-6-56, 8-3-58, 30-1-59, 15-4-59, 19-1-60, 24-10-61, 18-12-62, 3-3-66, 9-6-69, 12-12-70, 21-1-81, 21-1-84, 26-1-84 y 10-3-84.

mada «torpeza mental» (zona nebulosa entre la debilidad mental y la plena normalidad), no acarrea, según nuestro Tribunal Supremo, la atenuante (80), ni siquiera por analogía (81).

A título de ejemplo se dice por la jurisprudencia que «la oligofrenia o frenastenia, como basada fundamentalmente en un déficit intelectual, admite una toximancia sindrómica de mayor o menor alcance, desde el estadio más grave, presentado por la idiocia, al más leve, de la debilidad mental, pasando por la imbecilidad, que así vendrá a ser el grado medio, siendo de notar que tales grados de deficiencia mental, susceptibles de psicométría reveladora de una edad mental en contraste con la cronológica y de un determinado cociente intelectual, no constituyen compartimentos estancos y cerrados, sino que admiten zonas de tránsito entre unos y otros, transición particularmente interesante en la fase más leve de debilidad mental, la cual enlaza en la escala con el estado de plena normalidad a través de un segmento representado por la simple torpeza intelectual, ajena ya por completo a toda entidad patológica y en cuya zona se mueven formas superficiales, por contraposición a las oligofrenias profundas, calificadas en el tecnicismo psiquiátrico de “subculturales”, dando así a entender que tendrán mayor o menor relevancia según que la situación que haya de afrontar el afectado por ellas sea de mayor o menor complejidad y delicadeza intelectual» (82), y que «las oligofrenias constituyen un grupo de enfermedades mentales de carácter endógeno caracterizados por la perturbación de la personalidad del agente, y que, por consiguiente, no representan la irrupción o entrada en ella de elementos extraños y ajenos, sino que corresponden a la propia personalidad —anormal— del sujeto. Suponen una distonía o discordancia entre la evolución y desarrollo físico o somático del sujeto y su desarrollo intelectual o psíquico, de tal modo que mientras aquél evoluciona y se desenvuelve normalmente, éste queda estancado o detenido en una u otra edad mental en consonancia con lo más o menos profundo o intenso de la perturbación. Acudiendo a la psicometría y a los “test” de eficiencia, de personalidad y de inteligencia, pueden clasificarse del siguiente modo: la “idiocia”, en la que la edad mental del sujeto es inferior a cuatro años y sólo representa el 25 por 100 de la normalidad; la “imbecilidad”, con edad mental entre los cuatro y los ocho años y coeficiente entre el 25 y el 50 por 100; la “debilidad mental”, con edad de los ocho a los once años y coeficiente entre el 50 y el 70 por 100, y, por último, la llamada “torpeza mental”, estimándose que tanto los idiotas como los imbéciles son totalmente inimputables, mientras que lo son, más

(80) Cfr. SS. de 8-12-31, 25-5-58, 29-1-66, 25-2-70, 6-12-82, 19-12-83 y 10-12-84.

(81) Cfr. SS. de 13-3-48, 24-11-60 y 29-1-62.

(82) Cfr. S. de 24-4-73 (JC. 639).

o menos parcialmente, los débiles mentales, siendo totalmente impunitables los simplemente torpes». (83)

Toda esta terminología utilizada por nuestro Tribunal Supremo referida a las oligofrenias es criticada por la doctrina psiquiátrica actual, ya que, al utilizar clasificaciones obsoletas (como idiocia, imbecilidad, debilidad mental y torpeza), e incluso desde el punto de vista de la psicométría y la clínica, cometan errores al especificar en años la edad mental y tantos por ciento en la determinación del cociente intelectual; un cociente, que como tal no da un tanto por cien, sino un número entero, y no un decimal, como señala Mengual (84).

Dicho autor indica que «no sería demasiado costoso que el Tribunal Supremo se adaptase a la ciencia psiquiátrica e hiciese que los peritos también se adaptasen, ya que la valoración del peritaje es siempre un problema judicial. Así, el cambio de Códigos usados por el Tribunal Supremo hasta la fecha debería ser:

RETRASO MENTAL

<i>DSM-III</i>	<i>C.I.</i>	<i>ICD-9 de la OMS</i>
Leve	50-70	Discreto
Moderado	35-49	Moderado
Grave	20-34	Grave
Profundo	menos de 20	Profundo

y la ambigüedad y subjetividades desaparecerían» (85).

Sin embargo, es de justicia reseñar, como lo hace el propio Mengual, que en algunas sentencias se atisba la necesidad de un cambio en la evaluación del retraso mental: «Ha de conocerse, psicométricamente, el cociente intelectual... con un estudio completo de la personalidad del oligofrénico, en el que se incluya no sólo el alcance de dicho déficit intelectual, sino también las reacciones frente al medio ambiente y todas las demás circunstancias objetivas y subjetivas que estructuren su personalidad individual...» (86).

3. *Las psicopatías*. En tanto que suponen una perturbación de la afectividad, del carácter, no inciden sobre las facultades intelectivas o volitivas y no producen por ello el efecto psicológico necesario. Plantean, por eso, las mayores dificultades en cuanto a su valoración jurídica, reconocida, además, «la dificultad de medir la gravedad de

(83) Cfr. S. de 25-3-80 (JC. 349).

(84) Cfr. MENGUAL I LULL, J. B.: *Aspectos psiquiátricos*, en «Enfermedad mental y delito», Madrid, 1987, p. 232.

(85) Cfr. *ibidem*, p. 231. El propio Mengual admite «que los penalistas no tienen por qué tener conocimientos de psiquiatría y que en el Estado español no hay una clasificación oficial de enfermedades mentales, aunque los profesionales se decantan por las clasificaciones de la OMS (ICD-9), de 1975, y el DSM-3 de la Asociación Americana de Psiquiatría, de 1978, p. 218.

(86) Cfr. SS. de 8-5-76 (A. 2.161) y de 25-3-80 (A. 1.186).

la psicopatía» (87), que hace que no puedan darse «reglas generales y tajantes sobre la responsabilidad ético-jurídica del psicópata» (88).

En tal conyuntura, y dado que las anomalías psicopáticas son muy difíciles de precisar aún en una exploración psiquiátrica, no es de extrañar la resistencia de los tribunales a admitir la total exclusión de la imputabilidad en determinados supuestos de delincuentes psicopáticos (89).

Así, aunque no sin críticas (90), nuestro Tribunal Supremo, considera que, en principio, no modifican la responsabilidad criminal (91). Ello no debe interpretarse, sin embargo, en el sentido de que las personalidades psicopáticas no tienen significación alguna a los efectos de atenuar la responsabilidad criminal; la misma, como señaló Córdoba, cobrará importancia en cuanto es susceptible de representar el fondo anímico de una reacción de trastorno mental transitorio, o puede provocar una alteración de las facultades mentales (92).

En esta última dirección señala la sentencia de 22 de abril de 1982 que, «si la personalidad psicopática va acompañada de otras anormalidades psíquicas (cicloides, esquizoides, paranoídes o epileptoides) puede adquirir cierta intensidad que permitiría apreciar una eximente incompleta o atenuante analógica» (93). Y la sentencia de 6 de diciembre de 1982 (JC 1539) indica que «cuando los comportamiento psicopáticos tienen manifestaciones graves, concurren con debilidad mental, neurosis u otros trastornos cerebrales, de modo que la asociación de unas y otras deficiencias psíquicas afectan a la inteligencia o a la voluntad, pueden repercutir en la moderación de la imputabilidad por la vía de las eximentes incompletas del artículo 9, párrafo 1, del Código penal, o de las atenuantes por analogía de los artículos 9 y 10 del Código penal (94).

(87) Cfr. ALBERCA LORENTE, R.: *Psicopatías y delincuencia*, en «Los delincuentes mentalmente anormales», cit., p. 64. ROJAS BALLESTEROS, L.: *El psicópata como sujeto delictivo*, en ob. ult. cit., pp. 537 y ss.

(88) Cfr. SUÁREZ MONTES, R. F.: *Psicopatía y responsabilidad*, en ob. ult. cit., p. 652. FALZEA, A.: *Lo psicopatico delinquente: aspetti etico giuridici del problema*, en «Lo psicopatico delinquente», cit., pp. 423 y ss.

(89) Idénticamente en Italia, vid. BARCELLONA, L.: *La valutazione giudiziaria delle personalità psicopatiche*, en «Lo psicopatico delinquente», cit., pp. 507 y ss. FIORAVANTI, L.: *Il concetto di infermità psichica. L'evoluzione della giurisprudenza del Codice Rocco agli anni'50*, en «RIDPP», 1987, pp. 337 y ss., especialmente.

(90) Vid., por ejemplo, LÓPEZ IBOR, J.: *Psicología del acto criminal*, en «Los delincuentes mentalmente anormales», cit., p. 417. ALBERCA LORENTE, R.: *La actualidad de la enfermedad y la tipicidad del delito en Derecho penal*, en «Psiquiatría y Derecho», cit., p. 61. CEREZO MIR, J.: *El tratamiento de los semiimputables*, en «Problemas fundamentales del Derecho penal», Madrid, 1982, p. 143.

(91) Cfr. SS. de 24-11-52, 4-2-56, 10-4-57, 23-5-57, 18-5-59, 10-3-64, 25-5-64, 10-6-68, 25-5-70, 12-5-75, 20-1-76, 9-4-76, 25-1-77, 21-10-78, 15-3-79, 12-11-79 y 24-9-80.

(92) Cfr. *Comentarios*, I, cit., pp. 214-215.

(93) Cfr. A. 2.104; en idéntico sentido las más recientes de 12-3-85, 22-5-85 y 13-6-85.

(94) SERRANO GÓMEZ, A.: *Enajenación y trastorno mental transitorio*, cit., p. 36, señala, en tal dirección, que se ha estimado la eximente incompleta en psicopatía ines-

Muy gráficamente también la sentencia de 20 de enero de 1976 señala que, en cuanto a las psicopatías, «sólo en casos excepcionales se admite la atenuación del artículo 9.1 del Código penal, en relación con el 8.1 del mismo Código, pero deben concurrir: 1) psicopatía que merezca el calificativo de grave o profunda; 2) que la alteración o desviación psíquica opere como causal o determinante del delito cometido y, por tanto, no sea extraña a la generación de éste, y 3) que dentro del campo de la conciencia del sujeto, disminuya ostensiblemente la inteligencia o rebaje profundamente la voluntad» (95).

Finalmente, como observa certeramente Córdoba, en la cuestión de la culpabilidad de la eximente incompleta, no ha dejado la jurisprudencia de tomar en consideración la peligrosidad del agente así como el sentimiento colectivo de seguridad que podría resultar afectado por la notable atenuación conferida a los psicópatas delincuentes (96). El dilema entre culpabilidad y prevención que suscita así el tratamiento de las personalidades psicopáticas ha sido puesto de relieve por Cobo y Vives, señalando que «desde el punto de vista de la culpabilidad, la anormalidad del psicópata ha de provocar, cuando menos, una atenuación de la pena. Desde el punto de vista de la prevención, en cambio, determinadas personalidades psicopáticas resultan especialmente temibles y reclaman enérgicas medidas de aseguramiento. En el estado actual de los conocimientos psiquiátricos, el dilema no puede resolverse de modo que queden a la vez satisfechas las exigencias del principio de culpabilidad y las finalidades preventivas. Es preciso pues, ejercitar una opción que, en un Estado de Derecho, no puede ser otra que la del mantenimiento a ultranza del principio de culpabilidad» (97).

4. *Las neurosis.* Consideradas más como reacciones vivenciales anormales que como genuinas enfermedades mentales, no producen en el sujeto una pérdida de conciencia de la realidad, aunque no siempre podrá sobreponerse a la realización del hecho, quedando doblegada su voluntad (98). «El neurótico, dice Navarrete, no debe ser considerado en principio como inimputable, pero no debe ser excluido,

table de tipo neurótico (S. de 20-5-81), psicopatía y debilidad mental (S. de 21-1-81), psicopatías asociadas a otras dolencias mentales (S. de 19-12-81), psicopatía esquizoide y paranoico querulante (S. de 26-5-82) y psicopatías graves (S. de 6-2-82). Se ha estimado atenuante por analogía las psicopatías ligeras (SS. de 18-12-81 y 20-1-81).

(95) Cfr. JC. 45. Idénticamente las SS. de 26-12-73, 22-4-77, 19-4-78, 10-2-79, 15-3-79, 4-5-81, 19-12-81, 6-2-82 y 19-12-85.

(96) Cfr. *Comentario*, I, cit., p. 215, donde recoge las SS. de 18-3-48, 24-11-52 y 25-5-70.

(97) Cfr. *Derecho penal (PG)*, cit., pp. 471-472, nota 23. Ya López Ibor había señalado que, en estos casos, «si le pena se atenúa, está en libertad (el psicópata) más tiempo que el criminal; como quiera que su constitución le impulsa a una conducta asocial, la atenuación de su pena se convierte, quiérase o no, en una patente de corso». Cfr. *La responsabilidad penal*, cit., p. 23.

(98) Cfr. SERRANO GÓMEZ, A.: *Ob. cit.*, p. 34.

por definición, del círculo de personas que pueden llegar a ser imputables» (99).

Por lo dicho, y si bien nuestra jurisprudencia ha mostrado cierta renuncia a tomar en consideración las alteraciones de la imputabilidad provocadas por las «neurosis», llegando a asegurar, a mi juicio, de una manera temeraria, que «la doctrina científica se inclina por la imputabilidad plena del neurótico, adoptando tal solución con fundamento en que el sujeto afectado de neurosis conserva un conjunto de salud mental que le permite apreciar el valor normal de los actos que ejecuta» (100); más matizadamente, la sentencia de 15 de octubre de 1974 ya había señalado que «la neurosis no puede ser concebida o clasificada como una enajenación mental completa, sino como una entidad nosológica de efectos distintos, si bien, en algunos casos, por producir una disminución de la capacidad volitiva del sujeto enjuiciado y, a consecuencia de ello, probablemente una degradación de la capacidad intelectiva que opera en función de aquélla, debe serle aplicada, si no la eximente solicitada, sí la atenuante prevista en el número 1.^º del artículo 9, porque la capacidad de querer del sujeto que integra la imputabilidad (capacidad de entender y querer) se halla disminuida cualitativamente y, por tanto, no puede funcionar normal y adecuadamente por la existencia de tales defectos o taras, lo que le impide inhibir eficazmente sus impulsos delictivos» (101).

Con carácter general, puede establecerse, con la sentencia de 13 de octubre de 1971, que «los neuróticos ocupan el último lugar en la escala descendente de la perturbación mental y sólo las formas más acusadas y graves de tal anomalía podrían aspirar a la completa exención de responsabilidad penal, por lo que las demás reacciones silicógenas sólo pueden pretender, cuando más un poderío atenuatorio» (102); «solamente cuando la neurosis sí es grave, aparece asociada a otra enfermedad de mayor entidad, la Sala admite que pueda, según esta enfermedad, disminuir la imputabilidad» (103).

En definitiva, la jurisprudencia viene estimando a lo sumo en es-

(99) Cfr. NAVARRETE URIETA, J. M.^a: *El problema penal y criminológico de las neurosis*, en «Los delincuentes mentalmente anormales», cit., pp. 466-467. En este mismo sentido, CODON-LÓPEZ SAIZ: *Ob. cit.*, p. 547. COBO-VIVES: *Ob. cit.*, p. 471.

(100) Cfr. S. de 21-2-78 (JC. núm. 148). Sentencia que también recogen Cobo y Vives con la apostilla de que «esta afirmación es totalmente inexacta», cfr. *ob. cit.*, p. 470, nota. 18.

(101) Cfr. A. 3.911. En sentido idéntico las SS. de 17-10-78 (JC. 800), 17-12-80 (JC. 1.433), 20-5-81 (A. 2.258), 6-6-81 (A. 2.581), 26-6-81 (A. 2.799), 12-6-82 (A. 3.522) y 19-12-83 (A. 6.591).

(102) Cfr. A. 3.800. En este mismo sentido se estima como atenuante en la S. de 17-5-82 un supuesto en que se describe al recurrente como «sujeto de base psicoasténica con un alto nivel de ansiedad y gran represión afectiva y personalidad neurótica con fuertes tendencias homosexuales». (A. 2.681).

(103) Cfr. S. de 2-6-80 (A. 2.500), la cual cita en su considerando las SS. de 18-4-40, 24-6-70 y 21-2-78.

tos supuestos la eximente incompleta (104), aunque, cierto es, que ha motivado la apreciación de un *trastorno mental transitorio* como eximente en casos de neurosis incoercibles, como son las obsesivas y las de ansiedad (105).

Como complemento a todo lo dicho en este apartado conviene señalar que el *informe* o *dictamen* del perito o peritos, médicos y criminólogos, es un punto de apoyo muy importante para que el juez emita un diagnóstico jurídico en el sentido de declarar inimputables, semiimputables o plenamente imputables al sospechoso de enajenación; aplicando según los casos la eximente completa, la incompleta, el arrebato u obcecación o la atenuante analógica (106). La necesidad de ese apoyo es aún más necesaria si se comprueba que la relación entre jueces y peritos psiquiatras dista mucho de ser pacífica, como recuerda Carbonell (107). Ya Dorado Montero indicó: «La hostilidad con que se miran recíproca y habitualmente los jueces penales y los peritos médicos, sobre todo los psiquiatras, tiene raíces hondas» (108), y, sin embargo, como señala Mir Puig, «problema previo y, al mismo tiempo, central en el tema de peritaje psicomédico es el de la consecución de coordinación de dos mentalidades tradicionalmente distintas: por una parte, la jurídica, anclada en los planteamientos deductivos; por otra, la médica, basada en el punto de vista de las ciencias inductivas» (109).

Dado que la decisión sobre el caso en cuestión corresponde en todo caso al Juez, Rodríguez Devesa propugna «la imperiosa necesidad de que el Juez posea aquellos conocimientos psiquiátricos precisos para poder percibirse de las conclusiones de un dictamen pericial de esta clase y solicitar las aclaraciones convenientes para llegar a sus propias conclusiones. El lenguaje médico y el del jurista son distintos y giran sin encontrarse cuando se carece de aquellas nociones» (110).

El informe pericial, y no sólo el psiquiátrico, sino también el psicológico (111), es hoy día absolutamente necesario. Y lo es, porque

(104) Vid., por ejemplo, SS. de 29-10-59 (A. 3.889), 23-11-82 (A. 7.183) y 19-12-83 (A. 6.591).

(105) Cfr. SS. de 16-4-02, 23-1-46 (A. 65), 3-4-45 (A. 543) y 10-3-47 (A. 379).

(106) Cfr. RODRÍGUEZ RAMOS, L.: *Compendio (PG)*, cit., pp. 200-201, donde recoge las SS. de 20-1, 13-2, 8 y 11-5 y 13-11-81, 23-1 y 4-5-84.

(107) CARBONELL MATEU, J. C.: *Aspectos penales*, en «Enfermedad mental y delito», cit., p. 53.

(108) DORADO MONTERO, P.: *Los peritos médicos y la justicia criminal*, Madrid, 1905, p. 17.

(109) Cfr. MIR PUIG, S.: *Consideraciones actuales sobre la investigación de la personalidad en el Derecho penal español*, en «RJC», núm. 2 (abril-junio), 1972, p. 39. En el mismo sentido, con anterioridad, BARBERO SANTOS, M.: *Estudio preliminar*, en «Psiquiatría y Derecho penal», cit., pp. 18 y ss., en concreto.

(110) Cfr. *Derecho penal español (PG)*, cit., p. 596. Idénticamente MIR PUIG, S.: *Consideraciones*, cit., pp. 39 y 45.

(111) Vid., recientemente, AVILA ESPADA, A.: *El peritaje psicológico en los procesos judiciales*, en «Psicología social y sistema penal», compilación de Florencio Jimé-

con frecuencia no basta con señalar la concurrencia o no de los factores que acarrearán la declaración de imputabilidad, sino que, además y en orden a la determinación de la *peligrosidad* (como presupuesto de la imposición de una medida de seguridad y corrección), es preciso conocer la personalidad del sujeto al objeto de elegir la medida más idónea como tratamiento aplicable al mismo (112). «Lo que, como resultado del examen médico-forense, se configura como informe pericial, en el campo puramente clínico se traduce en un diagnóstico con finalidad distinta en aquél, pero con elementos valorativos y de conocimiento, dentro de la misma línea médica-científica», como observa Ros de Oliver (113).

En conclusión tiene razón Barbero, al afirmar que «si las conexiones entre el Derecho penal y la psiquiatría son tantas e importantes, aparece patente la necesidad imperiosa de ir sustituyendo la guerra fría entre juristas y psiquiatras por una entente cordial» (114).

4. LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD APLICABLES

Tal y como señala el artículo 8.1 de nuestro Código penal, el «enajenado» está exento de responsabilidad criminal y, por consiguiente, no puede serle aplicada la pena que le correspondería por haber realizado un hecho sancionado por la Ley como delito. Ello no significa que su conducta atentatoria contra bienes jurídicamente protegidos no merezca una respuesta de la sociedad; pero una respuesta que debe ser *adecuada* a su estado.

Si, como parece, su anormalidad psíquica es síntoma de personalidad peligrosa, o mejor, al realizar el hecho ha puesto de manifiesto su *peligrosidad*, es necesario «someterle a alguna medida que garantice la seguridad y, en la medida en que sea posible, su tratamiento psiquiátrico y rehabilitador» (115).

Si alguna vez parece lógica y plausible la aplicación de ciertas medidas de seguridad, dice Carbonell, es en este caso (116). Incluso un autor tan receloso frente a las medidas de seguridad como es Rodríguez Burillo y Miguel Clemente, Madrid, 1986, pp. 185 y ss. (196 a 200, en concreto). Y con anterioridad KAUFMANN, H.: *Criminología*, III; *Ejecución penal y terapia social*, traducción de Juan Bustos, Buenos Aires, 1979, pp. 135 y ss.

(112) Cfr. CALCEDO ORDÓÑEZ, A.: *El peritaje psiquiátrico*, en «PJ», núm. 5, diciembre, 1982, pp. 45 y ss. MIR PUIG, S.: *Ob. ult. cit.*, pp. 51 y ss. También ya en DORADO MONTERO, P.: *Ob. cit.*, pp. 216 y ss. KAUFMANN, H.: *Ejecución penal*, cit., pp. 187 y ss. BARBERO SANTOS, M.: *Estudio preliminar*, cit., p. 15. Y ahora QUINTERO OLIVARES, G.: *Derecho penal (PG)*, cit., p. 478.

(113) Cfr. ROS DE OLIVER, B.: *Valoración forense de los informes psiquiátricos*, en «Psiquiatría y Derecho penal», cit., p. 171.

(114) Cfr. *Estudio preliminar*, cit., p. 30.

(115) Cfr. GÓMEZ BENÍTEZ, J. M.: *Ob. cit.*, p. 480. BRICOLA, F.: *Fatto del non imputabile e pericolosità*, Milano, 1961, *passim*.

(116) Vid. CARBONELL MATEU, J. C.: *Aspectos penales*, cit., p. 55.

guez Mourullo, admite que «las medidas de seguridad vienen obteniendo resultados esperanzadores frente a aquellas situaciones con relación a las cuales son, en realidad, el único recurso jurídico-penal viable: frente a los autores peligrosos inimputables (enajenados, que necesitan un tratamiento curativo) o con imputabilidad disminuida (semienfermos mentales que necesitan, asimismo, un tratamiento curativo) o con personalidad todavía en formación (jóvenes que, aún habiendo rebasado el límite de la mayoría penal, por su edad, se presentan todavía como personalidades que no han alcanzado su plena madurez y requieren, por ello, un tratamiento educativo)» (117).

Claro está que, en todo caso, como señaló Jorge Barreiro, habrán de satisfacerse las exigencias propias de un Estado de Derecho, tales como señalar «como presupuesto la previa comisión de un hecho previsto en la Ley como delito, la entrada en juego del criterio de peligrosidad criminal, del principio de proporcionalidad, el de intervención mínima y señalando límites temporales a la duración de las medidas de seguridad» (118).

En los párrafos 2.^º y 3.^º del artículo 8 del Código penal, se reconocen una serie de *medidas* de índole asegurativa y curativa. Dice así nuestro Código penal, tras la reforma operada por la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal:

«Cuando el enajenado hubiere cometido un hecho que la Ley sancione como delito, el Tribunal decretará su internamiento en uno de los establecimientos destinados a los enfermos de aquella clase, del cual no podrá salir sin previa autorización del mismo Tribunal.

Cuando el Tribunal sentenciador lo estime procedente, a la vista de los informes de los facultativos que asistan al enajenado y del resultado de las demás actuaciones que ordene, podrá sustituir el internamiento, desde un principio o durante el tratamiento, por alguna o algunas de las siguientes medidas:

- a) Sumisión a tratamiento ambulatorio.
- b) Privación del permiso de conducción o de la facultad de obtenerlo durante el tratamiento o por el plazo que se señale.
- c) Privación de la licencia o autorización administrativa para la tenencia de armas, o de la facultad de obtenerla, con intervención de las mismas durante el tratamiento o por el plazo que se señale.

(117) Cfr. *Medidas de seguridad y Estado de Derecho*, en «Peligrosidad social y medidas de seguridad», Valencia, 1974, pp. 357-358.

(118) Cfr. JORGE BARREIRO, A.: *La reforma de 1978 de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social*, en «Comentarios a la legislación penal», T. II (El Derecho penal del Estado democrático), dirigidos por M. Cobo y coordinados por M. Bajo, Madrid, 1983, p. 491.

d) Presentación mensual o quincenal, ante el Juzgado o Tribunal sentenciador, del enajenado, o de la persona que legal o judicialmente tenga atribuida su guarda o custodia.»

Dejando ahora para más adelante la cuestión del *internamiento*, a la que nos referiremos con cierta amplitud, detengámonos siquiera sea brevemente en las medidas de seguridad contempladas en el nuevo párrafo 3.º de este número 1.º del artículo 8.

a) *Sumisión a tratamiento ambulatorio*. Se trata de una medida en cierta manera restrictiva de libertad, con carácter eminentemente terapéutico (119), y que ya aparecía contemplada en el número 6.º del artículo 5 de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 1970 (120). Se destaca por Romeo su aparición como sustitutiva del internamiento «por sus favorables perspectivas de eficacia» (121).

En el plano psiquiátrico, indica Terradillos, responde a la crisis del manicomio, como institución cerrada, y en el político-criminal, a la evidencia de que mal se puede aprender entre muros a vivir en libertad sin delinquir. «Si, desde el punto de vista médico, puede cuestionarse la eficacia terapéutica del manicomio; si desde una perspectiva jurídico-constitucional no son de recibo medidas incompatibles con la socialización, y si, finalmente, los resultados empíricos sobre su eficacia preventiva no invitan al optimismo, no puede sorprender la pérdida de protagonismo del manicomio judicial y la puesta en marcha de medidas alternativas no privativas de libertad» (122).

El tratamiento ambulatorio persigue, en definitiva, conseguir el máximo de eficacia terapéutica con el mínimo de limitación de libertad del sujeto (123).

b) *Privación del permiso de conducción o de la facultad de obtenerlo durante el tratamiento o por el plazo que se señale*. Esta medida es también contemplada en la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social en su artículo 5.7 y aplicable a «los ebrios y toxicómanos» (art. 6.5); a «los que con notorio menospicio de las normas de convivencia social se comportaren de un modo insolente, brutal o cínico, con perjuicio para la comunidad o daño de los animales, las plantas

(119) Vid. BERISTÁIN IPIÑA, A.: *Medidas penales en Derecho contemporáneo* (teoría, legislación positiva y realización práctica), Madrid, 1974, p. 114. JORGE BARREIRO, A.: *Las medidas de seguridad en el Derecho español*, Madrid, 1976, p. 115. TERRADILLOS BASOCO, J.: *Tratamiento jurídico-penal de la enajenación*, en «Comentarios a la legislación penal», T. V, vol. 1.º, Madrid, 1985, p. 151.

(120) La redacción exacta en la LPRS es «sumisión obligatoria a tratamiento ambulatorio en centros médicos adecuados hasta la curación», queda reservada a los «ebrios habituales y toxicómanos» (art. 6.5).

(121) Cfr. ROMEO CASABONA, C. M.ª: *Peligrosidad y Derecho penal preventivo*, Barcelona, 1986, p. 136.

(122) Cfr. *Tratamiento*, cit., p. 134. También BERGALLI, R.: *La recaída en el delito: modos de reaccionar contra ella*, Barcelona, 1980, pp. 110-112.

(123) Cfr. TERRADILLOS BASOCO, J.: *Ob. cit.*, p. 151.

o las cosas» (art. 6.7); «a los que integrándose en bandas o pandillas, manifestaren por el objeto y actividades de aquéllas evidente predisposición delictiva» (art. 6.7); a «los que de modo habitual o lucrativo faciliten la entrada en el país, o la salida de él, a quienes no se hallen autorizados para ello» (art. 6.8), y a los declarados peligrosos, en su caso, por haber sido «condenados por tres o más delitos, en quienes, por las demás circunstancias que en ellos concurren, se aprecie habitualidad criminal» (art. 6.13).

Aquí, como señala Carbonell, más que de una sustitución parecería lógico plantearse la acumulación (124), como, de hecho ocurre en la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social para los supuestos de estado peligroso contemplados en los números 9.^º, 10.^º y 12.^º del artículo 2 de la Ley.

Si bien su contenido es esencialmente sancionador (medida restrictiva de derechos) y encubre realmente una pena prevista en el Código penal (125), la privación del permiso de conducir aquí contemplada obedece a motivos distintos y es puramente asegurativa. Independientemente de las previsiones del Código de la Círculación [arts. 264.1, d); 265.2, b), y 291]; del Real Decreto 1.467/1982, de 28 de mayo, sobre denegación del permiso de conducción a toxicómanos, y del Código penal en el artículo 340 bis, a), la medida pretende neutralizar la probabilidad de comisión de cualquier delito que pueda ser potenciada por la utilización del permiso (126) del enajenado, impidiendo que pueda, además, obtenerle durante el plazo que se establezca.

c) *Privación de la licencia o autorización administrativa para la tenencia de armas o de al facultad de obtenerla, con intervención de las mismas durante el tratamiento o por el plazo que se señale.* Esta limitación de derechos, pues no es otra cosa, introducida como medida por la Ley de 1983 tiene su precedente inmediato en el artículo 135 del Proyecto de Código penal de 1980, que la recogía en su número 13 (127). La verdad es que no es ninguna novedad en nuestro ordenamiento jurídico (128).

Evidentemente, no está de más que aparezca en el Código penal,

(124) Cfr. *Aspectos penales*, cit., p. 56.

(125) Vid. JORGE BARREIRO, A.: *Las medidas*, cit., p. 100. Sobre la naturaleza jurídica de esta medida, vid. OLESA MUÑIDO, F. F.: *Las medidas de seguridad*, Barcelona, 1951, pp. 325 y ss. CASABÓ RUIZ, J. R.: *Comentarios al Código penal*, T. II, (Córdoba, R. Mourullo, Del Toro, Casabó), Barcelona, 1972, p. 109.

(126) Cfr. TERRADILLOS, J.: *Ob. cit.*, p. 153.

(127) De similar contenido a ese número 13, era el número 9 del artículo 98 del texto de la Propuesta Alternativa de la Parte General del Código penal presentada por el grupo parlamentario comunista como artículo 1.^º de la enmienda a la totalidad al Proyecto de 1980, incluyendo la posibilidad de que «excepcionalmente», la privación de ese derecho podrá tener carácter definitivo. Vid. el texto completo de la Propuesta Alternativa en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 18, 1982, pp. 609 y ss., con amplia nota introductoria redactada por Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde.

(128) Vid. sobre la cuestión mi monografía *El delito de tenencia ilícita de armas de fuego*, Madrid, 1987, pp. 227-228.

ni tampoco que aparezca como opción por parte del Tribunal sentenciador, para sustituir el internamiento del enajenado, sin embargo, esta medida de privar de las oportunas autorizaciones podía realizarse *ya* por vía administrativa antes de la reforma del artículo 8 del Código penal.

El artículo 82 del Reglamento de Armas de 24 de julio de 1981 establecía que «para solicitar la licencia y permisos de armas, además de la documentación requerida para cada supuesto en los correspondientes artículos de este Reglamento, los interesados deberán acreditar que poseen las aptitudes psicofísicas adecuadas y los conocimientos necesarios sobre la conservación, mantenimiento y manejo de las armas», agregando en su apartado 2.^º que «en ningún caso podrán tener ni usar armas ni ser titulares de las autorizaciones y guías correspondientes las personas cuyas condiciones psicofísicas les impidan su utilización y, *especialmente*, aquellas personas, tales como los enfermos mentales, toxicómanos o peligrosos sociales, respecto a los cuales su posesión y uso representan un riesgo para ellos mismos o para los demás» (129).

Además en el artículo 147 de dicho Reglamento de Armas (incluido dentro de la Sección 3.^a del Capítulo I del Título III, es decir, en la sección rubricada con el nomen de «sanciones»), modificado por Real Decreto de 1 de junio de 1983, se establece que: «La retirada de las armas y de los documentos correspondientes tendrá lugar en casos de gravedad, reincidencia o peligrosidad.»

Así pues, vista la posibilidad legal de la privación de las correspondientes autorizaciones para la tenencia y el uso de las armas por vía administrativa, hay que concluir con Terradillos que aunque es cierto que «ni los presupuestos ni los objetivos del artículo 8.1 del Código penal coinciden (con los de los artículos del Reglamento de Armas citados), es forzoso reconocer que la trascendencia de la reforma es, en este punto, limitada» (130).

d) *Presentación mensual o quincenal, ante el Juzgado o Tribunal sentenciador, del enajenado o de la persona que legal o judicialmente tenga atribuida su guarda o custodia.* Esta «medida» de control sí es novedosa en nuestro Derecho positivo, aunque, a mi juicio, sólo relativamente. Creo que, en definitiva, no es más que una variante de la contemplada en el número 14 del artículo 5 de la Ley de Peligrosidad social.

(129) Texto prácticamente idéntico al contemplado en el artículo 2.2 del Decreto 2.122/72, de 21 de julio, por el que se regulan las armas y medios de caza que precisan de autorización gubernativa especial. Dicho Decreto fue derogado por el Real Decreto 2.179/81, de 24 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Armas (vid. su Disposición Derogatoria). Vid. también el Real Decreto 2.283/85, de 4 de diciembre, y Orden de 28 de mayo de 1986, en que se regula la emisión de los informes de aptitud necesarios para la obtención de licencias, permisos y tarjetas de armas.

(130) Cfr. TERRADILLOS BASOCO, J.: *Peligrosidad social: la reforma del artículo 8.1 del Código penal*, en «II Jornadas de Derecho Penal», Centro Universitario de Toledo, 1984, p. 28.

grosidad y Rehabilitación Social: la «sumisión a la vigilancia de la autoridad» (131), de tanta tradición en nuestra nación» (132).

En este sentido su utilidad parece escasa y su efectividad dudosa (133). Cabe analizar esta «nueva» medida, como hace Terradillos, desde una doble perspectiva, ya que la obligación de presentarse tanto puede incumbir al propio condenado como a las personas que asumen las responsabilidades de su guarda o custodia (134). En el primer supuesto cabría interpretarla como una nueva modalidad de la «probation» (135) en un sentido amplio del término (136).

En cuanto a la determinación del encargado de la guarda y custodia del enajenado, habrá de estarse a lo dispuesto en los artículos 199 y siguientes del Código civil. Establecidas en el artículo 269 del Código civil las obligaciones del tutor, la sentencia penal no hará más que realizar su función y contenido.

Todas estas medidas podrán imponerse alternativa o cumulativamente.

5. LA CUESTIÓN DEL INTERNAMIENTO

Como habíamos señalado al trascibir el texto del párrafo 2.º del artículo 8.1, el *internamiento* es «la» medida que el Juez deberá decretar sobre el enajenado. Esta medida, única prevista hasta al Ley de Reforma del Código Penal de 1983, tenía una clara índole curativa y asegurativa a la vez: *curativa*, en tanto que se trataba de internar al enajenado en un establecimiento donde se le pudiera facilitar un tratamiento médico adecuado al fin de conseguir, si fuera posible, su curación; *asegurativa*, en tanto que, al mismo tiempo, se separaba de la comunidad social al sujeto peligroso que había atentado contra bienes jurídicos protegidos y se «aseguraba» así su probable recaída en el delito (137).

(131) Esta vigilancia será ejercida por delegados especiales y tendrá carácter de tutela y protección. Los delegados cuidarán de proporcionar trabajo, según su aptitud y conducta, a los sujetos a su vigilancia. La duración de esta medida será de uno a cinco años y podrá ser reemplazada por caución de conducta. Cfr. LANDROVE DÍAZ, G.: *Las consecuencias jurídicas del delito*, Madrid, 1985, p. 174.

(132) Vid. SALDAÑA, Q.: *Nueva penología: penas y medidas de seguridad*, Madrid, 1931, pp. 178 y ss. BERISTAIN IPIÑA, A.: *Medidas penales*, cit., pp. 122 y ss. JORGE BARREIRO, A.: *Las medidas*, cit., p. 118. TERRADILLOS BASOCO, J.: *Peligrosidad social y Estado de Derecho*, Madrid, 1981, pp. 157 y ss.

(133) Cfr. TERRADILLOS, J.: *Tratamiento*, ob. cit., p. 155. CARBONELL, J. C.: *Ob. cit.*, p. 56.

(134) Cfr. *Ob. ult. cit.*, p. 155.

(135) Así lo hace TERRADILLOS: cfr., ob. ult. cit., p. 155. Y también lo señalaba BERISTÁIN, refiriéndose al núm. 14 del art. 5 de la LPRS, cfr. *Medidas*, cit., p. 122.

(136) Vid. sobre la «probation» recientemente, MAQUEDA ABREU, M.ª L.: *Suspensión condicional de la pena y «probation»*, Madrid, 1985. DE SOLA DUEÑAS-GARCÍA ARÁN-HORMAZÁBAL MALAREE: *Alternativas a la prisión*, Barcelona, 1986, pp. 69 y ss.

(137) Los centros donde se puede cumplir la medida de internamiento son los llamados «centros psiquiátricos» (art. 7 de la LGP), los cuales pueden ser sanatorios psi-

Con la adición del tercer párrafo al número 1 del artículo 8, tal medida aparece ahora, como señala Quintero, como «regla inicial»; el internamiento será ahora solamente *una* de las posibles medidas que puede adoptar el Tribunal y de la que no deberá hacer uso cuando a la vista de los informes se constate que el internamiento es *innesario* por la escasa o nula peligrosidad del sujeto (138).

Ello, ciertamente, supone una indudable mejora sobre el texto anterior que parecía contener un carácter imperativo (139). Las consecuencias de que el internamiento tuviese dicho carácter eran inadmisibles. Con razón señala Mir Puig que «ya es absurdo obligar a un tratamiento curativo cerrado a quien no puede o no precisa ser curado por dicho medio; pero también resulta inaceptable que se imponga forzosamente el internamiento al sujeto que, aun pudiendo necesitarlo médicaamente, no ofrezca peligro alguno de delinquir en el futuro» (140).

Esta última idea era la que había expuesto ya Córdoba al señalar que «si el internamiento prescrito para los enajenados que cometieren un hecho constitutivo de delito, responde al fin de la prevención de su peligrosidad, dicha medida sólo debe ser impuesta y mantenida en cuanto sea necesaria para prevenir la peligrosidad del mismo. Lo contrario supondría el vulnerar la finalidad de la Ley» (141). Esta interpretación teleológica, junto a las ideas de que dificultaba una mínima eficacia terapéutica, reduciendo y matizando negativamente las actuales posibilidades del tratamiento psiquiátrico (142), pues podía ser inapropiado (143) por no necesitar tratamiento en centro especial para enfermos de su clase (144), y, por tanto, era una crueldad insostenible a la luz del estado actual de la psiquiatría cuando estaba contraindicado (145), son las razones que parecen haber pesado en el legislador a la hora de la reforma (146).

quiátricos para psicóticos, centros para deficientes mentales y establecimientos para psicópatas (art. 56.1 del Reglamento Penitenciario de 1981).

(138) Cfr. QUINTERO OLIVARES-MUÑOZ CONDE: *La reforma penal de 1983*, Barcelona, 1983, p. 73. Hasta la reforma de 1932 el internamiento era preceptivo cuando era «grave» el delito cometido; si era «menos grave» cabía entregar al «imbécil o loco» a su familia, decía el Código penal de 1870. Vid., ampliamente, su configuración en los Códigos españoles en OLESA MUÑIDO, F. F.: *Las medidas de seguridad*, en «El Proyecto de Código penal», núm. extra de la «RJC», 1980, pp. 211 y ss.

(139) Así lo entendió siempre la jurisprudencia, y, además, sin discrecionalidad alguna por parte del Tribunal. Vid., por ejemplo, SS. de 30-10-73 (JC. 1.295), 11-3-74 (A. 1.287), 30-11-76 (A. 5.083) y 20-10-82 (A. 5.663).

(140) Cfr. MIR PUIG, S.: *Derecho penal*, cit., p. 498.

(141) Cfr. *Comentarios*, I, cit., p. 226. Adhiriéndose a la misma COBO-VIVES: *Derecho penal* (PG), cit., p. 473.

(142) Vid. MUÑOZ CONDE, F.: *Teoría general*, cit., p. 152.

(143) Cfr. GÓMEZ BENÍTEZ, J. M.: *Teoría jurídica*, cit., p. 480.

(144) Cfr. SAINZ CANTERO, J. A.: *Lecciones*, III, cit., p. 37.

(145) Cfr. SERRANO GÓMEZ, A., en RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.: *Derecho penal* (PG), 10.^a ed., cit., p. 597.

(146) En la exposición de motivos de la Ley de reforma se explica la modificación «atendiendo a las censuras que ha recibido la actual configuración del artículo 8, nú-

Si, como parece, es la peligrosidad del sujeto el dato determinante del internamiento, en cuanto haya cesado, y «tras los informes de los facultativos que asistan al enajenado y del resultado de las demás actuaciones que ordene», como señala la Ley, el Tribunal deberá autorizar la salida del internado y, en su caso, sustituir el internamiento por alguna o algunas de las medidas previstas en el párrafo 3.^º El principal problema se plantea en el supuesto de que, sin perjuicio de lo dicho anteriormente, el sujeto no mejore en su estado de salud mental y, por ende, se establezca que no desaparece su peligrosidad. Al respecto, señaló Muñoz Conde que «los conceptos de enfermedad mental y peligrosidad están, en la práctica jurídica, más unidos de lo que un análisis precipitado y puramente teórico del tema pueda dar a entender» (147).

Ahí se centra otro núcleo de críticas a la regulación legal del internamiento. Al respecto dicen Cobo y Vives que «parece intolerable, desde el punto de vista de la seguridad jurídica, que el internamiento y las medidas sustitutivas continúen fijadas de modo indeterminado, sin ningún límite máximo» (148). Evidentemente eso es así, la Ley no fija limitación temporal alguna; «es éste un punto que no ha quedado claro tras la reforma», confiesa Quintero (149).

Nos encontramos ante una situación de muy difícil solución. Por un lado, es verdad que la medida de internamiento responde a una idea de *curación* (de la enfermedad mental), pero por otro responde, asimismo, a la de *aseguramiento* (en función de la peligrosidad del sujeto); ello hace que una medida que persiga finalidades de preventión especial, como es ésta, no puede ser legislativamente predeterminada en el máximo de su duración (150). La medida de seguridad, orientada al futuro, debe durar tanto como dura el estado de peligrosidad que trata de conjurar y esta duración no puede determinarse «*a priori*» (151); el predominio de la idea de *aseguramiento* es lo que hace que la medida «pueda degenerar con mayor facilidad en ingerencias intolerables en la esfera de los inviolables derechos fundamentales del individuo. El sujeto de la medida de seguridad puede verse

mero 1, que, como es sabido, no permite distinguir entre las múltiples variantes de las situaciones de anormalidad, sino que conduce a una sola medida de internamiento hasta que el Tribunal sentenciador lo considere oportuno. Con la reforma de los tribunales podrá, de acuerdo con los informes que recaben, decidir la clase de medida que mejor se adecúe a las condiciones del sujeto, dando mayor importancia al fin terapéutico de la misma, sin perjuicio del aseguramiento que sea preciso, que no siempre ha de requerir la total privación de libertad».

(147) Cfr. *Teoría general*, cit., p. 153.

(148) Cfr. *Derecho penal (PG)*, cit., p. 473.

(149) Cfr. *Derecho penal (PG)*, cit., p. 489.

(150) Cfr. NUVOLONE, P.: *Le misure di prevenzione nel sistema delle garanzie sostanziali e processuali della libertà del cittadino*, en «Trent'anni di Diritto e Procedura penale», V. I, Padova, 1969, p. 372.

(151) Cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: *Medidas de seguridad y Estado de Derecho*, cit., p. 352.

convertido en puro *objeto*, en un simple instrumento de la tranquilidad del mayor número, incluso —lo que es más lamentable—, en instrumento de la tranquilidad del grupo políticamente dominante», concluye Rodríguez Mourullo (152).

Si, como hemos visto que señala la doctrina, es la peligrosidad del sujeto, el baremo para determinar la duración del internamiento, no es posible establecer limitación temporal alguna (153).

Otra cosa es que, como señala Sáinz Cantero, se intente fijar un límite temporal previo con la loable intención de evitar abusos posibles del Tribunal (154). En este sentido, Muñoz Conde (155), Quintero Olivares (156) y Octavio de Toledo-Huerta (157), propugnan que el tiempo máximo de duración del internamiento no puede exceder del máximo de pena que hubiera podido ser impuesta por la comisión del delito al sujeto imputable, utilizando una interpretación sistemático-comparativa entre el tratamiento legal vigente de la semiimputabilidad (art. 9.1) y la inimputabilidad.

La propuesta es, desde luego, sugestiva, ya que, como señalan dichos autores, negarse a ello será una vez más hacer del inimputable una persona de peor condición que los demás. Sin embargo, señala Gómez Benítez, que es esta una consecuencia actualmente inevitable. Unicamente podrá mantenerse en tanto se apliquen los principios propios del «derecho penal de la culpabilidad» al «derecho de medidas de seguridad y rehabilitación». Tal confusión de planos, sentencia Gómez Benítez, no parece fácil de adoptar en Derecho positivo (158).

Sin embargo, esta es la solución que aparece en la Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código Penal de 1983, en su artículo 95, para el supuesto que comentamos. Solución, por otra parte, que creo debe ser entendida correctamente en el sentido que con ello se está contemplando la vigencia de los principios de proporcionalidad y de intervención mínima, que también deben ser de aplicación en un Es-

(152) *Ibidem*, vid., también, HALLECK, S. L.: *Psychiatry and the dilemmas of crime (a study of causes, punishment and treatment)*, Berkeley-Los Angeles-London, 1971, pp. 229 y ss. BAJO FERNÁNDEZ, M.: *Reflexiones sobre el sentido de la pena privativa de libertad*, en «Revista Mexicana de Justicia», vol. 1, núm. 1, 1983, pp. 121 y ss.

(153) Cfr. GÓMEZ BENÍTEZ, J. M.: *Teoría jurídica*, cit., p. 480. SAINZ CANTERO, J. A.: *Lecciones*, III, cit., p. 37. TERRADILLOS BASOCO, J.: *Tratamiento*, cit., p. 149. CARBONELL, J. C.: *Aspectos penales*, cit., p. 56. SERRANO GÓMEZ, A.: *Ob. cit.*, p. 598.

(154) Cfr. *ob. cit.*, p. 37.

(155) Cfr. *Monismo y dualismo en el Derecho penal español*, en «Estudios penales y criminológicos», VI, Santiago de Compostela, 1983, pp. 236-237. Del mismo, *Medidas de seguridad en la reforma de 1983 y en la PANCP: ¿monismo o dualismo?*, en «RFDUC», núm. 6, monográfico, 1983, p. 503.

(156) Cfr. *La reforma penal*, cit., p. 82 (En su *Derecho penal (PG)*, cit., p. 490). Idénticamente TERRADILLAS, J.: *Ob. ult. cit.*, p. 162.

(157) Cfr. *Derecho penal (PG)*, cit., p. 354.

(158) Cfr. *Teoría jurídica*, cit., p. 481. También CEREZO MIR, J.: *Observaciones a la Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código penal*, en «RFDUC», núm. 6, monográfico, cit., p. 248.

tado social y democrático de Derecho a las medidas de seguridad y corrección, como ya dijimos (159).

En relación con ello se ha planteado Muñoz Conde el problema que puede suscitarse «cuando en algún caso concreto la privación de libertad no pueda durar el tiempo necesario para eliminar la anomalía mental del sujeto y su peligrosidad», proponiendo para resolverlo, «recurrir, para prolongar el internamiento, a las normas que en el Código civil regulan la incapacitación civil (arts. 200 y ss.)» (160).

En cualquier caso, y al hilo de esta última propuesta, conviene señalar que la especial problemática del internamiento de los enajenados había sido puesta de manifiesto desde otros puntos de vista ajenos al estrictamente penal.

Así, desde el punto de vista civil (161) y administrativo (162), había criticado duramente la doctrina la regulación de los internamientos involuntarios de enfermos mentales contenida en el Decreto de 3 de julio de 1931 (163). Dicha normativa fue expresamente derogada por la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma del Código civil en materia de tutela («BOE» de 26 de octubre), sustituyendo sus previsiones en relación con el internamiento de los enfermos mentales por un nuevo sistema recogido básicamente en el artículo 211 del Código civil.

La derogación era requerida, no sólo porque la regulación anterior se había quedado obsoleta ante los avances de la psiquiatría, sino también porque chocaba contra preceptos constitucionales (arts. 9.2, 24.1 y 25.2 de la Constitución Española de 1978). En este sentido, el Decreto de 1931 era tildado de inconstitucional (164).

La Ley de Reforma del Código Civil de 1983 establece un mayor rigor en la consideración de la incapacidad psíquica, para lo que

(159) Como señala Jescheck, el principio de proporcionalidad cumple en las medidas una función protectora similar a la que en la pena cumple el principio de culpabilidad; cfr. *Tratado*, I, cit., p. 115 (vid. art. 133 del Proyecto de 1980 y art. 88.1 de la Propuesta de 1983). Vid., también, STRATENWERTH, G.: *Tendencias y posibilidades de una reforma del Derecho penal*, en «La reforma del Derecho penal», ed. a cargo de Santiago Mir, Bellaterra, 1980, pp. 48 y ss., en especial. BARBERO SANTOS, M.: *Las medidas de seguridad en el Proyecto de Ley Orgánica de Código penal*, en «Marginación social y Derecho represivo», Barcelona, 1980, pp. 198-199.

(160) Cfr. *Medidas de seguridad en la reforma de 1983 en la PANCP*, cit., p. 506. En idéntico sentido ROMEO CASABONA, C. M.^a: *Peligrosidad y Derecho preventivo*, cit., p. 138.

(161) Cfr. BERCOVITZ y RODRÍGUEZ-CANO, R.: *La marginación de los locos y el Derecho*, Madrid, 1976.

(162) Cfr. COBREROS MENDAZONA, E.: *Aspectos jurídicos del internamiento de los enfermos mentales*, en «RAP», núm. 94, enero-abril, 1981, pp. 135 y ss.

(163) Nuevamente redactado por otro de 27-5-32 y, finalmente, aclarado por la Orden de 30-12-32. Esta regulación sustituyó a su vez a los Decretos de 15 y 19-5-1885. Vid. BERISTAIN IPÍÑA, A.: *Internamiento*, voz en «NEJ», T. XIII, 1968, pp. 240 y ss.

(164) Cfr. COBREROS, E.: *Ob. cit.*, p. 163. MENA ALVAREZ, J. M.^a: *Sobre la inconstitucionalidad del internamiento psiquiátrico*, en «Estudios jurídicos en honor del profesor Octavio Pérez-Vitoria», T. I, Barcelona, 1983, p. 494. TERRADILLOS, J.: *Tratamiento*, cit., p. 130.

se requerirá la existencia de una enfermedad o deficiencia permanente que impida a una persona gobernarse por sí misma (art. 200 del C.c.); el internamiento de un presunto enajenado exige la previa autorización judicial, salvo que razones de urgencia hiciesen necesaria la inmediata adopción de tal medida, de la que se dará cuenta lo antes posible al Juez, y en todo caso, dentro del plazo de venticuatro horas (art. 201 del C.c.). El Juez decide también si procede la continuación del internamiento, sobre lo que deberá pronunciarse cada seis meses (165).

La reforma, señala Bercovitz, debe ser valorada positivamente, en cuanto somete el internamiento de las personas por razones de salud a un control judicial (en vez de un control gubernativo); pero debe ser considerada negativamente en cuanto que el artículo 211 es totalmente insuficiente para proporcionar una regulación completa del tema (166); «no se puede esperar un buen funcionamiento del sistema, aunque la doctrina, el Ministerio Fiscal, los Jueces y Tribunales realicen una labor de integración del texto legal. En esta materia, más que en otras, tanto el ciudadano como los facultativos necesitan el mayor grado posible de seguridad jurídica», concluye el Catedrático de la Autónoma de Madrid (167).

También Mena, en un artículo que acaba de ver la luz (168), critica la reforma de 1983 (no sólo en el Código civil, sino también en el Código penal) poniendo de manifiesto las deficiencias de la misma ante la necesidad de dotar a los Jueces de medios para ejercer la función de garantía de la libertad de los enajenados, pacientes mentales e incapaces. «Tanto en el ámbito penal como en el civil, dice Mena, la discrecionalidad del Juez, en la materia de la enfermedad mental y de la incapacidad, está limitada por la realidad social dominante, y por las normas que la amparan, y opera como instrumento de mediación, y de medición, de tales reglas, es decir, como instancia

(165) Cfr. MARTÍN MATEO, R.: *Bioética y Derecho*, Barcelona, 1987. pp. 99-100. Vid. también AVELLO FUENTES, J. M.: *Procesos de incapacidad introducidos por la reforma del Código civil en materia de tutela*, en «PJ», núm. 10, marzo, 1984, pp. 37 y ss. MATEO DÍAZ, J.: *El internamiento de los enfermos o deficientes psíquicos*, en «AC», núm. 25, mayo 1986, pp. 1761 y ss.

(166) BERCOVITZ y RODRÍGUEZ-CANO, R.: *La protección jurídica de la persona en relación con su internamiento involuntario en centros sanitarios o asistenciales por razones de salud*, en «Anuario de Derecho civil», 1984, p. 970. Consciente de esos problemas, la Fiscalía General del Estado dictó la circular 2/1984, de 8 de junio, con el título *En torno al artículo 211 del Código civil: el internamiento de incapaces presuntos*, intentando resolver las diversas cuestiones allí apuntadas. Vid. la misma en la *Memoria de la Fiscalía General*, Madrid, 1985, pp. 339 y ss.

(167) *Ibidem*, p. 971. A este respecto el artículo 5 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 y ratificado por España el 26 de septiembre de 1979 («BOE» de 10 de octubre de 1979), establece las garantías precisas. Vid. el comentario a dicho artículo 5 en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: *El internamiento de los enajenados*, en «PJ», núm. 4, diciembre, 1986, pp. 49 y ss.

(168) Cfr. MENA ALVAREZ, J. M.*: *Vigilar y castigar o judicializar*, en «Revista Poder y Control», núm. 2, 1987, pp. 93 y ss.

de control social generado por éstas», las cuales «expresan la perplejidad de nuestro momento cultural frente al problema, evidenciando el doble fracaso histórico de las fórmulas de control consistentes en vigilar y en castigar, conociendo la inoperancia de ello, y aplazando “sine die” su afrontamiento con la nueva fórmula, evidentemente inviable, de *judicializar*» (169).

Finalmente, señalar que la imposición de las medidas contempladas en el artículo 8.1 queda condicionada a que el «enajenado» haya cometido un hecho que la Ley sancione como *delito*. La perpetración de una simple *falta* es, a juicio de Córdoba, insuficiente (170).

Por el contrario, Sáinz Cantero entiende que «la medida habrá de aplicarse tanto si el hecho cometido por el enajenado es constitutivo de *delito* como si lo es de *falta*, pues lo importante es la peligrosidad, o necesidad de tratamiento, que por la comisión de una *infracción penal* el sujeto ha revelado» (171). Esta interpretación no satisface en tanto que se olvida la vigencia de los principios de proporcionalidad y de intervención mínima, también de aplicación a las medidas de seguridad, y no tiene en cuenta las modernas tendencias político-criminales.

Ciertamente que tanto en el Proyecto de 1980 como en la Propuesta de 1983 bajo la rúbrica de «la infracción penal» se encuadran tanto los delitos como las faltas (art. 17 del Proyecto y art. 14 de la Propuesta), pero, sin embargo, ambos textos se encargan de precisar que las medidas de seguridad (y entre ellas las de internamiento del art. 135 del Proyecto y art. 86 de la Propuesta) se aplicarán a las personas «que hayan cometido un hecho previsto como *delito*» (art. 131 del Proyecto y art. 87 de la Propuesta).

A este respecto quiero recordar que Mir Puig expuso la conveniencia de que sólo se admitiesen medidas de internamiento cuando concurriera peligro de que el sujeto cometiera delitos *considerablemente graves* (172), y así fue recogido a modo de disposición general en el artículo 97 de la Propuesta Alternativa de la Parte General del Código Penal, presentada por el grupo parlamentario comunista como

(169) Cfr. *Ibidem*, pp. 103 y 107.

(170) Cfr. *Comentarios*, I, cit., p. 222. En idéntico sentido MIR PUIG, S.: *Derecho penal*, cit., p. 500. TERRADILLOS BASOCO, J.: *Tratamiento*, cit., p. 142.

(171) Cfr. *Lecciones*, III, cit., p. 37. Sobre los vocablos de «*delito*», «*falta*» y la expresión «*infracción penal*», vid. OLESA MUÑIDO, F. F.: *Estructura de la infracción penal en el Código español vigente*, Barcelona, 1971, pp. 20 y ss. RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: *Comentarios al Código penal*, T. I (Córdoba-R. Mourullo), Barcelona, 1972, pp. 194 y ss. El mismo, en T. II de dicha obra, pp. 204-205. MIR PUIG, S.: *Los términos «delito» y «falta» en el Código penal*, en «ADPCP», 1973, pp. 319 y ss. El mismo, *Sobre la regulación de la infracción penal y de las personas responsables en la Propuesta de Anteproyecto de Código penal de 1983*, en «RFDUC», núm. 6, monográfico, cit., pp. 471 y ss.

(172) Cfr. *Derecho penal (PG)*, cit., p. 85. Vid. el texto completo de esta Propuesta en «CPC», núm. 18, 1982, pp. 616 y ss.

enmienda a la totalidad, de sustitución al Proyecto de reforma parcial del Código penal, y surgida de las numerosas enmiendas presentadas por dicho grupo parlamentario al Proyecto de Código Penal de 1980.

6. CONSIDERACIONES FINALES

Hasta este momento nos hemos venido refiriendo a la situación de enajenación en el momento de cometer el hecho sancionado como delito. Pero la enajenación puede sobrevenir después de la comisión del hecho, o también después de haber recaído sentencia firme. Sobre ello solamente unas líneas:

a) *Enajenación sobrevenida después de la comisión del hecho.* No tiene consecuencias en el ámbito penal, produciendo únicamente efectos procesales.

Al respecto, dispone el artículo 383 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que:

«Si la demencia sobreviniera después de cometido el delito, concluso que sea el sumario se mandará archivar la causa por el Tribunal competente hasta que el procesado recobre la salud, disponiéndose, además, respecto de éste, lo que el Código penal prescribe para los que ejecutan el hecho en estado de demencia.» (173)

El Tribunal pues, deberá señalar cuál o cuáles de las medidas contempladas en el artículo 8.1 (internamiento o cualquiera de las otras) habrán de ser aplicadas al sujeto.

b) *Enajenación sobrevenida después de recaer sentencia firme.* A este respecto, el artículo 82 del Código penal dispone que:

«Cuando el delincuente cayere en enajenación después de pronunciada sentencia firme, se suspenderá la ejecución tan sólo en cuanto a la pena personal, observándose en su caso lo establecido en el párrafo 2.º del número 1 del artículo 8.

En cualquier tiempo en que el delincuente recobre el juicio cumplirá la sentencia, a no ser que la pena hubiere prescrito con arreglo a lo que establece este Código.

(173) Se trata de una suspensión del proceso penal en su fase de sumario; el auto de archivo debe cancelar las medidas cautelares personales impuestas, aunque dejando con efecto el auto de procesamiento si se dictó, mantener las medidas cautelares patrimoniales, ordenar el destino de las piezas de convicción, comunicar la situación del imputado a efectos de su incapacitación civil y, fundamental, ordenar una de las medidas autorizadas por el Código penal. Así lo señala GÓMEZ COLOMER, J. L.: *Aspectos procesales*, en «Enfermedad mental y delito», cit., pp. 103 y ss.

Se observarán también las disposiciones respectivas de esta sección cuando la enajenación sobreviniere hallándose el sentenciado cumpliendo la sentencia.» (174)

Obsérvese que el artículo 82 hace referencia en su párrafo 1.^º únicamente a «lo establecido en el párrafo 2.^º del número 1 del artículo 8», con ello se está vetando al Tribunal la posibilidad de aplicar cualquier otra medida que no sea la de internamiento, en su caso. Ello se debe a que el legislador, inexplicablemente, no aprovechó la ocasión en la Ley de Reforma del Código de 1983 de concordar el artículo 82, que no fue retocado, con la nueva regulación del número 1 del artículo 8.

De haber seguido éste, en principio, lógico camino, el internamiento, en su caso, podría ser sustituido por las medidas introducidas en el nuevo párrafo 3.^º de ese artículo 8.1. Así lo cree también Terradillos, quien además, llama la atención sobre la doble sanción que supone la ejecución de la concreta pena carcelaria, interrumpida por el internamiento también carcelario, y proseguida después hasta su completa extinción, al no computarse tampoco el tiempo de ejecución de la medida como tiempo de cumplimiento de la pena, de acuerdo con el sistema vicarial del artículo 9.1 para semiimputables (175).

Esto último, felizmente, parece será remediado con lo dispuesto en el artículo 55 de la Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código Penal de 1983, que sustituirá al actual artículo 82. En el texto de la propuesta se dispone que:

«1. Cuando el delincuente cayere en enajenación después de pronunciada sentencia firme, se suspenderá la ejecución pendiente o iniciada, tan sólo en cuanto a la pena privativa de libertad, observándose en su caso lo establecido en el primer párrafo del artículo 95.

2. Cuando el penado recobrare el juicio, cumplirá la sentencia si la pena no ha prescrito, computándose en todo caso el tiempo que hubiere durado la aplicación de la medida curativa, sin perjuicio de que el Tribunal, por razones de equidad, pueda dar por extinguida la condena o reducir su duración.»

Con ello pues, también se introducirá el sistema vicarial en este supuesto. Sin embargo, seguirá sin ser posible la imposición de medida distinta a la de internamiento, ya que la sustitución de ésta por

(174) Vid. la exégesis a dicho artículo 82 de DEL TORO MARZAL, A.: *Comentarios al Código penal*, T. II (Córdoba-R. Mourullo-Del Toro-Casabó), Barcelona, 1972, pp. 404 y ss.

(175) Cfr. *Tratamiento*, cit., p. 141. Vid. también ORTS BERENGUER, E.: *La medida de internamiento para determinadas eximentes incompletas*, en «Comentarios a la legislación penal», T. V, vol. I, Madrid, 1985, pp. 271 y ss.

«la observancia de las reglas de conducta previstas en el artículo 101» sólo sería posible si la remisión se hubiere extendido también al segundo párrafo del artículo 95 de la Propuesta (176).

Aparte de las deficiencias apuntadas, hay que señalar las incongruencias que se producen en la legislación al referirlas al ingreso en un «centro psiquiátrico penitenciario» como lo llama la Ley General Penitenciaria de 1979 en su artículo 11, b).

Por un lado, conforme al artículo 57.3 del Reglamento Penitenciario de 1981, el ingreso de los penados en los centros psiquiátricos penitenciarios «se ordenará por la Dirección General de Instituciones Penitenciarias», tras los informes pertinentes (177); por otro, tanto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (arts. 991-994) como en el artículo 82 del Código penal, se hace recaer la decisión en el Juez. Lo único que «a priori» puede discutirse es «si la decisión de internamiento en un psiquiátrico sigue correspondiendo al Tribunal sentenciador o si ha pasado a ser competencia del Juez de Vigilancia, pero en todo caso corresponde a un órgano jurisdiccional y nunca a la Dirección General de Instituciones Penitenciarias (...), de esta manera quedan tutelados los derechos del interno, del ofendido por el delito, del perjudicado, etc., y no sustraídos a la tutela judicial» (178).

(176) Así lo entiende también FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M.º D.: *La enajenación sobrevenida en la Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código Penal de 1983*, en «Estudios penales y criminológicos», VIII, Santiago de Compostela, 1985, pp. 246-255, en concreto. Las «reglas de conducta» contenidas en el artículo 101 de la PANCP son, básicamente, las contempladas en el artículo 135 del Proyecto de 1980 bajo el enunciado de «medidas de seguridad»; al respecto conviene señalar, como hizo Olesa Muñido, que «en cuanto a las medidas de seguridad se refiere, el Proyecto de 1980, adopta una posición muy próxima a la del Código penal español de 1928, si bien con amplias y justificadas concesiones al régimen vicarial». Cfr. *Las medidas de seguridad*, en «El Proyecto de Código Penal», núm. extra de la «RJC», 1980, p. 234. Vid. LAFORA, G. R.: *La psiquiatría en el nuevo Código penal español de 1928*, Madrid, 1929, pp. 57 y ss.

(177) El informe deberá ser emitido por el «equipo técnico» a que hacen referencia los artículos 39 de la LGP y 143.1 del Reglamento Penitenciario. Vid. GARRIDO GUZMÁN, L.: *Manual de ciencia penitenciaria*, Madrid, 1983, pp. 250-251. DEL RÍO PARDO, F.: *Diagnóstico y tratamiento psiquiátrico*, en «Comentarios a la legislación penal», T. VI, vol. 1, Madrid, 1986, pp. 545 y ss.

(178) Cfr. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: *Los establecimientos penitenciarios*, en «CLP», T. VI, vol. 1, cit., pp. 223-224. Vid. también ALONSO DE ESCAMILLA, A.: *El Juez de Vigilancia Penitenciaria*, Madrid, 1985, pp. 103 Y ss.

Límites constitucionales de las remisiones normativas en materia penal

ESTEBAN MESTRE DELGADO

Profesor Ayudante de Derecho Penal
Universidad de Alcalá de Henares

SUMARIO: 1. Consideración introductoria en torno a la débil influencia de los principios constitucionales en el ordenamiento penal español.—2. El derecho a la legalidad como derecho subjetivo público.—3. Los límites materiales de las remisiones normativas.—a) *La polémica doctrinal*.—b) *Una jurisprudencia casuística del Tribunal Constitucional*.—4. Criterios para la determinación de la adecuación constitucional de las remisiones normativas en materia penal.—a) *La interdicción de la deslegalización*.—b) *La quiebra de la uniformidad de la legislación penal*.—c) *Consideración desde el principio de proporcionalidad*.—5. Una propuesta alternativa.—a) *Determinación legal del tipo del injusto*.—b) *Superación de la naturaleza subsidiaria del Derecho Penal*.

1. Por asombroso que parezca, el ordenamiento penal español no ha terminado de asimilar aún, una década después de aprobado el texto constitucional, ni la existencia de una nueva estructura jurídica de la comunidad política, ni la distinta perspectiva valorativa desde la que han de ser considerados los bienes jurídicos que deben ser protegidos mediante el ejercicio del *ius puniendi* estatal, ni siquiera los límites formales de éste.

Es suficientemente conocida, por haberlo reiterado ya la doctrina (1), la trascendencia penal de los enunciados constitucionales y cómo, por ello, el proceso democrático que culminó con la entrada en vigor de la Constitución de 1978 necesitaba, no ya una reforma parcial del ordenamiento punitivo, sino un nuevo Código Penal que se adecuara a las exigencias punitivas de ese modelo de Estado social y democráti-

(1) Cf., por todos, MIR PUIG: *Derecho Penal. Parte General*, Barcelona, 2.ª, 1985, pp. 53 y ss. ARROYO ZAPATERO: *Fundamento y función del sistema penal: el programa penal de la Constitución*, en «Revista Jurídica de Castilla-La Mancha», núm. 1, agosto de 1987, especialmente, pp. 102 y ss. BUSTOS RAMÍREZ: *Constitución y reforma penal en España*, en «Doctrina Penal», núm. 27, 1984, pp. 51 y ss.

co de Derecho (2). Sin embargo, ni entonces se elaboró esa normativa, ni tan siquiera pudo constatarse un mínimo interés del legislador en la eliminación del Código de aquellos preceptos que resultaban incompatibles con el ordenamiento democrático, o en la incorporación al mismo de instituciones que resultaban básicas en el diseño constitucional (3). Más aún, en la actualidad sigue siendo fácil constatar cómo el ordenamiento penal resulta ajeno a muchas de las nuevas realidades jurídicas que son esenciales en el modelo del Estado social y democrático de Derecho (4). Numerosos pronunciamientos doctrinales han coincidido en destacar la insensibilidad constitucional de una normativa que, paradójicamente, se ha caracterizado tradicionalmente por su receptividad extrema a las oscilaciones jurídico-políticas (5).

Con una perspectiva semejante, el Poder Judicial ha venido llevando a cabo, a través de una interpretación conforme a la Constitución del ordenamiento penal (6), la labor depuradora que requiere

(2) Entre otros, véanse GARCÍA VALDÉS: *Las reformas de la legislación penal (1976-1984)*, en «Documentación Jurídica», núm. 37/40, 1983 (1985), tomo I, pp. 23 y ss. BARBERO SANTOS: *La reforma penal de la monarquía constitucional española*, en el colectivo «Reforma política y Derecho», Madrid, 1985, pp. 287 y ss. COBO DEL ROSAL y BOIX REIG: *Garantías constitucionales del Derecho sancionador*, en «Comentarios a la Legislación Penal», dirigidos por Cobo del Rosal, tomo I, «Derecho Penal y Constitución», Madrid, 1982, pp. 191 y ss. VIVES ANTÓN: *Estado de Derecho y Derecho Penal*, en los «Comentarios a la Legislación Penal», op. cit., vol. cit., especialmente pp. 44 y ss. Con toda claridad, QUINTERO OLIVARES y MUÑOZ CONDE: *La reforma penal de 1983*, Barcelona, 1983, p. 16, señalan en este mismo sentido que «un Estado social y democrático de Derecho no puede manejar el instrumento punitivo con los mismos criterios con que lo hiciera un sistema autoritario o incluso el decimonónico Estado “liberal” de Derecho».

(3) No encuentro, de esta manera, justificación alguna a que, hasta la aprobación de la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, no desapareciera del Código la pena de muerte (que había quedado derogada por aplicación directa de la Disposición Derogatoria Tercera de la Constitución, en relación con su artículo 15); no se hubieran regulado los delitos de discriminación y contra la libertad sindical y el derecho de huelga; y, entre tantos otros ejemplos, no se hubiera extendido la protección del artículo 161.1 al regente, al Consejo General del Poder Judicial, el Tribunal Constitucional o los Gobiernos de las distintas Comunidades Autónomas.

(4) Entre los derechos fundamentales y otros bienes jurídicos cuya protección penal resulta básica en la ordenación de la convivencia y que, sin embargo, aún no han merecido la atención del legislador, pueden citarse, respectivamente, la intimidad y el patrimonio al que se refiere el último párrafo del artículo 46 de la Constitución. QUINTERO OLIVARES: *Delitos contra intereses generales o derechos sociales*, en «Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense», monográfico núm. 6, Madrid, 1983 (1985), pp. 569 y ss., ha desarrollado, con precisión y detalle, las exigencias constitucionales de protección de unos nuevos «derechos de titularidad social», todavía al margen del Código Penal.

(5) Cfr., por todos, BARBERO SANTOS: *Política y Derecho Penal en España*, Madrid, 1977. QUINTERO OLIVARES: *La reforma penal en España*, en «Documentación Jurídica», núm. 37/40, 1983 (1985), vol. I, pp. 3 y ss.

(6) Entre la abundante literatura existente sobre el particular, puede verse TERRADILLOS BASOCO: *Jurisprudencia Penal del Tribunal Supremo y Derechos Humanos*, en «Anuario de Derechos Humanos», núm. 3, 1985, especialmente, p. 603. GARCÍA DE ENTERRÍA: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 2.^a ed., 1982,

la aplicación de su Disposición Derogatoria Tercera. Las resoluciones jurisdiccionales que, de esta manera, han puesto de manifiesto la inadecuación constitucional de figuras delictivas son ya abundantes y, entre ellas, no pueden dejar de mencionarse la Sentencia de 21 de diciembre de 1985, de la Sala Segunda del Tribunal Supremo (que ha declarado la inconstitucionalidad de la presunción de habitualidad en la recepción, que se contenía en el artículo 546 bis del Código) (7), ni las dictadas por el Tribunal Constitucional los pasados días 11 de noviembre de 1986 (en la que declaró la inconstitucionalidad del artículo 7 de la Ley 40/1979, de 10 de diciembre, del Régimen Jurídico de Control de Cambios, en cuanto preveía una sanción de privación de libertad sin tener esa norma el carácter de Ley Orgánica), 12 de diciembre de 1986 (en la que se afirmaba, por la misma falta de rango, que el artículo 1 del Real Decreto-Ley 3/1979, de 26 de enero, sobre protección de la seguridad ciudadana, vulneraba el artículo 17.1 de la Constitución) (8), 16 de diciembre de 1987 (por lo que se declaró parcialmente inconstitucional el texto de la Ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre, contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas) (9), 26 de mayo de 1988 (que entendió contrario a la Constitución, también por insuficiencia de ran-

pp. 95-103. ALONSO GARCÍA: *La interpretación de la Constitución*; Madrid, 1984, en particular, pp. 24 y ss. TORRE RUIZ: *Notas sobre el ejercicio de la jurisdicción penal en un Estado de Derecho constitucional*, en el colectivo «Segundas Jornadas de Derecho Judicial. Incidencia de la Constitución en las normas aplicables por los Tribunales de Justicia», 1985, pp. 429 y ss.

Sobre el carácter de norma fundamental y fundamentadora de todo el orden jurídico propio de la Constitución, cfr., también, GONZÁLEZ RUS: *Teoría de la pena y Constitución*, en «Estudios Penales y Criminológicos», tomo VII, 1984, pp. 229 y 239, así como las Sentencias del Tribunal Constitucional de 2 de febrero y 31 de marzo de 1981, 20 de diciembre de 1982, 18 de noviembre de 1983, 17 de febrero y 7 de junio de 1984 y 26 de noviembre de 1985, entre tantas otras.

(7) Con mayor detalle sobre esta Sentencia, cfr., ARROYO ZAPATERO: *Inconstitucionalidad de la presunción de habitualidad en la recepción*, en «La Ley», 11 de junio de 1986, pp. 1 a 5.

La configuración del Juez ordinario como Juez de la constitucionalidad para la depuración del ordenamiento preconstitucional ha sido destacada reiteradamente por el Tribunal Constitucional desde sus Sentencias de 2 de febrero, 29 de abril y 1 de junio de 1981.

(8) Esta Sentencia ha sido analizada con detenimiento por MIRA BENAVENT: *El caso del diario «Egin»: Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 12 de diciembre de 1986*, en «Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales», fascículo II/1987, pp. 505 y ss. Cfr. también MAQUEDA ABREU: *Algunas reflexiones críticas acerca de la punición de la apología*, en «Poder Judicial», núm. 9, marzo de 1988, pp. 9 y ss.

(9) Como muestra palpable de la sintonía existente entre los diversos operadores jurídicos en torno a la necesidad de depurar el ordenamiento de preceptos incompatibles con las exigencias constitucionales, puede indicarse que los vicios de inconstitucionalidad declarados en esta resolución habían sido ya denunciados, entre otros, por GIMBERNAT ORDEIG: *Constitución y Derecho Penal*, en «La Constitución Española de 1978. Un análisis comparado», suplemento al núm. 7 de la «Revista de Política Comparada», Madrid, invierno de 1981, pp. 95 a 99. ARROYO ZAPATERO: *Terrorismo y sistema penal*, en el colectivo «Reforma Política y Derecho», Madrid, 1985, pp. 176-177 y 194. GÓMEZ BENÍTEZ: *Critica de la política penal del orden público*, en «Cuadernos

go, el artículo 1 del Real Decreto-Ley 19/1979, de 23 de noviembre) (10) y 8 de junio de 1988 (Sentencia ésta en la que se consideró inconstitucional el artículo 509 del Código en la medida en que se interpretaba que la posesión de instrumentos idóneos para ejecutar el delito de robo presumía que la finalidad y destino que les daba su poseedor era la ejecución de tal delito (11).

No obstante, pretender concretar en los objetos de estas resoluciones jurisprudenciales todos los vicios de inconstitucionalidad contenidos en la legislación penal española contemporánea sería, sin duda, llamarse a error. La pervivencia, en un Estado social y democrático de Derecho, de una normativa formal y materialmente anclada en otros contextos jurídico-políticos plantea problemas estructurales de tal entidad que exceden, desde luego, del limitado número de preceptos que hasta ahora han sido sometidos a la consideración del Tribunal Constitucional. Más aún, parece escasamente posible que el desfase normativo del ordenamiento penal encuentre vía de solución tan sólo a través de reformas legislativas parciales, por bienintencionadas que éstas sean.

En este panorama, que quizás no sea tan desolador como aparentemente se presenta, se vislumbran algunas esperanzas. El Proyecto de Código Penal de 1980 y la Propuesta de Anteproyecto de 1983 han puesto de manifiesto la posibilidad de dotar a la sociedad española del instrumento normativo necesario para la regulación del ejercicio del *ius puniendi* en el Estado constitucional. Además, la permanente inminencia de la aprobación de un nuevo Código ha permitido a la doctrina penal española ofrecer durante casi ocho años sus propuestas y observaciones sobre esos textos prelegislativos (12), contribuyendo muy significativamente a perfeccionarlos.

Queda aún, sin embargo, un amplio espacio para la reflexión sobre la idoneidad constitucional de algunas figuras contenidas en el ordenamiento penal vigente y que, desde éste, han sido trasladadas

de «Política Criminal», núm. 16, 1982, p. 63. LAMARCA PÉREZ: *Tratamiento jurídico del terrorismo*, Madrid, 1985, pp. 409-410. MESTRE DELGADO: *Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional*, Madrid, 1987, pp. 142 a 155.

(10) La inadmisibilidad constitucional de ese precepto había sido ya denunciada por LAMARCA PÉREZ: *Tratamiento jurídico del terrorismo*, op. cit., p. 180, y MESTRE DELGADO: *Delincuencia terrorista...*, cit., p. 120.

(11) En sentido coincidente se expresaban, con anterioridad a tal Sentencia, y entre otros autores, MUÑOZ CONDE: *Derecho Penal. Parte Especial*, 6.^a ed., Sevilla, 1985, p. 255, y RODRIGUEZ RAMOS: *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)*, Madrid, 1985, p. 293.

(12) El esfuerzo doctrinal dedicado a estos textos ha quedado plasmado, entre otros tantos ejemplos, en libros colectivos como «La reforma penal y penitenciaria», Santiago de Compostela, 1980, y en números monográficos de revistas especializadas, como el número extraordinario que en 1980 dedicó la «Revista Jurídica de Cataluña» a analizar «El Proyecto de Código Penal»; los números 37/40 de «Documentación Jurídica», en torno a la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal, o el monográfico número 6 de la «Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense», dedicado a esta misma Propuesta de 1983.

también a aquellas alternativas prelegislativas. Entre ellas, son posiblemente las más conflictivas aquellas en las que se ha recurrido a la utilización de habilitaciones normativas genéricas en la descripción de los tipos penales.

2. Como es bien conocido, a través de la técnica de las normas denominadas leyes penales en blanco (13), el legislador penal tipifica delitos cuyos supuestos de hecho quedan deferidos (con remisiones de distinto alcance) a otras instancias normativas, en todo caso de rango inferior al legal, lo que plantea importantes problemas de legitimidad constitucional (14).

El Código Penal vigente utiliza con profusión la técnica de las normas penales necesitadas de complemento (15), y este modelo ha influido decisivamente tanto en la redacción del Proyecto de Código Penal de 1980 (16) como en la de la Propuesta de Anteproyecto de 1983 (17). En todos estos textos se contienen remisiones a la potestad reglamentaria para la determinación de las conductas delictivas, y ello puede provocar, en su caso, que quienes resulten procesados por la comisión de alguno de esos tipos interpongan recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, solicitando la declaración de inconstitucionalidad de los preceptos de que se trate.

Este riesgo es aún más acentuado si se considera que el Tribunal Constitucional ha establecido, desde su Sentencia de 30 de marzo de 1981 a la más reciente de 7 de abril de 1987, que el artículo 25.1 de la Constitución configura el *derecho a la legalidad* como un derecho subjetivo de carácter fundamental, lo que posibilita el control,

(13) Sobre el origen histórico y la naturaleza jurídica de esta figura, cfr. STAMPA BRAUN: *Introducción a la ciencia del Derecho Penal*, Valladolid, 1953, p. 30. MIR PUIG: *Introducción a las bases...*, op. cit., pp. 47 a 51. MUÑOZ CONDE: *Introducción al Derecho penal*, Barcelona, 1975, pp. 18 a 27.

(14) El complemento que requieren las normas penales cuyo supuesto de hecho está incompleto puede encontrarse, ciertamente, en normas de rango reglamentario, pero también puede hallarse en leyes no penales e, incluso, en la misma Ley penal. No obstante, el concepto de leyes penales en blanco puede reservarse, como ya ha señalado la mejor doctrina, a aquellos preceptos en los que el legislador autoriza a otras instancias normativas para configurar la conducta susceptible de represión penal. Si el legislador mismo completa ese supuesto de hecho, ya en la Ley penal, ya en otra de distinto alcance, la remisión no tiene más trascendencia que la de una simple técnica normativa.

(15) Entre otros, en los artículos 339, 342, 343 bis, 345, 347 bis, 499 bis, 520, 521, 522, 573.3, 577.8 ó 581. La misma técnica ha sido utilizada en leyes penales especiales, como la Ley de Caza de 4 de abril de 1970; la Ley de 10 de diciembre de 1979 (modificada por la Orgánica 10/1983, de 16 de agosto), sobre régimen jurídico de control de cambios, o la Ley Orgánica 7/1982, de 13 de julio, reguladora de los delitos e infracciones administrativas en materia de contrabando.

(16) Así, pueden citarse, entre otros preceptos en los que se ha utilizado la técnica de la remisión normativa, los artículos 194, 199, 312, 313, 315, 317, 323, 324, 327.2, 329, 352, 356, 362, 372, 379, 383, 384, 444, 544, 675.1 y 678.

(17) Con esta técnica están redactados los artículos 189, 193, 250, 269.1, 288, 290, 300, 301, 303, 307, 310, 311, 321, 322, 324, 326, 328, 336, 337, 374, 518, 519.2 ó 523.8, entre otros.

por ese Tribunal, y a través de la vía del recurso de amparo (18), de la adecuación constitucional de esas normas penales en blanco.

La inexistencia, hasta la fecha, de una doctrina asentada de ese Alto Tribunal sobre las remisiones al Reglamento para la configuración de ilícitos penales permite que coexistan en nuestra doctrina las tesis favorables y contrarias a la adecuación constitucional de estas figuras. No obstante, los argumentos que hasta ahora se han empleado en su contra permiten intuir que una hipotética Sentencia del Tribunal Constitucional que considerase su adecuación a la Carta Magna limitaría notablemente el ámbito de las remisiones normativas, en materia penal, a instrumentos de rango inferior a la Ley.

3. La cuestión no es, sin embargo, en absoluto pacífica. Aún existiendo un amplio acuerdo —doctrinal y jurisprudencial— sobre la necesidad de que sea la Ley penal la que establezca las conductas punibles y las sanciones aparejadas a las mismas, las posturas se mantienen encontradas en torno al alcance de esa reserva de Ley penal. En ese debate, ni los argumentos empleados en defensa de la exclusividad (y exhaustividad) de la regulación legal permiten afirmar con rotundidad que los tipos penales *stricto sensu* (esto es, los que remiten la determinación de la conducta ilícita a normas de rango reglamentario) sean contrarios al modelo penal diseñado en la Constitución de 1978, ni por ello puede entenderse, *a contrario*, la admisibilidad constitucional de esta técnica normativa.

Conviene, por todo ello, analizar más detenidamente los límites constitucionales de las remisiones normativas en materia penal, sometiendo a esa figura de las normas penales en blanco a un contraste de constitucionalidad más minucioso que el efectuado hasta ahora.

a) Tradicionalmente, la doctrina penal ha admitido que los reglamentos puedan ser llamados por la Ley penal para complementar o desarrollar sus previsiones y, específicamente, para determinar su propio presupuesto de hecho, si bien sujetando la remisión a la previa delimitación legal del contenido, fin y extensión de la remisión (19). Cumplidos estos requisitos formales, las normas reglamentarias llamadas a completar un precepto penal en blanco tendrían «fuerza legal por delegación» (20).

(18) Cfr., en el mismo sentido, LAMARCA PÉREZ: *Legalidad penal y reserva de ley en la Constitución Española*, en «Revista Española de Derecho Constitucional», núm. 20, mayo-agosto de 1987, especialmente, pp. 108-109 y 131 a 134.

(19) Cfr., por todos, JESCHECK: *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 3.^a ed., Berlin, 1978, pp. 90-91. MAURACH/ZIPF: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 6.^a, Heidelberg, 1983, pp. 120-121. Entiendo que el término «Rechtsverordnung» tiene (salvando las lógicas diferencias normativas existentes entre el Derecho español y el de la República Federal) un sentido más extenso que el que se le confiere en la versión española del libro de Jescheck (Barcelona, 1981, vol. 1, p. 158), y más próximo al que aquí se le otorga.

(20) Así, ANTÓN ONECA: *Derecho Penal*, 2.^a ed., a cargo de Hernández Guijarro y Beneytez Merino, Madrid, 1986, p. 108.

Sin embargo, tras la entrada en vigor de la Constitución de 1978, un sector mayoritario de la doctrina española ha cuestionado la admisibilidad jurídica de los tipos penales en blanco en cuanto que, como leyes necesitadas de complemento, posibilitan que la Administración Pública, mediante disposiciones de inferior rango al exigido por el principio de legalidad, decida cuándo una determinada conducta se convierte en punible. El principio de legalidad, que se situaba en el artículo 25.1 de la Constitución (21), supondría el monopolio de la Ley en la fijación de la conducta delictiva (22) y, por ello, la taxatividad en su descripción, configurando así una reserva de Ley que vetaría la remisión normativa, en beneficio de la seguridad jurídica (23).

Además, y con independencia de este argumento, el rechazo doctrinal a la posibilidad de que la conducta punible por las leyes penales pudiera ser descrita por la Administración se asentaba también en una reserva de Ley Orgánica, de carácter absoluto, que se desprendería de los artículos 53.1 y 81.1 de la Constitución. De conformidad con esta concepción, la incriminación de una conducta, y la fijación de la sanción que corresponde a su autor, debe hacerse en todo caso por Ley Orgánica, porque ambos aspectos inciden necesariamente en el ámbito de derechos y libertades fundamentales reconocidas constitucionalmente (libertades personal, de residencia y circulación) (24). Esta reserva de Ley Orgánica haría inadmisible la técnica de las leyes penales en blanco, de la misma manera que sucedía con la posibilidad de dictar decretos-leyes o con cualquier forma de delegación legislativa en materia penal, ya que tal reserva se desnaturalizaría si la Ley Orgánica no determinase, en última instancia, todas y cada una de

(21) Como es conocido, este precepto establece que «nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento».

(22) RODRÍGUEZ DEVEZA: *Derecho Penal español. Parte General*, Madrid, 9.^a, 1985, p. 189. BUSTOS RAMÍREZ: *Manual de Derecho Penal español*, Barcelona, 1984, pp. 84-85. TERRADILLOS BASOCO: *Delitos societarios*, Madrid, 1987, p. 50. DE LA CUENTA ARZAMENDI: *La Ley alemana de reforma del Código penal para la lucha frente a la criminalidad contra el ambiente*, en «Revista Vasca de Administración Pública», núm. 4, septiembre-diciembre de 1982, p. 245. LAMARCA PÉREZ: *Legalidad penal y reserva de Ley...*, op. cit., p. 102.

(23) COBO DEL ROSAL y BOIX REIG: *Garantía penal*, en «Comentarios a las leyes políticas», dirigidos por Alzaga Villaamil, tomo III, Madrid, 1983, pp. 64 y 71. LAMARCA PÉREZ: *Legalidad penal y reserva de ley...*, op. cit., p. 102.

(24) GIMBERNAT: *Constitución y Derecho penal*, op. cit., p. 95. CASABO RUIZ: *La capacidad normativa de las Comunidades Autónomas en la protección penal del medio ambiente*, en «Estudios Penales y Criminológicos», vol. V, Santiago de Compostela, 1982, p. 250. ARROYO ZAPATERO: *Principio de legalidad y reserva de Ley en materia penal*, en «Revista Española de Derecho Constitucional», núm. 8, mayo-agosto de 1983, p. 32.

las características de la conducta sancionable y, en cambio, remitiese su concreción a otras fuentes (25).

Es fácil reconocer, en el origen de ambas concepciones de la reserva de Ley en materia penal, un concepto democrático de la Ley que, al menos en principio, es el único que debía haber encontrado acomodo en la Constitución de 1978. Esta tesis parte históricamente de la separación de poderes y de la primacía del legislador, concibiendose, por ello, la Ley como una garantía frente a las arbitrariedades del poder (26). En efecto, lo decisivo en la configuración histórica del principio de legalidad penal no fue sólo que toda punición precisara de un fundamento legal, sino que las normas penales fueran elaboradas exclusivamente por los representantes de los ciudadanos. El imperio de la Ley devino, así, imperio del legislador sobre los poderes ejecutivos, y la reserva de Ley en la tipificación de los delitos y las penas garantizaba de este modo la ficción del asenso de la comunidad a las restricciones a la libertad que supone todo ordenamiento penal (27).

El fundamento democrático de la reserva de Ley Orgánica en materia penal se desprende de un argumento histórico-político similar, ya que la única garantía, en la sociedad española contemporánea, de la conformidad ciudadana con la criminalización de determinadas conductas es la aprobación de las normas por la mayoría de sus representantes parlamentarios, pero ello siempre que se haya tenido en cuenta la opinión de las minorías. Para ello, la Ley penal ha de ser elaborada a través de un procedimiento parlamentario especial, en el que se busca la máxima representación posible de los representantes populares, garantizando la intervención institucionalizada de fuerzas políticas minoritarias (28).

(25) GIMBERNAT: *Introducción a la Parte General del Derecho Penal Español*, Madrid, 1979, p. 23. COBO DEL ROSAL y BOIX REIG: *Garantías constitucionales del Derecho sancionador*, en «Comentarios a la Legislación penal», op. cit., tomo I, pp. 197 a 200.

(26) Cfr. COBO DEL ROSAL y BOIX REIG: *Garantías constitucionales del Derecho sancionador*, cit., p. 199. MÍR PUIG: *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 28. ARROYO ZAPATERO: *Principio de legalidad*, cit., pp. 32-33.

(27) Un incisivo y documentado análisis de esta concepción del principio de legalidad puede verse en LAMARCA PÉREZ: *Formación histórica y significado político de la legalidad penal*, en «Revista Jurídica de Castilla-La Mancha», núm. 2, diciembre de 1987, pp. 35 y ss. Desde otra perspectiva, cfr. JESCH: *Ley y Administración. Estudio de la evolución del principio de legalidad*, Madrid, 1978, en especial pp. 131-139.

(28) CASABO RUIZ: *La capacidad normativa...*, cit., p. 250. ARROYO ZAPATERO: *Principio de legalidad...*, cit., p. 33. LAMARCA PÉREZ: *Legalidad penal y reserva de Ley...*, cit., p. 107. La trascendencia del procedimiento de elaboración de las normas en el ámbito de la reserva de Ley ha sido destacada también por DE OTTO: *Derecho Constitucional*, vol. I, «Sistema de fuentes», Barcelona, 1988, pp. 153-154, y PRIETO SANCHÍS: *Las Leyes Orgánicas y el principio de jerarquía normativa en la Constitución de 1978*, en «Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense», núm. 62, Madrid, 1981, pp. 125 y ss.

Las tesis que han quedado diseñadas no han sido compartidas unánimemente por la doctrina penal española, habiéndose puesto de manifiesto, por el contrario, que en muchos casos aquéllas no se sustentaban en datos irrefutables. Y, en efecto, debe reconocerse, por un lado, que el artículo 25.1 de la Constitución no permite, sin más, establecer una reserva de Ley en materia penal (29); por otro, que es difícil sostener la reserva de Ley en aquellas figuras delictivas que no imponen penas privativas de libertad (30), y, finalmente, que la intervención de la Administración en la configuración de los tipos penales se debe, no a la fuerza expansiva del Poder Ejecutivo en detrimento del Legislativo, sino, precisamente, a una autorización que éste otorga a aquél, en ejercicio de la soberanía popular que encarna. Rodríguez Ramos ha afirmado, en este sentido, que, si la protección de determinados bienes jurídicos lo requiere, el legislador penal, de la misma manera que puede utilizar directamente elementos descriptivos para determinar el contenido de sus preceptos, puede utilizar elementos normativos en los tipos mediante la remisión a otras disposiciones no penales (31).

Es difícil, de esta manera, sostener que alguno de los argumentos expuestos permita, por sí, declarar en su día la inconstitucionalidad de los tipos penales en blanco.

La incertidumbre crece si se considera que una parte de la doctrina penal española admite la constitucionalidad de los preceptos del Código Penal que defieren a los reglamentos la concreción de los supuestos de hecho sancionados en ellos, aludiendo a la doctrina del «complemento indispensable»; a la necesidad de realizar regulaciones técnicas impropias de una norma penal; o a la inadecuación del procedimiento parlamentario para la continua actualización normativa de algunas materias. Se aduce, además, en favor de esta técnica, que las leyes penales en blanco ofrecen una perfecta instrumentalidad a la hora de delimitar el ámbito de lo lícito, pudiendo ofrecer su descripción la misma certeza y seguridad que otras en las que no existan elementos normativos (32).

b) La jurisprudencia del Tribunal Constitucional no aporta tampoco una solución definida, primero, porque hasta la fecha no existe

(29) Coincidén en señalar que ese artículo 25.1 recoge deficientemente el principio de legalidad COBO DEL ROSAL y BOIX REIG: *Garantía penal*, op. cit., pp. 67-68, y LAMARCA PÉREZ: *Legalidad penal...*, op. cit., p. 102.

(30) En este sentido, BUSTOS RAMÍREZ: *Manual de Derecho Penal español*, op. cit., p. 85.

(31) RODRÍGUEZ RAMOS: *Reserva de Ley Orgánica para las normas penales*, op. cit., p. 306.

(32) RODRÍGUEZ RAMOS: *Protección penal del ambiente*, en «Comentarios a la legislación penal», op. cit., tomo I, p. 274. BUSTOS RAMÍREZ: *Manual de Derecho Penal español*, op. cit., p. 85. MENA ALVAREZ: *La ecología como bien jurídico protegido*, en «Revista Jurídica de Cataluña», número extraordinario, 1980, p. 141. Y, con ciertas reservas, LAMARCA PÉREZ: *Legalidad penal...*, op. cit., pp. 112-113.

una Sentencia de este Alto Tribunal en la que se considere directamente la adecuación constitucional de los tipos penales en blanco y, segundo, porque las distintas Sentencias que han tenido por objeto remisiones normativas en materia sancionadora no han mantenido una línea argumental homogénea, pudiéndose afirmar, por el contrario, que en su resolución el Tribunal ha atendido más a la justicia del caso concreto que a la elaboración de una construcción general.

Consecuentemente, cualquier intento de sistematizar esta jurisprudencia del Tribunal Constitucional debe ser acogido con cierta relatividad, a la que no puede ser ajena el hecho de que, paralelamente, ese Tribunal ha extendido el principio de legalidad a las infracciones administrativas. Las evidentes dificultades que han jalado la tarea de establecer criterios uniformes en relación con ordenamientos tan diversos han provocado una cierta indeterminación de los límites de la reserva penal y, posiblemente, un debilitamiento en la intensidad de ésta.

No obstante, de la ya extensa relación de Sentencias en las que el Tribunal Constitucional ha atendido a las exigencias de la reserva de Ley en materia sancionadora, es posible, con los condicionamientos referidos, extraer las siguientes conclusiones generales:

1) En materia penal existe una reserva absoluta de Ley.

El Tribunal Constitucional ha afirmado rotundamente que el artículo 25.1 de la Constitución plasma una reserva de Ley (33) que es, además, absoluta (34), aunque no en todo caso requiere que sea Orgánica (35). De esta declaración, que entraña directamente con el concepto democrático de la Ley (36), se deriva como consecuencia

(33) Sentencia de 30 de marzo de 1981.

(34) Así, en las Sentencias de 7 de mayo de 1981, 23 de febrero de 1984 y 11 de noviembre de 1986, entre otras.

(35) La reserva de Ley Orgánica, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 81.1, sólo puede exigirse cuando las normas penales incidan en el «desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas», y por ello no puede extraerse aquélla de la exclusiva relación entre los artículos 25.1 y 81.1 de la Constitución (Sentencia de 23 de febrero de 1984). Se exige tan sólo en aquellas normas que afecten a la libertad reconocida como derecho fundamental en el artículo 17 de la Constitución, porque el desarrollo legislativo de un derecho o una libertad constitucional consiste, precisamente, en la determinación de su alcance y límites, «y no existe en un ordenamiento jurídico límite más severo a la libertad que la privación de libertad en sí» (Sentencias de 14 de febrero, 11 de noviembre y 16 de diciembre de 1986, entre otras). Precisamente por ello, la Sentencia de 11 de noviembre de 1986 tan sólo declaró inconstitucional la pena de privación de libertad que establecía la Ley 40/1979, de 10 de diciembre, dejando subsistentes las demás sanciones previstas en ella.

(36) En la Sentencia de 24 de julio de 1984, *caso Ley de Bases de la Sanidad Nacional*, se señaló claramente, recogiendo este concepto, que la reserva de Ley entraña una garantía esencial de nuestro Estado de Derecho, cuyo significado último «es el de asegurar que los ámbitos de la libertad que corresponden a los ciudadanos dependa exclusivamente de la voluntad de sus representantes, por lo que tales ámbitos han de quedar exentos de la acción del ejecutivo y, en consecuencia, de sus productos normativos propios, que son los reglamentos». En sentido coincidente, cfr. también las Sentencias de este Tribunal de 17 de febrero y 7 de abril de 1987.

necesaria que ésta es la única fuente en materia penal y que, en ella, el Juez no puede quedar vinculado a otras distintas (37).

Más concretamente, la reserva de Ley en materia penal exige la predeterminación normativa de las conductas ilícitas (principio de tipicidad) (38) y de las sanciones correspondientes (39), porque la finalidad de este principio es conseguir la seguridad jurídica (40).

La Sentencia de 15 de octubre de 1982 ha destacado que, en la perspectiva del Tribunal Constitucional, el legislador, «para conseguir la finalidad protectora que persigue el Derecho Penal, debe hacer el máximo esfuerzo posible para que la seguridad jurídica quede salvaguardada en la definición de los tipos». Con mayor claridad aún, la Sentencia de 8 de junio de 1988 afirma que el cumplimiento del mandato contenido en el artículo 25.1 de la Constitución «exige una descripción de las conductas, acciones u omisiones constitutivas de delito» que respondan al principio de seguridad jurídica.

Consecuentemente, en la Sentencia de 7 de abril de 1987, *caso Casino de Mallorca* (41), trascendental a estos efectos, se destacaba que el artículo 25.1 de la Constitución obliga al legislador a regular por sí mismo los tipos de infracción administrativa y las sanciones correspondientes, por lo que «toda remisión a la potestad reglamentaria para la definición de nuevas infracciones o la introducción de nuevas sanciones carece de virtualidad y eficacia» (42). No puede dejar de señalarse que esta Sentencia tenía por objeto una infracción administrativa, en cuya configuración el Tribunal Constitucional entiende más laxamente las exigencias de la reserva de Ley (43).

2) | El principio de legalidad de las infracciones es, sin embargo, compatible con la colaboración reglamentaria.

La reciente Sentencia 3/1988, de 21 de enero, dictada en el marco de una cuestión de inconstitucionalidad planteada contra el artículo 9

(37) Sentencia de 9 de julio de 1984.

(38) Sentencias de 15 de octubre de 1982, 2 de noviembre de 1983, 27 de mayo de 1985, 7 de abril de 1987 y 21 de enero de 1988.

(39) Sentencias de 30 de enero y 30 de marzo de 1981, 2 de noviembre de 1983, 7 de abril de 1987 y 21 de enero de 1988.

(40) Sentencias de 30 de noviembre de 1982, 21 de julio de 1987 y 8 de junio de 1988.

(41) Un certero comentario de esta Sentencia puede hallarse en MESTRE DELGADO, JUAN FRANCISCO: *Potestad reglamentaria y principio de legalidad: las limitaciones constitucionales en materia sancionadora*, en «Revista Española de Derecho Administrativo», número 57, enero-marzo de 1988, pp. 79 y ss.

(42) En el mismo sentido, con referencia a la imposibilidad de que el reglamento cree tributos, cfr. la Sentencia de 16 de noviembre de 1981.

(43) La propia Sentencia de 7 de abril de 1987 reconocía a este respecto que «el alcance de la reserva de Ley establecida en el artículo 25.1 no puede ser tan estricta en relación con la regulación de las infracciones y sanciones administrativas como por referencia a los tipos y sanciones penales en sentido estricto». En sentido coincidente, cfr. la Sentencia de 8 de junio de 1988, en la que se destaca que en el ámbito administrativo existen consideraciones de oportunidad que «pueden hacer necesaria una relativamente rápida variación de los criterios de regulación».

del Real Decreto-Ley 3/1979 (44), ha establecido que el mandato del artículo 25.1 de la Constitución determina la necesaria cobertura de la potestad sancionadora de la Administración, pero que el mismo «no excluye que esa norma contenga remisiones a normas reglamentarias» (45).

Este criterio, que se asienta teóricamente en la constatación de que en las materias reservadas a la Ley no se alteran las relaciones tradicionales entre Ley y reglamento ejecutivo (46), ha sido aplicado hasta la fecha tan sólo con referencia a infracciones administrativas, en las que se ha destacado, además, su carácter coyuntural o la necesidad objetiva de adaptar esa regulación a nuevas técnicas (47).

Sin embargo, en una ocasión ha hecho referencia el Tribunal Constitucional a la posibilidad de que el reglamento intervenga en la descripción de los tipos penales. En la Sentencia de 30 de marzo de 1981, si bien indirectamente, en *obiter dictum*, hizo mención a aquellos delitos o faltas «que completan el tipo con remisión a disposiciones reglamentarias», como sucede, por ejemplo, con el 345 y el 565.2, que se remiten a «disposiciones sanitarias» o a la «infracción de los reglamentos» para la descripción de las conductas típicas. El fondo del asunto no guardaba relación alguna con los preceptos penales citados, y no es fácil colegir si el Tribunal fue en tal momento consciente de la posible trascendencia (al menos, dialéctica) del ejemplo utilizado. Es importante, en todo caso, señalar que esta referencia, por un lado, no prejuzga la decisión que en su día pudiera adoptar ese Tribunal en relación con la admisibilidad constitucional de los tipos penales en blanco y, por otro, que es la única cita de preceptos penales en una construcción jurisprudencial que —como se observa fácilmente— se ha levantado en torno a las infracciones administrativas.

3) Los elementos fundamentales de la tipificación deben estar en la Ley.

La colaboración reglamentaria en la tipificación de las infracciones respeta las exigencias derivadas del principio de legalidad tan sólo si los «elementos fundamentales de la tipificación» están contenidos en la norma con rango legal, de tal manera que únicamente pueden ser sancionadas las acciones u omisiones subsumibles en la norma con rango de Ley (48).

(44) Este artículo establecía que «se consideran actos que alteran la seguridad pública el incumplimiento de las normas de seguridad impuestas reglamentariamente a las Empresas para prevenir la comisión de actos delictivos. Tales actos podrán ser sancionados en la forma y cuantía que la legislación de orden público establece, o con el cierre del establecimiento».

(45) En el mismo sentido, cfr. las Sentencias de 24 de julio de 1984, 7 de abril de 1987 y 23 de mayo de 1988.

(46) Sentencia de 27 de junio de 1985.

(47) Sentencia de 8 de junio de 1988.

(48) Sentencia de 21 de enero de 1988.

Ese núcleo de la regulación que debe establecerse siempre en la Ley se configura por el Tribunal Constitucional de acuerdo con la tesis de la esencialidad (49) y se identifica, por tanto, con el objeto de la reserva legal. La Sentencia de 29 de julio de 1985, *caso LODE*, ha indicado, así, que la posibilidad de que el reglamento sea llamado por la Ley para integrar de diverso modo sus mandatos no queda excluida en el ámbito de la reserva de Ley, pero ello siempre que «la remisión al reglamento no suponga deferir a la normación del Gobierno el objeto mismo reservado». En tal caso se asistiría, realmente, a lo que la Sentencia de 24 de julio de 1984 ha denominado «una degradación de la reserva formulada por la Constitución en favor del legislador».

4) La Ley ha de fijar los límites del Reglamento, que ha de estar subordinado a aquélla.

Como garantía añadida para el respeto del ámbito de la reserva de Ley, el Tribunal Constitucional viene exigiendo al legislador que, en las materias sujetas a esa reserva, la remisión al reglamento no permita una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley (50).

Esta subordinación se exterioriza en el hecho de que el reglamento se desarrolle «dentro de los límites fijados por el legislador» (51), reduciéndose a un «complemento indispensable» de la Ley, ya por motivos técnicos, ya para optimizar el cumplimiento de las finalidades perseguidas por la Constitución o por la propia Ley (52).

5) La deslegalización de materias sujetas a reserva de Ley es contraria a la Constitución.

En la medida en que la reserva de Ley exige que las remisiones al reglamento delimiten el ámbito en que éste ha de surtir efecto, es una consecuencia lógica la declaración de inadmisibilidad constitucional de las habilitaciones genéricas a la potestad reglamentaria. Así lo ha entendido, correctamente, el Tribunal Constitucional, que ha declarado inconstitucionales todas aquellas remisiones que implicaban una deslegalización efectiva de las materias sujetas a reservas legales (53). De esta manera, en su Sentencia de 6 de noviembre de 1981 afirmó la inconstitucionalidad de una remisión en blanco que el legislador había efectuado al correspondiente reglamento para la configuración de un tributo; en la de 24 de julio de 1984 se consideraron

(49) Sentencias de 16 de noviembre de 1981, 11 de febrero de 1983, 19 de diciembre de 1985 y 30 de septiembre de 1987.

(50) Así, en la Sentencia de 21 de enero de 1988.

(51) Sentencia de 16 de noviembre de 1981.

(52) Sentencia de 24 de julio de 1984.

(53) La Sentencia de 20 de febrero de 1986 señala en este sentido que «toda operación deslegalizadora supone la reducción del rango normativo de una materia regulada por norma legal en el momento en que se dicta la Ley deslegalizadora, de tal manera que a partir de ésta y en su virtud puede ser regulada por normas reglamentarias».

contrarias a la reserva de Ley las cláusulas en cuya virtud «se produce una verdadera deslegalización de la materia reservada, esto es, una total abdicación por parte del legislador de su facultad para establecer reglas limitativas, transfiriendo esta facultad al titular de la potestad reglamentaria, sin fijar ni siquiera cuáles son los fines u objetivos que la reglamentación ha de perseguir; y, finalmente, en la Sentencia de 17 de febrero de 1987 consideró que la reserva de Ley impide que, mediante la remisión a la norma reglamentaria, «se provoque, *por su indeterminación*, una degradación de la reserva formulada por la Constitución en favor del legislador» (54).

4. El debate en torno a los tipos penales en blanco se ha desarrollado en España en torno a unas figuras delictivas muy específicas, dirigidas (en el Código Penal vigente, en el Proyecto de 1980 o en la Propuesta de 1983) a la represión de conductas vinculadas a realidades tecnificadas o en constante dinámica innovadora: delitos monetarios (55), medioambientales (56), urbanísticos (57), o los más tradicionales delitos laborales, de inhumaciones ilegales, de expedición de medicamentos o de caza y pesca, principalmente.

En todos estos casos, la polémica planteada por detractores y defensores de la técnica de las remisiones normativas en blanco ha oscilado entre dos tipos de argumentos diversos: quienes han sostenido su inadecuación constitucional, alegaban que la reserva de Ley (en su caso Orgánica) vetaba la llamada al Reglamento que se establecía en los preceptos que recogían aquellas figuras delictivas; por otra parte, quienes se inclinaban por su admisibilidad jurídica, centraban su defensa en la necesidad técnica de tales regulaciones o, incluso, en la mayor certeza (y, por tanto, seguridad jurídica) que éstas incorporarían.

Sin embargo, ninguna de las tesis así mínimamente esbozadas permite ofrecer una solución al problema planteado.

En el ordenamiento constitucional no cabe duda de la posibilidad de efectuar remisiones en materia penal a la norma reglamentaria,

(54) El subrayado es añadido.

(55) Cfr. TERRADILLOS BASOCO: *Delitos relativos al control de cambios*, en «Documentación Jurídica», núm. 37/40, *op. cit.*, tomo II, p. 155.

(56) Cfr. RODRÍGUEZ RAMOS: *Protección penal del ambiente*, *op. cit.*, p. 274. MEINA ALVAREZ: *La ecología como bien jurídico protegido*, *op. cit.*, pp. 140-141. La polémica se está generando en similares términos en otros países europeos, como indican, a título de ejemplo, FIANDACA y TESSITORE: *Diritto penale e tutela dell'ambiente*, en el colectivo «Materiali per una riforma del sistema penale», Milano, 1985, pp. 25 y ss. DE LA CUESTA ARZAMENDI: *La Ley alemana de reforma del Código Penal para la lucha frente a la criminalidad contra el ambiente*, en «Revista Vasca de Administración Pública», núm. 4, septiembre-diciembre de 1982, pp. 235 y ss. Más recientemente, MEURER: *Umweltschutz durch Umweltstrafrecht?*, en «NJW», 34, 24 de agosto de 1984, pp. 2065 y ss. BREUER: *Empfehlen sich Änderungen des strafrechtlichen Umweltschutzes insbesondere in Verbindung mit dem Verwaltungsrecht?*, en «NJW», 34, *op. cit.*, pp. 2072 y ss.

(57) DE LA CUESTA ARZAMENDI: *Protección penal de la ordenación del territorio y del ambiente*, en «Documentación Jurídica», núm. 37/40, *op. cit.*, tomo II, p. 205.

sea a través de la figura de la remisión recepticia o del reglamento ejecutivo (58). Y resulta igualmente claro que la reserva de Ley penal impide que en esta regulación se provoque la deslegalización. De esta manera, el problema de los tipos penales en blanco debe enfocarse, para determinar, *en cada caso*, su admisibilidad o inadmisibilidad constitucional, desde la perspectiva de los límites materiales de la reserva de Ley.

a) El contraste constitucional de los tipos penales en blanco necesita partir, de conformidad con las tesis expuestas en el presente trabajo, de la determinación del contenido indisponible a la Ley penal y, más concretamente, del análisis de la descripción de la conducta punible (elemento esencial de la regulación penal según la doctrina del Tribunal Constitucional) en cada uno de esos tipos.

Cuando se estudian, de este modo, preceptos como los contenidos en los artículos 339 («el que practicare o hiciere practicar una inhumación contraviniendo lo dispuesto por las leyes o reglamentos respecto al tiempo, sitio y demás formalidades prescritas para las inhumaciones, incurrirá en las penas de arresto mayor y multa de 30.000 a 150.000 pesetas») o 343 bis («los que expendieren medicamentos de cualquier clase o medios anticonceptivos sin cumplir las legalidades formales o reglamentarias serán castigados con las penas de arresto mayor y multa de 30.000 a 150.000 pesetas») del Código Penal vigente, resulta muy difícil no descubrir en ellos desregularizaciones contrarias a la reserva de Ley en materia penal porque, indudablemente, en ninguno de esos preceptos existe una conducta ilícita cuya descripción sea distinta al propio contenido de la remisión normativa.

El grave vicio que incorporan preceptos como los reseñados radica en que pretenden cumplir la reserva de Ley mediante un instrumento normativo exclusivamente formal, cuyo único contenido es, precisamente, la habilitación genérica al reglamento para que opere la regulación material, de fondo (59).

Estos supuestos son claros ejemplos de habilitaciones normativas genéricas e indeterminadas (los respectivos reglamentos pueden requerir las formalidades más banales, o las más complejas, para la práctica de inhumaciones y la venta de anticonceptivos) y, desde luego,

(58) Cfr. MUÑOZ MACHADO: *Sobre el concepto de Reglamento ejecutivo en el Derecho español*, en «Revista de Administración Pública», núm. 77, pp. 139 y ss. MESTRE DELGADO, JUAN FRANCISCO: *Potestad reglamentaria y principio de legalidad...*, *op. cit.*, pp. 84-85.

(59) Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA: *Ley delegada, potestad reglamentaria y Poder Judicial*, Madrid, 1979, p. 171. En sentido semejante, RUBIO LLORENTE: *Rango de Ley, fuerza de Ley, valor de Ley*, en «Revista de Administración Pública», núms. 100-102, vol. I, enero-diciembre de 1983, p. 478, indica que el ámbito reservado a la Ley es una limitación que la Constitución impone al poder que el legislador democrático (y único) tiene para atribuir a la Administración la facultad de regular por sí materias determinadas.

no sujetas a una regulación material contenida en la Ley (60). Son, por ello, inconstitucionales.

Desde esta perspectiva, el ámbito constitucionalmente admisible de las remisiones normativas en materia penal queda limitado, en principio, al del reglamento ejecutivo y al que pudiera efectuarse mediante una remisión recepticia (61).

b) Los tipos penales en blanco que recoge el Código Penal vigente, o los Proyectos de 1980 y 1983, pueden resultar contrarios a la Constitución, desde otro punto de vista, si vulneran el principio de uniformidad de la legislación penal.

Este principio, cuya presencia ha sido constante en nuestra historia constitucional, supone la exigencia de que todos los ciudadanos estén sometidos a un mismo ordenamiento penal. Formulada de manera expresa (62), o a través del reconocimiento de una competencia legislativa estatal de carácter exclusivo en materia penal (63), esta necesidad de que todos los ciudadanos estén sometidos a unos mismos catálogos de delitos y penas en el territorio español se ha configurado tradicionalmente como una garantía constitucional de carácter esencial.

En este contexto en el que debe entenderse inmersa, desde una perspectiva penal, la declaración que realiza la vigente Constitución de 1978, en su artículo 149, 1.6.^º, relativa a la competencia exclu-

(60) Llevando la hipótesis al límite, la remisión no sería contraria a la reserva de Ley, aunque se entregasen a la decisión reglamentaria regulaciones de fondo, siempre que la norma legal enunciase los criterios o principios con los que pudiera llegarse a ella. Cfr. GARCÍA DE ENTERÍA y T. RAMÓN FERNÁNDEZ: *Curso de Derecho Administrativo*, tomo I, Madrid, 1987, p. 270.

(61) ARROYO ZAPATERO: *Principio de legalidad y reserva de Ley*, op. cit., p. 34, expone, siguiendo a Bricola, un concepto lo suficientemente expresivo: «El reenvío a los reglamentos debe circunscribirse a aquellos casos en los que la norma penal indica ya por sí misma la esfera y contenido de desvalor que la norma pretende imponer y al reglamento se le relega tan sólo la enunciación técnica detallada, y la puesta al día, de los hechos u objetos que presentan tal significado de desvalor; enunciación técnica que, además, debe ser expresión de un criterio técnico localizable ya en la norma penal de fuente legislativa».

(62) Así, la Constitución de Bayona señalaba que «las Españas y las Indias se gobernarán por un sólo Código de leyes civiles y criminales» (artículo 96); la Constitución de 1812, que «el Código civil y criminal y el de comercio serán unos mismos para toda la Monarquía, sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias podrán hacer las Cortes» (artículo 258); la Constitución de 1837, que «unos mismos Códigos regirán en toda la Monarquía, y en ellos no se establecerá más que un sólo fuero para todos los españoles en los juicios comunes, civiles y criminales» (artículo 4), precepto que literalmente transcribe la Constitución de 1856 en su artículo 5; la Constitución de 1845, que «unos mismos Códigos regirán en toda la Monarquía» (artículo 4); la Constitución de 1869, que «unos mismos Códigos regirán en toda la Monarquía, sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias determinen las leyes», y el Proyecto Constitucional de 1929, que «unos mismos Códigos regirán en toda la Nación, salvo las especialidades de índole civil que reconozcan las leyes».

(63) Así, el Proyecto de Constitución Federal de la República Española (tít. V, ap. 15); la Constitución de 1931 (artículo 15.1), y el vigente texto constitucional de 1978 (artículo 149, 1.6.^º).

siva que el Estado ostenta sobre la legislación penal. La voluntad constitucional ha sido, pues, que sólo exista un ordenamiento penal vigente para la colectividad organizada, y, por ello, con independencia de la estructuración territorial y política que resulta de su Título VIII, y de la posibilidad de admitir doctrinalmente que las Comunidades Autónomas ostenten determinadas competencias de en esta materia (64), ninguna Comunidad ha asumido como competencia propia la ejecución del ordenamiento penal estatal. El desarrollo estatutario del sistema autonómico ha confirmado, así, la inexistencia de ámbitos normativos territoriales diferenciados del estatal en materia penal, cuya uniformidad en el territorio nacional resulta, también de esta manera, indiscutida (65).

Desde esta perspectiva, pueden resultar contrarias a la Constitución las remisiones normativas que defieran la descripción de sus distintos ilícitos típicos a reglamentos cuya configuración ya no corresponde al Estado. Por la vía indirecta de la determinación de los preceptos reglamentarios a los que se remiten los distintos tipos penales en blanco contenidos en el ordenamiento penal vigente, las Comunidades Autónomas pueden asumir un papel esencial en la incriminación de las conductas punibles (66) creando, por esa razón, figuras delictivas de ámbito aplicativo exclusivamente territorial y subestatal que carecen de cobertura constitucional (67). De esta manera, cada tipo penal que se construya con la técnica de las remisiones normativas genéricas al reglamento, y se refiera a cualquiera de las materias

(64) MUÑOZ MACHADO: *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, tomo I, Madrid, 1982, p. 624.

(65) En nada desvirtúa esta conclusión el hecho de que tanto la Comunidad Autónoma de Cataluña (artículo 11.1 de su Estatuto de Autonomía) como la del País Vasco (artículo 12.1 de su Estatuto de Autonomía) hayan asumido competencias de ejecución de la legislación del Estado en materia penitenciaria, puesto que, ni por su propia naturaleza, ni por la clara distinción que realiza entre ellas el artículo 149, 1.6.^º, de la Constitución, pueden confundirse en nuestro ordenamiento legislación penal y legislación penitenciaria. Cfr. BUENO ARUS: *Transferencias autonómicas en el ámbito penitenciario*, en «Poder Judicial», núm. 10, 1984, pp. 26 y ss. Cfr., igualmente, la Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de junio de 1988.

(66) Cfr. CASABO RUIZ: *La capacidad normativa de las Comunidades Autónomas*, op. cit., pp. 242-245, y MENA ALVAREZ: *La ecología como bien jurídico...*, op. cit., p. 140.

(67) Téngase en cuenta que cada Comunidad Autónoma está estableciendo distintos requisitos y formalidades administrativas para el ejercicio de la actividad comercial (cfr., por ejemplo, la Ley catalana de 9 de febrero de 1983, de Regulación Administrativa de Determinadas Estructuras Comerciales y Ventas Especiales), para la protección de los consumidores (así, la Ley vasca de 18 de noviembre de 1981, del Estatuto del Consumidor), o sobre urbanismo (véase, entre otras, la Ley de 10 de febrero de 1984, de la Comunidad de Madrid, de Medidas de Disciplina Urbanística) o medioambiente (por ejemplo, la Ley catalana de 24 de diciembre de 1981, por la que se establecen normas adicionales de protección de los espacios de especial interés natural afectados por actividades extractivas), entre otras tantas materias enunciadas en el artículo 148 de la Constitución, lo que provoca diversos contenidos territoriales de un mismo precepto penal.

que configuran las competencias recogidas en el artículo 148 de la Constitución, podrá tener una pluralidad de contenidos diversos, uno en cada una de las distintas Comunidades Autónomas, de tal manera que incluso una misma conducta podría resultar punible en una de ellas, e impune en las demás, y viceversa (68).

En la actualidad, a falta de una consagración constitucional expresa de ese principio de la uniformidad de la legislación penal, este límite a la posibilidad estatal de establecer remisiones normativas para integrar los tipos penales debe hallarse, además de en la interdicción constitucional de que las Comunidades Autónomas puedan definir los tipos penales, en la igualdad garantizada en el artículo 14 del Texto Fundamental (69), y, más concretamente, en el principio de uniformidad de las condiciones de vida (70), de la misma manera que ha sucedido en Italia (71).

Las Sentencias del Tribunal Constitucional de 30 de noviembre de 1982 (sobre la Ley del Estatuto del Consumidor del País Vasco) o 16 de julio de 1985 (con referencia a la Ley catalana sobre higiene y control alimentario) han puesto de manifiesto la trascendencia constitucional de ese principio, declarando inadecuadas al Texto Fundamental aquellas disposiciones autonómicas que pudieran ser contrarias a «la garantía de la uniformidad en las condiciones básicas en el ejercicio de los derechos» (72). Si, de esta manera, la unidad de

(68) El alcance de esta realidad es difícilmente limitable. Entre otros ejemplos que pueden proponerse con facilidad, es útil considerar que cada Comunidad está cifrando de diversa manera la valoración cinegética de las piezas de caza y especies protegidas (así, la Orden de 14 de julio de 1987, de la Consejería de Agricultura y Ganadería de la Comunidad de Madrid), de tal manera que la caza de una misma pieza puede ser, *ex artículo 41 f*) de la vigente Ley de Caza, delito en unas y falta en otras Comunidades.

(69) Es conocido que en el origen de la concepción del derecho a la igualdad radica en la voluntad de que las leyes se apliquen a todos los ciudadanos, sin que ninguna circunstancia personal pueda ser causa de privilegio o excepción. Con mayor profundidad sobre la naturaleza jurídica de este derecho, véase BAÑO LEÓN: *La igualdad como derecho público subjetivo*, en «Revista de Administración Pública», 114, pp. 179 y ss., y SUAY RINCÓN: *El principio de igualdad en la Justicia constitucional*, Madrid, 1985, pp. 148 y ss.

(70) Cfr. BAÑO LEÓN: *Las Autonomías Territoriales y el principio de uniformidad de las condiciones de vida*, Madrid, 1988, especialmente lo referente a la prohibición de discriminación en razón de la vecindad, en pp. 192 y ss.

(71) Cfr., por todos, VINCIGUERRA: *Le leggi penali regionali*, Milano, 1974, *passim*. Más recientemente, NUVOLONE: *La legge di depenalizzazione*, apéndice al tercer volumen del «Trattato di diritto penale italiano» de Manzini, Torino, 1984, pp. 23 y ss., donde se detalla cómo con relación a materias penales no opera el principio de especialidad, pues «no se consiente a leyes no estatales incidir en el ámbito penal».

(72) LARUMBE BIURRUN: *Medio ambiente y Comunidad Autónoma*, en «Revista Vasca de Administración Pública», núm. 8, enero-abril de 1984, pp. 9 y ss., destaca en este sentido cómo la finalidad de la reserva constitucional de las bases de la ordenación de una materia determinada es que éstas tengan «una regulación normativa uniforme y vigencia común (...) con lo cual se asegura, en aras de los intereses generales superiores a los de cada Comunidad Autónoma, un común denominador normativo».

mercado o la protección de la salud, entre otras materias, exigen normativas uniformes en todo el territorio, resulta coherente afirmar que la coexistencia de diversos contenidos de una misma norma penal, en función de las distintas Comunidades Autónomas, sin que existan razones que justifiquen objetivamente la necesidad de punciones específicas, sería una situación contraria a la Constitución, por discriminatoria (73).

c) Finalmente, las habilitaciones genéricas que el legislador concede al Poder Ejecutivo en los tipos penales en blanco son contrarias a las exigencias constitucionales, porque vulneran el principio de proporcionalidad.

Este principio, que no figura expresamente recogido en la Norma Fundamental, constituye, sin embargo, un principio general del Derecho de los ordenamientos democráticos, y como tal desarrolla, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10.2 de la Constitución, una evidente virtualidad en la interpretación de las normas relativas a los derechos fundamentales y las libertades públicas. Así, al menos, lo ha considerado el Tribunal Constitucional, que ha acogido decididamente la construcción jurisprudencial elaborada sobre el mismo por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (74).

En la jurisprudencia constitucional española se exige, de esta manera, que todas las limitaciones o restricciones a los derechos fundamentales resulten proporcionadas a los fines perseguidos por el ordenamiento (75). Si las medidas limitativas de un derecho fundamental adoptadas resultan desproporcionadas para la defensa del bien jurídico que da origen a la restricción, ésta deviene contraria a Derecho (76).

(73) Téngase en cuenta que, incluso en el ámbito del Derecho administrativo sancionador, sobre el que las Comunidades Autónomas han asumido —en determinadas materias— competencias normativas plenas, el Tribunal Constitucional exige que tales disposiciones sancionadoras, que han de acomodarse a las garantías constitucionales previstas en el artículo 25.1 no pueden introducir «diferencias irrazonables y desproporcionadas al fin perseguido respecto del régimen jurídico aplicable en otras partes del territorio». Cfr., en este sentido, las Sentencias del Tribunal Constitucional de 16 de julio de 1985 y 20 de julio de 1988.

(74) Esta jurisprudencia se ha plasmado, entre otras, en las Sentencias de 23 de julio de 1968 (*Régimen lingüístico de Bélgica*) y 27 de octubre de 1975 (*caso Sindicato Nacional de la Policía Belga*). Como ejemplo del desarrollo de este principio en Derecho comparado, cfr. STARCK: *La jurisprudence de la Cour Constitutionnelle Fédérale concernant les droits fondamentaux*, en «Revue du Droit Public», núm. 5/88, septiembre-octubre de 1988, pp. 1269-1273.

(75) Cfr., entre otras, las Sentencias de 15 de octubre de 1982, 25 de enero de 1983, 17 de julio ó 22 de diciembre de 1986. Este argumento ha sido desarrollado por BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE: *Honor y libertad de expresión*, Madrid, 1987, pp. 70 y ss., en relación con la punición de conductas presuntamente realizadas en ejercicio de la libertad de expresión.

(76) Sentencias del Tribunal Constitucional de 15 de octubre de 1982 ó 26 de noviembre de 1984. Profundizando en las consecuencias de este principio, el Arrêt del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, de 24 de septiembre de 1985 (*caso Man Sugar*) ha establecido una importante distinción en el alcance de las potestades sancionadoras

Si se analizan, desde esta doctrina, las normas penales en blanco que, como los artículos 339 o 343 bis del Código Penal ya citados en este trabajo, incluyen en la descripción de la conducta típica la infracción de «lo dispuesto» en los reglamentos, o la inobservancia de «las formalidades prescritas» (o cualquier otra remisión genérica similar), resulta igualmente notoria su inadecuación constitucional. En efecto, esos preceptos sancionan, no la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos esenciales para la vida de la comunidad, sino, sorprendentemente, el incumplimiento de normas administrativas, no siendo preciso —por su obviedad— fundamentar con más detalle que la punición de unas y otras conductas con el mismo instrumento sancionador estatal resulta en sí mismo contrario al principio de proporcionalidad.

Además, y en todo caso, existe aún otro argumento del que se deriva igualmente que las remisiones genéricas al reglamento en materia penal son contrarias al principio de proporcionalidad: la misma indeterminación legal de los límites de la remisión convierte en delictiva toda conducta que resulte contraria a lo dispuesto en las normas reglamentarias que regulen una determinada materia, con independencia de la entidad del deber establecido en la regla infringida, o la incidencia que éste puede tener en la protección de derechos y libertades fundamentales. En el caso del artículo 343 bis del Código Penal, por ejemplo, las penas de arresto mayor y multa pueden imponerse con el mismo fundamento normativo tanto a quien, sin exigir la oportuna receta médica, vende libremente productos sujetos a tal restricción comercial (77) como, extremando la comparación, al que expende un producto mal etiquetado (78). La evidente falta de semejanza entre ambas conductas, cuyo desvalor y reprochabilidad social son absolutamente distintos, impide entender que su idéntica punición

de los distintos Estados miembros. En esta decisión que parte de la idea de que, para determinar si una disposición de derecho comunitario es conforme al principio de proporcionalidad, importa verificar si los medios que ella incorpora son apropiados y necesarios para atender al fin perseguido, se señala que, cuando una reglamentación comunitaria establece una distinción entre una obligación principal, cuyo cumplimiento es necesario para atender al objetivo previsto, y una obligación secundaria, de carácter esencialmente administrativo, aquélla no puede, sin desconocer el principio de proporcionalidad, sancionar tan severamente el incumplimiento de la obligación secundaria como el de la obligación principal.

(77) La justificación material de esta exigencia puede verse en la Orden de 11 de mayo de 1977 y el Real Decreto 1.910/1984, de 26 de septiembre, ambos sobre receta médica.

(78) Al amparo de lo dispuesto en la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Posiblemente, en la realidad de los hechos, conductas como ésta, de levísimá trascendencia penal, quedasen impunes, ya por el principio de insignificancia, ya en consideración al bien jurídico protegido. Pero, para llegar a tal conclusión, es preciso interpretar un tipo en el que, en principio, están incluidas.

penal respete las exigencias mínimas del principio de proporcionalidad, de donde puede concluirse también la inconstitucionalidad de esta norma, así como de cuantas otras comparten con ella su misma estructura técnica.

5. Desde la perspectiva que ofrecen las consideraciones expuestas, no resulta difícil cuestionar la constitucionalidad de los tipos penales en blanco *strictu sensu*, en los que ningún límite material se impone a la norma reglamentaria para la determinación del ilícito penal. De la misma manera que ha sucedido con otras normas de este mismo ordenamiento, igualmente viciadas de inconstitucionalidad, la alerta doctrinal tiene ahora el único propósito de poner de manifiesto la necesidad de efectuar una nueva regulación de las materias actualmente protegidas a través de esta deficiente técnica normativa.

Para llevar a cabo este propósito, tal vez sea preciso superar la sensación de *horror vacui* que, ante una hipotética declaración de inconstitucionalidad, pudiera producirse entre quienes entiendan que las normas penales en blanco son el único instrumento jurídico capaz de satisfacer las necesidades de protección de determinados bienes jurídicos. Con este propósito se efectúa ahora la propuesta de una alternativa técnica a tal regulación, cuyo contenido, dual, puede condensarse en la tesis en que se sustenta: la fórmula de las remisiones genéricas de las normas penales a las administrativas es un *tertium genus* entre la punición penal y la sanción administrativa que impide a una y otra cumplir con eficacia sus propios fines protectores de bienes jurídicos.

Pocos argumentos son precisos para respaldar esta afirmación que, sin embargo, puede resultar más gráfica si se concreta en ejemplos de ambos ordenamientos. Por un lado, el hecho de que las normas penales en blanco suponen una grave distorsión de las funciones que el Estado democrático de Derecho asigna al Derecho Penal resulta evidente si se considera que, en estas figuras, la sanción penal no se dirige a reprimir la lesión o la puesta en peligro de bienes jurídicos (que es la única justificación material del ejercicio del *ius puniendi* estatal), sino a respaldar el cumplimiento de un ordenamiento administrativo en cuyo ámbito objetivo se encuentran otros bienes jurídicos cuya protección el legislador ha considerado de menor trascendencia. Si cada tipo penal delimita con claridad el bien jurídico que protege y la agresión al mismo que reprime, el hecho de que esa lesión o puesta en peligro de un bien jurídico protegido se haya realizado con respeto o infracción de normas administrativas tiene una relevancia secundaria, de la que no puede depender el ejercicio de la acción protectora propia del ordenamiento penal.

El artículo 347 bis del Código Penal vigente ofrece un claro ejemplo de ello. El primer párrafo de este precepto sanciona, con las penas de arresto mayor y multa de 50.000 a 1.000.000 de pesetas, a

quién, «contraviniendo las Leyes o Reglamentos protectores del medio ambiente, provocare o realizare directa o indirectamente emisiones o vertidos de cualquier clase, en la atmósfera, el suelo o las aguas terrestres o marítimas, que pongan en peligro grave la salud de las personas, o puedan perjudicar gravemente las condiciones de la vida animal, bosques, espacios naturales o plantaciones útiles». En estos términos se delimita la conducta material que constituye la esencia del delito (provocar o realizar emisiones o vertidos que pongan en peligro grave la salud de las personas o perjudiquen gravemente los elementos medioambientales en él recogidos) y la sanción correspondiente. Que esa conducta se haya realizado «contraviniendo las Leyes o Reglamentos protectores del medio ambiente» no sólo carece de trascendencia para definir la agresión que el legislador considera intolerable a los bienes jurídicos que quiere proteger con esa norma (salud humana y medio ambiente —cumpliendo así el mandato contenido en el artículo 45.3 de la Constitución), sino que, además, su inclusión en el tipo distorsiona gravemente la eficacia de la protección penal: resultaría intolerable que la realización de vertidos *que pongan en peligro grave la salud de las personas o puedan perjudicar gravemente las condiciones medioambientales* fuese atípica tan sólo porque su autor no hubiera contravenido ningún texto, legal o reglamentario, protector del medio ambiente.

El respeto de la legalidad medioambiental vigente es un elemento más, entre otros muchos, que el Juez penal ha de considerar a los efectos de determinar la antijuridicidad de la conducta y la culpabilidad del imputado, y no puede elevarse —sin merma de la eficacia de la protección penal de bienes jurídicos constitucionalizados (en este caso la salud personal y el medio ambiente: artículos 43 y 45)— a la condición de causa legal de exclusión de la antijuridicidad. Si la lesión o puesta en peligro de esos bienes jurídicos a que se refiere el artículo 347 bis del Código Penal se ha realizado *sin contravenir* normas reguladoras del medio ambiente, el Juez deberá constatar, primero, si existen o esas normas extrapenales en las que se contendría una prohibición de la conducta incriminada; segundo, en caso de que no existiese, si el sujeto agente conocía los efectos de su acción y los asumía, y tercero, en caso de que existiese una norma —legal o administrativa— que permitiese provocar vertidos que pongan *en peligro grave* la salud de las personas o *perjudiquen gravemente* el medio ambiente, cuál hubiera de ser su trascendencia (79).

(79) En todo caso, ante consecuencias tan graves, parece más coherente con la protección constitucional de esos bienes jurídicos que carezca de relevancia la inexistencia de norma medioambiental prohibitiva de las conductas incriminadas, pudiendo tenerla, tan sólo, aquellos preceptos que las autorizasen (y fueren alegados por la parte imputada), en cuyo caso el Juez podría efectuar en juicio de constitucionalidad sobre éstos, planteando, en su caso, la oportuna cuestión de inconstitucionalidad.

Con idéntica decisión puede defenderse que los tipos penales en blanco distorsionan el funcionamiento eficaz del ordenamiento administrativo, porque de hecho reducen considerablemente el ámbito represivo propio de ese derecho sancionador. El artículo 346 del Código Penal resulta idóneo para desentrañar esta aparente paradoja: este precepto, como es conocido, sanciona con las penas de arresto mayor y multa de 30.000 a 1.500.000 pesetas al productor, distribuidor o comerciante que, por negligencia, ofreciere en el mercado productos alimenticios, omitiendo o alterando los requisitos establecidos en las Leyes o Reglamentos sobre caducidad o composición, si así pusiere en peligro la salud de los consumidores, o bien, igualmente por imprudencia, alterase, con cualquier mezcla nociva a la salud, las bebidas o comestibles destinados al consumo público, vendiese géneros corrompidos o fabricare o vendiere objetos en cuya composición se hubieran incorporado sustancias o productos en forma tal que su uso resultara nocivo para la salud.

El loable propósito que en su día guió al legislador en la elaboración de este precepto queda, sin embargo, considerablemente desnaturizado si se observa que el mismo, por la remisión normativa que incorpora, puede ser utilizado para hacer inaplicable, en tal materia, la sanción administrativa que, en otro caso, resultaría de aplicación, sanción ésta de considerable mayor gravedad.

En efecto, el Real Decreto 1.945/1983, de 22 de junio, por el que se regulan las infracciones y sanciones en materia del consumidor y de la producción agroalimentaria, establece un régimen sancionador para la infracción de los requisitos que se detallan en el mismo, en el que se prevé la posibilidad de imposición de multas cuya cuantía puede alcanzar los cien millones de pesetas, límite que cabe superar, en los supuestos de infracciones muy graves, hasta un máximo del décuple del valor de los productos o servicios objeto de la infracción. Al tiempo, esa norma reglamentaria prevé la posibilidad de imponer otras sanciones, complementarias, de una excepcional gravedad, entre las que se cuenta el decomiso de la mercancía; la caducidad de las autorizaciones administrativas; el cierre temporal de la empresa, establecimiento o industria infractora, por un período máximo de cinco años; la supresión, cancelación o suspensión total o parcial de toda clase de ayudas oficiales; la incapacitación de la empresa sancionada para ser adjudicataria de toda clase de cupos de mercancías administradas en régimen de intervención o comercio de Estado, por un período máximo de cinco años, o la inhabilitación para contratar con la Administración, total o parcialmente, durante un plazo de cinco años.

En este contexto, de hecho, la sanción penal prevista para los casos de incumplimiento de la normativa reglamentaria supone una represión incomparablemente más leve que la que ofrece, diseñando un sistema perfecto de autoprotección, el ordenamiento administrativo.

No es extraño, por ello, que los sujetos que sean susceptibles de recibir una sanción administrativa grave por la infracción de lo previsto en esa normativa reglamentaria, decidan voluntariamente quedar sujetos a la represión penal, beneficiándose así, por un lado, de la sanción, relativamente más liviana, prevista en este ordenamiento y, por otro, del ámbito de impunidad que garantiza la interdicción constitucional de la doble incriminación por un mismo hecho (80).

Estas consideraciones, extraídas de las remisiones normativas contenidas en los artículos 346 y 347 bis del Código Penal, ilustran suficientemente de la disfuncionalidad que los tipos penales en blanco pueden provocar en la tutela, penal o administrativa, de bienes jurídicos. Desde esta perspectiva resulta adecuado plantear la conveniencia de sustituir esa por tantos motivos criticable figura, por otra técnica normativa, para cuyo diseño pueden seguirse dos vías alternativas:

a) Concretar en cada uno de esos tipos los elementos que constituyen la esencia del ilícito punible.

La perfecta determinación en el tipo penal de la conducta objeto de la punición es, como ya se ha analizado, una exigencia constitucional que no puede entenderse respetada a través de deslegalizaciones materiales. De esta manera, si se estimase político-criminalmente preciso mantener la punición penal de las conductas hoy en día tipificadas a través de tipos penales en blanco (con causa en la protección de los bienes jurídicos objeto de la regulación de fondo y, por ello, distintos de la mera desobediencia al poder reglamentario) (81) podría llevarse ésta a efecto mediante tres fórmulas alternativas: la descripción de la materia de punición (con el detalle que exige la reserva de Ley en materia penal) en los preceptos correspondientes del Código penal; la elaboración de normas penales especiales para la protección de los distintos bienes jurídicos actualmente protegidos en las ya reiteradas normas penales en blanco; y la introducción en el Código de fórmulas de remisión normativa recepticia. De estas alternativas, la referente a las Leyes penales especiales es posiblemente la más indicada, toda vez que permite satisfactoriamente responder a las necesidades de constante actualización propias de aquellas conductas (punto débil de la tesis de la remisión recepticia) y su contenido puede ser tan complejo como exija la protección del bien jurídico (requisito que faltaría en la fórmula de la concreción exhaustiva de la conducta en el Código penal).

(80) Más extensamente sobre la absurda subsidiariedad del Derecho Penal con respecto al ordenamiento administrativo en esta materia, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO: *La protección de los consumidores en el Derecho español*, en «Estudios sobre Consumo», núm. 1, abril de 1984, pp. 60-64.

(81) Acertadamente, señala DE LA CUESTA ARZAMENDI: *La Ley alemana de reforma...*, op. cit., p. 246, que sería más acertado que la técnica de los tipos penales en blanco, el establecimiento por el Derecho Penal de prohibiciones absolutas que se apoyen sobre «valores límites», independientes de disposiciones administrativas, cuya lesión o puesta en peligro, en razón de su importancia, serían sancionadas penalmente.

b) Superación de la naturaleza subsidiaria del Derecho penal: remisión al derecho administrativo sancionador.

El ordenamiento penal español está conociendo una política de amplia despenalización, derivada del reconocimiento de su carácter de *ultima ratio*. De esta manera, cuando los intereses sociales que se estima necesario proteger reciben ya la suficiente tutela, a través de medidas jurídicas sancionadoras de carácter no penal, resulta injustificada su extensión al ordenamiento penal. Consecuentemente, es lógico reclamar en este proceso la desaparición de todos aquellos preceptos que se entronquen con la denominada naturaleza subsidiaria del Derecho penal (82), en la medida, al menos, en que las infracciones de la normativa administrativa deben dar lugar tan sólo a infracciones de este tipo, máxime cuando ese ordenamiento ha acreditado suficientemente su capacidad de autorprotección. El Derecho penal está constitucionalmente llamado a más altos fines.

(82) Cfr. BRICOLA: *Carattere «sussidiario» del diritto penale e oggetto di tutela*, en el colectivo «*Studi in memoria di G. Delitala*», Milano, 1984, pp. 99 y ss.

CRONICAS EXTRANJERAS

Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa (*)

Prof. Dr. BERND SCHÜNEMANN
Mannheim

I. DELIMITACION Y SIGNIFICADO DEL TEMA

1. En la siguiente exposición se tratan los aspectos de dogmática jurídico-penal y de política criminal en relación con los problemas de imputación y de prueba que aparecen en la práctica en los *delitos económicos cometidos a partir de una empresa*. A falta de un término concreto capaz de lograr un consenso y que a su vez recoja todos los aspectos esenciales del Derecho penal económico (1), entiendo por delitos económicos, en el sentido más amplio, todas las acciones punibles y las infracciones administrativas que se cometen en el marco de la participación en la vida económica o en estrecha conexión con ella. La *criminalidad de empresa* (*Unternehmenskriminalität*), como suma de los delitos económicos que se cometen a partir de una empresa —o, formulado de otra manera, a través de una actuación para una empresa—, establece así una delimitación tanto respecto a los delitos económicos cometidos al margen de una empresa, como respecto a los delitos cometidos dentro de la empresa contra la empresa misma, o por miembros particulares contra otros miembros de la empresa. Se comprende así esta primera delimitación por sí misma, en cuanto que las dificultades específicas de imputación y de prueba surgen tan sólo por el hecho de que las personas naturales actúan para una *empresa*.

(*) Traducción del artículo *Strafrechtsdogmatische und kriminalpolitische Grundfragen der Unternehmenskriminalität* (WISTRA, *Zeitschrift für Wirtschaft, Steuer, Strafrecht*, año I, fascículo 2, 15 de marzo de 1982, pp. 41-50) realizada por Daniela BRÜCKNER (Universidad de Mannheim) y Juan Antonio LASCURAIN SÁNCHEZ (Universidad Autónoma de Madrid).

(1) Vid. acerca del todavía discutido concepto de criminalidad económica OPP, *Soziologie der Wirtschaftskriminalität*, 1975, pp. 40 y ss.; TIEDEMANN, Tiedemann (coord). *Die Verbrechen in der Wirtschaft*, 2.^a ed., 1972, pp. 13 y ss.; KAISER, *Kriminologie*, 1980, pp. 484 y ss.

económica; es decir, para una unidad organizada que está determinada por el fin económico al que sirven uno o varios establecimientos a su vez coordinados entre sí (2). La participación en el tráfico económico fuera de este marco de organización, como podría ser, por ejemplo, la actividad de un consumidor, no plantea especiales problemas jurídico-penales y es por ello por lo que no tiene mayor significación en relación con el contexto citado. Por otra parte se debe diferenciar entre un comportamiento socialmente dañoso de una empresa y un daño causado por colaboradores de la empresa *a la misma* o a otros de sus *colaboradores*, ya que los dos grupos de casos mencionados en último lugar, que conforman la llamada *criminalidad en la empresa* (Betriebskriminalität) (3), pueden someterse sin dificultades a las reglas de los delitos comunes desde el punto de vista de la dogmática jurídico-penal, y porque desde el punto de vista político-criminal y criminológico plantean cuestiones muy distintas a las que plantea la criminalidad de empresa en sentido estricto: la influencia criminógena de una «actitud criminal de grupo», las dificultades de determinación normativa de las competencias y, a consecuencia de ello, de la imputación jurídico-penal, y los problemas de averiguación del verdadero responsable —por mencionar tan sólo algunos de los siguientes temas de discusión— producen, en conjunto, quebraderos de cabeza en relación con la criminalidad de empresa, pero no en relación con la criminalidad en la empresa, la cual a su vez produce problemas propios (4). Sobre esta base se ha de contar también dentro de la criminalidad de empresa, y no de la criminalidad en la empresa, el daño a los miembros del establecimiento a través de una actuación para la empresa, destacando entre otros la infracción de las disposiciones protectoras del trabajo, ya que aquí la motivación de la acción y la estructura de la imputación —a diferencia de lo que sucede en el «plano de igualdad» de los «delitos entre camaradas» o en la «relación de superioridad y subordinación» que se da en la causación de daños a la empresa por parte de miembros de la misma— se determinan a través de la actuación para la empresa y por ello no se dejan incluir sin ulterior desarrollo jurídico-penal en la categoría de los «delitos cometidos por medio de actuaciones privadas».

(2) Acerca del concepto de empresa sobre el que se basa el texto, vid. HUECK-NIPPERDEY, *Lehrbuch des Arbeitsrechts*, t. I, 7.^a ed., 1963, p. 97; DIETZ-RICHARDI, *Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz*, 6.^a ed., 1981, § 1, párrs. 54 y ss.; RAISER, *Das Unternehmen als Organisation*, 1969, p. 115.

(3) Acerca del concepto de criminalidad en la empresa, vid. KAISER y METZGER-PREGIZER, *Betriebsjustiz*, 1976; BERCKHAUER, *Die Strafverfolgung bei schweren Wirtschaftsdelikten*, 1981, p. 267.

(4) Vid., además de las referencias de la nota 3, el informe diario de la Sociedad Alemana de Criminología (Tagungsbericht der Deutschen Kriminologischen Gesellschaft) del 24 de mayo de 1975, acerca del tema de la criminalidad en la empresa, así como ARZT, et. al., *Entwurf eines Gesetzes zur Regelung der Betriebsjustiz*, 1975.

Con el concepto de «criminalidad de empresa» se designa, pues, todo el ámbito de los delitos económicos en los que por medio de una *actuación para una empresa* se lesionan bienes jurídicos e intereses externos, incluidos los bienes jurídicos e intereses propios de los colaboradores de la empresa. Que de este modo la criminalidad de empresa constituye la parte más importante de la criminalidad económica, no sólo desde el punto de vista práctico, sino también desde el punto de vista de la teoría jurídico-penal y de la política criminal, es algo que salta a la vista.

2. Un hecho punible cometido en el marco de una empresa, o sea, de un grupo de personas organizado por medio de la división del trabajo, produce, en comparación con un delito cometido en la esfera de la vida privada, problemas específicos de imputación jurídico-penal, sobre todo por la *escisión, típica en la empresa, de responsabilidad y acción*; esto es: la verdadera lesión del bien jurídico es llevada a cabo a menudo por una persona física que no es, en este aspecto, verdaderamente responsable o, al menos, no tiene la exclusiva responsabilidad. Desde la perspectiva de la dogmática penal se plantea así la cuestión de hasta qué punto y bajo qué condiciones puede el verdadero titular de la responsabilidad resultar responsable por la comisión de un hecho por *omisión*, o bien (en el caso contrario de un supuesto de hecho típico penal en forma de delito especial que sólo se pueda realizar por el empresario mismo) hasta qué punto y bajo qué condiciones el que actúa realmente como sustituto puede ser perseguido por la vía de la *responsabilidad penal del representante*. Para el caso de que la responsabilidad por omisión y la del representante (ya sea por razones de dogmática jurídico-penal, ya sea por la típica dificultad de prueba en la criminalidad de empresa) resulten insuficientes y poco satisfactorias desde el punto de vista político-crílminal se plantea la siguiente cuestión: si —o bien hasta qué punto— tales defectos podrían verse compensados tanto a través de un supuesto de hecho típico penal o administrativo que describiera la *infracción del deber de vigilancia en la empresa*, como a través de *sanciones contra la empresa misma*.

3. Como estos cuatro grupos de temas son relevantes para todo tipo de comportamientos de criminalidad económica y constituyen en cierto modo la parte general de los problemas específicos de imputación de la criminalidad económica, son mucho más urgentes soluciones satisfactorias en este área que en el de la nueva criminalización de particulares formas de conducta socialmente dañosas, dominante hasta hoy en la discusión doctrinal (5). Frente al enorme *déficit de*

(5) Vid. sobre todo la primera Ley de Lucha contra la Criminalidad Económica (Erste Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität) de 29 de julio de 1976 —BGBI.I, p 2034—; la 18.^a Ley de Reforma del Derecho penal de 28 de marzo de 1980 —BGBI.I, p. 337—; pero también el proyecto del ponente de una segunda Ley de Lucha contra la Criminalidad Económica, que ya contiene propuestas de solución de los problemas discutidos en el texto.

sanción en el área de la criminalidad económica —déficit, cuya existencia permanece en la actual discusión doctrinal prácticamente indiscutido (6)—; frente al característico *tratamiento desigual* en el ámbito del Derecho penal patrimonial —tratamiento desigual que afirman serias investigaciones criminológicas en los últimos tiempos y que se realiza a través de una selección desventajosa para las capas sociales bajas (7)—; pero también por otro lado, frente al amenazante peligro de un *abandono de principios jurídico-constitucionales irrenunciables*, a causa de una irreflexiva criminalización —peligro concretado ya en parte a través de las normas de Derecho penal económico promulgadas hasta ahora (8)—, la legislación, la jurisprudencia y la ciencia penal se enfrentan a la tarea del establecimiento de módulos de imputación en el área de la criminalidad de empresa —casi la cuadratura del círculo—, de *mejora en el tratamiento igualitario* de los comportamientos socialmente dañinos, y de *aumento del efecto preventivo* del Derecho penal; todo ello sin lesionar la vigente *exigencia jurídico-constitucional* de que el Derecho Penal constituya la última *ratio* de la política criminal.

4. La siguiente exposición de las posibilidades existentes de lege data et ferenda de llevar estos problemas a buen puerto se basa esencialmente en un estudio monográfico que he publicado en el año 1979 a continuación de un informe realizado por encargo del Ministerio Federal de Justicia (9), y al que ha de acudirse, pues, para todas las particularidades que quedarían fuera del marco del presente discurso. Esto es válido de modo especial para el exhaustivo estudio de los *factores criminológicos* de los delitos de grupo (Verbandsdelikte) (10), a los que aquí se trata tan sólo brevemente en relación directa con las particulares instituciones jurídicas, y para las allí amplias

(6) Vid. Ministerio Federal de Justicia (coord.): *Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, Kommissionisbericht*, 1.^a parte, 1976, pp. 13 y ss.; OPP, *Op. cit.* (nota 1), pp. 27 y ss. TIEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität I*, 1976, pp. 20 y ss.; KAISER, *Op. cit.* (nota 1), pp. 491 y ss.; El mismo en *Kriminologische Gegenwartsfragen*, fascículo 13, 1978, p. 32.; HEINZ, GA 1977, 201.

(7) Vid., en general, BLANKENBURG-SESSAR-STEFFEN, *Die Staatsanwaltschaft im Prozess strafrechtlicher Sozialkontrolle*, 1978, pp. 217, 309 en cuanto a la selección objetiva que tuvo lugar en el ámbito del Ministerio Fiscal; AHRENS, *Die Einstellung in der Hauptverhandlung*, 1978, pp. 187 y ss.; KUNZ, *Die Einstellung wegen Geringfügigkeit durch die Staatsanwaltschaft*, 1980, p. 86 para los casos de sobreseimiento por oportunidad, que adquieren un significado cada vez mayor en los procedimientos económico-penales (vid. BERCKHAUER, *Wirtschaftskriminalität im Strafprozess*, 1980, pp. 17 y ss.; BERCKHAUER-RADA, *Forschungsbericht über die bundesweite Erfassung von Wirtschaftsstrafaten nach einheitlichen Gesichtspunkten*, 1977, pp. 77-82).

(8) Graves objeciones despertadas, por ejemplo, la penalidad de la quiebra imprudente de los párrafos 283.4 y 5 StGB, introducido por la primera Ley de Lucha contra la Criminalidad Económica (WiKO), con la cual podrían rebasarse los límites hacia un tipo de sospecha contrario al Estado de Derecho. Vid. también la advertencia de WASSERMANN, *Beiträge über Wirtschaftskriminalität* (coord. por Schimmelpfeng GmbH), 1979, pp. 43 y ss.

(9) Vid. SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, 1979.

(10) Más detalladamente al respecto mi exposición, *ob. cit.* (nota 9), pp. 13 y ss.

y pormenorizadas referencias a la jurisprudencia y a la doctrina; referencias que aquí han debido reducirse a un compendio de las fuentes más importantes.

II. LA RESPONSABILIDAD POR UN DELITO IMPROPPIO DE OMISION

1. La eminente importancia político-criminal del delito impropio de omisión en el ámbito de la criminalidad de empresa resulta de la habitual divergencia, ya mencionada, entre acción y responsabilidad en las instituciones jerárquicas. Como consecuencia del principio de *descentralización*, característico en la organización de la empresa moderna, y de la transformación de la función de poder y de decisión de las altas instancias, por él condicionada, la «organización de la responsabilidad» —por decirlo con una expresión tópica— amenaza con convertirse en la «organizada irresponsabilidad», lo que desde un punto de vista jurídico-penal se expresa a través de un cambio de la imputación del hecho hacia abajo, si no hacia los miembros de la organización que están más abajo, ya que sólo ellos llevan a cabo por sí mismos la actuación tipificada en el supuesto de hecho penal o administrativo (11). Este cambio de la responsabilidad jurídico-penal hacia las bajas instancias de la jerarquía de la empresa, resultante de la técnica legal de descripción del supuesto de hecho típico, puede tener consecuencias fatales para el efecto preventivo de las normas de Derecho penal y de Derecho administrativo sancionador, porque muy a menudo el órgano inmediato de ejecución se da cuenta sólo insuficientemente de las consecuencias de su propio modo de actuación, a causa de la división del trabajo y de la canalización de información en la empresa; porque dicho órgano sólo tiene una pequeña fuerza de resistencia frente a una *actitud criminal de grupo* —es decir, frente a usuales prácticas irregulares de la empresa—, a consecuencia de su vinculación al establecimiento, a consecuencia de la notoriamente alta disposición a la obediencia del hombre en el sistema jerárquico, y a causa de la evidente técnica de neutralización «pero si yo sólo actúo de un modo altruista en interés de la casa»; y finalmente porque los miembros inferiores de la organización de la empresa son fungibles en un alto grado, de modo que la dirección de comportamientos a través de normas penales sólo puede conseguir una efectividad limitada.

2. A pesar de la enorme importancia que resulta de una posible *responsabilidad de garante de los órganos de dirección de la empresa*

(11) Más detalladamente al respecto, vid. EISENFÜHR y BLEICHER, en GROCHLA (coord.), *Unternehmensorganisation*, 1972, pp. 73 y ss., 256 y ss.; LUHMANN, *Funktionen und Folgen formaler Organisation*, 1976, pp. 219 y ss.; también en mi *Unternehmenskriminalität*, pp. 34 y ss., con más referencias.

por los hechos punibles e infracciones administrativas cometidos por elementos surbordinados, este problema no sólo es gravemente desciudado por parte del legislador, sino también por la jurisprudencia y la ciencia penal. Después de que la Ley de Infracciones Administrativas (Ordnungswidrigkeitengesetz: OWiG) de 25 de mayo de 1968 hubiera derogado los preceptos especiales sobre la responsabilidad por omisión del director del establecimiento del parágrafo 151 de la Ley sobre ordenación de industrias (Gewerbeordnung: GewO) y muchos otros preceptos especiales de Derecho Penal especial (12), existen hoy, junto con el parágrafo 357 del Código Penal (Strafgesetzbuch: StGB), el 41 de la Ley Penal Militar (Wehrstrafgesetz: WStG) y el parágrafo 4.2 de la Ley de represión de las prácticas restrictivas de la competencia (Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb: UWG), y los preceptos del Derecho de prensa acerca de la sujeción (Haftbarkeit) de las «personas responsables» (verantwortlichen Personen) (13), apenas unos pocos preceptos en los cuales está regulada expressis verbis la responsabilidad penal del superior por el comportamiento de sus subordinados. Indudablemente no se puede fundamentar sobre una base tan fragmentaria una deducción analógica de la existencia de una posición general de garante del titular del establecimiento o de las personas a las que se ha encomendado la dirección del mismo (14), y como el precepto del parágrafo 130 OWiG —sobre el que ha de discutirse con mayor profundidad más adelante— no debería prejuzgar la cuestión global de la responsabilidad de garante, según la voluntad manifestada por el legislador (15), no queda otra solución que recurrir a los preceptos generales de los parágrafos 13 StGB y 8 OWiG y a sus interpretaciones para su contestación (16). Conforme a ello, si a la vista del poco explícito tenor literal de tales preceptos, de

(12) Vid. las referencias de THIEMANN, *Aufsichtspflichtverletzung in Betrieben und Unternehmen*, 1976, pp. 5 y ss.

(13) Vid. por ejemplo el parágrafo 20 de las leyes federales de prensa de los Estados de Baden-Wurtemberg, Bremen, Baja Sajonia, Saar y Slesvig-Holstein; así como los correspondientes preceptos en las demás leyes de prensa de los Estados

(14) En contra de la correspondiente tesis de Lampé (en *Tagungsberichte der Sachverständigenkommission zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität*, t. 9, 1975, ent. 6, pp. 52 y ss.) acertadamente RUDOLPHI, *SK-SIGB*, 2.^a ed., 1981, § 13, párr. 35 a), que incluso —al igual que SCHÖNE, *Unterlassene Erfolgsabwendungen und Strafgesetz*, 1974, pp. 235, 276, 278 y ss.— analiza un argumentum a contrario, que los mencionados preceptos no implican (vid. más detalladamente mi *Unternehmenskriminalität*, pp. 62 y ss.).

(15) Vid. BR-Drucks, 420/66, pp. 68 y ss.

(16) El artículo 13.1 del Código penal alemán dice: «El que omita evitar un resultado que pertenece al tipo de una Ley penal es solamente punible de acuerdo con esta Ley cuando haya de responder jurídicamente de que el resultado no se produzca, y cuando la omisión corresponda a la realización de un tipo legal a través de una conducta activa.» El artículo 8 OWiG es similar: en vez de referirse a la Ley penal se refiere a «un precepto que sancione con multa», y en vez de hablar de punibilidad habla de la comisión de un ilícito administrativo (N. del T.).

tipo de cláusula general, se examinan a continuación las categorías de garante habitualmente reconocidas por la jurisprudencia y la doctrina, si se deja subsumir en ellas la relación del personal directivo de una empresa con las instancias subordinadas, se llega, en efecto, por de pronto, a un resultado negativo. Ni la tríada clásica de garantía de Ley y contrato (17), ni su materialización a través de las categorías de vinculación natural (o bien de concreta relación vital) y de la aceptación (18), contienen elementos de partida suficientes para la deducción de una equivalencia entre la acción y la omisión fundamentada en el deber de impedir el resultado de la jerarquía de la empresa; por otra parte, la moderna división de la posición de garante «bien para la defensa en torno a un determinado bien jurídico, bien para asegurar una determinada fuente de peligro» (19), es demasiado poco específica como para poder deducir de ella exigencias en cuanto al contenido de las particulares posiciones de garante —sin tener en cuenta para nada que el denominar a un trabajador «fuente de peligro» por la que el superior tiene que velar sería, por lo menos, difícilmente compatible con el uso normal del idioma—. Por ello no sorprende que hasta hoy no se haya alcanzado en la doctrina acuerdo acerca de si de la posición superior en una empresa resulta un deber de garante de vigilar al subordinado, ni que la mayoría de los comentarios al respecto resulten bastante superficiales. En suma: se admite mayoritariamente, tanto en las monografías correspondientes (20) como en la literatura estándar de los manuales y comentarios (21), en principio, una posición de garante que afecta al director del establecimiento y que se extiende parcialmente «hacia abajo» a través de cada acto de aceptación descentralizador; una muy considerable opinión minoritaria (22) objeta que por principio nadie tiene un deber de garante de impedir los hechos punibles de otras personas que actúan libre y responsablemente, y que, en consecuencia, sólo el dominio material sobre los objetos peligrosos del establecimiento puede entrar

(17) Vid., por ejemplo, RGSt 58, 130; 63, 394, y las referencias de STREE, *Schönke-Schröder*, 20.^a ed., 1980, § 13, párr. 8.

(18) Vid. BGHSt. 19, 286; STREE, *Schönke-Schröder*, *op. cit.*, § 13, párr. 26, con más referencias.

(19) Vid. HENKEL, *Mschr. Krim.*, 1961, 190; AR M. KAUFMANN, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, 1959, p. 283.

(20) Vid. PFLEIDERER, *Die Garantenstellung aus vorangegangenem Tun*, 1968, p. 133. WELP, *Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsaquivalenz der Unterlassung*, 1968, pp. 235 y ss.; SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, 1971, pp. 297 y ss., 328 y ss. THIEMANN, *Aufsichtspflichtverletzung in Betrieben und Unternehmen*, 1976, pp. 15 y ss.

(21) Vid. STREE y LENCKNER, *Schönke-Schröder*, *op. cit.*, § 13, párr. 31, § 14, párr. 7; DREHER-TRÖNDLE, 40.^a ed., 1981, § 14, párr. 5-16; LACKNER, 14.^a ed., 1981, § 13, com. 3. c); GÖHLER, *OWiG*, 6.^a ed., 1980, § 8, párr. 3; REBMANN-ROTH-HERRMANN, *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, § 131, com. 2.

(22) Vid., sobre todo, RUDOLPHI, *SK-StGB*, § 13, párr. 35 a); JESCHECK, *LK*, § 13, párr. 45.

en consideración como fundamento de un deber de garante de controlar esa fuente material de peligro.

3. En la jurisprudencia de los altos tribunales se sostuvo, en un primer momento, por parte del Tribunal Supremo del Reich (Reichsgericht), la responsabilidad penal del dueño del negocio en el área especial del Derecho industrial (23); la misma se extendió a todo el ámbito de la criminalidad de empresa, a través de la fundamental sentencia de 28 de marzo de 1924 (24). La posterior judicatura tanto del Tribunal Supremo del Reich como del Tribunal Supremo Federal (Bundesgerichtshofes) y de los Tribunales Superiores de los Estados (Oberlandesgerichte) sigue plenamente el camino marcado por aquella decisión, aunque naturalmente sin profundizar en su muy breve y global fundamentación de la posición de garante a través de la posición en la empresa (25).

4. A pesar de que la responsabilidad penal del dueño del negocio es, por consiguiente, afirmada en general por la jurisprudencia y por la doctrina mayoritaria, su *alcance* permanece hasta hoy en día poco claro y discutido, lo que en última instancia estriba de nuevo en el insuficiente sondeo de sus fundamentos dogmáticos: hasta que la posición de garante del director del establecimiento, construida por medio de una creación legal referente a un caso particular, no se empare de los principios indiscutidos del delito impropio de omisión y pueda deducirse de ellos, no será tampoco posible una determinación convincente del alcance de esta figura del Derecho.

a) Según mi propia concepción del delito impropio de omisión, ampliamente desarrollada en otro lugar (26), el deber penal de garante surge del *dominio del garante sobre la causa del resultado*; hecho que justifica decisivamente la equiparación de la omisión impropia con el comportamiento activo. Mientras que de aquí resulta una reducción de la posición de garante derivada de la ingerencia a los casos de verdadero dominio del garante sobre cosas y procedimientos peligrosos (27), la posición de garante del superior en el estableci-

(23) Vid. RGSt 24, 295 y ss.; 50, 14 y ss.

(24) RGSt 58, 130 y ss.

(25) Vid., por ejemplo, RG JW 1932, 413 y ss.; RGSt 75, 296; BGH VRS 18, 48 y ss.; 20, 284 y ss.; BGHSt 19, 286 y ss.; 20, 315, 321 y ss.; BGH NJW 1971, 1093, 1095; 1973, 1379, 1380; OLG Celle VRS 29, 23, 24 y ss.; OLG Hamm NJW 1959, 1551; OLG Celle NJW 1969, 759, 760; KG JR 1972, 121, 122 y ss.; BGHSt 8, 139 y ss.; 9, 67 y ss., 319 y ss.; 25, 158 y ss.

(26) Vid. SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, 1971, pp. 231 y ss. y passim. Un breve resumen se encuentra también en mi estudio *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, pp. 84 y ss.

(27) Vid. por ejemplo mi discusión con HERZBERG, GA 1974, 231 y ss. La crítica a mi teoría del dominio que hace últimamente MAIWALD (JuS 1981, 480 y s.) en el sentido de que el concepto de dominio está excesivamente indeterminado y de que por ello no es dogmáticamente fértil, entiende equivocadamente la pauta del dominio como un elemento descriptivo del supuesto de hecho típico, la deforma a través de una pura interpretación semántica y desatiende así la necesidad, afirmada por el pará-

miento, que (ha de seguirse aquí la crítica intrasistemáticamente racional de Rudolphi) (28) encaja realmente mal en la disparatada tipología de garante de la opinión mayoritaria, se fundamenta convincentemente a través de la teoría del dominio. La equiparación de la omisión con la comisión, fundamentada en el *dominio del director de la empresa*, o bien, hablando en general, del superior en la empresa, pues resultar, pues, tanto de su *dominio fáctico sobre los elementos peligrosos del establecimiento* como también de su *poder de mando sobre los trabajadores fundamentado legalmente*; con ello, estas subdivisiones de la posición de garante muestran un alcance diferente según su muy divergente estructura material; esto es: según las condiciones respectivas para la existencia y la extinción del dominio (29).

aa) La posición de garante que surge del *señorío sobre las cosas y los procedimientos materiales peligrosos* recae siempre en primer lugar sobre el *titular de la custodia* (Gewahrsamsinhaber), con lo cual, especialmente en una empresa, en no pocos casos de dominio material escalonado, *cada cotitular de la custodia* será responsable según su parte de dominio. Este dominio supone —de modo parecido al que figura en el concepto de posesión precaria (Gewahrsamsbegriff) del parágrafo 242 StGB (30)— un ámbito espacial de influencia acotado para el garante, en el que se encuentra el objeto peligroso; con la salida de este ámbito de influencia se extingue el dominio material y permanece todavía en todo caso un dominio personal con base en el derecho de dirección remanente sobre el que ha de discutirse ahora con una mayor aproximación.

Ejemplo: Mientras el conductor de camión se encuentra todavía con el camión de la firma en el patio de la misma, tiene, además de él, el jefe del servicio de automóviles un (superior) dominio material, del cual resulta para él la correspondiente posición de garante para la defensa ante un peligro (como, por ejemplo, si el camión se dispone a ser utilizado para la comisión de hechos punibles). Sin embargo, la situación es otra si el conductor ha abandonado con el camión el patio de la firma: si bien el jefe del servicio de automóviles mantiene un derecho de mando hacia el conductor, esto no es suficiente para la fundamentación de una posición de garante que dominio material por la falta de una posibilidad física inmediata de influencia en la cosa misma.

grafo 13, de una verdadera correspondencia entre acción y omisión impropia que solamente se puede hallar en el genus proximum de dominio (en la acción positiva, sobre el movimiento corporal como origen de la lesión del bien jurídico; en la omisión impropia, sobre otra causa del resultado).

(28) SK-StGB, § 13, párr. 35 a).

(29) Vid. al respecto en detalle mi *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, pp. 89 y ss., 95 y ss.

(30) Vid. SAMSON, en SK-StGB, § 242, párr. 18 y ss.; DREHER-TRÖNDLE, *Op. cit.*, § 242, párrs. 9 y ss.; BGA GA 1979, 391.

Dado que, como sucede con todos los objetos y procedimientos un poco complicados como consecuencia de la división del trabajo en la empresa, sólo se puede conseguir una eliminación del peligro resultante a través de una coordinación de las acciones particulares, cuya institucionalización en un cargo superior atribuye al titular de este cargo el correspondiente dominio —con lo que aquí el conocimiento se convierte en poder y el poder en deber de garante—, se pueden distinguir dos tipos diferentes de deberes de garante según la posición respecto a la cosa: mientras que el *más cercano a la cosa* tiene que ejecutar las *actividades materiales* relativas a su competencia en el establecimiento que están indicadas para el control de la fuente de peligro («deberes *primarios* de garante»); los superiores jerárquicos, cotitulares de la custodia, están obligados a la *coordinación y al control* («deberes *secundarios* de garante»). Consecuentemente al superior cotitular de la custodia le corresponde, en el marco de lo exigido —Erforderlichen— [y, según la posición mayoritaria, de lo exigible (Zurrutbaren)] (31), el deber de evitar el uso excesivo de la cosa peligrosa de los subordinados cotitulares de la custodia, de modo que una tarea de custodia contraria al deber le hace responsable de las consecuencias imputables resultantes de ello. Desde este punto de vista de la posición de garante en el establecimiento, aquella responsabilidad se vincula automáticamente al momento de la pérdida de dominio, de modo que en el caso de que la función de dominio se corresponda con el cuidado exigido en el tráfico, no entrará en consideración imputación ninguna de las consecuencias, aunque el que fuera anteriormente garante reconozca posteriormente la peligrosidad de la cosa.

Dos *ejemplos* al respecto: si está vendiendo un producto industrial defectuoso existirá, aparte de la responsabilidad por comisión del subordinado titular de la custodia (que muy a menudo actúa sin culpabilidad por falta de un conocimiento suficiente de los procesos), una responsabilidad por omisión de los superiores cotitulares de la custodia que descuiden sus deberes de control y coordinación. Ahora bien, si éstos han observado el cuidado exigido en el tráfico hasta el momento de la pérdida del dominio, entonces ni siquiera estarán obligados a tomar medidas posteriormente bajo el punto de vista de la posición de garante en el establecimiento si más tarde se verifica la peligrosidad del producto vendido.

El deber de llamada para la devolución (Rückrufpflicht) del fabricante de productos defectuosos, peligrosos para el tráfico tras su venta (32), generalmente afirmado en la doctrina civilista, no puede originar, pues,

(31) Vid. BGHSt 19, 286; BGH NJW 1964, 1631; OLG Celle VRS 29 (1965), 24; OLG Hamm VRS 34 (1968), 149; 52 (1977), 64; OLG Karlsruhe NJW 1977, 1930.

(32) Vid. SCHMIDT-SALZER, BB 1972, 1435 y ss. SOERGEL-SIEBERT-ZEUNER, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 16.^a ed., 1967 y ss., § 823, párr. 114; MERTENS, *Münchener Kommentar*, 1980, 823, párr. 299.

ninguna posición de garante de la empresa bajo aspectos jurídico-penales. Cabría pues, considerar como un parche la deducción de una posición de garante por ingerencia de la obligación de *Rückruf* en conexión con la acción peligrosa de la venta del producto. Una construcción de este tipo no sería, pues, aceptable desde un punto de vista político-criminal, ni tampoco desde un punto de vista dogmático, y confundiría completamente la responsabilidad del dueño del negocio en relación con la división del trabajo y de las competencias en la empresa: *en primer lugar*, la construcción de la ingerencia no ofrecería ventajas político-criminales dignas de mención, porque supone, según la jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo Federal (33), una acción contraria al deber, con lo que no se incluyen los no pocos casos en los que la peligrosidad del producto es solamente reconocible después de su puesta a la venta; por otra parte es, sin embargo, superflua junto a la responsabilidad por la venta, en sí misma contraria al cuidado (34). Y *en segundo lugar*, el recurso a la posición de garante por ingerencia, con su recia conexión a la pura cadena causal, debería llevar a resultados irracionales y, de cara a la responsabilidad del dueño del negocio, disfuncionales, especialmente en el ámbito de la criminalidad de empresa, ya que no puede adecuarse a la organización de la división del trabajo en la empresa moderna y a la consecuente conexión de la responsabilidad con la transmisión y la aceptación del ámbito de competencia, y con ello de las posiciones de dominio.

Si no, a modo de ejemplo, el jubilado y el miembro del personal que antes había trabajado en el almacén de distribución y que ahora ha sido trasladado a las oficinas deberían llevar a cabo, tan sólo a causa de anteriores acciones de venta y a pesar de su ocupación actual, acciones de *Rückruf*: una situación evidentemente absurda.

Por consiguiente, debería subsistir también bajo el aspecto de la ingerencia el que no exista para el caso de productos peligrosos un deber de *Rückruf* sancionado penalmente.

bb) Junto a la posición de garante a causa del dominio sobre cosas y procedimientos materiales peligrosos existe la *responsabilidad de garantía de los superiores por las acciones de sus subordinados*, que resulta del dominio del superior a causa de la organización jerárquica de la empresa (35) y a pesar de la responsabilidad penal de los propios subordinados. Este dominio se basa no sólo en el *poder legal de mando* que se hace efectivo a través del derecho de dirección del empleador, sino del mismo modo en el mayor *fondo de información* del superior, que posee un conocimiento del dominio a través de la compactación de la información (sólo parcialmente reproducible

(33) Vid. BGHSt 23, 327; 25, 218.

(34) En la práctica, la posición de garante derivada de la ingerencia tiene hoy en día simplemente la función de posibilitar la punición de un comportamiento omisivo doloso posterior a una acción imprudente, lo que en los casos de acciones de *Rückruf* omitidas apenas podría, sin embargo, entrar a considerarse.

(35) Vid. al respecto con detenimiento mi *Unternehmenskriminalität*, pp. 34 y ss., con numerosas referencias.

en los niveles más bajos); conocimiento que, al igual que su poder de mando, institucionalizado en polifacéticas formas, puede también utilizar en conexión con la fungibilidad del concreto subordinado para una dirección de las conductas que, en el caso ideal, es completa. Ciertamente este «dominio personal sobre un individuo con mayoría de edad penal» supone en todo caso que el subordinado se deje también *motivar realmente por las medidas de la autoridad empresarial*, esto es, por las instrucciones y directivas, de modo que el deber de garante del superior nunca pueda implicar otras medidas de dirección que las *específicas de la empresa* y que, por ejemplo, una renuncia a la puesta en marcha de la actividad de la policía, no pueda dar lugar nunca a una responsabilidad por omisión del superior: puesto que su dominio de garante sólo alcanza hasta donde el hecho sea expresión del dominio del grupo, y en este sentido sea un «hecho de grupo», éste cae sin reemplazo posible con una «emancipación» del subordinado, del mismo modo que el dominio material en el caso de pérdida de la custodia. De esto se sigue que el superior *nunca* es responsable por un *hecho excesivo* de su subordinado, con lo que las dificultades de prueba que aparentemente surgen aquí a primera vista pueden ser en la práctica fácilmente superadas. Así pues, si el comitente actúa *en interés de la empresa*, se podrá suponer, en principio, que se le podía haber inducido hacia un comportamiento conforme a las normas a través de una apropiada dirección, control y coordinación; mientras que cuando actúa *en propio interés* se documenta un distanciamiento de las instrucciones de acción internas del grupo, por lo que tampoco es ya dirigible con los medios normales de control.

b) En consecuencia, ha de mantenerse pues, que ambas formas de la responsabilidad de garante en el ámbito de la empresa —por el dominio sobre cosas peligrosas o por el dominio sobre el comportamiento de las instancias subordinadas en la jerarquía—, en conexión con las relaciones de poder y competencia realmente existentes, significan una división de la responsabilidad penal elástica y aplicable sin dificultad en la práctica. El alcance de estos tipos de responsabilidad es con ello diferente hasta tal punto que el dominio material es, en efecto, «permanente ante el exceso» (*excessfest*), porque una pérdida de la custodia de la cosa contraria al cuidado fundamenta la imputación de las consecuencias derivadas de la misma; pero no es «permanente ante la descentralización» (*dezentralisierungsfest*), porque la simple posición más alta en la jerarquía de la empresa no da lugar a una responsabilidad de garantía sin que exista un dominio inmediato sobre la cosa, facilitado con tal motivo, al menos en forma de custodia. Con el dominio personal sucede justamente lo contrario, porque ciertamente no es «permanente ante el exceso» (los hechos de los subordinados en su propio interés caen desde el principio fuera del dominio del grupo), pero sí «permanente ante la descentralización», porque sólo en el escalón más alto de la jerarquía, o sea, en

la dirección de la empresa, se solapan el poder legal de mando y los diferentes canales de información, de modo que aquí —al menos desde un punto de vista teórico— se encuentra incluso la forma más intensa de dominio.

5. Una regulación de la responsabilidad penal de garantía, ajustada de esta manera a las verdaderas relaciones de poder e influencia en la empresa, podría resultar acaso insuficiente e insatisfactoria desde un punto de vista político-criminal de la misma manera y bajo las mismas condiciones que la vigente regulación de la responsabilidad por omisión de los parágrafos 13 StGB y 8 OWiG. De las exigencias de reforma que se encuentran en la doctrina encaminadas a la ampliación del ámbito de la punibilidad (36), considero únicamente digna de consideración el *aligeramiento de la prueba completa de la causalidad* exigida por el Derecho vigente. Ya en el ámbito de la responsabilidad general por omisión es actualmente muy discutido si, en lugar de la quasi-causalidad de la omisión respecto a la lesión del bien jurídico («una omisión es causal respecto a un resultado si la acción omitida no puede añadirse mentalmente sin que el resultado desaparezca con una probabilidad rayana en la seguridad») (36 bis) no debería bastar la no salvaguardia de posibilidades de salvación para la realización del supuesto de hecho típico (37). Para el ámbito de la criminalidad de empresa se puede considerar al respecto de legiferenda que una dirección y un control completo en el ámbito del establecimiento no son en ningún caso posibles; consecuentemente, en los casos más extremos de déficit de organización tampoco se podría nunca excluir que la misma lesión concreta del bien jurídico podría haber ocurrido aún en el caso de un debido cumplimiento de los deberes de control. Para evitar que la responsabilidad de garantía del dueño del negocio se evapore completamente en la práctica forense, se ofrece una sustitución de la relación causal mediante la elevación del riesgo según el siguiente modelo de formulación:

Si el resultado se produce mediante una actuación para una empresa ajustada a las instrucciones o con un objeto peligroso del patrimonio de la misma, se aplicará también el parágrafo 13.1 StGB (o bien el § 8.1 OWiG) a los sujetos autorizados para dictar aquellas instrucciones, siempre que los debidos controles hubieran dificultado considerablemente (wesentlich) el hecho (37 bis).

(36) Vid. al respecto mi *Unternehmenskriminalität*, pp. 169 y ss.

(36 bis) Así, por ejemplo, JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts, Allg. Teil*, 3.^a ed., 1978, pp. 502 y ss.; STREE, *Schönke-Schröder*, op. cit., § 13, párr. 61; WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11.^a ed., 1969, p. 212.

(37) Vid. sobre todo STRATENWERTH, *Festschr. für Gallas*, 1977, pp. 237 y ss.; EL MISMO, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 3.^a ed., 1981, párrs. 1026 y ss.; RUDOLPHI, *SK-StGB*, párr. 16 vor, § 13; más referencias y crítica en SCHÜNEMANN, JA 1975, 655.

(37 bis) Vid. más detalladamente mi *Unternehmenskriminalität*, pp. 206 y ss., así como pp. 260 y s.

III. LA RESPONSABILIDAD DEL REPRESENTANTE

1. Como ya he mencionado al comienzo, la responsabilidad penal del representante cumple una función complementaria de la responsabilidad por omisión, hasta tal punto que debe garantizar la imputación penal también «hacia abajo», a pesar de la divergencia típica en la empresa entre acción y responsabilidad; o sea, ante aquellos órganos subordinados de la empresa que no ostentan en su propia persona las calificaciones especiales de autor establecidas en numerosos delitos del Derecho Penal común y especial, pero que, en lugar de las personas de esa manera cualificadas, llevan a cabo las acciones que lesionan o que ponen en peligro el bien jurídico. Mientras que en el ámbito del Derecho Penal común el denominado delito común, susceptible de comisión por cualquier persona, representa, al menos todavía, la regla —regla frente a la que se diferencian claramente toda una serie de importantes supuestos de hecho típicos con calificaciones objetivas de autor, como, por ejemplo, la infidelidad en el manejo de bienes ajenos (§ 266 StGB) y la quiebra (§ 283 StGB)—, rige en el Derecho Penal especial y en el Derecho administrativo sancionador la regla contraria: el cumplimiento del supuesto de hecho típico depende en la mayoría de los casos de una determinada característica objetiva del autor (38).

Ejemplo: Según el tenor literal del parágrafo 283 StGB sólo es punible el que, en caso de endeudamiento excesivo o de insolvencia amenazante o real, hace desaparecer elementos de *su* patrimonio (véase el ap. 1, núm. 1); si, por ejemplo, el gerente de una sociedad de responsabilidad limitada (GmbH) o un apoderado general lleva a cabo tales acciones en interés de la empresa que le da su empleo, no actúan entonces sobre elementos de su propio patrimonio, sino de uno ajeno, por lo que su modo de acción no puede subsumirse inmediatamente en el supuesto de hecho típico de la Ley.

2. La problemática de la imputación de la responsabilidad penal del sustituto resulta así de la estructura del supuesto de hecho típico de los delitos especiales, y aquí especialmente de la costumbre del legislador de no hacer depender muchos supuestos de hecho típicos especiales de la *función de la acción*, sino del *status social*; por ejemplo, del «empleador» y no de «tal persona que en la gestión de las cuotas de la Seguridad Social realiza funciones del empleador». Teniendo en cuenta la prohibiciones de analogía [art. 103 de la Ley Fundamental (Grundgesetz, GG)] y para evitar una amenazante y totalmente inoportuna limitación objetiva del círculo de posibles autores, el legislador ha establecido, con la reforma del Derecho adminis-

(38) Vid. simplemente, por ejemplo, §§ 134, 137 I, 138, 139 VersAufsG; § 120 i BetrVerfG; §§ 225, 227a AFG; §§ 59, 60 LuftVG; §§ 64, 65 BSeuchG; § 339 AktG; §§ 82 y ss. GmbHG; § 147 GenG; § 34 DepG.

trativo sancionador de 1968, una *responsabilidad del representante*, en el más amplio sentido, para todo el ámbito del Derecho Penal; responsabilidad que hoy en día se encuentra en los párrafos 14 StGB y 9 OWiG y con la cual se ha apuntado desde el principio a la criminalidad de empresa, como de hecho lo prueba el tenor literal de estos preceptos. Según el primer párrafo de este precepto al autor no cualificado se le deben, pues, imputar las especiales características personales que fundamentan la punibilidad siempre que actúe como órgano autorizado de representación de una persona jurídica o como miembro de la misma, como socio autorizado para la representación de una sociedad mercantil personalista o como representante legal de otro; la orientación hacia la *organización de las empresas económicas*, ya ahí claramente reconocible, resulta todavía más clara en el precepto del párrafo 2, que extiende la punibilidad; a saber: según el mismo la extensión de la imputación rige también para aquellos sustitutos que están encargados de la *dirección completa o parcial de un establecimiento*, o que al menos han de cumplir *deberes del titular del establecimiento* con responsabilidad propia y a causa de un encargo expreso.

A pesar de que el legislador haya tratado de compensar la ausencia tradicional de la estructura de división del trabajo de nuestra economía en la formulación del supuesto de hecho típico de los delitos especiales a través de un moderno «precepto general» adaptado a la organización de la empresa, y con ello de cubrir una enojosa laguna de punibilidad (39) —criticada en general en la discusión más reciente—, se debe, sin embargo, considerar, según la opinión absolutamente mayoritaria, como un *trabajo catastróficamente erróneo*, desafortunado lingüística y materialmente, y que hace echar de menos un concepto general fundamentado (40). Este duro veredicto, que se refiere especialmente al uso uniforme del término «elementos personales especiales» en los preceptos de los párrafos 28 y 14 StGB, estructurados teleológicamente de manera totalmente diferente, está seguramente en parte justificado, pero persigue, sin embargo, otro remedio: el que puede producir la tesis dominante en la doctrina de una relación recíproca entre los elementos personales del párrafo 28 por una parte y del 14 por otra (41); tesis puramente formal y mate-

(39) Vid., sobre todo, BRUNS, *Können die Organe juristischer Personen, die im Interesse ihrer Körperschaften Rechtsgüter Dritter verletzen, bestraft werden?*, 1931, pp. 15 y ss. y passim. El MISMO, JZ 1954, 12 y ss.; SCHMITT, JZ 1967, 698 y ss., 1968, 123 y ss.; WIESENER, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Stellvertretern und Organen*, 1971, pp. 146 y ss. y passim acerca del intento (en lo esencial fallido) de un cambio de interpretación a través de una consideración fáctica de los conceptos de «status» como conceptos de función, así como acerca del renacimiento de esta doctrina en el concepto de «director fáctico del negocio»; TIEDEMANN, SCHOLZ, *Kommentar zum GmbH-Gesetz*, 6.^a ed., 1981, § 84, párrs. 13 y ss., con más referencias.

(40) Vid. SCHÖNKE-SCHRÖDER-LENCKNER, *Op. cit.*, § 14, párr. 8; TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität*, t. I, p. 302; ROXIN, LK, § 14, párr.

(41) Vid. al respecto más detalladamente GALLAS, *ZStW* 80 (1968), 22; BLAUTH, *Handeln für einen anderen nach geltendem und nach kommandem Strafrecht*, 1968,

rialmente incorrecta. En lugar de esto se debe elaborar la *función político-criminal de los elementos de autor* en los delitos especiales y examinar su transmisibilidad a la actuación de un sustituto. Se pone entonces de manifiesto rápidamente que el ámbito de la responsabilidad del representante queda constituido, en función de su propia naturaleza, por aquellos elementos especiales de autor que describen una *relación de dominio* sobre la causa del resultado *igual a la del garante*, ya sea en la ya conocida forma del dominio sobre una cosa o procedimiento peligroso o en la forma del *dominio sobre el desvalimiento y la susceptibilidad de lesión del objeto del bien jurídico amenazado*. Como ejemplos se pueden mencionar tanto el supuesto de hecho típico de infidelidad del parágrafo 266 StGB como el dejar, por medio del tenedor, un vehículo a una persona que, según el parágrafo 21.1, número 2, de la Ley de la Circulación (Strassenverkehrsgegesetz, StVG), no está autorizada para la conducción de vehículos. En el primer caso se presenta una relación de custodia sobre el objeto del bien jurídico susceptible de lesión (el patrimonio confiado al autor); en el segundo caso, una posición de custodia sobre la cosa peligrosa «vehículo». En ambos ejemplos brilla con luz propia el hecho de que la responsabilidad debe trasladarse a aquel que *acepta* la posición de custodia o de dominio de su titular original (por ejemplo, a través de una sustitución en la administración del patrimonio o en las funciones de mantenimiento del vehículo), precisa y únicamente por esta aceptación; la responsabilidad penal del representante se muestra, reducida su función, como en un caso normal de *aceptación de una posición de garante*; las condiciones de esta aceptación en particular así como su alcance han de ser determinadas, en principio, respectivamente, de la misma manera que en el delito impropio de omisión (42).

Ejemplo: el que como empleado de un abogado acepta por encargo suyo la administración del patrimonio de un cliente que le fue encargado a aquél personalmente, obtiene por ello un dominio sobre la susceptibilidad de lesión del patrimonio a él confiado y sujeto a su intervención y tiene que responder en este marco como garante secundario de que el patrimonio por él administrado no sufra ningún daño; así como, al contrario, el jefe de la sección de automóviles de una empresa económica acepta las competencias de decisión del titular de la empresa como tenedor de los vehículos hasta tal punto que a él le alcanzará en la misma medida también el deber de garante de impedir el uso de los vehículos por parte de personas no autorizadas para la conducción de los mismos.

3. Esta coordinación de las estructuras lógico-materiales de la responsabilidad del representante y la responsabilidad por omisión, va a encontrar ciertamente su límite insuperable de «*lege data*» en el

pp. 107, 112 y ss.; HERZBERG, *ZStW* 88 (1978), 85 y ss., 110 y ss. Así como sobre la crítica SCHÜNEMANN, *SchwZStr* 1978 I, 143 y ss.; EL MISMO Jura 1980, 573 y ss.

(42) Vid. en detalle en mi *Unternehmenskriminalität*, pp. 137 y ss.; SchwZStr 1978 I, 152 y ss.; Jura 1980, 575 y ss.

tenor literal de los párrafos 14 StGB y 9 OWiG (43) en consideración al principio «*nulla poena sine lege*» (art. 103.2 GG, §§ 1 StGB, 3 OWiG) (44). De ahí que la responsabilidad del *suplente voluntario* esté limitada en particular por la doble exigencia de que esté encargado expresamente del cumplimiento de deberes del titular del establecimiento y de que tenga que actuar a causa de este encargo.

a) El legislador consideraba necesario un encargo expreso, porque con la simple realización de tareas para el otro no se entiende por sí mismo que se acepten en la misma medida los correspondientes deberes, con lo que parecía conveniente una aclaración expresa (45). Esta deducción no es sin embargo consecuente —en relación con la concepción aquí desarrollada— si los deberes que surgen como consecuencia de la realización de tareas que principio de dominio se entienden sola y precisamente como objeto de una responsabilidad de representante. Mucho más precario que este planteamiento jurídico, materialmente inadecuado, son, no obstante, las consecuencias jurídico-probatorias de la «expresividad», porque, como se me ha confirmado con ocasión de una encuesta realizada en casi todas las fiscalías centrales para asuntos económicos, en innumerables casos la atribución expresa de un encargo no puede comprobarse en relación con el sustituto; en relación con el principal, sin embargo, debe suponerse, según el principio «*in dubio pro reo*», de modo que el resultado final del procedimiento ha de ser generalmente el sobreseimiento. Es por ello por lo que en adelante no se debería perseverar en la exigencia de un encargo expreso.

b) Como la Ley exige una acción del representante «a causa de un encargo» o bien «como órgano», en la jurisprudencia y en casi toda la doctrina se exige la presencia de una *relación funcional* entre encargo y acción; consecuentemente, se ha declarado como insuficiente la simple actuación con ocasión de la posición de representante (46),

(43) Vid. acerca de este principio mi estudio *Nulla poena sine lege?*, 1978.

(44) El 14 StGB se titula «Actuar para otro»: «Si alguien actúa: 1) como órgano autorizado de representación de una persona jurídica o como miembro de un órgano tal, 2) como socio autorizado para representar a una sociedad mercantil personalista, o 3) como representante legal de otro, se ha de aplicar entonces también al representante la Ley que fundamentalmente la punibilidad conforme a características, relaciones o circunstancias personales especiales (elementos personales especiales), aunque estos elementos no concurren en él, pero sí en el representado.» En el párrafo segundo continúa: «Si alguien es, por el titular de un establecimiento o por alguien autorizado para ello: 1) encargado de dirigir total o parcialmente el establecimiento, o 2) expresamente encargado, bajo su propia responsabilidad, de realizar tareas que corresponden al titular del establecimiento, y actúa a causa de este encargo, entonces se ha de aplicar también a los encargados la Ley que fundamentalmente la punibilidad en elementos personales especiales, aunque estos elementos no concurren en él, pero sí en el titular del establecimiento.» El artículo 9 OWiG es prácticamente igual (N. del T.).

(45) Vid. BT-Drucks. V/1319, p. 65.

(46) Vid. en cuanto a la jurisprudencia: RGSt 73, 120; BGH NJW 1969, 1494; BGHSt 30, 127 y ss. En cuanto a la doctrina, SCHÖNKE-SCHRÖDER-LENCKNER, *Op. cit.*, § 14, párr. 26; ROXIN, *LK*, § 14, párr. 42; REBMANN-ROTH-HERRMANN, *Ob. cit.*, § 9, párr. 28; GÖHLER, *Ordnungswidrigkeitengesetz*, § 9, párr. 15 a).

con lo que la limitación particular se debe llevar a cabo posteriormente según si el representante actúa exclusivamente en su propio interés o no (47). Esta limitación no es, sin embargo, dogmáticamente convincente, ni político-criminalmente justificable, porque la calificación de autor fundamentada en la aceptación de una posición de dominio no tiene nada que ver con que el autor actúe egoísta o altruistamente, y porque con una actuación egoísta muchas veces, en efecto, pero no siempre, tiene aplicación una punición subsidiaria de un delito contra el patrimonio, con lo que la vigente fórmula legal conduce a una protección insosteniblemente incompleta de los bienes jurídicos.

Ejemplo: Si el marido defrauda contribuciones a recaudar para instituciones públicas en el establecimiento de su esposa en el marco de su competencia, y a continuación hace desaparecer partes del patrimonio empresarial, exclusivamente en su propio interés, en una situación de amenazante incapacidad de pago, entonces, según la vigente situación legal, no podrá ser castigado a través del parágrafo 225 de la Ley de promoción del trabajo (Arbeitsförderungsgesetz: AFG) (y preceptos análogos) ni por el parágrafo 283 StGB; y una responsabilidad por apropiación indebida o por infidelidad en el manejo de bienes ajenos según los párrafos 247 y 266.3 StGB supone una persecución a instancia de su esposa. Así pues, posiblemente sin pena alguna y libre de la persecución de oficio, puede lesionar los bienes jurídicos protegidos en el parágrafo 225 AFG o bien en el parágrafo 283 StGB sin castigo, a pesar de que él, por su posición en el establecimiento, tuvo, en lugar del titular, la posición de poder decisiva para la salvaguardia de estos bienes jurídicos.

De lege ferenda, pues, se ha de exigir que la naturaleza de la responsabilidad del representante se exprese legalmente como un caso especial de responsabilidad de garante, y que en consecuencia se califique en general como posible autor de un delito especial de garante (48) *al que, en lugar del autor descrito por la Ley, haya asumido de hecho sus actividades y ejecute la acción descrita en el supuesto de hecho típico* (49).

(47) Vid. BGHSt 28, 371 y ss.; 30, 127 y ss., ambos con numerosas referencias.

(48) Bajo este concepto han de entenderse todos los delitos con un círculo objetivamente limitado de autores que se refieren a una posición de dominio como calificación de autor, vid. SCHÜNEMANN, *Jura 1980*, 576.

(49) Vid. en detalle mi exposición en *Unternehmenskriminalität*, pp. 227 y ss. Así como acerca de la insuficiente propuesta de reforma de la comisión de especialistas para la lucha contra la criminalidad económica, *ibid.*, p. 263, así como recientemente con detenimiento BRUNS, GA 1982, 1 y ss., que en numerosos puntos aprueba la concepción dada en el texto y al completa con apreciables consideraciones en torno a una integración con los delitos de intención (*op. cit.*, pp. 32 y ss.)

IV. LA RESPONSABILIDAD POR LA INFRACCION DEL DEBER DE VIGILANCIA

1. Aparte de la responsabilidad de garante de los órganos de la empresa, un tipo concreto de «infracción del deber de vigilancia en la empresa» de carácter general sólo puede jugar desde un principio el papel de un parche, ya que el *efecto preventivo* de un precepto de este tipo —cualquiera que sea el modo en que quiera construirse— es, en comparación con los delitos improprios de omisión, mucho *más débil*, puesto que la sanción de una infracción del deber de vigilancia no se puede graduar, como una infracción del deber de garante, según el peso del concreto deber de garantía y de la lesión de bienes jurídicos así posibilitada, sino que debe resultar, por así decirlo, del mínimo común denominador de todas las infracciones imaginables del deber de vigilancia, y no puede por ello desplegar la suficiente fuerza de motivación, particularmente en el caso de lesiones graves de bienes jurídicos. El Derecho vigente muestra que la «infracción del deber de vigilancia en empresas y establecimientos, incluso cuando posibilita la comisión de hechos punibles de los subordinados, representa, según el parágrafo 130 OWiG, tan sólo una infracción administrativa, y por eso sólo puede ser sancionada con una multa de hasta 100.000 marcos, pero no con una pena privativa de libertad. Ciertamente se podría aceptar tal cual esta disminución de la eficacia preventiva si, por otra parte, se alcanzara por lo menos una *extensión de la responsabilidad* en comparación con los delitos improprios de omisión, deseada desde el punto de vista político-críriminal y dogmáticamente legítimable. Pero ni siquiera con una revisión crítica del parágrafo 130 OWiG se podría hablar de ello (50).

a) Como la infracción del deber de vigilancia según el parágrafo 130 OWiG solamente es sancionable con multa bajo la condición de que en el establecimiento se cometa una contravención amenazada con pena o con multa que habría podido evitarse con la vigilancia debida, todo el supuesto de hecho típico fracasa desde el principio en relación con los no precisamente pocos casos en los que la lesión del bien jurídico no está causada por medio de una acción típicamente antijurídica de otra persona, sino que tiene lugar, por ejemplo, a través de una serie de circunstancias desafortunadas. Aunque, según una convicción general, no tiene que constatarse la individuali-

(50) El párrafo 1.^º del artículo 130 OWiG dice: «El que como titular de un establecimiento o de una empresa omita dolosa o imprudentemente las medidas de vigilancia que se exigen para impedir en el establecimiento o en la empresa las contravenciones contra los deberes que corresponden al titular como tal, y cuya lesión está amenazada con pena o con multa, comete un ilícito administrativo si se comete una contravención tal que habría podido ser evitada por medio de la pertinente vigilancia. A las medidas de vigilancia exigidas pertenecen también la dirección, la elección cuidadosa y la supervisión de los vigilantes» (N. del T.).

dad del autor de la contravención para la condena de un obligado a vigilar conforme al parágrafo 130.1 OWiG, e incluso se desiste de la calificación de autor del agente inmediato (51), no entra en ningún caso en consideración una sanción por infracción del deber de vigilancia si no se puede llegar a constatar la existencia tanto del tipo objetivo como del subjetivo de una contravención; de este modo el parágrafo 130 OWiG, por ejemplo, no puede aplicarse —al contrario totalmente que en el delito impropio de omisión— si un «cumplimiento *cumulativo*» del supuesto de hecho típico se realiza sólo por la cooperación no planeada de dos subordinados o si, en el caso de una contravención que sólo puede cometerse dolosamente, no puede constatarse el dolo de ningún autor individual (52). Salta a la vista que esta limitación de la extensión de la responsabilidad en relación con la responsabilidad de garante se refuerza aún más en la práctica por las típicas dificultades de prueba, ya que, en el momento en el que no pueda constatarse el autor individual de la contravención, tampoco será posible la constatación del tipo subjetivo. Mayores limitaciones resultan de la reducción del círculo de deberes típicos relevante «a los deberes que se refieren al titular como tal», es decir, referidas al establecimiento en delitos especiales (53); tan es así, que el grueso de los delitos comunes regulados en el Código penal caen fuera del ámbito de aplicación del parágrafo 130 OWiG (54), al igual —y esto de manera especialmente grave— que de la *restricción del círculo de autores*: de ello se deriva que, incluso en la mayor ampliación del círculo de autores —aquella en la que se presume que, según el parágrafo 130.2 OWiG, el obligado a vigilar está encargado con ello de *dirigir el establecimiento o la empresa por completo o en parte*—, tiene el parágrafo 130 OWiG que fracasar necesariamente ante la moderna división del trabajo y la descentralización en la empresa y sobre todo los órganos especializados de control instituidos por el propio personal directivo no están ya comprendidos en este precepto, por lo que con una organización en regla de la sección interna de revisión y control del establecimiento es prácticamente imposible llegar hasta la cúspide de la empresa, sin que a su vez se pueda responsabilizar a los órganos específicos de control. Se han de añadir además noto-

(51) Vid. GÖHLER, *OWiG*, § 130, párr. 21; DEMUTH-SCHNEIDER, *BB* 1970, 647; BRENNER, *DRiZ* 1975, 72; ROTBERG, *Ordnungswidrigkeitengesetz*, 5.^a ed., 1975, § 130, párr. 10.

(52) Vid. al respecto, más detalladamente, mi *Unternehmenskriminalität*, pp. 115 y ss., 121.

(53) Vid. mi *Unternehmenskriminalität*, pp. 121 y ss. REBMANN-ROTH-HERRMANN, *Op. cit.*, § 130, párr. 7. De otra opinión es GÖHLER, *OWiG*, párr. 18, que, sin embargo, no tiene suficientemente en cuenta el tenor literal del § 130 OWiG («el titular como tal»).

(54) Vid. al respecto, más detalladamente, mi *Unternehmenskriminalität*, pp. 123 y ss. (también para refutar la opinión sustentada por la doctrina de que en tales casos se trata de un defecto de organización que ha de subsumirse bajo el § 130 OWiG).

rias dificultades de prueba, que para el caso de la afirmación de un encargo de control por parte de un directivo y la negación de este encargo por parte del órgano de control no dejan ninguna posibilidad de sanción a causa del principio «*in dubio pro reo*».

Frente a estas graves limitaciones las ampliaciones de la imputación que han de verse en la conformación de la contravención como una simple *condición objetiva de punibilidad* (55) no tienen ya ningún peso específico. Sucede entonces que, con la exigencia legal de *causalidad* entre la infracción del deber de vigilancia con respecto a la contravención, no sólo se consigue una amenazante necesidad de prueba caso por caso, sino también una práctica imposibilidad de la misma, puesto que en los establecimientos más grandes no es posible ciertamente una vigilancia completa y permanente, sino tan sólo una supervisión general en determinados puntos, con lo cual casi nunca se va a poder determinar con una probabilidad rayana en la seguridad que la contravención hubiera sido evitada con la debida vigilancia (56).

b) Teniendo en cuenta las numerosas lagunas y defectos del párrafo 130 OWiG desde el punto de vista político-criminal tiene aún mayor peso específico la afirmación de que desde el punto de vista dogmático constituye una construcción *totalmente errónea* y difícilmente compatible con los principios del artículo 103.2 GG (57), que rigen también para el Derecho Administrativo sancionador. Dejando aparte la *aporia dogmática* de la conexión de la responsabilidad a una contravención parcialmente típica y sin embargo absolutamente antijurídica (58), el párrafo 130 OWiG no es, en cualquier caso, conciliable con el *principio de determinación* (59) que se encuentra en el párrafo 103.2 GG, porque a través de la eliminación de la contravención del supuesto de hecho típico y de la relación de culpabilidad, la infracción del deber de vigilancia, que queda en solitario como fundamento de la sanción, queda como tal sin contorno alguno; como no existe un «comportamiento cuidadoso en sí mismo», la graduación en cuanto al contenido del cuidado y, con ello, de la vigilancia debida en el establecimiento sólo pueden conseguirse en aten-

(55) Vid. BR-Drucks 420/66, p. 70; DEMUTH-SCHNEIDER, *Op. cit.*, p. 649; THIEMANN, *Op. cit.*, pp. 86 y ss.; BGHSt 9, 322; OLG Köln und Karlsruhe GewArch 1974, 143; 1976, 161.

(56) Vid. *supra* II.5 acerca del correspondiente problema de imputación en el caso del delito impropiado de omisión. Cuando la jurisprudencia aplica a menudo en la práctica, en el marco del § 130 OWiG, la teoría del aumento del riesgo y se contenta con la no salvaguardia de posibilidades de evitación (vid. BGHSt 25, 163; OLG Stuttgart NJW 1977, 1410, así como también OLG Karlsruhe GewArch 1976, 161, pero también recientemente BGH wistra 1982, 24), resuelve la problemática político-criminal, ipero sólo a costa de una flagrante violación del principio «*nullum crimen!*» (art. 103.2 GG).

(57) Vid. MAUNZ-DÜRIG-HERZOG-SCHOLZ, *Grundgesetz*, t. III, 1978 y ss., art. 103, párr. 114; GÖHLER, *OWiG*, § 3, párr. 1, con más referencias.

(58) Vid. al respecto, más detalladamente, mi *Unternehmenskriminalität*, p. 116 con nota 180.

(59) Vid. al respecto, en detalle, mi estudio *Nulla poena sine lege?*, 1978, pp. 29 y ss.

ción a los concretos bienes jurídicos en peligro, por lo que, por ejemplo, los delitos imprudentes de resultado y los de peligro, como el homicidio imprudente o los delitos contra la seguridad en el tráfico [§§ 222, 315 c) StGB], que posibilitan la ponderación entre riesgo permitido y protección de los bienes jurídicos a través de la especificación del bien jurídico protegido (60), son aún compatibles con el principio de determinación. La norma que está detrás del supuesto de hecho típico del parágrafo 130 OWiG («está prohibido organizar un establecimiento defectuosamente») no contiene en sentido contrario ninguna descripción sustancial del comportamiento y tampoco posibilita la concreción de dicha descripción a través de una ponderación de los intereses contrapuestos por medio de una referencia a los bienes jurídicos en peligro. Ningún camino pues, de lege data, evita la violación del principio de determinación.

Si finalmente se considera también la curiosa *contradicción de valoración* consistente en que el parágrafo 130 OWiG, para el caso de que el tipo de la contravención suponga un comportamiento doloso, pena más gravemente la omisión que el hacer positivo (si el autor del § 130 OWiG no hubiera infringido imprudentemente su deber de vigilancia, sino que hubiera cometido por sí mismo la contravención, ¡podría no ser perseguido!), esta sobrecompensación por el aligeramiento que en realidad produce la delegación de la responsabilidad podría no ser compatible (61) con la exigencia del principio de culpabilidad vigente en el Derecho Administrativo sancionador (62).

2. Resumiento pues, se puede determinar que el supuesto de hecho típico de multa de la infracción del deber de vigilancia según el Derecho vigente del parágrafo 130 OWiG no solamente *no ofrece ventajas político-criminales dignas de mención* frente a la responsabilidad de garante, sino que *tampoco es compatible con el principio de determinación ni con el principio de culpabilidad*, y es por ello *inconstitucional*. Por eso en otro lugar (63) he ofrecido a la discusión, como alternativa conforme con la Constitución, la construcción de un delito concreto-abstracto de peligro con el que la imprudencia del obligado a la vigilancia haya de comprender la contravención por él posibilitada o (según la teoría de la elevación del riesgo) facilitada,

(60) Acerca de este método de determinación de las exigencias del cuidado debido a través de una ponderación de bienes e intereses, vid. SCHÜNEMANN, JA 1975, 575 y ss.

(61) Vid. además con detenimiento mi *Unternehmenskriminalität*, pp. 115 y ss., 216 y ss.

(62) Vid. BVerfGE 20, 323, 331, 333 con más referencias.

(63) Vid. mi *Unternehmenskriminalität*, pp. 219 y ss. Así como la propuesta de examen de la p. 269, que propone para su discusión la siguiente estructura del supuesto de hecho típico: «El que facilite o posibilite una acción amenazada con una pena (o una contravención) en un establecimiento o en una empresa a través de un imprudente descuido de sus obligaciones de vigilancia según el § 13 StGB (o según el § 8 OWiG) de tal manera que pueda posibilitar más delitos (o contravenciones), será castigado como cómplice (o comete una infracción administrativa).»

y en el que quedara comprendido el efecto de la infracción del deber de vigilancia, que va más allá de la concreta contravención —la puesta en peligro de la seguridad en la empresa—, en forma de la «aptitud para la posibilitación de más contravenciones». Si las exigencias político-criminales aprueban realmente un precepto así —justificable desde el punto de vista de un Estado de Derecho— es algo que quisiera poner en duda; hasta que no se realice una prueba tal, no entraría, pues, tampoco en consideración su introducción.

V. SANCIONES CONTRA LA EMPRESA MISMA

1. El que la criminalidad de empresa pueda ser combatida con suficientes perspectivas de éxito con las posibilidades de responsabilización de miembros particulares de la misma hasta aquí examinadas, es una de las más importantes y a la vez más difíciles cuestiones del moderno Derecho Penal económico. A favor de su negación, o al menos de un extraordinario escepticismo en su respuesta, hablan toda una serie de argumentos de peso: *en primer lugar*, la inviolable vigencia del principio de culpabilidad y del principio «*in dubio pro reo*» en la punición del autor individual; *en segundo lugar*, los modelos de explicación psicológico-colectivos de la criminalidad de grupo (64), que parecen sugerir también una medida colectiva de sanción; *en tercer lugar*, la concepción dominante en la doctrina de una notoria dificultad de prueba en el ámbito de la criminalidad de empresa (65), y *en cuarto lugar*, finalmente, el reducido efecto preventivo del Derecho penal en las organizaciones jerárquicas «tabicadas» por una moral propia (66). ¿No se impone realmente la aceptación de la conclusión de que solamente *un principio de responsabilidad de la empresa misma*, según el modelo del Derecho Penal angloamericano, hace posible una apropiada y efectiva lucha contra la criminalidad de empresa? (67).

2. Dado que una discusión mínimamente desarrollada de esta cuestión desbordaría el marco aquí fijado, he de limitarme a la realización de algunas indicaciones. La insuficiente eficacia de la sanción y de la prevención en el Derecho Penal económico, observable sin

(64) Vid. al respecto, más detalladamente, mi *Unternehmenskriminalität*, pp. 18 y ss., con numerosas referencias.

(65) Vid. BUSCH, *Grundfragen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Verbände*, 1933, pp. 116 y ss.; TIEDEMANN, *Gutachten C zum 49*, DJT 1974, p. 49; con mayores referencias en mi *Unternehmenskriminalität*, pp. 41 y ss.

(66) Vid. al respecto mi *Unternehmenskriminalität*, pp. 19 y ss., 56 y ss., con más referencias.

(67) Acerca de la «Corporate liability» anglo-americana vid., con detenimiento, WILLMS, *Die Strafbarkeit der «Company» im englischen Recht*, jur. Diss. Köln, 1966, pp. 30 y ss., 42 y ss.; LA FAVE-SCOTT, *Handbook on criminal law*, 1972, pp. 229 y ss.; también mi *Unternehmenskriminalität*, pp. 193 y ss., con más referencias.

duda en la práctica actual, no es consecuencia del principio de responsabilidad del individuo, sino de la *defectuosa valoración de la gravedad*, especialmente en los hechos punibles que se establecen en el Derecho Penal especial, los cuales, en comparación con el tradicional Derecho Penal común, llegan a ser prácticamente «bagatelizados» en la práctica judicial. En vista del potencial círculo de autores, personas socialmente adaptadas y sin duda insensibles a las penas pecuniarias, pero seguramente muy sensibles a la privación de libertad y a la perdida de «status» vinculada a ella, es de esperar que la eficacia de sanción pueda verse incrementada de un modo decisivo en el caso de la imposición de una pena privativa de libertad, aunque fuera breve. En comparación con ello, el pronóstico de eficacia respecto a las sanciones de grupo, de las que solamente la multa al grupo puede tener una mayor significación práctica (68), tiene que ser extraordinariamente moderado y discreto, ya que se trata en última instancia de un factor de costos empresariales, que pueden ser amortizados en el marco del cálculo del precio.

A parecidas objeciones está sujeto el *argumento de la dificultad de prueba* —por lo menos en su forma general—, ya que las constantes dificultades prácticas de prueba se presentan en realidad más bien como un producto de diferentes mecanismos de selección y con ello del «labeling approach», que como una irrefutable consecuencia de la naturaleza de las cosas. Como resultado de la organización formal interna de la empresa, con la gran necesidad de información, comunicación y procesamiento de la misma, no existe en realidad un ámbito delictivo que ofrezca *posibilidades tan favorables de esclarecimiento y de prueba* como la criminalidad de empresa (69); así pues, no se debe confundir de ningún modo el ejercicio del poder de definición del Ministerio Fiscal respecto al concepto «indicios racionales de criminalidad» del parágrafo 170 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (Strafprozessordnung, StPO) con el verdadero fenómeno, que consiste más en una crónica sobrecarga de las fiscalías centrales para asuntos económicos y en determinados efectos de «labeling» que en una verdadera dificultad de prueba.

Las consideraciones acerca de la eficacia y de la dificultad de prueba no pueden, pues, legitimar una multa al grupo general y cumulativa junto a las sanciones individuales de Derecho Penal y de Derecho Administrativo sancionador, sino únicamente para el caso especial de que en una infracción llevada a cabo con espíritu de empresa y que sirva al interés de la empresa exista objetivamente y no pueda, sin embargo, individualizarse el autor con suficiente seguridad; en dicho caso la necesidad preventiva que de ello deriva permite que aparezca

(68) Vid. acerca de sanciones al grupo alternativas mi *Unternehmenskriminalität*, pp. 155 y ss., 251 y ss.

(69) Vid. al respecto más detenidamente mi *Unternehmenskriminalität*, pp. 44 y ss.

como necesaria y justificada una «multa anónima al grupo» (70). Dado que una medida penal de necesidad de este tipo no tiene nada que ver con la imputación de la culpa, no puede ésta apoyarse en la ficción de una «cuasi-culpabilidad», sino solamente en consideraciones similares al estado de necesidad, en analogía con el parágrafo 34 StGB; la imposibilidad de perseguir a un autor individual y de desplegar de este modo un efecto preventivo es por ello una condición indispensable para la legitimidad de una medida de este tipo. Ciertamente se ignoran por completo estos principios en el Derecho vigente; por un lado el parágrafo 30 OWiG parte de la actuación del órgano de una persona jurídica o de una sociedad mercantil personalista y opera así con la aquí categoría de la imputación de una cuasi-culpabilidad; mientras, por otro lado, da por válido sin restricción —a pesar de la existencia de otras posibilidades suficientes de prevención (§ 30.4 OWiG, en contrario)— una *imposición cumulativa* de una multa al grupo junto a la responsabilización de una persona individual. En la práctica, el parágrafo 30 OWiG sirve con ello regularmente para combinar una excesivamente ligera (y por ello ineffectiva) sanción a los miembros de la empresa con una multa al grupo mucho más estricta, pero «susceptible de racionasización» económico-empresarial como factor de costos, de modo que establece así dos sanciones ineffectivas en lugar de una única efectiva medida de prevención; de esta manera la desacertada concepción del parágrafo 30 OWiG provoca a primera vista una aparente protección de bienes jurídicos (71).

Una multa al grupo que tenga sentido político-criminal debe ser pues en parte más restrictiva, en parte más extensiva; con ese fin había yo presentado hace tiempo la siguiente propuesta:

Si en una empresa económica se ha realizado una acción amenazada con pena y dicha acción redundó, o debería haber redundado, en beneficio de la empresa, y no pueden constatarse sus autores, habrá de fijarse una multa contra la empresa misma si faltaron las medidas de dirección y de vigilancia necesarias para la evitación de tales hechos o si fueron incompletas, y si en el caso de una dirección y

(70) Vid. acerca de la deducción de esta multa anónima al grupo, mucho más complicada naturalmente en detalle, mi *Unternehmenskriminalität*, pp. 232 y ss.

(71) El párrafo 1.^o del artículo 30 OWiG dice: «Si alguien comete un hecho punible o un ilícito administrativo como órgano autorizado de representación de una persona jurídica o como miembro de un órgano tal, como director de una asociación sin capacidad jurídica o como miembro de la junta directiva, o como socio autorizado para representar a una sociedad mercantil personalista, a través de: 1) que se lesionen deberes que corresponden a la persona jurídica o a la asociación; 2) que la persona jurídica o la asociación se enriquezcan o debieran haberlo hecho; entonces puede imponerse una multa contra éstas.» En el párrafo 4.^o dice: «Si a causa del hecho punible o del ilícito administrativo no se inicia un proceso penal o administrativo o se suspende o no se impone pena, puede entonces imponerse independientemente la multa.» El título del artículo es «Multas a las personas jurídicas y a las asociaciones».

vigilancia debidas se habría evitado el hecho cometido o se habría dificultado sustancialmente, o se habría posibilitado la averiguación del autor o se habría facilitado sustancialmente (72).

Se podría asegurar la legitimidad de dicha medida, desligada completamente del principio de culpabilidad, a través de su limitación al caso de la *necesidad de prevención*, así como a la comisión de hechos punibles (no simples infracciones administrativas); asimismo, por otra parte, se eliminarían en lo esencial las lagunas del vigente parágrafo 30 OWiG si bastara como hecho de conexión el hecho punible de cualquier órgano de la empresa. Por todo ello quisiera atreverme a expresar la esperanza de que la *mejora en el tratamiento igualitario* del comportamiento socialmente dañoso y el *aumento del efecto preventivo* del Derecho Penal sin lesión de las vigentes exigencias en un Estado de Derecho de que el Derecho Penal constituya la última ratio de la política criminal —objetivos ya instados al comienzo de este trabajo— se realice a través de una sanción al grupo basada en esta propuesta y de que en consecuencia pueda darse una respuesta satisfactoria a la cuestión vital de nuestro moderno Derecho Penal económico: si para las específicas estructuras materiales de la criminalidad de empresa existen también específicos módulos de imputación disponibles.

ADICION (1987)

Después de que en la segunda Ley de Lucha Contra la Criminalidad Económica (2.^a WiKG) de 15 de mayo de 1986 (BGBI. I, p. 721) el legislador, a causa de la poderosa influencia del «lobby» económico en la Comisión Jurídica del «Bundestag», haya omitido la consideración de las propuestas de reforma arriba esbozadas y recogidas, al menos parcialmente, en el proyecto del Gobierno, quedan ahora consagradas las lagunas del Derecho vigente anteriormente puestas de manifiesto, indeseables desde un punto de vista político-crímenal.

1. En cuanto a la *posición de garante* del titular de la empresa, o en general del superior, para la evitación de hechos punibles de sus subordinados en relación con la empresa, no se puede constatar ninguna evolución dogmática: mientras que la categoría de la posición de garante derivada del señorío sobre las cosas peligrosas («deberes del tráfico», sobre todo recientemente en forma de «deberes del empresario» con instalaciones peligrosas para el medio ambiente) sigue siendo en general reconocida, continúa la discusión acerca de un deber más amplio del superior de evitación de hechos punibles (críticamente RUDOLPHI: *Systematischen Kommentar zum StGB*, 4.^a

(72) Vid. mi *Unternehmenskriminalität*, p. 268, así como una amplia explicación y justificación de esta propuesta en las páginas 232 y ss.

ed., § 13, párr. 32 a); HSU, *Garantenstellung des Betriebsinhabers zur Verhinderung strafbarer Handlungen seiner Angestellten?*, 1986, *passim*; afirmativamente BRAMMSEN, *Die Entstehungsvoraussetzungen der Garantienpflichten*, 1986, pp. 272 y ss.; SCUNEMANN, *ZStW —1984—*, pp. 287, 318; el mismo, *GA* 1985, 341, 379). No existen aportaciones novedosas de la jurisprudencia.

2. a) En la nueva formulación de la *responsabilidad del representante* de la 2.^a WiKG se recoge de alguna manera la interpretación del parágrafo 14.2, párrafo 1.^o, número 2, StGB (al igual que del § 9.2, párr. 1.^o, núm. 2, OWiG), de acuerdo ahora con la anteriormente esbozada (III.2), de la responsabilidad del representante como un caso especial de aceptación de una posición de garante en relación con la «realización de tareas que le corresponden al titular de la empresa»; sin embargo, requiere además un encargo expreso y una actuación «como» representante (etc.), con lo que subsisten las lagunas de punición descritas anteriormente (III.3) para el caso tanto de un encargo tan sólo concluyente como para el de una actuación egoísta del representante. En la doctrina reciente gana por ello terreno la opinión de que una actuación «como» representante (etc.) no presupone la realización de los intereses de la empresa, sino que también existen actuaciones egoísticas del representante en tanto que éste utilice posibilidades jurídicas o fácticas de actuación que resulten precisamente de su posición de representante; por ejemplo, si el gerente de una sociedad de responsabilidad limitada (GmbH) con riesgo inminente de quiebra aparta para sí partes del patrimonio de la firma a las que él tiene acceso: mientras que según la jurisprudencia y la doctrina mayoritaria con ello tan sólo puede cometerse una infidelidad en el manejo de bienes ajenos o una apropiación indebida, la opinión más reciente sostiene como posible la aplicación del tipo de quiebra del 283.1, número 1 StGB (vid. HERZBERG, *Die Verantwortung für Arbeitsschutz und Unfallverhütung im Betrieb*, 1984, pp. 93 y ss.; LABSCH, *wistra* 1985, 1, 4 y ss., 59 y ss.; WINKELBAUER, *wistra* 1986, 19; con dudas RICHTER, *GmbHR* 1984, 113, 143 y ss.; con más referencias TIEDEMANN, *NJW* 1986, 1844 y s.). Desde el punto de vista político-criminal esto es correcto; sin embargo, deja sin efecto la limitación, querida por el legislador, de la responsabilidad del representante, por lo que aparece como inaceptable de *lege data* (vid. TIEDEMANN, *Op. y pág. cit.*; SCHUNEMANN, KREKELER-TIEDEMANN-ULSENHEIMER-WEINMANN, *Handwörterbuch des Wirtschaftsk und Steuerstrafrechts*, Stad 1987, voz «*Vertreterhaftung*», pp. 2 y s.).

b) Se ha desarrollado en los últimos años una discusión particularmente intensa acerca de los problemas jurídicos de los «órganos fácticos». En el ámbito de la responsabilidad del representante regulada legalmente se ha conseguido una clarificación de tipo negativo en el parágrafo 14.3 StGB y en el correspondiente parágrafo 9.3 OWiG,

en el sentido de la no dependencia de la responsabilidad penal de la validez jurídico-civil del acto de encargo; lo que al mismo tiempo sugiere, en conexión con la exigencia de un encargo expreso del párrafo 2.º, número 2, la conclusión de tipo positivo de que un acto de encargo realizado por una instancia competente como tal es irrenunciable, y de que la simple aceptación (sea de modo arbitrario, sea permitida) de determinadas actividades no basta para suscitar la responsabilidad del representante. Según la constante jurisprudencia, corroborada de hecho en los últimos años, no debe regir esto, sin embargo, allí donde el órgano sea directamente (y no simplemente en virtud del efecto extensivo de la responsabilidad del representante) el destinatario de la norma. Así sucede por ejemplo en el párrafo 84.1, número 2, GmbH-Gesetz (Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada), según el cual la obligación de solicitar la quiebra, sancionada penalmente, afecta desde el principio al gerente de la sociedad de responsabilidad limitada (y no como antes, por ejemplo, a la sociedad misma). En estos casos también, por tanto, el «gerente fáctico» que dirige realmente los negocios de la empresa debe ser siempre responsable penalmente, cuando menos para el caso de que tenga una posición superior junto a un gerente inscrito y personalmente activo (vid., últimamente, BGHSt, 31, 118 y ss.; BGH, *wistra* 1984, 178; de acuerdo, BRUNS, GA 1982, 1 y ss.; el mismo, JR 1984, 133 y ss.; también en cuanto a la conclusión CADUS, *Die faktische Betrachtungsweise*, 1984, pp. 145 y ss.). Junto a las críticas a esta jurisprudencia (TIEDEMANN: GmbH-Strafrecht, 1987, § 84, párr. 27 y ss.; el mismo, NJW 1986, 1845; Kratzsch, ZGR 1985, 506 y ss.: OTTO, *Bankentätigkeit und Strafrecht*, 1983, pp. 21 y ss.; STREIN, *Das faktische Organ*, 1984, pp. 130 y ss., 194 y ss.) se ha de objetar en primer lugar que la responsabilidad penal del órgano fáctico entraría a lo sumo en consideración en unos pocos grupos de casos, a causa de la prohibición de analogía —como, por ejemplo, en el caso de la inexistencia o del simple carácter de «hombre de paja» de un gerente formalmente encargado—; en segundo lugar, que la valoración legal del párrafo 14.3 StGB, de si el órgano es destinatario directo o indirecto de la norma, requiere consideración, independientemente de la simple cuestión técnico-jurídica; y, finalmente, en tercer lugar, que la «posición superior» del gerente de hecho, expuesta por el Tribunal Supremo (BGH), es también insuficiente bajo el aspecto de la posición de garante en la empresa (que se construye sobre el derecho de dirección) y, en consecuencia, no puede fundamentar ninguna responsabilidad penal por las omisiones de los órganos formales. De aquí se sigue que de lege data no hay punición derivada del delito especial (y con ello tampoco una responsabilidad de garante fuera de los órganos responsables de la empresa) del sujeto no cualificado más allá de los preceptos de imputación de responsabilidad del representante o del partícipe (§§ 14, 26 StGB), de modo que la responsabilidad exterior (*Aussenhaftung*) del socio activo mayoritario —

reconocida bajo determinadas condiciones en el Derecho civil (vid. al respecto, básicamente, BGHZ 95, 330 y ss.; así como ULMER, NJW 1986, 1759 y ss., con más referencias) se puede exigir en el Derecho Penal y en el Derecho Administrativo sancionador alemán tan poco como la intervención en la empresa dominante de un consorcio, establecida desde hace tiempo en el Derecho Europeo Administrativo sancionador del cartel (vid. al respecto TIEDEMANN, NJW 1986, 1845 s; RUTSCH, *Strafrechtlicher Durchgriff bei verbundenen Unternehmen?*, 1987, *passim* con más referencias). Si en ello ha de verse una laguna de punición injustificada desde el punto de vista político-criminal, debe quedar aquí simplemente en tela de juicio; no obstante, sin violación del principio «*nulla poena sine lege*», formulado en el artículo 103.2 GG, aquélla no puede colmarse, a la vista de la estricta limitación del parágrafo 14 StGB, recientemente confirmada por el legislador en la 2.^a WiKG.

3. a) Las lagunas que presenta el supuesto de hecho típico del parágrafo 130 OWig de *infracción del deber de vigilancia en la empresa*, concebido como ilícito administrativo (vid. supra IV), deberían haber quedado cubiertas a la vista del proyecto del Gobierno de la 2.^a WiKG, puesto que en lugar de la ahora necesaria causalidad entre la infracción del deber de vigilancia y la contravención habría sido suficiente una simple relación de incremento del riesgo y puesto que se habría producido una ampliación del círculo de autores a los órganos especiales de control (por ejemplo, de revisión interna) instituidos por la dirección de la empresa. Ambas propuestas se malograron en la comisión jurídica, de tal manera que la 2.^a WiKG se ha limitado a una elevación de la amenaza de multa a un millón de marcos. Las dificultades de prueba de la causalidad, ya anteriormente expuestas (supra IV), para el caso de que la infracción del deber de vigilancia no se ponga de manifiesto en forma de instrucción o coordinación deficientes, sino de un insuficiente control sobre los trabajadores a través de escasas comprobaciones, se ha afirmado ya en la más reciente jurisprudencia (vid. BGH, wistra 1982, 34; 1985, 228; KG, wistra 1985, 205; KG, WuW/E OLG 2476, 2478).

b) La inconstitucionalidad del parágrafo 130 OWiG, también expuesta anteriormente (supra IV), por violación del principio de determinación, ha preocupado poco al legislador de la 2.^a WiKG. En la doctrina, sin embargo, se recogen seriamente estas objeciones y se tratan de salvar a través de una reducción teleológica del parágrafo 130 OWiG a un delito de peligro concreto [vid. ROGALL: ZStW 98 (1986), pp. 596 y ss.].

4. Los preceptos sobre *sanciones al grupo* han sido perfeccionados en la 2.^a WiKG, tan sólo marginalmente y desde un punto de vista técnico-jurídico: la consecuencia jurídica recogida del Derecho Penal (§ 73.3 StGB) de invalidación de una ventaja patrimonial de la empresa debida a una acción a favor de la misma amenazada con

multa, conforme al parágrafo 29, a) OWiG (al respecto, con profundidad, SCHROTH, H. J., *wistra* 1986, 159 y ss.), tan sólo repone, como sanción, el status quo anterior al hecho, y carece, por tanto, ya de antemano, de eficacia preventiva (vid. mi *Unternehmenskriminalität*, pp. 161 y s.). Y la independización técnico-jurídica de la multa contra las personas jurídicas y asociaciones de personas del parágrafo 30 OWiG no conduce a ningún cambio mencionable en relación con la práctica precedente, mientras que la propuesta de ampliación del proyecto de Gobierno, como solución para la multa al grupo que permita alcanzar no solamente a las contravenciones de los órganos autorizados de representación en sentido estricto, sino también a todas las personas activas de los niveles de dirección, se ha malogrado a causa de la oposición de la comisión económica (vid. ACHENBACH, NJW 1986, 1840; WEBER, NStZ 1986, 482 y s.). El que esta renuncia a una exigencia de intensificación de las sanciones al grupo, creciente en los últimos tiempos (vid. ACKERMANN, *Die Strafbarkeit juristischer Personen im deutschen Recht in ausländischen Rechtsordnungen*, 1984, *passim*), haya de levantar realmente quejas, es una cuestión que requiere un examen más profundo a la vista de las consideraciones anteriormente expuestas (*supra V*). Bajo el aspecto de la prevención sería seguramente más eficaz una intensificación de las sanciones individuales, como por ejemplo a través de la criminalización de las infracciones administrativas de cartel, ya desde hace tiempo exigida, y de un renacimiento de la pena corta de privación de libertad, aminorada en buena parte por el parágrafo 47 StGB (vid. al respecto Tiedemann: *Kartellrechtsverstöße und Strafrecht*, 1976; el mismo, *Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität I*, 1976, pp. 247 y ss.; informe final de la comisión de especialistas para la lucha contra la criminalidad económica —reforma del Derecho Penal económico— sobre los resultados de las deliberaciones, 1980, pp. 136 y ss.; WEIGEND, JZ 1986, 260). Pero después de que el «lobby» económico hubiera conseguido bloquear tales inicios de reforma ya en tiempos de la coalición entre los liberales y los socialdemócratas (vid. MOHRENSCHLAGER, *wistra* 1982, 202), y consecuentemente la «rentabilidad» de la criminalidad de empresa escapara en amplios ámbitos al Derecho Penal (vid. el ejemplo de los delitos contra el medio ambiente; con más referencias, KUBE-SEITZ, DRiZ 1987, 41 y ss.), los trabajos hasta ahora realizados por el legislador para la lucha contra la criminalidad de empresa han de ser juzgados como defectuosos, y como modestas las posibilidades de una futura corrección.

CIRCULARES, CONSULTAS E INSTRUCCIONES DE LA FISCALIA GENERAL DEL ESTADO

EL MINISTERIO FISCAL Y LA POLICIA JUDICIAL

Instrucción número 2/1988, de 4 de mayo

El artículo 126 de la Constitución Española establece que «la Policía Judicial depende de los Jueces, de los Tribunales y del Ministerio Fiscal en sus funciones de averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente en los términos que la Ley establezca».

Por su parte, la Ley Orgánica del Poder Judicial, en su Libro V, Título III, lleva por rúbrica «De la Policía Judicial», regulando la misma en los artículos 443 a 446, estableciendo este último artículo que «en las funciones de investigación penal, la Policía Judicial actuará bajo la dirección de los Juzgados y Tribunales y del Ministerio Fiscal».

Posteriormente la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, trata en su Capítulo V del Título II «de la organización de unidades de Policía Judicial», y esa Ley tiene su desarrollo en el Real Decreto 769/1987, de 19 de junio.

Ha llegado el momento de profundizar en el desarrollo del modelo de Policía Judicial diseñado por la Constitución y el resto del Ordenamiento Jurídico, y por eso hoy me dirijo a V.E/V.I. para que den el debido cumplimiento a lo establecido en el artículo 20 del citado Real Decreto 769/1987, precepto que atribuye al Ministerio Fiscal la dirección de «las diligencias de investigación criminal formalmente concretadas a un supuesto presuntamente delictivo, pero con carácter previo a la apertura de la correspondiente actuación judicial».

Para el cumplimiento de lo dispuesto en esta última norma se considera necesario que:

1.º Los Fiscales Jefes de las Audiencias respectivas, despachen, al menos semanalmente, con los Jefes de las Unidades Orgánicas Provinciales de Policía Judicial, tanto del Cuerpo Nacional de Policía como de la Guardia Civil, aquellos asuntos que deba conocer el Ministerio Fiscal en virtud de lo dispuesto en el artículo 20 del citado Real Decreto.

2.º El Ministerio Fiscal asuma la dirección de las investigaciones correspondientes en los supuestos que sean necesarios.

SECCION DE JURISPRUDENCIA

Comentarios a la jurisprudencia del Tribunal Supremo

Sección dirigida por

SANTIAGO MIG PUIG

Director del Departamento de Derecho Penal y Ciencias Penales.
Universidad de Barcelona

PROBLEMAS DEL TIPO DE OMISION DEL DEBER DE SOCORRO

(Comentario a la STS de 27 de abril de 1987, ponente
Sr. Díaz Palos)

JESUS MARIA SILVA SANCHEZ

Profesor Titular de Derecho penal
Universidad de Barcelona

SUMARIO: I. Hechos.—II. «Miedo a ser detenido» y exigibilidad de la pres-tación de socorro.—III. La comisión del delito en estado de embriaguez.—IV. La injerencia en el artículo 489 bis, 3.^º del Código penal.

I

El día 21 de mayo de 1983, el procesado se apoderó, sin emplear fuerza para ello, del vehículo matrícula S propiedad de María Pilar, quien lo había aparcado junto a un supermercado, en Oyarzun, hallándose el procesado afectado por una fuerte intoxicación etílica, con-duciéndolo en este estado, y al pasar junto al campo de fútbol de Moliano, junto a la carretera, entre Pasajes Ancho y Rentería, y de-bido a la velocidad excesiva que llevaba, invadió la izquierda de la dirección de su marcha colisionando con el vehículo matrícula P, con-ducido por Antonio, que circulaba de frente, y repelido aquél por la colisión, chocó con el turismo matrícula M, propiedad de X. S. L., sufriendo lesiones Antonio y su esposa Arantxa; el procesado hu-yó después de las colisiones pese a haberse apercibido de la existencia de lesionados.

II

1. En el Cuarto de los Fundamentos de Derecho de la sentencia, el Tribunal Supremo alude a que la fuga del procesado *evidencia el miedo a ser detenido por la sustracción del automóvil* con el que

perpetró la colisión con los otros dos vehículos (1). Ello, sin atribuir relevancia alguna a esta consideración. Sin embargo, de tal modo se realiza una observación que afecta a un problema discutido en la doctrina —fundamentalmente la alemana— y que merece, según creo, ser comentado con algún detenimiento. La cuestión podría formularse en los siguientes términos: *¿Es punible por el artículo 489 bis del Código penal quien no socorre, pudiendo hacerlo, por temor a que, si lo hace, sea detenido, juzgado y sancionado por la comisión de hechos delictivos anteriores?*

2. En Alemania, tal problemática se examina comúnmente a propósito de la cláusula de exigibilidad (*Zumutbarkeitsklausel*) del parágrafo 323 c) StGB (2), con independencia de las discrepancias existentes acerca de la naturaleza jurídica, esto es, ubicación sistemática de la referida cláusula (3). En todo caso, parece ser opinión mayoritaria (4) la que entiende que el peligro de exponerse a un enjuiciamiento no es suficiente para rechazar la subsistencia de la sanción por omisión de socorro, tanto si se trata del enjuiciamiento por la causación del accidente que obliga a socorrer, como si se trata del relativo a otro hecho que no tiene nada que ver con el mismo (5). Tal opinión, de todo modos, no es indiscutible, ni mucho menos. Y así ha

(1) «... de modo que la fuga del procesado abandonando la escena de los hechos, más evidencia el miedo a ser detenido por la sustracción del automóvil con el que perpetró la colisión con otros dos vehículos, miedo que igualmente pone de relieve la propia capacidad reflexiva para eludir el alcance de la Ley, capacidad que no empleó, en cambio, para cumplir con un deber cívico y moral, sancionado jurídicamente, lo que elimina cualquier duda sobre su pretendida total falta de imputabilidad.»

(2) El parágrafo 323 c) (*Unterlassene Hilfeleistung*) del StGB, relativo al delito de omisión del deber de socorro exige, entre otros elementos, que la prestación de socorro sea exigible (*ihm den Umständen nach zuzumuten, insbesondere ohne erhebliche eigene Gefahr und ohne Verlezung anderer wichtiger Pflichten möglich ist*).

(3) Básicamente se discute si la referida cláusula expresa un elemento de delimitación del tipo o una causa de exculpación. La primera es la postura dominante; la segunda, la minoritaria. Pero todavía hay una tercera que distingue según casos. Sobre ello, por todos, RUDOLPHI: *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, T. II, Besonderer Teil (ed. Rudolphi-Horn-Samson), 6.^a entrega de la 3.^a ed., Frankfurt, enero, 1985, § 323 c), núm. 24.

(4) Esta postura es lógica si se parte de que reconocer la inexigibilidad de la prestación de socorro en estas circunstancias implica una especie de contradicción del Estado consigo mismo: reconocer relevancia eximente (a partir de contemplar como un mal para el sujeto) a algo que para él es un bien —la determinación y sanción de los responsables de un delito—. Sobre la doc. dom. cfr. RUDOLPHI: *SK BT*, 3.^a ed., § 323 c), núm. 27. En España, en el sentido de esta postura, RODRÍGUEZ MOURULLO: *La omisión de socorro en el Código penal*, Madrid, 1966, pp. 225-226. En contra de tal doctrina dominante, por ejemplo, WELZEL: *Zur Problematik der Unterlassungsdelikte*, en *«Juristenzeitung (JZ)»*, 1958, pp. 494-497 y 495. En esta misma línea, en España, ALAMILLO CANILLAS: *La solidaridad humana en la Ley penal*, Madrid, 1962, p. 118. HUERTA TOCILDO: *Omisión de los deberes de impedir y denunciar determinados delitos*, en *«La Ley»*, 1983, tomo 4, pp. 1047-1080 y 1055, nota 49, aunque aludiendo sólo al riesgo de recibir una pena privativa de libertad, y no privativa de derechos o pecuniaria.

(5) En nuestro caso se daban las dos situaciones: tanto la causación del accidente como un hecho delictivo anterior.

sido discutida en la propia doctrina alemana por un sector que esgrime argumentos de diversa índole. El más reiterado alude a que los ciudadanos no tienen ningún deber de contribuir al propio enjuiciamiento y, en las circunstancias que nos ocupan, la prestación de socorro equivaldría a una autodenuncia (6). A ello se ha objetado, sin embargo, que una cosa es la «autodenuncia inmediata», por así decirlo, y otra, en cambio, la realización de hechos que sólo de modo *mediato* o indirecto podrían incluirse en el ámbito conceptual de la autodenuncia. Estos últimos podrían ser exigibles por el ordenamiento jurídico, en determinadas circunstancias, si no de modo general (7). En realidad, como Frellesen ha observado, es lo más probable que, en la base del rechazo —por la doctrina dominante— de la aplicación de la institución de la inexigibilidad a estos supuestos se halle una concepción exacerbada de los componentes ético-normativos de la exigibilidad (8). Se entendería así que si bien en ciertos casos —y a propósito de determinadas normas— puede ser inexigible que el sujeto haya de sufrir males para cumplirlas, ello no rige para los males «justificados» o, en otras palabras, para los males impuestos por el ordenamiento jurídico o aquéllos que, de uno u otro modo, «merece» el sujeto (9). La cuestión es si tal planteamiento resuelve razonable-

(6) Cfr. la exposición de esta línea argumentativa en FRELLESEN: *Die Zumutbarkeit der Hilfeleistung*, Frankfurt, 1980, p. 173, aludiendo a la concurrencia de elementos de autodefensa y a la ausencia de fuerza motivadora de la norma en estos casos, y p. 175. Ya antes, de modo más detallado, FORSTER: *Die Zumutbarkeit des Handelns bei Gefahr von Strafverfolgung*, tesis doctoral, Erlangen-Nürnberg (aprox. 1971), pp. 7 y ss.

(7) Esta es la conclusión de FORSTER: *Die Zumutbarkeit*, pp. 49 y 50. De todos modos, conviene no olvidar que cuando la jurisprudencia española rechaza la introducción en nuestro ordenamiento del llamado «delito de fuga» (142 StGB) lo hace poniendo de manifiesto que ello en la práctica llevaría a obligar a la autodenuncia. Así, la STS de 27 de marzo de 1987 (ponente Moyna Ménguez) señala que el delito de fuga es atípico en nuestro Derecho «porque no puede reclamarse a los culpables que se sometan voluntariamente a la acción y pesquisas judiciales». Como advierte FORSTER: *Die Zumutbarkeit*, p. 89, en el delito de fuga se opta expresamente por el deber, de modo que en él desde luego ya no cabe apelar a la exigibilidad.

(8) Cfr. FRELLESEN: *Die Zumutbarkeit*, p. 174.

(9) Esta concepción de los males «justificados» se observa no sólo a propósito de la exigibilidad, sino también, por ejemplo, en la doctrina sobre la eximente de estado de necesidad del artículo 8.7.^º del Código penal español. De conformidad con aquélla, se trata por muchos de excluir del concepto de *mal* los males justificados, señalándose que el «*mal*», a los efectos de esta eximente, ha de ser *injusto*. Con ello se desplaza al ámbito del sentido del término «*mal*» un problema que, a mi juicio, sólo se resuelve satisfactoriamente en el seno de la ponderación de males. Ahí es donde corresponde tener en cuenta, entre otros factores, el hecho de que el mal que se pretende evitar está «justificado», esto es, viene impuesto o al menos está permitido por el ordenamiento jurídico. Ello, en general, conducirá a que el mal a que el «*mal*» causado para evitar aquél sea estimado «mayor» y, en consecuencia, no quiera aplicar la eximente. Pero sólo esta vía es la analíticamente correcta, evitando restricciones injustificadas del tenor literal de la eximente y impidiendo soluciones erróneas por su excesiva generalidad. Cfr. sobre la opinión que entiende que el mal ha de ser «*injusto o ilegítimo*», SILVA SÁNCHEZ: *Sobre el estado de necesidad en Derecho penal español*, en «ADPCP», 1982, pp. 663-691, p. 670, nota 21.

mente las peculiaridades de esta situación de riesgo para el sujeto a propósito del delito de omisión de socorro o no es así. Y, a mi juicio, debe optarse por lo segundo. La exclusión categórica de toda posibilidad de estimar inexigible la prestación del socorro en estos casos puede llevar a soluciones como mínimo sorprendentes: así, por ejemplo, a castigar por omisión del deber de socorro al delincuente que, huyendo tras la comisión de un delito perseguido por la policía, pasa de largo ante un motorista accidentado sin socorrerlo; entre otros muchos. La advertencia de lo chocante de estas situaciones es, probablemente, lo que ha llevado a muchos autores a establecer una diferenciación. Así, se señala que será inexigible la prestación de socorro en los casos en que el proceso penal que amenaza al sujeto se produciría por un delito que nada tiene que ver con la situación de peligro de la víctima (10). En cambio, seguirá siendo exigible socorrer pese al riesgo de ser detenido y condenado en los casos en que el delito a enjuiciar es precisamente el relativo a la causación de tal situación de peligro (vgr. en la gran mayoría de casos, el atropello o colisión) (11).

3. La anterior distinción tiene una importante razón en su favor. En efecto, parte de advertir que no es la misma la intensidad del deber de socorro en un caso en que no se intervino en la creación de la situación de peligro, que en otro en que sí se generó dicha situación de peligro para la víctima (por actuar precedente peligroso o *injerencia*) (12). Así las cosas, podría ser que, dada la amenaza de un mismo riesgo (proceso y sanción penal) para el sujeto, en un caso (el primero) fuera inexigible cumplir con el deber *general* de socorro, y en el otro (el segundo), en cambio, fuera exigible cumplir con el deber *especial* de socorro surgido en la situación concreta. No obstante, la distinción expuesta peca de excesivo esquematismo. En efecto, cabe que no se haya generado la situación de peligro y que, sin embargo, parezca difícil negar la exigibilidad del socorro; por ejemplo, en los casos en que el sujeto, por otro motivo, se encuentra en una posición de responsabilidad agravada respecto a la víctima, incluso hasta el punto de hacerle responsable del resultado a título de comisión por omisión (13). A la inversa, me parece excesivamente

(10) En contra de establecer esta distinción RUDOLPHI: *SK, BT*, 3.^a ed., § 323 c), núm. 27. A favor, en cambio, CRAMER: *Schönke-Schröder Strafgesetzbuch Kommentar*, 22.^a ed., München, 1985, § 323 c), núm. 23.

(11) Recoge la distinción expuesta, FRELLESEN: *Die Zumutbarkeit*, p. 172. FORSTER: *Die Zumutbarkeit*, p. 145. Afirmando la exigibilidad para el segundo caso, FURTNER: *Hilfeleistung nach 330 c) StGB trotz Gefahr eigener strafgerichtlicher Verfolgung?*, en «*Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*», 1961, pp. 1196-1197.

(12) FORSTER: *Die Zumutbarkeit*, p. 145.

(13) Cfr. FRELLESEN: *Die Zumutbarkeit*, pp. 201-202, aludiendo a cómo la concurrencia de un deber de garantía en el sujeto intensifica la exigibilidad. Discrepante para los casos de posición de garantía en que no se crea el peligro, FORSTER: *Die Zumutbarkeit*, p. 145.

categórica la afirmación de que siempre —pese al riesgo de ser detenido— es exigible socorrer a la víctima del peligro creado por uno mismo; ello no tiene en cuenta la posibilidad —de la que el supuesto de hecho que nos ocupa es buena muestra— de que la detención dé lugar a sanción penal no sólo por los hechos que supusieron la necesidad de socorrer a la víctima, sino también por otros hechos delictivos anteriores. Con lo que de nuevo nos hallamos ante el problema. Un problema que estimo de difícil resolución, dado que la única vía auténticamente practicable para la misma es la de acudir a la valoración en el caso concreto (o grupos de casos). Ello, que sin duda no constituye el *desideratum*, es, sin embargo, casi obligado a partir de la concepción de la exigibilidad como principio regulativo. La virtud del planteamiento distintivo que hemos comentado radica precisamente ahí: en proporcionar un primer grupo de elementos a la valoración, al presentar por separado los deberes de diferente intensidad. Pero, a mi juicio, habría que tener en cuenta además otros extremos: así, la gravedad del peligro que amenaza a la víctima que debe ser socorrida, las posibilidades de que efectivamente dispone el sujeto de eliminar o reducir ese peligro, la intensidad mayor o menor del riesgo de ser detenido (14), la gravedad de la pena que se impondría al sujeto (por todos los delitos por los que fuera enjuiciado), etc. Estos y muchos más serían, según entiendo, los elementos que habrían de considerarse a la hora de decidir, en cada caso, si al sujeto le es exigible o no la prestación del socorro (15).

4. En resumen, estimo posible afirmar en algunos casos la inexigibilidad de la prestación de socorro cuando el socorrer implicaría probablemente para el sujeto la detención y consiguientes enjuiciamiento y condena. Ello, que considero materialmente satisfactorio, parte de la concepción del delito de omisión del deber de socorro como un tipo excepcional en nuestro sistema, al exigir bajo amenaza penal prestaciones positivas de los ciudadanos en general sin precisar de posiciones especiales de responsabilidad (salvo, claro está, en el párrafo 3.^º) (15 bis). En este marco, la cláusula «sin riesgo propio ni de tercero» aparece como un contrapunto liberal que va más allá de los términos de la eximente de estado de necesidad. En efecto, dejando aparte las discrepancias existentes en nuestra doctrina acerca de la

(14) Así, por ejemplo, sería desde luego exigible socorrer si la prestación de socorro no elevara el riesgo de detención, FURTNER: *NJW* 1961, p. 1197.

(15) En sentido parecido, aunque concretándolo en términos algo diferentes, FORSTER: *Die Zumutbarkeit*, pp. 110-111 y 126. FRELSEN: *Die Zumutbarkeit*, p. 196. Sobre la exigencia de cierta proporcionalidad entre el peligro que se podría evitar y el que se sufre, CRAMER: *Schönke-Schröder*, 22.^a ed., § 323 c), núm. 22.

(15 bis) A mi juicio, RODRÍGUEZ MOURULLO: *La omisión*, pp. 226-227, no tiene en cuenta esta especial naturaleza de la omisión de socorro cuando señala que el interés en evitar la imposición de una sanción penal sólo es tolerable en tanto no se recurra a medios que constituyan por sí mismos nuevos delitos. En cambio, sobre el tema, WELZEL: *JZ* 1958, p. 496.

naturaleza sistemática de tal cláusula (16), la gran mayoría de los autores coinciden en entender que, si bien no basta una mera molestia para apreciar que concurre, tampoco son necesarios los requisitos de gravedad ni de ponderación de bienes referidos en el artículo 8.7.^º del Código penal (17). No me parece admisible excluir de modo general del ámbito de aplicación de la cláusula los «riesgos justificados» (como el de la detención por un delito cometido); tal restricción conduce en la práctica a una ampliación de las fronteras de lo punible que no tiene en cuenta el tenor legal. Por el contrario, estimo procedente recurrir a la valoración de las situaciones concretas a fin de decidir en cuáles de ellas se da un *riesgo relevante* hasta el punto de hacer inexigible la prestación de socorro. Todo ello, teniendo en cuenta la especial naturaleza del delito del artículo 489 bis del Código penal.

5. En el caso que nos ocupa podrían darse elementos suficientes para afirmar la inexigibilidad de la prestación de socorro: por un lado, sobre el sujeto pendía no sólo la sanción por las lesiones imprudentes, sino también la correspondiente a la sustracción del vehículo; por otro lado, se encontraba en estado de fuerte intoxicación etílica, lo que no le hacía especialmente capaz de socorrer; y, en fin, la situación de peligro no era extremada, dado que, como consta en los Antecedentes de Hecho, los lesionados curaron a las ocho y doce días, respectivamente. Esto último, que incluso podría llevar a dudar de la justeza de la estimación de un «peligro manifiesto y grave» (18), constituye un argumento más para concluir la inexigibilidad: las lesiones eran leves, el sujeto activo en poco podía contribuir a paliarlas y él, en cambio, corría el riesgo de una detención con el problema añadido de ser reincidente. ¿Es exigible que alguien se exponga a tanto para tratar de resolver —en condiciones tan poco satisfactorias— una situación en sí tan poco peligrosa?

(16) La doctrina entiende mayoritariamente que tal cláusula está inspirada en el principio de no exigibilidad [por todos, MUÑOZ CONDE: *Derecho penal (PE)*, 6.^a ed., Sevilla, 1985, p. 160]. Aunque existe debate entre quienes consideran que la misma afecta a la culpabilidad y quienes entienden que aquí aparece incorporada al tipo (en este último sentido, SAINZ CANTERO: *El delito de omisión del deber de socorro*, en «RGLJ», 209 (1960), pp. 422-454, p. 447). Considerar que es expresión de una causa de justificación, RODRÍGUEZ MOURULLO: *La omisión*, pp. 213 y ss.; CÓRDOBA: *Comentarios al Código penal*, III, Barcelona, 1978, pp. 1214-1215. Claramente en el sentido de entender que es un elemento del tipo objetivo, HUERTA TOCILDO: *La Ley 1983*, tomo 4, p. 1053. Por mi parte, entiendo que se trata de elementos típicos, al ser la exigibilidad componente de la mayoría de los tipos omisivos, cfr. SILVA SÁNCHEZ: *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Barcelona, 1986, pp. 301 y ss.

(17) Cfr. MUÑOZ CONDE: PE, 6.^a ed., p. 160. RODRÍGUEZ DEVESAS: *Derecho penal (PE)*, 10.^a ed. (a cargo de Serrano Gómez), Madrid, 1987, p. 127, que coinciden en entender que no basta una mera molestia. Por su parte, QUERALT JIMÉNEZ: *Derecho penal español (PE)*, vol. I, Barcelona, 1986, p. 175, señala que «el nivel de sacrificio exigido es pequeño: basta el pronóstico “ex ante” de que la acción salvadora acarrearía un perjuicio para la persona o integridad física propia o de un tercero». Parece necesario añadir a estos bienes la libertad.

(18) Cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO: *La omisión*, p. 166, sobre la perspectiva cuantitativa de la gravedad del peligro.

III

1. El segundo de los temas abordados por la sentencia de 27 de abril de 1987 y que merece algún comentario, alude a la realización del delito de omisión del deber de socorro con ocasión de conducir un vehículo bajo una «fuente intoxicación alcohólica». El supuesto es significativo, en primer lugar, por permitir que el Tribunal Supremo se pronuncie sobre la diversa relevancia penal de las situaciones de embriaguez, sirviéndose de algunas afirmaciones que son, cuando menos, discutibles. Según el parecer de la Sala, sólo la embriaguez *fortuita* puede dar lugar a una exención completa o incompleta de la responsabilidad criminal, en función de que alcance «plenitud de efectos sobre el psiquismo del ebrio» o no llegue a tanto (19). La embriaguez culposa sólo determinará, siempre según el tenor de la sentencia que comentamos, la aplicación de la atenuante del artículo 9.2.º del Código penal (20). Tales consideraciones resultan criticables desde diferentes perspectivas. Por un lado, no se entiende por qué una embriaguez culposa no puede dar lugar a la eximente (completa o incompleta) de transtorno mental transitorio (21). El establecer diferencias, a este respecto, entre la eximente del artículo 8.1.º y la atenuante del artículo 9.2.º, choca frontalmente con lo dispuesto en el Código penal, que se conforma en ambos casos con que la situación no se haya buscado (o no se haya producido) con el propósito de delinquir. Cuestión diferente es que quien provoca imprudentemente una situación de embriaguez pueda ser hecho responsable en virtud de la estructura de *actio libera in causa*. Independientemente de esta posibilidad de imputación *en la causa*, sin embargo, no hay argumentos para negar la eficacia eximente —total o parcial— de tal situación de embriaguez en la última fase del proceso. Pero es que, además, el Tribunal Supremo no distingue de modo suficiente las diversas posibilidades que caben en la relación *provocación-embriaguez-delito cometido*. Estas son, muy esquemáticamente, las siguientes:

- 1 a) Provocación dolosa de la embriaguez más dolo de cometer un delito en tal situación (dolo/dolo).
- 1 b) Provocación dolosa de la embriaguez más imprudencia respecto a la comisión de un delito en tal situación (dolo/imprudencia).
- 2 a) Provocación imprudente de la embriaguez más imprudencia

(19) «...de suerte que a la embriaguez —atendidos su origen e intensidad— pueden acordársele efectos de exención total si es plena y fortuita, como incursa en el transtorno mental transitorio, o de eximente incompleta si siendo involuntaria en la causa no llega a alcanzar la plenitud de efectos sobre el psiquismo del ebrio...».

(20) Esta, en efecto, sería de aplicación a la embriaguez «...que no siendo fortuita ni preordenada en su origen, sino más bien culposa, produce igualmente perturbación notable del intelecto y voluntad como potencias más destacadas de la psique...».

(21) Críticamente la doctrina. Por todos, COBO-VIVES: *Derecho penal (PG)*, 2.ª ed., Valencia, 1987, p. 636. GÓMEZ BENÍTEZ: *Teoría jurídica del delito*, Madrid, 1984, pp. 470 y ss; MIR PUIG: *Derecho penal (PG)*, Barcelona, 1985, pp. 510 y ss.

respecto a la comisión de un delito en tal situación (imprudencia/imprudencia).

2 b) Provocación imprudente de la embriaguez más ausencia de dolo e imprudencia respecto a la comisión de un delito en tal situación (imprudencia/...).

3 a) Embriaguez fortuita (.../...) (22).

El mencionado esquema pone, a mi juicio, claramente de relieve la diferencia trascendente entre las situaciones en que el dolo o la imprudencia se refieren sólo al hecho de embriagarse, y aquéllas en las que uno u otra se refieren, además, al delito cometido en estado de embriaguez. Lo inmediato, a la vista del Derecho vigente en España, es concluir que sólo el supuesto 1 a) excluye la aplicación de la eximente del artículo 8.1.^º y la atenuante del artículo 9.2.^º del Código penal (23), permitiendo todos los demás tal aplicación; lo que no excluye que en 1 b) y 2 a) pueda operar la estructura de la *actio libera in causa* imprudente, siempre que el delito cometido en el estado de transtorno sea susceptible de imputarse por la vía de la mencionada estructura. Todo ello, por supuesto, con independencia de si la embriaguez de la última fase surte efectos eximentes, de exención incompleta o de atenuación. En estas dos últimas variantes se producirá la coincidencia de un título de «imputación ordinaria» (el hecho realizado en la segunda fase con la concurrencia de la atenuante o eximente incompleta) y otro de «imputación in causa» (el hecho de provocación en la primera fase de la atenuación o exención incompleta para la segunda fase) que habrá que resolver conforme a criterios concursales (dé leyes) (24).

2. De todos modos, hechas las observaciones anteriores sobre la incidencia general de la embriaguez en la realización de hechos delictivos, conviene detenerse sobre los aspectos particulares de la misma a propósito del delito de omisión del deber de socorro. Dos son las cuestiones que, a este respecto, es preciso contemplar: por un lado, la influencia de la embriaguez sobre la propia antijuricidad del hecho y no meramente sobre la culpabilidad (imputabilidad); por el otro, las peculiaridades de la aplicación de la estructura de «*actio libera*» al delito de omisión de socorro (como «*omissio libera in agendo*»). El primero de los temas referidos pone de relieve una singularidad de los delitos de omisión. En ellos, en efecto, la ingestión alcohólica puede afectar, además de a la imputabilidad del sujeto, a la presencia de un tipo de injusto omisivo (de una «omisión» en sentido jurídico-penal) (24 bis). A diferencia de lo que ocurre en los delitos comisivos,

(22) Cfr. MIR PUIG: *PG*, p. 511.

(23) Siempre que, además, sea un dolo caracterizable como «propósito».

(24) Vid. al respecto mi trabajo, SILVA SÁNCHEZ: *La embriaguez atenuante o eximente en el delito del artículo 340 bis a) I.º (A la vez, algunas observaciones sobre la doctrina de la «actio libera in causa»)*, en prensa (RD circ.).

(24 bis) Sobre que la embriaguez, como la enfermedad mental, son cuestiones que afectan a más de un nivel sistemático, esto es, que tienen repercusiones en el injusto

a tal efecto no será precisa una embriaguez «letárgica» excluyente de la acción. Por el contrario, bastará, en primer lugar, una embriaguez que *ex ante* permita concluir la *imposibilidad* de prestar socorro, esto es, de atender con perspectivas de éxito a la persona necesitada de ayuda, una embriaguez que, según cuál fuera el contenido concreto de la acción salvadora, ni siquiera tendría que ser plena (25). En segundo lugar, a mi juicio, excluiría el tipo del delito del artículo 489 bis del Código penal, una embriaguez que, en el caso concreto, convirtiera a la prestación de socorro en un riesgo para el propio sujeto activo o un tercero (26), esto es, diera lugar indirectamente a que la «cláusula de exigibilidad» del referido precepto entrara en funcionamiento. En fin, excluiría el tipo de la omisión de socorro dolosa (y, eventualmente, también el de la imprudente) una embriaguez que impidiera que el sujeto se apercibiera de la existencia de la situación típica o de la posibilidad de resolverla, actuando así en error de tipo vencible o invencible (26 bis).

3. ¿Podría advertirse algo de lo anterior en el caso concreto que comentamos? Parece que, de acuerdo esta vez con lo señalado por el Tribunal Supremo, debe concluirse que no. Desde luego, resulta probado que el conductor estaba afectado por una fuerte intoxicación etílica. Pero, no obstante, no parece que la intoxicación fuera tan intensa como para impedirle demandar auxilio ajeno (27), con lo que puede afirmarse la *posibilidad «ex ante» de actuar en el sentido indicado por el tipo*. Por otro lado, tampoco parece de recibo la argumentación de la defensa que, junto a lo anterior, sostiene que «dado su estado, le era arriesgado prestar el auxilio por el peligro de ser, a su vez, atropellado por otros coches»; pues la misma forma de socorro consistente en demandar auxilio ajeno le era perfectamente factible sin correr riesgo alguno (28). Los efectos de la embriaguez

y no sólo en la culpabilidad (también en los delitos de comisión), vid. MIR PUIG: *Función de la pena y teoría del delito en el estado social y democrático de Derecho*, 2.^a ed., Barcelona, 1982, p. 97, nota 133.

(25) Piénsese en que la conducta salvadora fuera ir nadando hasta el lugar en que la víctima se ahoga. Dado que la posibilidad de actuar y la posibilidad «*ex ante*» de evitar el resultado son elementos del concepto de omisión (tipo de injusto omisivo), una embriaguez que afectara a lo uno o a lo otro excluiría ya la propia antijuricidad omisiva.

(26) Incluida la propia víctima.

(26 bis) Este efecto de la embriaguez en la antijuricidad puede advertirse también en los delitos comisivos.

(27) Forma de auxilio que el artículo 489 bis prevé como alternativa a la propia prestación de socorro (párr. 2.^º) y que sí parece posible en el caso concreto, dado que el sujeto siguió conduciendo para huir del lugar de los hechos. Dice el Tribunal Supremo: «Siendo así que, al igual que huyó, pudo demandar auxilio, al ocurrir los hechos muy cerca de poblado.» Según el Tribunal Supremo, la capacidad para esta segunda conducta debe presumirse en toda persona imputable, aun con imputabilidad disminuida.

(28) La existencia de un error de tipo motivado por la embriaguez, alegada, asimismo, por la defensa, es rechazada por el Tribunal Supremo: realmente consta en los hechos probados que el sujeto huyó «pese a haberse apercibido de la existencia de lesionados», con lo que el error sólo podría haberse referido a la posibilidad de actuar en el sentido requerido por el tipo, lo que no parece probable.

quedan, así, reducidos al ámbito sistemático de la imputabilidad. En cuanto a esto es, desde luego, discutible si deben dar lugar tan sólo a la atenuante (como estima el Tribunal Supremo, fundamentándolo en las consideraciones criticadas al principio de este apartado) (29) o, más bien, a una eximente incompleta e incluso completa. Sin embargo, la parquedad de las alusiones hechas en los Antecedentes de Hecho a este tema impide la adopción de una solución concluyente al respecto, por mucho que la expresión «fuerte intoxicación etílica» parezca tener un sentido que va más allá de la mera atenuación por embriaguez.

4. En cuanto al segundo de los temas antes indicados, es decir, el relativo a la aplicación de la estructura de «actio libera» al delito de omisión de socorro, no cabe ignorar la existencia de sustanciales dificultades. Estas se derivan fundamentalmente del hecho de que en la segunda fase o no hay omisión (si falta la posibilidad de actuar) o la misma no es culpable (30) y en la primera fase es dudoso poder advertir una omisión (31). En mi opinión, que expreso aquí muy resumidamente, si ya en la primera fase (esto es, al embriagarse) se advierte o debería advertirse la posibilidad real de que con posterioridad haya que socorrer a terceros, cabría afirmar que ya en esa primera fase hay una situación de peligro (al provocar la propia incapacidad de socorrer) y una omisión de la conducta indicada (que debe consistir en mantener la propia capacidad de socorrer a terceros) (31 bis). Sin embargo, será imposible afirmar la concurrencia de una «omisión» (que, no se olvide, según entiendo no es otra cosa que una realización típica omisiva, dolosa o imprudente) cuando en la primera fase, esto es, al embriagarse, resulta subjetivamente imprevisible que haya que socorrer a nadie (32). Dado que, a diferencia de lo que ocurre en la comisión por omisión (32 bis), esto último será lo más común en la omisión de socorro (33), en la que se trata de ciudadanos sin ningún deber especial, parece claro que la estructura de «omissio libera in agendo» tendrá una muy limitada aplicación en el delito de omisión del deber de socorro. Quizá por ello se ha discutido con cierta intensidad en Alemania acerca de la aplicación

(29) El Tribunal Supremo rechaza expresamente el transtorno mental transitorio.

(30) Prescindo ahora de ocuparme, dada su complejidad, de los casos en que en la segunda fase concurren una atenuante o una eximente incompleta provocadas. Cfr. lo señalado en nota 24.

(31) Sobre estas dificultades, cfr. SILVA: *El delito*, pp. 262 y ss.: son las propias de las situaciones de «omissio libera in agendo».

(31 bis) Cfr. SILVA: *El delito*, p. 268. Un comentario sobre las otras dos fundamentaciones teóricas, la de la infracción directa del mandato y la de la prohibición derivada teleológicamente del mandato, se halla en pp. 262-264.

(32) Piénsese en quienes beben despreocupadamente en cualquier fiesta.

(32 bis) En la que el sujeto tiene una posición de responsabilidad agravada hasta el extremo de la identidad estructural con la comisión activa.

(33) Salvo en los casos en que el sujeto que se embriaga tiene previsto conducir después en estado de embriaguez.

a estos casos de embriaguez en el delito de omisión de socorro del tipo del *Vollrauschtatbestand* [§ 323 a) StGB], que sanciona a quienes realizan un hecho antijurídico en estado de inimputabilidad (intoxicación por alcohol o drogas) provocada, con independencia de esa relación de previsibilidad de la concreta situación de peligro, a la que antes aludíamos como exigencia para aplicar la estructura de «omisión libera in causa (in agendo)» (34).

IV

1. Deseo, por último, ocuparme, a propósito de la STS de 27 de abril de 1987, de un tema que en la misma no recibe un tratamiento especial, pero para cuyo comentario ésta, como cualquier otra de las sentencias del Tribunal Supremo sobre el delito del artículo 489 bis III del Código penal, es ocasión propicia. En efecto, en este pronunciamiento jurisprudencial se aplica el párrafo 3.º del artículo 489 bis del Código penal (en concurso real con el correspondiente delito imprudente) a quien, tras producir imprudentemente una situación de peligro para otra persona, dolosamente deja de socorrerla. Esta solución, que parte de interpretar el término «accidente» del artículo 489 bis, 3.º, como comprensivo tanto de las creaciones imprudentes de peligro como de las fortuitas, muestra los siguientes rasgos característicos: a) es expresión de la corriente dominante en la jurisprudencia y en la doctrina española (según creo) (35); b) se distancia de la postura dominante en Alemania, para la que el sujeto que, por ejemplo, tras un atropello imprudente (y, según algunos, incluso uno fortuito), no socorre a la víctima (dolosamente) es sancionado por comisión por omisión dolosa (por *injerencia*) (36); c) ha sido reciente-

(34) Cfr. BayOLG 22-2-1974 8 St 52/73, publicada en «NJW 1974», pp. 1520-1523. Sobre el tema, además ampliamente, STRENG: *Unterlassene Hilfseleistung als Rauschtat?*, en «JZ», 1984, pp. 114-120, en especial 117 y 118.

(35) Cfr. STS de 24 de abril y 16 de noviembre de 1974, 17 de noviembre de 1975, 29 de noviembre de 1978 y 5 de abril de 1983 (comentada por HUERTA TOCILDO: *La teoría de la imputación objetiva y su versión jurisprudencial*, *La Ley*, 1983-3, pp. 277-283), que exige imputación objetiva, y 25 de enero de 1984, entre otras. En la doctrina, MUÑOZ CONDE: *PE*, 6.ª ed., p. 161. BUSTOS RAMÍREZ: *Manual de Derecho penal (PE)*, Barcelona, 1986, p. 99. QUERALT: *PE*, p. 176. TÓRIO: *Aspectos de la omisión especial de socorro*, en «ADPCP», 1967, pp. 581-602, 583-584. RODRÍGUEZ MOURULLO: *El delito de omisión de auxilio a la víctima y el pensamiento de la injerencia*, en «ADPCP», 1973, pp. 501-531, p. 511. LUZÓN PEÑA: *Injerencia, comisión por omisión y omisión de socorro*, en «Derecho penal de la circulación», Barcelona, 1985, pp. 121-130, p. 126.

(36) Por todos, JESCHECK: *Tratado de Derecho penal* (trad. Mir-Muñoz Conde), Barcelona, 1981, pp. 859 y 860, con amplias referencias bibliográficas. También HERZBERG: *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*, Berlin-New York, 1972, pp. 256 y 293. Muy crítico con esta doc. dom. SCHÜNEMANN: *Zur Kritik der Ingerenz-Garantenstellung*, en «Golddammer's Archiv für Strafrecht (GA)», 1974, pp. 231-242, pp. 233-236. Para otras voces discrepantes, cfr. SILVA: *El delito*, p. 345, nota 282, aludiendo a Meyer-Bahlburg, Nickel, Schöne, Roxin, etc. En la línea de la doc. dom. alemana parece pronunciarse la reciente STS 25-4-88 (ponente Bacigalupo Zapater).

mente criticada en nuestro país desde dos extremos: uno que entiende que el artículo 489 bis, 3.^º, sólo debe aplicarse en caso de *causación fortuita* de la situación de peligro (37), y otro que entiende que sólo debe aplicarse en caso de *causación imprudente* (38) del referido peligro.

2. La primera de estas dos posturas críticas se asienta sobre dos premisas fundamentales: a) la consideración de que el actuar precedente imprudente (vgr. en este caso, el atropello imprudente) da lugar a que el posterior no-socorrer constituya una realización típica en comisión por omisión (por la concurrencia de la posición de garantía de la injerencia) (39), y b) la consideración sistemático-gramatical de que el término «accidente» del artículo 489 bis 3.^º del Código penal sólo se refiere al actual precedente fortuito, con lo que la omisión pura agravada se limitaría a éste, concordando con la conclusión obtenida antes respecto al actuar precedente imprudente (40). Por su parte, la segunda de las posturas críticas se deriva de sostener que ningún actuar precedente, ni el imprudente ni mucho menos el fortuito, son suficientes, no ya para una responsabilidad en comisión por omisión, sino ni siquiera para fundamentar una agravación de la sanción por la posterior omisión de socorro (41). Así las cosas, lo cohe-

(37) Dando lugar la causación imprudente a una posterior responsabilidad en comisión por omisión (en la línea de la doctrina dominante alemana). Así, HUERTA: *La Ley 1983-3*, p. 281. La misma autora en *Injerencia y artículo 489 bis, 3.^º del Código penal*, en «ADPCP», 1985, pp. 37-60, pássim. Este punto de vista, a propósito del artículo 106 del Código penal argentino, era el sostenido por BACIGALUPO: *Conducta precedente y posición de garante en el Derecho penal*, en «ADPCP», 1970, pp. 35-48, pp. 41, 43 y 44.

Se han adherido al punto de vista de Huerta Tocido, COBO-CARBONELL, en COBO-VIVES (coord.)-BOIX-ORTS-CARBONELL: *Derecho penal (PE)*, vol. II, Valencia, 1988, p. 67.

(38) Dando lugar la causación fortuita a responsabilidad por omisión del deber de socorro del artículo 489 bis 1.^º y 2.^º, esto es, sin la agravación. Es el punto de vista de ZUGALDIA ESPINAR: *Omisión e injerencia con relación al supuesto agravado del párrafo 3.^º del artículo 489 bis del Código penal*, CPC 1984, pp. 571-590, exponiendo la hipótesis en p. 578.

(39) Cfr. HUERTA: *ADPCP* 1985, pp. 50 y ss. 58 y pássim. Mas recientemente, Huerta (en su trabajo, *Las posiciones de garantía en el tipo de comisión por omisión*, contenido en el libro «Problemas fundamentales de los delitos de omisión», Madrid, 1987, pp. 17-197, p. 178) ratifica su punto de vista relativo a que la injerencia imprudente da lugar a responsabilidad en comisión por omisión, pero sólo de *lege lata*, proponiendo de *lege ferenda* que el artículo 489 bis, 3.^º, se refiera expresamente a los casos de imprudencia, excluyendo los fortuitos.

Por mi parte, estimo de difícil fundamentación la conclusión que la autora obtiene de que en el *Derecho español vigente* el actuar precedente imprudente da lugar a responsabilidad en comisión por omisión, y todo ello por no caber, a su juicio, dicho actuar en el término «accidente» del artículo 489 bis, 3.^º. Además, una reforma de tal artículo no puede tener tanta fuerza como para decidir si la injerencia da lugar o no a comisión por omisión, problema dogmático de construcción que surge en todos los ordenamientos por igual y que, desde luego, se seguiría planteando aunque se produjera la reforma del artículo 489 bis, 3.^º, propuesta por Huerta.

(40) HUERTA: *ADPCP* 1985, p. 49 alude al artículo 6 bis, b) del Código penal.

(41) ZUGALDÍA: *CPC* 1984, pp. 579 y 580, rechazando como criterios de agravación la «proximidad física» (para el actuar precedente fortuito), pues un no causante

rente es solicitar la derogación del párrafo 3.º del artículo 489 bis (42); sin embargo, dado que el citado párrafo es Derecho vigente y hay que dotarle de algún contenido, se propone que éste sea el mínimo posible y, por ello, se reduce a los casos de actuar precedente imprudente (43).

3. Por mi parte, estimo que el Tribunal Supremo y los autores que se sitúan junto a él tienen razón. Ello, por varias consideraciones que expongo muy sumariamente:

1. En primer lugar (y a diferencia de Huerta Tocido), estimo que ni el actuar precedente imprudente ni el fortuito pueden hacer responsable al sujeto que luego no evita el resultado como autor en comisión por omisión. Justificar cumplidamente este punto de vista exigiría, claro está, mayor espacio del que aquí dispongo. Por tanto, simplemente diré que, en mi caso, ello es consecuencia de mi concepción según la cual la comisión por omisión no se deriva de la infracción de un deber (ni siquiera de un deber de garante), sino que requiere la constatación de una identidad estructural y material entre el hecho omisivo y la realización típica comisiva correspondiente. Tal identidad exige, como condición *sine qua non*, la existencia de un previo acto de compromiso de contención de riesgos en el sujeto que luego omite hacerlo. Y esto, desde luego, no ocurre, en general (44), en los referidos supuestos, en los que se da lo que la doctrina alemana ha llamado *Garant wider Willen* (esto es, sujetos que serían garantes incluso contra su voluntad, sin acto voluntario de asunción) (45).

2. En segundo lugar (y a diferencia de Zugaldía), considero que hay motivos para mantener la agravación del párrafo 3.º del artículo 489 bis del Código penal (46). No ya por entender que respecto a la persona causante del accidente la víctima se encuentre en una situación de dependencia fáctica, ni por creer que aquélla posea un monopolio de ayuda (47). Pero sí por la existencia de una especie de relación de «proximidad social» (48), en virtud de la cual parece obvio que el que crea el peligro, incluso fortuitamente, es más que un simple tercero, ha «entrado» en la esfera jurídico-social de bienes de la víctima y tiene, por ello, un deber intensificado de evitar la

puede estar más cerca y en mejores condiciones de socorrer, y la infracción del deber (en el imprudente), pues en tal caso se produce una rechazable doble valoración de la imprudencia (sancionando por lesiones u homicidio imprudente y agravando la pena de la omisión).

(42) Y así lo propone ZUGALDÍA: *CPC 1984*, pp. 578 y 579.

(43) ZUGALDÍA: *CPC 1984*, p. 589.

(44) Sobre algunas excepciones a este principio, cfr. LUZÓN: *Derecho penal de la circulación*, p. 126 y ss.

(45) Sobre mi concepción de la comisión por omisión, cfr. SILVA: *El delito*, pp. 359 y ss. y *pássim*.

(46) Sobre los autores que comparten este punto de vista en Alemania, cfr. SILVA: *El delito*, p. 345, nota 282.

(47) Vid. la referencia a Zugaldía en nota 41.

(48) Cfr. HUERTA: *ADPCP 1985*, p. 44, citando a Androulakis.

producción de la lesión. No es, pues, algo empírico, fáctico, sino axiológico-normativo (49), por mucho que los argumentos fácticos (en general, el causante suele ser el que está en mejores condiciones para socorrer, aunque sea poniendo a la víctima en manos de otro sujeto más capaz) puedan haber contribuido a confirmar la hipótesis (50).

3. Pero sentado lo anterior, parece difícilmente aceptable que tal agravación afecte sólo a quienes han causado imprudentemente el accidente. La «proximidad social» es exactamente igual en la causación fortuita, de modo que sólo consideraciones versaristas podrían fundamentar la agravación en un caso sí y en el otro no. Sobre todo si se parte del hecho de que el delito comisivo imprudente eventualmente concurrente se castiga aparte.

4. En otro orden de cosas y dejando aparte mi postura contraria a que la injerencia fortuita o imprudente pueda fundamentar una responsabilidad en comisión por omisión, tampoco, desde el punto de vista exclusivo del artículo 489 bis, 3.º, veo motivo para sancionar sólo por omisión pura agravada a quien crea fortuitamente el peligro y, en cambio, por comisión por omisión a quien lo crea imprudentemente. De nuevo se advierte aquí una diferencia en la que sólo criterios versaristas podrían aportar una fundamentación satisfactoria.

5. Aparte está el tema de la interpretación gramatical del término «accidente». Huerta Tocido sostiene, a mi juicio con razón, que en el Código penal dicho término expresa en general la ausencia de dolo e imprudencia. De modo que, sistemáticamente, su postura se vería confirmada. Sin embargo, hay razones de uso común del lenguaje que permiten entender que el sentido literal posible del término «accidente» alcanza también a hechos imprudentes. De modo que, por esta parte, no hay obstáculos gramaticales a la solución que estimo materialmente más satisfactoria: a saber, que tanto el actuar precedente imprudente como el fortuito dan lugar, en caso de una posterior omisión de socorro, a la responsabilidad agravada del artículo 489 bis, 3.º, del Código penal. La única diferencia entre ambas situaciones será que, en caso de imprudencia, a la omisión agravada habrá que unir, en concurso real, una lesiones u homicidio activo imprudente.

(49) La relación es, desde luego, más estrecha aquí que con el «*quivis ex populo*» anónimo. Puede también decirse que aumenta la exigibilidad. Cfr. LUZON: *Derecho penal de la circulación*, p. 134.

(50) Con razón, a mi juicio (aunque no comparto su conclusión de adhesión a Huerta), dicen COBO-CARBONELL: *PE*, p. 67, que «no puede afirmarse que no exista una relación más estrecha entre el sujeto que causa fortuitamente un peligro y el bien jurídico que entre éste y un tercero ajeno al mismo». En un plano de Derecho privado, está claro que quien, incluso fortuitamente, causa un daño tiene deberes específicos de reparación. La *posición jurídica* de quien ha realizado un actuar precedente peligroso —también uno fortuito— es, pues, a la hora de tratar de reducir el daño, distinta de la del ciudadano no implicado previamente en ese daño. Por lo demás, también el sentimiento psicológico-individual y la conciencia ético-social establecen diferencias al respecto.

Jurisprudencia constitucional

**PUBLICADA EN ENERO-ABRIL DE 1988 Y CON APLICACION
EN MATERIA PENAL**

ANTONIO GONZALEZ-CUELLAR GARCIA
Universidad Autónoma de Madrid

I. CONSTITUCION

ARTÍCULOS 1, 9 y 10

Principio de proporcionalidad

V. Sentencia de 16 de febrero de 1988 sobre —*Arresto sustitutorio*— Artículo 91 CP.

ARTÍCULO 9.2

Principio de organización social

V. Sentencia de 16 de febrero de 1988 sobre —*Arresto sustitutorio*— Artículo 91 CP.

ARTÍCULO 14

Principio de igualdad

V. Sentencia de 16 de febrero de 1988 sobre —*Arresto sustitutorio*— Artículo 91 CP.

ARTÍCULO 17.1

Derecho a la libertad

El sometimiento de los conductores de vehículos a las normas del Código de la Circulación y, por tanto, a las autoridades encargadas de su cumplimiento, en cuanto no desborden —como ocurre en este caso— el campo de actuación que les es propio, no guardan relación alguna con el derecho a la libertad que consagra y protege el artículo 17 de la Constitución. Como dice la sentencia de

este Tribunal 107/1985, recordada por el Ministerio Fiscal en sus alegaciones, «...la verificación de la prueba que se considera (alcoholemia) supone para el afectado un sometimiento, no ilegítimo desde la perspectiva constitucional, a las normas de policía; sometimiento al que, incluso, puede verse obligado sin la previa existencia de indicios de infracción en el curso de controles preventivos realizados por los encargados de velar por la regularidad y seguridad del tránsito (art. 1, *in fine*, de la Orden de 29 de julio de 1981)».

(Sentencia de 18 de febrero de 1988. RA 205/86.—«BOE» de 1 de marzo de 1988.—Ponente: Fernando García-Mon.)

Reitera la doctrina contenida en la STC 199/87, dictada desde la perspectiva del artículo 55.2 CE, añadiendo que es clara que «la incomunicación gubernativa con solicitud de comunicación inmediata a la autoridad judicial, constituye una forma de privación de libertad que respeta lo prescrito en el artículo 17.1 CE, y, en consecuencia, no vulnera el derecho fundamental que éste garantiza».

(Sentencia de 21 de marzo de 1988. RA 659/86.—«BOE» de 12 de abril de 1988.—Ponente: Eugenio Díaz Eimil.)

V. Sentencia de 16 de febrero de 1988 sobre —*Arresto sustitutorio*— Artículo 91 CP.

ARTÍCULO 17.3

Asistencia de abogado al detenido

El artículo 17.3 de la Constitución reconoce este derecho al «detenido» en las diligencias policiales y judiciales como una de las garantías del derecho a la libertad protegido por el número 1 del propio artículo, mientras que el artículo 24.2 de la Constitución lo hace en el marco de la tutela judicial efectiva con el significado de garantía del proceso debido, especialmente del penal, según declaran las sentencias 21/1981, de 15 de junio, y 48/1982, de 5 de julio, y, por tanto, en relación con el «acusado» o «imputado».

Esta doble proyección constitucional del derecho a la asistencia letrada no constituye originalidad de nuestra Constitución, sino sistema que guarda esencial paralelismo con los textos internacionales reguladores de los derechos humanos suscritos por España, aunque deba adelantarse que, en materia de asistencia letrada al detenido, nuestra Constitución es más amplia y generosa, al menos explícitamente, que dichos textos internacionales.

El Convenio Europeo de 1950 proclama en su artículo 5 el derecho a la libertad, señalando los derechos del detenido preventivamente, entre los cuales, por cierto, no incluye el de asistencia letrada, y en su artículo 6 consagra el derecho al proceso debido, determinando los derechos del acusado con mención específica del derecho a ser asistido por un defensor de su elección.

El mismo modelo se acoge, sin diferencias sustanciales, en los artículos 9 y 14 del Pacto Internacional de 1966, el primero de los cuales no comprende el derecho del detenido a la asistencia letrada, reconociéndose en el segundo para

el acusado de un delito en los mismos términos establecidos en el 6 del Convenio Europeo.

Por consiguiente, en esos textos internacionales, tienen especial importancia la diferenciación entre «detenido» y «acusado» en relación con el derecho a la asistencia letrada y así lo evidencia, también, la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, constituida, entre otras, por las sentencias de 27 de junio de 1966 (caso Neumeister), 27 de febrero de 1980 (caso Deweer), 13 de mayo de 1980 (caso Artico) y 26 de marzo de 1982 (caso Adolf), en las cuales el reconocimiento del derecho se hace depender de la existencia de «acusación».

En nuestra Constitución, según hemos visto, se reconoce expresamente el derecho tanto «al detenido» como al «acusado», pero se hace en distintos preceptos constitucionales garantizados de derechos fundamentales de naturaleza claramente diferenciada que impiden determinar el contenido esencial del derecho a la asistencia letrada en relación conjunta con ambos preceptos.

Es desde luego muy difícil precisar dónde se encuentra la línea que separa los conceptos de «detenido» y «acusado» y ejemplo bien expresivo de ello es la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, anteriormente citada, en la que es claramente apreciable una oscilación que no permite obtener un criterio único en la determinación del momento en que se inicia la «acusación», ni de cuáles son las autoridades que deben intervenir para que ésta se produzca. Ello, sin embargo, no es obstáculo, aun partiendo de la más rigurosa concepción material de la «acusación», para afirmar que en el concepto supuesto que origina el proceso judicial en el que se plantea esta cuestión de inconstitucionalidad —detención de una persona por la policía en diligencias de investigación criminal, que duró catorce horas y cesó sin pasar el detenido a disposición judicial, ni intervenir el fiscal— no es posible apreciar la concurrencia de elemento inculpatorio o actuación procesal alguno que autoricen a entender que ha habido «acusación».

Nos encontramos, por tanto, con un caso de detención policial autónoma manifiestamente incardinable en el artículo 17.3 de la Constitución y ello determina que el contenido esencial del derecho a la asistencia letrada deba ser obtenido en el marco normativo de dicho precepto constitucional, al margen de toda conexión con el contenido esencial que a ese derecho pueda corresponderle en relación con el acusado en proceso penal, respecto del cual los textos internacionales citados reconocen un derecho a la libre elección de Abogado, que no puede, sin más y por las razones dichas, predicarse del derecho de asistencia letrada que garantiza nuestra Constitución, al detenido en diligencias policiales.

(Sentencia de 11 de diciembre de 1987. CI 286/84.—«BOE» de 8 de enero de 1988.—Ponente: Eugenio Díaz Eimil.)

ARTÍCULO 18.2

Derecho a la inviolabilidad del domicilio

La inviolabilidad del domicilio, o sea, el derecho de no penetración en el domicilio en contra de la voluntad del titular del mismo, protegida por el artículo 18 de la Constitución, es un derecho relativo y limitado en cuanto que la propia Constitución autoriza su restricción en supuestos contemplados por la Ley,

aunque exige, en principio, una decisión judicial al respecto, salvo en los casos de «flagrante delito». Ello supone que el derecho a la inviolabilidad del domicilio consiste sustancialmente en un derecho a que, contra la voluntad del titular y, salvo delito fragrante, no haya penetración en el propio domicilio, sin una autorización judicial, cuya concesión y realización se somete además en la Ley de Enjuiciamiento Criminal a la existencia de determinados requisitos (arts. 546 y ss.).

(Sentencia de 16 de diciembre de 1988. RI 285 y 292/85.—«BOE» de 8 de enero de 1988.—Ponente: Miguel Rodríguez-Piñero.)

ARTÍCULO 18.3

Secreto de las comunicaciones

Del artículo 55.2 de la Constitución no puede deducirse la posibilidad de una inicial competencia gubernativa para decidir sobre la observación o interceptación de las comunicaciones: el mismo no autoriza a la Ley a suprimir, de forma general y para todos los casos en aras de una mayor efectividad de la suspensión del derecho, la previa intervención judicial. Una adecuada ponderación de las finalidades perseguidas, suspensión singular del derecho al secreto de las comunicaciones e intervención judicial ha de llevar también a un proceso de concordancia entre ellas que consiga el objetivo constitucional de la suspensión del derecho, garantizado al mismo tiempo el máximo posible de intervención judicial. Debe tenerse en cuenta además, que el derecho al secreto de comunicaciones es un derecho relativo, un derecho a que no haya intervención de las mismas sin resolución judicial que la autorice. Por ello, la suspensión de este derecho ha de afectar de algún modo a esa exigencia de resolución judicial, que es contenido típico del derecho. De ahí la necesaria conexión entre la suspensión del derecho al secreto de las comunicaciones y la reducción de la intervención judicial al respecto. Aunque la Ley no podría establecer de forma general una plena libertad de acción policial al respecto, sin previa intervención judicial, sí que está habilitada por el artículo 55.2 de la Constitución y como régimen excepcional del Derecho, para eliminar el carácter previo de la intervención judicial, en supuestos en los que las circunstancias del caso no permitiesen la oportuna adopción previa de una resolución judicial, sin perjuicio de la ratificación posterior de la medida por la autoridad judicial.

(Sentencia de 16 de diciembre de 1988. RI 285 y 292/85.—«BOE» de 8 de enero de 1988.—Ponente: Miguel Rodríguez-Piñero.)

ARTÍCULO 20

V. Sentencia de 16 de diciembre de 1987 sobre *Suspensión de derechos y libertades*— Artículo 55.1 CE.

ARTÍCULO 24.1*Derecho a la tutela judicial efectiva*

Es verdad que este Tribunal ha dicho —y debe repetir ahora— que la tutela judicial efectiva de que habla el artículo 24 de la Constitución, se satisface primordialmente mediante una sentencia de fondo, que se pronuncie sobre las pretensiones sostenidas por las partes del proceso. Sin embargo, la jurisprudencia de este Tribunal ha reconocido también la posibilidad de que el derecho del artículo 24 de la Constitución se satisfaga mediante otro tipo de resolución fundada en Derecho, cuando así lo requiera o lo determine la naturaleza y las características del procedimiento seguido. En definitiva, el artículo 24 de la Constitución garantiza a los ciudadanos la efectiva prestación de la actividad jurisdiccional, que corresponde a la naturaleza y al tipo del procedimiento tal como éste se encuentra legalmente regulado, lo cual significa, como ha sido muchas veces establecido por la doctrina de este Tribunal, que en la configuración de la actividad jurisdiccional contemplada por el artículo 24 de la Constitución como tutela efectiva, tiene una influencia decisiva la intervención legislativa, siempre y cuando, como es obvio, en ella se respeten los principios y reglas sobre el proceso debido o el proceso justo, implícitas también en el mencionado artículo 24. De aquí hay que deducir que, si bien la forma prioritaria de satisfacción del derecho a la tutela judicial es la sentencia de fondo, que se pronuncie y decida sobre las pretensiones de las partes del proceso, nada obsta a que el proceso pueda concluir mediante otro tipo de resolución judicial configurada legalmente al efecto, cuando ninguna tacha de orden constitucional pueda oponerse a la regulación legal.

(Sentencia de 10 de marzo de 1988. RA 1.263/86.—«BOE» de 18 de marzo de 1988.—Ponente: Miguel Rodríguez-Piñero.)

V. Sentencia de 16 de diciembre de 1987 sobre *órganos jurisdiccionales competentes*. Artículo 11 de la LO 9/1984, de 26 de diciembre, contra actuación de bandas armadas y elementos terroristas y de desarrollo del artículo 55.2 de la Constitución.

ARTÍCULO 24.2*Derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley*

Cierto es que en dicho acto de la vista se alegaron esas dos excepciones, la incompetencia territorial y la prescripción, y cierto también que la sentencia que, asimismo, se impugna del Juez de la apelación no da respuesta a esas cuestiones, omitiéndola tanto en la fundamentación como en el fallo. Se da, pues, un supuesto de incongruencia (art. 359 LEC) en tanto no se han decidido todos los puntos objeto de debate, ni dado respuesta a una pretensión de la parte —en realidad una denegación técnica de justicia, STC 142/1987, de 23 de julio— que es tanto como una negativa de tutela judicial, que debe ser reparada ahora en esta vía

por constituir aquélla una vulneración del derecho a obtenerla, garantizado por el artículo 24.1 CE.

(Sentencia de 22 de enero de 1988. RA 106/87.—«BOE» de 5 de febrero de 1988.—Ponente: Carlos de la Vega Benayas.)

Es, por tanto, improcedente que este Tribunal se pronuncie sobre la petición de nulidad de la sentencia del Juez de Distrito, por supuesta vulneración del derecho «al Juez ordinario predeterminado por la Ley» (art. 24.2 CE), en cuanto ello supondría decidir sobre una declinatoria de jurisdicción de exclusiva competencia de los Tribunales, a quienes corresponde en principio la determinación del Juez competente (en este caso territorial) y ordinario señalado por la Ley o según los criterios que ésta indica.

(Sentencia de 22 de enero de 1988. RA 106/87.—«BOE» de 5 de febrero de 1988.—Ponente Carlos de la Vega Benayas.)

V. Sentencia de 16 de diciembre de 1987 sobre *órganos jurisdiccionales competentes*. Artículo 11 de la LO 9/1984, de 26 de diciembre, contra actuación de bandas armadas y elementos terroristas y de desarrollo del artículo 55.2 de la Constitución.

ARTÍCULO 24.2

Principio acusatorio

Y ésta es también reiterada, la doctrina de este Tribunal, referida al Derecho penal y, por analogía, al sancionador, cuando se pronuncia sobre «la identidad del hecho punible», entre el señalado por la acusación y el objeto de nueva calificación jurídica, o sobre la «homogeneidad» de los hechos, por sentar que no existe infracción constitucional si el Juez valora éstos y los calibra de modo distinto a como venían siéndolo (STC 104/1986, de 17 de julio, recogiendo doctrina anterior), siempre, claro, que no se introduzca un elemento o dato nuevo al que la parte o partes, por su lógico desconocimiento, no hubieran podido referirse para contradecirlo en su caso.

(Sentencia de 1 de febrero de 1988. RA 422/87.—«BOE» de 1 de marzo de 1988.—Ponente: Carlos de la Vega Benayas.)

La información en segunda instancia de la acusación formulada no subsanaría el aducido defecto cometido en la primera, pues el resultado final de todo el proceso sería que el acusado habría tenido una ocasión de informarse y defenderse de la acusación —esto es, en la apelación— y, en consecuencia, se le habría privado, efectivamente, de una primera instancia con todas las garantías, y con ello, de la tutela judicial que las Leyes le reconocen y el artículo 24 CE le garantiza. La resolución del presente caso reside pues, en determinar si se llevó a cabo o no en la primera instancia la vulneración del principio acusatorio; pues de haberse producido, no habría podido verse subsanada en la segunda, cuando ya

existía una condena penal, basada en elementos no sometidos al debate contradictorio.

El reconocimiento que el artículo 24 CE efectúa del derecho a la tutela judicial efectiva y a ser informado de la acusación, junto con la interdicción de la indefensión, suponen, considerados conjuntamente, no sólo por el acusado ha de conocer la acusación contra él formulada en el curso del proceso penal, y que ha de tener oportunidad de defenderse frente a ella, sino que además (y para que la tutela sea efectiva) el pronunciamiento del Tribunal ha de efectuarse precisamente sobre los términos del debate, tal como han sido formulados en las pretensiones de la acusación y la correspondiente defensa. Ello significa que ha de existir una correlación entre la acusación y el fallo de la sentencia, puesto que el juzgador penal queda vinculado, en su decisión, por la pretensión penal de la acusación. Sobre los términos de ésta habrán de versar, pues, tantos los alegatos de la defensa como el fallo de la sentencia correspondiente.

Como este Tribunal ya ha señalado, la acusación y el debate procesal ha de versar sobre los hechos considerados punibles que se imputan al acusado, que se configuran así como el objeto del proceso penal. De la misma forma, el debate contradictorio debe recaer, asimismo, sobre la calificación jurídica de esos hechos (STC 12/1981, de 10 de abril, fundamento jurídico 4.º), de manera que el acusado tenga la oportunidad de defenderse, pronunciándose, no sólo sobre la realidad de los hechos aducidos por la acusación, sino también sobre su ilicitud y punibilidad. El debate procesal, de este modo, vincula al juzgador penal, en cuanto que no podrá pronunciarse sobre hechos no aportados al proceso ni objeto de la acusación, ni podrá calificar jurídicamente esos hechos de forma que integren un delito de mayor gravedad que el definido en la acusación. Si el Juez o Tribunal entendiere que la calificación acusatoria se ha efectuado con manifiesto error, podrá utilizar la vía que prevé el artículo 733 LECr., de forma que la acusación y la defensa puedan pronunciarse sobre otras calificaciones jurídicas alternativas. Salvo este supuesto, no podrá el Juez penal calificar los hechos de manera que integren un delito penado más gravemente, ni condenar por delito distinto, excepto que en este último supuesto (y como este Tribunal ha indicado en sus SSTC 12/1981, de 10 de abril, fundamento jurídico 4.º, y 105/1983, de 23 de noviembre, fundamento jurídico 3.º, entre otras), se respete la identidad del hecho y se trate de tipos penales homogéneos.

Queda, por tanto, así acotada la vinculación del juzgador por el principio acusatorio, tal como resulta de los mandatos constitucionales, a los hechos objeto del debate y a su calificación jurídica, asimismo, dentro de los términos del debate procesal. Pero esta vinculación, si bien impide que la resolución judicial imponga una pena mayor que la correspondiente al delito efectivamente imputado en el proceso, no impide que, dentro de los límites de la señalada por la Ley al tipo penal incriminado, el juzgador remedie errores de la acusación (si ésta ha omitido pedir penas forzosamente vinculadas al tipo en cuestión, o ha pedido penas inferiores a las realmente correspondientes) e imponga penas superiores a la solicitada por el Fiscal cuando ello no suponga alterar los hechos aducidos en el proceso y se lleve a cabo dentro de los márgenes de la pena correspondiente al tipo penal que resulte de la calificación jurídica de los hechos formulada en la acusación y debatida en el proceso. Pues el Juez se halla sometido a la Ley y debe, por tanto, aplicar las penas que, según su juicio, procedan legalmente en relación con un determinado delito, siempre que, como se dijo, la calificación

como tal de unos hechos y los hechos mismos, hayan sido objeto del correspondiente debate.

(Sentencia de 16 de febrero de 1986. RA 1.060/86.—«BOE» de 1 de marzo de 1988.—Ponente: Luis López Guerra.)

La configuración legal del proceso penal en nuestro ordenamiento jurídico, frente a cuya legitimidad constitucional ningún reparo se opone, obliga a que el juicio sólo pueda abrirse cuando se formula, por el Ministerio Fiscal o por los sujetos privados oportunamente comparecidos, una acusación, pues sin acusación el proceso penal no puede funcionar, sin que sea inoportuno recordar que precisamente la proclamación del principio acusatorio, expresamente mencionado en el artículo 24, párrafo 2.º, haya de considerarse como una conquista en favor de los derechos de los ciudadanos. No es posible, por consiguiente, que el proceso penal se abra sin acusación por la sola petición de quien, desafortunadamente, se ha visto implicado en unos hechos de carácter criminal.

(Sentencia de 10 de marzo de 1988. RA 1.263/86.—«BOE» de 18 de marzo de 1988.—Ponente: Miguel Rodríguez-Piñero.)

ARTÍCULO 24.2

Presunción de inocencia. Valoración de las pruebas. Prueba de alcoholemia

Como primera aproximación para resolver el problema, sin perjuicio de las precisiones que por su propia naturaleza requiere la prueba de alcoholemia, hay que recordar que, con arreglo a los elementales principios que rigen el proceso penal acusatorio —contradicción, publicidad, oralidad e inmediación—, únicamente pueden considerarse pruebas con valor para su apreciación por los órganos judiciales las practicadas ante los mismos en el acto del juicio oral. Para decirlo con palabras del artículo 741 de la LECr., «el Tribunal, 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, dictará sentencia dentro del término fijado en esta Ley».

Con base en aquellos principios, en lo establecido en el precepto transscrito y en lo dispuesto por el artículo 120 de la Constitución, viene declarando insistentemente este Tribunal que los órganos judiciales no pueden basar su convicción sobre el material probatorio que figure en los atestados policiales que no tienen otro valor que el de denuncia (art. 297 LECr.) a investigar en las diligencias sumariales, y que éstas, encaminadas a la identificación del delincuente y a la averiguación del delito con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación (art. 299 de la citada Ley), no constituyen en sí mismas pruebas de cargo. Esto no quiere decir, en lo relativo a las diligencias sumariales, que carezcan de toda eficacia para la formación de la convicción a que se orienta la investigación sumarial, pero sí es necesario que se cumpla el requisito de su reproducción en el juicio oral, no como una simple fórmula de estilo, sino en condiciones que permita a las partes someterlas a contradicción, dentro de los principios de publicidad, oralidad e inmediación que se cumplen en el juicio oral.

Sobre las garantías procesales que han de cumplirse en el proceso para que la prueba de alcoholemia pueda desvirtuar la presunción de inocencia reconocida como derecho fundamental por el artículo 24.2 de la Constitución, ha de decirse, en primer lugar, que es aplicable a la misma las consideraciones generales que han quedado expuestas en el fundamento jurídico 2.º de esta sentencia. Pero, concretamente con referencia al *test* alcoholométrico, las SSTC 145/1985, de 28 de octubre, y 148/1985, del día 30 del mismo mes, recuerdan que el atestado policial, al tener simple valor de denuncia con respecto al hecho enjuiciado y al autor a quien se imputa, debe ser objeto de ratificación en el juicio oral para que pueda ser considerado legítimamente como prueba de cargo; que la simple lectura o reproducción en el juicio oral del atestado en que consta el resultado del *test* alcoholométrico no puede por sí mismo servir de fundamento al fallo condenatorio; que es preciso realizar en el curso del proceso una actividad probatoria que permita contrastar su contenido en cuanto a la fiabilidad del *test* y al valor de éste como elemento determinante del tipo delictivo contemplado por el precepto penal aplicado [art. 340 bis a), 1, del CP]. En suma, para que el *test* alcoholométrico pueda ser considerado y, por tanto, apreciado como prueba de cargo, ha de ser posible su contradicción en el juicio oral con la presencia de agentes que lo hayan practicado o, al menos, que haya sido ratificado o complementado durante el curso del procedimiento judicial. De no ser así, por falta de las garantías procesales exigibles, no puede atribuirse al *test* de alcoholemia valor probatorio de cargo con entidad suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia.

No corresponde al Tribunal Constitucional, sino a los órganos judiciales competentes, apreciar el valor probatorio de los medios utilizados en el proceso (art. 741 LECr.), pero este principio de la libre valoración de la prueba no excluye, según reiterada jurisprudencia de este Tribunal (SSTC 174/1985 y 175/1985, ambas de 17 de diciembre, entre otras muchas) que cuando se alegue ante él la presunción de inocencia, pueda verificarse si ha existido la prueba de la que racionalmente resulte, o pueda deducirse motivadamente de ella, el hecho o los hechos que desvirtúen la presunción.

(Sentencia de 18 de febrero de 1988. RA 205/86.—«BOE» de 1 de marzo de 1988.—Ponente: Fernando García-Mon.)

Presunción de inocencia. Elementos específicos que configuran un tipo delictivo. Medios de pruebas válidas. «In dubio pro reo»

La actividad probatoria que, para respetar la presunción de inocencia impone el artículo 24.2 de la Constitución, ha de ponerse en relación con el delito por el que se es condenado, de modo que cuando un mismo bien jurídico —en este caso la propiedad del automóvil— se protege mediante la tipificación de diversas conductas como delito —en este caso el robo y el hurto— y la diferencia se encuentra en la existencia o no de una circunstancia específica —aquí el haber forzado la cerradura o utilizar instrumento distinto de la llave—, la presunción de inocencia se refiere a todos los elementos fácticos que integran la tipificación del delito, y por ello también al que discute en la demanda. Como dice la STC 140/1985, de 21 de octubre, la existencia de la actividad probatoria de la que pueda deducirse la culpabilidad de una persona «ha de serlo en relación al

delito por el que ha sido condenado y no a otro que, incluso aunque proteja el mismo bien jurídico, declare punibles conductas en parte coincidentes. En definitiva, por lo que aquí interesa, para castigar a una persona por un delito de robo —y no de hurto— deberá existir una mínima actividad probatoria de la que el Juez pueda deducir la culpabilidad del procesado respecto al delito de robo».

Para condenar al recurrente por el delito de robo no habría bastado la actividad probatoria referente a la mera sustracción del vehículo, hecho además admitido por aquél, sino que era necesario también una actividad probatoria respecto los elementos específicos que configuran el delito de robo, sin cuya actividad probatoria sobre tales elementos la condena por robo supondría una violación del derecho a la presunción de inocencia reconocido en el artículo 24.2 de la Constitución. Para resolver si, en el presente caso, ha tenido lugar la violación denunciada en la demanda, hemos de verificar si se han traído al proceso, con las debidas garantías, medios probatorios sobre esas circunstancias específicas, aunque no nos «compete revisar la valoración que de tal prueba haya realizado el juzgador en conciencia, de acuerdo con el artículo 741 LECr., pues su jurisdicción respecto a la actuación de los Tribunales ordinarios, se reduce a determinar si se han vulnerado o no las garantías constitucionales [arts. 119.3, 123.1 y 161 b) de la Constitución y 44 y 54 de la LOTC], sin que pueda ni deba actuar como una tercera instancia» (STC 174/1985, de 17 de diciembre).

Si bien es cierto que los medios de prueba válidos para desvirtuar al presunción de inocencia son, en principio, los utilizados en el juicio oral y los preconstituidos de imposible o muy difícil reproducción, ello no puede entenderse en un sentido tan radical que conduzca a negar toda eficacia probatoria a las diligencias sumariales practicadas con las formalidades que la Constitución y el ordenamiento procesal establecen, siempre que puedan constatarse en el acto de la vista en condiciones que permitan a la defensa del acusado someterlos a contradicción (STC 80/1986, de 17 de junio).

Tampoco podría alegarse el juego del principio *in dubio pro reo*, que sólo opera cuando la prueba practicada no ha desvirtuado la presunción, *iuris tantum*, de inocencia.

(Sentencia de 23 de febrero de 1988. RA 563/86.—«BOE» de 18 de marzo de 1988.—Ponente: Miguel Rodríguez-Piñero.)

ARTÍCULO 25.1

Principio de legalidad

Este Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el significado de ese artículo constitucional, y los requisitos que de él se derivan para la imposición de sanciones administrativas. Así ha señalado que el artículo 25.1 CE comprende una doble garantía: la primera, de orden material y alcance absoluto, tanto por lo que se refiere al ámbito estrictamente penal como al de las sanciones administrativas, se traduce en la imperiosa necesidad de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes, y la segunda, de carácter formal, se refiere al rango necesario de las normas tipificadoras de aquellas

conductas y reguladoras de aquellas sanciones (STC 42/1987, de 7 de abril, fundamento jurídico 2.º).

Ha de recordarse que, para delimitar el sentido del artículo 25.1 CE, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre el significado del término «legislación vigente» en él contenido («nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento») señalando que, en el aspecto penal, constitucionaliza el principio de legalidad de manera tal que prohíbe que la punibilidad de una acción u omisión esté basada en norma distinta o de rango inferior a la legislativa (STC 8/1981, de 30 de marzo, fundamento jurídico 3.º), que los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado, tal y como refleja la propia Constitución (STC 18/1981, de 8 de junio, fundamento jurídico 2.º), y que, en consecuencia, la potestad sancionadora de la Administración encuentra en el artículo 25.1 el límite consistente en el principio de legalidad, que determina la necesaria cobertura de la potestad sancionadora en una norma de rango legal, como consecuencia del carácter excepcional que los poderes sancionatorios en manos de la Administración presentan.

Desde esta perspectiva, la utilización del Decreto-ley para la previsión de tipos ilícitos y las correspondientes sanciones que supondría una contradicción con lo dispuesto en el artículo 25.1 al configurarse el Decreto-ley, según el artículo 86.1 CE, como «disposición legislativa» que se inserta en el ordenamiento jurídico (provisionalmente hasta su convalidación, y definitivamente tras ésta) como una norma dotada de fuerza y valor de Ley (STC 29/1982, de 31 de mayo, fundamento jurídico 2.º) y como tal, sujeta al recurso y cuestión de inconstitucionalidad ante este Tribunal de acuerdo con lo previsto en el artículo 27.2 LOTC.

Conviene a este respecto precisar el alcance del referido mandato del artículo 86.1 CE. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha debido ya enfrentarse con la delimitación de la restricción que constitucionalmente se impone a los Decretos-leyes de no poder afectar a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el título I CE, delimitación que ha efectuado, teniendo en cuenta la peculiar naturaleza y finalidad de ese tipo de normas. Ha señalado así que no cabe una interpretación de esa restricción que suponga el vaciamiento de la figura del Decreto-Ley, y su inutilidad absoluta, lo que resultaría del otorgamiento al verbo «afectar» de un contenido literal amplísimo (STC 111/1983, de 2 de diciembre, fundamento jurídico 8.º). Y ha indicado igualmente que, en consecuencia, la prohibición a que nos referimos ha de entenderse como impeditiva, no de cualquier incidencia en los derechos recogidos en el título I, sino de una regulación por Decreto-ley del régimen general de los derechos, deberes y libertades contenidos en ese título, así como de que «por Decreto-ley se vaya en contra del contenido o elementos esenciales de alguno de tales derechos», habida cuenta de la configuración constitucional del derecho de que se trate, e incluso de su posición en las diversas secciones en el texto constitucional (STC 111/1983, fundamento jurídico 8.º).

Este Tribunal ha confirmado que es necesario, para cumplir con lo querido en el artículo 25.1 CE, que se predeterminen en la norma legal, las conductas ilícitas y las correspondientes sanciones. Ahora bien, también ha señalado el Tribunal Constitucional (STC 42/1987, de 7 de abril, fundamento jurídico 2.º) que

el alcance de esa reserva de Ley «no puede ser tan estricto en relación con la regulación de las infracciones y sanciones administrativas como por referencia a los tipos y sanciones penales en sentido estricto, bien por razones que atañen al modelo constitucional de distribución de las potestades públicas, bien por el carácter en cierto modo insuprimible de la potestad reglamentaria en ciertas materias (STC 2/1987, de 21 de enero), bien, por último, por exigencias de prudencia o de oportunidad que pueden variar en los distintos ámbitos de ordenación territoriales (STC 87/1985, de 16 de julio) o materiales». El mandato del artículo 25.1 determina la necesaria cobertura de la potestad sancionadora de la Administración en una norma de rango legal, pero no excluye que esa norma contenga remisiones a normas reglamentarias, siempre que en aquélla queden suficientemente determinados los elementos esenciales de la conducta antijurídica (de tal manera que sólo sean infracciones las acciones u omisiones subsumibles en la norma con rango de Ley) y la naturaleza y límites de las sanciones a imponer. El artículo 25.1 CE, pues, prohíbe la remisión al reglamento que «haga posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley» (STC 83/1984, de 24 de julio), pero no impide la colaboración reglamentaria en la normativa sancionadora.

(Sentencia de 21 de enero de 1988, CI 926/84 y 237/86.—«BOE» de 5 de febrero de 1988.—Ponente: Luis López Guerra.)

«Este Tribunal ha venido reconociendo la transcendencia constitucional del principio de legalidad penal y, por ende, la relevancia constitucional de la prohibición de analogía.»

(Sentencia de 16 de diciembre de 1987. RI 255 y 292/85.—«BOE» de 8 de enero de 1988.—Ponente: Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer.)

V. Sentencia de 16 de febrero de 1988 sobre *Imprudencia: penalidad*. Artículo 565 CP.

V. Sentencia de 16 de febrero de 1988 sobre *Arresto sustitutorio*. Artículo 91 CP.

ARTÍCULO 25.2

Reinserción social

V. Sentencia de 16 de febrero de 1988 sobre —*Arresto sustitutorio*— Artículo 91 CP.

Este Tribunal se ha ocupado en numerosas ocasiones en interpretar el inciso del artículo 25.2 de la Constitución invocado por el recurrente. En el ATC 15/1984 (sección tercera) ya dijimos que dicho precepto no contiene un derecho fundamental, sino un mandato del constituyente al legislador para orientar la política penal y penitenciaria, mandato del que no se derivan derechos subjetivos». La misma sección tercera, en su Auto de 10 de julio de 1985 (ATC 486/1985) dijo

que «lo que dispone el artículo 25.2 es que en la dimensión penitenciaria de la pena se siga una orientación encaminada a la reeducación y a la reinserción social, mas no que a los responsables de un delito al que se anuda una privación de libertad se les condene la pena en función de la conducta observada durante el periodo de libertad provisional». Tras estas resoluciones y tras los AATC 303 y 780 de 1986, en los que se reiteraron las afirmaciones contenidas en los antes transcritos, añadiéndose además que «el artículo 25.2 de la Constitución no establece que la reeducación y la reinserción social sean la única finalidad legítima de la pena privativa de libertad» (ATC 780/1986), esta Sala en su STC 2/1987, de 21 de enero, volvió a insistir en que, aunque no debe desconocerse la importancia del principio constitucional en él contenido, «el artículo 25.2 no confiere como tal un derecho amparable que condicione la posibilidad y la existencia misma de la pena a esa orientación».

(Sentencia de 23 de febrero de 1988. RA 580/87.—«BOE» de 18 de marzo de 1988.—Ponente: Francisco Tomás y Valiente.)

ARTÍCULO 53.1

Contenido esencial de los derechos fundamentales

Según doctrina iniciada por la STC 11/1981, de 8 de abril, y recientemente recordada por la STC 37/1987, de 26 de marzo, la determinación del contenido esencial de cualquier tipo de derecho subjetivo, y, por tanto, también de los derechos fundamentales de las personas, viene marcada en cada caso por el conjunto de «facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como perteneciente al tipo descrito y sin los cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose, por decirlo así. Todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales», lo cual también expresan las citadas sentencias, desde otro ángulo metodológico no contradictorio, ni incompatible con el anterior, como «aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al Derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección».

(Sentencia de 11 de diciembre de 1987. CI 286/84.—«BOE» de 8 de enero de 1988.—Ponente: Eugenio Díaz Eimil.)

ARTÍCULO 55.2***Necesaria intervención judicial. Suspensión de los derechos y libertades***

Buena parte del contenido de los recursos hace referencia al alcance de la exigencia constitucional de la «necesaria intervención judicial». Se trata de un tema particularmente complejo, dada la difícil compatibilidad, puesta de relieve por la doctrina, entre la suspensión de los derechos previstos en los artículos 17.2 y 18.2 y 3 de la Constitución y el mantenimiento de una intervención judicial, calificada como «necesaria» en cada uno de dichos supuestos de suspensión. No cabe sacrificar enteramente ninguno de los dos contenidos del artículo 55.2 de la Constitución, ya sea la necesaria intervención judicial a la suspensión, ya sea esta última a la primera, pues la Constitución trata de hacer compatibles la suspensión de los derechos y la intervención judicial al respecto. Nos encontramos en un supuesto característico de aplicación del llamado «principio de concordancia práctica», que impone tratar de hacer compatible la suspensión de los derechos y la intervención judicial. Quiere ello decir que el respeto a la fuerza normativa de la Constitución exigiría mantener toda la eficacia posible de la intervención judicial que fuera compatible con la voluntad, también de la Constitución, de posibilitar una suspensión singular de estos derechos, teniendo en cuenta, además, que la finalidad del precepto es hacer posible esa suspensión, imponiendo, complementariamente y como garantía de esa suspensión, una intervención judicial que ha de hacerse en todo caso compatible con aquélla. Ello supone que en último extremo, pero sólo en último extremo, la «necesaria intervención judicial», debe modalizarse para asegurar la posibilidad de la suspensión.

Precisamente por ello, no cabe, como pretenden los recurrentes, un tratamiento unitario e idéntico para todos los casos y para todos los derechos a que se refiere el artículo 55.2 de la Constitución del alcance de la necesaria intervención judicial, sino que ésta ha de abordarse en relación con los específicos problemas que la misma plantea para cada uno de los derechos suspendibles, y también en relación con las circunstancias en las que esa suspensión haya de realizarse. En particular, los recurrentes insisten en la necesidad de que la intervención judicial sea en todo caso previa a la actuación gubernativa que supone la suspensión del derecho. La Constitución exige, desde luego, una intervención judicial, y que además ésta sea decisiva al respecto, que pueda ratificar o levantar la suspensión del derecho. Para su mayor efectividad la intervención judicial, debería preceder a la puesta en práctica de la suspensión. Sin embargo, ello no excluye el que en ciertos casos la efectividad de la suspensión misma requiera una actuación inmediata de la autoridad gubernativa, sin perjuicio de la intervención sucesiva del órgano judicial, de forma que la medida podría ser adoptada provisionalmente por la autoridad administrativa a reserva de su ratificación o levantamiento por la autoridad judicial. En estos casos extremos la efectividad de la suspensión puede requerir posponer la intervención judicial a un momento posterior a la actuación gubernativa, pero esta modalización de la necesaria intervención judicial para hacer posible la suspensión entra en la lógica misma de la previsión incluida en el artículo 55.2 de la Constitución. Si la intervención judicial en estos casos fuera idéntica a todos los efectos a la existente en el régimen común de los derechos de los artículos 17.2 y 18.2 y 3 de la Constitución, no cabría hablar, como la Constitución hace, de suspensión de tales derechos.

En todo caso, esa labor de ponderación y de compaginación de la suspensión y la intervención judicial ni puede ser examinada de forma general para todos los derechos afectados, ni tampoco, respecto a cada uno de ellos, supone una respuesta única que permita una solución rígida en favor o en contra de la posibilidad de que la intervención judicial haya de ser en todo caso previa a la actuación administrativa en que se concrete la suspensión del derecho en cuestión.

(Sentencia de 16 de diciembre de 1987. RI 255 y 292/85.—«BOE» de 8 de enero de 1988.—Ponente: Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer.)

II. LEY ORGANICA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

ARTÍCULO 35.2

Cuestión de inconstitucionalidad. Juicio de relevancia. Presupuestos procesales del proceso judicial.

La función del control de los presupuestos procesales de las cuestiones de inconstitucionalidad debe entenderse limitada a los que establece el artículo 35.2 LOTC como propios de las mismas, sin que sea extensible a los que corresponden al proceso judicial en el que se plantean, pues la observancia de los presupuestos de éste es competencia del órgano judicial ante el cual se promueve y no es integrable en el juicio de relevancia en cuanto que, respecto al mismo, lo único que nos incumbe comprobar es que venga exteriorizado en el Auto de planteamiento y resulte adecuado a los términos en que se expresa el citado artículo 35.2 LOTC y no incurra, por tanto, en notoria falta de fundamento o consistencia. Una vez realizada dicha comprobación con el resultado positivo de que se estima suficientemente justificada la dependencia de la decisión del proceso a la validez de la norma cuestionada, el control del juicio de relevancia queda agotado, al margen de que en el proceso judicial se cumplan o no los presupuestos formales que legalmente le corresponden.

Estos presupuestos son ajenos al ámbito objetivo de las cuestiones de inconstitucionalidad, las cuales se plantean «una vez concluido el procedimiento», según dispone el repetido artículo 35.2 LOTC y, por tanto, cuando el órgano judicial, en ejercicio de su exclusiva potestad jurisdiccional, considera que no existe obstáculo formal alguno que se oponga a la decisión de fondo, la cual queda pendiente, tan sólo, del pronunciamiento que dicte este Tribunal sobre la duda de inconstitucionalidad que dicho órgano judicial le plantea.

(Sentencia de 11 de diciembre de 1987. CI 286/84.—«BOE» de 8 de enero de 1988.—Ponente: Eugenio Díaz Eimil.)

ARTÍCULO 44.1 C)*Invocación formal del derecho constitucional violado*

Es, asimismo, doctrina reiteradísima que el requisito exigido por el artículo 44.1, c), LOTC no es un mero formalismo retórico o inútil, ni una fórmula inocua, pues su más profundo sentido reside en facilitar que los Jueces y Tribunales puedan cumplir su función de tutelar los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional (STC 11/1982) o bien la de conseguir que los órganos judiciales ordinarios remedien por sí mismos la violación que ellos causen del derecho o libertad fundamental, dándoles la oportunidad de argumentar y pronunciarse sobre la cuestión que luego pueda ser objeto del recurso último y subsidiario de amparo. Y que esa invocación previa puede hacerse ante el mismo órgano judicial cuando exista un remedio procesal previsto, aunque las posibilidades de acogida sean remotas, o bien, ante el Tribunal superior directamente o por inadmisión del remedio a través del recurso procesal (STC 46/1983, de 27 de mayo). Todo ello, obviamente, para preservar el carácter subsidiario de la jurisdicción constitucional de amparo, que resultaría desvirtuado si ante ella se trajeran cuestiones sobre las que previamente, a través de las vías procesales oportunas, no se ha dado ocasión de pronunciarse a los órganos del Poder Judicial, que son los que de modo directo y en primer término garantizan los derechos fundamentales que la Constitución proclama (STC 75/1984, de 27 de junio).

(Sentencia de 18 de diciembre de 1987. RA 413/87.—«BOE» de 8 de enero de 1988.—Ponente: Carlos de la Vega Benayas.)

III. CODIGO PENAL**ARTÍCULO 10.15***Reincidencia*

V. Sentencia de 16 de diciembre de 1987 sobre *Reincidencia internacional*. Artículo 2.3 LO 9/84, de 26 de diciembre.

ARTÍCULOS 57 bis a), 174 bis a) y 174 bis b)*Bandas armadas y actividades rebeldes*

V. Sentencia de 16 de diciembre de 1987 sobre *Bandas armadas y actividades rebeldes*. Artículo 1 LO 9/84, de 26 de diciembre.

ARTÍCULO 91*Arresto sustitutorio. Doctrina general*

a) Nada dice el precepto controvertido en orden a la identificación de la «responsabilidad personal y subsidiaria», cuya adopción encomienda al prudente

arbitrio del Tribunal para el caso de que no se satisficiere la multa. La mayor parte de la doctrina y de la jurisprudencia y una práctica consuetudinaria de juzgados y tribunales han propendido a entender que se trata de un arresto, que debe ser cumplido en el correspondiente establecimiento penitenciario. Sin embargo, la amplitud y la extensión de esa doctrina y jurisprudencia, adoptadas o establecidas en momentos anteriores a la vigencia de la Constitución, no pueden significar que sea lo que hoy deba aceptarse como la más conforme con nuestra norma suprema. Ante todo, ha de señalarse que la idea de una «responsabilidad personal y subsidiaria» fue introducida en el Código penal de 1932 con el fin de sustituir, e indudablemente suavizar, la norma del artículo 50 CP de 1870, cuya referencia a la prisión era inequívoca. Ha de señalarse también que después del Código de 1932 y del de 1944, que mantuvo ya idéntica redacción, no faltaron voces autorizadas, aunque minoritarias, que entendieron que la configuración de la modalidad de esta responsabilidad debe fijarla el Tribunal, tal como el artículo establece, lo que significa, obviamente, la posibilidad de elegir fórmulas de restricción de la libertad, que encajen mejor con el sentido general del precepto y con una interpretación del mismo favorecedora de las menores restricciones de la libertad individual, lo que sucede, muy en particular, con el arresto domiciliario.

No constituye obstáculo para esta conclusión la disposición que contiene el artículo 93 del mismo Código penal, pues, si bien a primera vista, al señalar las condiciones para la suspensión del cumplimiento de la pena, parece asimilar la responsabilidad personal y subsidiaria por falta de pago en caso de multa a una privación de libertad, lo cierto es que tal conclusión no es en modo alguno necesaria, porque el precepto está referido únicamente a aquellos casos en que, por decisión del Tribunal, la responsabilización subsidiaria se haya configurado como efectiva privación de libertad.

b) La segunda característica que es menester destacar de la regulación legal de la responsabilidad personal subsidiaria para el caso de impago de la multa en el ordenamiento penal vigente es el número de paliativos y de suavizaciones de que aparece rodeada. Así, el artículo 91 le señala un plazo máximo de duración: seis meses cuando se hubiese procedido por razón de delito y quince días cuando hubiese sido por falta. Además, se permite, según el artículo 93 antes citado, la suspensión condicional de la condena. Por último, el párrafo 2.º del artículo 90 autoriza que el Tribunal disponga el pago de la suma en plazos, dejándole en completa libertad respecto del número de plazos, el tiempo de duración y el importe de cada uno de ellos, de forma que, en todo caso, pueda realizarse del modo que se acomode mejor a las posibilidades reales del condenado a la pena de multa cualesquiera que aquéllas fuesen.

Es verdad que todos estos paliativos o suavizaciones, según la letra del Código penal, se dejan al prudente arbitrio del Tribunal, pero es igualmente cierto, como también hemos dejado dicho, que nada obliga a entender que tal facultad sea enteramente discrecional. Antes bien, la decisión del Tribunal ha de adoptarse conforme a la interpretación del sentido global del ordenamiento jurídico y de acuerdo con una interpretación conforme a la Constitución, dentro de la cual, como también hemos recordado, rige un principio de favor de la libertad individual y de la menor restricción de ella.

c) No puede omitirse alguna referencia a la notoria polémica suscitada entre los penalistas sobre la naturaleza jurídica de la responsabilidad personal subsidia-

ria de que habla el artículo 91 del Código penal. Un importante sector doctrinal la considera como pena y como pena de arresto, de suerte que la norma del citado precepto vendría a producir, o a permitir, una transformación o conversión de una pena inicial en otra de contornos y características similares. Sin embargo, seguramente con mejores argumentos, se ha sostenido que la previsión del artículo 91 CP no es propiamente una pena por no hallarse incluida en la escala del artículo 27 del Código y que, en consecuencia, no puede participar de la naturaleza jurídica de la pena y de los fines de corrección y readaptación por ésta perseguidos, recordándose alguna línea jurisprudencial del Tribunal Supremo (por ejemplo, S. de 21 de junio de 1955) que determina que se trata de una modalidad elegida por la Ley para que en casos de inejecución la pena efectivamente impuesta se cumpla.

d) Ha de señalarse, por último, que la idea de la excusión de bienes en el artículo 91 CP («una vez hecha excusión de sus bienes»), que a primera vista puede considerarse introductoria de un factor de diferenciación, aparece por primera vez, en la LO 8/1983, con el fin de impedir la opción o alternativa de pagar la multa o sufrir el arresto, como algo dejado a la libertad del condenado que la doctrina admitía en las redacciones anteriores del Código penal. La exigencia de una excusión de los bienes trata, según los comentaristas más autorizados, de poner fin al carácter opcional y obligar, dentro de lo posible, a que la pena se cumpla según su propio tenor. Y, efectivamente, cualquiera que sea el rigor técnico del concepto utilizado, que no tiene porqué ser examinado aquí, a la idea de excusión de los bienes no puede atribuirse otro sentido, siendo hoy en día muy escasas las opciones doctrinales que sostienen que, pese a la reforma, continúa existiendo en favor del penado la citada alternativa u opción.

Derecho a la libertad

La responsabilidad personal subsidiaria que se prevé en el artículo 91 CP ha sido ordenada por el legislador, mediante la ya citada LO 8/1983, para su aplicación, cuando se den las circunstancias de impago de la multa a que el mismo precepto se refiere, a quien haya sido condenado por la comisión de un ilícito penal (delito o falta) que tenga legalmente atribuida aquella pena de carácter patrimonial. Por las garantías que rodean la aplicación de la medida en cuestión —su previsión en Ley Orgánica y su adopción sólo al término del debido proceso judicial, llamado en este caso a la depuración de una responsabilidad criminal—, no puede decirse que el precepto examinado conculque la norma constitucional que declara el derecho de todos a la libertad, pues en su artículo 17.1 la Constitución ha concretado tal garantía, en lo que ahora importa, imponiendo que la privación o restricción de la libertad no se lleva a cabo sino «en los casos y en la forma previstos en la Ley»; y entre las hipótesis que justifican constitucionalmente la privación o restricción *pro tempore* de la libertad se halla la de haber sido el individuo «penado legalmente en virtud de sentencia dictada por un Tribunal competente» [ap. 1, a) del art. 5.^º del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950]. No otra cosa ha venido recordando este Tribunal al interpretar, en procesos anteriores, las garantías del derecho a la libertad personal (por todas las resoluciones en este sentido, y con expresada referencia al carácter de Ley orgánica

con el que ha de ser adoptada la disposición que así prevea una supresión del derecho. STC 140/1986, de 11 de noviembre, fundamentos jurídicos 4.^º y 6.^º.

Principio de culpabilidad

No es necesario ahora entrar a determinar en qué medida el principio *nullum crimen sine culpa* puede ser deducido de los dictados constituciones, ni cuál fuera, en tal caso, su basamento normativo propio (al respecto, STC 65/1986, de 22 de mayo, fundamento jurídico 3.^º), pues basta con apreciar, para resolver sobre este fundamento de la cuestión, que la privación subsidiaria de libertad contemplada en el artículo 91 CP no está llamada a recaer sobre una persona al margen y con independencia de toda estimación sobre su culpabilidad, sino, según antes advertimos, en tanto que medida sustitutoria de un pena —inejecutable— asignada al término del debido proceso judicial, a quien ha sido precisamente considerado culpable por la realización de la acción típica y antijurídica sancionada por la Ley penal. La insolencia no es el fundamento de la inejecutabilidad de la pena patrimonial, no es el fundamento de la posible aplicación de la medida subsidiaria que se considera. La finalidad de la sustitución es la de procurar que no quede sin sanción, en esta hipótesis, una determinada transgresión del ordenamiento penal. Como observa el Letrado del Estado, aquel fundamento para la aplicación de la medida no se puede considerar distinto del que llevó a la condena misma del acusado en el procedimiento criminal, de tal forma que el dolo o la culpa que en ese proceso fueron apreciados por el juzgador no son en modo alguno disociables de las consecuencias sancionadoras ligadas por la Ley, principal o subsidiariamente, a la condena en tal culpabilidad motivada.

Principio de igualdad

Esta disposición legal, en efecto, no puede ser entendida sino como una regla adicional o complementaria respecto de todas y cada una de las que, a lo largo del articulado del Código sancionador, prevén una penalidad de multa para el supuesto de la comisión de determinado ilícito y su sentido no es otro que el de ordenar una previsión específica —no «diferenciadora»— para la hipótesis en la cual la regla general (impositiva de la pena de multa) se resintiese de una aplicación inevitablemente diversa al proyectarse el mandato abstracto de la norma sancionadora sobre realidades fácticas distintas. Ninguna diferenciación es, pues, imputable a la acción del legislador que adoptó este precepto, pues sea cual sea el criterio que se sostenga sobre el tipo de respuesta normativa dada a la hipótesis del impago de la multa, la previsión específica de tal eventualidad y de los efectos que habrían de reconocerse a la inejecutabilidad de la pena patrimonial era, sin duda, obligada. Diferentes así, los igualmente sujetos a la pena de multa en razón de su diversa capacidad para sufrirla efectivamente, no es posible establecer el parangón que da lugar al juicio de igualdad entre unos y otros —entre los solventes y quienes no lo sean—, ni considerar a la luz de lo dispuesto en el artículo 14 de la Constitución, por lo mismo, la validez de una norma legal que, en lo que ahora importa, se ha limitado a disponer una previ-

sión específica para hacer frente a un supuesto en el que habría de quebrar, por causa de las diferencias patrimoniales entre los igualmente sujetos a la Ley penal, la generalidad del mandato sancionador.

Principio de proporcionalidad

En el presente caso, sin embargo, no estamos enjuiciando la previsión normativa de una medida que se oriente como tal a un fin singular respecto del cual pudiera medirse, a través de un criterio de adecuación, la proporcionalidad de la medida misma. Estamos considerando la constitucionalidad de una responsabilidad personal dispuesta por la Ley penal, que tiene, por tanto, su fundamento material en la reacción prevista por el ordenamiento frente a su contravención, sin perjuicio de que la medida en cuestión venga a sustituir, con un común fundamento sancionador, a la pena de multa inejecutable, procurando así al Ley —y éste es, desde luego, un fin constitucionalmente inobjetable— que no queden sin sanción delitos o faltas por la circunstancia de que la pena establecida pueda resultar inefectiva sobre algunos de los responsables del ilícito. Es cierto que frente a los casos de insolvencia pueden concebirse respuestas normativas distintas a la que hoy recoge el artículo 91 CP, aunque también lo es que tales hipotéticas alternativas legales —de no aceptarse la pura y simple exención de toda sanción— han de incidir, de un modo u otro, sobre la persona. En todo caso, este Tribunal no ha de hacer las veces de legislador ni puede, específicamente, considerar arbitrarias las determinaciones de éste cuando las mismas, no expresamente prohibidas por la Constitución, tienen su fundamento, como en el presente caso ocurre, en la previa apreciación de la responsabilidad criminal de quien quebrantó la Ley penal, sin que —como se dijo— sea aquí posible, por las propias características de la norma enjuiciada, ponderar la proporción entre la medida legalmente prevista y el daño inferido en el bien penalmente tutelado. Fundamentada de este modo la privación de libertad, que no es instrumento para la consecución de ninguna finalidad exterior a la norma, el juicio de proporcionalidad que se nos plantea se ha de detener aquí, sin que nos sea posible, como ya dijimos en la STC 180/1985, de 19 de diciembre (fundamento jurídico 2.º), proceder a ulteriores indagaciones sobre la corrección de la opción concreta incorporada a la norma ni, por lo mismo, hacer declaración alguna en orden a hipotéticas formulaciones del precepto distintas de la actual y que, expresando una decisión igualmente legítima, acaso mitigasen o matizasen —cabe añadir ahora— la gravedad de la responsabilidad personal cuya validez se cuestiona.

En suma, la norma enjuiciada no puede considerarse inconstitucional por desproporcionada, rodeada, como está, del conjunto de paliativos y de suavizaciones con que nuestro legislador penal la adorna y dado que el conjunto de variantes dejados a la decisión del Tribunal, con el fin de adecuar sus consecuencias a las características de cada caso, decisión, que, como hemos dicho, no pertenece a su libre discreción, sino que debe ser adoptada en virtud de una ponderada interpretación del conjunto del ordenamiento y de los valores defendidos por la Constitución. Podrá existir, si acaso, desproporción en algunas de las aplicaciones concretas que de la norma se hagan a las que pueda tildarse de inconstitucionales. Mas la eventualidad de tales aplicaciones no empaña el juicio que la norma, en sí misma considerada, merece. Si eventualmente en algún caso de desproporciona-

da aplicación la inconstitucionalidad se produjera, están abiertas las vías de corrección y de rectificación a través de los recursos ordinarios en la vía judicial a través del recurso de casación, por no tratarse de actividad discrecional, sino reglada y, finalmente, a través del recurso de amparo constitucional ante este Tribunal en la medida en que se hayan violado los derechos fundamentales y las libertades públicas que a este Tribunal toca proteger.

Reinserción social

Dispone allí la norma fundamental, en efecto, que «las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y la reinserción social», pero de esta declaración constitucional no se sigue ni el que tales fines reeducadores y resocializadores sean los únicos objetivos admisibles de la privación penal de la libertad ni, por lo mismo, el que se haya de considerar contraria a la Constitución «la aplicación de una pena que pudiera no responder exclusivamente a dicho punto de vista» (Auto de la Sala Primera, de 19 de noviembre de 1986, Asunto 780/86). Puede aceptarse de principio que las penas cortas privativas de libertad —y las medidas a ellas asimiladas por la Ley, como ésta que consideramos— se prestan con dificultad mayor a la consecución de los fines aquí designados por la Constitución, pero, con independencia de que la posible frustación de tal finalidad habría de apreciarse atendiendo tanto a la duración de cada medida concreta como a su modo de cumplimiento, esta sola posibilidad no puede llevar a la invalidación del enunciado legal. La reeducación y la resocialización —que no descartan, como hemos dicho, otros fines válidos de la norma punitiva— han de orientar el modo de cumplimiento de las privaciones penales de libertad en la medida en que éstas se presten, principalmente por su duración, a la consecución de aquellos objetivos, pues el mandato presente en el enunciado inicial de este artículo 25.2 tiene como destinatarios primeros al legislador penitenciario y a la Administración por él creada, según se desprende de una interpretación lógica y sistemática de la regla, y sin perjuicio de que la misma pueda resultar trascendente a otros efectos, de innecesaria consideración ahora. No cabe pues, en su virtud, descartar, sin más, como inconstitucionales todas cuantas medidas privativas de libertad —tengan o no el carácter de «pena»— puedan parecer inadecuadas, por su relativamente corta duración, para cumplir los fines allí impuestos a la Ley y a la Administración penitenciarias.

Principios de organización social

Pero aun dictada la medida que aquí se enjuicia como último recurso para asegurar la común sujeción de todos a la Ley penal, no cabe compartir la conclusión de que con ello se contrarie lo dispuesto en el citado artículo 9.2. Puede imponer este precepto, como consideración de principio, la adopción de normas especiales que tiendan a corregir los efectos dispares que, en orden al disfrute de bienes garantizados por la Constitución, se sigan de la aplicación de disposiciones generales en una sociedad cuyas desigualdades radicales han sido negativamente valoradas por la propia norma fundamental y así este Tribunal ha tenido ya ocasión de señalar que lo proclamado en el repetido artículo 9.2 puede exigir

un mínimo de desigualdad formal para progresar hacia la consecución de la igualdad sustancial (STC 114/1983, de 6 de diciembre, fundamento jurídico 2.º; en términos análogos, STC 98/1985, de 29 de julio, fundamento jurídico 9.º). Mas el precepto no puede ser invocado para sostener la constitucionalidad de las previsiones normativas que, con unos u otros contenidos preceptivos, aseguren, sin quiebras singulares, la sanción debida de las normas que definen el *agere licere* en el ordenamiento y que así preserven los bienes objeto de tutela penal. En la norma concreta que aquí consideramos no se extraen consecuencias desfavorables del hecho de la carencia de recursos, lo que entrañaría la más patente perversión de los principios que ordenan nuestro Derecho. La norma busca, estrictamente, mantener, aunque a través de una medida específica, la común sujeción de todo el ordenamiento, modulando, para estos casos, la reacción frente a su contravención que el legislador ha considerado pertinente establecer. No es, en definitiva, el objeto de la disposición cuestionada una circunstancia económica determinada, sino una situación de contravención del ordenamiento, apreciada al término del debido proceso judicial, frente a la que, en ausencia de previsiones legales específicas, carecería de eficacia la norma punitiva de carácter patrimonial. No estamos pues, ante la inaceptable sanción de la pobreza que se sugiere en el Auto de remisión, sino, según hemos indicado repetidamente.

(Sentencia de 16 de febrero de 1988. CI 593/87.—«BOE» de 1 de marzo de 1988.—Ponente: Luis Díez-Picazo y Ponce de León.)

ARTÍCULO 92

Remisión condicional

No corresponde a este Tribunal determinar si procede la remisión condicional de la pena, salvo en el extremo de que su concesión no puede estar subordinada al pago de las costas y de la indemnización por responsabilidad civil.

(Sentencia de 4 de febrero de 1988. RA 641/86.—«BOE» de 1 de marzo de 1988.—Ponente: Angel Latorre Segura.)

ARTÍCULO 340 bis a)

Conducción en estado de embriaguez

Hay que decir que el delito introducido por el artículo 340 bis, a), 1, CP, como un tipo autónomo de los delitos contra la seguridad del tráfico que, con independencia de resultados lesivos, sanciona, entre otros supuestos, la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, requiere no sólo la presencia de determinada concentración alcohólica como entiende la sentencia recurrida, sino que, además, esa circunstancia influya o se proyecte en la conducción. En la sentencia de este Tribunal 145/1985, de 28 de octubre, al analizar el valor del *test alcoholométrico* como elemento determinante del supuesto delictivo, ya se dijo que dicho supuesto «no consiste en la presencia de un determinado grado

de impregnación alcohólica, sino en la conducción de un vehículo de motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas». Y en este mismo sentido en la STC 148/1985, de 30 de octubre, se afirma que «la influencia de bebidas alcohólicas constituye un elemento normativo del tipo penal que, consecuentemente, requiere una valoración del Juez en el que éste deberá comprobar si en el caso concreto de que se trate el conductor se encontraba afectado por el alcohol». No basta, pues, para subsumir el hecho enjuiciado en el tipo penal, comprobar el grado de impregnación alcohólica en el conductor, sino que, aunque resulte acreditada esa circunstancia mediante las pruebas biológicas practicadas con todas las garantías procesales que la Ley exige —de cuyo tema nos ocuparemos a continuación—, sería también necesario comprobar su influencia en la conducción; comprobación que, naturalmente, habrá de realizar el juzgador ponderando todos los medios de prueba que, obrantes en autos, reúnan dichas garantías.

(Sentencia de 18 de febrero de 1988. RA 205/86.—«BOE» de 1 de marzo de 1988.—Ponente: Fernando García-Mon.)

ARTÍCULO 565

Imprudencia: penalidad

La argumentación del recurrente en amparo consiste, esencialmente, en afirmar que, habiéndosele considerado autor de un delito de imprudencia temeraria cometido con vehículo de motor, con resultado de lesiones, la pena que correspondía aplicar, a consecuencia de lo mandado en el artículo 565, párrafo 4.º, CP, era la inmediatamente inferior a la prevista en el artículo 420.4 del mismo Código; y al ser ésta de arresto mayor y multa, la pena inmediatamente inferior sería, de acuerdo con la jurisprudencia que aporta, la de multa, y no la impuesta de arresto mayor. Ahora bien, lo cierto es que el Juzgado de Arenas de San Pedro y, más extensamente, la Audiencia Provincial, justifican una solución contraria, consistente en estimar —aduciendo también citas jurisprudenciales—, que la pena inmediatamente inferior a la del artículo 402.4 CP es la de arresto mayor, sin el aditamento de multa. No cabe duda, a la vista de las resoluciones mencionadas, que lo que aquí se discute es una determinada interpretación de las normas legales (la relativa a cuál sea la pena «inmediatamente inferior» a que se refiere el art. 565, ap. 4.º, CP) y no la ausencia de tipos o sanciones penales legalmente previstas que originasen una falta de cobertura legal para las resoluciones que se impugnan. Lo cierto es que el recurrente ha sido condenado, en virtud de una disposición legal vigente en el momento de ocurrir los hechos objeto del proceso, de acuerdo con el tipo penal allí previsto, y a una sanción contenida en la norma; el examen de los hechos para su subsunción en el tipo legal, y la determinación de la pena a imponer, en consecuencia, de acuerdo con los mandatos del Código Penal, es tarea que incumbe a los Tribunales ordinarios, según con lo mandado en el artículo 117 CE, sin que este Tribunal, al examinar si se ha respetado el principio de legalidad contenido en el artículo 25.1 CE, pueda sustituir al Juez o Tribunal ordinario en esa subsanación y determinación, una vez verificada la existencia de la previsión legal de la sanción aplicada, y la no manifiesta irrazonabilidad de la resolución sancionadora. En el presente caso se

confirma la existencia de la primera (art. 565, en relación con el art. 420.4 CP) y no hay indicios de la segunda, al haberse motivado coherente y razonadamente las sentencias que se impugnan, dentro de los límites más estrictos de la legalidad.

(Sentencia de 16 de febrero de 1988. RA 1.060/86.—«BOE» de 1 de marzo de 1988.—Ponente: Luis López Guerra.)

ARTÍCULO 570.5

Falta de respeto por Letrado a la Autoridad Judicial

V. Sentencia de 9 de marzo de 1988 sobre *Corrección disciplinaria de Abogados*. Artículos 448 y siguientes LOPJ.

IV. LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

ARTÍCULO 492

Detención

V. Sentencia de 18 de febrero de 1988 sobre *Derecho a la libertad*. Artículo 17.1 CE.

ARTÍCULO 520 bis

Tiempo máximo de la detención. Incomunicación

V. Sentencia de 16 de diciembre de 1987 sobre *Detención preventiva e incomunicación del detenido*. Artículos 13 y 15.1 LO 9/84, de 26 de diciembre.

ARTÍCULO 527 a)

Incomunicación del detenido. Letrado designado de oficio

La especial naturaleza o gravedad de ciertos delitos o las circunstancias subjetivas y objetivas que concurren en ellos pueden hacer imprescindible que las diligencias policiales y judiciales dirigidas a su investigación sean practicadas con el mayor secreto, a fin de evitar que el conocimiento del estado de la investigación por personas ajena a ésta propicien que se sustraigan a la acción de la justicia culpables o implicados en el delito investigado o se destruyen u oculten pruebas de su comisión.

En atención a ello, la Ley de Enjuiciamiento Criminal concede a la autoridad judicial la competencia exclusiva para decretar la incomunicación del detenido, medida excepcional de breve plazo de duración que tiene por objeto aislar al detenido de relaciones personales, que pueden ser utilizadas para transmitir al

exterior noticias de la investigación en perjuicio del éxito de ésta. En tal situación, la imposición de Abogado de oficio se revela como una medida más de las que el legislador, dentro de su poder de regulación del derecho a la asistencia letrada, establece al objeto de reforzar el secreto de las investigaciones criminales.

Teniendo en cuenta que la persecución y castigo de los delitos son pieza esencial de la defensa de la paz social y de la seguridad ciudadana, los cuales son bienes reconocidos en los artículos 10.1 y 104.1 de la Constitución y, por tanto, constitucionalmente protegidos, la limitación establecida en el artículo 527, a) LECr. encuentra justificación en la protección de dichos bienes que, al entrar en conflicto con el derecho de asistencia letrada al detenido, habilitan al legislador para que, en uso de la reserva específica que le confiere el artículo 17.3 de la Constitución, proceda a su conciliación, impidiendo la modalidad de libre elección de Abogado.

De esta forma, la medida de incomunicación del detenido adoptada bajo las condiciones previstas en la Ley sirven en forma mediata a la protección de valores garantizados por la Constitución y permiten al Estado cumplir con su deber constitucional de proporcionar seguridad a los ciudadanos, aumentando su confianza en la capacidad funcional de las instituciones estatales. De ello resulta que la limitación temporal del detenido incomunicado en el ejercicio de su derecho de libre designación de Abogado, que no le impide proceder a ella una vez haya cesado la incomunicación, no puede calificarse de medida restrictiva irrazonable o desproporcionada, sino de conciliación ponderada del derecho de asistencia letrada —cuya efectividad no se perjudica— con los valores constitucionales citados, pues la limitación que le impone a ese derecho fundamental se encuentra en relación razonable con el resultado perseguido, ajustándose a la exigencia de proporcionalidad de las leyes.

Esta declaración no contradice en modo alguno los convenios internacionales suscritos por España, cuyo valor interpretativo de los derechos fundamentales y libertades públicas se consagra en el artículo 10.2 de la Constitución, pues ya hemos señalado que estos derechos son más restrictivos en materia de asistencia letrada al detenido que en nuestra Constitución en cuanto que no incluyen este derecho entre los que se reconocen al detenido por los mencionados artículos 5 del Convenio Europeo de Roma y 9 del Pacto Internacional de Nueva York; el derecho a la libre elección de Abogado tan sólo se reconoce en los artículos 6 y 14 de los mismos en relación con el acusado en proceso penal, supuesto no aplicable al detenido o preso en diligencias policiales o judiciales, que es el contemplado en el artículo 527, a) LECr., en redacción aprobada por LO 14/1983, de 12 de diciembre, que desarrolla el derecho de asistencia letrada reconocido al detenido y previsto en el artículo 17.3 de la Constitución y no el que garantiza el artículo 24.2 de la misma Ley fundamental.

En consecuencia con todo lo argumentado, procede considerar que, en nuestro orden constitucional, el artículo 527, a) LECr. no vulnera el contenido esencial del derecho a la asistencia letrada garantizado al detenido por el artículo 17.3 de la Constitución, pues ello es conclusión a la que conduce la interpretación y aplicación de la Constitución, concebida como una totalidad normativa garantizadora de un orden de convivencia integrado por un conjunto de derechos y valores, que el legislador tiene el deber de armonizar mediante fórmulas que permitan la adecuada protección de cada uno de ellos a través de limitaciones coordinadas y razonables, evitando el desequilibrio del orden constitucional que ocasiona la

prevalencia absoluta e ilimitada de uno sobre los demás, los cuales resultarían así desconocidos y sacrificados con grave quebranto de los mandatos constitucionales que imponen a todos los poderes públicos el deber de protegerlos y hacerlos efectivos en coexistencia con todos aquellos otros con los que concurran.

Idéntica doctrina en Sentencia de 21 de marzo de 1988.—«BOE» de 12 de abril de 1988.—Ponente: Eugenio Díaz Eimil.

(Sentencia de 11 de diciembre de 1987. CI 286/84.—«BOE» de 8 de enero de 1988.—Ponente: Eugenio Díaz Eimil.)

ARTÍCULO 553

Registro domiciliario

V. Sentencia de 16 de diciembre de 1988 sobre *Registro domiciliario*. Artículo 16 LO 9/84, de 26 de diciembre.

ARTÍCULO 579

Observación de las comunicaciones postales, telegráficas o telefónicas

V. Sentencia de 16 de diciembre de 1987 sobre *estas cuestiones*. Artículo 17 LO 9/84, de 26 de diciembre.

ARTÍCULO 637

Sobreseimiento libre

No resulta posible formular una crítica de carácter constitucional a la regulación que del sistema del sobreseimiento hace nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal. Ninguna tacha puede oponerse al sistema del sobreseimiento libre previsto en el artículo 637 para los casos en que no existen indicios racionales de haberse perpetrado los hechos y para los casos en que los hechos no son constitutivos de delito o en que hay una manifiesta exención de responsabilidad criminal, así como en aquellos otros en que prospera lo que nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal denomina artículo de previo y especial pronunciamiento, según el artículo 675.

(Sentencia de 10 de marzo de 1988. RA 1.263/86.—«BOE» de 18 de marzo de 1988.—Ponente: Miguel Rodríguez-Piñero.)

Sobreseimiento provisional

Es cierto que han existido críticas doctrinales al sistema del sobreseimiento provisional, sin que hayan faltado opiniones que ven en él un resurgimiento de la vieja figura de la absolución en la instancia hoy proscrita por el artícu-

lo 742 LECr. Hay que dejar constancia de posibles abusos en la utilización práctica de esta figura, pero de ello no puede seguirse su genérica falta de legitimidad constitucional, sino sólo de remedio de tales abusos. No hay —desde luego— falta de legitimidad constitucional, en los casos en que el procedimiento penal no ha llegado a dirigirse contra ninguna persona por no haberse demostrado la participación de ninguna en los hechos perseguidos, mas tampoco puede formularse la crítica en aquellos otros casos en que, aun habiendo existido con anterioridad un procesamiento, éste resulta revocado o levantado. Se ha señalado acertadamente que nada impone a los órganos del Estado la obligación de sostener una acusación que conduzca necesariamente a una absolución por falta de pruebas y que nada debe impedir una eventual y posible reapertura de las investigaciones sumariales si llegan a producirse nuevas pruebas demostrativas de la existencia del delito imputado y de la participación que determinadas personas puedan haber tenido en él, pues nada impone, fuera de los términos de prescripción del delito, una renuncia al *ius puniendi* del Estado y a la de persecución de las actividades criminales.

(Sentencia de 10 de marzo de 1988. RA 1.263/86.—«BOE» de 18 de marzo de 1988.—Ponente: Miguel Rodríguez-Piñero.)

ARTÍCULO 675

Artículo de previo y especial pronunciamiento

V. Sentencia de 10 de marzo de 1988 sobre *Sobreseimiento libre*. Artículo 637 LECr.

ARTÍCULOS 733 y 851.4

Tesis. Penas: imposición de penas superiores a las solicitadas

V. Sentencias de 1 y 16 de febrero de 1988 sobre *Principio acusatorio*. Artículo 24.2 CE.

ARTÍCULO 741

Libre apreciación de la prueba

V. Sentencia de 23 de febrero de 1988 sobre *Presunción de inocencia*. Artículo 24.2 CE.

V. Sentencia de 18 de febrero de 1988 sobre *Presunción de inocencia*. Artículo 24.2 CE.

ARTÍCULO 847***Recurso de casación: derecho al recurso***

Este Tribunal se ha ocupado en numerosas sentencias del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en relación con la casación penal y con el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York, firmado el 19 de diciembre de 1966, ratificado por España en septiembre de 1976, vigente entre nosotros desde el 27 de julio de 1977, a tenor de lo dispuesto en el instrumento de ratificación y, desde luego, vigente en la actualidad *ex Constitutione*, puesto que el artículo 96.1 dispone que los tratados válidamente celebrados y oficialmente publicados «formarán parte del ordenamiento interno». En atención a ello, y sin olvidar que las normas relativas a derechos fundamentales deben ser interpretadas de conformidad, entre otros parámetros, con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias (art. 102 CE), este Tribunal ha perfilado el contenido y alcance del derecho a la tutela judicial efectiva en relación con la casación penal.

Como hemos declarado en numerosas resoluciones, el derecho a una tutela judicial comprende no sólo el de acceso a los Tribunales, sino también el derecho a los recursos que para cada género de procesos estén establecidos en el ordenamiento. El legislador, en principio, es libre para disponer cuál sea el régimen de recursos dentro de cada proceso, pero esa disponibilidad tiene un límite en el proceso penal que viene impuesto por el artículo 14.5 del pacto citado, según el cual «toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un Tribunal superior conforme a lo prescrito por la Ley». «Este mandato —como dijimos en la STC 42/1982— no es bastante para crear por sí mismo recursos inexistentes», pero obliga a considerar que entre las garantías derivadas del artículo 24 CE se encuentra la del recurso ante un Tribunal superior. La libertad de configuración por parte del legislador interno de cuál sea ese Tribunal superior y de cómo se someta a él el fallo condenatorio y la pena viene expresamente reconocida por el artículo 14.5 del pacto («...conforme a lo prescrito por la Ley»). Ello permite que en nuestro ordenamiento cumpla tal función en determinados supuestos el recurso de apelación, lo que nos condujo en el caso de la STC 42/1982 antes citada a otorgar el amparo a quien se había visto obligado de apelación y a reconocer su derecho a que se le admitiera a trámite el recurso de apelación por él intentado; y permite, asimismo, que dentro del ordenamiento y en los delitos para cuyo enjuiciamiento así lo ha previsto el legislador sea la casación penal el recurso que abra el condenado en la instancia el acceso a un Tribunal superior, bien entendido que, creada la casación por el legislador interno para determinados supuestos, «tal garantía procesal ha de estar a disposición de todas las partes» (STC 76/1982), lo que nos llevó en otro proceso a declarar inconstitucional una norma que lo restringía en favor sólo del Ministerio Fiscal. De la lectura del artículo 14.5 del pacto «se desprende claramente que no establece propiamente una doble instancia», sino un sometimiento del fallo y la pena a un Tribunal superior, y como estos requisitos se dan en nuestra casación, este Tribunal ha entendido que tal recurso a pesar de su cognición restringida, cumple la función revisora y garantizadora exigida por el artículo 14.5 del pacto.

Ahora bien, la interpretación integradora entre el derecho a la tutela judicial,

el derecho al sometimiento a un Tribunal superior y la regulación interna de la casación penal impone varias consecuencias ineludibles. Es la primera que la casación penal «no está sólo al servicio de los intereses objetivos ligados a la necesaria depuración en Derecho del obrar judicial, sino que el desenvolver esta función (la del art. 14.5 del pacto) protege también al justiciable» (STC 60/1985). Es la segunda, muy ligada a la anterior, que de todo ello deriva no sólo un mandato al legislador interno, sino un derecho fundamental para el ciudadano, de tal manera que la norma que lo contradiga será inconstitucional, «inconstitucionalidad que no nace de su contradicción directa con el artículo 14.5 del pacto, sino de su contradicción con el artículo 24 de la Constitución» (STC 76/1982). La tercera consecuencia, válida para casos ya resueltos aquí y también para el presente, es que ese recurso puede ser la casación penal, y ese Tribunal Superior, el Tribunal Supremo, «juzgando en casación»; «recurso al que, si previsto en la Ley y con las condiciones por ella requerida, tendrá derecho aquél contra quien se hubiere dictado Sentencia condenatoria (STC 60/1985).

(Sentencia de 5 de marzo de 1988. RA 604/85.—«BOE» de 18 de marzo de 1988.—Ponente: Francisco Tomás y Valiente.)

ARTÍCULO 851.3

Incongruencia omisiva

V. Sentencia de 22 de enero de 1988 sobre *Derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley*. Artículo 24.2 CE.

ARTÍCULO 876, párrafo 2.º, inciso final

Inadmisión. Dictamen de Letrados y Fiscal

Al declarar nosotros derogado por contrario al artículo 24.1 CE el inciso final del párrafo 2.º, del artículo 876 LECr., el legislador deberá proveer con una norma de rango legal que disponga qué ha de hacer la Sala Segunda del Tribunal Supremo cuando se produzca el triple supuesto de hecho previsto en tal párrafo. Las garantías que éste contiene desde la reforma de 1949 no son en sí mismas contrarias a ningún precepto constitucional, pero son insuficientes en cuanto que pueden abocar el condenado a una situación en la que quede sin defensa y, por ende, sin recurso. El legislador, dentro de su libertad de acción, pero dentro de los límites constitucionales, deberá completar el precepto de manera tal que el condenado en la instancia no pueda verse privado del recurso de casación por falta de defensa, y como tratándose de un recurso eminentemente técnico como es la casación en España, no es pensable que el propio recurrente asuma la auto-defensa, el legislador habrá de regular las dos formas de asistencia de Letrado de modo tal que por un lado, el derecho prestacional asumido por el Estado en el artículo 876 (nombramiento de Abogado de oficio) no desemboque en una simple designación sin asistencia efectiva, y, por otro, de tal manera que la legítima opción por la asistencia del turno de oficio no impida al ciudadano recurrente acudir en su caso a un Abogado de su simple designación.

Dentro de estos límites la elección del legislador tiene un amplio margen de libertad que este Tribunal ni puede ni debe restringir.

Mientras el legislador no se pronuncie en favor de alguna de las opciones compatibles con los citados límites derivados *ex Constitutione*, la Sala Segunda del Tribunal Supremo habrá de utilizar las posibilidades que le brinda el ordenamiento de modo que quien quiere recurrir y quiere y debe ser defendido no se vea privado de uno y de otro derechos fundamentales, ya que, como bien se dijo en la citada STC 42/1982, «deben ser interpretadas en el sentido más favorable a un recurso de este género todas las normas del Derecho procesal penal de nuestro ordenamiento», comenzando por hacer algo que el artículo 876 no le impone ni le prohíbe, pero que viene exigido como consecuencia lógica de todo lo antedicho, a saber, comunicar al condenado en la instancia las decisiones tomadas sucesivamente por cada Letrado y por el Fiscal a fin de que el recurrente pueda reaccionar oportunamente.

(Sentencia de 5 de marzo de 1988. RA 604/85.—«BOE» de 18 de marzo de 1988.—Ponente: Francisco Tomás y Valiente.)

V. LEYES ESPECIALES

LEY ORGANICA DEL PODER JUDICIAL

ARTÍCULO 448

Corrección disciplinaria de Abogados y Procuradores

El artículo 448 LOPJ dispone que «los Abogados y Procuradores que intervengan en los pleitos y causas, cuando incumplan las obligaciones que les impone esta Ley o las leyes procesales, podrán ser corregidos a tenor de lo dispuesto en este Título, siempre que el hecho no constituya delito». El artículo 449 enumera las conductas de Abogados y Procuradores que son sancionables disciplinariamente, y el artículo 450 establece las correcciones que pueden imponerse. A tenor del artículo 451, tales correcciones se impondrán por el Juez o por la Sala ante la que se sigan las actuaciones, y contra ellas cabrán los recursos previstos en el artículo 452. Como se desprende de esta referencia, el régimen de sanciones instaurado por la Ley Orgánica del Poder Judicial implica para el Abogado no tanto una mayor garantía cuanto un traslado del proceso sancionador del Derecho penal al Derecho disciplinario, que obviamente favorece y potencia el derecho de defensa, al evitar el desdoro que para un profesional del Derecho supone el que, por lo dicho o escrito en el proceso en el ejercicio de su función al servicio del ciudadano, pueda ser llevado a un juicio de faltas. Esta sutracción del asunto del ámbito penal y su adscripción al disciplinario trae consigo la consecuencia significativa de que el Abogado sólo responda ante el propio Juez o la propia Sala de lo que ante ellos haga en su actuación forense como cooperante con la Administración de Justicia.

Con ello, la cuestión de si para sancionar una determinada conducta ilícita del Abogado en el ejercicio de su actuación forense ha de acudirse a la vía penal

o a la disciplinaria, deja de ser una cuestión de legalidad ordinaria, por cuanto la «libertad de expresión y defensa» de aquél, cuya protección, según vimos, vincula el artículo 437.1 LOPJ a la «dignidad de su función», tiene su raíz en el artículo 20.1, a), CE, en relación con el 24.2. Tratándose de conductas no constitutivas de delito, el régimen sancionador aplicable a los Abogados y Procuradores por su actuación forense habrá de ser el de los artículos 448 y siguientes de la LOPJ, con preferencia sobre el establecido con carácter general para las conductas constitutivas de falta. Así lo exige no sólo el carácter de régimen especial constituido por dichos artículos 448 y siguientes, que ha de prevalecer en su aplicación frente al régimen sancionador de las faltas, sino también, y sobre todo, porque el régimen de corrección disciplinaria establecido por dichos artículos 448 a 453 LOPJ lo ha sido al servicio de bienes y valores constitucionales reconocidos por los artículos 20.1, a), y 24 CE y, como hemos señalado, ofrece a los Abogados por hechos cometidos en el ejercicio de sus funciones de representación y defensa una mayor garantía que la del juicio de faltas, cuya posibilidad puede provocar en dicho ejercicio una reserva excesiva, limitadora en mayor o menor medida de su libertad de expresión y defensa, sin que ello signifique obviamente que puedan rebasar el límite que resulta del debido respeto, en este caso, a la Administración de Justicia.

Al no haberlo estimado así los órganos judiciales ordinarios, dando preferencia a la vía del juicio de faltas sobre la de la corrección disciplinaria de los artículos 448 y siguientes LOPJ, y por consiguiente el artículo 570.5 CP sobre el 449.1 LOPJ, dichos órganos judiciales no se han atenido a las exigencias del propósito despenalizador que inspira la nueva vía para tutelar mejor un derecho constitucional del Abogado en el ejercicio de su actuación forense, lo que implica coartar, en supuestos como el de que aquí se trata, el derecho de defensa reconocido en los artículos 20.1, a), y 24.1 de la Constitución, y lleva a estimar el recurso de amparo por tal motivo.

(Sentencia de 9 de marzo de 1988. RA 860/86.—«BOE» de 18 de marzo de 1988.—Ponente: Antonio Truyol Serra.)

LEY ORGANICA 9/1984, DE 26 DE DICIEMBRE, CONTRA LA ACTUACION DE BANDAS ARMADAS Y ELEMENTOS TERRORISTAS Y DE DESARROLLO DEL ARTICULO 55.2 DE LA CONSTITUCION

ARTÍCULO 1

Bandas armadas

El concepto de «bandas armadas» ha de ser interpretado así restrictivamente y en conexión, en su transcendencia y alcance, con el de «elementos terroristas» mencionado en el precepto constitucional. En esta misma línea la jurisprudencia penal también ha definido de forma restrictiva el tipo delictivo contemplado en el artículo 7 de la LO 9/1984, de 26 de diciembre, haciendo referencia no sólo a la nota de permanencia y estabilidad del grupo, y a su carácter armado (con armas de defensa o de guerra, y también con sustancias o aparatos explosivos),

sino también a su entidad suficiente para producir un terror en la sociedad y un rechazo de la colectividad, por su gran incidencia en la seguridad ciudadana, que suponga así también un ataque al conjunto de la sociedad democrática. Cualquier otra interpretación más amplia de la expresión «bandas armadas», que permitiera la aplicación de la LO 9/1984 y singularmente de los preceptos de su Capítulo III a personas o grupos que actuaran con armas, sin provocar el terror en la sociedad ni pretende alterar el orden democrático y constitucional del Estado de Derecho y sin ponerlo objetivamente en peligro, carecería de la cobertura constitucional del artículo 55.2.

Apología

Debe considerarse contraria al artículo 55.2 de la Constitución la inclusión de quienes hicieran apología de los delitos aludidos en el artículo 1 de la Ley en el ámbito de aplicación de esta última en la medida en que conlleva una aplicación a dichas personas de la suspensión de derechos fundamentales prevista en tal precepto constitucional, es decir, en relación con los artículos 13 a 18 de la LO 9/1984.

Actividades rebeldes

Es cierto que el artículo 55.2 no ha mencionado expresamente a los rebeldes, sino sólo a las bandas armadas o elementos terroristas. Sin embargo, no cabe duda de que, como señala el Letrado del Estado, la rebelión es la más grave de las acciones delictivas susceptibles de ser realizadas, o intentadas, por una banda armada. Por definición, la rebelión se realiza por un grupo, que tiene el propósito de uso ilegítimo de armas de guerra o explosivos, con una finalidad de producir la destrucción o eversión del orden constitucional. A su vez el artículo 8 de la LO 9/1984 equipara la integración en una organización rebelde a la integración en una banda armada, refiriéndose a la utilización de «armas de fuego, bombas, granadas, sustancias o aparatos explosivos o medios incendiarios de cualquier clase». Por ello a tales rebeldes en cuanto integran el concepto de banda armada del artículo 55.2 de la Constitución, les resulta legítimamente aplicable la suspensión de derechos a la que habilita el precepto constitucional.

En consecuencia, no resulta contraria a la Constitución la mención de las actividades rebeldes en el artículo 1 de la LO 9/1984, y por ello su inclusión dentro del ámbito de la misma.

ARTÍCULO 2.3

Reincidencia internacional

No puede decirse que el artículo 2.3 impugnado imponga y suponga el uso de la analogía, en el sentido técnico del término. Se trata más bien, de establecer si existe una sustancial correspondencia entre los supuestos de hecho y los bienes protegidos por la norma en el delito que se enjuicia y en otro precedentemente

enjuiciado en un ordenamiento extranjero. Ello puede generar dificultades en ciertos casos, dadas las grandes diferencias existentes al respecto entre las legislaciones penales comparadas, pero el elemento fundamental a tomar en cuenta es que el delito sea cometido por bandas armadas o terroristas, existiendo instrumentos internacionales, muy en particular el Convenio Europeo para la represión del terrorismo de 27 de enero de 1977 ratificado por España («Boletín Oficial del Estado» de 8 de octubre de 1980) que establecen criterios objetivos en la determinación del concepto de terrorismo. De modo que esta llamada «reincidencia internacional» —ya contemplada en nuestro Código en los artículos 289 (falsificación de moneda), 344 (cultivo y tráfico de drogas) y 452 bis f) (prostitución)—, no presupone una extensión analógica del precepto penal, sino una precisa previsión legal que identifica la agravación de reiteración en un hecho perfectamente tipificable mediante la valoración, para la apreciación de reincidencia, de la similitud entre dos delitos en razón a su igual naturaleza o entidad, lo que es conceptualmente inherente a la propia naturaleza de esta circunstancia modificativa. En consecuencia, ha de rechazarse que el artículo 2.3 de la Ley impugnada esté en contradicción con el artículo 25.1 de la Constitución.

El segundo motivo de impugnación del precepto, respecto a la violación «de manera indirecta o mediata» del artículo 24 de la Constitución, se sostiene porque se entiende que los Tribunales extranjeros podrán no haber respetado todos los derechos reconocidos en dicho artículo 24, y que, pese a ello, se otorga automáticamente eficacia ante los Tribunales españoles a la Sentencia de los órganos judiciales extranjeros. En realidad esta impugnación lo que implícitamente viene a sostener es que la eficacia de la Sentencia extranjera, a efectos de la apreciación de la reincidencia, debería estar subordinada a que, a su vez, los Tribunales extranjeros hubieran respetado los derechos de defensa y las garantías constitucionales del proceso reconocidas en el artículo 24 de la Constitución. No se trata, por tanto, de una lesión directa del artículo 24, sino de la eventualidad de que tal lesión pudiera producirse, y de la omisión de garantías para reaccionar frente a esa virtual lesión.

Este planteamiento no resulta admisible, pues no basta la existencia de una eventualidad de falta de tutela judicial del Tribunal extranjero para afirmar que el artículo 2.3 de la LO 9/1984 contradiga, en todo caso, el artículo 24 de la Constitución, precepto que, además, tiene como destinatario al órgano judicial español. A ello se une el que en nuestro ordenamiento existen remedios suficientes frente a ese riesgo, pues, de acuerdo al artículo 12.3 CC, si la Ley extranjera aplicada fuera contraria al orden público no tendría aplicación en España. Esta excepción de orden público habrá de entenderse que incluye también el respeto de los derechos de defensa, consagrados en nuestra Constitución y en los tratados internacionales relativos a los derechos humanos. La falta de respeto de tales derechos en el proceso realizado ante órganos judiciales extranjeros podrá dar lugar a la invocación del artículo 12.3 CC, evitándose con ello una aplicación del artículo 2.3 aquí impugnado en contradicción con el artículo 24 de la Constitución. Todo ello hace que carezca de fundamento este segundo motivo de impugnación del artículo 2.3 de la LO 9/1984, que no resulta, en consecuencia, contrario a la Constitución.

ARTÍCULO 11*Organos jurisdiccionales competentes. Tutela judicial efectiva*

La Constitución prohíbe Jueces excepcionales o no ordinarios, pero permite al legislador una determinación de las competencias de acuerdo a los intereses de la justicia, y teniendo en cuenta experiencias propias y ajena. Resulta evidente que el legislador estatal al establecer la planta orgánica de los Tribunales ha de tener en cuenta y respetar la estructura autonómica del Estado y el reconocimiento constitucional de la existencia de los Tribunales Superiores de Justicia, pero la actuación de éstos presupone la radicación en el territorio de la Comunidad del órgano competente en primera instancia. Existen supuestos que, en relación con su naturaleza, con la materia sobre la que versan, por la amplitud del ámbito territorial en que se producen y por su transcendencia para el conjunto de la sociedad, pueden hacer llevar razonablemente al legislador a que la instrucción y enjuiciamiento de los mismos pueda llevarse a cabo por un órgano judicial centralizado, sin que con ello se contradiga el artículo 152.1 de la Constitución, ni los preceptos estatutarios que aquí se alegan, ni tampoco el artículo 24.2 de la Constitución. En efecto, tanto los Juzgados Centrales de Instrucción como la Audiencia Nacional son orgánica y funcionalmente, por su composición y modo de designación, órganos judiciales «ordinarios», y así ha sido reconocido por la Comisión Europea de Derechos Humanos en su informe (de 16 de octubre de 1986) sobre el caso Barberá y otros, en el que se afirma: «La comisión comprueba que la Audiencia Nacional es un Tribunal ordinario instituido por un Real Decreto-ley y compuesto de Magistrados nombrados por el Consejo General del Poder Judicial».

El legislador, al regular la constitución y funcionamiento de los Tribunales, debe considerar los posibles riesgos de ineffectividad de la tutela y eliminarlos en la medida de lo posible, por lo que podría ser contraria a la Constitución una regulación que se despreocupase de la efectividad de la tutela, y ello aún al margen de si ese riesgo no resultase realizable en todos los casos, es obligación, pues, del legislador lograr en lo posible la efectividad de la tutela judicial, pero ello no impide, sin embargo, el que dentro de su libertad de opciones pueda prever en función de otros valores constitucionales una centralización del órgano judicial que conoce la instrucción, y en concreto de la detención, siempre claro está que al establecer esta regulación no se impida gravemente la efectividad de la tutela judicial. O lo que es lo mismo, el mayor grado de efectividad de la tutela judicial no es el único criterio que pueda tener en cuenta el legislador al decidir, dentro de los constitucionalmente posibles, el órgano judicial competente para conocer de las detenciones que tengan lugar en relación con este tipo de delitos de terrorismo y pertenencia a bandas armadas.

La asignación del conocimiento de la detención a los Juzgados Centrales de Instrucción no supone un obstáculo que impida el control judicial de esas detenciones, aunque las dificultades para el justiciable que se derivan de ello imponen en todo caso una mayor diligencia del órgano judicial para asegurar la efectividad de la protección y defensa judicial de la libertad que la corresponde. Nada le impide al Juez, pues la incomunicación del detenido no juega para el órgano judicial de acuerdo al artículo 524.3 LECr., el verificar la legalidad y las condiciones de la detención, velando por el respeto de los derechos constitucionales

del detenido, no sólo los del artículo 24, como también los demás derechos constitucionales afectados en cada caso. Dado que su competencia territorial incluye todo el territorio del Estado, por lo que le es permitido desplazarse personalmente o, en otro caso, de acuerdo con el artículo 14 de la LO 9/1984, delegar en el Juez de Instrucción del partido o demarcación donde se encuentre el detenido. Todo ello supone que la Ley ha tratado de hacer compatible y permite el efectivo control judicial de la detención, aunque la centralización del órgano judicial imponga a éste una mayor diligencia en la utilización de las facultades y atribuciones que la Constitución y la Ley le reconocen para la tutela de las libertades.

ARTÍCULO 13

Detención preventiva

La prolongación de la detención gubernativa más allá de las setenta y dos horas no puede ni iniciarse ni llevarse a cabo, de acuerdo con los artículos 17.2 y 55.2 de la Constitución, sin una previa y expresa autorización judicial. Por hacer posible esa prolongación con la mera comunicación o petición de prolongación, sin exigir la previa y expresa autorización del órgano judicial, el artículo 13 de la LO 9/1984 es inconstitucional.¹

El artículo 13 de la LO 9/1984, al permitir una prórroga de la detención hasta un plazo adicional de siete días, no ha respetado ni el requisito del artículo 17.2 de la Constitución —no durar más del tiempo estrictamente necesario—, ni la exigencia del «plazo más breve posible» del artículo 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del artículo 5.3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, ambos ratificados por España. Por ello ha de ser declarado inconstitucional también por este motivo relativo a la duración excesiva de la prolongación de la detención.

ARTÍCULO 15.1

Incomunicación del detenido

Como demuestran experiencias ajenas y propias, un uso ilimitado y extensivo de la situación de incomunicación en las detenciones gubernativas puede poner en peligro derechos tales como los previstos en los artículos 15, 17 y 24.2 de la Constitución. Por ello en nuestro ordenamiento la decisión de incomunicación corresponde siempre al órgano judicial aun en el caso de las detenciones gubernativas.

No deja de ser significativo que el artículo 55.2, que alega el Letrado del Estado para justificar la competencia gubernativa, mencione la «intervención judicial», que en esta materia puede ser más necesaria que en ninguna otra, dada la función de garante de la libertad y de los derechos y libertades de los ciudadanos, que corresponde al órgano judicial. De ahí que ni siquiera dicho precepto constitucional podría justificar la eliminación de la intervención judicial al respecto, si es que la incomunicación se considerara desde la perspectiva de la mera pérdida de libertad. Por ello ha de estimarse que el artículo 55.2 de la Constitu-

ción no ha habilitado al legislador orgánico para suprimir en este caso la intervención judicial y para encomendar a la autoridad gubernativa, sin intervención judicial alguna, la medida de incomunicación.

Por la propia naturaleza de la medida, y dada su finalidad de no perjudicar «el éxito de la instrucción» (art. 524 LECr.) ha de entenderse que la ordenación inmediata de la incomunicación puede realizarla la autoridad gubernativa, pero ello no excluye ni impide el que la decisión definitiva al respecto haya de adoptarse por el órgano judicial. Es decir, se justifica, en aras de la efectividad de la medida, una previa decisión de carácter provisional de la autoridad gubernativa, pero sometida y condicionada a la simultánea solicitud de la confirmación por el órgano judicial, garantía suficiente del derecho del afectado.

Sin embargo, el artículo 15.1 no ha previsto esta intervención judicial confirmatoria, y parece partir de la idea de la no necesidad de intervención judicial en la decisión de la incomunicación durante el período inicial de detención gubernativa en las primeras setenta y dos horas, aunque los artículos 15.2 y 14 no excluyen, desde luego, un eventual control judicial sobre la detención y también sobre la incomunicación, que, según se ha dicho, no afecta en ningún caso a la comunicación del detenido con el órgano judicial.

En consecuencia, el artículo 15.1 resulta contrario a la Constitución en cuanto permite que la autoridad gubernativa que haya decretado la detención pueda, en todos los casos, y sin intervención judicial alguna, ordenar la incomunicación del detenido durante las primeras setenta y dos horas. Sin embargo, no es contrario a la Constitución el que la autoridad gubernativa pueda ordenar provisionalmente, cuando ello resulte necesario, la incomunicación del detenido, aunque solicitando al mismo tiempo del órgano judicial la confirmación de la medida. El precepto legal ha omitido, pero no ha excluido, la exigencia de una ratificación judicial de la decisión gubernativa. No excluye así, una lectura integradora del precepto conforme y a la luz de los preceptos constitucionales, que es la que habría de elegirse en todo caso (SCTC 19/1982, de 5 de mayo, y 115/1987, de 7 de julio); de ahí que sólo ha de entenderse inconstitucional en la medida que se interprete excluyendo la ratificación judicial de la decisión gubernativa de incomunicación.

En consecuencia, el artículo 15.1 de la LO 9/1984 es contrario a la Constitución en la medida en que se entienda que la ordenación de la incomunicación por parte de la autoridad gubernativa, durante las primeras setenta y dos horas, no haya de ser objeto de simultánea solicitud al órgano judicial competente, de acuerdo con el apartado segundo del propio artículo. O dicho en otros términos, el artículo 15.1 es parcialmente inconstitucional a no ser que se interprete que la incomunicación por parte de la autoridad gubernativa ha de ser objeto de simultánea solicitud de confirmación al órgano judicial competente.

ARTÍCULO 16

Registro domiciliario

Lo primero que procede precisar es el sentido de la suspensión de la inviolabilidad del domicilio que el mismo regula. De la dicción del precepto se deduce que el mismo contempla primaria y únicamente el registro domiciliario que tiene

por objeto la inmediata detención de un presunto terrorista o miembro de una banda armada. Es decir, sólo permite la entrada en un domicilio, sin previa autorización judicial, para efectuar una inmediata detención, y, con ocasión de ella, proceder al registro y ocupación de los instrumentos y efectos relacionados con las actividades terroristas. Se ha aplicado, así, la regla del artículo 553 LECr., suponiendo el efecto de la suspensión del derecho el prescindir del requisito legal general del mandamiento de prisión para hacer posible la entrada en el domicilio sin previa autorización judicial para proceder a una detención inmediata. Esta razón de inmediatez indica que la Ley ha querido limitar esta posibilidad a supuestos excepcionales en los que en función de la «inmediata detención» (art. 16) se hace absolutamente imprescindible la adopción directa de la medida, y en las que el mínimo de retraso que supondría la intervención judicial haría inviable el éxito de la detención y registro.

El artículo 16 de la LO 9/1984, no ha establecido así como regla general la falta de autorización judicial previa, ni puede decirse que la sola vigencia de la Ley sea suficiente, sin la presencia de otra circunstancia, para que la fuerza de policía pueda entrar en cualquier domicilio para proceder a su registro y, en su caso, ocupar los instrumentos y efectos correspondientes. Sólo, de forma excepcional, en supuestos absolutamente imprescindibles y en los que las circunstancias del caso no permitan la oportuna adopción previa de medidas por la autoridad judicial, por tener que procederse a la inmediata detención de un presunto terrorista, es cuando podrá operar la excepción a la necesidad de previa autorización o mandato judicial. No puede decirse que esta regulación, así entendida, no haya ponderado adecuadamente la efectividad de la suspensión del derecho a la inviolabilidad del domicilio y la suficiente intervención judicial. La Ley ha tratado de concordar ambos elementos, y sólo ha sacrificado el carácter previo de la intervención judicial en supuestos límite, en aras de hacer efectivos los fines por los que el artículo 55.2 permite la suspensión del derecho a la inviolabilidad del domicilio. En este caso, y sólo en este caso, la intervención judicial habrá de ser *a posteriori*, pero sin que pueda entenderse, como se razona en los recursos, que en este caso esa intervención se limite a la mera recepción de información, pues el artículo 16.2 no establece, ni podría establecer, ningún límite al control judicial al respecto.

La conclusión de todo ello es la de que el artículo 16 de la LO 9/1984 ha respetado la exigencia de la necesaria intervención judicial que establece como garantía y límite el artículo 55.2 de la Constitución, y no ha hecho prevalecer en todo caso el contenido básico del precepto constitucional (la «suspensión») sobre la exigencia de autorización judicial de la entrada en el domicilio, sino sólo de forma excepcional, en supuestos absolutamente imprescindibles, cualificados por la necesidad de proceder de forma inmediata a la detención de un presunto terrorista. Por ello el artículo 16.1 no resulta contrario al artículo 55.2 de la Constitución, y debe desestimarse la impugnación del mismo, por ambos recurrentes.

ARTÍCULO 17*Observación postal, telegráfica y telefónica*

El artículo 17 de la LO 9/1984 ha partido del principio general, también en las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas, de atribución a la autoridad judicial de la resolución de levantamiento del secreto de las comunicaciones, y sólo en determinados supuestos, cualificados por la urgencia y durante un tiempo limitado, el número 2 del artículo permite la «observación» de las comunicaciones por una resolución gubernativa, permitiendo que momentáneamente la autoridad gubernativa pueda decidir de forma inmediata y directa una interceptación de comunicaciones necesaria en el curso de investigaciones sobre las actividades delictivas a las que la Ley se refiere. En cuanto que afecta a la limitación de un derecho fundamental, las razones de urgencia han de ser interpretadas restrictivamente y, además, el precepto impone una inmediata comunicación motivada al Juez competente (motivación que debe incluir, desde luego, las razones de urgencia que justifiquen la ordenación gubernativa de la medida), correspondiendo al órgano judicial confirmar o revocar la medida de forma inmediata.

Al suprimir la intervención judicial previa sólo en supuestos excepcionales cualificados por la urgencia, el legislador ha realizado una adecuada ponderación de la efectividad de la suspensión y de la intervención judicial, por lo que el artículo 17.2 de la LO 9/1984 no resulta contrario al artículo 55.2 de la Constitución.

ARTÍCULO 21*Clausura de medios de difusión*

El legislador no estaba, pues, habilitado para establecer una suspensión singular del derecho reconocido en el artículo 20 de la Constitución para el caso de los delitos de terrorismo y bandas armadas. Sin embargo, la consecuencia práctica del artículo 21.1 equivale a una auténtica suspensión del derecho. Si se comparan los efectos del artículo 21 de la LO 4/1981, de 1 de junio, sobre estados de alarma, excepción y sitio que regula la «suspensión» de todo tipo de publicaciones y emisiones radiotelevisivas, con el artículo 21.1 impugnado que impone preceptivamente el «cierre provisional» del medio de difusión, habrá de concluirse que los efectos son idénticos sin que obste para ello, como alega el Letrado del Estado, el que el órgano judicial pueda levantar posteriormente la medida en el plazo de tres días, puesto que la existencia de este plazo indica ya que la eficacia del precepto ha operado una suspensión temporal del derecho del artículo 20 de la Constitución, para lo que el legislador orgánico no estaba habilitado. En los demás casos de delitos realizados a través de medios de comunicación no está prevista esta medida, lo que refuerza la idea de que aquí no se ha tratado de introducir, sin habilitación constitucional, un régimen de suspensión singular del derecho, que resulta carente de la habilitación contenida en el artículo 55.2 de la Constitución.

Por otro lado, en este caso concreto, aun si no se entendiera como suspensión

singular del derecho a la libertad de expresión e información, el artículo 21.1 impugnado ha establecido una restricción y una limitación del ejercicio de la libertad de expresión que resulta evidentemente desproporcionada al mero hecho de la admisión de una querella criminal, suponiendo una restricción de esas libertades que no puede encontrarse amparada en el límite genérico establecido en el artículo 20.4 de la Constitución. En efecto, no permite una adecuada ponderación de los bienes constitucionales en juego, manteniendo de la seguridad pública y libertades de expresión e información, pues una finalidad meramente preventiva o de aseguramiento no puede justificar constitucionalmente una restricción tan radical de estas libertades, las cuales además tienen efectos que trascienden al presunto imputado, y afectan a personas sin conexión alguna con el hecho presumamente delictivo, existiendo medios adecuados en el ordenamiento para asegurar medidas cautelares que no supongan esa limitación de las libertades de expresión e información. La previsión legal contenida en el artículo 21.1 es, también desde esta perspectiva, contraria al artículo 20 de la Constitución.

Finalmente, no resulta ocioso indicar los efectos indirectos negativos de «auto-censura» en el ejercicio de la libertad de expresión y de información que podían resultar de la amenaza potencial del cierre o clausura temporal del medio de información por el mero hecho de la admisión de una querella criminal por cualquier tipo de delito relacionado con la actividad terrorista o de bandas armadas, que cualquier persona pueda cometer a través de ese medio. La disposición legal puede operar así como una coerción indirecta sobre el ejercicio de las libertades de expresión y de información del artículo 20 de la Constitución, que resultarían incompatibles con éstas, y con un Estado democrático de Derecho.

Por todo ello, el artículo 21.1 de la LO 9/1984 resulta contrario al artículo 20 de la Constitución y ha de ser declarado inconstitucional. Aunque los recurrentes sólo impugnan el número 1 del artículo 21, la declaración de nulidad del mismo ha de llevar acarreada también la nulidad de los números 2 y 3 del artículo, por necesaria conexión con el párrafo que se anula. De ahí que la declaración de inconstitucionalidad, y consiguiente nulidad, haya de predicarse de la totalidad del artículo.

(Sentencia de 16 de diciembre de 1987. RI 285 y 292/95.—«BOE» de 8 de enero de 1988.—Ponente: Miguel Rodríguez-Piñero.)

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

JOSE LUIS MANZANARES SAMANIEGO

Magistrado del Tribunal Supremo. Profesor Titular de Universidad.
Letrado del Estado

ARTICULO 8.11. CUMPLIMIENTO DE UN DEBER. FUERZAS DE SEGURIDAD

(STS de 23 de febrero de 1988. Pte. Sr. Moner Muñoz)

La eximente que se aduce, requiere para su estimación los siguientes requisitos: 1.º) que se trate necesariamente de Autoridad o de sus agentes; 2.º) que dicha Autoridad o sus agentes se hallen en el ejercicio de la función pública a ellos encomendada, es decir, cumpliendo unos deberes que su cargo le impone; 3.º) que su comportamiento violento y el uso de la fuerza sean necesarios, entendiéndose la necesidad para la acción, cuando sea razonablemente imprescindible, con la consiguiente limitación implícita de la menor lesividad posible para conseguir el cumplimiento de la misión que le corresponde desempeñar, distinguiendo la doctrina entre la necesidad de la violencia en abstracto y en concreto, lo cual equivale a la idoneidad del medio, específicamente utilizado, de tal forma que si falta la necesidad abstracta del empleo de la fuerza, no podrá operar ni como eximente completa, ni como incompleta, y si falta la necesidad en concreto podrá aplicarse al amparo del número 1.º del artículo 9.º del Código penal; 4.º) gravedad intrínseca del hecho, de tal forma que si la transgresión no era especialmente transcendente, no se podrá calificar la actuación de la Autoridad o sus agentes como ajustada a Derecho, si bien no habiendo la debida proporción entre el mal producido o asegurado y el medio empleado para prevenirlo, cabe la aplicación de la eximente incompleta, y 5.º) que se produzca resistencia por parte de la víctima, por lo que en los casos del transgresor que huye, si la Autoridad o sus agentes, tras previas intimidaciones, hacen uso de las armas de fuego, sólo cabe hablar de legitimación cuando concurre ausencia de otros medios y el delito cometido era de gravedad y capital importancia —cfr. sentencias del Tribunal Supremo de 14 de junio de 1960, 9 de marzo de 1963, 9 de mayo de 1969, 25 de abril de 1980, 13 de mayo de 1982, 24 de febrero de 1983, 9 de diciembre de 1986 y 23 de julio de 1987.

Es obvio, que haciendo aplicación de las consideraciones expuestas al caso

enjuiciado, si bien el recurrente, Policía Nacional, se hallaba de servicio el día de la comisión de los hechos y, por tanto, gozaba de la cualidad de Agente de la Autoridad, según el artículo 7.^º de la Ley de 13 de marzo de 1986 de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, sin embargo, ni el delito cometido era de tal gravedad intrínseca que hiciese necesario el uso de las armas de fuego, ni la víctima hizo resistencia alguna, sino que huía, existiendo, por tanto, una inadecuación de los medios empleados faltando la necesidad concreta de la violencia utilizada, por lo que si el exceso acontece por esa inadecuación cabría la eximente incompleta. En tal sentido, los apartados c) y d) del número 2.^º del artículo 5.^º de la Ley mentada, expresa que los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado sólo deberán utilizar las armas en las situaciones de riesgo racionalmente grave para su vida, su integridad física o la de terceras personas, o en aquellas circunstancias que puedan suponer un grave riesgo para la seguridad ciudadana y de conformidad con los principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad en la utilización de los medios a su alcance, y ello es incuestionable que no concurría en la actuación del recurrente, por lo que fue correcta la decisión de la Audiencia procediendo, en consecuencia, la desestimación del motivo.

ARTICULO 9.2.^º. ATENUANTE DE EMBRIAGUEZ

(STS de 12 de febrero de 1988. Pte. Sr. Díaz Palos).

Radiada del Código penal por la reforma de 1944, la explícita formulación de la embriaguez plena y fortuita como subeximente de la más general de transtorno mental transitorio, no puede entenderse, como ha estimado algún sector doctrinal, que con ello se trató de eliminar una larga tradición jurídica que atendía tanto al origen voluntario o involuntario de la ebriedad, como a la mayor o menor intensidad de sus efectos en el psiquismo, para afirmar de modo gradual, decreciente y sistemático la total exención o minoración de la responsabilidad del ebrio que delinque, sino que por ser todo ello evidente, en palabras de los mismo autores de la reforma, se consideró superflua una especial alusión a la causa de inimputabilidad por embriaguez, una vez que se contaba con la de transtorno mental transitorio en la que se estima ebriedad, pero sin que sea lícito aislar a estos efectos el número 1.^º del artículo 8.^º y su correlativo número 1.^º del artículo 9.^º del Código penal, de la específica atenuante 2.^a del artículo 9.^º y de la cláusula general de la culpa del artículo 565 del mismo Código, de cuyos preceptos interpretados sistemática y teológicamente resulta que, en todo caso, queda eliminada la embriaguez prevenida al delito, esto es, «buscada de propósito para delinquir», en el lenguaje legal, ya como eximente o bien como atenuante o, dicho de otro modo, la embriaguez como «actio libera in causa dolosa»; que la embriaguez involuntaria o fortuita con totales efectos sobre el psiquismo de quien la sufre, es decir, sobre su capacidad de conocer la significación antijurídica del hecho y de orientar su voluntad en esa dirección, queda comprendida en la eximente 1.^a del artículo 8.^º del Código penal; que la exención incompleta del artículo 8.1.^º en relación con la 1.^a del 9.^º postula lógicamente la misma pureza en cuanto al origen de la embriaguez, esto es, su fortuidad, pero con menor intensidad de efectos sobre las facultades intelectivas y volitivas del sujeto; y

que, finalmente, la atenuante 2.^a del artículo 9.^º, en cuanto ya recoge los casos de embriaguez culposa en su inicio, vale decir la «*actio libera in causa*» culposa, debe considerarse como precepto específico que sustituye a los generales de la culpa de los artículos 565 y 586.3.^º del Código penal, únicamente desplazada por la embriaguez habitual exigencia un tanto anómala en el sistema culpabilístico que hemos visto subyace en la regulación legal y que puede reconocer como única explicación que el ebrio habitual puede llegar a equipararse con el alcohólico crónico, muy próximo, cuando no idéntico, al de base patológica originaria o sobrevenida, cuya repercusión en la imputabilidad quedaría abarcada más bien por la enajenación mental completa o incompleta a tenor de los casos, con la consiguiente aplicación de las medidas de seguridad pertinentes; y, finalmente, la atenuante específica de que se trata podrá ser simple o muy calificada, en virtual paralelismo con la eximente, siquiera la reacción penológica se mida para la eximente incompleta con menor rigor en el artículo 66, que para la atenuación calificada en el artículo 61.5.^º del Código penal; doctrina la expuesta que viene manteniéndose por esta Sala con unas u otras palabras en todas sus resoluciones posteriores a la mentada reforma de 1944 (sentencias de 29 de octubre de 1973, 16 de diciembre de 1980, 10 de febrero de 1982, 30 de septiembre de 1983, 8 de julio de 1985 y 8 de mayo de 1986, entre muchas).

ARTICULO 71. CONCURSO MEDIAL. NEXO SUBJETIVO

(STS de 25 de enero de 1988. Pte. Sr. Manzanares Samaniego).

Establecida ya la dualidad de tipos aplicables, procede examinar la segunda cuestión planteada, es decir, la de si el robo y la tenencia ilícita de armas configuran el **concurso real** de los artículos 69 y 70 del Código penal o el **concurso medial**, instrumental o teleológico de su artículo 71 —real también para la doctrina moderna mayoritaria, aunque igualado en régimen al concurso ideal propiamente dicho—, y en este punto se ha de señalar: 1.^º) Que no parece afortunado el proceder del Tribunal de instancia al acudir al repetido artículo 71, porque —dejando de lado el problema de la estimación de la necesidad medial en abstracto o en concreto— es lo cierto que, según reiterada jurisprudencia, **aquel nexo objetivo ha de ir acompañado por el correspondiente elemento subjetivo**, entendido al menos como conocimiento y aceptación de la necesidad objetiva, ya que precisamente esa unidad de voluntad y el deseo de evitar su doble sanción constituyen las razones alegadas de antiguo para justificar el sometimiento de este concurso o igual trato que el ideal (sentencias de 7 de abril de 1952, 13 de mayo de 1964 y 23 de octubre de 1965, sin olvidar las que, como la de 20 de mayo de 1984, con abundante jurisprudencia, rechazan el concurso medial entre un delito culposo y otro doloso); siendo así que en los hechos probados nada apunta siquiera a que los procesados tuvieran la menor noticia acerca de que el arma en cuestión se hallara o pudiera hallarse en el domicilio escogido para su rapiña. Y 2.^º) Que, dicho lo anterior, y vista la previsión de los párrafos segundo y tercero del artículo 71 del Código penal, cuya aplicación se silencia, mal podrá

eludirse el escollo que para la tesis de los recurrentes significa aquí la doctrina de la pena justificada, puesto que la propia Ley rompe la normativa especial de este precepto cuando la pena computada a su tenor excede de las sumas impo-nibles por separado.

ARTICULOS 231.2.º, 236 Y 237. ATENTADO Y RESISTENCIA GRAVE. DEFERENCIAS

(STS de 9 de febrero de 1988. Pte. Sr. Jiménez Villarejo)

En el primer motivo que se formaliza en el recurso, acogido al cauce casacion-al del artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se denuncia la indebida aplicación del **artículo 236 del Código penal** al hecho realizado por el procesado, con el argumento de que, según se desprende del relato histórico de la sentencia recurrida, no era atentar contra la integridad física del Agente de la Autoridad, sino meramente escapar del calabozo, lo que aquél pretendía. Hay que oponer a dicha alegación que aunque liberarse del encierro era, en efecto, el móvil que inspiró la conducta del procesado, ello no es óbice para que se afirme la existencia en la acción enjuiciada del dolo característico del delito de atentado, por lo que no merece reproche alguno la calificación jurídica aplicada por el Tribunal de instancia. Si el procesado, según leemos en el resultado de hechos probados, llamó la atención del Cabo de la Policía Nacional con lamentos y quejidos, desde el calabozo de la comisaría donde estaba recluido, con la finalidad de atraer al Agente y que por el mismo se abriese la puerta, como efectivamente hizo, y acto seguido, empujándola violentamente con el pie lanzó la puerta contra quien acababa de descorrer el cerrojo para darse a la fuga, es claro que el acometimiento —pues acometimiento fue golpear con la puerta al Policía— debe ser conceptuado como doloso, con el **dolo que la doctrina denomina directo de segundo grado o de consecuencia necesaria**, puesto que la agresión y las lesiones de la misma derivadas, si bien no constituyan el objetivo prioritariamente perseguido por el procesado —que antes que ninguna otra cosa quería huir—, sí estaban inevitablemente unidos a la consecución del logro deseado y de ese modo se le hubieron de representar a aquél, porque no era posible escapar sin abrir violentamente la puerta y ésta, por su parte, no podría ser impelida de la forma en que se hizo sin golpear y herir o contundir al desprevenido Agente que se encontraba detrás. Ciento es que el tipo delictivo descrito en el artículo 236 del Código penal, puesto en relación con el artículo 231.2 del mismo Cuerpo legal, no sólo requiere en quién lo realiza la representación del acometimiento —cuando de un atentado por acometimiento se trata— sino también la conciencia de quien lo sufre es un Agente de la Autoridad o funcionario público que se halla en el ejercicio de sus funciones, pero no lo es menos que, en el supuesto que da origen a este recurso, sabía perfectamente el culpable que sólo un miembro de la Policía Na-cional podía acudir a sus simulados lamentos y entrar en el calabozo para averi-guar lo que ocurría, por lo que en su ánimo estaba lanzar la puerta contra un Agente de la Autoridad, en tanto esta violencia era medio imprescindible para quebrantar su detención. No hubo, pues, indebida aplicación del artículo 236 del Código penal, por lo que este motivo de impugnación debe ser repelido.

Naturalmente, el rechazo del motivo anterior conlleva irremisiblemente el del segundo, igualmente amparado por el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en el que se denuncia por el recurrente la inaplicación indebida del artículo 237 del Código penal, pues obvio es que declarada correcta la calificación de atentado, carece de sentido debatir si debió prevalecer en la instancia la de resistencia. Conviene decir, no obstante, que la pretensión de que el hecho cometido por el procesado pudiera ser subsumido en el tipo penal de resistencia estaría, en todo caso, condenado al fracaso, porque así lo impondría la doctrina de esta Sala, expresada en innumerables sentencias, entre las que pueden citarse las de 20 de enero de 1986, 20 de mayo de 1986 y 4 de noviembre de 1986, a cuyo tenor la línea diferencial entre los delitos de atentado y resistencia, quebrantadores ambos del principio de autoridad representado por las personas en que se encarna, está en que la dinámica comisiva del primero es claramente activa, en tanto la del segundo no rebasa los límites de la oposición pasiva, obstativa o inerte, aunque, por supuesto, resuelta y tenaz, caracterización que es más que suficiente para resolver el problema de la tipificación del hecho enjuiciado incardinándolo en la figura de atentado y descartando la aplicabilidad de la de resistencia. También este motivo, en consecuencia, ha de ser repelido.

ARTICULO 244. DESACATO A LA AUTORIDAD. LIBERTAD DE EXPRESION

(STS de 21 de enero de 1988. Pte. Sr. Ruiz Vadillo. Contiene un voto particular)

Cuarto. El motivo cuarto formalizado bajo el apoyo procesal del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, alega aplicación indebida de los artículos 244 (aunque por error mecanográfico se diga 240) y 250 del Código penal, así como del artículo 20.1 a) y 4 de la Constitución.

El motivo ha de prosperar en virtud de las consideraciones jurídicas que a continuación se exponen, las primeras referidas a los principios generales que han de informar la materia y las siguientes en relación con la proyección que aquéllas han de tener en el caso al que se refiere este recurso.

Con carácter amplio y generalizador hay que indicar lo siguiente:

1. Existe una jerarquía intraconstitucional de los bienes o valores integrados en la Ley Fundamental, pero en su determinación no cabe establecer reglas absolutas e inflexibles, sino que éstas han de fijarse en función de las circunstancias concurrentes. El perfil de cada uno de los derechos, en principio, no es nunca absoluto ni ilimitado, sus notas y fronteras, cuando colisiona con otro u otros, vendrán determinados por razones de ponderación y en su caso de preferencia.

2. Estos factores, siempre variables, como corresponde al dinamismo de la propia vida social, han de actuar con distinta intensidad, según los casos, para equilibrar la protección plural y no siempre convergente ni paralela de los derechos fundamentales.

3. La libertad de expresión y de información, dentro de la cual se contiene el derecho a recibirla, de la que es destinatario el Pueblo, constituye uno de los ejes del pluralismo político y uno de los fundamentos esenciales de la sociedad democrática; una de las condiciones primordiales para su progreso y para el desarrollo de los hombres (cfr. sentencia del Tribunal Supremo Europeo de Derechos

Humanos de 7 de diciembre de 1976. Caso *Handyside* 49). Una de sus expresiones más significativas es el derecho de los medios de comunicación a informar, sin el cual, como acaba de decirse, no existe sociedad democrática y también lo es el derecho-deber de quienes desempeñan funciones para las que fueron elegidos por los ciudadanos y en general de cuantas personas ocupan puestos de autoridad, de comunicar, dentro de los límites que en cada caso procedan, las vicisitudes de los asuntos encomendados y los problemas que su administración produce con análoga significación a la obligación que el mandatario tiene de dar cuenta al mandante o comitente de la gestión ejecutada.

4. Supesar, dentro de la realidad social, siempre compleja, los intereses que convergen en una determinada situación es tarea muy difícil, pero inevitable. El enfrentamiento, real o aparente, entre el derecho a la libre expresión y el derecho al honor en cualquiera de sus manifestaciones, comprendiendo el nivel de respeto y respetabilidad a que tienen derecho todas las personas físicas y jurídicas y las Instituciones, ha de encontrar vías de solución. Es por ello, por lo que corresponde a los Jueces ponderar la relación entre el derecho al honor (y dentro de él con los adecuados temperamentos, la idea de desacato) y las libertades del artículo 20.1 a) y d) de la Constitución. Aquél, no sólo es un límite a estas libertades, sino en sí mismo un derecho fundamental (cfr. sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de julio de 1986). Los conceptos necesidad social, así como la proporción al fin que se persigue si es legítimo han de estar presentes en esta decisión.

5. Cuando la doctrina científica se refiere al «efecto irradiante» del derecho fundamental a la libre expresión, lo hace de manera esencial para, dentro del campo de la protección jurídico-penal del honor, determinar su alcance a la luz de la significación del derecho básico a la libertad de expresión y de prensa que ha de fijarse en función de la imprescindibilidad de una información libre en un Estado de Derecho Democrático y Social como el nuestro. Las limitaciones que acompañan a este derecho han de ser por consiguiente interpretadas siempre de manera restrictiva (cfr. sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de abril de 1979, caso «The Sunday Times» núm. 65).

6. Resulta también imprescindible examinar si concurre algún supuesto de justificación (cfr. artículo 8.11 del Código penal) y si existe el imprescindible elemento subjetivo o culpabilístico, situándose en sede constitucional bajo las ideas de que no hay derechos absolutos e ilimitados, de que cuando son varios los que concurren en un determinado supuesto hay que sopesarlos y finalmente que todo ello ha de ser contemplado bajo el prisma del principio de proporcionalidad.

7. Siendo la justicia un horizonte de equilibrio, la Constitución significa la armonía por excelencia y dentro de ella se integra la idea de proporción que obliga, en los casos de concurrencia de derechos, incompatibles entre sí, a fijar las preferencias, según el criterio constitucional aplicado al caso concreto debatido.

8. *Como conclusión hay que señalar que el conflicto entre el derecho a la información y el derecho al honor de la persona perjudicada por aquélla, no puede resolverse dando preferencia al segundo, sino que se impone una adecuada ponderación, sin olvidar que el derecho a la información junto con el de libre expresión, garantiza la existencia de una opinión pública libre, condición absolutamente necesaria para el recto ejercicio de todos los demás derechos en los que se funda el sistema político democrático (cfr. sentencia del Tribunal Constitucional de 22 de diciembre de 1986). Es obligado, en este sentido, como recuerda el Auto de esta Sala de 30 de octubre de 1987, replantearse la adecuación de*

la calificación de determinadas frases y palabras, incluso cuando objetivamente parezcan ofensivas, de acuerdo con la índole eminentemente circunstancial de delito de injurias (y por extensión de los desacatos, salvando las distancias), en el contexto histórico en que las mismas fueron proferidas, como puede ser las contiendas entre los partidos políticos o la censura, que los representantes del Pueblo formulan en orden a determinadas decisiones legislativas, administrativas o judiciales.

Quinto. La aplicación de la doctrina acabada de exponer al caso del presente recurso conduce a las siguientes consideraciones:

1. El derecho a la crítica que el procesado, como cualquier persona, pudo ejercitar, está sometido a unas determinadas limitaciones y pautas jurídicas y sociales de comportamiento que vienen impuestas por la existencia de un conflicto con otros bienes jurídicos. Se trata, pues, de un problema de límites que ha de resolverse sopesando la naturaleza y caracteres de cada uno.

2. La condición de Alcalde de una ciudad a cuyos intereses afecta la resolución judicial censurada, con la finalidad esencial de darla a conocer a los ciudadanos, es precisamente, en este concreto caso, lo que destruye el «animus injuriandi» o intención de difamar, de las frases despectivas y de menoscabo por él pronunciadas, en los términos que enseguida se dirán, profundizando en su sentido y alcance y distinguiéndose así las apariencias de las realidades. En cualquier caso, en principio, el conflicto de los bienes en liza ha de resolverse en favor de aquél que tenga un mayor relieve constitucional.

3. Las expresiones proferidas por el procesado que constan en la sentencia de instancia y que no hay necesidad de repetir, han de ser examinadas en el contexto local y ambiental, muy específico en el que se produjeron, con todas las connotaciones que tal factor supone. La referencia del procesado a una conveniente investigación sobre las complacencias o connivencias que pudieran existir entre algunos magistrados y los abogados defensores, al no explicarse cómo el Auto referenciado se había conocido con una semana de antelación, demuestra, en cuanto esta idea es el centro del hilo argumental del acusado, que la intencionalidad, aunque con evidente y censurable exceso, no era otra que la de informar a quienes eran, en definitiva, como ciudadanos, destinatarios directos de los efectos de la resolución criticada.

4. La ineludible tensión entre el bien jurídico de la libertad, en cualquiera de sus manifestaciones, y especialmente en cuanto afecta a la libertad de expresión e información, y el derecho al honor y al respecto debido a las Instituciones y a las personas que las encarnan, afectante al ejercicio de las funciones y competencias públicas, ha de situarse, en principio, en una preferencia del primero sobre el segundo, lo que no significa la preterición de este último que pervive siempre, aunque su precisa configuración haya de acomodarse a las importantes exigencias de la invocada libertad de expresión y con ella inseparablemente unida, al menos en potencia, del derecho a la crítica.

5. La idea central del comportamiento del procesado, indebido, desde luego, fue la crítica política, aunque como ya se dijo sujeta a límites que el acusado desbordó de manera innecesaria. Quien ejerce la libertad de expresión debe tomar conciencia de la responsabilidad que contrae y de los obligados límites que impone una normal y recíprocamente respetuosa convivencia. El problema radica en si este exceso, en este caso concreto, porque son muy difíciles las generalizaciones, está o no incluido en el campo penal, y en este sentido hay que decir

que no existiendo desacato por lo que luego se dirá, sólo es atribuible una sanción social en cuanto a las inexactitudes, excesos verbales o escritos, radicalismos y descalificaciones improcedentes que pueden herir determinados sentimientos sociales en cuanto una comunidad ha de asentarse sobre unas normas de respeto y consideración, compatibles con la crítica, la oposición y el disentimiento.

6. El delito de desacato, objeto de condena, supone: a) una actividad injuriosa, calumniosa, insultante o amenazadora cuya existencia exige, como es obvio, la confrontación de los respectivos preceptos tipificadores de las referidas conductas; b) que el sujeto pasivo reúna los requisitos establecidos en la Ley, y c) el «animus infamandi» o intimidatorio, dolo especial sobre el que, como dice la sentencia de esta Sala de 24 de enero de 1986, grava todo el peso del elemento subjetivo del injusto. Ninguno de estos supuestos específicos de este último número se dan en este caso: no hubo injurias, porque lo que se quiso, y esa es la razón de su comportamiento, fue informar y criticar, dentro de su consideración de político y menos aún de calumniar por la genericidad de las expresiones y, sobre todo, como ya se ha indicado, por el carácter condicional de su afirmación referida a la necesidad de investigar. La acción, en consecuencia, no fue típica, porque aunque las afirmaciones, directas o indirectas, puedieran ser objetivamente injuriosas y subsumibles en los delitos de desacato (art. 240 y ss.), de injurias (art. 457 y ss.) o calumnia (art. 453 y ss.) si se hubiesen realizado con ánimo de desacatar, injuriar o calumniar, no hay infracción penal al faltar el elemento subjetivo del injusto, elemento anímico que, como ha dicho la sentencia de esta Sala de 17 de octubre de 1984 ha de estar tan acreditado y probado como la acción o dinámica comisiva misma, de acuerdo con los principios en que se inspira la reforma penal realizada por la Ley Orgánica de 25 de junio de 1983. Ese propósito no sólo ha de traslucirse de la integridad del relato fáctico y especialmente de los elementos objetivos y puramente descriptivos integrantes del mismo, sino que ha de sobreentenderse tras su lectura detenida de la que debe fluir, aflorar y transparentarse de modo meridiano.

7. El derecho al honor y el derecho a la libertad de expresión se inspiran y cobran su fuerza legitimadora en dos diferentes fuentes o valores superiores (sentencia de esta Sala de 2 de junio de 1986). Ambos son definitivamente importantes, pero atendida su naturaleza, a la luz de la Constitución, cuando entran en colisión, se impone, como ya se anticipó, fijar una preferencia que, en principio, corresponde a la libertad de expresión, porque sin ella no puede vivir una sociedad en democracia.

8. El ordenamiento jurídico no es un conjunto de comportamientos estancos, sino un sistema clasificado de valores para garantizar una convivencia en paz, construida sobre el valor justicia. Si en la conducta del procesado, irregular y censurable, atendida su doble condición de Alcalde y Abogado, que le obligaba a un comportamiento más de acuerdo con normas de obligada consideración a todas las personas y en mayor medida, si cabe, a quienes ejercen funciones de autoridad, como él, no se aprecia desacato es muy sencillamente porque no existió ánimo de deshonrar, desacreditar o menospreciar, ni hubo calumnia porque tampoco asumió el resultado positivo o negativo de la investigación que pretendía y en consecuencia no se da el tipo del injusto porque no se han realizado ninguna de las conductas que lo integran al tratarse de una figura penal en blanco, aunque lo sea con determinadas especificidades.

9. En resumen, corresponde a los órganos judiciales, como dice la sentencia

del Tribunal Constitucional de 12 de diciembre de 1986, asumir la interpretación más favorable al derecho fundamental y a la producción de sus efectos (en orden a la libertad de expresión), incluso sobre las normas penales limitadoras del mismo. Todas las restricciones al mismo han de recibir una interpretación restrictiva. Así, pues, la contradicción y colisión entre ambos derechos en pugna conduce en este caso, llevada a cabo la correspondiente ponderación, sobre criterios constitucionales, a la solución ya señalada.

Sexto. En este sentido resulta innecesario examinar el motivo quinto que con el mismo apoyo procesal alega no aplicación indebida del último párrafo del artículo 6 bis en relación con el 8 apartado 11, ambos del Código penal, que se interpone con carácter subsidiario. Si no consta acreditado el ánimo de injuriar, en virtud de las precedentes consideraciones, en razón a la idea central que presidió la actuación del procesado, de acuerdo con el cargo de Alcalde que desempeñaba, y la finalidad esencial de informar, unida a un inequívoco deseo de criticar una decisión que a su personal juicio no tenía fácil explicación, no hay infracción penal. No habiendo delito porque la conducta carece de significación jurídico-penal en orden al delito de desacato, en atención al campo desde cuya perspectiva se examina, es decir, en sede constitucional, no hay necesidad de hacer nuevas y más extensas consideraciones en este sentido.

Séptimo. Por último, hay que resolver el problema que con carácter subsidiario y con amplias reservas plantea el recurrente sobre si los hechos constituyen la infracción prevista en el artículo 570.5 del Código penal, que se refiere a los que faltaren al respecto y consideración debido a la Autoridad.

Habiéndose eliminado el delito por razones de antijuridicidad y culpabilidad, en virtud de las especificidades que concurren en esta causa, ya descritas, teniendo en cuenta que en el desacato juega no sólo el contenido sustancial de la conducta, sino también las cualidades de la persona que realiza el delito, no puede haber tampoco falta.

Sólo dejando constancia expresa de estas circunstancias puede desaparecer la infracción delictiva. En orden a la decisión de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Sevilla, merecedora siempre de respeto y consideración sin perjuicio de la discrepancia, del derecho a la impugnación por los cauces legales e incluso de la denuncia, se actuó con precipitación y desacierto inexplicables, pero no hubo ánimo de injuriar ni de calumniar, ni por consiguiente desacato, sino censurable comportamiento del procesado, como se ha insistido reiteradamente.

DEL VOTO PARTICULAR.

Primero. Esta Sala viene entendiendo que la «auctoritas» y «dignitas» que se funden en el bien jurídico atacado en el delito de desacato no excluyen el ejercicio del derecho de crítica y de libre información que forman parte esencial y nuclear del principio constitucional de libertad de expresión —artículo 20.1 a)—, pero la relación entre el derecho al honor —también constitucionalmente afirmado, artículo 20.4— y la libertad de expresión, provoca una tensa y difícil cuestión de límites que se resuelve a favor de la calificación delictiva en presencia de una intención preponderante de agravio, menosprecio o descrédito de la Autoridad y de la dignidad de la función desempeñada, luego de ponderar —a través de los hechos enjuiciados— el valor reconocido a la libertad de expresión en la formación de la opinión pública, de singular trascendencia en la vida comunitaria por estar ligada al pluralismo político imprescindible para el funcionamiento del

Estado social y democrático de Derecho que acepta y define el artículo 1.º de la Carta Constitucional.

En este marco de la libertad de expresión, nada debe oponerse al libre derecho a informar del contenido de las resoluciones judiciales que afectan a temas o problemas de interés general, que desde la perspectiva de quien ostenta una representación cívica es toda una exigencia, y nada puede objetarse a la crítica o censura que discurra en los términos objetivos o neutros que es norma habitual de la exégesis jurisprudencial, e incluso es admisible que trascienda o comprometa a instituciones o personas, con erosión o sacrificio de su imagen pública, dignidad o prestigio social, sólo en la medida de lo necesario para aquellos fines de crítica e información, reconociendo en estos términos el primer lugar que en la vida democrática ostenta la libertad de expresión como instrumento de formación de la opinión pública. En todo caso, la expresión oral o escrita guardará modos; formas o temperamentos, si se quiere que el juego de libertades sea armónico y sin estridencias.

Transportadas estas afirmaciones a la esfera penal, es obvio que deben tener relevancia dos órdenes de comportamientos: el de quienes rebasan toda medida en la libertad de crítica e información, no se detienen ante la dignidad judicial, e innecesariamente socavan el principio de Autoridad inherente a los órganos de la jurisdicción, también indispensable para el buen gobierno de la comunidad; y el de quienes sin traspasar aquella medida, no lo hacen dentro de las debidas coordenadas de consideración y respeto. Para los primeros, están previstos e indicados los artículos 240 y siguientes, y los segundos tienen su sede en el artículo 570.5.º, todos del Código penal ordinario, que han sido invocados —respectivamente— en los motivos cuarto y sexto del recurso.

Segundo. El relato de los hechos se refiere a la conversación telefónica mantenida con un locutor de radio en la que el acusado hacía alusión a los veintisiete concejales del Ayuntamiento «**burlados impunemente** por el Auto de la Audiencia de Sevilla», y al día siguiente, en la rueda de prensa convocada «para exponer con tranquilidad el tema a la opinión pública», instaba a investigar «**qué tipo de complacencias o connivencias pueden existir entre algunos Magistrados y los Abogados defensores**», lamentando «que otros señores no hubieran acudido a esa vía fácil, como es acudir en este caso a la Audiencia y conseguir por arte de birlibirloque una sentencia favorable o un acto favorable». En esta base o fundamento fáctico de la sentencia, inacatada e inacabable en la vía del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, prescindiendo y desdoblando las abstractas y vulgares descalificaciones de la Justicia que hizo en la primera comparecencia ante los medios de comunicación, sugiere una investigación sobre las complacencias o connivencias que mediaron entre Magistrados y Abogados y hace una afirmación terminante sobre su existencia, que no pone en duda puesto que solamente se interroga sobre la clase o tipo de relaciones: «**qué tipo de complacencias o connivencias...**», poniendo el verbo en presente de indicativo y no en subjuntivo con lo que aleja toda idea de posibilidad; hubo, por ende, una imputación de parcialidad a los Jueces **directa y manifiesta**, corroborada a través de esa expresión de burla **impune**, de las alusiones a la vía fácil para conseguir por arte de birlibirloque una sentencia favorable, es decir, por medios ocultos o fuera de lo ordinario en más correcta traducción semántica, frases que en una consideración aislada pudieran ser tachadas de equívocas, aunque siempre operaría a favor de la imputación calumniosa los artículos 462 y 464 del Código penal.

Existe, en consecuencia, la realidad insoslayable de una imputación calumniosa —la de un delito de prevaricación— a los Magistrados de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia de Sevilla, con patente intención difamatoria, que no puede explicarse, justificarse o desvirtuarse acudiendo al derecho de crítica y de libre información que se reconoce al acusado, como regidor y representante de una comunidad y en temas que afectaban a los intereses generales, porque el mensaje al pueblo y a los electores pudo limitarse a una circunstanciada relación de los hechos sin **necesidad** de comprometer la dignidad, el prestigio y la autoridad del órgano jurisdiccional, y no puede estrecharse el campo de la intencionalidad y del conocimiento de la antijuricididad de su conducta, en una persona, como el acusado, en quién concurría la plural condición de Alcalde, Diputado Regional y Abogado, y que se había tomado un tiempo de reflexión para tranquilizar su ánimo. No se trata con ello de mermar en lo más mínimo el derecho-deber de información o de crítica en orden a su dimensión y contenido, sino de revestirlo de aquellas estructuras y formas necesarias para una adecuada y pacífica convivencia. En un Estado de Derecho social y democrático no puede concluirse la existencia de derechos absolutos e ilimitados, debiendo estar afectados o restringidos en la medida en que sea necesario tutelar determinados bienes jurídicos, cuya generalizada puesta en peligro daría al traste con el propio sistema en el que se reconoce y resalta la libertad de expresión como valor fundamental.

La sentencia de Tribunal Constitucional de 12 de diciembre de 1986 advierte que tanto los derechos individuales como sus limitaciones, en cuanto éstas derivan del respeto a la Ley y a los derechos de los demás, son igualmente consideradas por el artículo 10.1 de la Constitución como «fundamento del orden político y de la paz social»; produciéndose, en definitiva, un régimen de concurrencia normativa no de exclusión, de tal modo que tanto las normas que regulan la libertad como las que establecen límites a su ejercicio vienen a ser igualmente vinculantes y actúan recíprocamente. Las sentencias de esta Sala de 25 de junio de 1986 y 17 de noviembre de 1987, después de aludir, con matices diferenciales, a los derechos fundamentales activos y a los reaccionales, concluyen que el artículo 18.1 de la Constitución presta cobertura y garantía al derecho al honor, y el 20.1 contiene las libertades de expresión y difusión, ajustándolas a los límites derivados del respeto a los derechos reconocidos en el título, entre ellos el del honor.

En conclusión, el delito de desacato previsto en el artículo 244 del Código penal, en su modalidad calumniosa, ha de completarse —por tratarse de una norma en blanco— con la definición del artículo 453 del mismo Texto, y constituye la falsa imputación de un delito de los que dan lugar a procedimiento de oficio a la Autoridad, fuera de su presencia, hallándose en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de éstas; subrayada la intención específica de agravio, menoscabo y descrédito de la Autoridad que inspira la conducta enjuiciada, y que se sobrepone —por las razones expuestas— al ánimo de crítica o de información, procede admitir la correcta subsunción de los hechos en el susodicho artículo 244 y, consecuentemente, la desestimación del **motivo cuarto** del recurso.

ARTICULOS 319 (DEROGADO) Y 349. DELITO FISCAL O CONTRA LA HACIENDA PUBLICA. FALTA DE DECLARACION.

(STS de 19 de febrero de 1988. Pte. Sr. Moyna Ménguez)

La conducta típica consiste en defraudar a la hacienda estatal —nos referimos a los hechos contemplados en el «factum»— mediante la elusión del pago de impuestos, que es una de las formas de comisión alternativa del artículo 319; y sobre el tema de la defraudación, las sentencias de esta Sala de 29 de junio de 1985 y las más próximas de 12 de marzo de 12 de mayo de 1986 han otorgado a las presunciones legales de este artículo una significación meramente exemplificativa, aceptando paladinamente la posibilidad de otros comportamientos en que se halle presente el ánimo defraudatorio; y por esta vía se suscita como factible la construcción del concepto de defraudación partiendo de la simple omisión del sujeto tributario, sin la concurrencia de artificio, mecanismo engañoso o «*mise en scène*» que parecen ser consustanciales, **comportamiento omisivo** que reviste singular importancia por ser cada vez mayor el número de tributos que exigen del contribuyente alguna declaración e, incluso, la liquidación. Sin desconocer que el tema no es pacífico en la doctrina, para que la guarda esta Sala su mayor atención y respeto, puede sostenerse que una conducta adquiera o pueda adquirir el valor de engaño cuando infringe el deber de verdad reconocido y sancionado por el ordenamiento jurídico; y falta al deber de verdad o de manifestar la realidad no sólo quien tergiversa o manipula los datos que configuran las bases impositivas para pagar insuficientemente, sino quienes, sabedores del deber de declarar, omiten la declaración, porque la Hacienda puede tomar este hecho —«*facta conscientia*»— como afirmación de que el sujeto obligado no tenía nada que declarar; aunque de algunas y recientes resoluciones de esta Sala pudiera inferirse que la defraudación corresponde a la ocultación o desfiguración de las bases tributarias, queda claro el **comportamiento omisivo como forma de comisión** en la sentencia de 29 de junio de 1985 al expresar que «la ausencia de la declaración fiscal devendrá al delito cuando concluyentemente incida en quienes conscientemente conozcan y sepan de su obligación con el erario público», y es patente —añadimos— que quien omite la declaración exigida con intención de eludir el **impuesto «totalmente» no debe ser de mejor condición de quien, en su declaración, desfigura o manipula las bases tributarias para pagar «menos de lo debido»**, en ambos casos se advierte una falta de verdad o actitud engañosa, sin que deba relacionarse causalmente el error, es decir, la falsa interpretación de la realidad por la Administración, a la inactividad o ineficacia de sus mecanismos inspectores, prescindiendo o desvalorizando la actitud omisiva del sujeto pasivo del impuesto, de suyo engañosa e idónea, para crear el error y arranque causal del mismo.

ARTICULOS 319 (DEROGADO) Y 349. DELITO FISCAL O CONTRA LA HACIENDA PUBLICA. FALTA DE DECLARACION. CONSUMACION

(STS de 2 de marzo de 1988. Pte. Sr. Moyna Ménguez)

La conducta típica consiste en defraudar a la Hacienda estatal —nos referimos a los hechos contemplados en el «factum»— Mediante la alusión del pago de impuestos, que es una de las formas de comisión alternativa del artículo 319;

y sobre el tema de la defraudación, las sentencias de esta Sala de 29 de junio de 1985 y las más próximas de 12 de marzo y 12 de mayo de 1986 han otorgado a las presunciones legales de este artículo una significación meramente ejemplificativa, aceptando paladinamente la posibilidad de otros comportamientos en que se halle presente el ánimo defraudatorio; y por esta vía se suscita como factible, la construcción del concepto de defraudación partiendo de la simple omisión del sujeto tributario, sin la concurrencia de artificio, mecanismo engañoso o «*mise en scène*» que parecen ser consustanciales, comportamiento omisivo que reviste singular importancia por ser cada vez mayor el número de tributos que exigen del contribuyente alguna declaración e, incluso, la liquidación. Sin desconocer que el tema no es pacífico en la doctrina, para que la guarda esta Sala su mayor atención y respeto, puede sostenerse que una conducta adquiera o pueda adquirir el valor de engaño cuando infringue el deber de verdad reconocido y sancionado por el ordenamiento jurídico; y falta al deber de verdad o de manifestar la realidad no sólo quien tergiversa o manipula los datos que configuran las bases impositivas para pagar insuficientemente, sino quienes, sabedores del deber de declarar, omiten la declaración, porque la Hacienda puede tomar este hecho —«*facta concludentia*»— como afirmación de que el sujeto obligado no tenía nada que declarar; aunque de algunas y recientes resoluciones de esta Sala pudiera inferirse que la defraudación corresponde a la ocultación o desfiguración de las bases tributarias, queda claro el comportamiento omisivo como forma de comisión en la sentencia de 29 de junio de 1985 al expresar que «la ausencia de la declaración fiscal devendrá al delito cuando concluyentemente incida en quienes conscientemente conozcan y sepan de su obligación con el erario público», y es patente —añadimos— que quien omite la declaración exigida con intención de eludir el impuesto «totalmente» no debe ser de mejor condición de quien, en su declaración, desfigura o manipula las bases tributarias para pagar «menos de lo debido», en ambos casos se advierte una falta de verdad o actitud engañosa, sin que deba relacionarse causalmente el error, es decir, la falsa interpretación de la realidad por la Administración, a la inactividad o ineeficacia de sus mecanismos inspectores, prescindiendo o desvalorizando la actitud omisiva del sujeto pasivo del impuesto, de suyo engañosa e idónea para crear el error y arranque causal del mismo...

El delito imputado se consumó o perfeccionó —supuesto de elusión de pago de impuestos por omisión de la declaración— **con la liquidación administrativa**, y en este momento y desde el inicio de la efectiva administración de la empresa el acusado conocía la realidad de la deuda tributaria por el impuesto de tráfico de empresas correspondiente al año 1978 y la omisión de la declaración-liquidación del primer trimestre, y, por supuesto, la de los trimestres posteriores a su nombramiento, porque el balance de situación y el avance de la cuenta de explotación del primer semestre de dicho año —unidos al sumario— le habían informado cumplidamente de la deuda tributaria que arrastraba la sociedad a través del montante de las operaciones sujetas a gravamen efectuadas en el período; y, conoedor de estos hechos, había dejado transcurrir todos los plazos reglamentarios para la declaración del tributo, colmóndose durante su gestión el nivel cuantitativo que transformaba la infracción administrativa en delito fiscal, dentro del plazo anual que da unidad a las cuotas parciales defraudadas.

ARTICULO 344.2.º «IN FINE». TRAFICO DE DROGAS. CANTIDAD DE NOTORIA IMPORTANCIA. ACEITE DE HACHIS*(STS de 5 de febrero de 1988. Pte. Sr. Díaz Palos)*

Como ya es harto sabido, desde la reforma de 1983, el artículo 344 del Código penal contiene una dosimetría penal para el tráfico de drogas que parte inicialmente de que las sustancias causen grave daño a la salud, en cuyo caso se castiga el delito con prisión menor y multa de 30.000 a 1.500.000 pesetas o que no lo causen, supuesto este último que atrae la pena de arresto mayor. Pero luego en estos tipos básicos se insertan una serie de agravantes específicas, entre ellas la de ser de **notoria importancia** la cantidad poseída para traficar, que obligan a imponer las penas superiores en grado. Dentro de este esquema penológico, la doctrina de esta Sala ha tenido que precisar los criterios para medir el alcance de dicha agravante específica, de modo que la «notoria importancia» de la droga puede concretarse no sólo con pautas de cantidad, sino también, dentro del tipo de droga de que se trate, atendiendo a la mayor o menor nocividad del producto (sentencia de 6 de noviembre de 1985, entre muchas), dadas su pureza o concentración de la sustancia tóxica. Así, y por lo que respecta al hachís, se viene estimando por la jurisprudencia de manera general que siendo aquel prototipo de «droga blanda», según terminología al uso, el exceso de un kilogramo atrae la agravación, si bien se exige mucha menor cantidad para el **aceite de hachís** de acuerdo con aquella idea de concentración del producto (sentencia de 29 de diciembre de 1984: considera de notoria importancia la cantidad de 140 gramos de aceite en cuanto representa más de un kilogramo de hachís; en el mismo sentido, sentencia de 13 de mayo de 1986).

ARTICULO 407. HOMICIDIO. DOLO EVENTUAL*(STS de 6 de febrero de 1988. Pte. Sr. Moner Muñoz)*

Como es comúmente admitido en la doctrina científica y jurisprudencial, entre el concepto de dolo, que requiere el conocimiento y voluntariedad del sujeto en la producción de un resultado antijurídico, y el de «culpa lata o luxuria», también de creación romana, equiparada primero al dolo y luego a la culpa consciente, hay una zona limítrofe, de difícil diferenciación, principalmente cuando se trata del denominado **dolo eventual**, ya que ambas instituciones tienen una estructura común, pues en ninguna de ellas se desea el resultado, y en ambas el agente reconoce la posibilidad de que se produzca el mismo. Entre las **varias teorías** que se han formulado, para su distinción, dos de ellas son las que destacan: **la de probabilidad y la del consentimiento o de la aprobación**. La primera, hace depender la colocación de la conducta enjuiciada en el ámbito del dolo o la culpa, según la mayor o menor probabilidad de que ocurra el resultado que se representa el sujeto, dolo eventual, cuando el autor admitió una gran probabilidad y culpa consciente, cuando ésta era muy lejana. Para la segunda, hoy preponderante, lo que lo distingue es que el agente, en el dolo eventual, consienta en la posibilidad del resultado, en definitiva, lo apruebe, es decir, que hubiera seguido

actuando aunque se hubiera representado el resultado como segudo, haciéndolo suyo aquel resultado previsto, mientras en la culpa consciente dejaría enseguida de actuar. Y por último, en una postura ecléctica, propugnado por un sector doctrinal, se exige, en el dolo eventual, que el autor no descarte la posibilidad de que el delito se pueda producir, conformándose o resignándose con ella, mientras en la culpa consciente, aun no queriendo, se causa el daño, se advierte su posibilidad, pero se confía en que el resultado no se dará, y en cuanto se deje de confiar en ello, nacerá el dolo eventual. Ahora bien, como quiera que tal asentimiento, consentimiento o conformidad es de naturaleza interna o psíquica, que se halla en lo más profundo de la intimidad del sujeto, en donde para el juzgador es de muy difícil indagación, ello habrá que probarlo o deducirlo de la actuación externa y de las manifestaciones del acto, lo que implica la introducción de una difícil cuestión probatoria, cuando tal asentimiento no ha sido exteriorizado inequivocamente.

ARTICULO 440. RAPTO. COMPONENTE TEMPORAL

(STS de 12 de febrero de 1988. Pte. Sr. Manzanares Samaniego)

El único motivo del recurso de casación, canalizado por el número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia la aplicación indebida del artículo 440 del Código penal, por cuanto el ahora recurrente se habría limitado a coger por un brazo a la ofendida, cuando salía ésta del colegio, y, conminándola con una navaja, llevada por camino hasta alcanzar unos naranjos, ya fuera de la visión de otras personas, si bien los gritos de la menor alcanzaron a una mujer que se encontraba en las proximidades e hicieron huir al procesado antes de que consiguiese satisfacer sus propósitos lúbricos, de manera que, conforme a la tesis de la impugnación, toda la conducta enjuiciada quedaría enmarcada como tentativa del delito correspondiente a dicha atención final, sin que cupiera llevar a la figura delictiva de rapto una privación de libertad carente de duración apreciable.

Planteada así la cuestión debatida, obligado resulta señalar que la jurisprudencia, al menos la más reciente, insiste en que el rapto —supuesta la concurrencia de los restantes requisitos— no precisa de ninguna proyección temporal, consumándose desde que se produce la privación de libertad, al igual que carece de relevancia la mayor o menor distancia a que, en una de sus modalidades, se contraiga al traslado de la víctima (sentencia de 21 de mayo de 1981, 6 de febrero y 25 de octubre de 1985 y 16 de diciembre de 1986), pero simultáneamente reconoce que la diferencia entre este delito contra la libertad sexual y la detención ilegal consiste tan sólo en las miras deshonestas que, como elemento subjetivo del injusto, informan los tipos del artículo 440 del Código penal (sentencias de 27 de febrero de 1982, 6 de febrero de 1985 y 31 de octubre de 1987), y es aquí —en esta comparación— dónde la renuncia a una mínima duración de la privación de libertad en el rapto queda en entredicho, porque precisamente la distinción entre la detención ilegal y el delito de coacciones suele trazarse con ayuda de una mínima dimensión temporal de la privación de libertad ambulatoria (sentencias de 9 de abril y 12 de junio y 16 de diciembre de 1986), si bien faltan

ejemplos en los que se acepta la consumación instantánea (sentencias de 21 de mayo y 12 de junio de 1984, 12 de junio de 1985 y 16 de diciembre de 1986), produciéndose así una alternativa de la que se hace eco la reciente sentencia de 17 de febrero de 1987 y que, en todo caso, debe resolverse con un criterio unitario y válido conjuntamente para la detención ilegal y para el rapto, como figuras paralelas frente al delito de coacciones.

Partiendo de la exposición anterior, y no contando en los hechos probados ni el tiempo en que se desarrolló la conducta enjuiciada, ni cuál fuera la distancia recorrida por los sujetos activo y pasivo, parece oportuno estimar —en línea con lo que apunta cumplidamente el relato fáctico— que la proyección de aquélla fue tan escasa en el ámbito temporal como en el espacial, de manera que, aceptando como más correcta la doctrina favorable a la exigencia de una mínima continuidad, procede absolver por el delito de rapto, incluida la tentativa, puesto que no se pretendía mantener la situación más allá de lo necesario para ejecutar las prácticas obscenas, y condenar —dentro de una homogeneidad que aleja cualquier reproche de indefensión, incongruencia o falta de contradicción— conforme a la tentativa de abusos violentos, ya que, de un lado, los hechos probados arrastran la duda sobre si hubo ánimo de gozar o sólo de abusar sexualmente sin llegar al coito, y de otro, el empleo de la intimidación implica ya un comienzo de la actividad prevista en el artículo 430 del Código penal, en relación con el número 1.^º de su artículo 429, todo ello independientemente de que la edad de la víctima, inferior a doce años, hubiera permitido también la aplicación del número 3.^º de dicho artículo —como Ley penal mixta alternativa— en el supuesto de que se hubiesen llegado a realizar actos relativos al abuso sexual en sí mismo considerado.

ARTICULO 501, PARRAFO ULTIMO. ROBO CON VIOLENCIA O INTIMIDACION. USO DE ARMAS U OTROS INSTRUMENTOS PELIGROSOS QUE SE «LLEVASEN»

(STS de 12 de febrero de 1988. Pte. Sr. Manzanares Samaniego)

Mejor suerte ha de correr el motivo, también único, de infracción de Ley, en el que, al amparo del indicado número 1.^º del artículo 849, se denuncia la aplicación indebida del párrafo último del artículo 501 del Código penal, pues, efectivamente, la agravación allí prevista para el uso de armas u otros medios peligrosos se condiciona a que el agente las «llevase», y esta exigencia sólo cobra sentido —y deja de ser superflua— cuando la actividad criminal empieza con ese porte (recuérdese también el número 1.^º del artículo 506), de manera que se acepte el riesgo inherente a la disponibilidad misma de esos instrumentos en el curso de una conducta cuyo desenlace no puede adelantarse con seguridad, todo ello conforme a lo expresado en la reciente sentencia de esta Sala de 14 de septiembre de 1987. En el caso de autos, el ahorra recurrente amenazó e intimidó a su víctima «cogiendo un cuchillo que estaba encima de una silla» en la vivienda en que se cometió el robo, y consecuentemente no llevaba el arma en cuestión. Obsérvese, por último, que a la exégesis aquí defendida se llega tanto por consideraciones gramaticales, sistemáticas y lógicas, como desde una perspec-

tiva criminológica que enlaza con los tipos de autor, dada la diferente personalidad de quién se arma «ab initio», creando así con mayor o menor premeditación una situación objetivamente peligrosa, y la de que quién, por el contrario, sólo episódicamente llega a tener en sus manos algunos de los repetidos instrumentos.

ARTICULO 509. INSTRUMENTOS PARA COMETER EL ROBO. PROBLEMAS CONCURSALES.

(*STS de 1 de marzo de 1988. Pte. Sr. Díaz Palos*)

El delito de **tenencia de útiles para el robo** ya se considere como acto preparatorio, ya como delito de sospecha, es castigado seguramente por razones de política criminal, lo que explica su pervivencia en derecho comparado, no obstante, lo cual es visto con recelo por la doctrina científica en cuanto puede atentar contra el principio de culpabilidad, razón por la cual, tras la reforma de 1983 y en acatamiento al artículo 1.º del vigente Código penal, debe rechazarse para su apreciación toda presunción de dolo, a fin, por otra parte de que no se subvierte la presunción constitucional de inocencia (artículo 24.2 de la Constitución Española), cosas distintas, como dijo con acierto la sentencia de esta Sala de 17 de diciembre de 1985, de que la concurrencia de dolo en la adquisición o conservación de tales instrumentos destinados especialmente para cometer el delito de robo, sea acreditada por los distintos medios probatorios admitidos en Derecho. De otra parte, y a fin de no rozar tampoco el principio **non bis in idem**, la doctrina de esta Sala ha venido distinguiendo, de antiguo, entre aquellos útiles empleados en la perpetración del delito de robo, caso en que su tenencia queda evidentemente absorbida por el subsiguiente atentado patrimonial, de aquellos otros en que, bien no se emplearon los intrumentos en la ejecución del robo, bien se poseían por el delincuente otros útiles, además de los utilizados en la comisión de tal delito, en cuyo caso puede sostenerse la coexistencia de ambas infracciones (vid. entre otras sentencias, 5 de abril de 1979).

ARTICULO 510.2.º. LLAVES LEGITIMAS SUSTRAIDAS A SU PROPIETARIO

(*STS de 16 de febrero de 1988. Pte. Sr. Moyna Ménguez*)

La **doctrina jurisprudencial** —incluso en recientes resoluciones—, al aplicar el artículo 510.2.º del Código penal, entiende que la palabra «**sustraidas**» es un elemento normativo que encierra o engloba cualquier acceso a la posesión de la llave legítima contra o sin la voluntad de su dueño, bastando su utilización por persona no autorizada por el propietario (sentencias de 25 de diciembre de 1977, 1 de julio de 1981, 26 de marzo de 1982, 2 de octubre, 22 de noviembre y 6 de diciembre de 1984), y en este criterio interpretativo se apoya el Ministerio Fiscal para propugnar la tipificación de robo con fuerza frente al hurto que sustenta el fallo de instancia. Otro grupo de sentencias, también numeroso, hace una descripción de acciones que pueden ser incluidas e la «**substracción**», tan generosa a veces que prácticamente es un desarrollo de aquel criterio (vid. senten-

cia de 13 de octubre de 1986), pero algunas se limitan al citar el robo, el hurto, al retención indebida o los medios engañosos, y a referirse, con pretensiones de generalización, a todo apoderamiento doloso de las llaves legítimas (sentencias de 23 de febrero de 1977, 24 de noviembre de 1978 y 23 de marzo de 1984).

Es posible que el criterio jurisprudencial que sirve de fundamento al recurso haga una explicación extensiva del artículo 510.2.^º del Código no muy acorde con el principio de legalidad, porque la palabra «substraídas», de la que no puede alajarse una interpretación ajustada, lleva en sí misma el propósito indudable de recortar los modos de acceso a la posesión de las llaves, es decir, no se quiso que fueran «todos» los realizados contra o sin la voluntad del propietario, sino sólamente el desapoderamiento que llevara consigo cierta carga intencional o dolosa, donde cabrían, a título de ejemplo, el robo, el hurto, la retención indebida o la acción engañosa, y a este sentido se acogen el Proyecto de Código penal de 1980 y la Propuesta de Anteproyecto de 1983, cuando aluden, en coincidente redacción, a las llaves legítimas obtenidas «por un medio que constituya infracción penal» (artículos 249 y 234, respectivamente).

Al descender al supuesto fáctico, y sin buscar ayuda en la referencia negativa a la sustracción, que, por su índole normativa, encerraría un concepto jurídico predeterminante, la realidad es una **falta absoluta de constancia en los hechos de la forma o medio en que la llave llegó a poder del sujeto**; cualquier versión llevaría al Tribunal al terreno de la conjectura, y la afirmación —suposición— de un apoderamiento doloso sería insostenible porque, además de improbadada, deja malparado el principio «pro reo»; procede, por ende, la desestimación del recurso que, en la vía del número 1.^º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, señala la aplicación indebida del artículo 514 del Código y la correlativa falta de aplicación del artículo 504.4.^º en relación con el 510.2.^º, todos del mismo Texto legal.

ARTICULO 516 BIS 2.^º. UTILIZACION ILEGITIMA DE VEHICULO DE MOTOR. FUERZA EN LAS COSAS.

(STS de 22 de enero de 1988. Pte. Sr. Manzanares Samaniego)

Si bien la doctrina científica mayoritaria y la jurisprudencia entienden la referencia a la fuerza en las cosas como una remisión a las modalidades comisivas del artículo 504 de dicho Texto legal (sentencias de 17 de enero y 4 de febrero de 1975, 12 de junio de 1976, 30 de octubre de 1981 y 3 de marzo de 1986, contra la opinión mantenida por la del 13 de marzo de 1985, a cuyo tenor aquel precepto sólo exigiría genéricamente el uso de fuerza para apoderarse de la cosa robada), y a pesar de que la preparación de un puente eléctrico para poner en marcha el vehículo no puede constituir la circunstancia 4.^a de dicho artículo 504 como no parece que sea subsumible en la misma el empleo de una llave falsa de arranque, pues «la fuerza debe utilizarse para abrir el vehículo y no para ponerlo en movimiento» (como sostiene la doctrina mayoritaria, seguida por las sentencias de 4 de febrero de 1975 y la ya citada de 3 de marzo de 1983, frente a las de 23 de enero de 1982 y 4 de noviembre de 1986), es lo cierto que el Tribunal Supremo ha aplicado constantemente los números 2.^º y 3.^º del tan repe-

tido artículo 504 aun cuando no se produjeran desperfectos comprobados o valiosables (sentencias de 20 de septiembre de 1982, 18 de marzo de 1983, 24 de abril de 1984, 16 de diciembre de 1985 y 29 de noviembre de 1986), de manera que, como se lee en la última sentencia citada, la fuerza «*in re*» —a efectos del delito de robo— comprende todo esfuerzo material y físico proyectado sobre los elementos, medios y mecanismos de seguridad o cerramiento colocados por el propietario o poseedor en función de la protección o custodia de sus bienes, y, en definitiva, el verbo «*forzar*» —no recogido en las circunstancias del tipo— se equipara a «*fracturar*» (por todas, la sentencia de 20 de enero de 1982), y usar «procedimientos de fuerza» para la apertura de la puerta del vehículo (o de una de las ventanillas) equivale a forzarla, lo que lleva a la circunstancia 2.^a del artículo 504, ya que, conforme a las sentencias de 22 de diciembre de 1976, 30 de noviembre de 1977, 6 de noviembre de 1982, 15 de noviembre de 1983 y 13 de julio de 1984, entre otras muchas, esa apertura violenta de un automóvil ha de valorarse igual que la referida a un local cerrado.

SECCION DE BIBLIOGRAFIA

Revista de Libros

ORTEGO COSTALES, José: «Teoría de la parte especial del Derecho penal», Salamanca, 1988, 276 pp.

Resulta, a la vez, sencillo y difícil dar a conocer en un reducido espacio el contenido de la obra que acaba de publicar el profesor José Ortego Costales. Sencillo, porque su libro va precedido de un prólogo firmado por los profesores Angel Torío López y Gerardo Landrove Díaz, quienes introducen al lector en el tema objeto de estudio, poniendo sintéticamente de relieve de forma magistral cuáles son las características principales de la presente obra y cuáles son los méritos que la adornan; por consiguiente, quien desee obtener un conocimiento adecuado de las líneas esenciales de la misma deberá recurrir, ante todo, a las páginas de presentación. Por este mismo motivo, es difícil añadir algo más a lo que se recoge en dicho prólogo, salvo que se destine un buen número de páginas a comentar los múltiples aspectos sugestivos que el libro plantea.

La «Teoría de la parte especial del Derecho penal» que ve la luz en 1988 encuentra su antecedente directo en el conocido «Ensayo» que el autor publicó en 1959. Como recuerdan Torío y Landrove, aquel breve y excelente libro tuvo una magnífica acogida, dentro y fuera de nuestro país, debido, sin duda, al rigor científico, a la maestría y, sobre todo, a la originalidad de la obra, según puso de manifiesto ya Jiménez de Asúa al comentar la aparición del «Ensayo»: efectivamente, debe convenirse con este último en que Ortego Costales construye una teoría general de la Parte especial en la legislación española.

El autor basa esa construcción en la idea de que la Parte especial, al igual que la general, puede ser ordenada mediante principios abstractos, constitutivos de un verdadero *sistema doctrinal*; de este modo, se pretende otorgar un nuevo sentido a la Parte especial. A tal efecto, el programa en el que se descompone semejante tarea se desdobra —en sus cuestiones fundamentales— en dos partes que en el libro aparecen nítidamente diferenciadas.

En la primera parte se aborda la *teoría del tipo penal*. Como, acertadamente, observan los autores del prólogo, el libro opta por la vía de la originalidad, apartándose en buena medida de los conceptos utilizados por la doctrina dominante en el momento actual. Siguiendo esa pauta, esta primera parte consta, a su vez, de tres capítulos. El capítulo primero está dedicado al «análisis del tipo». Dentro de él se examinan los «componentes» del tipo, los cuales se subdividen en «elementos», que se caracterizan por poseer una cierta sustantividad y autonomía

(son elementos: el bien jurídico, la conducta, los sujetos, las cosas y el resultado), y «requisitos», que carecen de ambas cualidades y han de ir siempre unidos a algunos de los elementos, complementándolos (los requisitos son de tres clases: concernientes a la culpabilidad, proyecciones y calificaciones); por lo demás, el análisis del tipo penal se completa con las referencias de lugar y tiempo, que se estudian al final del capítulo como parte del tipo.

En el capítulo segundo se examina la constitución, integración y estructura de los tipos penales. Para expresarlo en palabras de Ortego, en este capítulo en virtud de un proceso de síntesis «se trata de averiguar cómo aquellos elementos, ya conocidos individualmente, se funden y enriquecen, y qué función cumplen cuando se incorporan a un tipo penal». En su opinión, sólo cuando se ha determinado debidamente dicha función (constitución del tipo), se está en condiciones de proceder al estudio de la estructura y clasificación de los tipos penales.

En fin, el capítulo tercero versa sobre las relaciones de los tipos penales. Habiida cuenta de que los tipos no son entidades aisladas, sino que, por el contrario, pertenecen a un sistema, inevitablemente —afirma Ortego— se producen vínculos, interferencias y confusiones que han de ser regulados. Por ello, el estudio analítico y estructural llevado a cabo en los dos capítulos anteriores debe ir necesariamente seguido del análisis del —así denominado, según doctrina mayoritaria—, concurso de leyes; tema que es tratado con gran detenimiento y precisión por el autor.

En toda esta primera parte Ortego trae a colación además buen número de cuestiones nucleares de nuestra disciplina en el momento actual. Podrán discutirse algunas de las sugerentes tesis concretas que formula, como, v. gr., las referentes a la autoría mediata, al problema de la participación en delitos especiales o a algunas soluciones propuestas para resolver el conflicto aparente de leyes penales, pero, por encima de particulares aspectos de detalle, no cabe desconocer que —como advierten Torío y Landrove— el libro de Ortego es la respuesta a un desafío intelectual latente, durante muchos años, en nuestra ciencia y que quizás su aportación obligue a replantear cuestiones que por algunos se estimaban zanjadas.

La segunda parte del libro está destinada al estudio de *los delitos en particular*. En ella se contempla una exhaustiva sistematización científica de las diversas especies delictivas que se incluyen en el Código penal español.

Partiendo de la premisa de que la clasificación de los delitos establecida por el Código penal tiene que ser revisada, propone Ortego una ordenación racional alternativa de los tipos penales sobre la base del criterio del bien jurídico protegido. Dicha tarea sistemática aparece pormenorizadamente explicada con unas consideraciones introductorias que, en el seno de cada apartado concreto, ofrecen una justificación de la específica agrupación de delitos de que se trate. Por otra parte, es encomiable que el decidido esfuerzo sistematizador haya llevado al autor a una profundización ulterior en lo referente a los delitos pluriofensivos: en ellos no sólo se ha tratado de resaltar en cada caso cuál es el bien jurídico que primordialmente se pretende tutelar (criterio que le sirve para clasificar este tipo de infracciones), sino que además se ha procedido a una laboriosa identificación del bien o bienes jurídicos secundarios que han contribuido a la tipificación de tales delitos, figurando, en consecuencia, también en cada apartado (en letra cursiva) aquellas infracciones que sólo de modo mediato vulneran el bien jurídico que lo inspira. Finalmente, Ortego no ha renunciado a la realización de un co-

mentario sobre algunas cuestiones básicas de interpretación de diferentes delitos, en las que toma partido y, en su caso, efectúa atinadas consideraciones *de lege ferenda*.

Imbuida, asimismo, esta segunda parte de significativas dosis de originalidad, el estudio de los delitos en particular se descompone en cinco grupos, a los que se otorga idéntico rango a efectos sistemáticos: delitos contra la nación, delitos contra el derecho de gentes y la humanidad, delitos contra el Estado, delitos contra la sociedad y delitos contra los particulares.

Además de comenzar la estructuración de los tipos por los intereses jurídicos estatales y sociales (en contra de lo que suele ser habitual en las clasificaciones actualmente imperantes en la doctrina), la ordenación sistemática básica presenta la novedad de efectuar una delimitación más precisa del grupo tradicionalmente designado con la rúbrica de «delitos contra el Estado». Las figuras delictivas que usualmente se inscriben bajo semejante rótulo genérico son repartidas por Ortego en tres apartados diferentes.

En el primero de ellos («delitos contra la nación») se incluyen aquellas tipicidades que mayoritariamente se conocen con el nombre de «delitos contra la seguridad exterior del Estado». Sobre la base de que con tales delitos se trata de proteger algo más que la seguridad, se considera preferible la nomenclatura de «delitos contra la nación», cuyo contenido se clasifica, atendiendo al bien jurídico, en tres capítulos: la paz, la independencia e integridad territorial y el honor.

En el segundo apartado se recoge una serie de delitos, en virtud de los cuales se pretenden tutelar unos bienes jurídicos «cuya lesión trasciende fuera de las fronteras nacionales, con independencia de que sean defendidos por el derecho internacional o por el derecho interno». De ahí que el autor se haya decidido por utilizar como rúbrica genérica la de «delitos contra el derecho de gentes y la humanidad»: si afectan a la comunidad jurídica internacional, a las relaciones entre Estados, son delitos contra el derecho de gentes; si afectan al orden universal, sin repercusiones interestatales, son delitos contra la humanidad.

Por último, en el apartado dedicado a los «delitos contra el Estado» estrictamente concebidos se procede a una rigurosa ordenación de una materia tan confusa que, en sus líneas básicas, se reconduce a siete grupos distintos: organización del Estado; altos organismos; autoridades y funcionarios; orden y servicios públicos; administración pública; obligaciones y derechos cívicos; hacienda y caudales públicos. A su vez, merece la pena destacar que, dentro de la mayoría de estos grupos, el autor ha llevado a cabo una loable tarea ulterior de individualización del bien jurídico, formando agrupaciones de delitos más reducidas, en las que se reúnen conductas cuya naturaleza jurídica se halla estrechamente emparentada.

En lo que concierne al cuarto gran apartado, se contempla una amplia gama de familias delictivas que tienen como titular inmediato a la sociedad y que, por ello mismo, no pueden ser confundidas con las agrupaciones que se incardinan entre los delitos contra el Estado, ni, por supuesto, tampoco pueden ser adscritas al grupo de los delitos contra los particulares. En este cuarto apartado diferencia Ortego hasta nueve familias, atendiendo al objeto jurídico tutelado: administración de justicia, seguridad y salud públicas; trabajo, industria y comercio; familia, menores e incapacitados; enseñanza y cultura; religión; identificación e igualdad de las personas; formas y medios de comunicación social; bienes económicos de naturaleza social.

Para concluir, en el último apartado se contemplan los delitos contra los particulares. Apartado que, a su entender, debe quedar integrado únicamente por cinco títulos: vida e indemnidad de las personas; honestidad; honor; libertad e intimidad; patrimonio.

CARLOS MARTÍNEZ PÉREZ

SERNA ALONSO, Justo: «*Presos y pobres en la España del XIX. La determinación social de la marginación*», Ed. P.P.U., colección Sociedad-Estado, Barcelona, 1988.

Con esta obra de J. Serna, profesor en el Departamento de historia contemporánea de la Universidad de Valencia, se inicia una nueva colección en la editorial P.P.U. con la que se pretende, en palabras de su director R. Bergalli, plantear desde perspectivas no coincidentes en un único plano disciplinario las complejas y heterogéneas relaciones entre sociedad civil y aparatos políticos, formas de convivencia y régimen de gobierno, espacios sociales y proyectos de dominación.

El texto que se comenta trata de la aparición de la prisión y del asilo en Valencia en el momento de crisis del Antiguo Régimen y la posterior consolidación de la sociedad burguesa, mostrando cómo los espacios disciplinares ensayados en la mencionada ciudad sirvieron de referencia obligada para los que se van creando en otras ciudades españolas a lo largo del siglo XIX.

En cuanto al método, el autor asume tres líneas metodológicas que no son ajenas entre sí. Por un lado, se hacen patentes las consideraciones marxistas en las referencias a la acumulación primitiva del capital, momento inicial del proceso de acumulación capitalista que supone, en palabras de Marx, la preexistencia del trabajo como trabajo asalariado y de los medios de producción como capital, así como de una forma social específica en que se constituye precisamente el proceso de acumulación. Por otro, y en relación con las formas de control social, el autor utiliza la perspectiva histórico-estructural, de la que ya hay abundantes muestras en la investigación penitenciaria comparada. En relación con ambas líneas, el autor privilegia como objeto de análisis las diversas prácticas disciplinarias huyendo de mostrar lo que califica de «protagonismos estériles», aunque reconociendo que históricamente las prácticas sociales se «condensan» o se «desplazan» en sucesos irrepetibles o en individuos concretos (1).

La obra se divide en tres grandes partes. En la primera se muestra la evolución, desde la legislación medieval hasta el siglo XIX, de las respuestas que recibe tanto la infracción penal como la pobreza. Evolución hacia la construcción teórica de la cárcel, así como evolución hacia la construcción teórica del hospicio que en todo caso se consolida también como espacio disciplinar.

Indudablemente el paralelismo es notable. Si el proyecto benthamiano de aislamiento y observación, la utopía del control total en el encierro disciplinario, es complementado y reafirmado por el trabajo forzado, también el trabajo se

(1) Ver del mismo autor, *De la gestión penitenciaria a la dominación de clase. El ejemplo de Manuel de Montesinos*, en «Poder y Control», núm. 3, 1987.

articula en el asilo, en el hospicio o en la casa de misericordia como eje del aprendizaje disciplinar. También la casa de mendicidad será un centro de redefinición de conductas y también afectará al control del mercado de trabajo. Cárcel y hospicio se van presentando como instrumentos de ataque a formas de desorden social, la primera frente a la infracción, al delito, la segunda frente a la ociosidad. Pero también la cárcel, en palabras de Howard, debe ser similar a un centro de trabajo y debe corregir, de la misma manera que el hospicio se constituye como un centro para la educación y la producción, mientras que el hospital recluye, elimina la exhibición pública de la enfermedad.

La segunda parte se refiere expresamente a la reorganización de los espacios carcelario y asistencial en Valencia durante la crisis del Antiguo Régimen. En lo que se refiere al ámbito asistencial, la experiencia de la Casa de Misericordia de Valencia muestra, a lo largo del siglo XVIII, el constante desequilibrio entre sus posibilidades asistenciales y las necesidades de internamiento que la sociedad del Antiguo Régimen requiere, lo que lleva a la reorganización del sistema asistencial a finales del siglo XVIII, una de cuyas muestras es el dictamen elaborado en 1778 por la Sociedad Económica de Valencia o el informe presentado por el regidor del Ayuntamiento de Valencia en 1786. En él se proponen veintinueve medidas urgentes para la reforma del hospicio, buscando la ocupación productiva de los internos, así como la comercialización, la competitividad de lo producido, que en un mercado muy rígido es resuelto al excluir al productor de cualquier participación en el precio de lo elaborado. Pero en todo caso, lo que se comprueba es que la crisis social y la proletarización de finales del Antiguo Régimen, que en Valencia se manifiesta con el aumento del desempleo urbano y el correspondiente aumento de la mendicidad debido a la coyuntura que atraviesa la manufactura y la industria de la seda, exigen una puesta a punto del control que se ejerce a través de la beneficencia.

En lo que se refiere al ámbito carcelario, el autor describe el funcionamiento de las diversas cárceles valencianas destacando la deficiente higiene de los centros, la escasa cantidad e ínfima calidad de la alimentación, la presencia rigurosa del castigo como único recurso para contener las evasiones, el descontento o las alteraciones del reglamento, el escaso uso de los oficios religiosos como instrumentos de corrección moral y la torpe aplicación del trabajo carcelario, aunque se presente en las ordenanzas penitenciarias, de claro carácter productivista, como referencia óptima de subordinación. Tras esa descripción, se muestra cómo el proceso de adecuación del sistema carcelario español a las exigencias del tratamiento humanitario de los presos, exigencia de los ilustrados, va íntimamente unido a los vaivenes políticos de la crisis del Antiguo Régimen, esto es, van a actuar sobre él tanto los liberales como los absolutistas y, en todo caso, la discusión sobre las cárceles, sobre su necesidad, queda claramente relegada a la necesidad de la codificación penal y con ella de la pena determinada, pena privativa de libertad cuyo reconocimiento está unido a los avatares del liberalismo español.

En el tercer capítulo de esta obra se tratan dos ejemplos de encierro disciplinar. El primero, la Casa de Beneficencia de Valencia entre 1826 y 1866, y el segundo, el Presidio de Valencia entre 1843 y 1870. Ambas instituciones se muestran no sólo como ejemplos, sino también como modelos de la adecuación de las estructuras institucionales a las exigencias de una sociedad ya burguesa. El trabajo, la disciplina y la corrección, se generalizan para reformar a unos sujetos

desviados o potencialmente desviados, siendo muy difícil, por su reglamentación interna y funcionamiento, diferenciar una institución de beneficencia de una casa de trabajo o corrección para vagos, de una prisión. El proyecto de «normalización» y la práctica de «estigmatización» generan elementos comunes en instituciones aparentemente diferenciadas.

Para terminar, debe destacarse una última referencia historiográfica que el autor realiza. En el minucioso análisis de las instituciones citadas en el párrafo anterior, se comprueba no sólo su funcionamiento, sino también sus avatares en razón de las medidas políticas de carácter general, así como de las peculiaridades de la sociedad valenciana. Personajes como Manuel de Montesinos, comandante del Presidio de Valencia que calificaba como «gran casa de fabricación», no tanto muestran un original modelo disciplinario, cuanto una articulación disciplinar enormemente operativa para la construcción ideal del obrero, del subordinado, dócil y obediente. En cuanto que estos personajes se insertan en el seno del bloque del poder local valenciano, sus prácticas ofrecen respuestas institucionales a las deficiencias de la proletarización, así como son muestras de la peculiar vía del capitalismo valenciano. En este sentido, el funcionamiento benéfico y el funcionamiento carcelario ofrecen funcionalidad al enriquecimiento local. No sólo se articula un proyecto teórico, sino que también se articula una práctica como instrumento de dominio de clase.

Podemos celebrar sin duda la aparición de esta obra en la literatura penitenciaria. El enfoque económico-estructural para contemplar el hospicio y la cárcel en la España de los siglos XVIII y XIX, la referencia a las instituciones disciplinarias valencianas en relación con el proceso de acumulación originaria en Valencia, un análisis así planteado sobre el pauperismo y la criminalidad, permite desentrañar las ficciones, más o menos acuñadas y más o menos en circulación, sobre la función real que cumplieron las prácticas institucionales de control y disciplina precisamente en su materialidad histórica, más allá, por ello, y también más acá, que sus «atribuidas» funciones.

IGNACIO MUÑAGORRI LAGUÍA

Revista de revistas

«ZEITSCHRIFT FÜR DIE GESAMTE
STRAFRECHTSWISSENSCHAFT»

Revista trimestral, tomos 97-99, De Gruyter, Berlín-Nueva York, 1985-1987.

La última recensión de artículos de la ZStW en este Anuario apareció en el fascículo I de 1987 (enero-abril) del mismo, pp. 255-263, escrita por el Profesor Dr. Antonio Cuerda Rieu y referida al primer fascículo del tomo 97 (1985) de la ZStW. Hace pocos meses he recibido del Anuario el encargo de ocuparme de la reseña de tan prestigiosa revista jurídica alemana, tarea que ahora comienzo, abandonando, al menos temporalmente, la reseña de artículos y jurisprudencia de contenido jurídico-penal de la NJW que hasta ahora venía realizando. Al emprender mi nueva tarea me planteé dos posibilidades: retomar el trabajo donde lo dejó el Profesor Dr. Cuerda o empezar directamente con el año 1988 de la ZStW. La primera posibilidad tenía la ventaja de no producir al lector una ruptura en el seguimiento del contenido de la revista; la segunda también parecía ventajosa, pues ofrecía al lector una información de lo que se está publicando en la ZStW recientemente, pensando siempre que el fin de este tipo de reseñas es, más que un enfrentamiento crítico con el contenido de lo reseñado (que tampoco se excluye), el ofrecer al lector español información rápida de lo que, en este caso en una revista alemana, se está publicando. Por fin me he decidido por una vía intermedia. Así en esta primera reseña me limitaré a recoger el título (y su traducción) y ubicación de los trabajos aparecidos en la ZStW desde el fascículo 2 de 1985 hasta 1987, inclusive. En mi próxima colaboración con el Anuario comenzaré ya con el año 1988, haciendo un comentario más amplio del contenido de los trabajos que considere más interesantes y al menos una mención de la existencia de todos los publicados. Con ello conjugo las ventajas de las dos posibilidades antes señaladas, dando prioridad a la que mejor se combina con lo que creo más importante en este tipo de reseñas.

TOMO 97 (1985)

Los trabajos aparecidos en su primer fascículo pueden verse en la reseña de Cuerda Rieu, ADPCP, 1987, 254-263.

Fascículo 2

SEELMAN, Kurt: *Gaetano Filangieri und die Proportionalität von Straftat und Strafe. Imputation und Prävention in der Strafrechtsphilosophie der Aufklärung* (Gaetano Filangieri y la proporcionalidad entre el hecho delictivo y la pena. Imputación y prevención en la filosofía del Derecho penal de la Ilustración), pp. 241-267.

RANFT, Olfried: *Das garantiepflichtwidrige Unterlassen der Taterschwerung. Zugeleich ein Beitrag zur Lehre von der Zurechnung im Strafrecht* (La omisión contraria al deber de garantía de dificultar el hecho. Junto con una colaboración a la teoría de la imputación en el Derecho penal), pp. 268-302.

STEIN, ULRICH: *Die Anwesenheitspflicht des Angeklagten in der Hauptverhandlung. Versuch einer verfassungskonformen Auslegung der §§ 230, 231, 232-236 StPO* [El deber de presencia del acusado en el juicio oral. Intento de una interpretación de los §§ 230, 231, 232-236 StPO (Ordenanza procesal penal) conforme a la Constitución], pp. 303-330.

Sección extranjera

SCHULTZ, Hans: *Schweizer Strafrecht* (Derecho penal suizo), pp. 371-410.

NEZKUSIL, Jifi: *Zur Problematik der Differenzierung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit* (Acerca de la problemática de la diferenciación de la responsabilidad jurídico-penal), pp. 411-423.

NAGY, Ferenc: *Das Recht der Strafrechtlichen Maßregeln in Ungarn* (El Derecho de las medidas jurídico-penales en Hungría), pp. 424-235.

SANEY, Parziv: *Die Strafrechtsordnung Irans nach der islamischen Revolution* (El ordenamiento jurídico-penal de Irán tras la revolución islámica), pp. 436-453.

PARK, Chul Un: *Reformtendenzen im koreanischen Strafrecht* (Tendencias de reforma en el Derecho penal coreano), pp. 454-464.

ASADA, Kazushige: *Strafwürdigkeit als strafrechtliche Systemkategorie* (El merecimiento de pena como categoría sistemática jurídico-penal), pp. 465-479.

Fascículo 3

PAEFFGEN, Hans-Ullrich: *Actio libera in causa und § 323 a StGB* (*Actio libera in causa y § 323 a 2StGB*), pp. 513-541.

Sección extranjera

HOSNI, Neguib: *Zu den Grundlagen des islamischen Strafrechts* (*Acerca de los fundamentos del Derecho penal islámico*), pp. 609-625.

GOMEZ COLOMER, Juan Luis: *Die Reform des Strafprozesses in Spanien nach der Verfassung von 1978* (*La reforma del proceso penal en España tras la Constitución de 1978*), pp. 626-647.

ŽILA, Josef: *Das Problem der Ahnaung fahrlässiger Straftaten in der ČSSR* (*El problema de la sanción de hechos delictivos imprudentes en la República Socialista de Checoslovaquia*), pp. 648-665.

En este fascículo se encuentra además una abundante información sobre el XIII Congreso Internacional de Derecho Penal de la Asociación Internacional de Derecho Penal (El Cairo, 1 a 7 de octubre de 1984) en las pp. 707-750.

Fascículo 4

JAKOBS, Günther: *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung* (*Criminalización en la fase previa a la lesión del bien jurídico*), pp. 751-785.

WOLFF, Ernst Amadeus: *Das neuere Verständnis von Generalprävention und seine Tauglichkeit für eine Antwort auf Kriminalität* (*El nuevo entendimiento de la prevención general y su idoneidad para dar una respuesta a la criminalidad*), pp. 786-830.

ALBRECHT, Peter-Alexis: *Spezialprävention angesichts neuer Tätergruppen* (*Prevención especial en atención a nuevos grupos de delincuentes*), pp. 831-870.

VOLK, Klaus: *Entkriminalisierung durch Strafwürdigkeitskriterien jenseits des Deliktsaufbaus* (*Desriminalización en virtud de criterios de merecimiento de pena al margen de la estructura sistemática del delito*), pp. 871-918.

Sección extranjera

KOCH, Hans-Georg: *Recht und Praxis des Schwangerschaftsabbruchs im internationalen Vergleich. Rechtsvergleichende Anmerkungen zur aktuellen politischen Diskussion* (Derecho y práctica de la interrupción del embarazo en una comparación internacional. Notas de Derecho comparado sobre la actual discusión política), pp. 1043-1073.

En este fascículo hay información sobre dos reuniones científicas, bajo los títulos *Diskussionsbeiträge der Strafrechtslehrertagung 1985 in Frankfurt a. M.* (Colaboraciones a la discusión del Congreso de Profesores de Derecho penal de 1985 en Frankfurt a. M.), pp. 919-953 (escrito por Walter GROPP), y *Bericht über das Kolloquium 'Recht und Praxis des Schwangerschaftsabbruchs im internationalen Vergleich'* (Informe sobre el coloquio «Derecho y práctica de la interrupción del embarazo en una comparación internacional»), pp. 1074-1086 (escrito por Barbara PAETOW)

TOMO 98 (1986)

Fascículo 1

JESCHECK, Hans-Heinrich: *Neue Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik in rechtsvergleichender Sicht* (Nueva dogmática jurídico-penal y política criminal desde el punto de vista del Derecho comparado), pp. 1-27.

GRIFFEL, Anton: *Prävention und Schuldstrafe. Zum Problem der Willensfreiheit* (Prevención y pena adecuada a la culpabilidad. Acerca del problema de la libertad de voluntad), pp. 28-43.

WEIGEND, Thomas: *Über die Begründung der Straflosigkeit bei Einwilligung des Betroffenen* (Sobre la fundamentación de la impunidad en caso de consentimiento del afectado), pp. 44-72.

Sección extranjera

FILAR, Marian: *Die Entwicklung des Strafrechts in den sozialistischen Staaten Europas. Versuch einer Synthese* (El desarrollo del Derecho penal en los Estados socialistas de Europa. Intento de síntesis), pp. 235-259.

GOSTYŃSKI, Zbighiew: *Die Wiedergutmachung im System des polnischen Strafrechts* (La reparación en el sistema del Derecho penal polaco), pp. 260-271.

WALTOŚ, Stanislaw: *Die Presseberichterstattung im polnischen Strafprozeßrecht* (La posibilidad de emitir informes de prensa en el Derecho procesal penal polaco), pp. 272-286.

PERRON, Walter: *Das Grundsatzurteil des spanischen Verfassungsgerichts vom 11-4-1985 zur strafrechtlichen Regelung des Schwangerschaftsabbruchs* (La sentencia fundamental del Tribunal Constitucional español de 11-4-1985, acerca de la regulación jurídico-penal de la interrupción del embarazo), pp. 287-305.

Este fascículo recoge también las conclusiones del coloquio regional de la AIDP celebrado en Viena en 1985 relativas a la publicidad en el proceso penal (pp. 306-309).

Fasciculo 2

El fásciclo comienza con unas páginas dedicadas a Richard Lange con motivo de su 80.^º cumpleaños, escritas por Hans-Heinrich JESCHECK (pp. 311-313).

LUTHE, Rainer/RÖSLER, Michael: *Die Beurteilung der Schuldfähigkeit bei akuter alkoholtoxischer Bewußtseinsstörung. Akute reversible Psychosen, Alkoholrausch* (El enjuiciamiento de la capacidad de culpabilidad en caso de perturbación tóxico-alcohólica aguda de la conciencia. Psicosis reversibles agudas, embriaguez alcohólica), pp. 314-330.

VOGLER, Theo: *Versuch und Rücktritt bei der Beteiligung mehrerer an der Straftat* (Tentativa y desistimiento en caso de intervención de varias personas en el hecho delictivo), pp. 331-354.

AMELUNG, Knut: *Der Hausfriedensbruch als miabachtung physisch gesicherter Territorialität* (El allanamiento de morada como desprecio de la territorialidad físicamente asegurada), pp. 355-408.

Sección extranjera

SCHROEDER, Friedrich-Christian: *Die übertragung der Strafvollstreckung* (La ejecución de la pena encomendada a otro Tribunal), pp. 457-485.

REMMELINK, Jan: *Entwicklung und Stand des niederländischen Strafrechts* (Desarrollo y estado del Derecho penal holandés), pp. 486-507.

van KALMTHOUT, Antonius M./TAK, Peter J. P.: Neuere Entwicklungen im niederländischen Sanktionensystem. Dienstleistungsstrafe und die Zurückdrängung der Freiheitsstrafe (Desarrollos recientes en el sistema de sanciones holandés. La pena de prestación de servicios y el retroceso de la pena privativa de libertad), pp. 508-541.

ANAGNOSTOPOULOS, Ilias G.: Schwerpunkte neuerer Entwicklungen im griechischen Strafrecht (Teil I) [Puntos esenciales de los recientes desarrollos en el Derecho penal griego (Parte I)], pp. 542-570.

Fascículo 3

ROGALL, Klaus: Dogmatische und Kriminalpolitische Probleme der Aufsichtspflichtverletzung im Betrieben und Unternehmen (§ 130 OWiG) [Problemas dogmáticos y político-criminales de la infracción del deber de vigilancia en fábricas y empresas (§ 130 OWiG —Ley de Contravenciones—)], pp. 573-623.

WEGSCHEIDER, Herbert: Zum Begriff der Leichtfertigkeit (Acerca del concepto de «ligereza»), pp. 624-657.

KAISER, Günther: Das Bild der Frau im neueren kriminologischen Schrifttum (La imagen de la mujer en la literatura criminológica reciente), pp. 658-678.

Sección extranjera

GARDOCKI, Lech: Über den Begriff des internationalen Strafrechts (Sobre el concepto del Derecho penal internacional), pp. 703-719.

ANAGNOSTOPOULOS, Ilias G.: Schwerpunkte neuerer Entwicklungen im griechischen Strafrecht (Teil II) [Puntos esenciales de los recientes desarrollos en el Derecho penal griego (Parte II)], pp. 720-742.

BUDDE, Robert: Die zeitliche Begrenzung der Untersuchungshaft im italienischen Strafprozeß (La limitación temporal de la prisión preventiva en el proceso penal italiano), pp. 743-760.

YAMANAKA, Keiichi: Betrachtungen zum Rücktritt von Versuch anhand der Diskussion in Japan (Reflexiones acerca del desistimiento de la tentativa al hilo de la discusión en Japón), pp. 761-792.

En el fascículo se contienen además diversos comentarios a los temas del XIV Congreso Internacional de Derecho penal de la AIDP, que se celebrará en 1989,

aunque habrá coloquios previos para cada tema (pp. 793-822). Dichos temas son: 1.º) Los problemas jurídicos y prácticos de la distinción del Derecho penal criminal y el Derecho penal administrativo; 2.º) Derecho penal y tratamiento biomédico moderno; 3.º) Las relaciones entre organización judicial y proceso penal, y 4.º) Los delitos internacionales y el Derecho penal estatal.

Fascículo 4

KUNZ, Karl-Ludwig: *Prävention und gerechte Zurechnung. Überlegungen zur normativen Kontrolle utilitarischer Strafbegründung* (Prevención e imputación justa. Reflexiones acerca del control normativo de la fundamentación utilitaria de la pena), pp. 823-838.

VALDÁGUA, Maria da Conceição: *Versuchsbeginn des Mittäters bei den Herrschaftsdelikten* (Comienzo de la tentativa del coautor en los delitos de dominio), pp. 839-873.

KERNER, Hans-Jürgen: *Tötungsdelikte und lebenslange Freiheitsstrafe. Kriminalestatistische Betrachtungen zur Entwicklung bis 1985* (Delitos contra la vida y pena privativa de libertad perpetua. Observaciones de carácter estadístico-criminal acerca de la evolución hasta 1985), pp. 874-918.

Sección extranjera

BUCHHOLZ, Erich: *Gesellschaftliche Gerichte in der DDR-Organe der Strafrechtspflege* (Tribinales sociales en la RDA-Organos de la justicia penal), pp. 949-978.

LAMMICH, Siegfried: *Strafrechtliche Aspekte der ärztlichen Pflicht zur Bewahrung des Lebens in der Deutschen Demokratischen Republik* (Aspectos jurídico-penales del deber médico de preservar la vida en la República Democrática Alemana), ppa. 979-1000.

GAMMELTOFT-HANSEN, Hans: *Ein dänischer Gesetzentwurf zum Problem des agent provocateur* (Un Proyecto de Ley danés acerca del problema del agente provocador), pp. 1001-1013.

ARNOLD, Harald: *Kriminelle Viktimisierung und ihre Korrelate. Ergebnisse international vergleichender Opferbefragungen* (La victimización criminal y sus

correlatos. Resultados de encuestas comparativas en el plano internacional a víctimas), pp. 1014-1058.

Se contiene también un informe de Raimund Tauss sobre el coloquio «Victimización criminal y sus correlatos. Resultados de encuestas comparativas en el plano internacional a víctimas», celebrado en el Max-Planck-Institut de Friburgo d. B. el 14 de febrero de 1985 (pp. 1059-1063).

TOMO 99 (1987)

Fascículo 1

ZIPF, Heinz: *Ein repräsentatives Bild des Allgemeinen Teils. Zur 10. Auflage des Leipziger Kommentars (Allgemeiner Teil)* [Un cuadro representativo de la Parte General. Acerca de la 10.^a edición de Leipziger Kommentar (Parte General)], pp. 1-24.

TRÖNDLE, Herbert: *Warum ist die Sterbehilfe ein rechtliches Problem?* (¿Por qué es el auxilio a morir un problema jurídico?), pp. 25-48.

HERZBERG, Rolf Dietrich: *Täterschaft, Mittäterschaft und akzessorietät der Teilnahme* (Autoría, coautoría y accesoriiedad de la participación), pp. 49-81.

Sección extranjera

JESCHECK, Hans-Heinrich: *Versuch und Rücktritt bei Beteiligung mehrerer Personen an der Straftat* (Tentativa y desistimiento en caso de intervención de varias personas en el hecho delictivo), pp. 111-151.

ANDREJEW, Igor: *Zur vergleichenden Darstellung des Strafrechts der sozialistischen Staaten* (Acerca de la exposición comparativa del Derecho penal de los Estados socialistas), pp. 152-161.

BUCHHOLZ, Erich: *Gesellschaftsgefährlichkeit und Strafzwecke im Strafrecht der DDR* (Peligrosidad social y fines de la pena en el Derecho penal de la RDA), pp. 162-170.

ZOLL, Andrzej: *Das Fehlen der erforderlichen Qualifikation als Voraussetzung der Verantwortlichkeit wegen eines Fahrlässigkeitsdelikts* (La falta de la cualificación necesaria como presupuesto de la responsabilidad por un delito imprudente), pp. 171-189.

Fascículo 2

KRÜMPPELMANN, Justus: *Schuldzurechnung unter Affekt und alkoholisch bedingter Schuldunfähigkeit* (Imputación de la culpabilidad en estados emocionales e incapacidad de culpabilidad determinada por el alcohol), pp. 191-227.

HÜNERFELD, Peter: *Mittelbare Täterschaft und Anstiftung im Kriminalstrafrecht der Bundesrepublik Deutschland* (Autoría mediata e inducción en el Derecho penal criminal de la República Federal de Alemania), pp. 228-250.

Sección extranjera

Esta sección comienza recogiendo los presupuestos o líneas fundamentales mínimos de las Naciones Unidas para el enjuiciamiento o la administración de justicia de jóvenes (pp. 253-287).

WASEK, Andrzej: *Zur Problematik der Beziehung zwischen Strafrecht und Moral* (Acerca de la problemática de la relación entre Derecho penal y moral), pp. 288-305.

MARJANOVIĆ, Georgi: *Die Neuverteilung der Strafgesetzgebungskompetenz in Jugoslawien* (La nueva distribución de la competencia legislativa en Yugoslavia), pp. 306-316.

KAREKLÁS, Stéfanos Emm.: *Die strafrechtliche Gesetzgebung zur Bekämpfung der Betäubungsmittelkriminalität in Griechenland und ihre Reform* (La legislación jurídico-penal de represión de la criminalidad relacionada con estupefacientes en Grecia y su reforma), pp. 317-347.

Fascículo 3

FRISCH, Wolfgang: *Gegenwärtiger Stand und Zukunftsperspektiven der Strafzumessungsdogmatik. Das Recht der Strafzumessung im Lichte der systematischen Darstellungen von Hans-Jürgen Bruns und Franz Pallin (Teil I)* [Estado actual y perspectivas de futuro de la dogmática de la determinación de la pena. El Derecho de la determinación de la pena a la luz de las exposiciones sistemáticas de Hans-Jürgen Bruns y Franz Pallin (Parte I)], pp. 349-388.

SCHMOLLER, Kurt: *Überlegungen zur Neubestimmung des Mordmerkmals «heimtückisch»* (Reflexiones acerca de la nueva definición del elemento del asesinato «alevosamente»), pp. 389-423.

DOLDE, Gabriele/RÖSSNER, Dieter: *Auf dem Wege zu einer neuen Sanktion: Vollzug der Freiheitsstrafe als Freizeitstrafe. Ein Programm zum Vollzug kurzer Freiheitsstrafe und seine empirische Bestätigung* (En el camino hacia una nueva sanción: ejecución de la pena privativa de libertad como pena privativa del tiempo libre. Un programa para la ejecución de la pena corta privativa de libertad y su demostración empírica), pp.424-451.

Sección extranjera

WILKITZKI, Peter: *Die Völkerrechtlichen Verbrechen und das staatliche Strafrecht (Bundesrepublik Deutschland)* [Los delitos internacionales y el Derecho penal estatal (República Federal de Alemania)], pp. 455-478.

PLACHTA, Michal: *Übernahme des Strafverfahrens und übernahme der Strafvollstreckung. Neue Instrumente der Zusammenarbeit in Strafsachen zwischen den sozialistischen Staaten* (La toma a su cargo del proceso penal y la toma a su cargo de la ejecución de la pena por un Tribunal de otro Estado. Nuevos instrumentos de la cooperación en asuntos penales entre los Estados socialistas), pp. 479-496.

JUNG, Heike: *Compensation order. Ein Modell der Schadenswiedergutmachung?* (Compensation order [orden de compensación]). ¿Un modelo de la reparación del daño?), pp 497-535.

FELTES, Thomas: *Schwerpunkte gegenwärtiger kriminologischer Forschung in Nordamerika. Bericht von der 38. Konferenz der American Society of Criminology vom 29.10. bis 1.11.1986 in Atlanta, Georgia, USA* [Puntos esenciales de la investigación criminológica actual en Norteamérica. Informe de la 38.^a Conferencia de la American Society of Criminology (Sociedad Americana de Criminología) del 29-10 al 1-11-1986 en Atlanta, Georgia, USA], pp. 536-542.

Fascículo 4

NEUMANN, Ulfrid: *Neue Entwicklungen im Bereich der Argumentationsmuster zur Begründung oder zum Ausschlußstrafrechtlicher Verantwortlichkeit* (Nuevos desarrollos en el ámbito de los modelos de argumentación sobre el fundamento o la exclusión de la responsabilidad jurídico-penal), pp. 567-594.

PUPPE, Ingeborg: *Die Beziehung zwischen Sorgfaltswidrigkeit und Erfolg bei den Fahrlässigkeitsdelikten»* (La relación entre infracción del deber de cuidado resultado en los delitos imprudentes), pp. 595-616.

SAMSON, Erich: *Kausalitäts- und Zurechnungsprobleme im Umweltstrafrecht* (Problema de causalidad e imputación en el Derecho penal del medio ambiente), pp. 617-636.

A continuación Walter PERRON informa sobre el 21.^º Congreso de Profesores de Derecho penal celebrado en Salzburgo entre los días 28 y 31 de mayo de 1987 (pp. 637-663).

KAISER, Günther: *Forschung auf der Spur des Verbrechens. Was weiß die Kriminologie von Täter und Opfer?* (Investigación sobre la huella del delito. ¿Qué sabe la criminología acerca del delincuente y la víctima?), pp. 664-684.

MYLONOPOULOS, Christos: *Das Verhältnis von Vorsatz und Fahrlässigkeit und der Grundsatz in dubio pro reo. Eine strafrechtlich-rechtstheoretische Untersuchung* (La relación entre dolo e imprudencia y el principio «in dubio pro reo». Una investigación de teoría del Derecho y jurídico-penal), pp. 685-722.

BITZILEKIS, Nikolaos: *Über die strafrechtliche Bedeutung der Abgrenzung von Vollendung und Beendigung der Straftat* (Sobre el significado jurídico-penal de la delimitación de la consumación y el agotamiento del hecho delictivo), pp. 723-750.

FRISCH, Wolfgang: *Gegenwärtiger Stand und Zukunftsperspektiven der Strafzumessungsdogmatik. Das Recht der Strafzumessung im Lichte der systematischen Darstellungen von Hans-Jürgen Bruns und Franz Pallin (Teil II)* [Estado actual y perspectivas de futuro de la dogmática de la determinación de la pena. El Derecho de la determinación de la pena a la luz de las exposiciones sistemáticas de Hans-Jürgen Bruns y Franz Pallin (parte II)], pp. 751-805.

Sección extranjera

SCHÜLER-SPRINGORUM, Horst: *Die Mindestgrundsätze der Vereinten Nationen für die Jugendgerichtsbarkeit* (Los requisitos mínimos de las Naciones Unidas para el enjuiciamiento de jóvenes), pp. 809-844.

DÜNKEL, Frieder/RÖSSNER, Dieter: *Täter-Opfer-Ausgleich in der Bundesrepublik Deutschland, Österreich und der Schweiz* (Compensación o arreglo entre delincuente y víctima en la República Federal de Alemania, Austria y Suiza), pp. 845-872.

CORNILS, Karin: *Neuere Entwicklung der Kriminalpolitik in den nordischen Ländern* (Desarrollo reciente de la política criminal en los países nórdicos), pp. 873-887.

MORRIS, Douglas G.: *Die Strafbarkeit des Schwangerschaftsabbruchs nach der Rechtsprechung des Supreme Court der USA und des Bundesverfassungsgerichts der Bundesrepublik Deutschland in vergleichender Sicht* [La punibilidad de la interrupción del embarazo según la jurisprudencia de la «Supreme Court» (Tribunal Supremo) de USA y del Tribunal Constitucional Federal de la República Federal de Alemania desde un punto de vista comparativo], pp. 888-901.

PERRON, Walter: *Rechtfertigung und Entschuldigung in rechtsvergleichender Sicht, unter besonderer Berücksichtigung des spanischen Strafrechts* (Justificación y exclusión de la culpabilidad desde un punto de vista de Derecho comparado, con especial consideración del Derecho penal español), pp. 902-923.

El fascículo concluye con un informe de Wolfgang KAPP sobre el coloquio «Justificación y exclusión de la culpabilidad desde un punto de vista de Derecho comparado, con especial consideración del Derecho penal español», celebrado en el Max Plank Institut de Friburgo d. B. el 13 de febrero de 1987.

Además de todos los artículos e informaciones sobre reuniones científicas señalados, en algunos fascículos se recogen comentarios a libros, cuya cita aquí sería excesivamente larga, por lo que la omitiré también en sucesivas reseñas a la ZStW.

MIGUEL DÍAZ Y GARCÍA CONLEDO
Ayudante de Derecho penal
Universidad de León

NOTICIARIO

NUEVO CATEDRATICO DE DERECHO PENAL

Tras haber superado las pruebas de acceso al Cuerpo de Catedráticos de Universidad, ha obtenido la Cátedra de Derecho Penal don Joaquín Cuello Contreras, en la Universidad de Extremadura (Facultad de Derecho de Cáceres).

FASCICULO II (mayo-agosto)

IN MEMORIAM

<i>José María Rodríguez Devesa, por Antonio Beristain</i>	353
---	-----

SECCION DOCTRINAL

<i>Presunción de inocencia, «in dubio pro reo» y recurso de casación, por Enrique Bacigalupo</i>	365
<i>Hacia una alternativa en la política criminal de las drogas en América Latina, por Juan Fernández Carrasquilla</i>	387
<i>Límites jurídicos penales de las nuevas técnicas genéticas, por Antonio Cuerda Riezu.</i>	413
<i>El dolo eventual en el asesinato, por Borja Mapelli Caffarena</i>	431
<i>El enajenado y su tratamiento jurídico-penal, por Julio Díaz-Maroto y Villarejo ...</i>	465
<i>Límites constitucionales de las remisiones normativas en materia penal, por Esteban Mestre Delgado</i>	503

CRONICAS EXTRANJERAS

<i>Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa, por el profesor Dr. Bernd Schünemann</i>	529
---	-----

CIRCULARES, CONSULTAS E INSTRUCCIONES DE LA FISCALIA GENERAL DEL ESTADO

<i>El Ministerio Fiscal y la Policía Judicial</i>	559
---	-----

SECCION DE JURISPRUDENCIA

<i>Comentarios a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, Sección dirigida por Santiago Mir Puig: Problemas del tipo de omisión del deber de socorro (Comentario a la STS de 27 de abril de 1987, ponente Sr. Díaz Palos), por Jesús María Silva Sánchez</i>	561
<i>Jurisprudencia constitucional, por Antonio González-Cuéllar García</i>	575
<i>Jurisprudencia del Tribunal Supremo, por José Luis Manzanares Samaniego</i>	615

SECCION DE BIBLIOGRAFIA

<i>Revista de libros</i>	635
<i>Revista de revistas</i>	641

NOTICIARIO

<i>Nuevo catedrático de Derecho Penal</i>	653
---	-----

INDICE

Págs.

IN MEMORIAM

- José María Rodríguez Devesa, por Antonio Beristain* 353

SECCION DOCTRINAL

- Presunción de inocencia, «in dubio pro reo» y recurso de casación, por Enrique Balcagalupo* 365
Hacia una alternativa en la política criminal de las drogas en América Latina, por Juan Fernández Carrasquilla 387
Límites juridicopénaleas de las nuevas técnicas genéticas, por Antonio Cuerda Rieu 413
El dolo eventual en el asesinato, por Borja Mapelli Caffarena 431
El enajenado y su tratamiento jurídico-penal, por Julio Díaz-Maroto y Villarejo 465
Límites constitucionales de las remisiones normativas en materia penal, por Esteban Mestre Delgado 503

CRONICAS EXTRANJERAS

- Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa, por el profesor Dr. Bernd Schünemann* 529

CIRCULARES, CONSULTAS E INSTRUCCIONES DE LA FISCALIA GENERAL DEL ESTADO

- El Ministerio Fiscal y la Policía Judicial* 559

SECCION DE JURISPRUDENCIA

- Comentarios a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, Sección dirigida por Santiago Mir Puig: Problemas del tipo de omisión del deber de socorro (Comentario a la STS de 27 de abril de 1987, ponente Sr. Díaz Palos), por Jesús María Silva Sánchez* 561
Jurisprudencia constitucional, por Antonio González-Cuéllar García 575
Jurisprudencia del Tribunal Supremo, por José Luis Manzanares Samaniego 615

SECCION DE BIBLIOGRAFIA

- Revista de libros* 635
Revista de revistas 641

NOTICIARIO

- Nuevo catedrático de Derecho Penal* 653

